
DOCTRINA Y ANÁLISIS SOBRE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Doctrina y Análisis sobre la nueva Ley Procesal del Trabajo

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA DEL PERU

Jr. Camaná N° 669, Lima 1, Perú

Teléfonos: (51-1) 428-0300 / 428-0265

Fax: (51-1) 428-0219

Internet: <http://www.amag.edu.pe>

E-mail: postmast@amag.edu.pe

ORGANO RECTOR

Dr. Manuel Sánchez-Palacios Paiva
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Percy Peñaranda Portugal
Vicepresidente del Consejo Directivo

Dr. Francisco Távara Córdova
Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde
Consejero

Dr. Víctor Prado Saldarriaga
Consejero

Dr. Gastón Soto Vallenás
Consejero

Dr. César Paredes Vargas
Consejero

Dr. Luis Miguel Iglesias León, Secretario del Pleno del Consejo Directivo.

ORGANO EJECUTIVO

Dr. Dennis Chávez de Paz
Director General

Dr. Juan T. Falconí Gálvez
Director Académico

Dr. Miguel Ángel Stucchi Britto
Secretario Administrativo

Las opiniones expresadas en esta publicación pertenecen a sus autores, y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Academia de la Magistratura del Perú

Prohibida la reproducción de este libro, por cualquier medio, total o parcialmente, sin la autorización por escrito de la Academia de la Magistratura del Perú
Derechos reservados. D.Leg. N° 822.

Primera edición, Lima, Perú, noviembre de 2010
1,000 ejemplares

ISBN N° 978-9972-779-32-9

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-15054

Corrección de estilo: Karina Díaz Salcedo

Cuidado de la edición: Sara Chávez Urbina

Diseño, diagramación e impresión: JAS Impresiones Digitales E.I.R.L. Av.Bolivia N° 556 Breña / Lima - Perú

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
INTRODUCCIÓN	7
ARTÍCULOS Y ENSAYOS	13
“ANTECEDENTES DE LA REFORMA DEL PROCESO LABORAL EN EL PERÚ” Dr. Javier Arévalo Vela	15
“LA EVOLUCIÓN DE LA COMPETENCIA EN MATERIA PREVISIONAL Y SU (IN) COMPATIBILIDAD CON LA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO” Dr. César Abanto Revilla	25
“IMPORTANCIA Y NECESIDAD DE LOS PRINCIPIOS EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO N° 29497” Dr. Leopoldo Gamarra Vélchez	43
“ENCUENTROS Y DESENCUENTROS DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO EN LA LEY N° 29497 CON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO, DERECHO ADMINISTRATIVO, PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHO ARBITRAL” Dr. Orlando González Nieves	67
“LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO LABORAL” Dra. Isabel Herrera Gonzales – Pratto	97

“LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO Y LA ACCIÓN DE AMPARO EN MATERIA LABORAL”	
Dr. Paúl Paredes Palacios	117
“LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO”	
Dr. César Puntriano Rosas	171
“LA CASACIÓN LABORAL”	
Dr. Jorge Toyama Miyagusuku	199
“EL NUEVO RETO PROCESAL DE PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL MARCO DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO: ¿HACIA UN RETORNO A LA VÍA LABORAL?”	
Dr. Jaime Zavala Costa y Dra. Lidia Vílchez Garcés	213

ANEXO

FLUJOGRAMAS ETAPAS DE LA LEY N° 29497	235
- Proceso Abreviado laboral - Primera Instancia	237
- Proceso Abreviado laboral - Segunda Instancia	239
- Proceso Inpugnativo de Laudos Arbitrales Económicos	
- Primera Instancia	241
- Proceso Inpugnativo de Laudos Arbitrales Económicos	
- Segunda Instancia	243
- Proceso Ordinario Laboral - Primera Instancia	245
- Proceso Ordinario Laboral Apelación	247
- Proceso Ordinario Laboral Casación	247

PRESENTACIÓN

La labor del juez en nuestra sociedad es indispensable porque imparte justicia y asegura la resolución de los conflictos, haciendo que éstos se encuentren encausados dentro del marco de la convivencia pacífica, de ahí que debemos concentrarnos en la persona responsable de lograr este objetivo (el juez) para que realice sus funciones de la mejor manera posible.

Para que pueda cumplir su cometido el juez necesita de herramientas adecuadas, siendo la principal el marco jurídico. Si éste es deficiente, incompleto y generador de trabas, obviamente su labor será más difícil y complicada, y el ciudadano considerará que le es imposible alcanzar la justicia.

El juez, y el Poder Judicial en su conjunto, deben revitalizar su relación con el ciudadano, de tal manera que éste se sienta satisfecho con el servicio que se le brinda, además de estar más cercano a lo que se llama tutela judicial efectiva. En consecuencia, un instrumento adecuado, además de la actuación reflexiva y docente del juez, genera confianza y seguridad en las instituciones y en el rol de dar justicia.

La Ley Nº 29487, la Nueva Ley Procesal del Trabajo, pretende ser una herramienta eficaz para resolver los conflictos jurídicos originados por la prestación de servicios de carácter personal. No solo tiene por objetivo corregir los problemas de la normativa actual sino que es un cambio fundamental con respecto a lo que estamos viviendo; para ello hemos seguido el camino que otros países ya han recorrido –cuyas experiencias han servido para la formulación de la ley–, además de aprender de nuestra propia experiencia a raíz de la implementación del Código Procesal Penal.

La nueva ley profundiza la oralidad y el rol protagónico del juez en el proceso, impidiéndole una actitud pasiva y, más bien, motivándolo a tomar las riendas del proceso, evitando dilaciones injustificadas y, sobre todo, creando el espacio necesario para conocer la verdad que ya no estará escondida bajo kilos de papel.

Los efectos positivos de la aplicación de la ley podrían ser inmediatos: procesos céleres y cortos en los que los litigantes obtendrán una respuesta rápida;

una mayor confianza en el juez, cuya actuación es también más visible que la actual; se evitarán las demandas injustificadas y los retrasos irrazonables en el cumplimiento de las normas sustantivas laborales aprovechando la demora en el procesos judiciales; la promoción de las soluciones conciliadas, además de encaminar la actuación de todos los que intervienen en el proceso dentro de la legalidad y los principios éticos.

Ciertamente la aplicación de la ley no está exenta de problemas en tanto se requiere contar con la infraestructura adecuada y capacitación para los jueces que van a actuar en un entorno distinto, donde necesitarán de sus conocimientos además de desarrollar algunas nuevas habilidades.

En este marco, la Academia de la Magistratura (AMAG) cumple un rol importante en la implementación de la ley, brindando espacios de formación a los jueces y magistrados – principalmente-, y también a toda la comunidad legal, de tal manera que aseguremos que esta Nueva Ley Procesal del Trabajo permita solucionar los conflictos jurídicos laborales y sea un instrumento en la mejora de las relaciones de trabajo.

En ese sentido, un primer aporte de la Academia de la Magistratura es dedicar integralmente esta publicación especializada al estudio de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, para lo cual contamos con el apoyo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), la misma que, mediante la participación de algunos destacados asociados, presenta artículos sobre la mencionada norma.

Con esta publicación la AMAG pretende iniciar un debate que enriquezca la interpretación y aplicación de esta nueva norma y, principalmente, asegure su cumplimiento. Se abordan temas fundamentales vinculados a la competencia de los jueces, a las atribuciones del juez e inclusive se mira la experiencia actual para que, a partir de ella, se puedan desarrollar los mecanismos necesarios que permitan que esta norma cumpla con su objetivo.

Estamos conscientes del reto que ha generado esta nueva norma, de la importancia que tiene su real vigencia y de la posibilidad de lograr una mejora concreta en la justicia del país. La Academia de la Magistratura quiere contribuir decididamente y esta publicación es un aporte para lograr el reto.

Dr. Manuel Sánchez-Palacios Paiva

Presidente

Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura

INTRODUCCIÓN

La publicación del presente texto especializado de la Academia de la Magistratura (AMAG), dedicada en su integridad al estudio de la novísima Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, refleja la coincidencia de intereses y actividades de la Academia de la Magistratura y la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS). Contiene artículos de diez especialistas pertenecientes a la SPDTSS que realizan un análisis jurídico respecto de temas de capital interés, propios de la normatividad procesal laboral que entró en vigencia el pasado 15 de julio del 2010, aun cuando ya se ha estado implementando de forma progresiva en la oportunidad y en los distritos judiciales que ha dispuesto el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (Novena Disposición Complementaria de la Ley N° 29497).

La denominada Nueva Ley Procesal del Trabajo tiene la rara peculiaridad de haber sido promulgada con una celeridad inusitada, pues entre la aprobación del proyecto de Ley por parte del Consejo de Ministros y su discusión y aprobación por parte de la Comisión de Trabajo y el Pleno del Congreso de la República transcurrieron menos de cuatro meses. Con seguridad que en todos los participantes de este proceso imperó un consenso referido a la necesidad de implementar la reforma del proceso laboral ante la probada ineficacia y agotamiento del modelo vigente, donde se privilegia el rito y la formalidad. Para ello se postula una alternativa basada en la oralidad como eje del proceso en la idea de configurar un mecanismo de rápida y efectiva solución a los conflictos laborales.

Como se podrá apreciar a partir de los distintos artículos que componen este texto denominado “Doctrina y Análisis de la Nueva Ley Procesal del Trabajo”, el propósito central de la reforma es convertir al proceso laboral en uno simple, célere y concentrado, a fin de que los justiciables obtengan oportuna respuesta de los órganos jurisdiccionales.

Siendo este el propósito de la reforma, el proceso se estructura de forma tal que el conflicto se dilucida en una audiencia a la que concurrirán las partes ante el juez presentando el íntegro de sus pruebas, los alegatos de defensa de su posición y solicitando lo que resulte conveniente a su derecho. Hay pues una concentración de actos que resulta inexistente en la actualidad.

Por su parte el juez, como director del proceso, adquiere un mayor protagonismo, habiéndosele concedido mayores facultades que le permiten solicitar a las partes la presentación de pruebas en la audiencia con el propósito de formarse convicción sobre el resultado del proceso, coadyuvándose con ello también a la agilización del mismo.

En adición a lo anterior, en el proceso ordinario se instaura una previa audiencia de conciliación que, por la forma en la que se estructura el proceso, pretende ser un rápido y eficaz mecanismo de solución de los conflictos. Ello debido a que habiéndose estructurado un proceso célere y concentrado, desaparecen los incentivos para la demora en la resolución del conflicto laboral, obligando a las partes a sincerar sus posiciones y generando un espacio para el acuerdo de las mismas sobre los puntos controvertidos, con la intervención tuitiva del juez.

Como puede apreciarse de lo hasta aquí señalado, se trata de una modificación radical y sustantiva de la normatividad adjetiva en lo laboral, cuyo éxito dependerá críticamente de la dotación por parte del Estado de un presupuesto suficiente para que la Magistratura cuente con la necesaria infraestructura y capacitación para acometer con solvencia y propiedad el reto de la implementación del nuevo proceso. Pero existe un tercer elemento a considerar para garantizar el éxito de la reforma, sin el cual ésta habrá fracasado: el imprescindible y efectivo compromiso de los propios jueces con el nuevo proceso.

Con respecto a la presente publicación, es importante destacar que con fecha 12 de noviembre del 2009 la Academia de la Magistratura (AMAG) y la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo (SPDTSS) y de la Seguridad Social celebraron un Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional para desarrollar programas de estudio en temas relacionados al Derecho Laboral y la Seguridad Social, en beneficio de los magistrados del Poder Judicial, Ministerio Público, asistentes jurisdiccionales y de función fiscal.

En el marco de este Convenio de Cooperación Interinstitucional, la Academia de la Magistratura propuso a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que sus miembros participaran en la elaboración de artículos inéditos en torno a la Nueva Ley Procesal del Trabajo para su publicación en un libro especializado.

Los ensayos que contiene este libro son producto precisamente del acogimiento de la SPDTSS a la gentil invitación de la Academia de la Magistratura a publicar artículos de opinión en una publicación de enorme difusión entre la Magistratura y la comunidad jurídica en general.

Esta publicación reúne diez artículos de comentario y análisis jurídico de las instituciones más relevantes del novísimo proceso laboral. La actualidad y utilidad de esta publicación temática institucional de la AMAG es incuestionable. Se

trata de uno de los primeros y más serios estudios acerca de la Ley Nº 29497, y su interés no sólo radica en el análisis académico de las instituciones analizadas sino, además, en la praxis judicial a desarrollar.

El libro tiene tres partes temáticas, casi en la misma secuencia en que se presentan los artículos: la primera, dirigida a analizar los antecedentes de la reforma del proceso laboral y la evolución de la competencia respecto de la materia previsional, y su eventual compatibilidad con la nueva ley. La segunda parte aborda el trascendental tema de los principios informadores del propio proceso laboral, y los puntos de encuentro y desencuentro con los principios de otros procesos y derechos vinculados al propio del trabajo. La tercera parte se dedica a temas de manifiesto interés como son las medidas cautelares, la búsqueda de la verdad en el proceso laboral, la vinculación del proceso laboral y la acción de amparo en lo laboral, la presunción de laboralidad en el proceso laboral, el recurso de casación laboral y la protección de la libertad sindical en el proceso laboral.

En la primera parte, sobre los antecedentes de la reforma del proceso y la evolución de la competencia en materia previsional y su compatibilidad con la nueva ley, encontramos los artículos de Javier Arévalo Vela y César Abanto Revilla.

El Juez Supremo Provisional **Javier Arévalo Vela** nos presenta de modo didáctico el desarrollo tortuoso del Derecho Procesal del Trabajo en el país, desde los primeros intentos de regulación hasta la promulgación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Es de interés apreciar la forma como se gestan y desarrollan, hasta su aprobación por el Congreso de la República, las ideas fuerza del nuevo proceso laboral.

De otro lado, **César Abanto Revilla** realiza un estudio crítico respecto de la atribución de competencias al juez laboral en materia previsional. Basado en la experiencia previa, en el análisis de la muy particular y compleja materia que se debate en lo pensionario, y en las características medulares del nuevo proceso laboral, llega a la conclusión que resulta más adecuado y eficiente que las causas que versan sobre materia pensionaria sean de competencia de los jueces de la sub especialidad previsional antes que de los jueces especializados en lo laboral.

La segunda parte analiza los principios rectores del proceso laboral y sus puntos de encuentro y desencuentro con otros procesos y derechos vinculados al privativo del trabajo. En esta parte colaboran los profesores Leopoldo Gamarra Vélchez y Orlando González Nieves.

Leopoldo Gamarra Vélchez centra su análisis en la trascendencia de los principios como punto de partida y línea directriz para el desarrollo de la normatividad propia del proceso laboral. Con una sólida y recurrente referencia doctrinal sustenta su apreciación respecto de los principios que rigen a la nueva Ley Procesal del Trabajo.

Por su parte, **Orlando González Nieves** presenta un estudio sobre la compleja relación que se presenta entre los principios, fines y los principios operativos de las distintas ramas del Derecho cuya competencia jurisdiccional ha sido atribuida al juez laboral. Esta constatación obliga al magistrado a tener un cabal conocimiento de las distintas áreas de conocimiento pues la resolución de los conflictos laborales lo obligará -en muchas situaciones- a aplicar al unísono, complementaria, secuencial, excluyente o divergentemente las normas basadas en distintos principios, aun cuando siempre habrá de privilegiar los principios informadores del Derecho Procesal del Trabajo, toda vez que la desigualdad compensatoria no debe ser mediatizada.

En la tercera parte, distintos temas de capital importancia propios de la normatividad procesal laboral son analizados por Isabel Herrera Gonzales – Pratto, Paúl Paredes Palacios, César Puntriano Rosas, Jorge Toyama Miyagusuku, y Jaime Zavala Costa y Lidia Vílchez Garcés.

El artículo de **Isabel Herrera Gonzales – Pratto** se concentra en el examen del principio de veracidad y su recepción en los procesos penal, civil y laboral. A partir de la constatación que la averiguación de la verdad es siempre la misma, distinguiéndose cada proceso únicamente en la metodología de su obtención, la autora concluye que este principio en la nueva Ley Procesal del Trabajo sigue siendo uno de los rectores del proceso laboral que se acerca más a la verdad material a partir del reconocimiento del principio de primacía de la realidad y una apuesta por la igualdad sustancial, aunada a la oralidad como facilitadora de la inmediatez, la celeridad y la concentración presentes en la Ley Nº 29497.

El siempre importante tema de la residualidad de la vía constitucional del amparo en materia laboral es tratado por **Paúl Paredes Palacios**, quien centra su análisis - sostenido en una amplia selección de citas doctrinales y jurisprudenciales - en dilucidar si la entrada en vigencia de la nueva Ley Procesal del Trabajo supondrá un cambio en los criterios de procedencia de la vía del amparo laboral acuñados por el Tribunal Constitucional en el célebre caso César Baylón Flores. A entender del autor, la vigencia de la nueva norma procesal laboral no conllevará modificación alguna en las reglas de residualidad del amparo por dos razones, a saber: (i) la nueva Ley no regula un proceso ad hoc de tutela de derechos constitucionales laborales y (ii) la nueva Ley no instaura un nuevo proceso ordinario laboral que sea per se igualmente satisfactorio al amparo.

César Puntriano Rosas dirige su análisis a la regulación de la presunción de laboralidad regulada por el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, poniendo de manifiesto el sustantivo cambio que éste produce respecto del sistema probatorio imperante en el proceso laboral peruano en el cual el reclamante debe acreditar la existencia de vínculo laboral a partir de la demostración de la subordinación en la relación contractual establecida. A criterio

del autor, la presunción de laboralidad se encuentra plenamente justificada a la luz de la experiencia vivida, aun cuando en la práctica el juez habrá de requerir a los reclamantes aportar al proceso verdaderos indicios respecto de la existencia de una relación contractual, dado que la presunción no constituye un eximente al aporte de pruebas al proceso.

A su turno, **Jorge Toyama Miyagusuku** realiza un detenido estudio en torno al recurso de casación en materia laboral apreciando que la Nueva Ley Procesal del Trabajo introduce una serie de modificaciones a esta institución, dirigidas a que éste se constituya en un verdadero recurso extraordinario. Así, se establecen nuevas causales para su procedencia pero a su vez se limitan los casos que pueden ser materia de casación. Además, el autor –que se muestra de acuerdo con el sentido de las modificaciones efectuadas– repara en que la interposición del recurso no suspende la ejecución de las sentencias, efecto que se une con el propósito de la reforma de evitar dilaciones con la presentación de recursos impugnativos.

Finalmente, **Jaime Zavala Costa y Lidia Vélchez Garcés** desarrollan un tema trascendente en la construcción de un sistema de protección del Derecho Sindical: la protección de la libertad sindical en el marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. A tal efecto, el estudio aborda la noción de libertad sindical a partir de su triple contenido (derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga), y estudia la estructura de protección actualmente vigente, llegándose a la conclusión que en la actualidad la estructura vigente genera grave desprotección a los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales; y señala cuáles son los retos que se presentan en la aplicación de la nueva ley a efectos de garantizar la debida protección del Derecho Sindical: (i) proceso abreviado laboral para las vulneraciones a la libertad sindical, (ii) legitimación activa especial del sindicato, y (iii) medidas cautelares amplias. Concluyen señalando que la debida aplicación de éstos posibilitaría el retorno del conocimiento de esta problemática laboral a la competencia especializada del juez de trabajo.

Como se aprecia de los temas tratados y del análisis que se desarrolla en los artículos antes referidos, tenemos el convencimiento que esta publicación constituye un sólido aporte al Derecho, permitiendo la participación de la Academia de la Magistratura y de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en temas de actualidad y que inciden en el quehacer jurídico de nuestro país.

Dr. César Gonzales Hunt

Presidente

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ARTÍCULOS Y ENSAYOS

ANTECEDENTES DE LA REFORMA DEL PROCESO LABORAL EN EL PERÚ

Dr. Javier Arévalo Vela

Juez Supremo Provisional, Magíster en Derecho, Profesor de
Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín
de Porres, Miembro de la comisión encargada de redactar el
Anteproyecto de la Ley Procesal del Trabajo.

Resumen

El presente trabajo versa sobre el desarrollo que ha tenido el Derecho Procesal del Trabajo en el Perú, desde sus orígenes hasta la promulgación de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, vigente a partir del 15 de julio del 2010.

Sumario

I. Los primeros intentos de regulación. II. La etapa de la ausencia de regulación especial (1900-1930). III. Etapa del surgimiento del Derecho Procesal del Trabajo en el Perú (1930-1980). IV. Etapa de la consolidación del Derecho Procesal del Trabajo (1980-2010). V. Intentos de reforma de la Legislación Procesal del Trabajo. VI. Trabajo de la Comisión Redactora del Anteproyecto de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. VII. Aprobación del anteproyecto de Ley Procesal del Trabajo por el Poder Ejecutivo. VIII. Aprobación del proyecto de Ley Procesal del Trabajo por el Poder Legislativo. IX. Promulgación de la Ley Procesal del Trabajo. X. Reflexión final. XI. Bibliografía.

I. LOS PRIMEROS INTENTOS DE REGULACIÓN

Si damos una mirada retrospectiva en el tiempo veremos que el intento más remoto para establecer en el Perú una jurisdicción especializada encargada de solucionar los conflictos laborales lo encontramos en el proyecto de ley para crear un Tribunal de Hombres Buenos y Prudentes, presentado al Congreso de la República en octubre de 1893 por los diputados Teodomiro Gadea y Enrique Rubín.

Según el proyecto presentado, el tribunal a crearse estaría integrado por cinco hombres buenos y prudentes, designados por la Prefectura del Departamento, de una terna doble que debía presentar la Unión Universal de Artesanos. Su función sería juzgar las controversias entre los patrones

y artesanos, averiguando la verdad y actuando de buena fe, teniendo sus decisiones carácter inapelable y produciendo ejecutoria cuando la cuantía del litigio no llegara a los trescientos soles, caso contrario se podía interponer el recurso de apelación que sería resuelto por la Corte Superior actuando como tribunal de equidad.

El procedimiento a seguir ante este Tribunal era sumarísimo, limitándose a la contestación de la demanda y una estación probatoria de ocho días, vencidos los cuales se debía dictar sentencia.

Este primer intento de regulación de los conflictos de trabajo fue desestimado por la comisión respectiva en 1895 por considerar que el Tribunal de Hombres Buenos y Prudentes no ofrecía las garantías del caso para cumplir con su misión.

Al año siguiente, en septiembre de 1896, el diputado Santiago Giraldo presentó un proyecto de ley para crear jurados mixtos que, por la vía de la conciliación y arbitraje, dirimieran los conflictos entre los empresarios y los obreros. El proyecto contemplaba la posibilidad que si los laudos expedidos no eran aceptados por las partes, cualquiera de ellas podía recurrir ante los tribunales de justicia.

El proyecto fue desestimado por considerársele “disociador de la clase obrera”.

II. LA ETAPA DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN ESPECIAL (1900-1930)

Esta etapa coincide con los albores del desarrollo del Derecho Laboral en el Perú. Al respecto Rendón nos dice: “desde los primeros años del siglo XX, los trabajadores asalariados, apoyándose en sus organizaciones sindicales y llevando a cabo acciones colectivas, como la huelga contra los empresarios y el Estado, exigieron la mejora en su situación económica”¹. Estas medidas de lucha consiguieron que se dictaran las primeras normas sustantivas en materia de Derecho Laboral; sin embargo, no ocurrió lo mismo con el ámbito procesal donde la solución de controversias que pudieran surgir entre patronos y trabajadores fue regulada por las normas propias del proceso civil o por el arbitraje.

Las disposiciones legales más importantes de este periodo son las siguientes:

- **Ley N° 1378 del 20 de enero de 1911.** Ley sobre accidentes de trabajo. Otorgó competencia a los jueces de Primera Instancia en lo Civil para conocer de los reclamos indemnizatorios derivados de su aplicación.

¹ RENDÓN VÁSQUEZ, JORGE. (2007). P. 454.

- **Ley N° 4916 del 07 de febrero de 1924.** La Ley del Empleado Particular N° 4916 optó por encomendar a un Tribunal Arbitral la solución de las controversias que pudieran presentarse entre los empleados y sus patronos. Los miembros de este Tribunal serían nombrados uno por cada parte en conflicto y el tercero por el Ministerio de Fomento en la ciudad de Lima o por la autoridad política en el caso de provincias. El laudo debía expedirse dentro del plazo máximo de treinta días y tenía carácter de inapelable.
- **Ley N° 5066 del 05 de marzo de 1925.** Reguló el procedimiento de reclamación de los empleados particulares ante el Tribunal Arbitral creado por la Ley N° 4916.
- **Resolución Suprema del 27 de junio de 1928.** Reglamentaria de la Ley N° 4916, precisó disposiciones para la realización del juicio arbitral a que se referían las Leyes N° 4916 y N° 5066.

III. ETAPA DEL SURGIMIENTO DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO EN EL PERÚ (1930-1980)

El fracaso de la solución de los conflictos laborales por medio del proceso civil ordinario así como de las fórmulas arbitrales, sumado a los nuevos derechos sustantivos reconocidos a los trabajadores, llevó a que se desarrollara en nuestro país no sólo el Derecho Procesal del Trabajo, como una disciplina jurídica autónoma, sino también el fortalecimiento de la Administración de Justicia en materia laboral, llegando a crearse órganos jurisdiccionales encargados de dar solución a los conflictos obrero patronales, aunque con limitaciones en cuanto a sus atribuciones.

De este periodo las normas más importantes son:

- **Ley N° 6871 del 02 de mayo de 1930.** Creó los juzgados de trabajo encargados de solucionar las reclamaciones laborales de los empleados de comercio así como las derivadas de los accidentes de trabajo.
- **Decreto Supremo del 23 de marzo de 1936.** Este Decreto Supremo estableció el procedimiento para resolver las reclamaciones individuales de los trabajadores, se encontrase o no vigente la relación de trabajo. Se considera que a partir de esta norma podemos hablar del Derecho Procesal del Trabajo como una disciplina autónoma en nuestro medio.
- **Decreto Supremo del 16 de abril de 1941.** Esta norma creó un Tribunal de Trabajo conformado por tres miembros, el mismo que conocería de los recursos de revisión de los fallos expedidos en las reclamaciones individuales a que se refería el artículo 76 del Decreto Supremo del 23 de marzo de 1936.
- **Decreto Supremo del 15 de septiembre de 1941.** Este Decreto Supremo

precisó la forma de adopción de acuerdos en el Tribunal de Trabajo sobre asuntos sometidos a su competencia, así como las formalidades a que deberían sujetarse los mismos. Igualmente precisó la manera como serían dirimidas las discordias.

- **Ley N° 9483 del 31 de diciembre de 1941.** La Ley N° 9483 dio fuerza de ley a los Decretos Supremos del 16 de abril y del 15 de septiembre de 1941. Precisó la competencia en primera instancia de los jueces de trabajo y de las inspecciones de trabajo donde no hubiera jueces, así como la competencia como instancia revisora del Tribunal de Trabajo. Se considera que con esta ley nace el Fuero Privativo de Trabajo conformado por magistrados.
- **Decreto Supremo del 22 de noviembre de 1949.** Aprobó el Estatuto Orgánico Provisional del Fuero de Trabajo, asignándole la calidad de Corte Superior, y a los magistrados que lo integraban, la de vocales de dicha Corte.
- **Decreto Ley N° 19040 del 23 de noviembre de 1971.** Organizó el Fuero Privativo de Trabajo como un organismo jurisdiccional autónomo encargado de conocer y resolver en forma exclusiva las reclamaciones de carácter individual sobre pago de remuneraciones y otros derechos sociales que formularan los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, cuyo contrato hubiese terminado.
- **Decreto Supremo N° 007-71-TR del 30 de noviembre de 1971.** De acuerdo a lo establecido por el Decreto Ley N° 19040 aprobó el procedimiento para resolver las acciones seguidas ante el Fuero Privativo de Trabajo. Esta norma recogió los principios modernos del Derecho Procesal Laboral tales como la oralidad, sencillez, concentración, economía procesal, inversión de la carga de la prueba, entre otros.
- **Decreto Ley N° 22465 del 06 de marzo de 1979.** Integró el Fuero Privativo de Trabajo con el Fuero de Comunidades Laborales que había sido creado mediante Decreto Ley N° 21109 del 04 de marzo de 1975, conformándose un solo organismo jurisdiccional denominado Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales, encargado de conocer y resolver en forma exclusiva los procedimientos que eran competencia de los fueros que se integraban.
- **Decreto Supremo N° 012-79-TR del 05 de diciembre de 1979.** Aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales, conforme a su nueva estructura y competencia ordenada por el Decreto Ley N° 22465. Como quiera que el Decreto Supremo N° 012-79-TR no estableció las normas de procedimiento para las acciones a seguir ante el Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales, se continuaron aplicando las disposiciones procedimentales contenidas en el Decreto Supremo N° 007-71-TR y en el Decreto Ley N° 21109.

IV. ETAPA DE LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO (1980- 2010)

Este período se caracteriza por la entrada en vigencia de la Constitución de 1979 que, al establecer el principio de unidad de la función jurisdiccional, condenó a desaparecer al Fuero Privativo de Trabajo tan pronto se dictara una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que también implicaba una reforma de la legislación adjetiva en materia de trabajo.

La Constitución Política de 1993 mantuvo el principio de unicidad jurisdiccional, por lo que en nuestro país no existe la posibilidad de establecer una jurisdicción laboral independiente del Poder Judicial, sino que dentro del mismo deben existir órganos jurisdiccionales que administren este tipo de justicia especializada, tal como ocurre actualmente.

Durante la etapa de la consolidación se han dictado los cuerpos normativos más importantes en materia procesal del trabajo como veremos a continuación:

- **Decreto Supremo N° 003-80-TR del 26 de abril de 1980.** Derogó el Decreto Supremo N° 007-71-TR, estableciendo una nueva y única regulación de los procesos laborales. Este Decreto Supremo retomó aspectos fundamentales de su norma antecesora pero le introdujo variaciones sobre todo en materia de Comunidades Laborales e igualmente en el tema relativo a la reposición, pues el Decreto Ley N° 18471, Ley de Estabilidad Laboral vigente al dictarse el Decreto Supremo N° 07-71-TR, había sido sustituido por el Decreto Ley N° 22126 del 21 de marzo de 1978 que era la nueva ley sobre la materia, pero con un contenido menos protector del trabajador.
- **Decreto Legislativo N° 384 del 29 de agosto de 1986.** Este Decreto Legislativo estableció la competencia del Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales organizado como un conjunto de juzgados y tribunales integrados al Poder Judicial, que tenía a su cargo el conocimiento y resolución de los asuntos laborales con arreglo a ley.
- **Decreto Legislativo N° 767 del 04 de diciembre de 1991.** Esta norma aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispuso la integración definitiva del Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales al Poder Judicial precisando que sus salas y juzgados se incorporarían a las Cortes Superiores de los Distritos donde estaban ubicados, con todo su personal de magistrados, funcionarios y trabajadores, así como su infraestructura, equipamiento y acervo documentario. Asimismo esta ley otorgó a los Juzgados de Trabajo competencia para conocer de las denuncias por violación o incumplimiento de normas laborales que presentasen los trabajadores con vínculo laboral vigente.
- **Ley N° 26636 del 21 de junio de 1996.** Aprobó la Ley Procesal del

Trabajo que entró en vigencia el 23 de setiembre de 1996 hasta su derogatoria por la Ley N° 29497.

Durante su vigencia de la Ley N° 26636 fue objeto de las modificaciones siguientes:

- La derogatoria del inciso 2) de su artículo 98 por la Primera Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial, promulgada el 20 de setiembre de 1996 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 del mismo mes y año. Debemos precisar que actualmente esta norma se encuentra derogada por la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, promulgada el 05 de agosto del 2002.
- La reforma del Capítulo III del Título I de la Sección Quinta, dispuesta por la Ley N° 27021 del 22 de diciembre de 1998, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de diciembre del mismo año, que modificó las disposiciones relacionadas con el Recurso de Casación.
- La modificatoria de sus artículos 4 y 52 por la Ley N° 27242 del 23 de diciembre de 1999, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de diciembre del mismo año, referente a la competencia de los jueces de paz letrados sobre materia relativa al Sistema Privado de Pensiones y al otorgamiento de la calidad de títulos ejecutivos a las liquidaciones de cobranza de aportes previsionales del Sistema Privado de Pensiones.
- La derogatoria del Título Tercero que regula el Proceso Contencioso Administrativo por la Primera Disposición derogatoria de la Ley N° 27584 del 06 de diciembre del 2001, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 07 del mismo mes y año.
- La modificación del inciso b) del numeral 2, de su artículo 4 por la Quinta Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 27942 del 26 de febrero del 2003, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de febrero del mismo año, referente a la prevención y sanción del hostigamiento sexual.

Debemos resaltar que la Ley N° 26636 se sigue aplicando a los procesos iniciados durante su vigencia, así como EN los procesos que se inicien en los distritos judiciales donde el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial no disponga aún la aplicación de la nueva Ley N° 29497.

V. INTENTOS DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL DEL TRABAJO

No obstante las modificaciones introducidas por diversas leyes se consideró necesaria la reforma de la Ley N° 26636, siendo la propuesta más

importante el Proyecto de Ley N° 117/2006-CR presentado por los integrantes de la Comisión de Trabajo del periodo 2006-2007, recogiendo el proyecto elaborado por la Comisión de Especialistas conformada por los doctores Fernando Elías Mantero, Beatriz Alva Hart, Francisco Gómez Valdez, Francisco Romero Montes y Sandro Núñez Paz, quienes elaboraron un proyecto de Nueva Ley Procesal del Trabajo.

La poca acogida que tuvo este proyecto, sobre todo por parte de los magistrados laborales, originó que el mismo no prosperara.

VI. TRABAJO DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL ANTEPROYECTO DE NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Mediante Resolución Ministerial N° 058-2008-TR del 20 de febrero del 2008, durante la gestión como Ministro de Trabajo del Doctor Mario Pasco Cosmópolis, se designó a la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, basada en la oralidad y el uso de la tecnología, la que estuvo conformada por los profesores universitarios: Luis Vinatea Recoba, Giovanni Priori Posadas y Javier Arévalo Vela (Juez Superior Titular), actuando como Secretario Técnico de la misma el doctor Paul Paredes Palacios, funcionario del Ministerio de Trabajo.

VI.1. Alcances que debía tener la Nueva Ley Procesal del Trabajo

La Comisión consideró que los puntos concretos a tomar en cuenta en la redacción de una Nueva Ley Procesal del Trabajo debían ser los siguientes:

- Establecer una justicia laboral omnicomprensiva y ampliar la competencia de los Juzgados de Paz Letrados en materia laboral.
- Definición clara de las controversias que debía conocer la justicia laboral.
- Establecer los tipos de procesos que debía considerar la nueva ley procesal, desechando el modelo de proceso único.
- Considerar la oralidad como mecanismo base del proceso laboral así como de expresión de intermediación y concentración (actuación probatoria, admisión de pruebas, calificación de la relación jurídica procesal, y sentencia).
- El correo electrónico como mecanismo de comunicación de las decisiones judiciales, introduciendo la tecnología informática y electrónica en el desarrollo de los procesos.
- Nueva regulación de los recursos de apelación y casación.

- Lograr la uniformidad jurisprudencial a través del cumplimiento obligatorio de las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- La utilización de formatos para demandas ante Juzgados de Paz.
- Introducir mecanismos procesales efectivos de protección de los dirigentes sindicales, las trabajadoras gestantes, los menores que trabajan y los trabajadores con discapacidad.

VI.2. Fuentes de la Nueva Ley Procesal del Trabajo

La Comisión laboró durante los meses de marzo a junio del 2008 consultando legislación comparada, siendo sus fuentes principales:

- La Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela, Ley N° 37.504 del 13 de agosto del 2002.
- El Código de Trabajo de Ecuador, reformado por Ley N° 2003-13 del 13 de agosto del 2003, por Ley N° 2004-43 de agosto del 2004, y por Ley N° 2005-3 del 04 de julio del 2005.
- El Código de Trabajo de Chile, Ley N° 20.022 del 30 de mayo del 2005, vigente a partir de 01 de marzo del 2008.
- Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia, Ley N° 712, del 05 de diciembre del 2001.

Para elaborar su anteproyecto la Comisión también consideró la documentación siguiente:

- Proyectos preexistentes de reforma de la legislación procesal del trabajo.
- Legislación nacional de carácter procesal.
- Sentencias casatorias de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Sentencias del Tribunal Constitucional.
- Acuerdos de los Plenos Jurisdiccionales Nacionales
- La doctrina nacional y extranjera.

VI.3. Conocimiento de experiencias extranjeras

Para el desarrollo del proceso de elaboración del anteproyecto de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, los miembros de la comisión, subdivididos en dos grupos, viajaron a las ciudades de Guayaquil (Ecuador) y Caracas (Venezuela), donde recorrieron las sedes de los órganos jurisdiccionales en materia de trabajo, conociendo in situ las experiencias procesales ecuatoriana y venezolana respectivamente, en torno a la oralidad y el uso de las nuevas tecnologías en el proceso laboral.

VI.4. Presentación del Anteproyecto de Ley Procesal del Trabajo

El 15 de julio del 2008, en acto público realizado en el Auditorio de Petroperú, fue presentado el Anteproyecto de Ley Procesal del Trabajo durante la realización del Seminario Internacional “La oralidad en el Proceso Laboral”, donde los autores expusieron a la comunidad jurídica los alcances de la norma que habían elaborado.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante Resolución Ministerial N° 391- 2008-TR del 11 de diciembre del 2008, reconoció, agradeció y felicitó a la Comisión que elaboró el Anteproyecto de Ley Procesal del Trabajo.

VII. APROBACIÓN DEL ANTEPROYECTO DE LEY PROCESAL DEL TRABAJO POR EL PODER EJECUTIVO

Mediante Resolución Ministerial N° 379-2008-TR del 04 de diciembre del 2008 el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dispuso la publicación por noventa días del Anteproyecto de la Ley Procesal del Trabajo en su página web con la finalidad de difundirlo y recibir sugerencias y comentarios de la ciudadanía en general; igualmente dispuso la realización de foros regionales sobre el tema.

Con la finalidad de analizar y revisar el Anteproyecto entregado, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante Resolución Ministerial N° 006-2009-TR del 12 de enero del 2009, designó un grupo de trabajo donde participaron el citado ministerio, el Ministerio de Justicia, el Poder Judicial, la Asamblea Nacional de Rectores y el Colegio de Abogados de Lima. Terminado el trabajo de esta comisión, el Anteproyecto fue entregado a la Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo.

El Anteproyecto de Ley Procesal del Trabajo fue aprobado como proyecto de Ley del Poder Ejecutivo en el Consejo de Ministros del día 02 de septiembre del 2009.

VIII. APROBACIÓN DEL PROYECTO DE LEY PROCESAL DEL TRABAJO POR EL PODER LEGISLATIVO

El proyecto de Ley Procesal del Trabajo ingresó al Congreso de la República el 05 de septiembre del 2009 como Proyecto de Ley N° 3467-2009-PE “Proyecto de Ley que aprueba la Nueva Ley Procesal del Trabajo”.

Este proyecto fue también objeto de amplia difusión y debate, recibiendo opiniones favorables y desfavorables de diversos sectores. Finalmente la Comisión de Trabajo, en su Novena Sesión Ordinaria del 02 de

diciembre del 2009, aprobó por unanimidad el dictamen del proyecto de Ley Procesal del Trabajo.

Sometido al debate del pleno, el Congreso de la República aprobó el dictamen recaído en el proyecto de Nueva Ley Procesal del Trabajo por unanimidad (94 votos a favor). El dictamen requería para su aprobación de más de la mitad de congresistas (61) porque modificaba una Ley Orgánica. Fue exonerado de segunda votación por unanimidad (89 votos), con lo que quedó expedito para su promulgación.

IX. PROMULGACION DE LA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

El 13 de enero del 2010 el Presidente de la República promulgó la Ley N° 29497, Ley Procesal del Trabajo, siendo publicado el texto de la misma en el Diario Oficial El Peruano el 15 de enero del 2010.

X. REFLEXIÓN FINAL

Como dijimos anteriormente, a partir del 15 de julio del presente año entró en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo, recayendo la responsabilidad de su implementación en el Poder Judicial, el cual hasta la fecha de redacción del presente artículo, solamente había adoptado dos medidas importantes al respecto: la constitución del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Ley Procesal del Trabajo (R.A N° 136-2010-CE-PJ publicado el 14 de mayo del año en curso), y la autorización para el desdoblamiento de las Salas Laborales en Tribunales Unipersonales para resolver en última instancia las causas cuya cuantía de la sentencia no supere las 70 unidades de referencia procesal (R.A N° 182-2010-CE-PJ, publicado el 04 de junio).

Creemos que se hace necesario que el Poder Judicial ponga mayor atención en la implementación de la nueva ley adjetiva, adoptando las medidas de capacitación para los magistrados, habilitando infraestructura y aportando los recursos humanos y logísticos necesarios para lograr un óptimo resultado a la entrada en vigencia de la nueva ley adjetiva laboral, pues sólo de esta manera demostrará a la sociedad su real voluntad de brindar un servicio de justicia eficiente y con celeridad en los procesos de trabajo.

XI. BIBLIOGRAFÍA

Libros

RENDÓN VÁSQUEZ, JORGE. (2007). Derecho del Trabajo - Teoría General. Segunda Edición.

LA EVOLUCIÓN DE LA COMPETENCIA EN MATERIA PREVISIONAL Y SU (IN) COMPATIBILIDAD CON LA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO

Dr. César Abanto Revilla

Abogado por la Universidad San Martín de Porres, Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Resumen

El objeto del presente comentario es revisar la abrupta atribución de competencia en el tema previsional o pensionario que se ha asignado a los Jueces Laborales, a partir de la reciente inclusión del inciso I) en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por mandato de la Segunda Disposición Modificatoria de la Ley N° 29364, al tratarse de una materia compleja (en cuanto al fondo) que implica no solo la aplicación de normas de larga data sino también de la cambiante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que desde mediados de los noventa vienen determinando los criterios de interpretación de dichas normas. Esta revisión crítica resulta relevante en la medida que consideramos que la Nueva Ley Procesal del Trabajo tiene por finalidad, a partir de la implantación de la oralidad, obtener decisiones más eficientes y con celeridad, labor que podría ser truncada al imponerse la tramitación de procesos pensionarios bajo las reglas de la vía contencioso administrativa, sujeta a la escrituralidad y a un trámite -por naturaleza- prolongado. Desde nuestro punto de vista, el tema pensionario debe seguir en la sede judicial contenciosa, en manos de los jueces con sub-especialidad previsional, máxime si consideramos que dicha materia es distinta (por su autonomía) del Derecho del Trabajo.

Sumario

I. Comentarios iniciales. II. Determinación de la competencia por especialidad. III. Evolución de la competencia en materia previsional. IV. Principales pretensiones en materia pensionaria. V. Bibliografía.

I. COMENTARIOS INICIALES

El 15 de enero del 2010 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497), que entrará en vigencia a partir del 15 de julio del presente año. Si bien su aplicación se efectuará

de manera gradual en los distritos judiciales designados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial durante un periodo de seis meses, lo concreto es que el proceso laboral no será el mismo pues al incluirse como rasgo característico principal de esta norma la oralidad, se pretende que los conflictos puedan ser resueltos de manera eficiente y rápida, en contraste con el estado actual que tiene en la lentitud a uno de sus principales defectos.

En efecto, la Nueva Ley Procesal del Trabajo no nos plantea una simple modificación normativa, sino el cambio de la estructura misma del proceso laboral, de forma que deje de ser esencialmente escrito y caracterizado por una sucesión interminable de actos, que dilatan la solución del conflicto, reemplazándolo por un modelo basado en la oralidad a través de la concentración en una audiencia única, al término de la cual el juez puede emitir sentencia, reduciendo drásticamente el plazo de duración de estos procesos.

Como se aprecia, la idea es contar con un proceso moderno en el cual se permita al juez una mayor cercanía a los argumentos y las pruebas que son ofrecidas por las partes para su actuación, contando con el apoyo de la tecnología, lo cual simplificará y facilitará la pronta solución de los conflictos laborales.

En este escenario, sin embargo, el Congreso de la República ha introducido –sin mayor debate o justificación– una variable que podría originar una carga considerable de causas que recargarían el despacho del Juez Laboral, no solo por la magnitud (un promedio de 200 demandas nuevas por mes)² o por el hecho de tramitar paralelamente procesos bajo un ordenamiento distinto (Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo), sino principalmente por la complejidad del tema de fondo (reclamos pensionarios).

El 28 de mayo del 2009 es publicada en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 29364, norma que introduce diversas modificaciones en los artículos del Código Procesal Civil relativos al recurso de casación, y en su Segunda Disposición Modificatoria establece a la vez una serie de modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial, dentro de las cuales destaca la inclusión del inciso I) en el artículo 51, que precisa que los Juzgados Especializados de Trabajo conocerán las demandas contencioso administrativas en lo laboral y de seguridad social (pensiones)³.

Como se aprecia en la página web del Congreso de la República, dicha norma

² Como se precisa en el cuarto considerando de la Resolución Administrativa N° 319-2008-CE-PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 28 de enero del 2009.

³ Para profundizar respecto a dicha norma, ver: ACEVEDO MENA, R. (2009).

nace de la acumulación de los Proyectos N° 672/2006-CR, N° 749/2006-PE, N° 1725/2007-CR, N° 1726/2007-CR y N° 2881/2008-CR, sin embargo, ninguno de ellos se refiere a dicha modificación (incluir el inciso I) al artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)⁴, por tanto, habría sido incorporada –sin una discusión previa que la justifique– al emitirse el dictamen sustitutorio de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

Esta afirmación se refuerza en la revisión del Diario de Debates del Pleno del Congreso, correspondiente a la sesión del día 23 de abril del 2009, en que fueron revisados dichos proyectos, pues en el mismo se constata que el tema no fue mencionado en lo absoluto.

En definitiva, si tomamos en cuenta que la materia pensionaria (como parte del Derecho de la Seguridad Social) es distinta del quehacer ordinario del Derecho Laboral, como en su momento fue señalado expresamente por la Séptima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817 (Ley del Régimen Provisional del Estado)⁵, concluiremos que esta inclusión se debe a una decisión política, que fue dictada en un momento en el cual el Poder Judicial se encontraba implementando un proceso de reorganización de los juzgados contenciosos y civiles, iniciado a mediados del 2008 con la instauración de la sub especialidad previsional⁶, que ha sido frustrado con una medida que –desde nuestro punto de vista– resulta incompatible (no legal, sino teórica y operativamente) con los objetivos que la Nueva Ley Procesal del Trabajo propone, en cuanto a celeridad.

Para efectos de desarrollar el presente comentario, nos permitiremos dar una revisión a la evolución temporal de las disposiciones que han ido creando (recreando), activando y desactivando los órganos jurisdiccionales y que han tramitado en las diversas instancias judiciales los procesos relacionados con reclamos en materia de pensiones, desde la dación del Decreto Legislativo N° 817 hasta la actualidad, para luego dar cuenta de las principales pretensiones que en el tema previsional se vienen discutiendo a la fecha, y que ahora tendrán que ser resueltas por los Jueces Laborales.

II. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA POR ESPECIALIDAD

Como anota Monroy Gálvez⁷, la jurisdicción es el poder-deber que ostenta el Estado de administrar justicia, que es ejercido a través de órganos

⁴ <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>

⁵ “Sétima. Precísese que los aspectos relativos a los regímenes previsionales en general, no son de naturaleza laboral, sino de seguridad social”.

⁶ Aprobada por la Resolución Administrativa N° 157-2008-CE-PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de julio del 2008.

⁷ MONROY GÁLVEZ, J. (2004). P. 224.

especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, con la finalidad de resolver los conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas que se presenten en una sociedad.

Si bien la jurisdicción es ejercida por aquellos órganos a los cuales la Constitución les confiere dicha potestad, ello no quiere decir que pueda ser ejercida en cualquier ámbito⁸, pues si bien un juez –por el hecho de serlo– ejerce función jurisdiccional, su ejercicio se encuentra limitado legalmente en función a determinados criterios.

Este límite al ejercicio de la función jurisdiccional se denomina competencia, y será en virtud a ello que un juez podrá conocer válidamente de una causa en particular, pues las reglas de la competencia tienen por finalidad establecer a qué juez le debe ser propuesta determinada pretensión por la especialidad (civil, penal, laboral, etc.), el territorio, la cuantía, el turno, u otros criterios.

Los criterios de competencia están relacionados con la garantía constitucional del juez natural, entendida como el derecho que tienen las partes a que su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica sea resuelto por un tercero imparcial e independiente, que ha sido predeterminado por ley. Este derecho forma a su vez parte de la tutela judicial efectiva.

Tal como indica Sánchez Velarde⁹, una vez determinado el juez que conocerá el caso, en aplicación de las reglas de competencia contenidas en la ley, no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones posteriores tomadas por órganos gubernativos¹⁰.

La regla general es que una vez determinada la competencia ésta no puede variar en el transcurso del proceso, así se modifiquen las circunstancias de hecho o de derecho que sirvieron para fijarla. La razón de ello es evitar cualquier injerencia en los procesos a través de un cambio intencionado de jueces, lo que pondría en riesgo la imparcialidad e independencia de los mismos.

Este es el criterio recogido por el artículo 8 del Código Procesal Civil, sin embargo, en materia de pensiones hemos asistido a una serie de cambios y conflictos de competencia que han generado la dilación excesiva de los procesos¹¹,

⁸ PRIORI POSADA, G. (2006).

⁹ SÁNCHEZ VELARDE, P. (1997).

¹⁰ La legalidad en la determinación de las reglas de la competencia tiene una excepción: el turno, pues dicho criterio tiene que ver con la distribución interna del trabajo en el Poder Judicial, por tanto, deber ser dicha entidad la que la establezca. Ver PRIORI POSADA, G. (2006). Op. cit.

¹¹ Las modificaciones que se han ido dando en el tiempo en materia previsional no solo han sido producto de cambios legislativos, sino también en mérito a precedentes jurisprudenciales, como el recaído en el Expediente N° 01417-2005-AA/TC, proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la ONP, sobre el cual nos pronunciaremos más adelante.

situación que al final terminó perjudicando a aquellos a los que supuestamente se ha pretendido beneficiar con esta reorganización: los pensionistas (demandantes). Estos cambios en el tiempo nos llevan a hablar de las excepciones a la *perpetuatio iurisdictionis*.

Las normas procesales deben aplicarse de manera inmediata y, teniendo las reglas de la competencia tal naturaleza, dicho precepto debería también serle aplicable; sin embargo, ello colisionaría con el principio de inmodificabilidad de la competencia, por lo cual se está ante una excepción que se resuelve a favor de ésta última, rigiéndose la competencia por las normas vigentes al momento de interposición de la demanda.

En teoría, como señala Priori Posada¹², este principio tiene algunas excepciones, pues la aplicación en forma absoluta de la *perpetuatio iurisdictionis* generaría efectos prácticos negativos como por ejemplo:

- Evitaría cualquier intento de reforma judicial integral, con la modificación de los órganos jurisdiccionales que vienen conociendo los casos actuales.
- Impediría modificar la competencia fijada en supuestos en los cuales la nueva norma sea más favorable que la anterior.

Entendemos que las modificaciones que se han ido dando en el tiempo a la competencia en materia de pensiones se encuadran dentro de dichas excepciones.

La competencia por razón de la materia se determina en función de la relación jurídica que subyace al conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica que sirve de sustento al proceso y, en especial, por la pretensión que se plantea en este. Para ello, será necesario analizar los elementos de la pretensión, es decir, el ***petitum*** (para establecer qué efecto jurídico es el que busca el accionante que le otorgue el órgano jurisdiccional) y la ***causa petendi*** (para conocer los hechos que delimitan el contenido de la pretensión).

El objetivo de establecer una competencia por razón de la materia es la especialización de los jueces respecto al fondo de la *litis*, sin embargo, en materia de pensiones vemos que mientras que en el Poder Judicial se pretende la implantación de la sub-especialidad previsional, el Congreso de la República cambia de dirección, pretendiendo que el juez laboral asuma las demandas contencioso administrativas en seguridad social (bajo las reglas de la Ley N° 27584) a pesar de que, como hemos referido, existe norma expresa que reconoce que los temas previsionales no pertenecen al campo laboral.

¹² PRIORI POSADA, G. (2006). Op. cit.

Efectuada esta breve revisión de los conceptos jurisdicción y competencia, así como de una interpretación de los fundamentos por los cuales se ha ido modificando a lo largo de estos últimos catorce años la competencia en materia previsional, daremos una mirada a la evolución normativa que da cuenta de dichos cambios.

III. EVOLUCIÓN DE LA COMPETENCIA EN MATERIA PREVISIONAL

En materia de pensiones la competencia de los órganos judiciales ha atravesado por una serie de modificaciones que han derivado en la creación, la supresión, el reemplazo y la reposición de Juzgados y Salas Especializadas, lo que a su vez ha generado la demora en la tramitación de dichas causas y, en muchos casos, la declaración de improcedencia de cientos de demandas después de transcurrir varios años desde el inicio de su tramitación, tanto de los pensionistas como de las entidades del Estado.

El 24 de abril de 1996 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 817, cuya Segunda Disposición Complementaria ordenó la creación de instancias judiciales especializadas encargadas de conocer los conflictos judiciales sobre derechos pensionarios derivados del régimen previsional de los servidores públicos (Decreto Ley N° 20530).

En cumplimiento de dicho mandato la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial emite una serie de normas internas, encabezadas por la Resolución Administrativa N° 090-CME-PJ, que ordenó la realización de un inventario (a nivel nacional) de todos los procesos o expedientes judiciales que versaran sobre derechos pensionarios derivados del citado régimen previsional (sin distinción de su estado procesal), con la finalidad que fuesen remitidos a las instancias especializadas creadas por dispositivos posteriores, como las Resoluciones Administrativas N° 131-CME-PJ, N° 213-CME-PJ y N° 326-CME-PJ:

- Juzgado Previsional
- Salas Especializadas en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior
- Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema¹³

La creación de dichas instancias determinó la suspensión de los términos procesales, desde el 24 de abril de 1996 hasta el avocamiento de los nuevos órganos especializados en materia previsional, lo que originó al interior del Poder Judicial una labor de varios meses por el traslado de los expedientes desde provincia hacia Lima, la contratación del personal administra-

¹³ Esta última nunca entró en funcionamiento; en la práctica la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema cumplió sus funciones.

tivo y la designación de los jueces y vocales encargados de dichas instancias.

Esta situación se mantuvo vigente hasta el 26 de abril de 1997 cuando fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la sentencia recaída en el Expediente N° 0008-96-I/TC del Tribunal Constitucional, por la cual se declaró la inconstitucionalidad (entre otros) de la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817, retomando los expedientes judiciales del citado régimen pensionario (Decreto Ley N° 20530) a su lugar de origen (un grupo considerable de causas vinieron de provincia).

Como consecuencia de dicha sentencia, se emitió la Resolución Administrativa N° 378-CME-PJ¹⁴, que prorrogó temporalmente la competencia del Juzgado Previsional y la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior, suprimiendo toda referencia a dicha instancia en la Corte Suprema, que en la práctica nunca existió.

Posteriormente la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, como ente supervisor de los órganos judiciales en materia previsional según lo dispuso por la Resolución Administrativa N° 399-CME-PJ¹⁵, emitió las Resoluciones Administrativas N° 001-97-SCS-CSJ y N° 002-97-SCC-CSJ, por las cuales se dispuso la creación de:

- El Juzgado y la Sala Corporativa Especializada en Derecho Público en el distrito judicial de Lima, encargados de conocer las acciones de garantía; y,
- El Juzgado y Sala Corporativa Especializada en lo Contencioso Administrativo en el mismo distrito judicial, que conocerían únicamente las acciones judiciales que se deriven de los procesos administrativos.

La creación de dichos órganos judiciales (con expreso carácter transitorio) reformuló la situación previa generada por el referido fallo, ingresando a los nuevos Juzgados y Salas Especializadas los procesos judiciales en materia pensionaria, que en esta oportunidad incluyó al régimen del Decreto Ley N° 19990 (por mandato de la Ley N° 26835), lo que originó –por segunda vez– el traslado de los expedientes desde provincias hacia Lima y con ello, una nueva demora en la tramitación de dichas causas.

Complementando dicha situación, y en cumplimiento de lo establecido por la Segunda Disposición Final de la Ley N° 26960 (Ley de regularización de la situación del personal de la Sanidad de la Policía Nacional), la Resolución Administrativa N° 658-CME-PJ dispone la (re) creación del Juzgado Previsional en la Corte Superior de Lima, que en un inicio conoció los procesos de dicha materia (personal de la Sanidad), pero que luego de desactivados los Juzgados

¹⁴ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de mayo de 1997.

¹⁵ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de junio de 1997.

y Salas Especializadas de Derecho Público y Contencioso Administrativos, conoció de los procesos judiciales en materia pensionaria.

Cabe destacar, sin embargo, que un pronunciamiento de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de fecha 26 de setiembre del 2003, recaído en la Consulta N° 1618-2003 Lima (conflicto negativo de competencia), reconoció un periodo entre los años 1996 al 2002 en que los Juzgados y Salas Laborales –a su criterio– habrían tenido competencia para conocer las demandas contencioso administrativas en materia de pensiones, en mérito al inciso 1) del artículo 4 de la Ley N° 26636 (antigua Ley Procesal del Trabajo), precisando dichos periodos de la siguiente manera:

- Competencia de los Juzgados Laborales: Del 05 de julio de 1997 al 24 de diciembre de 1999.
- Competencia de las Salas Laborales: Del 24 de setiembre de 1996 al 04 de julio de 1997, y del 25 de diciembre de 1999 al 15 de abril del 2002.

De acuerdo a dicho fallo, si bien el Decreto Legislativo N° 817 había precisado que los aspectos relativos a los regímenes previsionales en general no eran de naturaleza laboral sino de seguridad social, el 24 de diciembre de 1999, fecha en la cual se publica la Ley N° 27242 que reproduce el texto original del artículo 4 de la Ley N° 26636, se generó una aparente confusión que trató de aclararse con la Resolución Administrativa N° 004-SDCS/CSJR de fecha 02 de junio del 2002, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, que señalaba que a partir del 01 de junio de 1998 serían los Juzgados Previsionales los responsables del conocimiento de los asuntos provisionales; sin embargo, como la citada norma modificaba no solo a la antigua Ley Procesal del Trabajo sino también a la Ley Orgánica del Poder Judicial, resultaba perfectamente viable que el propósito de la Ley N° 27242 fuera precisamente otorgar nuevamente a las Salas Laborales competencia en asuntos previsionales o de seguridad social.

El citado pronunciamiento agrega que el razonamiento precedente se ve reforzado por la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-98-AI/TC, por la cual se declaró inconstitucional la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 26835. En todo caso, reconoce que a partir 16 de abril del 2002 la competencia para conocer dichas demandas sería exclusividad de los Juzgados y Salas Especializadas en lo Contencioso Administrativo, creados por la Ley N° 27584 (Ley del Proceso Contencioso Administrativo).

En la actualidad, existe una reorganización estructural derivada de la

sobrecarga que le fue impuesta a los Juzgados Contencioso Administrativos a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01417-2005-AA/TC¹⁶, por la cual se determinó que aquellas demandas de amparo en trámite al 12 de julio del 2005 serían derivadas a dichos juzgados si la pretensión en discusión no formaba parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, lo que originó que miles de procesos fueran remitidos de los Juzgados Civiles a la mesa de partes de los Juzgados Contencioso Administrativos, sobrepasando su capacidad material.

El 20 de enero del 2006 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Administrativa N° 009-2006-CE-PJ, que dispone la creación (con carácter transitorio) de dos Juzgados y tres Salas Especializadas Contencioso Administrativas para descarga procesal (no podían asumir procesos nuevos), sin embargo, contar con cuatro juzgados resultaba insuficiente para atender los procesos derivados de los Juzgados Civiles y las demandas nuevas, razón por la cual se dictan las Resoluciones Administrativas N° 064 y N° 105-2006-CE-PJ, así como la N° 148-2007-CE-PJ, mediante las cuales se crean hasta quince¹⁷ Juzgados Contenciosos permanentes en total.

En la medida que ni siquiera con estos quince juzgados permanentes se podía asumir la carga de demandas nuevas y los procesos en trámite, por Resolución Administrativa N° 029-2008-CE-PJ¹⁸ se dispone la creación de diez Juzgados Contencioso Administrativos Transitorios¹⁹. Cabe recordar que en esa sede judicial no solo se reciben causas referidas a reclamos pensionarios sino también de otras materias (agrario, municipal, etc.).

Luego de constatar que el problema pensionario representaba más del 40% de la carga total de los Juzgados Contencioso Administrativos, mediante Resolución Administrativa N° 157-2008-CE-PJ²⁰, se dispone instaurar la sub-especialidad previsional, asignando a los Juzgados Permanentes 11º al 15º, así como a los transitorios 1º al 4º, dicha función.

La implementación de estos nueve juzgados con sub-especialidad previsional resultaba también insuficiente, razón por la cual se expide la Resolución Administrativa N° 319-2008-CE-PJ²¹, por la cual se dispone crear

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de julio de 2005.

¹⁷ Los Juzgados Contencioso Administrativos 11º a 15º fueron creados a partir de la conversión de los Juzgados Civiles 62º a 66º.

¹⁸ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14 de febrero del 2008.

¹⁹ Por mandato del artículo 2 de la Resolución Administrativa N° 404-2009-CE-PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de enero del 2010, se ha prorrogado el funcionamiento de estos juzgados hasta el 31 de julio del 2010, pues la carga total de la sede contenciosa ascendía (en esa fecha) a 45,269 causas.

²⁰ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de julio del 2008.

²¹ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de enero del 2009.

los Juzgados Contencioso Administrativos 16º y 17º, a partir de la conversión de los Juzgados Civiles 44º y 53º. Asimismo, se le asigna a los Juzgados Civiles 19º, 26º, 38º y 39º la denominación de Juzgados Civiles Sentenciadores en la Sub-Especialidad Previsional²². Esta resolución administrativa también ha instaurado la especialidad constitucional en la Corte Superior de Lima, disponiendo la creación de diez Juzgados Especializados para que conozcan de las acciones de garantía, incluidas obviamente aquellas demandas de amparo y cumplimiento relacionadas con el tema pensionario.

Cabe destacar que la Corte Suprema tampoco ha sido ajena a la sobrecarga procesal en materia pensionaria, como se aprecia en las Resoluciones Administrativas N° 163-2005-CE-PJ y N° 268-2008-CE-PJ²³, mediante las cuales se dispuso la creación de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, que tenía dentro de sus funciones el conocimiento de las apelaciones y casaciones en materia previsional.

De lo expuesto en los puntos precedentes, podemos concluir que la competencia en el tema pensionario ha ido pasando de juzgado en juzgado, habiendo recalado desde el 29 de mayo del 2009 en los Juzgados de Trabajo, por obra y gracia de la Ley N° 29364. Las preguntas que surgen a partir de la aplicación de dicha medida serían las siguientes:

- ¿Existen suficientes juzgados laborales para asumir la carga pensionaria?
- ¿Están debidamente capacitados (y actualizados) los jueces especializados en lo laboral para resolver los conflictos previsionales?

IV. PRINCIPALES PRETENSIONES EN MATERIA PENSIONARIA

En el Perú tenemos un sistema paralelo que permite la coexistencia de un régimen público y otro privado en la administración de las pensiones. En el régimen a cargo del Estado podemos diferenciar tres sub-régimenes regulados por los Decretos Leyes N° 19846 (Ley de Pensiones Militar Policial), N° 19990 (Sistema Nacional de Pensiones) y N° 20530 (Régimen de los Servidores Públicos)²⁴.

En materia de pensiones, hemos asistido desde mediados de la década de los noventa a una revolución legislativa y jurisprudencial que desembocó inclusive en la reforma de algunos artículos de la Constitución

²² Por mandato del artículo 1 de la Resolución Administrativa N° 059-2010-CE-PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de marzo del 2010, estos cinco Juzgados Civiles Sentenciadores se convierten en el 30º, 31º, 32º, 33º, 34º y 35º Juzgados Especializados de Trabajo con Sub-Especialidad Previsional.

²³ Publicadas en el Diario Oficial El Peruano el 06 de agosto del 2005 y el 16 de octubre del 2008.

²⁴ Este régimen fue cerrado de manera definitiva por mandato de la Ley N° 28389, publicada el 17 de noviembre del 2004, que aprobó la reforma de la Primera Disposición Final de la Constitución de 1993.

de 1993 para habilitar la reformulación del régimen del Decreto Ley N° 20530; sin embargo, podemos afirmar que en la actualidad la mayor carga de procesos en trámite y demandas nuevas están relacionadas con el Decreto Ley N° 19990 (Sistema Nacional de Pensiones), que contempla las siguientes prestaciones:

- Pensión de invalidez, que se otorga cuando el asegurado padece una incapacidad física o mental declarada por una Comisión Médica de EsSalud, el Ministerio de Salud o una EPS, que le impide trabajar. Se exige adicionalmente la acreditación de cierta cantidad mínima de años de aportación (de 3 a 15).
- Pensión de jubilación que corresponde al asegurado que llega a la edad avanzada prevista por ley, siempre que además acredite los años de aportación respectivos.
- Pensión de sobrevivientes, que se reconoce a favor de determinados familiares del pensionista o asegurado con derecho a pensión que fallece, en tanto cumplan los requisitos fijados por ley. Puede ser de viudez, orfandad o ascendientes.

A continuación, vamos a dar una breve revisión a los principales pronunciamientos que en materia previsional ha emitido el Tribunal Constitucional, con las anotaciones legales y las apreciaciones críticas que según el caso correspondan.

IV.1. Pautas de aplicación del Decreto Ley N° 25967

Para acceder a una pensión de jubilación es necesario que se cumpla con la edad y los años de aportaciones establecidos por la ley, de acuerdo a los parámetros fijados en las distintas modalidades jubilatorias. El texto original del Decreto Ley N° 19990 regulaba las siguientes modalidades:

MODALIDAD	AÑOS DE EDAD	APORTACIÓN
Régimen General: artículos 38 y 41	60 (hombres) 55 (mujeres)	15 años 13 años
Régimen Especial(*): artículos 47 al 49	60 (hombres) 55 (mujeres)	5 años ambos sexos
Pensión Reducida: artículo 42	60 (hombres) 55 (mujeres)	+ de 5 años pero – de 15 años + de 5 años pero – de 13 años
Pensión Adelantada(**): artículo 44	55 (hombres) 50 (mujeres)	30 años 25 años

(*) Asegurados nacidos antes del 01 de julio de 1931 (hombres) ó 1936 (mujeres), inscritos en las Cajas de Pensiones (Caja Nacional del Seguro Obrero o en el Seguro Social del Empleado).

(**) Si el cese fue por reducción o despedida total del personal (Decreto Ley N° 18471) los años de aportaciones se reducían a 15 (hombres) y 13 (mujeres).

El 19 de diciembre de 1992 fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Ley N° 25967, norma que entró en vigencia el mismo día de su publicación, e introdujo una serie de modificaciones al Decreto Ley N° 19990, de las cuales consideramos que las más resaltantes fueron las siguientes:

- Fijó en 20 años el mínimo de aportaciones para acceder a una pensión jubilatoria, derogando tácitamente las modalidades del Régimen Especial y la Pensión Reducida.
- Modificó la fórmula de cálculo de la remuneración de referencia (que es la base para fijar el monto de la pensión), tomando en cuenta los años de aportación realizados.
- Estableció en S/. 600 el monto de la pensión máxima (tope), dejando de lado el uso de fórmulas que la vinculaban a conceptos laborales.
- Dispuso la creación de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) para que reemplace al Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) en la administración del Sistema Nacional de Pensiones.

El problema relacionado con dicha norma se presentó porque en su Única Disposición Transitoria se establecía que las modificaciones se aplicarían incluso a los expedientes en trámite, lo cual originó la denegatoria de cientos de solicitudes de pensión y en otros casos, que se asigne un monto de pensión considerablemente inferior al que le hubiera correspondido al asegurado de haberse aplicado la fórmula de cálculo originaria.

La norma fue sometida a un proceso de inconstitucionalidad que concluyó el 26 de abril de 1997 al ser publicada en el Diario Oficial El Peruano la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0007-96-I/TC, en cuyos fundamentos 10 al 12 se estableció que las nuevas disposiciones del Decreto Ley N° 25967 no podrían ser aplicadas a los asegurados que el 18 de diciembre de 1992 (un día antes de la entrada en vigencia de la citada norma) ya contaban con la edad y los años de aportaciones establecidos en el Decreto Ley N° 19990, aunque siguieran trabajando con posterioridad a esa fecha. Por ejemplo: si al 18 de diciembre de 1992 Juan Pérez contaba con 60 años de edad y 15 de aportación, se le reconocería el derecho a una pensión en la modalidad del Régimen General, y se calcularía su remuneración de referencia de acuerdo a la fórmula prevista por el artículo 73 del texto original.

El principal fundamento para el citado pronunciamiento fue la primacía de la teoría de los derechos adquiridos en materia de pensiones, entonces recogida por la Primera Disposición Final de la Constitución de 1993.

Ante la cantidad de sentencias favorables a los pensionistas que cuestionaban la aplicación indebida del Decreto Ley N° 25967 (sobre la base

de las pautas fijadas por el Tribunal), el Estado se vio forzado a dictar la Resolución Suprema N° 392-2001-EF²⁵, mediante la cual se dispuso el allanamiento de la ONP en los procesos judiciales vinculados a dicha pretensión; posteriormente se promulgó la Ley N° 27561²⁶ que ordenó la revisión de oficio de todos los expedientes administrativos del SNP (unos 800,000) para determinar aquellos casos en los cuales se aplicó indebidamente la norma modificatoria, procediendo a su rectificación.

IV.2.Ley N° 23908: Criterios para la pensión mínima

Si bien el texto original del Decreto Ley N° 19990 no contemplaba el instituto de la pensión mínima, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 23908²⁷ se introduce dicho concepto en el Sistema Nacional de Pensiones, que sería equivalente a tres sueldos mínimos vitales. En ese entonces el ingreso mínimo del trabajador en actividad (lo que hoy es la RMV) estaba integrado por cuatro elementos, de los cuales el sueldo mínimo era uno de los de menor valor.

En relación a dicha norma el Tribunal Constitucional ha emitido desde inicios del 2003 una serie de pronunciamientos que han delimitando su campo de aplicación tanto en el aspecto temporal (legislativo) como en cuanto al cálculo de la pensión por otorgar.

- **El primer precedente: vigencia hasta 1996.** El 20 de enero del 2003 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la sentencia recaída en el Expediente N° 00703-2002-AC/TC, fallo que señalaba que tenían derecho a una pensión mínima aquellos asegurados que alcanzaron el punto de contingencia hasta el 23 de abril de 1996, un día antes a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 817, que estableció nuevos parámetros para la pensión mínima. Este fallo originó la interposición de miles de demandas en contra de la ONP solicitando la aplicación de la citada ley, pues los pensionistas consideraron que podían acceder a una pensión mínima que fuese el equivalente a tres veces el valor de la RMV vigente, lo que era un absurdo fáctico y jurídico.
- **El segundo precedente: vigencia hasta 1992.** El 11 de marzo del 2004 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la sentencia recaída en Expediente N° 01816-2002-AA/TC, en la cual se dispone de manera escueta que la referida Ley N° 23908 solo alcanzaba a los pensionistas que alcanzaron la contingencia hasta el 18

²⁵ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de julio del 2001.

²⁶ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25 de noviembre del 2001.

²⁷ El 23 de setiembre de 1984, vencidos los 16 días de vacatio legis posteriores a su publicación.

de diciembre de 1992, un día antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967. Si bien la sentencia aludía de manera genérica al concepto reajuste, se entendía que incluía dentro de tal definición tanto a la pensión mínima como al reajuste con prioridad trimestral (artículo 4). Pese a lo genérico del pronunciamiento, su importancia radicó en el hecho de reducir el campo de acción de la Ley N° 23908 del 23 de abril de 1996 al 19 de diciembre de 1992, disminuyendo así la lista de beneficiarios potenciales de dicha norma.

- **El tercer y cuarto precedentes: aclarando zonas grises.** El 29 de octubre del 2004 es publicada en la página web del Tribunal Constitucional el fallo recaído en el Expediente N° 02704-2002-AA/TC, en el cual se ratifica que la Ley N° 23908 es aplicable a los asegurados que alcanzaron el punto de contingencia hasta el 19 de diciembre de 1992 (fundamento 11, literales d y g), pero a la vez se indicó que la pensión mínima nunca fue igual a tres veces el ingreso de un trabajador en actividad, habiendo el legislador tomado de referente para fijar dicho concepto uno de los elementos que integraban la remuneración mínima. Posteriormente, el 22 de noviembre del 2004 fue publicada en la misma página web el fallo recaído en el Expediente N° 00198-2003-AA/TC seguido por Carlos Briones Vigo, suscrito por todos los magistrados del Tribunal (que constituye precedente obligatorio), en el cual -además de ratificar lo expuesto en la sentencia glossada en el párrafo precedente- se establece que no procede el reclamo del reajuste automático trimestral (artículo 4) en tanto los incrementos de pensión están condicionados a la capacidad financiera del régimen y a la situación de la economía nacional (fundamentos 13 a 15).

Estas sentencias fueron fundamentales para reducir las demandas que solicitaban una pensión mínima equivalente a tres veces el valor de la RMV actual, sin embargo, los jueces se limitaban a constatar la fecha de la contingencia para acoger las demandas, por lo cual era necesario que el Tribunal Constitucional precisara –con carácter obligatorio– que debía efectuarse previamente un juicio de comparación entre el monto de la pensión otorgada respecto al triple del valor del sueldo mínimo (o ingreso mínimo) vigente a la fecha de la contingencia en cada caso, tal como dispuso el Expediente N° 05189-2005-

PA/TC²⁸. Este fallo precisa, además, que el último IML que puede ser utilizado como referente para aplicar la Ley N° 23908 es el Decreto Supremo N° 002-91-TR (IML = I/m. 12 intis millón), por lo tanto, no puede reclamarse como pensión la RMV señalada en el Decreto Supremo N° 003-92-TR.

Contingencia	Norma aplicable	Monto del IML	PM = 3 IML
18 de diciembre de 1992	DS.N° 002-91-TR	I/m. 12	IML x 3 = I/m. 36

Es precisamente bajo los parámetros de este último precedente jurisprudencial que se ha emitido el Decreto Supremo N° 150-2008-EF²⁹, norma mediante la cual se ha dispuesto que la ONP procure la conclusión de los procesos judiciales en los cuales se cumplan los supuestos de tiempo y cálculo antes señalados, para lo cual se está procediendo con formular los allanamientos correspondientes.

IV.3.Reconocimiento judicial de aportaciones

Para acceder a cualquiera de las pensiones reguladas por el Decreto Ley N° 19990 será necesario que el asegurado acredite una cantidad de años de aportaciones, conforme a los supuestos fijados por ley. Las aportaciones, según el artículo 7 de la citada norma, equivalen a un porcentaje de la remuneración asegurable que percibe el trabajador³⁰, y representan no sólo uno de los elementos básicos para acceder a la pensión, sino una de las fuentes principales de financiamiento del régimen.

En efecto, en la medida que el Sistema Nacional de Pensiones funciona como un fondo común (sistema de reparto) al cual aportan todos los asegurados y del cual se obtendrá los recursos dinerarios para el pago de las pensiones de todos sus beneficiarios, el aporte cumple un papel preponderante al constituir su base financiera. La idea es que quienes trabajan en la actualidad permitan (con sus aportes) que se pague las prestaciones de los actuales pensionistas, como las suyas serán pagadas por los futuros asegurados (sistema de solidaridad intergeneracional: pay as you go).

²⁸ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de octubre del 2006.

²⁹ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de julio del 2001.

³⁰ El porcentaje de la aportación mensual es 13% desde el 01 de enero de 1997, conforme lo establecido por la Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 26504.

En el tiempo se han presentado una serie de problemas administrativos de interpretación y aplicación normativa relacionados con las aportaciones, que luego se han derivado al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional, que en parte han sido solucionados con la dación de normas legales como el Decreto Supremo N° 082-2001-EF o Ley N° 28407, pero a la vez ha generado paralelamente un incremento de los casos de falsificación de certificados de trabajo y/o demás documentos similares con los cuales los asegurados pretendían acreditar sus aportaciones o los años laborados supuestamente para diversos empleadores, derivando en procesos penales y la suspensión de pago en el caso de presuntas irregularidades.

El 10 de octubre del 2008 fue publicada en la página web del Tribunal Constitucional la sentencia recaída en el Expediente N° 04762-2007 –PA/TC, fallo emitido en el proceso de amparo seguido por Alejandro Tarazona Valverde contra la ONP, que constituye un precedente vinculante que establece las nuevas reglas aplicables a las demandas sobre reconocimiento de aportaciones en el Sistema Nacional de Pensiones, que determina los documentos (y criterios) que deben ser tomados en cuenta para dicho fin.

Este fallo fue complementado por la resolución aclaratoria publicada el 16 de octubre del 2008 en la misma página web, pronunciamiento en el cual el Tribunal Constitucional ha formulado algunas precisiones respecto al precedente, como la posibilidad de presentar los documentos en copias simples (siempre que sean avalados por otros, éstos sí en originales o copias legalizadas), la improcedencia de sustentar una demanda de reconocimiento sobre la base única de certificados de trabajo, entre otros aspectos.

En su parte medular, el fundamento 26 establece (a partir de soslayar la modificación al artículo 54 del Reglamento del Decreto Ley N° 19990, aprobado por Decreto Supremo N° 011-74-TR) que constituyen instrumentos de prueba que pueden adjuntarse en las demandas de amparo sobre reconocimiento de aportaciones: el certificado de trabajo, las boletas de pago de remuneraciones, los libros de planillas, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de ORCINEA³¹, del IPSS o de EsSalud, entre otros documentos.

³¹ La Oficina de Registro de Cuentas Individuales Nacional de Empleadores y Asegurado (ORCINEA) era el área del IPSS encargada de registrar todas las aportaciones del Sistema Nacional de Pensiones sin embargo, al ser transferida a la ONP, se constató la existencia de unos 40 millones de documentos sin ingresar a la base de datos (ver: Diario Oficial El Peruano, edición del 22 de octubre del 2001).

La precisión inicial era que dichos documentos debían ser presentados en original o copia legalizada pero no en copia simple; sin embargo, la resolución aclaratoria estableció en el literal a) del numeral 7, lo siguiente:

“a) Cuando en el fundamento 26.a se precisa de manera enunciativa que los documentos allí mencionados pueden ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, este Tribunal no está estableciendo que en el proceso de amparo no se puedan presentar los mismos documentos en copia simple, sino que la sola presentación de dichos documentos en copia simple no puede generar en el juez suficiente convicción sobre la fundabilidad de la pretensión, razón por la cual se le solicita al demandante que, en principio, los presente en original, copia legalizada o fedateada. Por tanto, en el proceso de amparo sí pueden presentarse, conjuntamente con los documentos en original, copia legalizada o fedateada o documentos en copia simple, los cuales han de ser valorados conjuntamente”.

Esto implica que los demandantes sí podrán presentar copias simples, pero éstas no serán suficiente prueba de su pretensión. Completando dicha precisión, el literal b) del numeral 7 de la citada resolución aclaratoria precisa:

“b) ... teniendo presente que una de las justificaciones para establecer el precedente sobre las reglas de acreditación ha sido la presentación de documentos falsos para acreditar años de aportaciones, este Tribunal considera oportuno precisar que en aquellos casos en los que el demandante presenta tan solo un certificado de trabajo en original, copia legalizada o fedateada como único medio probatorio, el juez con la finalidad de generarse convicción suficiente sobre la veracidad de lo alegado, le deberá solicitar que en un plazo de 15 días hábiles presente documentación adicional que puede ser en original, copia legalizada, fedateada o simple a efectos de corroborar el periodo que se pretende demostrar con el certificado de trabajo”.

Dentro de este contexto de incorporar en el amparo la actuación de pruebas, esta es una precisión pertinente para evitar que el juzgador estime una demanda a la luz de las nuevas reglas únicamente

sobre la base de un certificado de trabajo, pues está fijando como obligación del juzgador (al utilizar el término “deberá”) el requerir al demandante la presentación de documentación complementaria (boletas de pago de remuneraciones, libros de planillas, liquidación de beneficios sociales, etc.).

En suma, si estamos frente a un proceso de amparo en el cual es factible aportar y actuar medios probatorios, el juez constitucional deberá comportarse como un juez ordinario (contencioso administrativo), evaluando la legalidad y validez de toda la documentación obrante en autos, calificando el cumplimiento de los requisitos que se establecen en las normas legales (laborales y previsionales) respectivas, así como las exigencias formales a los documentos mediante los cuales se pretende acreditar tanto la existencia de la relación laboral como de las aportaciones (certificado de trabajo, libros de planilla, boletas de pago, liquidaciones de beneficios sociales, Declaraciones Juradas, etc.) a que hacen referencia las sentencias complementarias del citado precedente.

V. BIBLIOGRAFÍA

Libros

MONROY GÁLVEZ, J. (2004). La formación del proceso civil peruano. Segunda Edición. Lima, Palestra Editores.

SÁNCHEZ VELARDE, P. (1997). “El principio del juez predeterminado por la ley”. En: Revista Temas de Derecho. Edición N° 4. Lima, Universidad Particular de San Martín de Porres.

Internet

ACEVEDO MENA, R. (2009). “El proceso contencioso administrativo laboral y previsional a partir de la Ley N° 29364”. En: <http://www.justiciayderecho.org/revista4/index1.html>

PRIORI POSADA, G. (2006). “La competencia en el proceso civil peruano”. En: <http://blog.pucp.edu.pe/item/23993>

IMPORTANCIA Y NECESIDAD DE LOS PRINCIPIOS EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO N° 29497

Dr. Leopoldo Gamarra Vílchez

Magíster en Economía y Relaciones Laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Asesor laboral del Congreso de la República, Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo examinar la importancia y necesidad de los principios en la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497. Para ello partiremos señalando la función fundamental de los principios del Derecho del Trabajo y la necesidad de tener principios propios. Igualmente, trataremos la instrumentalización de los principios procesales generales ubicando los operacionales, luego veremos los principios en la Constitución y en la legislación. Finalmente, resaltaremos los elementos positivos de los principios en la nueva ley procesal para terminar con algunas ideas a manera de conclusión.

Sumario

I. Introducción. II. Importancia de los principios en el Derecho del Trabajo. III. Instrumentalización de los principios procesales generales. IV. Los principios en la nueva Ley Procesal. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene un especial significado y es que a más de trece años de vigencia de la Ley Procesal del Trabajo N° 26636, se esperaba una nueva ley procesal debido a la nueva situación económica y social del país. Recordemos que en la actualidad se encuentra vigente la mencionada ley del 21 de junio de 1996, Ley Procesal del Trabajo que no ha logrado superar los graves problemas del volumen de los procesos laborales ni hacer efectivos los derechos sustantivos de los trabajadores. El proceso laboral sigue siendo lento, burocrático, formalista y no expeditivo. Los procesos judiciales laborales son escritos, complejos, lentos y se encuentran diseñados para que duren entre cuatro a seis años como mínimo. Además, los Jueces de Trabajo tienen una competencia reducida y muchos magistrados laborales no tienen la especialidad que se requiere en esta rama específica del Derecho.

Por ello, es relevante la publicación de la Revista Institucional de la Academia de la Magistratura en tanto incide en temas que estamos seguros contribuirán a la reflexión y crítica de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497), publicada el 15 de enero del presente año que entró en vigencia en el mes de julio, según su Novena Disposición Complementaria.

En ese sentido, trataremos el tema de los principios en la nueva ley en cuanto a su importancia y necesidad. Consideramos que lo relevante es advertir que incluso los principios bien establecidos se encuentran sujetos a una permanente actualización conceptual, precisamente por la necesidad de proveer explicación a nuevos fenómenos. Así trataremos la importancia de los principios en el Derecho del Trabajo, la instrumentación de los principios procesales generales, los principios en la nueva Ley N° 29497 y terminaremos con algunos planteamientos a manera de conclusión.

II. IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

II.1. Función fundamental

Los siglos de vigencia y experiencia que tienen las ramas jurídicas obligan a diferenciar la originalidad de los principios del Derecho del Trabajo, de reciente data, y a reconocer la clarividencia de aquellos postulados que hacen posible “la creencia de que el Derecho del Trabajo, si bien enfrenta una crisis existencial, perdurará ya que a través de él se plasma el ideario humano...”³². En efecto, la importancia de los principios en los que se funda el Derecho del Trabajo estriba en la función fundamental que ellos juegan, como lo señala Manuel Alonso García³³: “son aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho”.

Es decir, los principios a los que hacemos mención asumen características que es necesario resaltar. Una primera característica consiste en señalar que son enunciados básicos que pretenden abarcar una serie indefinida de situaciones y no una en particular, de tal manera que puedan ser utilizados en una diversidad de situaciones, lugares, tiempos, etc.; y tienen un sentido lógico desde el Principio Protector hasta el Principio de No Discriminación, que Américo Plá Rodríguez agrega a los ya conocidos³⁴.

³² EMILIO MORGADO VALENZUELA. (2004), p. 36.

³³ ALONSO GARCÍA, MANUEL. (1960), p. 247

³⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. (1998).

La razón de ser de los principios del Derecho del Trabajo adquiere así un carácter ajeno, particular, diverso, independiente de otra rama del Derecho, justifican su autonomía y su peculiaridad, son especiales al margen de que pudieran existir variables similares o parecidas y cumplen la función de informar, normar e interpretar, dotándolos de fundamentos orientadores³⁵. Es menester tener en cuenta que estos principios en que se funda el Derecho del Trabajo son el apoyo, el soporte que permite suplir la estructura conceptual asentada en siglos de vigencia y experiencia que tienen otras ramas jurídicas.

Por ello, volver a los principios primigenios del Derecho del Trabajo quiere decir identificarlos con los derechos de los trabajadores destacando, a pesar de que todos tienen la misma jerarquía, el de protección del trabajador que explica su necesidad en la desigualdad inherente a toda relación de trabajo³⁶.

Los principios del Derecho del Trabajo nos llevan a interpretar los derechos sociales desde su verdadera y más elemental dimensión. Aunque muchos lo ocultan, son esencialmente derechos de la persona o derechos humanos. Se trata de derechos que deben gozar todos los trabajadores como personas y ciudadanos de manera efectiva, pues no se alcanza fin alguno solamente por el reconocimiento de los derechos en general si el Estado no se preocupa por la suerte de hombres y mujeres considerados ya no sólo como trabajadores y como consecuencia, debe garantizar simultáneamente el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades políticas.

II.2. Necesidad de principios propios en el proceso laboral

El proceso, en su sentido etimológico, viene de procesus que significa avance y progreso encaminados a algo. Procesalmente podemos traducir la noción de avance y progreso como vocablos en estructura de reglas y actos encaminados a la consecuencia de algo: la sentencia. Es decir, el proceso en general vendría a ser un conjunto de

³⁵ Conferencia dictada por PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. (1994), p.34.

³⁶ Al respecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 2/83 del 25 de enero, citada por Federico Durán López, se resalta este criterio: "El Derecho del Trabajo, superando las reglas de la libertad e igualdad de las partes en que se basa el derecho de los contratos, se constituye en un ordenamiento compensatorio e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales. Por ello, teniendo en cuenta que el artículo 9.2 de la Constitución impone la superación de una igualdad meramente formal, resulta acorde con la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho Laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador". Ver: DURÁN LÓPEZ, FEDERICO. (1992), p. 107.

reglas, formas y actos para la consecución de ciertos fines, fundamentalmente la solución de un conflicto a través del Derecho como categoría de la mediación social³⁷.

En general “la actividad mediante la cual se desarrolla en concreto la función jurisdiccional se llama proceso”³⁸. Por ello, hay que diferenciar entre proceso y procedimiento: el proceso es el todo organizado de actos; el procedimiento constituye tan solo la forma externa del fenómeno procesal, los modos con los cuales deben ser realizados y ordenados los actos que corresponden al proceso. Los actos procesales constituyen el procedimiento cuyo conjunto recibe el nombre de proceso y que tiene como fin resolver el conflicto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional mediante un fallo³⁹.

Entonces, se entiende “por procesos laborales los concebidos para resolver litigios en que se invocan reglas y normas relativas al trabajo dependiente”⁴⁰, como un conjunto de actos procesales que se desarrollan en forma progresiva, sistemática y teleológicamente con el objeto de resolver un conflicto laboral. Es decir, esta actividad se lleva a cabo para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional en materia laboral, que se caracteriza fundamentalmente por:

- Constituir un instrumento tuitivo en favor del trabajador, por medio del cual el Estado, ejercitando su función jurisdiccional, tutela y ampara al más débil del conflicto laboral.
- Constituir un instrumento del Estado que busca alcanzar la justicia social.

Esas características del proceso laboral significan contar con principios propios, alteraciones en los conceptos de jurisdicción, competencia, acción, sujetos del proceso, etc.

Los principios del Derecho Procesal de Trabajo poseen sus propias características y funciones dentro del Derecho Laboral: sustantividad propia en razón de su generalidad y obedecen a la inspiración de justicia social, que es la razón de ser desde su nacimiento, de ahí

³⁷ Se trata de la regulación normativa de las interacciones que es lo que convierte al Derecho en una categoría de la mediación social en la perspectiva de Jürgen Habermas, puesto que a los justiciables y a toda la sociedad les interesa que se solucionen los conflictos.

³⁸ TULLIO LIEBMAN, ENRICO. (año), p. 25.

³⁹ El proceso como “el medio acordado por todos para mantener o restaurar el equilibrio social, resulta indispensable que jueces, abogados, litigantes, auxiliares de justicia, estudiantes de Derecho, se percaten de que detrás de todo expediente existe un proceso y detrás de todo proceso, hay un drama humano...”. Ver: PARODI REMÓN, CARLOS. (1996), p. 40.

⁴⁰ DIÉGUEZ, GONZALO. (1995), p. 635.

que busquen favorecer al trabajador. Se vinculan con cada institución procesal en una determinada realidad social, en donde actúan o deben actuar, ampliando o restringiendo el criterio de su aplicación; por ello, es importante la necesidad de una autonomía dogmática a través de sus principios propios así como autonomía normativa que permitan construir un sistema del Derecho Procesal del Trabajo. En tanto que un sistema, denota una relación de coherencia entre los principios y las normas que la componen.

En general, el principio protector es el que traduce mejor la inspiración primordial del Derecho del Trabajo: la protección al trabajador. Mientras otras ramas del Derecho se preocupan por establecer una paridad entre las partes involucradas ésta, desde sus inicios históricos, ha tendido a proteger a la parte más débil de la relación laboral; de ahí que históricamente las legislaciones hayan establecido normas protectoras en sus leyes positivas como principio compensatorio de la diferencia entre el trabajador y el empleador en la relación contractual.

Eduardo Couture estimaba que el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras, de forma tal que los privilegios creados por el legislador le permitan al trabajador recuperar, en el campo jurídico, lo que ha perdido en el campo económico. En ese sentido es que en esta rama del Derecho se introduce la idea de la igualdad jurídica compensada⁴¹. La dependencia del trabajador al empleador es triple: facultad de dirección, administrativa y poder disciplinario, que les son inherentes como empleador; por lo tanto, tiene una especial incidencia en el surgimiento de este principio. Además, el trabajador se encuentra sometido a una dependencia económica del empleador al poner su fuerza de trabajo, de cualquier índole que ésta sea, al servicio de otro a cambio de una remuneración económica. Entonces, la justificación de este principio se centra precisamente en la necesidad de dotar al trabajador, quien se presenta como la parte jurídicamente más débil frente a los poderes del empleador, de los elementos necesarios para que compense su situación.

Por otro lado, también en general, el principio de equidad traduce mejor la inspiración fundamental del Derecho Procesal del Trabajo. La palabra equidad, que viene del latín *aequitas*, expresa la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se

⁴¹ Suponemos que esta idea se basa en el pensamiento del filósofo Aristóteles quien sostenía que “el principio de igualdad exige tratar a las cosas iguales de igual manera, pero también, a las diferentes de manera diferente”.

adapta a su naturaleza⁴². Aristóteles caracterizaba la equidad como una manera de justicia que se adapta a la singularidad de cada caso⁴³. Es decir, la equidad pertenece a lo justo, es la justicia singularizada al caso individual como proporción que hay entre la norma y las exigencias reales encerradas en cada caso⁴⁴.

En términos jurídicos, la equidad atenúa el derecho positivo, disminuye el rigor de la ley. Según Kant el derecho más estricto constituye la mayor injusticia⁴⁵. En otros campos del derecho, las consecuencias de la rigidez jurídica implacable pueden ser muy dramáticas⁴⁶. Procesalmente, el principio de equidad sirve al juez como criterio para aplicar las normas jurídicas cuando el derecho positivo se lo permite. De ahí que “la naturaleza propia de la equidad está en corregir la ley, en la medida en que ésta resulta insuficiente en virtud de su carácter general”. Es decir, Aristóteles consideraba a la equidad como *juris legitimi enmendatio* (legítima corrección del derecho) y como *legis supplementum* (suplemento de la ley), y a la cual se debía acudir para interpretarla y que debía prevalecer en caso de duda, según determinados principios.

III. INSTRUMENTALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES LABORALES GENERALES

III.1. Ubicación de los principios operacionales

El contenido, como fundamento del Derecho Procesal del Trabajo, requiere contar con principios propios y claros que posibiliten una verdadera autonomía de las diferentes ramas del derecho. En efecto, “desarrollar los fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo implica, en buena cuenta, justificar su autonomía, su razón de ser”⁴⁷. Generalmente no se diferencian los principios del Derecho Procesal de las técnicas del procedimiento y son pocos los *jus laboristas* que coinciden en manejar principios comunes.

En realidad, en la doctrina suelen distinguirse diversos sentidos de los principios. Nosotros consideramos los dos tipos de principios: los

⁴² Aequitas es un concepto filosófico de la escuela histórica griega, trasladado por la jurisprudencia romana al terreno jurídico. Es decir, existe influencia griega en el concepto de la aequitas romana.

⁴³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómano*.

⁴⁴ Podría decirse que aquellos que ven sólo desde la ley lo justo o injusto no podrán distinguir jamás con tanta precisión como los que ven con los ojos de la equidad.

⁴⁵ KANT, MANUEL. (1983).

⁴⁶ Así tenemos en la literatura a “Los Miserables” de Víctor Hugo, “El Gran Inquisidor” de Fedor Dostoievski, entre otros.

⁴⁷ PASCO COSMÓPOLIS, MARIO. (1997), p. LIX.

fundantes como inspiradores de toda la legislación laboral, y los principios operacionales o reglas del Derecho Procesal del Trabajo como la oralidad, intermediación, etc.

Asimismo, a nuestro criterio, se deben delimitar los principios exclusivos del Derecho Procesal del Trabajo con la finalidad de tener organicidad y constituir una base dogmática que posibilite hablar realmente de autonomía en sus diferentes aspectos. Es decir, la legislación procesal laboral para ser aplicada en la realidad social y buscar la solución de los conflictos, que surgen de las relaciones de trabajo, necesita de principios propios como razón, origen y fundamento de la doctrina del Derecho Procesal del Trabajo. “Extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno solo de ellos, ha debido surgir para establecer mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico de la vida, los que ponen su trabajo como sustancia del contrato y los que se sirven de él para la satisfacción de sus intereses”⁴⁸.

Ahí radica la necesidad de la instrumentalización de los principios generales o fundantes del Derecho del Trabajo. Podemos definir dichos principios generales del Derecho del Trabajo también como “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”⁴⁹.

Al respecto, debe buscarse la justificación lógica y también debe tenerse en cuenta la diferencia de los principios fundantes o principales, con los principios operacionales o reglas⁵⁰. En el primer caso, de la justificación lógica, utilizaremos la fundamentación filosófica de Francisco Miró Quesada Cantuarias:

“Por lo pronto, debe señalarse que la única manera de justificar racionalmente un sistema de lógica es mediante el hecho de que sus principios (axiomas) y sus reglas de inferencia, son evidentes (en el caso de los principios), que su verdad es evidente; en el caso de las reglas, que es evidente que su aplicación permitirá pasar, de manera necesaria, de la verdad de las premisas a la verdad de la conclusión”⁵¹.

⁴⁸ COUTURE, EDUARDO J. (1979), p. 288.

⁴⁹ PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. (1978), p. 9.

⁵⁰ Américo Plá Rodríguez denomina reglas a los principios operacionales que permiten aplicar los principios generales o fundantes a una determinada realidad, sea ésta de derecho sustantivo o procesal.

⁵¹ MIRÓ QUESADA, FRANCISCO. (1998), p. 15.

En el segundo caso, utilizaremos la diferencia que hace Diego Valadés entre los principios fundantes o generales y los principios operacionales o reglas: “Los principios (fundantes) son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferentes grados, en tanto que las reglas (principios operacionales) únicamente pueden ser cumplidas o no”⁵².

Existe una relación directa entre los principios principales o fundantes y los principios operacionales o reglas. Lo que no es fácil es determinar su aplicación en cuanto a la cantidad de principios⁵³. No obstante, la idea es que la instrumentalización de los principios principales o fundantes se realice a través de los principios operacionales o reglas como “directivas o líneas, dentro de las cuales han de desarrollarse las instituciones del proceso”⁵⁴.

III.2 Los principios en la Constitución y en la Ley N° 26636

La condición normativa específica de los principios viene dada por su multifuncionalidad. En efecto, el valor jurídico de algunos principios se centra sobre todo, en la introducción de criterios de interpretación de otras normas. Otros, por el contrario, van más allá y tienen efectos más directos desplazando la aplicación de determinadas normas o determinando el sentido de la solución a los problemas jurídicos que plantea la práctica cotidiana. Es de destacar, además, que un mismo principio puede desarrollar, dependiendo de las circunstancias del caso, esas funciones⁵⁵. Sin embargo, “el rasgo esencial, que define la condición del principio general del derecho es su carácter de elemento informador del ordenamiento jurídico en un conjunto o en un sector del mismo. Para que podamos hablar de la existencia de un determinado principio, debe poder apreciarse que las reglas existentes en un ámbito jurídico concreto, se encuentran informados por un determinado criterio de justicia que le es común”⁵⁶.

En el ámbito del Derecho Procesal en general “se reproducía el desequilibrio existente entre las partes contratantes en el contrato de trabajo, que se intentaba corregir por medio del derecho sustantivo”⁵⁷. Américo Plá Rodríguez señala que:

⁵² VALADÉS, DIEGO. (2005), p. 80.

⁵³ Por ello es que tenemos tantas clasificaciones como autores existen.

⁵⁴ PODETTI, RAMIRO. (1950), p. 192.

⁵⁵ BALAGUER C., MARÍA LUISA. (1990).

⁵⁶ NARANJO DE LA CRUZ, RAFAEL. (2000), p. 258.

⁵⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, JUAN A. (2003), p. 823.

“... los verdaderos motivos de la autonomía procesal del Derecho del Trabajo los encontramos en los propios litigios que ha de resolver una justicia del trabajo. Algunos de ellos por motivos intrínsecos del propio proceso. El litigio del trabajo debe resolver aplicando principios y normas peculiares, usando una técnica más ágil y amplia en materia de pruebas, de términos y de recursos, y sobre todo, encarándola de acuerdo con un espíritu nuevo”⁵⁸.

El mismo autor destaca que:

“Alejandro Gallart Fosch escribió en 1936 este párrafo que se ha convertido en una cita obligada: La jurisdicción civil ordinaria es complicada, lenta y costosa, y aun cuando puede hacerse más sencilla, más rápida y más barata, siempre es ello dentro de una cierta relatividad, pues sino la sencillez sería en perjuicio de la debida consideración de todas las facetas, de los complejos litigios de carácter contractual, patrimonial o familiar; la rapidez privaría a las partes de las garantías para que sus derechos pueden exigir, y la baratura favorecería la multiplicación de los litigantes de mala fe. En cambio, el litigio de trabajo exige extremada sencillez, gran rapidez y absoluta gratuidad, porque sin estas condiciones es absolutamente inoperante”⁵⁹.

En ese sentido, el Derecho Procesal del Trabajo se concreta en el conjunto de normas, principios e instituciones que constituyen la legislación procesal, por cuyo medio el Estado, ejercitando su función jurisdiccional, administra justicia laboral⁶⁰.

Esto condujo, en algunos países, a la institucionalización del proceso como un conjunto de derechos de la persona y garantías a través de la proclamación programática de principios de derecho procesal⁶¹.

En el Perú, con la Constitución de 1979 se empezaron a regular los principios propios del Derecho del Trabajo: el principio protector (artículo

⁵⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. (1997). Op. cit.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se enfatiza ese carácter. “(...) superando tendencias que creían que el Derecho Procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del Derecho sustantivo...” (Sentencia del 25 de enero de 1983).

⁶¹ REY CANTOR, ERNESTO. (año), pp. 201-260.

42), el de igualdad de trato (artículo 42, segundo párrafo), el de continuidad (artículo 48), el de irrenunciabilidad (artículo 57, primer párrafo) y el principio indubio pro operario (artículo 57, segundo párrafo). La Constitución de 1993 consagra el principio protector (artículo 23, primer párrafo), la igualdad de oportunidades sin discriminación, la irrenunciabilidad de derechos y el indubio pro operario (artículo 26). “Esa tendencia positivista iniciada con la Carta de 1979 ha permanecido en nuestro ordenamiento, no sólo al más alto nivel sino también a nivel infraconstitucional”⁶².

En efecto, es oportuno tener presente la Ley Procesal del Trabajo N° 26636 de 1996⁶³ que reconoce los principios procesales de inmediatez, concentración, celeridad y veracidad e incluso amplía sus consecuencias al señalar que el juez dirige e impulsa el proceso para lograr una pronta y eficaz solución de las controversias⁶⁴. Además, la obligación del juez “en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma o cuando existan varias normas aplicables a un caso concreto, deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador”⁶⁵.

El artículo 26, numeral 3 de la Constitución actual alude a este principio operacional⁶⁶, igualmente la Ley Procesal: “en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma o cuando existan varias normas aplicables a un caso concreto, deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador”. En ambas normas debe superarse el concepto ambiguo de “duda insalvable” porque parecería exigir el agotamiento de los distintos métodos de interpretación normativa, y sólo así se aplicaría. Es obvio que esa postura limita el uso de la regla⁶⁷.

⁶² BOZA PRÓ, GUILLERMO. (2004), p.77.

⁶³ Cabe mencionar, que “la nueva ley venezolana contiene la más completa enunciación de principios procesales que hasta ahora se había hecho en América Latina. Nada menos que diez principios se hallan consagrados en el artículo 2. Ver: CÓRDOVA, EFRÉN. (2004), p. 16. Asimismo, en la Ley Federal de Trabajo de México, según Néstor de Buen, tenemos los siguientes principios como explícitos: publicidad, gratuidad, inmediatez, oralidad, instancia de parte, tutela en beneficio del trabajador, informalidad y auxilio de las demás autoridades administrativas y judiciales; y los implícitos, la desigualdad procesal, la libre elección del foro para el trabajador, preclusión durante el proceso, impulso procesal de la autoridad, admisión de todos los medios de prueba, libertad de interrogatorio, resolución de conciencia, irrevocabilidad de las propias decisiones. En: PASCO COSMÓPOLIS, MARIO. (1997).

⁶⁴ Artículo 1 de la Ley Procesal del Trabajo N° 26636.

⁶⁵ Artículo 2 de la Ley Procesal del Trabajo N° 26636.

⁶⁶ “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma”.

⁶⁷ Por otro lado, su aplicación en el ámbito normativo del Derecho Colectivo del Trabajo ofrece resistencia debido a su doble naturaleza heterónoma y contractual.

En general debe ser aplicada en casos de duda para valorar el verdadero alcance de la norma o de los hechos, escogiendo entre ellos el sentido que más le favorezca al trabajador. No significa ello que pueda ser utilizado para suplir omisiones ni mucho menos para suplir la voluntad del legislador o el sentido claro y preciso de la norma, o cuando de los hechos no pueda válidamente aducirse la duda.

Asimismo, el artículo 27 de la Ley N° 26336 establece que “corresponde a las partes probar sus afirmaciones y esencialmente: 1) Al trabajador probar la existencia del vínculo laboral; y 2) Al empleador demandado probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, la costumbre, el reglamento interno y el contrato individual de trabajo”⁶⁸. Este artículo trata de conciliar dos principios operacionales: el de la carga de la prueba y el de la inversión de la prueba. Es decir, las partes deben probar lo que alegan en el juicio como carga de la prueba, y el de la inversión o reversión de prueba sólo es aplicable al trabajador, cuando este acredita la prestación de sus servicios; es decir, que existió relación laboral⁶⁹. Por esta inversión de la prueba, el demandado debe probar los extremos que le son obligatorios de la relación laboral, o sea, que ha cumplido con las disposiciones legales (beneficios sociales, vacaciones, compensación por tiempo de servicios, etc.) o las convenciones de trabajo que son obligatorias cuando se pactan como la costumbre, el reglamento interno y el contrato de trabajo.

Es decir, en el proceso laboral se establece claramente el *onus probandi* (¿a quién corresponde la carga de la prueba?), diferente de la posición tradicional (“quien efectúa la afirmación del hecho debe probarlo”) a través de la inversión de la carga de la prueba. Contrariamente, el trabajador debe probar algunos extremos que no son obligatorios del empleador (horas extras, gratificaciones, trabajo realizado en día no laboral, etc.).

Como puede constatarse, la existencia de la diversidad de principios operacionales del Derecho Procesal del Trabajo estriba en su deseo de contemplar varias situaciones que pueden variar en el tiempo, con la idea de dar solución tanto a los problemas viejos como a los actuales y aún a los futuros. Por eso, seguirán siendo útiles y cumpliendo su misión de constituirse en líneas directrices.

⁶⁸ Ley Procesal del Trabajo N° 26336, artículo 27.

⁶⁹ Los magistrados laborales han aprobado, en el Pleno Jurisdiccional del año 2000, que ante la divergencia entre un contrato de trabajo y otra de locación de servicios, debe optarse por el primero cuando se aprecian los elementos esenciales como son la subordinación y la prestación personal.

IV. LOS PRINCIPIOS EN LA NUEVA LEY N° 29497

IV.1. Necesidad de los principios: recuperación en el Texto Sustitutorio del proyecto de la nueva Ley

La Comisión de Trabajo del Congreso de la República, en su primera sesión ordinaria de la Legislatura 2006 - 2007, celebrada el 21 de agosto del 2006, acordó actualizar el proyecto de una Nueva Ley Procesal del Trabajo de la anterior comisión como un nuevo proyecto de Ley N° 117/2006-CR⁷⁰. Dicho proyecto en cuanto a los principios contiene casi la misma estructura y conceptos de procesos civiles que responden a otros principios propios del derecho privado. Por otro lado, el proyecto de Código Procesal del Trabajo presentado por el Poder Judicial cuenta con un Título Preliminar que señala los principios de oralidad, interpretación de las normas procesales laborales, el indubio pro operario, la irrenunciabilidad de derechos laborales, etc., pero sin claridad en cuanto a su operacionalidad.

Finalmente, la propuesta del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo fue impulsada por el entonces Ministro, Mario Pasco Cosmópolis. La propuesta tiene como finalidad expresa el acceso a la justicia laboral y se inspira en la oralidad y en las nuevas tecnologías. Para ello se plantea algo muy novedoso en nuestro país, que son tres elementos claves para toda reforma judicial: la formación y capacitación de todos los operadores del Derecho Laboral, contar con infraestructura que posibilite llevar a cabo las audiencias judiciales públicamente y con participación de todos los involucrados del proceso laboral y, finalmente, contar con las normas claras sobre el nuevo proceso laboral.

Sin embargo, ese Proyecto del Ejecutivo de la Ley Procesal del Trabajo fue modificado y se presentó formalmente como Proyecto N° 3467/2009-PE como resultado del grupo de trabajo creado por R.M. N° 006-2009-TR respecto del proyecto elaborado por la comisión creada por R.M. N° 044-2008-TR. Curiosamente, en el Título Preliminar no reconocía ningún principio del proceso laboral⁷¹. Esta lamentable omisión

⁷⁰ Existen otros proyectos que plantean sólo modificaciones parciales a la Ley N° 26636, como los Proyectos de Ley N° 982/2006-CR, N°1575/2007-CR, N°3483/2009-CR, y N° 3489/2009-CR.

⁷¹ Intentando una definición del proceso laboral, puede señalarse que es el conjunto de actos procesales que se desarrollan en forma progresiva, sistemática y teleológicamente, que son realizados por el juez y las partes en cumplimiento de las normas procesales, con el objeto de resolver un conflicto laboral mediante una sentencia emitida por el órgano jurisdiccional. ¿Pero cuándo una norma es procesal y qué son los conflictos laborales en la doctrina procesal? Todos sabemos que las normas jurídicas no vienen a ser otra cosa que una estructura proposicional enunciativa de una forma de organización o de conducta que debe ser acatada de manera objetiva y obligatoria. La naturaleza procesal de una norma jurídica no depende del cuerpo de disposiciones en que se halla inserto, sino de su contenido propio. Ver: COUTURE, EDUARDO J. (1979).

de los principios era muy grave, tanto que el Colegio de Abogados de Lima manifestó su desacuerdo señalando que el mencionado proyecto “tiene una serie de omisiones (...), no menciona ningún principio del proceso laboral, lo que deja sin límite alguno al operador del derecho para que pueda interpretar la norma laboral conforme a su tendencia o mejor saber y entender, lo que conllevaría a la impredecibilidad de la administración de justicia”⁷². Igualmente, algunos laboristas, como Adolfo Ciudad, señalaron que “abstenerse de su proclamación en el Título Preliminar de los principios procesales laborales, constituye una carencia de dirección, como un barco a la deriva; es no tener aquellos pilares donde descansen las paredes del gran edificio jurídico procesal”⁷³.

Finalmente, en el Texto Sustitutorio del Dictamen de la nueva Ley Procesal del Trabajo, producto del debate en la Comisión de Trabajo, para la aprobación en el Pleno del Congreso, se incorporaron en el Título Preliminar, artículo 1, los principios de intermediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.

Por otro lado, también es lamentable que hasta hoy el Congreso de la República no haya aprobado el Proyecto de la Ley General del Trabajo después de varios años de coordinación con el Consejo Nacional del Trabajo y con el mismo Congreso⁷⁴. Como señala Américo Plá Rodríguez:

“... el carácter protector de la ley sustantiva de trabajo, mientras tanto, se proyecta sobre el procedimiento e inspira el criterio hermenéutico adoptado por el juez, no sólo al formularse la sentencia sino también al conducir el proceso. Aquí como fue escrito anteriormente, el Derecho Procesal del Trabajo se moldea según el contexto del Derecho del Trabajo, por cuanto al contrario, de lo que ocurre, según la ley explícita de los líquidos, en el mundo jurídico el continente se ajusta a la forma del contenido”⁷⁵.

Es decir, el Derecho Procesal del Trabajo nace de la necesidad de garantizar y plasmar los derechos sustantivos de los trabajadores en

⁷² Oficio N° 112-2009-D-CAL, del Decano del Colegio de Abogados de Lima al Presidente de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, Lima 16 de noviembre del 2009.

⁷³ CIUDAD, ADOLFO. (2008).

⁷⁴ Han pasado más de ocho años de deliberación del proyecto de la Ley General de Trabajo. Actualmente se encuentra en el Pleno del Congreso de la República para su discusión y aprobación.

⁷⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. (1994).

caso de ser desconocidos, incumplidos o conculcados. En esto radica su importancia cada vez mayor por los fines que se propone y las consecuencias que trata de evitar. Ambos aspectos requieren la necesidad de adecuar los lineamientos del proceso en general con las normas y principios del Derecho del Trabajo, a las particularidades propias de los conflictos derivados de la relación laboral y con las reclamaciones de los trabajadores.

IV.2.Elementos positivos de los principios en la nueva ley

Intentar conocer cuáles son los alcances de los principios en la nueva Ley Procesal del Trabajo es importante y necesario. Se trata de buscar la razón de ser de los principios y encontrar su fundamento; inquirir en sus antecedentes de tal manera que se pueda encontrar el espíritu de la misma bajo la égida del sentido de justicia como categoría moral y supremo objetivo, pero no pretendemos más que exponer algunos de los más evidentes elementos positivos de los principios en la nueva ley.

IV.2.1. Inmediación y oralidad

La inmediación y la oralidad constituyen el marco más adecuado para mediatizar, absolver y redefinir el proceso laboral. Entendiendo por proceso laboral al conjunto de actos procesales dirigidos a reconstruir el hecho conflictivo hasta donde los elementos probatorios lo permitan, se puede concluir también que la oralidad se presenta como el mejor instrumento para lograrlo. Nuevamente, los atributos propios de la oralidad, desde su sencillez hasta la exigencia de la concentración y continuación, hacen que el sistema sea más eficiente para aproximarnos en un mayor grado a la verdad real, que en procedimiento escrito se prolonga en el tiempo y se complica con formalismos estériles.

Por ello, existe una estrecha relación interna entre la oralidad y la inmediación pues, para que la decisión en el proceso sea real, se necesita que los jueces examinen directamente la prueba, contando con la participación de las partes involucradas. En un sentido específico, la inmediación se refiere directamente a la relación entre el juez y los medios de prueba, de tal forma que el juez pueda percibir y conocer directamente la prueba⁷⁶.

⁷⁶ En realidad, en ese caso, se establece una relación lenguaje – objeto/metalinguaje. Al respecto, ver el clásico trabajo “Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje” de Norberto Bobbio.

La oralidad se convierte en el modelo de procedimiento laboral para la adquisición de la verdad y además de un modelo con el que se pretende la redefinición del conflicto⁷⁷. Es decir, en las dos funciones que cumple el juicio oral⁷⁸, el juez asume un rol importante: en el primero, determinará la verdad procesal al dictar sentencia; en el segundo, la tarea es mucho más compleja, la redefinición del conflicto que contribuya a la paz social.

La intermediación constituye la condición básica para lograr, en la medida de lo posible, la determinación de la verdad de los hechos. La información, el examen de la prueba, debe realizarse con la presencia, comunicación e interacción entre los jueces y de las partes intervinientes. “El principio de intermediación implica que el juez que ha presenciado la actuación de los medios probatorios, que ha oído a las partes y ha apreciado su conducta en el proceso, sea el mismo que dicte la sentencia”⁷⁹.

Es importante destacar que el proceso oral disminuye significativamente la posibilidad de que se manipule fraudulentamente la prueba, pues la comunicación directa entre las personas que intervienen en la audiencia permite detectar más fácilmente tales desviaciones. En realidad, en el sistema escrito predomina como objetivo fundamental la determinación de una verdad formal, debilitándose, inevitablemente, las garantías del trabajador. En una sociedad en la que los ciudadanos mayormente no tienen una cultura escrita y no conocen realmente el contenido de las disposiciones legales, sólo la oralidad garantizaría el cumplimiento de la justicia laboral⁸⁰.

El proceso oral supone la participación y dirección del juez que decide la causa mediante la aplicación de tres funciones: “la investigación de la verdad; búsqueda de la norma y la interpretación de su sentido; y la aplicación del Derecho a los hechos. La primera es de índole gnoseológica y lógica; la segunda pertenece al campo de la técnica jurídica; y la tercera implica una auténtica valoración”⁸¹. Entonces,

⁷⁷ ODERIGO, MARIO. (1961).

⁷⁸ Hay que precisar que “oralidad y escrituración (o proceso oral versus proceso escrito) no son términos necesariamente antitéticos o que mutuamente se rechazan, ya que ninguno de ellos es absoluto” (PASCO COSMÓPOLIS, MARIO. (1997). Además, “la oralidad no significa ausencia absoluta de escritura, pues como se ha dicho, un procedimiento totalmente oral es imposible, y además hay que aceptar que ni la oralidad ni la escritura sirven por sí solas para garantizar una decisión justa, siendo necesaria una combinación de ambas” (SAGARDOY BENGOCHEA, JUAN. (2003), p. 830.

⁷⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, REYNALDO. (1997), p. 90.

⁸⁰ Literalmente hablando, en un proceso escrito las partes no se hacen oír sino tan solo se hacen leer pero, además, es claro que el derecho de hacerse oír implica la garantía de lograr la mejor manera de comunicación entre quienes oyen y quienes se hacen oír y esta mejor manera es la oralidad.

⁸¹ ALZAMORA VALDEZ, MARIO, p. 150.

la aplicación del derecho por el juez implica un contenido ético. Sobre esto, podríamos aplicar la argumentación de Max Weber cuando distingue entre ética de la convicción y la ética de la responsabilidad⁸². La primera se refiere a la acción sin tener presente sus consecuencias; la segunda corresponde a la decisión conociendo sus efectos. Es decir, en los procesos en general, el juez aplicará el criterio de la convicción por el rigor normativo de la ley; pero en materia laboral, necesariamente debe aplicar la ética de la responsabilidad.

Por ello, no se trata sólo de:

“... la existencia de una rama autónoma del derecho, que exige una indispensable especialización para dominarla, no es siquiera la dificultad de especialización por el número de sus normas, su complejidad y su constante renovación. Es el espíritu nuevo, peculiar, distinto de las restantes ramas del derecho, de mucha mayor sensibilidad y proximidad con la vida real el que obliga indispensablemente a jueces diferentes y especiales”⁸³.

En suma, uno de los aspectos más importantes que debe buscar cualquier proceso de reforma de nuestra justicia laboral lo constituye, sin lugar a dudas, la necesidad de que los jueces asuman un mayor protagonismo en relación con la solución de un conflicto laboral, que se dejen las delegaciones de las tareas jurisdiccionales más importantes a los auxiliares –como ocurre actualmente–, que asuman un mayor compromiso en la solución de los problemas que más afectan a los trabajadores y, en definitiva, que sean verdaderos directores del proceso laboral. Diríamos como Calamandrei: “no queremos saber nada de los jueces de Montesquieu, êtres inanimés, hechos de pura lógica. Queremos jueces con alma, jueces que sepan llevar con humano y vigilante empeño, el gran peso que implica la enorme responsabilidad de hacer justicia”⁸⁴.

También se debe buscar fortalecer el sistema de la libre convicción o sana crítica del juez, según el cual éste es libre de asignarle el valor a los elementos de prueba reproducidos en el juicio, pues el legislador no señala anticipadamente presunciones probatorias⁸⁵. Pero el juez se encuentra en la ineludible tarea de expresar las razones por

⁸² WEBER, MAX. (1983), p. 452 y ss.

⁸³ PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. (1994).

⁸⁴ CALAMANDREI, PIERO. (1960), p. 83.

⁸⁵ Es el caso de la tipificación como causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador.

las cuales asigna un determinado valor a dichas pruebas y forma su convicción⁸⁶.

Finalmente, el dictado de la sentencia en un plazo razonable es uno de los aspectos que más preocupa a los trabajadores, puesto que los juicios laborales están acostumbrados a sobrepasar los plazos que la ley establece para el dictado de la misma. Por tal razón, resulta de mayor conveniencia exigir que esos plazos sean cumplidos bajo pena de sanción, con la finalidad de que los jueces se acostumbren a cumplirlos, porque la práctica ha demostrado que sí pueden hacerlo⁸⁷.

IV.2.2. Concentración y celeridad procesal

La concentración y la celeridad procesal, en términos absolutos, exigirán que el juicio laboral se realice frente a todos los sujetos procesales desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma sucesiva, sin solución de continuidad, con el propósito de que exista la mayor proximidad entre el momento en que se recibe toda la prueba, se formulan las partes su defensa y conclusiones sobre ella, delibera el juez y se dicta sentencia.

Sin embargo, no basta reconocerlo en forma general; de lo que se trata es de concentrar los actos procesales al menor número posible, ello serviría para proteger al trabajador al no prolongarse el juicio innecesariamente; así se reforzaría la credibilidad de la justicia al garantizar una decisión rápida por tratarse de conflictos laborales.

La concentración está directamente referida a los sujetos del proceso, a la recepción de la prueba, y la continuidad a los actos procesales que deben realizarse en el juicio. También consideramos que la oralidad, la concentración y la continuidad son fundamentales en el proceso laboral, porque los actos procesales prolongados conllevan el peligro de la demora del juicio⁸⁸.

⁸⁶ Los jueces están en la obligación de señalar en las sentencias las razones en que sustentan cada una de sus conclusiones, tanto desde el punto de vista fáctico como desde el punto de vista jurídico. Para tales efectos deben realizar un conjunto de razonamientos de hecho y de derecho explicándolos debidamente en la motivación de su resolución, a fin de que pueda ser conocido por las partes y de esa manera éstas se encuentren en condiciones de ejercer su derecho de defensa.

⁸⁷ A pesar del cúmulo de expedientes por la elevada demanda de justicia laboral que ocasiona congestión de los procesos. “Es verdad que el número de procesos atribuidos a cada juez en América Latina es excesivo”. Ver FELKER, REGINALD. (2001).

⁸⁸ Hace años se viene planteando que “a la administración laboral le corresponde desarrollar acciones de prevención de manera agresiva, mediante el desarrollo de actividad inspectiva tanto ordinaria como especial, como mecanismo necesario para contribuir a reducir sustantivamente los altos niveles de incumplimiento de la legislación laboral”. Ver: CAMPANA, DAVID. (1996), p. 52 - 53.

Desde ese punto de vista, la concentración y la celeridad deben ser exigencias procesales de la nueva ley cuya realización debe verificarse con la oralidad. Desde luego que tales exigencias tampoco deben ser categóricas. El absolutismo en este terreno también puede distorsionar la solución adecuada. El objetivo es que el proceso laboral debe celebrarse en forma concentrada, pero otras razones pueden justificar la suspensión y la postergación de la audiencia, como serían por ejemplo el impedimento o enfermedad de algunos de los sujetos del proceso, la realización de actos fuera del juzgado como una inspección ocular, etc.

La celeridad es uno de los principios básicos del Derecho Procesal del Trabajo porque constituye el objetivo principal que se persigue en el proceso laboral para buscar la rapidez a través de la simplificación de los trámites, limitación de los recursos impugnatorios, brevedad de los plazos, limitación de las instancias, la perentoriedad de los términos, etc. En efecto, en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 26636, se reconoce el principio de celeridad. Sin embargo, la misma ley (artículo 61) establece la vía ordinaria, a la cual está sometida la mayor parte de los reclamos, para los asuntos contenciosos de competencia de los juzgados especializados de trabajo⁸⁹.

De nuevo la oralidad se presenta como el mejor facilitador del principio de concentración e intermediación al realizarse el proceso en forma directa, sin intermediarios y de manera continua, exigiéndose la presencia de todos los sujetos del proceso. La escritura, caracterizada por delegar la recopilación de la prueba en funcionarios auxiliares del juez, no resulta un instrumento idóneo para realizar la concentración, máxime que tampoco exige la presencia de todos los sujetos en ese momento, formándose así gruesos expedientes de los que deben extraerse las piezas importantes de otras que no lo son.

Esta celeridad se vincula directamente con la publicidad del proceso laboral pues constituye, en cierta forma, un instrumento de control sobre el poder ejercido por los jueces. También es una garantía para el trabajador puesto que impide la demora y arbitrariedad de la justicia. La restricción a este principio operacional tan importante sólo sería constitucionalmente aceptable si se funda en motivos o razones específicas que lo justifiquen.

Por otro lado, la publicidad en el procedimiento laboral es posible por el tipo de reclamación: se trata de derechos “comunes” a todos

⁸⁹ Es decir, contradice el objetivo del procedimiento laboral que debería ser único y sumario.

los trabajadores, de contratos que pueden ser considerados de adhesión, que llevan a que los conflictos se reproduzcan y que el interés personal e individual se transforme en colectivo.

Además, es “una consecuencia que se desprende de la oralidad en el procedimiento, a la que debemos hacer mención, es la publicidad de los actos procesales, pues, como se ha escrito con acierto, sólo cabe publicidad en un proceso oral en el que las actuaciones de palabra pueden ser presenciadas por terceros, incluso sin interés alguno en el asunto”⁹⁰. Sin embargo, la publicidad como medio de control ciudadano sobre la administración de justicia en general, requiere el desarrollo de una política impulsada por el Poder Judicial que convierta la publicidad en un medio de garantía procesal.

IV.2.3. Economía procesal y veracidad

La economía procesal como principio operacional tiene relación directa con el principio de celeridad en dos sentidos: primero, respecto a la disminución del gasto económico; segundo, vinculado con la reducción del tiempo y esfuerzo en los actos procesales que se tratan en las actuaciones procesales del Capítulo III de la nueva ley mencionada.

En el primer caso, la gratuidad procesal debe significar una acción tuitiva por parte del Estado a favor del más débil de la relación laboral cuando surge un conflicto en el cual la facultad o poder del empleador haría que el trabajador sea siempre el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de trabajadores y empleadores. Esto explica la raíz profunda del derecho a la gratuidad procesal de quienes no tienen los medios económicos suficientes para afrontar los gastos que generan un litigio laboral.

En nuestra legislación procesal no se reconocía este principio, aun cuando ha inspirado algunos de los artículos de la ley⁹¹ y como muchos consideramos, se debe precisar taxativamente. Pero para dotar de contenido real a este principio operacional, evitando así que se reduzca a una retórica declaración de buenos propósitos, el Estado debe asumir una actividad prestacional como son los honorarios por la representación y la asistencia en juicios a los trabajadores por reunir las condiciones legalmente previstas.

⁹⁰ SAGARDOY BENGOCHEA, JUAN. (2003), pp. 830 - 831.

⁹¹ Nos referimos a la Ley N° 26336, Ley Procesal del Trabajo, del 14 de junio de 1996. Al respecto, ver el artículo de ELÍAS MANTERO, FERNANDO. (1997), p. LXI.

En realidad, los costos no se refieren a los actos procesales en sí mismos sino al cumplimiento de las garantías básicas, al tratar de llevar a la práctica también la idea de que el proceso laboral debe buscar la verdad real y atenuar o solucionar el conflicto, utilizando para ello todos los recursos necesarios que faciliten la idea de la justicia del caso concreto.

Se trata de asignar equitativamente los recursos públicos dedicados presupuestariamente a esta finalidad, haciéndolo con criterios de eficiencia y economía. Es necesario centrar los estudios de los costos económicos en la posibilidad efectiva de cumplir con las garantías constitucionales. Se trata de buscar la conciliación o de ofrecer una verdadera alternativa que sea mucho más barata que un sistema procesal que pretenda llevar a la práctica los presupuestos para los cuales se instauró el sistema actual, como marco de garantía. En tal sentido, con estas o con otras palabras nos hemos manifestado en más de una ocasión.⁹²

Finalmente, es fundamental la incorporación del principio de veracidad como sinónimo de primacía de la realidad en el proceso laboral con la nueva ley. Debemos tener en cuenta que la finalidad básica de todo proceso, planteado en términos tradicionales, ha sido siempre la búsqueda de la verdad formal o legal. Todavía hoy tiene vital importancia la delimitación de la actividad probatoria en los procesos pero desde el punto de vista del proceso laboral, se tiene por objeto averiguar la verdad real o material respecto del hecho conflictivo, ya sea para confirmar su existencia o para descartarla. “Pensamos que la clave de la solución de este problema deriva de otro de los principios del proceso laboral que es la búsqueda de la verdad real, esa búsqueda de la verdad constituye un punto de referencia objetivo que exige y asegura la imparcialidad del juez”⁹³.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado, en forma reiterada, que el principio de primacía de la realidad se encuentra implícitamente en los artículos 22 y 23 de la Constitución⁹⁴: “El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto en la propia naturaleza tuitiva de nuestra constitución del trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho,

⁹² GAMARRA VÍLCHEZ, LEOPOLDO. (1988), p. 195 - 201. Asimismo, GAMARRA VÍLCHEZ, LEOPOLDO. (1996). Hace unos años, GAMARRA VÍLCHEZ, LEOPOLDO. (2005), p.15 - 41.

⁹³ PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. (1978).

⁹⁴ Sobre los derechos del trabajador en la jurisprudencia constitucional peruana, ver SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. (2004).

base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22) y, además, como un objetivo de atención prioritario del Estado (artículo 23)”⁹⁵.

No obstante, no basta con la adopción de este principio u otros que incorporan modernas instituciones procesales en la ley, pues en muchas ocasiones la práctica se encarga de desvirtuarlas si no se superan los hábitos burocráticos, la formación dirigida excesivamente al análisis legalista y normativa de los conflictos laborales y la tendencia a anteponer la norma a la realidad⁹⁶.

Muchos son los males que aquejan a la justicia laboral peruana⁹⁷. De ahí que uno de los grandes retos sea el de simplificar el juicio laboral haciéndolo más cercano a lo cotidiano, lo que implica establecer la primacía de la realidad sobre lo formal, y lo sustancial es considerar el conflicto humano que subyace en todo proceso laboral. En este campo, la oralidad puede hacer posible prestar un servicio mucho más grande que el de satisfacer algunas formalidades en la búsqueda de la verdad real, porque brinda muy poco espacio al formalismo y garantiza otros principios procesales.

V. CONCLUSIONES

Por lo que hemos tratado hasta el momento, los principios del Proceso de Trabajo son aquellos que actúan como líneas directrices, como soporte para el ejercicio justo y correcto de las leyes, de tal manera que sirven para inspirar las soluciones en las controversias y orientar la interpretación de las normas ya existentes; además por supuesto, de permitir la solución de aquellos casos no previstos en la formalidad legal.

Por ello, los principios en la nueva Ley Procesal del Trabajo constituyen los elementos compensatorios e igualadores de las desigualdades del trabajador con el empleador en la dinámica del proceso laboral. Consideramos que el proceso laboral debe ser garantía para la existencia de una paz social general y permanente en tanto que el crecimiento económico es fundamental pero no suficiente para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza.

⁹⁵ Expediente N° 991-2000-AATC. Específicamente sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad tenemos el pronunciamiento en el expediente N° 2132-2003-AATC-Piura: “En caso de discordia entre lo que ocurriese en la práctica y lo que apareciera de los documentos o contratos, debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos”.

⁹⁶ Al respecto ver KAHN, PAUL. (2001).

⁹⁷ Para citar sólo algunos: la falta de especialización de los jueces, un excesivo formalismo, el uso de normas civiles por vías supletorias, la delegación de funciones a empleados subalternos, la carencia de medios tecnológicos, la deficiencia en infraestructura disponible, carencia de sistemas estadísticos.

Asimismo, simultáneamente a la nueva legislación procesal propia del Derecho del Trabajo, tenemos la necesidad de unificar en un solo cuerpo legislativo la múltiple y dispersa legislación laboral, de tal manera que se regulen las relaciones individuales y colectivas de trabajo a través de la Ley General de Trabajo. Obviamente este es un proceso arduo que tiene como objeto mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, garantizar la importancia de los principios y derechos fundamentales del trabajo y asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en la riqueza a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano. No obstante, si bien es cierto que se tiene que garantizar la protección de los derechos laborales, también es cierto que se tiene que buscar la seguridad jurídica. Ahora, con la Ley N° 29497, se inicia una nueva etapa.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Libros

ALONSO GARCÍA, MANUEL. (1960). Derecho del Trabajo. Tomo I. Barcelona.

ARISTÓTELES. Ética a Nicómano. Capítulo V del Libro V.

ALZAMORA VALDEZ, MARIO. Derecho Procesal Civil: Teoría General del proceso. Octava Edición. Lima, Ed. Eddili.

BALAGUER C., MARÍA LUISA. (1990). La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria. Madrid, Edic. Civitas.

BUSTAMANTE ALARCÓN, REYNALDO. (1997). “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. En: Apuntes de Derecho Procesal. Lima, Ed. Ara.

BOZA PRÓ, GUILLERMO. (2004). La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el ordenamiento peruano, en Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

CÓRDOVA, EFRÉN. (2004). “La Ley Orgánica Procesal del Trabajo a la luz de la legislación comparada”. En: Revista Gaceta Laboral. Vol. 10, N° 1, 2004. Venezuela.

CAMPANA, DAVID. (1996). Jurisdicción del trabajo y mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Ponencia en el VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, UNMSM.

CALAMANDREI, PIERO. (1960). Proceso y Democracia. Buenos Aires, Ed. Ezea.

COUTURE, EDUARDO. (1979). Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Buenos Aires, Ed. Depalma.

CIUDAD, ADOLFO. (2008). Análisis del Proyecto de Reforma Laboral Peruana, Documento de Trabajo. Antigua de Guatemala, 28 de octubre del 2008.

DIÉGUEZ, GONZALO. (1995). Lecciones de Derecho del Trabajo. Cuarta Edición. Madrid, Ed. Marcial Pons.

DURÁN LÓPEZ, FEDERICO. (1992). Jurisprudencia Constitucional y Derecho del Trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. (2004). Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia Laboral y Previsional. Lima.

ELÍAS MANTERO, FERNANDO. (1997). "Algunas reflexiones con respecto a la Ley Procesal del Trabajo". En: (1997). Revista Análisis Laboral. Junio 1997.

FELKER, REGINALD. (2001). La reforma del Poder Judicial en América Latina según propuesta del Banco Mundial, en Flexibilidad o Derechos Sociales. Estudios ofrecidos en homenaje a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el 450 aniversario de su fundación. Lima, Ed. Edial.

GAMARRA VÍLCHEZ, LEOPOLDO. (1988). "El Proceso Laboral Peruano". Ponencia en el V Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, UNMSM.

GAMARRA VÍLCHEZ, LEOPOLDO. (1996). "El Nuevo Proceso Laboral: problemas de autonomía". Ponencia en el VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, UNMSM.

GAMARRA VÍLCHEZ, LEOPOLDO. (2005). "Principios del Derecho Procesal del Trabajo". En: SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. (2005). Libro Colectivo. Lima,

KAHN, PAUL. (2001). El análisis cultural del Derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos. Barcelona, Ed. Gedisa.

KANT, MANUEL. (1983). Fundamentación de la Metafísica de las costumbres y crítica de la razón práctica. Quinta Edición. México, Ed. Porrúa.

MIRÓ QUESADA, FRANCISCO. (1998). Ensayos de Filosofía del Derecho. Lima, Ed. Universidad de Lima.

MORGADO VALENZUELA, EMILIO. (2004). "Conferencia Magistral: Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo". En: Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Trujillo, 27 - 29 octubre 2004. Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

NARANJO DE LA CRUZ, RAFAEL. (2000). Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe. Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ODERIGO, MARIO. (1961). El lenguaje del proceso. Buenos Aires, Ed. Depalma.

PARODI REMÓN, CARLOS. (1996). Ponencia "El Debido Proceso". En: I Congreso Nacional de Derecho Procesal. Del 07 al 09 de agosto de 1996. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

PASCO COSMÓPOLIS, MARIO. (1997). "Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo". En: Revista Análisis Laboral. Junio 1997. Lima, Ed. Aeel.

PODETTI, RAMIRO. (1950). Tratado del Proceso Laboral. Tomo I. Buenos Aires, Ed. Ediar.

PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. (1978). Los Principios del Derecho del Trabajo. Tercera Edición. Buenos Aires, Ediciones Depalma.

PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. (1994). “Los Principios del Derecho Laboral”. En: VII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo. Mexicali BC, noviembre 1994.

REY CANTOR, ERNESTO. “Principio de Legalidad y Derechos Humanos: análisis desde la perspectiva del Derecho Constitucional Procesal”. En: Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

SAGARDOY BENGOCHEA, JUAN. (2003). Prontuario del Derecho del Trabajo. Sexta Edición. Madrid, Ed. Civitas.

TULIO LIEBMAN, ENRICO. Manual de Derecho Procesal Civil. Ed. Jurídicas Europa - América.

VALADÉS, DIEGO. (2005). “La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho”. En: (2005). Derecho Constitucional y Derecho Humanos. Julio del 2005. Lima, Ed. BLG - CEDDAL - UNMSM.

WEBER, MAX. (1983). Economía y Sociedad. Traducción de José Medina Echevarría y otros. México, Ed. Fondo de Cultura Económica.

ENCUENTROS Y DESENCUENTOS DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO EN LA LEY N° 29497 CON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO, DERECHO ADMINISTRATIVO, PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHO ARBITRAL

Dr. Orlando González Nieves

Abogado, Profesor en las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas de las Universidades Nacional de Trujillo y Antenor Orrego y en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sumario

I. Introducción. II. Los principios generales del derecho y su interrelación con las múltiples disciplinas del Derecho Público y Privado. III. Los principios del Derecho del Trabajo y su vinculación con los principios del Derecho Procesal del Trabajo. IV. Los principios fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo y su recepción en la Ley N° 29497. V. Los principios del Derecho Administrativo y el proceso contencioso administrativo y sus encuentros y desencuentros con los principios de la nueva Ley Procesal del Trabajo. VI. Los principios del Derecho de la Seguridad Social y sus encuentros y desencuentros con los principios del Derecho del Trabajo y del Derecho Procesal del Trabajo. VII. Los principios del Derecho Arbitral y sus encuentros y desencuentros con los principios del Derecho del Trabajo y del Derecho Procesal del Trabajo. VIII. ¿Alternativas para superar el impase? IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los principios del Derecho Procesal del Trabajo se explican en relación directa y hasta subordinada con los principios del Derecho del Trabajo, de modo que resultan ser su proyección. No hay Derecho Procesal del Trabajo al margen del Derecho del Trabajo, son algo así como la adjetividad de la sustantividad. Gracias a dicha influencia, su gestación y funcionamiento teórico-práctico es en esencia diferente al funcionamiento del Derecho Procesal Civil en general y diferente, también, a otras áreas procesales especializadas.

En la historia jurídico procesal laboral peruana de los últimos 40 años hemos tenido algunos cuerpos normativos sobre Derecho Procesal del Trabajo. El penúltimo, contenido en la Ley N° 26636, de junio de 1996,

menciona en el artículo I de su Título Preliminar los principios de inmediación, concentración, celeridad y veracidad, mientras que en sus artículos II y III menciona tres principios que, en propiedad, corresponden al derecho sustantivo in dubio pro operario, norma más favorable que explica la irrenunciabilidad de derechos. Bien podría decirse que al principio la ley cumplió sus objetivos, pero luego la resolución de conflictos desarrollados en su seno devino en una exasperante lentitud y hasta ineficacia. Evaluar su vigencia es todo un reto que algunos seguramente emprenderán en su momento; por nuestra parte, en una ligerísima y puntual evaluación, sostenemos que la concentración, celeridad y hasta la economía procesal fracasaron parcialmente; basta como ejemplo el siguiente dato: autores serios sostienen que en Lima (en provincias no estamos tan lejos de dicha realidad), los juicios laborales demoran un promedio de cuatro años⁹⁸. Después de 14 años, la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, de enero del 2010, hace referencia a seis principios procesales en el artículo I del Título Preliminar: inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.

Sin embargo, a nuestro entender, el problema del manejo de los principios del Derecho Procesal del Trabajo es mucho más profundo porque los jueces de trabajo, según las competencias que le son asignadas en la nueva ley, no solo tienen que aplicar los principios del Derecho del Trabajo y del Derecho Procesal del Trabajo, sino también los principios del Derecho Procesal Civil, Derecho Administrativo, proceso contencioso-administrativo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Arbitral. Ergo, entre los principios concordados de dichas disciplinas jurídicas hay complementariedad pero también hay situaciones conflictivas y hasta contradictorias. Por dicho motivo, el presente artículo solo pretende desarrollar una reflexión académica preliminar sobre los encuentros y desencuentros o choques que se producen entre esos bloques de principios para tratar de plasmar algunos embrionarios intentos de respuesta y solución a dicha problemática.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y SU INTERRELACIÓN CON LAS MÚLTIPLES DISCIPLINAS DEL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

Alzamora Valdez aborda los principios generales del derecho dentro de la denominada técnica jurídica, específicamente dentro del capítulo de la integración de la norma. Señala que existen hasta seis direcciones de pensamiento en cuanto definen la naturaleza de dichos principios, pero

⁹⁸ HUAMÁN ESTRADA, ELMER. (2010), p. 14.

todas ellas pueden reducirse a dos: la **filosófica** o **jusnaturalista** (se originó en los siglos XVIII y XIX partiendo de la naturaleza humana para llegar al derecho positivo), y la **histórica** o **positivista**, que sostiene que los principios generales del derecho son aquellos que inspiran determinada legislación positiva. La teoría ecléctica tiene como punto de partida su sustento filosófico pero exige que estos concuerden con los hechos determinantes en la legislación positiva. Cossio tiene una posición similar a ésta última y Del Vecchio sostenía que eran igualmente ilegítimas las aspiraciones del empirismo puro y del racionalismo puro: los principios del derecho se deducen de la naturaleza de las cosas y de sus mutuas relaciones, y todo derecho positivo encuentra su complemento en la naturaleza⁹⁹.

Los principios generales del derecho están vinculados no solo a la integración jurídica sino también a la interpretación jurídica; a la primera cuando hay defecto normativo o ausencia de normas, a la segunda cuando hay deficiencia de la ley.

Rubio Correa refiere que en la actualidad da la impresión que los principios generales son intrusos en el derecho y solo pueden ser tolerados por defecto o deficiencia de la legislación pero, históricamente, es más correcto señalar que el verdadero intruso es la primacía de la norma estatal frente al tradicional habitante llamado principios generales. De los diez siglos en que floreció el derecho romano, casi ocho fueron conducidos por los principios generales (igualdad, libertad y justicia), solo en los tres últimos siglos es que empezó la tarea de la sistematización o codificación. En el derecho inglés pasó algo similar: casi ocho siglos se fundaron en la aplicación de los principios del derecho a los casos concretos. En el derecho francés el código napoleónico operacionalizó los principios dentro del sistema normativo dictado por el Estado, de modo que muchos estudiosos sostuvieron que se había producido una simbiosis entre los principios y las normas estatales. La escuela positiva (Hans Kelsen y sus seguidores) es la expresión más lograda de la incorporación de los grandes principios en las legislaciones vía el principio de primacía de la legislación¹⁰⁰.

El autor comentado agrega que los principios generales del derecho son conceptos axiológicos o técnicos que informan la estructura, la forma de operación y el contenido de las normas y del propio derecho como totalidad. Pueden estar dentro o fuera de la legislación, pero igual funcionan¹⁰¹.

⁹⁹ ALZAMORA VALDEZ, MARIO. (1987), pp. 278 y 279.

¹⁰⁰ RUBIO CORREA, MARCIAL. (1985), pp. 289 - 292.

¹⁰¹ Ibid, p. 293.

Para Plá Rodríguez los principios generales del derecho no se pueden identificar con los principios propios de una disciplina. El propio calificativo de “generales” nos está indicando la nota de amplitud, de comprensión de todas las ramas, de extensión y aplicación a todo el derecho. Más adelante agrega que los principios del derecho tienen efectos valorativos positivos y negativos, no son medibles, y tienen una cierta amplitud, plasticidad, fecundidad, maleabilidad y elasticidad como para no ser atrapados ni atados a fórmulas legislativas¹⁰².

A nuestro modo de ver, los principios generales se interrelacionan con todas las disciplinas del derecho público, privado o mixto, y su versatilidad es holística, sincrónica y diacrónica a la vez. Los principios de cada disciplina jurídica se aplican a ésta o a otras, pero no son necesariamente exclusivas de una especialidad aunque tampoco pueden servir para todas las ramas; en dicho contexto, los principios generales funcionan dialécticamente y cumplen un rol de supletoriedad dentro de cada especialidad.

III. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SU VINCULACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO.

Mascaro Nascimento, vinculando los principios con la realidad, sostiene que el Derecho del Trabajo no es un mito, no es un ser sino un deber ser. A su modo de ver, el sociólogo trabaja con los hechos, el filósofo con los valores y el jurista con los hechos, los valores y las normas que resumen esas dimensiones de vida. Debido a ello, plantea, Sociología y Derecho son dos dimensiones que se interrelacionan, la superposición del hecho y la ignorancia de la norma desagregarían el derecho laboral. A continuación, sutilmente desarrolla la influencia de la política sobre el Derecho del Trabajo¹⁰³. De ese modo, no es posible entender el desarrollo de nuestra disciplina jurídica al margen de ese gran marco de reflexión constituida por las influencias históricas de la Sociología, Economía, Política y muchas otras disciplinas coadyuvantes para su mejor comprensión, interpretación y aplicación.

Son múltiples los autores que desarrollan los vínculos y las influencias del Derecho del Trabajo en el Derecho Procesal del Trabajo; resultaría muy amplio y no acorde con los objetivos del presente estudio pretender escurrirlos. Prefiero tomar a continuación un texto aleccionador.

En una síntesis de su reciente reflexión sobre los principios del Derecho del Trabajo y del Derecho Procesal del Trabajo y su aplicación a la realidad,

¹⁰² PLÁ RODRIGUEZ, AMÉRICO. (1998), pp. 8 y 42.

¹⁰³ MASCARO NASCIMENTO, AMAURI. (2009), pp. 139-145.

Murgas Torrazza¹⁰⁴ formula múltiples consideraciones que nos permitimos reseñar, con pequeños agregados, en los siguientes acápites:

- Los fundamentos de los principios del Derecho del Trabajo surgen de la ruptura de viejos mitos en el Derecho y la Economía, fluyen de las constataciones materiales y de las concepciones puramente formales de la igualdad y la libertad. La realidad impone los principios, por eso es que los profundos cambios científicos y tecnológicos, así como las nuevas relaciones económicas internacionales imponen al Derecho del Trabajo su adecuación a nuevos escenarios, sin el sacrificio de la esencia de dichos principios.
- El Derecho del Trabajo ha roto múltiples mitos, siendo dos los fundamentales: el mito de la igualdad de los contratantes y el mito de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación. El primero ha sido un dogma en el derecho privado. En el ámbito jurídico, el revolucionarismo francés, ideologizado por el igualitarismo, construyó un modelo jurídico supuestamente perfecto en el ámbito civil, tomando las instituciones heredadas del derecho romano y utilizándolas con el pretendido paradigma de la igualdad, pero la concepción de los derechos sociales, que llegó más tarde, demostró que no existía igualdad, superándose así la falsa idea de que si todos los hombres eran iguales también lo eran cuando contrataban. De esa manera se introdujo la idea del contratante jurídicamente protegido por ser el más débil, lográndose la configuración del principio protector que luego se enriqueció con sus aplicaciones de norma más favorable, condición más beneficiosa e in dubio pro operario.
- Otro dogma que destruyó el Derecho del Trabajo fue el de la autonomía de la voluntad y libertad de contratación, que tuvo su origen en la vieja figura del arrendamiento de servicios del derecho romano. El Estado comienza a intervenir en la regulación de las normas laborales precisamente para proteger al trabajador frente a su discapacidad en la contratación, ya que la libertad de contratación no es más que el simple traslado al plano jurídico de las reglas del mercado a la determinación de las condiciones de trabajo. En esta lucha y contexto se acabaron de consolidar los principios de irrenunciabilidad de derechos, primacía de la realidad y continuidad de la relación laboral.
- La ruptura de viejos dogmas por el Derecho del Trabajo se proyectó incluso en la concepción del proceso, abriendo paso al Derecho Procesal del Trabajo, construido sobre bases diferenciadas del Derecho

¹⁰⁴ MURGAS TORRAZZA, ALEJANDRO. (2009), pp. 147-170.

Procesal clásico. Este último, según Couture, citado por Murgas, de tipo individualista, era insuficiente para resolver los conflictos derivados de la relación de trabajo, por eso surgió para restablecer mediante una nueva desigualdad la igualdad perdida por las partes, por la distinta condición que tienen en el orden económico.

- Anteriormente, la idea de la igualdad de los contratantes condujo a la idea de la igualdad de los litigantes ya que sin igualdad procesal no hay debido proceso; sin embargo, esto no es aplicable al proceso laboral porque, por esencia, se generan desigualdades procesales para compensar las de orden material. El Derecho Procesal del Trabajo fue creado con el objeto de evitar que el litigante más poderoso pueda entorpecer los fines de la justicia.

Muy aparte de las reflexiones anteriores, conviene recordar que la carta de ciudadanía adquirida por el Derecho del Trabajo y el Derecho Procesal del Trabajo, avivó y enriqueció el debate sobre la supletoriedad del Derecho Civil frente al resto de especialidades de las ciencias jurídicas. Ergo, la supletoriedad del Derecho Civil y Derecho Procesal Civil al Derecho del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo es clásica e indiscutible. Legislativamente viene consagrada en los artículos IX del Título Preliminar del Código Civil y I Disposición Final del Código de Procedimientos Civiles, que señalan las disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes y los demás ordenamientos procesales, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza. La Nueva Ley Procesal del Trabajo, en su tercera disposición derogatoria, sustitutiva y final, consagra también dicha supletoriedad en términos procesales, lo que está reafirmado por el acuerdo del Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997, donde se reconoce que siendo los principios del Derecho Procesal del Trabajo de carácter especial, algunas normas del Derecho Procesal Civil son incompatibles con aquel, por lo que no tienen porqué ser aplicadas en vía supletoria.

Con suma claridad, Neves Mujica sostiene:

“La aplicación supletoria del ordenamiento civil está condicionada a que no exista incompatibilidad de naturaleza entre los ordenamientos vinculados. Dadas las lógicas distintas – y hasta contrarias – del Derecho del Trabajo y el Derecho Civil, es bastante probable que dicha incompatibilidad se produzca, al menos siempre que cada uno se desenvuelva

en su situación ordinaria; es decir, el primero tratando a los contratantes como desiguales y el segundo como iguales. En este caso, no cabe utilización supletoria de este último (...). Tampoco es admitida tal supletoriedad, cuando ambas áreas abandonan a su vez su situación ordinaria y adoptan la extraordinaria: el Derecho del Trabajo los considera iguales y el Derecho Civil, desiguales (...). En cambio, sí cabe la supletoriedad en cuestión si las dos áreas adoptan la misma perspectiva: tratan a los contratantes como iguales o como desiguales coincidentemente”¹⁰⁵.

IV. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO Y SU RECEPCIÓN EN LA LEY N° 29497

Antes de aventurar una apreciación general sobre la recepción de los principios fundamentales en la Ley N° 29497, con el ánimo de tener un adecuado marco de referencia que nos sirva de sustento, haremos referencia al pensamiento ilustrativo de algunos autores.

Por ejemplo, Romero Montes sigue también el criterio de separar dentro del Derecho Procesal del Trabajo los principios fines de los principios operativos, entendiendo por los primeros a los que constituyen el fundamento de la existencia del proceso laboral, y por los segundos a los que tienen que ver con el cumplimiento de los primeros y se encargan de marcar el comportamiento del proceso.

De allí que desarrolle tres principios fines con sus respectivos principios operativos, que son los siguientes:

- Principio tutelar del trabajador (gratuidad procesal, inversión de la carga de la prueba, indubio pro operario, sentencia *plus-petita*).
- Principio de veracidad o primacía de la realidad (dirección del proceso, sencillez y oralidad, intermediación, lealtad procesal, doble instancia).
- Principio de celeridad procesal (economía procesal, concentración, conciliación e impulso de oficio)¹⁰⁶.

En un enjundioso estudio sobre los fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo, Pasco Cosmópolis desarrolla ampliamente los principios de esta disciplina. Luego de precisar los principios que son generales a todo proceso sintetiza la teoría existente sobre este punto, señalando que no

¹⁰⁵ NEVES MUJICA, JAVIER. (1997), pp. 131-132

¹⁰⁶ ROMERO MONTES, FRANCISCO JAVIER. (1997), pp. 27-45.

solo se trata de un derecho instrumental que trata de hacer efectivo y real en la práctica del Derecho Sustantivo del Trabajo y que muchos autores han confundido las peculiaridades con los principios. Según el autor estos últimos son categorías dogmáticas, mientras que aquellos son tan solo caracteres típicos del proceso. Las peculiaridades derivan de los principios, los concretan o realizan, son el vehículo o el medio de transporte para que los principios se hagan realidad. Menciona varias peculiaridades, por ejemplo: publicidad, oralidad, inmediatez, celeridad, concentración, etc.¹⁰⁷

Para mayor esclarecimiento de las diferencias entre principios y peculiaridades y para evitar cualquier confusión, Pasco reseña la posición de Wagner Giglio, que es la siguiente:

- Los principios son necesariamente generales, las peculiaridades son restringidas, pertenecientes a uno o a pocos momentos procesales.
- Los principios informan y orientan preceptos legales por inducción, y pueden extraerse de ellos a través del razonamiento deductivo, de las peculiaridades no se extraen principios.
- Los principios dan organicidad a institutos y sistemas procesales, las peculiaridades no, pues agotan su actuación en ámbitos estrechos generalmente pertenecientes al procedimiento y no al proceso¹⁰⁸.

Pasco también señala que los autores que más han estudiado el tema adoptan, en general, pocos y muy concentrados principios, por ejemplo José Martins Catharino considera como principio rector al de adecuación (del que se derivan los principios de paridad procesal, teleológico y de normatividad procesal); Helios Sarthou considera como principios esenciales del Derecho Procesal del Trabajo el de materialidad de la verdad, equiparación subjetiva y de protección; Wagner Giglio menciona los principios proteccionista, despersonalización del empleador, simplificación del procedimiento, y como principios ideales los de ultrapetición y extrapetición y el de colectivización de las acciones individuales; Plá Rodríguez hace referencia a los principios de desigualdad compensatoria, búsqueda de la verdad real e indisponibilidad¹⁰⁹.

Por su parte, Pasco¹¹⁰, después de haber compulsado con mucha reflexión los puntos de vista de los autores precedentes, considera como

¹⁰⁷ PASCO COSMÓPOLIS, MARIO. (1997), pp. 37-39.

¹⁰⁸ Ibid, p. 38.

¹⁰⁹ PASCO COSMÓPOLIS, MARIO. (1997), p. 40.

¹¹⁰ Ibid, pp. 40-84.

principios fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo los siguientes (por su gran importancia en el tema de estudio, pasamos a sintetizar sus apreciaciones):

IV.1. Principio de veracidad

También conocido como de prevalencia del fondo sobre la forma. Lo que busca es que se le dé primacía absoluta a la verdad real sobre la verdad aparente o formal, que se logre la materialidad de la verdad, o como dice Sarthou, que el proceso laboral sea un proceso-verdad, ya que este solo alcanza su verdadera teleología cuando la verdad formal coincide con la verdad real.

Las manifestaciones concretas en las que debe plasmarse este principio son:

- Limitación del formalismo, que incluye la simplicidad (el proceso debe ser lo más lineal posible, de etapas preclusivas claras y patentes, con el mínimo de instancias y recursos, carente de solemnidades y ritos, atento a la finalidad de lograr la verdad y la justicia), relativización del valor de ciertas pruebas, como la declaración de parte o el valor de algunos instrumentos, la libertad probatoria que permite admitir cualquier medio probatorio que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no esté expresamente prohibido ni sea contrario al orden público o a la moral.
- Ampliación de las facultades del juez a través de un sistema cuasi inquisitivo, es decir, un sistema mixto entre el dispositivo y el inquisitivo que incluye la inhibición de oficio, la suplencia de la demanda, el impulso procesal y la sentencia inmediata, con facultad de que esta última sea total o parcial.
- Facultad de fallo ultra y extra petita que alcanza justamente su amparo por razones de economía procesal, por suplencia indirecta de la demanda, por protección a los derechos irrenunciables del trabajador y por prevalencia del fondo sobre la forma; el autor comentado señala que los requisitos para la incorporación en la sentencia de cantidades superiores o materias distintas son taxativos e inexcusables:
 - Que aunque no aparezcan o aparezcan de modo distinto en la demanda y que hayan surgido a debate en el curso del proceso.
 - Que hayan quedado acreditados.
 - Que el derecho sea amparado.
 - Que versen sobre derechos irrenunciables.

IV.2.Principio protector o de desigualdad compensatoria

La desigualdad de las partes en el proceso laboral lleva a corregirlas mediante la creación de otras desigualdades, como son la protección procesal del más débil. Trueba Urbina lo denominaba “principio de disparidad social”, mientras que Nicolliello prefería nombrarle “correctivo de la desigualdad social”.

Aquí se aceptan con fuerza:

- Las reglas pro operario, con sus tres aplicaciones: in dubio pro operario, norma más favorable y condición más beneficiosa, así como la retroactividad.
- Iniciación de oficio del proceso.
- Redistribución de la carga de la prueba.
- Otras normas de protección como son la gratuidad, la oralidad-concentración-inmediación-celeridad en conjunto.
- Ponderación ecuaníme del principio protector.

IV.3.Criterio de conciencia en la exégesis de la prueba y equidad en la resolución

Aquí el autor hace referencia a una actitud distinta de los jueces, a una diversa manera de apreciar el contenido de las pruebas.

Después de la rápida presentación teórica anterior, y a modo de conclusión, es de advertir que el artículo I del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, N° 29497, al hacer lacónica referencia a los principios de intermediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad, confunde algunas peculiaridades con los principios o, dicho de otro modo, pretende elevar ciertas peculiaridades a la categoría de principios, lo que deviene en anti-técnico. La propagandización y difusión de la nueva ley viene insistiendo más en la oralidad, que es un importante avance en nuestro país pero ello no es lo medular.

Si bien es cierto durante el desarrollo de todo su articulado hay aportes interesantes en relación a los principios del Derecho Procesal del Trabajo (que ameritan otro estudio y artículo académico complementario por su amplitud y versatilidad), también es cierto que una somera evaluación de los mismos nos lleva a la convicción de que los dos más importantes principios tratados por Pasco, es decir, el de veracidad y el protector, aparecen debilitados (más el segundo que el primero), lo que de algún modo implica y nos lleva a sostener que estamos en una etapa histórica donde se nota una clara flexibilización de los principios dentro del Derecho Procesal del Trabajo peruano.

V. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y SUS ENCUENTROS Y DESENCUENTROS CON LOS PRINCIPIOS DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Como señala Morón Urbina, el Derecho Administrativo es posterior a los estudios de Derecho Privado, y el Derecho Procesal Administrativo es una creación jurídica incluso más reciente que el Derecho Administrativo. El Derecho Procesal Administrativo está en fase de evolución, transitando hacia su madurez, razón por la cual todavía presenta unas aristas débiles y susceptibles de ser perfeccionadas paulatinamente. Luego, dicho autor, hace suyo el concepto de Derecho Procesal Administrativo de Héctor Escola, para quien es “aquella rama del Derecho que tiene por objeto de estudio las normas que regulan el desenvolvimiento jurídico-formal del accionar de la Administración Pública, para el logro de sus fines”¹¹¹.

A su vez, hay un Derecho Procesal Administrativo general (estudio concordado de los preceptos comunes a la generalidad de procedimientos seguidos en la Administración Pública), y un Derecho Procesal Administrativo especial (analiza las particularidades de cada uno de los procedimientos específicos seguidos en la Administración Pública).

Según la doctrina, el Derecho Procesal Administrativo comprende las siguientes fases:

- El procedimiento dirigido a la preparación y emisión de las expresiones originarias de la voluntad administrativa (procedimiento constitutivo o preparatorio).
- El de impugnación, dedicado a la revisión del acto originario, tanto en la vía administrativa (procedimiento recursivo), como en sede judicial (proceso contencioso administrativo).
- Ejecución de la voluntad administrativa (procedimientos de ejecución forzosa).

Ahora bien, la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, si bien repite varias de las competencias previstas en la legislación precedente, en la actualidad delinea con mayor precisión las competencias de los Juzgados Especializados de Trabajo y de las Salas Laborales Superiores en materia de Derecho Administrativo. De ese modo, en sus artículos 2 (incisos 1.i, 1.j y 4), y 4 (inciso 4.2.a) establece que los Juzgados de Trabajo son competentes para conocer en proceso ordinario laboral las pretensiones relacionadas con el cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones

¹¹¹ MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. (1997), pp. 54 y 55.

de invalidez a favor de los asegurados o los beneficiarios, exigibles al empleador, a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras, o con el Sistema Privado de Pensiones; en proceso contencioso administrativo conforme a la ley de la materia, las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público; así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo, mientras que las Salas Laborales Superiores conocen las mismas materias en segunda instancia.

De acuerdo con lo dicho, los jueces laborales están obligados a manejar no solo la legislación correspondiente al régimen laboral de la actividad privada sino también la que se aplica en el régimen laboral de la actividad pública; es decir, tienen que poseer buena formación en Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo. De allí los encuentros y desencuentros que se presentan entre dichas especialidades y el Derecho Procesal del Trabajo.

Como hemos visto supra, el Derecho Procesal del Trabajo se caracteriza por el supervalor de sus principios de veracidad y de protección, claramente vinculados a los principios de primacía de la realidad y protector que informan el Derecho del Trabajo; sin embargo, en el campo del Derecho Administrativo, según dispone el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, del 11 de abril del 2001, sus principios son los siguientes: legalidad, debido procedimiento, impulso de oficio, razonabilidad, imparcialidad, informalismo, presunción de veracidad, conducta procedimental, celeridad, eficacia, verdad material, participación, simplicidad, uniformidad, predictibilidad y privilegio de controles posteriores.

Varios de los principios precedentes, tales como el de impulso de oficio, informalismo, celeridad y verdad material tienen, de algún modo, semejanzas, encuentros, proyecciones y cierto grado de complementariedad con algunos principios del Derecho Procesal del Trabajo. Sin embargo, hay claros desencuentros entre el principio de imparcialidad del Derecho Administrativo y el protector del Derecho Procesal del Trabajo. Veamos:

El artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 dispone que en el procedimiento administrativo se aplica *claris verbis* el siguiente principio: “1.5. Principio de imparcialidad. Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general”.

Por otro lado, el artículo 2 de la Ley N° 27584, del 07 de diciembre del 2001, modificada por el D.L. N° 1067 del 28 de junio del 2008,

prescribe que el proceso contencioso administrativo se rige por los principios de integración, igualdad procesal, favorecimiento del proceso y suplencia de oficio. Los dos últimos gozan de cercanía con los principios del Derecho Procesal del Trabajo, pero no así el de igualdad procesal que encuentra diferencias de naturaleza con aquellos y que según el inciso 2 del aludido artículo se conceptúa así: “2. Principio de igualdad procesal. Las partes en el proceso contencioso administrativo deberán ser tratadas con igualdad, independientemente de su condición de entidad pública o administrado”.

En correlato con lo anterior, al hablar de la carga de la prueba, Morón Urbina sostiene que en el ámbito administrativo ésta no alcanza la trascendencia que tiene en el proceso judicial ni la esencia de una obligación jurídicamente exigible; en regla general, la Administración no tiene el deber de probar, salvo en los procedimientos especiales donde las normas legales expresas pueden imponerle esa obligación. En todos los casos, la carga de la prueba está a cargo del pretensor.

El particular que reclama una decisión de la Administración, o el contra-interesado que alega la existencia de ciertos hechos impositivos adversos a esas pretensiones, o la Administración que estima que el momento de aplicar una sanción u otorgar un derecho, tienen a su cargo la prueba del hecho invocado como acción o excepción¹¹².

Priori Posada, que trabaja estos temas de especialidad, sostiene que el proceso contencioso administrativo es distinto y autónomo respecto del proceso civil porque tiene una identidad diferente. Ello se explica fundamentalmente por dos teorías complementarias: la **teoría de la sujeción o la subordinación** que determina una relación de subordinación entre los sujetos del conflicto (en los conflictos de Derecho Administrativo existe una desigualdad natural pues uno de los sujetos del conflicto es el Estado que actúa en ejercicio de una de las funciones estatales que es la administración), y la **teoría del sujeto**, conforme a la cual dentro de un conflicto de naturaleza administrativa la actividad de uno de los sujetos del conflicto se sujeta a una norma que obliga a un sujeto que es portador de la autoridad soberana¹¹³.

Más adelante, el mismo Priori estudia los principios del Derecho Procesal aplicables al proceso contencioso-administrativo, así como los principios propios de éste último, siendo de destacar y resaltar en síntesis lo que en este caso son las ideas centrales del autor¹¹⁴ sobre el principio de

¹¹² MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. (1997), pp. 225-226.

¹¹³ PRIORI POSADA, GIOVANNI. (2006), pp. 56 y 91.

¹¹⁴ Ibid, pp. 100-103.

igualdad procesal:

- El proceso contencioso-administrativo es uno de los escenarios donde la desigualdad procesal se hace más evidente, porque los privilegios de la Administración son visibles tanto en el acceso al proceso cuanto en el desarrollo del mismo: el ciudadano siempre es el demandante y la carga de la prueba recae sobre él, mientras que la Administración asume privilegios de dudosa constitucionalidad.
- El proceso contencioso-administrativo, antes de la reforma, fue diseñado en el Perú como una cadena de privilegios en las diversas regulaciones especiales (por ejemplo, proceso contencioso administrativo tributario), donde incluso la ejecución de las sentencias contra el Estado era un sueño inalcanzable, lo que era ajeno a un Estado Constitucional de Derecho y contrario a los principios fundamentales de tutela jurisdiccional efectiva. (Por nuestra parte, nos permitimos hacer mención, entre muchos otros que abundan en la experiencia nacional, a un caso emblemático que ilustra mejor esta situación: en una investigación realizada en el Distrito Judicial de La Libertad, de los 61 procesos contencioso administrativos tramitados durante los años 2004 y 2005, que se encuentran en ejecución con sentencia de segunda instancia, solo se ha dado cumplimiento al mandato judicial en uno, mientras que todos los demás, 60, siguen en ejecución desde hace cuatro, tres y dos años¹¹⁵).
- La reforma establecida en la nueva ley (se entiende la N° 27584) ha querido delimitar los privilegios de la Administración y apuesta por una equiparación de las partes en el proceso, pues resultaba absurdo que un particular en relación de subordinación frente a la Administración tenga que seguir aceptando dicha subordinación dentro del proceso judicial.
- El principio de igualdad es recogido en la ley peruana en dos sentidos: i) Poner fin a los privilegios procesales del Estado, ya declarado también en la séptima disposición final del Código de Procedimientos Civiles; y ii) Está constatado que en la vida real y jurídica el particular no se encuentra en una situación de igualdad frente al Estado; en tal virtud, el principio de igualdad no es un enunciado formal porque es evidente que en el conflicto precedente al contencioso administrativo no hubo una posición de igualdad, ya que el Estado es juez y parte, no solo en la tramitación y decisión del conflicto sino en su ejecución. La única garantía para que se aplique la situación de igualdad es la recurrencia al Poder Judicial.

¹¹⁵ RODRÍGUEZ ZAVALA, LUZMILA y VENTURA VEGA, ZAIRA. (2009), pp. 227-247.

- Por último, concluye el autor comentado, la ley parece suponer la adopción de una igualdad formal, pero esa no es una situación de igualdad pues la Administración tiene, en dicha relación, una serie de privilegios que no puede trasladar al proceso. El proceso debe ser el instrumento que equipare a las partes, de carácter igualizador, y ello no se logra concibiendo a las dos partes del mismo como exactamente iguales, sino procurando en el proceso que las partes, que en realidad no son iguales, lo sean. Es por ello que las normas que regulan el proceso contencioso-administrativo son normas que deben ser interpretadas siempre de manera más favorable al administrado, pues con dicho criterio interpretativo se logra de alguna manera equiparar a las partes debido a la real situación en la que se encuentran en una situación de conflicto.

En consecuencia, aparte de la discusión teórica de que el proceso contencioso-administrativo se ha convertido o no por la naturaleza de las pretensiones y derechos tutelados, en un proceso constitucional, o que por ser los procesos de amparo y cumplimiento de carácter residual, la tendencia es derivar las pretensiones que podrían ser vistas en estos procesos a la vía contencioso administrativa¹¹⁶, lo cierto es que en cuanto al Derecho Administrativo, el Derecho Procesal Administrativo y el proceso contencioso-administrativo, el primero está plagado de favorabilidades a favor del Estado, y el segundo y el tercero, aún cuando la ley presenta en ellos ciertos avances del principio de igualdad, se trata de una desigualdad compensatoria a medias porque solo equipara a las partes, pero en puridad no favorece a los administrados en toda la extensión de la palabra, por lo que hay que reconocer que el Derecho Procesal del Trabajo es mucho más radical en su aplicación, por lo que en determinados momentos pueden presentarse algunos desencuentros en la aplicación de ambos sectores de principios a un caso concreto. Lo contrario significaría aceptar que el juzgador, cuando conoce un proceso contencioso-administrativo, tendría que olvidarse de los principios del Derecho Procesal del Trabajo.

VI. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SUS ENCUENTROS Y DESENCUENTROS CON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO.

Los principios del Derecho de la Seguridad Social clásica y principalmente reconocidos en los predios de la especialidad son los siguientes:

¹¹⁶ GUERRA CERRÓN, J. MARÍA ELENA. (2010), p. 186.

- **Universalidad.** Tendencia y vocación de suministrar las prestaciones de seguridad social a toda la comunidad, sin distingos ni limitaciones.
- **Internacionalidad.** Las personas que se desplazan de un país a otro por razones de trabajo u otras deben tener derecho a recibir dichas prestaciones donde se encuentren y añadir a su record de trabajo o cotizaciones el tiempo de trabajo acumulado en otros países, para no sufrir un recorte en sus derechos.
- **Integralidad.** La persona debe tener acceso a las prestaciones necesarias para defenderse de todas las contingencias sociales.
- **Uniformidad.** Todos los beneficiarios de la seguridad social deben ser atendidos con prestaciones semejantes en calidad y cantidad, y las prestaciones deben ser necesariamente iguales, con algunas excepciones.
- **Solidaridad.** Todas las personas de la sociedad tienen el deber de contribuir al financiamiento de las prestaciones de la seguridad social, los recursos deben distribuirse sin que necesariamente haya conexión entre el monto de lo aportado con lo recibido.
- **Unidad.** Todas las prestaciones de la seguridad social deben ser suministradas por una sola entidad o por un sistema de entidades entrelazadas orgánicamente y vinculadas a un sistema único de financiamiento.

Rendón Vásquez¹¹⁷, al igual que algunos otros autores, con pequeños matices de diferenciación (por ejemplo, Fajardo Crivillero¹¹⁸), divide los principios en dos grupos: los relativos a las prestaciones en sí (universalidad, internacionalidad, integralidad, igualdad) y los concernientes a la organización de la seguridad social (solidaridad, unidad y autonomía). Otros autores no hacen diferenciaciones (como Anacleto Guerrero¹¹⁹), para quien dichos principios son cinco: universalidad, solidaridad, integralidad, unidad e internacionalidad.

Toyama Miyagusuku¹²⁰, siguiendo a Ermida Uriarte, describe los principios fundamentales de este modo:

- Respecto de los sujetos: universalidad subjetiva.
- Respecto de los riesgos: universalidad objetiva.
- Respecto del financiamiento: la solidaridad, la eficiencia.

¹¹⁷ RENDÓN VÁSQUEZ, JORGE. (2008), pp. 105-108.

¹¹⁸ FAJARDO CRIVILLERO, MARTÍN. (1975), pp. 109 y ss.

¹¹⁹ ANACLETO GUERRERO, VÍCTOR. (2002), pp. 25-26.

¹²⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, JORGE. (2008), pp. 593-618.

- Respecto de las prestaciones: la equidad, igualdad y calidad.
- Respecto de la administración: la unidad.

Sin embargo, no hay que perder de vista que el Derecho de la Seguridad Social es una disciplina desprendida de su matriz que es el Derecho del Trabajo. Por eso, como lo hemos dicho en otras oportunidades, lleva en sus entrañas algunos resabios de los principios del Derecho del Trabajo y no se puede liberar del todo de ellos por razones históricas y materiales, ya que los asegurados en su gran mayoría son regulares u obligatorios, esto es, también son hiposuficientes porque normalmente provienen de relaciones de trabajo por cuenta ajena. Siendo así, en mayor o en menor medida, les son también aplicables los principios protector (en sus aplicaciones de norma mínima, condición más beneficiosa - ésta última con limitaciones en materia pensionaria - *e in dubio pro operario*), de irrenunciabilidad de derechos y de no discriminación e igualdad de trato.

Neves Mujica es de criterio similar. Reconoce que es posible aplicar los principios de irrenunciabilidad de derechos, norma más favorable e interpretación más favorable en caso de duda normativa a la seguridad social, y acepta que los principios anotados puedan ser trasladados en la regulación previsional.¹²¹

De lo dicho hasta aquí en el presente subtítulo, me permito colegir las siguientes ideas generales: a) El DSS es el que más cercano está al Derecho del Trabajo; por tanto, es menos probable, aunque no imposible, que se presenten colisiones entre los principios de ambas disciplinas; b) El DSS, independientemente de la posición anterior, también es bastante cercano al DA ya que son autoridades fundamentalmente administrativas las que resuelven conflictos de prestaciones de salud, infortunios laborales y pensiones, sin perjuicio de la intervención de entidades de derecho privado con potestades para resolver también parte de dichos conflictos, que nos llevan al gran tema - ajeno al presente estudio - de las tendencias a la privatización de ciertos sectores del derecho público (dentro del fenómeno más amplio de la privatización del derecho público y la publicación del derecho privado); y, c) Los conflictos jurídicos sobre DSS, que son ventilados ante la justicia especializada del trabajo, aún cuando tengan contenidos de DA y DPA tienen que resolverse de preferencia teniendo en cuenta los principios del Derecho Procesal del Trabajo, cuando hay oposición de naturaleza.

¹²¹ NEVES MUJICA, JAVIER. (1999), pp. 25-26.

VII. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ARBITRAL Y SUS ENCUENTROS Y DESENCUENTROS CON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

Vidal Ramírez¹²² sintetiza los antecedentes históricos del arbitraje vinculando su origen y evolución, en forma rudimentaria, desde la antigüedad, afirmándose gracias al derecho romano como una función juzgadora ajena al *imperium* de la magistratura y basada únicamente en el oficio de los particulares (*arbiter*) para resolver cuestiones controvertidas particulares, a las cuales el Estado Romano les facultaba asumir la *iuri dictio* por delegación.

Cuando el derecho romano penetró en los ordenamientos jurídicos de Europa Medieval, su recepción se orientó a la regulación de las relaciones jurídicas entre los particulares. En la medida en que se constituían las naciones y se organizaban los Estados con funciones de administración, el arbitraje fue perdiendo importancia.

En los albores del siglo XIX la codificación civil y comercial soslayaron el arbitraje; solo España lo acogió en su codificación para el procesamiento civil a partir de la Constitución aprobada en las Cortes de Cádiz de 1812, sirviendo de fuente a la codificación de la materia procesal civil en el Perú.

El arbitraje en el campo de la codificación civil peruana tiene larga data, ya que apareció en la Constitución Política de 1839, siguió en el vetusto Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1851, en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, recibiendo mayor atención del legislador en la Constitución de 1979 (se le reconoció carácter jurisdiccional), en el Código Civil de 1984 y en la Constitución de 1992.

El Decreto Ley N° 25935, de 09 de diciembre de 1992, derogó las disposiciones del Código Civil sobre el tema y el arbitraje quedó sometido exclusivamente a sus normas; luego entró en vigencia la Ley N° 26572, denominada Ley General de Arbitraje¹²³. A su vez, dicha ley fue sustituida por el Decreto Legislativo N° 1071, de 28 de junio del 2008, sumado al D.L. N° 1017, que consolidó el arbitraje en las instituciones del Estado (gobierno nacional, gobiernos regionales y locales, personas jurídicas y empresas estatales de derecho público, derecho privado y economía mixta).

Sin embargo, haciendo una brevísima evaluación, en el campo laboral y procesal laboral su destino y acogida ha sido diferente: aparte de su insignificante presencia allá por la segunda década del siglo XX, en la práctica ha resultado una institución inoperante en materia de controversias

¹²² VIDAL RAMÍREZ, FERNANDO. (2003), pp. 9-18.

¹²³ Ibid, p. 14 y ss.

jurídicas individuales de trabajo y con muy poco uso en materia de controversias colectivas, ya que la anterior Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, N° 25593 y su Texto Único Ordenado (D.S. N° 010-03-TR) lo permiten.

Ahora bien, entrando más directamente al tema que nos ocupa, afirmamos que el Derecho del Trabajo y el Derecho Procesal del Trabajo son totalmente diferentes al Derecho Arbitral, que en nuestro concepto es una disciplina técnica, procesal o adjetiva, pero no sustantiva. Al menos es lo que podemos sostener ahora de acuerdo a su grado de evolución: actualmente está en ciernes, quizá a posteriori podamos aceptar su carácter de disciplina jurídica autónoma.

Afirmamos nuestra posición en las ideas de Cremades¹²⁴ que asevera:

“Los años me han hecho ver que puede, efectivamente, ser un medio más rápido, más técnico, más barato, más eficaz, más confidencial... Sin embargo, no es ninguna panacea. Es simplemente una técnica para la solución de los conflictos mercantiles internacionales... El arbitraje, es nada más y nada menos, que una pura técnica. No vale, en consecuencia, construir una filosofía y en algunos casos una verdadera poesía en su torno. Es una simple técnica y en cuanto tal hay que divulgarla y conocerla para su mejor utilización”.

Es probable que por su desarrollo histórico y su embrionaria evolución jurídica, el tema de los principios deje que desear. Veamos: los principios del Derecho Arbitral desde el punto de vista sustantivo en realidad no existen y desde el punto de vista adjetivo doctrinalmente aún no están bien delimitados. Sin embargo, hay autores que sí hablan de los principios en esta área, como Matheus López¹²⁵, quien luego de sostener que el arbitraje se caracteriza por ser semi-informal y que la autonomía de la voluntad que irradia el arbitraje de ninguna manera supone una libertad total o una informalidad completa en la regulación del procedimiento, precisa a continuación que dichas semi-formalidad y autonomía de la voluntad solo tienen sentido y operan en cuanto son respetuosas con los principios que inspiran la sustantividad del proceso arbitral, que son los de **audiencia, contradicción e igualdad entre las partes**. Incluso, dicho autor, al señalar que el Decreto Legislativo N° 1071 regula la reconvencción en el literal d) del artículo 6 y 1 y 3 del artículo 34 (las reglas de

¹²⁴ Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, FERNANDO. (1992), p. 28.

¹²⁵ MATHEUS LOPEZ, JULIO CÉSAR. (2010), pp. 106-108.

la demanda se aplican a la reconvencción), tácitamente está reforzando la fuerza del principio de igualdad entre las partes, tan ajeno al Derecho del Trabajo y al Derecho Procesal del Trabajo.

El D.L. N° 1071, que deroga expresamente la Ley N° 26572, aborda los principios y derechos de la función arbitral en los artículos 3 y 34, inciso 2 (**principio de no intervención de la autoridad judicial**, salvo excepciones; **independencia y autonomía**; **libertad de actuación**; **exclusividad**, excepto el control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo; **igualdad de trato y de oportunidades a ambas partes**). Santistevan de Noriega, en un estudio comparativo entre el D.L. N° 1071 (nueva Ley General del Arbitraje) y N° 1017 (Ley especial de arbitraje en la contratación con el Estado), sostiene, entre otras conclusiones, que el régimen general consagra el principio de igualdad entre las partes y la plenitud de la autonomía de la voluntad, y que como ley general es más privatista y respetuosa de la autonomía de la voluntad, en línea con los avances ocurridos en el mundo en materia de arbitraje comercial¹²⁶.

La anterior Ley General del Arbitraje (Ley N° 26572) ya derogada, como recuerda Vidal Ramírez¹²⁷, se inspiró en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), aprobada por la Resolución 40/72 de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1985. El D.L. N° 1071, tal como reza escuetamente en la que podríamos llamar Exposición de Motivos (?), ha sido ex profesamente elaborado en el marco de la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, para brindar las condiciones apropiadas para agilizar la solución de controversias que pudieran generarse en el marco de los tratados y acuerdos suscritos por el Perú. En suma, como también sostiene Cantuarias Salaverry¹²⁸, el arbitraje es un medio de solución heterocompositivo de las controversias o conflictos y está vinculado en concreto al conflicto mercantil internacional, que es su piedra angular. Siendo, así, aún cuando el arbitraje ha evolucionado y entrado a otras especialidades del Derecho como es el Derecho del Trabajo, lo cierto e irrefutable es que sus vinculaciones más íntimas son con el Derecho Comercial, especialidad que es diametralmente diferente al Derecho del Trabajo y al Derecho Procesal del Trabajo.

Por dicha raigambre, tampoco hay que perder de vista que el Derecho Arbitral resuelve conflictos entre desiguales solo por excepción, pero no

¹²⁶ SANTISTEVAN DE NORIEGA, JORGE. (2008), pp. 19-29.

¹²⁷ VIDAL RAMÍREZ, FERNANDO. (2003), p. 18.

¹²⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, FERNANDO. (1992), pp. 28-41.

es su hábitat natural. Su clara vinculación con el Derecho Comercial y la solución de conflictos de comercio internacional hace que en su esencia es una disciplina jurídica en ciernes que en regla general trata a las partes siempre como iguales.

Según el artículo 2, inciso 1, del D.L. N° 1071, “Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho” y, complementariamente, el artículo 63, inciso e), del mismo cuerpo legal señala como causal de anulación del laudo el hecho que un Tribunal haya “resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje”. Pues bien, en el Derecho del Trabajo individual la mayoría de sus disposiciones son imperativas, por tanto indisponibles, de modo que resulta forzado y antitécnico pretender a rajatabla que el Derecho Arbitral puede conocer cualquier tipo de conflictos jurídicos laborales.

Es claro e indiscutible que el D.L. N° 1071, tal como desarrollan Castillo Freyre, Vásquez Kunza y Sabroso Minaya¹²⁹ ha optado por el criterio positivo que permite a las partes someter a arbitraje los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio, es decir, derechos sobre los que las partes tienen la autoridad de disponer libremente, superando el criterio negativo que estaba presente en la derogada Ley N° 26572. Nótese que el criterio positivo está ligado a que es arbitrable todo derecho que las normas jurídicas (nacionales o internacionales) estipulen como disponible.

Es más, las “materias de libre disposición conforme a derecho” a que alude la ley, solo pueden entenderse en un sentido: la libre disponibilidad no dice nada por sí misma, no tiene vida propia, su contenido es claramente determinado por la ley, ya que como dice Silvia Gaspar, la locución “conforme a derecho” no puede interpretarse sino atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico dispone¹³⁰.

En otro artículo Matheus López señala que hay conflictos o controversias que no pueden ser objeto de un procedimiento arbitral en vista de que las controversias implican materias o derechos que no son de libre disposición por parte de sus titulares; la alusión a la disponibilidad – indica dicho autor – busca significar que no es posible realizar un arbitraje respecto de aquellas materias que han sido declaradas indisponibles o irrenunciables conforme a derecho; tampoco hay que perder de vista que hay materias respecto de las cuales las partes no tienen libertad de

¹²⁹ CASTILLO FREYRE, Mario, VASQUEZ CUNZA, RICARDO, Y SABROSO MINAYA, RITA. (2008), pp. 31-35.

¹³⁰ CASTILLO FREYRE, Mario, VASQUEZ CUNZA, RICARDO, Y SABROSO MINAYA, RITA. (2008).

disponer, situación que no la determina la Ley General de Arbitraje, sino las leyes sustantivas involucradas¹³¹.

La imperatividad y, por tanto, la no disponibilidad de las normas laborales desarrollada magistralmente por Plá Rodríguez, tiene relación con la distinción de normas imperativas y normas dispositivas que vienen de la división del derecho romano entre *jus cogens* y *jus dispositivum*. El *jus cogens* está integrado por aquellas normas que se han de cumplir, cualquiera que sea la voluntad de las partes. El *jus dispositivum* está compuesto por aquellas normas que se han de cumplir solo cuando las partes no hayan establecido otra cosa¹³². Francisco de Ferrari sostiene que las reglas del Derecho del Trabajo tienen, en general, carácter imperativo e irrenunciable. El Estado da a ciertas normas carácter imperativo y concede un poder de vigencia inderogable a las partes en virtud de distintas razones, por lo que puede decirse, en regla general, que casi todas las normas que forman parte del Derecho del Trabajo son normas de orden público y que las relaciones de trabajo, sujetas originariamente a un *jus dispositivum* se encuentran sometidas, en nuestros días, a un *jus cogens*¹³³.

En el campo estricto del Derecho del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo el arbitraje está concebido fundamentalmente para la solución de conflictos colectivos y se encuentra normado en el D.S. N° 010-2003-TR (Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo) y su Reglamento. Está regulado en menor medida para la solución de conflictos individuales de trabajo, primero a través del artículo 104 de la derogada Ley N° 26636, y ahora en la sexta disposición complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497.

Ahora pasaremos a comentar el artículo 104 de la Ley N° 26636 (anterior Ley Procesal del Trabajo). Aparte de que dicho artículo otorgaba la posibilidad del sometimiento de las controversias en materia laboral al arbitraje, tenía la limitación de la oposición de naturaleza a través de la locución “en lo aplicable”. No hay que perder de vista que su inclusión en la Ley Procesal del Trabajo resultaba asistemática, antitécnica y contradictoria a las reglas y principios de dicha área procesal. Nosotros fuimos críticos frente a dicha inclusión, al igual que muchos autores. Dentro de estos últimos, por ejemplo, Ermida Uriarte toma distancia de la concepción de que el arbitraje puede alcanzar a los conflictos individuales y colectivos y califica como “teóricamente inconveniente el arbitraje en

¹³¹ MATHEUS LOPEZ, JULIO CÉSAR. (2008), pp. 53-57.

¹³² PLA RODRIGUEZ, AMÉRICO. (1988), pp. 124-126.

¹³³ DE FERRARI, FRANCISCO. (1969), p. 355.

conflictos individuales de trabajo, debido a los principios de protección e irrenunciabilidad de derechos”¹³⁴.

Elías Mantero era de opinión que debía modificarse el artículo 104 de la antigua Ley Procesal del Trabajo porque no establecía limitación o condición alguna a la vía arbitral como mecanismo para la solución de conflictos laborales y sugirió, desde hace algunos años, las siguientes medidas correctivas:

- Limitar la posibilidad de permitir la celebración de un compromiso de sometimiento al arbitraje al momento de iniciación de la relación laboral, salvo que el pacto sea con un trabajador de dirección o el empleador acepte el compromiso expreso de asumir el pago de los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral.
- Restringir el sometimiento de las controversias colectivas con contenido jurídico al mecanismo arbitral por el periodo de vigencia de cada convenio colectivo de trabajo, a fin de dar la oportunidad de dejar sin efecto dicho mecanismo de no ser conveniente.
- Permitir el acuerdo de sometimiento al procedimiento arbitral en materia laboral únicamente cuando la relación laboral ha concluido¹³⁵.

No está en discusión la consagración constitucional de la vía arbitral como alternativa y/o complemento a la jurisdiccional estatal. Pero lo que no es cierto es que no había contradicción entre el artículo 104 de la anterior Ley Procesal del Trabajo y los principios de su propio Título Preliminar. En realidad, había una gran y evidente contradicción entre dicho artículo y los artículos I, II y III del Título Preliminar, ya que el proceso laboral se inspira en los principios de intermediación, concentración, celeridad, veracidad, protector (norma más favorable, condición más beneficiosa, in dubio pro operario), etc.

A mi criterio, la inclusión del arbitraje en la antigua Ley Procesal del Trabajo era antitécnica y lesiva a los principios fundamentales del Derecho del Trabajo y del Derecho Procesal del Trabajo, aparte de las razones emitidas por los autores precitados, por los siguientes fundamentos adicionales:

- Era claramente arbitraria y unilateral porque se ponía como condición y se incluía en el contrato individual de trabajo, esto es, al momento de iniciar la relación laboral, sin que el trabajador pudiera formular ninguna oposición.

¹³⁴ Citado por CHANGALA, RICARDO y FERNÁNDEZ, HUGO. (1988), p. 230.

¹³⁵ ELÍAS MANTERO, FERNANDO. (2003), p. 26.

- Era falsamente bilateral o expresión de la autonomía de la voluntad de las partes porque si el trabajador se negaba a firmar simplemente no se le proporcionaba el trabajo; en realidad era un avasallamiento, un simple acto de adhesión a la voluntad del empleador.
- Atentaba contra los principios de protección del trabajador, celeridad y economía procesal al establecer de manera caprichosa que las partes sometían sus diferencias a un tribunal de arbitraje de derecho, con honorarios pagados a medias por la empresa y el trabajador. Había aquí un claro abuso de posición contractual por parte del empleador.
- Atentaba contra los principios de gratuidad y de economía, tan caros al Derecho Procesal del Trabajo, ya que en realidad se pretendía que los accionantes paguen en ciertos casos hasta en dos instancias de los Tribunales Arbitrales los honorarios de los árbitros (con el 100 % de los propios y el 50 % del designado Presidente del Tribunal). Esto resulta claramente atentatorio contra la economía del trabajador, porque los artículos 69 a 73 del D.L. N° 1071, que regulan los costos arbitrales, no solo fijan la libertad para determinarlos, sino que entienden como tales los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, del secretario y de los peritos, los gastos administrativos de la institución arbitral, los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y otros.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, regula el arbitraje en su sexta disposición complementaria disponiendo textualmente lo siguiente: “Las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral se inserte a la conclusión de la relación laboral y, adicionalmente, la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, superior a las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP)”.

Algunos autores saludan el arbitraje en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, como Limas Vásquez, quien considera “sumamente beneficioso y acertado la incorporación de la nueva regulación en materia arbitral, puesto que permite al trabajador decidir sin coacción sobre la posibilidad de acudir a la jurisdicción arbitral”, y que está bien establecer montos mínimos de ingresos para acceder a él porque en la legislación anterior era aparente dicha opción de acceso de manera libre y sin limitaciones¹³⁶. Sin embargo, a mi entender, en relación al tema hay que hacer las siguientes precisiones:

¹³⁶ LIMAS VASQUEZ, ROCÍO. (2010), p.43.

- En apariencia constituye un avance en la legislación peruana que se condicione la aceptación del arbitraje a un acuerdo adoptado a la conclusión del vínculo laboral (con ello se ha cortado multiplicidad de injusticias patronales y se ha puesto un atajo parcial a los retrocesos del Derecho Procesal del Trabajo en dicha materia), y a que el trabajador tenga un ingreso mensual mínimo de 70 URP (en la actualidad son S/. 25,200.00). Solo los trabajadores de dirección y, en menor medida, los de confianza, tienen acceso a los ingresos precitados, con lo que hay que advertir el desliz de un peligro en la nueva ley: pretender considerar a estos altos empleados como pares o iguales de los empresarios, con lo que de allí a dictar a posteriori normas que los excluyan de la aplicación de la legislación laboral en general no hay más que un paso (¿No estaremos ante el peligro o intento protervo de flexibilización o un nuevo fenómeno de “huida” del Derecho del Trabajo para los altos empleados?). El hecho de que se hayan incorporado dichos requisitos en la nueva norma de ninguna forma resuelve los cuestionamientos de fondo contra el arbitraje.
- De modo general y salvo contadas excepciones, las normas imperativas e indisponibles del Derecho del Trabajo también son aplicables a los altos empleados. Por ejemplo, incluso un trabajador que gana una remuneración integral con arreglo a las disposiciones contenidas en el D.S. N° 003-97-TR tiene derechos indisponibles, como son los pagos por seguro de vida del D.L. N° 688 y sus modificatorias, la indemnización por despido arbitrario cuando corresponde, el acceso a toda la seguridad social, etc. En consecuencia, no se puede pactar válidamente para llevar dichos derechos indisponibles a la vía arbitral.
- El arbitraje, qué duda cabe, también resulta oneroso para los altos empleados aún cuando perciban altos ingresos, y atenta claramente contra los principios del Derecho Procesal del Trabajo. Mejor hubiera sido que se excluya dicha institución de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

VIII. ¿ALTERNATIVAS PARA SUPERAR EL IMPASE?

Resulta tarea muy ardua y romántica pretender sugerir alternativas para superar el complejo problema en estudio. No hay que olvidar que es una verdad de perogrullo, aprendida desde el primer año de los estudios de pregrado en Derecho, que las fuentes materiales determinan a las fuentes formales, que las normas deben ser expresión y consecuencia de lo que acontece en la realidad. Por tanto, la claridad para resolver este asunto solo vendrá a futuro de las experiencias concretas de todos los

operadores del derecho: académicos, magistrados, abogados, litigantes, estudiantes de derecho, etc.

Sin embargo, en vista de que he incorporado este punto dentro del sumario en desarrollo, me atrevo a lanzar solo dos pequeñas y embrionarias ideas sobre el particular, que más que alternativas son simples cavilaciones de buena voluntad para coadyuvar en las reflexiones sobre la necesidad de perfectibilidad de nuestro ordenamiento jurídico real:

- Debe modificarse la Ley N° 29497 antes de que entre en vigencia. Como entiendo que las reformas o modificaciones deben ser múltiples, sugiero que se derogue la sexta disposición complementaria de aquella para evitarnos a futuro problemas y desgastes innecesarios.
- Hay que pensar seriamente en la posibilidad (y trabajar en ello) de agregar a la Nueva Ley Procesal del Trabajo un artículo donde se consagre la prioridad en la aplicación de los principios del Derecho Procesal del Trabajo, del Derecho Administrativo, proceso contencioso-administrativo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Arbitral, cuando exista oposición de naturaleza entre sus cuerpos normativos, sus principios y la casuística concreta.

IX. CONCLUSIONES

PRIMERA. Los principios de las diversas disciplinas jurídicas, en una perspectiva evolutiva extra e intra-sistemas y subsistemas jurídicos, a veces son comunes a algunas o varias de ellas; a veces aparecen regulados en más de una pero con matices propios, inconfundibles y con riquezas conceptuales particularizadas; a veces también aparecen irreconciliables, extrapolados, todo lo cual va generando dialécticamente cercanías y lejanías entre algunas de dichas disciplinas.

SEGUNDA. Los principios generales del Derecho Procesal son aplicables en regla general a los Derechos Procesales Especiales en lo que corresponda. Si las normas sustantivas y adjetivas laborales consagran la supletoriedad del Derecho Civil y del Derecho Procesal Civil al Derecho del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo, siempre y cuando no haya oposición de naturaleza o incompatibilidad (la hay cuando una disciplina en situación ordinaria trata a los contratantes como iguales, mientras que la otra ordinariamente los trata como desiguales, o cuando una y otra disciplina abandonan su situación ordinaria y adoptan una situación extraordinaria, es decir, cuando tratan a los contratantes extraordinariamente como iguales cuando siempre los tratan como desiguales o viceversa, y ambas se confrontan en situaciones disímiles). Esta misma regla debe aplicarse

universalmente a todas las disciplinas jurídicas en los casos en que tengan coincidencia y aplicación en los mismos hechos. Ergo, una forma de solucionar la contradicción entre los principios del Derecho del Trabajo, Derecho Procesal del Trabajo, Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo, proceso contencioso-administrativo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Arbitral es aplicar esta regla en forma razonada, teniendo en cuenta los contrapesos de la justicia y la equidad en cada caso concreto.

TERCERA. Dentro del Derecho Procesal del Trabajo peruano hay mucha confusión entre los principios fines (o principios propiamente dichos, o dogmáticos) y los principios operativos (también denominados peculiaridades, operacionales, o instrumentales). Los auténticos principios del Derecho Procesal del Trabajo no son abundantes, pueden contarse con los dedos de una mano, tales como el principio de veracidad (o de prevalencia del fondo sobre la forma), protector (o de desigualdad compensatoria, o de disparidad social, despersonalización del empleador, etc.).

Muchas peculiaridades aparecen como principios, tales como la oralidad, celeridad, concentración, etc. La Nueva Ley Procesal del Trabajo no solo presenta un nivel de confusión entre los principios y las peculiaridades, sino que deja ver en todo su contexto y desarrollo una cierta flexibilización de sus principios más importantes.

CUARTA. La Nueva Ley Procesal del Trabajo tiene múltiples contenidos de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo (cumplimiento de prestaciones de salud, pensiones de invalidez, soluciones pensionarias a cargo del Sistema Privado de Pensiones, procesos contenciosos sobre derechos laborales y de seguridad social de los servidores del régimen laboral de la actividad pública, impugnaciones contra actuaciones inspectivas de la Autoridad Administrativa de Trabajo).

Los magistrados no solo están obligados a manejar dichas áreas de conocimiento sino a aplicar creativamente y con versatilidad y a veces al unísono, complementaria, secuencial, excluyente o divergentemente los principios del Derecho Procesal del Trabajo, el Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo, como ocurre por ejemplo con el principio de imparcialidad del Derecho Administrativo y el principio protector del Derecho Procesal del Trabajo, o con el principio de igualdad procesal del Derecho Procesal Administrativo y el principio protector del Derecho Procesal del Trabajo, que en muchas situaciones chocan o se repelen entre sí obligando al juez a tomar partido desde una perspectiva holística de los principios de su disciplina jurídica, ya que la desigualdad compen-

satoria no debe ser mediatizada. El juez no puede sustraerse a la aplicación de los principios del Derecho Procesal del Trabajo para aplicar en exclusividad los principios del Derecho Administrativo y el Derecho Procesal Administrativo.

QUINTA. Los principios del Derecho de la Seguridad Social deben ser clasificados también como principios fines o propiamente dichos y principios operacionales, advirtiéndose que la doctrina nacional no ha hecho cuestión de estado sobre este asunto. Los principios fundamentales del Derecho de la Seguridad Social son totalizantes y radicalizados en su concepción del valor-persona y valor-comunidad, mientras que los principios del Derecho Procesal del Trabajo son sectoriales y particularizados solo a quienes gozan del ámbito de protección del Derecho del Trabajo. Sin embargo, a pesar de ello, ambas gozan de mutua proximidad. Además, urge consolidar dentro del Derecho de la Seguridad Social un principio adicional, con sus propias especificidades, que subsuma o sintetice en uno solo los principios residualmente aplicables a aquel, como son el principio protector en todas sus aplicaciones, y el de irrenunciabilidad de derechos. Las colisiones entre los principios de ambas disciplinas son poco probables pero no imposibles.

SEXTA. El Derecho del Trabajo y el Derecho Procesal del Trabajo son totalmente diferentes al Derecho Arbitral, su oposición de naturaleza es indiscutible. Como éste último trata a las partes como iguales, en muchos de los casos la aplicación de sus disposiciones son incompatibles o inaceptables dentro de los marcos de aquellos. Por otro lado, el Derecho del Trabajo tiene múltiples normas de carácter indisponible, por lo que la propia Ley de Arbitraje, D.L. 1071, veda la intervención del Derecho Arbitral en materias laborales indisponibles, pudiendo probablemente algunos juristas aceptar técnicamente a regañadientes su presencia raquítica solo en materias laborales indisponibles. Por último, ante los vapuleos doctrinales (y jurisprudenciales no abordados en este trabajo por razones de espacio), la sexta disposición complementaria de la nueva Ley de Arbitraje asimiló las críticas al artículo 104 de la Ley N° 26636 y ahora acepta dicho arbitraje con dos condicionamientos (convenio arbitral aceptado al término de la relación laboral e ingreso mínimo mensual de 70 URP, que en la actualidad equivalen a S/. 25,200). Sin embargo, la presencia de dichos requisitos no salva las críticas fundadas contra dicha institución procesal, por lo que dicha norma debe ser excluida del Derecho del Trabajo.

X. BIBLIOGRAFÍA

Libros

ALZAMORA VALDEZ, MARIO. (1987). Introducción a la Ciencia del Derecho. Décima Edición. Lima, Editorial y Distribuidora de Libros SA.

ANACLETO GUERRERO, VÍCTOR. (2002). Guía de la Seguridad Social. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica SA.

CANTUARIAS SALAVERRY, FERNANDO. (1992). Seminario de Arbitraje Comercial Internacional. Materiales de Enseñanza. Lima, PUCP, Facultad de Derecho - Oficina de publicaciones para la docencia.

CASTILLO FREYRE, MARIO; VÁSQUEZ CUNZA, RICARDO, y SABROSO MINAYA, RITA. (2008). "Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables? En: (2008). Revista Actualidad Jurídica. Agosto 2008. N° 177. Lima, Gaceta Jurídica SA.

CHANGALA, RICARDO y FERNÁNDEZ, HUGO. (1988). Los conflictos colectivos y sus medios de solución en el Derecho Colectivo del Trabajo. Materiales de Enseñanza. Lima, PUCP.

DE FERRARI, FRANCISCO. (1969). Derecho del Trabajo. Tomo I. Buenos Aires.

ELÍAS MANTERO, FERNANDO. (2003). "Bases para la modificación de la Ley Procesal de Trabajo". En: (1969). Cuadernos Jurisprudenciales: "El proceso laboral". Año 3, N° 29. Noviembre del 2003. Lima.

FAJARDO CRIVILLERO, MARTÍN. (1975). Derecho de la Seguridad Social. Lima.

GUERRA CERRÓN, J. MARÍA ELENA. (2010). "Proceso contencioso administrativo: el control al poder de autotutela administrativa". En: (2010). Manual de actualización civil y procesal civil. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica SA.

HUAMÁN ESTRADA, ELMER. (2010). "La Nueva Ley Procesal del Trabajo: un cambio radical a la dinámica del actual proceso laboral". En: (2010). Revista Actualidad Jurídica. Tomo 194. Enero 2010. Lima, Gaceta Jurídica.

LIMAS VASQUEZ, ROCÍO. (2010). "Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: (2010). Revista Actualidad Jurídica. Tomo 194. Enero 2010. Lima, Gaceta Jurídica SA.

MASCARO NASCIMENTO, AMAURI. (2009). "Mitología y patología en el Derecho del Trabajo. De los principios a la realidad". En: ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL (AIDTSS). Actualidad del Derecho del Trabajo. Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis. Primera edición. Lima, Grupo Editorial Arteidea EIRL.

MATHEUS LOPEZ, JULIO CÉSAR. (2010). "La aplicación de la reconvención en el actual Derecho de Arbitraje peruano". En: (2010). Revista Actualidad Jurídica. Tomo 197. Abril 2010. Lima, Gaceta Jurídica SA.

MATHEUS LOPEZ, JULIO CÉSAR. (2008). "La impugnación de la validez del laudo arbitral por afectación de su ámbito objetivo de aplicación". En: (2008). Revista Actualidad Jurídica. Tomo 177. Agosto 2008. Lima, Gaceta Jurídica SA.

MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. (1997). Derecho Procesal Administrativo. Primera Edición. Lima, Página Blanca Editores.

MURGAS TORRAZZA, ALEJANDRO. (2009). “Mitología y patología en el Derecho del Trabajo. De los principios a la realidad”. En: ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL (AIDTSS). Actualidad del Derecho del Trabajo. Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis. Primera edición. Lima, Grupo Editorial Arteidea EIRL.

NEVES MUJICA, JAVIER. (1997). Introducción al Derecho del Trabajo. Primera Edición. Lima, Ara Editores.

NEVES MUJICA, JAVIER. (1999). “Aplicación de los principios del derecho del trabajo a la previsión social”. En: Revista Asesoría Laboral. Abril 1999. Lima.

PASCO COSMÓPOLIS; MARIO. (1997). Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo. Lima, AELE y Servicios Gráficos José Antonio EIRL.

PLÁ RODRIGUEZ, AMÉRICO. (1988). Los principios del Derecho del Trabajo. Tercera Edición actualizada. Buenos Aires, Ediciones Depalma.

PRIORI POSADA, GIOVANNI. (2006). Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Tercera Edición. Lima, Ara Editores.

RENDÓN VASQUEZ, JORGE. (2008). Derecho de la Seguridad Social. Cuarta Edición. Lima, Editora Jurídica Grijley EIRL.

RODRÍGUEZ ZAVALA, LUZMILA y VENTURA VEGA, ZAIRA. (2009). “La inembargabilidad de los bienes del Estado y su implicancia en el cumplimiento de las sentencias contencioso-administrativas de condena contra la Administración Pública en los procesos iniciados en los años 2004 y 2005 en el Distrito Judicial de La Libertad”. Tesis para obtener el Título de Abogado. Trujillo (Perú), Universidad Nacional de Trujillo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

ROMERO MONTES, FRANCISCO JAVIER. (1997). Derecho Procesal del Trabajo. Lima, Servicios Gráficos Edial EIRL.

RUBIO CORREA, MARCIAL. (1985). El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Segunda Edición corregida. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, JORGE. (2008). “El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y el régimen especial de contratación con el Estado”. En: 2008). Revista Actualidad Jurídica. Tomo 177. Agosto 2008. Lima, Gaceta Jurídica SA.

TOYAMA MIYAGUSUKU, JORGE. (2008). “Principios de la Seguridad Social”. En: SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (SPDTSS). Trabajo y Seguridad Social: Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez. Lima, Editora Jurídica Grijley.

VIDAL RAMÍREZ, FERNANDO. (2003). Manual de Derecho Arbitral. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica SA.

LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO LABORAL

Dra. Isabel Herrera Gonzales – Pratto

LLM The University of Warwick. Socia del Estudio Isabel Herrera
Abogados. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social

A mi esposo Manolito

Resumen

El principio de veracidad se mantiene en pie como uno de los principios rectores del proceso laboral. Lo contempló la Ley N° 26636 y persiste en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497. Históricamente, el proceso civil fue vinculado con el principio dispositivo y la **verdad formal** y el proceso penal con el principio inquisitivo y la **verdad material**, asociándose el proceso laboral en su forma o estructura con el proceso civil pero en sus fines o ideales con el proceso penal. Por ello, este artículo efectúa una breve investigación de cómo actúa la comprobación de la verdad en los ordenamientos procesales de orden penal y civil, a fin de esclarecer los alcances del principio de veracidad específico del proceso laboral.

Los esquemas procesales de los campos civil, penal y laboral apuntan en rigor a la **misma** verdad, diferenciándose más bien en su metodología para alcanzarla. Se puede constatar que las reformas de los ordenamientos procesales contemporáneos fueron influenciadas por el Derecho Constitucional: en el proceso penal, la prueba fue limitada reconociéndose que aunque la regulación legal sea un obstáculo para la averiguación de la verdad, no cabe en un Estado democrático de derecho perseguir aquella a cualquier precio. En el proceso civil se postuló que el juez asuma un rol más activo especialmente con iniciativas probatorias sobre los hechos para alcanzar la **verdad jurídica objetiva**.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo peruana consagra la oralidad como facilitadora de la inmediación, la celeridad y la concentración, promoviendo a su vez la igualdad, especialmente al reducir el esfuerzo probatorio del trabajador. La apuesta por la igualdad sustancial aunada a los principios anteriores, viabilizará un mayor acercamiento a la **verdad material** a la cual aspira el proceso laboral, fortaleciéndose también la actuación de los principios de veracidad y de primacía de la realidad.

Sumario

I. Introducción. II. La adquisición de la verdad. III. Los conceptos de verdad. IV. La verdad en el proceso penal. V. La verdad en el proceso civil. VI. La verdad en el proceso laboral. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia encontramos que los derechos sustantivo y procesal del trabajo consagran principios o criterios que históricamente tuvieron origen y fueron desgajados del ordenamiento civil y procesal común. Investigar ese proceso podría permitirnos apreciar mejor el funcionamiento de los mismos.

El principio de veracidad es uno de los principios esenciales del proceso laboral y, para iniciar la presente investigación sobre su alcance y sentido, nos planteamos partir del esquema del silogismo de averiguación de la verdad en el proceso en general, ya que el término veracidad inmediatamente nos remite a la idea de profesar la **verdad**. Así, el primer rubro **la adquisición de la verdad** describe la actividad jurisdiccional y su proceso cognoscitivo.

Posteriormente, pasamos a definir el concepto de verdad y las dicotomías más empleadas por la doctrina: verdad absoluta y relativa, verdad formal y verdad material. Precisadas algunas nociones elementales del concepto de verdad, en los dos ítems siguiente nos interrogamos por el rol de la verdad en los ordenamientos procesales penal y civil, tratando de encontrar su relación con los principios dispositivo e inquisitivo que durante muchos años los gobernaron y con la conducta procesal y el deber de veracidad de las partes también ligado al principio de veracidad.

Finalmente, con las herramientas aportadas por estos ordenamientos, abordamos la misma temática en el campo del proceso laboral, vale decir, el papel de la verdad en relación al proceso laboral y la funcionalidad de los principios de veracidad y de primacía de la realidad.

II. LA ADQUISICIÓN DE LA VERDAD

Lo que tipifica y distingue la actividad jurisdiccional es su carácter cognoscitivo además de prescriptivo.¹³⁷ Quiere decir, que pasa por investigar la ley aplicable pero al mismo tiempo, y con la misma autoridad o título, el juez investiga los hechos¹³⁸.

Así, en el proceso judicial, la búsqueda de la verdad supone la aplicación de la norma jurídica a los hechos litigiosos, para lo cual el juez requiere aplicar un silogismo. Este silogismo se describe de la manera siguiente: la norma jurídica es la premisa mayor, la inclusión de un caso de la vida real en el supuesto de hecho de esa norma es la premisa menor, y finalmente la conclusión es la aplicación al caso de la consecuencia jurídica prevista en la norma¹³⁹.

¹³⁷ Luigi Ferrajoli escribe el prólogo del libro de GUZMÁN, NICOLÁS. (2006), p.1.

¹³⁸ LE MASSON, JEAN-MARC. (1998), p. 29.

¹³⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. (2003), p.21.

Por ejemplo:

- “Artículo 106. Homicidio simple: el que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años” (Premisa mayor).
- Es así que “A” ha matado a “B” (Premisa menor).
- Luego, “A” debe ser castigado con la pena de prisión de seis a 20 años (Conclusión).

Se puede observar que la estructura del silogismo pertinente a la verdad judicial es diferente de aquél aplicable a la verdad científica o histórica. En primer lugar, el contenido de las premisas del silogismo, en lo que concierne a la verdad judicial, se deriva de la aplicación de una norma de derecho a los hechos litigiosos, es decir, se compone de hechos y derecho. En segundo lugar, la técnica de investigación es distinta: contrariamente a lo que ocurre con la historia o las ciencias, los actores del proceso no son completamente libres, sino que el proceso que debe conducir a la verdad judicial viene dictado por la ley, imponiendo la ley los medios para la obtención de la verdad judicial¹⁴⁰.

En cualquier caso, la realidad ofrece un panorama muy diferente al que surge del ejemplo arriba citado, porque ni la averiguación de los hechos de la realidad ni su enjuiciamiento o subsunción pueden realizarse de modo absolutamente lógico.¹⁴¹ Para empezar, es inviable la eliminación absoluta de los juicios de valor en el juez.

Además, el punto de partida de la actividad jurisdiccional es el hecho o caso (el mismo que se trata de subsumir en el supuesto de hecho de la norma). Para ello, hay que tratar de constatar las afirmaciones sobre ese hecho, tarea llena de dificultades: primero se tiene que discernir si ha sucedido realmente y, de ser así, se requiere de una reconstrucción aproximada.

Por último, el juez deberá ceñirse al procedimiento legal pertinente y a los elementos de prueba permitidos por la ley que delimitan el arbitrio judicial. Ello está expresado del modo siguiente en nuestro Código Procesal Civil:

“Artículo IX. Principios de Vinculación y de Formalidad:

Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

Las formalidades previstas en este Código son imperativas.

Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los

¹⁴⁰ LE MASSON, JEAN-MARC. (1998), p. 23.

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. (2003), p.22.

fin del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada”.

El proceso cognoscitivo de adquisición de la verdad estará, pues, interferido por los juicios de valor del juez, la comprobación de las hipótesis sobre las circunstancias de hecho, y las reglas y garantías procesales que enmarcan la actuación del juez.

III. LOS CONCEPTOS DE VERDAD

III.1. Verdad absoluta y verdad relativa

Si se considera que para hablar de verdad la correspondencia de los enunciados con el mundo real solo debe ser absoluta y a la par, se arriba a la conclusión de que la verdad solo puede ser relativa¹⁴². Pero si la verdad absoluta es inalcanzable, y esto mismo ocurre en los campos científicos más variados donde el conocimiento puede ser siempre parcial o refutado, ello solo significa que el tipo de verdad al que pretendemos arribar no es la verdad absoluta¹⁴³.

Una verdad relativa, no por ser tal, tiene que alejarse del concepto de correspondencia y puede ser obtenida válidamente, por lo tanto, la verdad sí puede ser alcanzada, quedando la verdad absoluta siempre como un ideal que puede funcionar sólo como guía¹⁴⁴. No es entonces insensato asignar el carácter de verdaderas a las proposiciones cuando se verifica su relación de correspondencia entre ellas y la realidad objetiva¹⁴⁵.

Y por lo mismo que reconocemos que la verdad absoluta es inalcanzable, los fundamentos y métodos del modelo procesal deberán ser más estrictos para acercarnos en la mayor medida posible a la aquélla.¹⁴⁶ Por lo tanto, el modelo procesal que ha de surgir de este punto de partida o tipo de verdad no es débil, sino todo lo contrario, riguroso y exigente.

III.2. Verdad formal y verdad material

Aunque la dicotomía verdad formal y verdad material suele ser muchas veces criticada, sigue siendo referente obligatorio, primero por

¹⁴² GUZMÁN, NICOLÁS. (2006), pp. 20-21.

¹⁴³ Loc.cit.

¹⁴⁴ Loc.cit.

¹⁴⁵ Ibid, p.21

¹⁴⁶ Ibid, p.22

haber surgido históricamente para asignar un tipo de verdad al proceso civil (verdad formal) y otra al proceso penal (verdad material, histórica o real), y segundo, porque pese a considerarse por varios autores superada, sigue siendo utilizada ampliamente por la doctrina científica.

La crítica a la dicotomía es que la verdad es una sola, no hay una verdad formal y otra verdad material, sino que la verdad es la misma, y en el campo penal y civil no existiría un concepto diferente de verdad, sino que más bien por uno u otro tipo de proceso o metodología se llega al conocimiento de la verdad de diverso modo¹⁴⁷.

El proceso penal se diseñó bajo la premisa de lograr la verdad material, histórica, objetiva o real, creyéndose posible el pretender alcanzarla en alto grado de probabilidad; al mismo tiempo, se consideraba imposible renunciar a ese conocimiento¹⁴⁸.

Mientras tanto, el proceso civil identificó tradicionalmente la palabra verdad con la solución pacífica del conflicto. En el proceso civil, el juez ha estado históricamente vinculado con las afirmaciones y la disposición de pruebas que efectúan las partes; incluso las partes pueden disponer del derecho mismo mientras que el juez no ha venido cumpliendo mayormente un rol investigativo, sino que básicamente se reserva la verificación de la veracidad de los hechos que le son expuestos. A este esquema de proceso civil se le adscribe el concepto de verdad formal.

IV. LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL

IV.1. Límites del juez penal en la búsqueda de la verdad

Para Francisco Muñoz Conde, la búsqueda de la verdad material sigue y seguirá siendo el objetivo principal del proceso penal, en tanto se trata de hechos de fácil constatación empírica, por ejemplo la causa de la muerte de una persona que recibió dos tiros, uno en la frente y otro en la nuca¹⁴⁹. El verdadero problema en un proceso penal, explica dicho autor, no es la causa de la muerte sino si ésta se produjo intencional o imprudentemente, en legítima defensa o porque se le disparó inadvertidamente una escopeta de caza.

El Juez Penal tiene que determinar los hechos “con ayuda de criterios que ya no derivan de datos empíricos o inequívocos”, sino de otros

¹⁴⁷ Ibid, p.31

¹⁴⁸ Loc.cit.

¹⁴⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. (2003), p. 107.

“imprecisos y proclives a valoraciones diversas”, llamados “indicadores” como la naturaleza del arma empleada, el número y dirección de las heridas, la existencia de amenazas previas, y sólo a partir de estos datos puede “atribuir” una intención que de otro modo sería imposible de constatación y prueba¹⁵⁰. Otro ejemplo se da con la valoración de la credibilidad de un testigo, que admite discrepancias. La valoración será en última instancia, resultado de la experiencia, del conocimiento psicológico, de factores personales y profesionales, de la corroboración de las declaraciones por otras fuentes, etc.

Por otro lado, en el proceso penal, la búsqueda de la verdad está limitada por el respeto a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce. El proceso penal acusatorio del Estado de Derecho implica una práctica limitada de la prueba. Por ejemplo, están impedidas de testificar determinadas personas que tienen una relación de parentesco con el acusado (padres, cónyuge)¹⁵¹, se prohíbe la valoración de la prueba ilegalmente obtenida, la averiguación de la verdad mediante torturas o malos tratos, la intervención telefónica sin permiso del juez, etc.¹⁵² En consecuencia, sólo en base a las pruebas lícitas practicadas con las garantías legales y constitucionales puede el juez determinar los hechos a los que luego debe aplicar la ley penal.

Los criterios de la legitimidad de la prueba están recogidos en el artículo VIII del Nuevo Código Procesal Penal:

“Artículo VIII.- Legitimidad de la prueba:

1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.

¹⁵⁰ Ibid, p. 110.

¹⁵¹ Conforme al artículo IX inciso 2 del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, nadie puede ser obligado a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

¹⁵² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. (2003), pp. 45-46.

IV.2. Papel de la verdad en el proceso penal

Ante ello, la afirmación de que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material, debe ser relativizada, ya que en el Estado de Derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda cosa o a cualquier precio. El objeto del proceso penal es así la obtención de la verdad sólo y si se emplean para ello medios legalmente reconocidos, lo que permite hablar de una verdad forense que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha.

El proceso penal de un Estado de Derecho debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, entendiendo la verdad misma no como la verdad absoluta sino “como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e inter subjetivamente puede darse como probado”¹⁵³. “La verdad ya no es un fin en sí mismo”, apunta en igual sentido Nicolás Guzmán, sino que “representa solamente una condición necesaria para la aplicación de una condena”¹⁵⁴.

V. LA VERDAD EN EL PROCESO CIVIL

V.1 Principio dispositivo y verdad jurídica objetiva

El proceso civil ha sido concebido principalmente “como un instrumento de pacificación social, dirigido a resolver el conflicto surgido entre las partes”¹⁵⁵. Es desde esta perspectiva que el proceso civil alcanza su meta cuando ha **sedado** el conflicto en base a cánones legales¹⁵⁶ y mediante una sentencia justa que soluciona la controversia.

El proceso civil reposa sobre el principio dispositivo -expresión del reconocimiento al interior del proceso de la autonomía de la voluntad de las partes- y ligado a él se encuentra el principio de imparcialidad del juez, teniendo las partes la potestad de delimitar la materia litigiosa que someten al juez. El juez está limitado por los hechos que las partes aportan al proceso y no puede añadir pretensiones distintas de las demandadas. Asimismo, acorde al proceso civil, la parte que afirma un hecho tiene la carga de probarlo. Ello explica que los jueces han rehusado normalmente a comprometerse sobre la cuestión de la verdad histórica, siendo relativamente indiferente la verdad de los hechos, apoyándose por lo tanto el proceso en una verdad formal.

¹⁵³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. (2003), p. 117.

¹⁵⁴ GUZMÁN, NICOLÁS. (2006), p.37.

¹⁵⁵ LOMBARDO, LUIGI, citado por GUZMÁN, NICOLÁS. (2006), p.33.

¹⁵⁶ Ibid, p. 34.

Por mucho tiempo, ciertos aforismos representaron la sola vinculación entre proceso civil y verdad: *res judicata pro veritate accipitur* (la cosa juzgada deber ser admitida como verdad), *o quod non est in actis non est in mundos* (lo que no existe en actas no existe en el mundo). En el derecho francés recién en 1972 se produce una reforma del procedimiento civil para otorgar al juez amplias iniciativas en materia de prueba, antes reservada a la aportación de las partes.

Como “ninguna decisión es justa si está fundada en una apreciación errada de los hechos”¹⁵⁷, surgió el concepto “verdad jurídica objetiva” para buscar superar la distinción entre **verdad formal** y **verdad material**, poniéndose de relieve que el proceso civil no es únicamente un conjunto de reglas probatorias, ficciones y presunciones¹⁵⁸. Como indica Paúl Paredes, lo que ocurre en el proceso es una convicción judicial, siendo la convicción del juez una certeza objetiva basada en hechos y en el derecho.

El proceso está encaminado a la búsqueda de la **verdad jurídica objetiva** (aquellos hechos relevantes o decisivos para la justa solución de la causa) pero también de la **verdad misma**, estando vedado al juez apartarse de los hechos y del derecho que sean relevantes o esenciales para la justa solución del caso concreto¹⁵⁹.

Así, los procesos civiles contemporáneos otorgan al juez el poder de intervenir activamente en el proceso. Sin embargo, muchas veces los jueces civiles permanecen afincados en los criterios ancestrales sobre la verdad judicial relativa.

V.2. El deber de veracidad de las partes

El artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil recoge el principio dispositivo en su manifestación de la iniciativa de parte para dar inicio al proceso, así como también el deber de veracidad de las partes, del modo siguiente:

“Artículo IV.- Principios de Iniciativa de Parte y de Conducta Procesal:

El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

¹⁵⁷ Observación de Jerome Frank citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, REYNALDO. (2001), p. 54.

¹⁵⁸ Ibid, pp. 53-54.

¹⁵⁹ Ibid, p. 55.

Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria”.

De ello surge que el deber de veracidad comprende¹⁶⁰, cuanto menos:

- Afirmar los hechos verazmente, evitando toda falsedad, invento o desfiguración.
- Reconocer los hechos afirmados por la parte contraria que le consten, y dar explicaciones de su desconocimiento cuando debieran constarle.
- Brindar toda la información que se le requiera, o suministrar los medios para obtenerla.
- Individualizar y aportar todas las pruebas que obren en su poder.

Esta norma prescribe una conducta procesal de buena fe de las partes. Tanto la temeridad como la malicia pueden ser sancionadas por el juez. La temeridad consiste en una conducta ilícita de la parte “que deduce pretensiones o defensas cuya falta de fundamento no puede ignorar, configurando la conciencia de la propia sinrazón”¹⁶¹. La malicia “es la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el curso normal del proceso y retardar su decisión”¹⁶².

Como señala Paúl Paredes¹⁶³, el principio de veracidad de la prueba implica que en el proceso está proscrita la mentira, el engaño, la deformación y el ocultamiento de la realidad, así como la simulación a través de los medios de prueba, pudiendo la infracción ser pasible de sanciones diversas (civiles, penales); pero además, acorde al Código Procesal Civil, hay una consecuencia procesal específica en materia de prueba, derivada de esta inconducta:

“Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes:

El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en

¹⁶⁰ LAPENTA, VÍCTOR y ABIDIN, CATALINA. (2006), p. 5.

¹⁶¹ LAPENTA, VÍCTOR y ABIDIN, CATALINA. (2006), p. 5.

¹⁶² Loc. cit.

¹⁶³ PAREDES, PAUL. (1997), p.144.

el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas”.

V.3. El juez y su contribución con los hechos

Sobre la cuestión de la relación entre el juez y los hechos, Le Masson nos hace ver que muchas veces el juez debe resolver una cuestión puramente jurídica de responsabilidad, fundada en hechos históricos que le corresponde determinar, por lo tanto, dicho autor concluye que afirmar que el juez no se puede pronunciar sobre aquellos importaría un “singular abandono” de su tarea.

¿Puede un juez estar “cómodo” para pronunciarse sobre la realidad de un vicio de construcción?, se pregunta Le Masson. Para esclarecerlo, prosigue, no tendrá otra opción que ordenar una pericia, pero así como no le reclamamos al juez que sea un apasionado de la historia ni un especialista en construcción, tampoco podemos comprender por qué, en la cumbre de un problema de naturaleza histórica, el juez no puede diligenciar una medida susceptible de reconstruir la historia, tal y como lo haría en otros dominios¹⁶⁴.

Actualmente, y posiblemente aún más en la teoría que en la práctica, el juez puede contribuir en gran medida a la búsqueda de pruebas. El juez tiene por límite que no puede suplir la carencia probatoria de una de las partes, que es la abstención de una de ellas de aportar a la justicia pruebas de un hecho que estaría en capacidad de demostrar¹⁶⁵. Con ello, el juez tendría casi siempre la libertad de acción al pronunciar una medida de instrucción cuando una de las partes no puede proporcionar los elementos de prueba necesarios¹⁶⁶.

El juez no puede tomar iniciativas para apoyar a una de las partes, sin embargo, esta limitación admite matices o excepciones. En efecto, como una manera de remediar la desigualdad de las partes en litigio nace el principio de socialización del proceso recogido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil que prescribe lo siguiente: “Artículo VI.- Principio de Socialización del Proceso: El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso”.

¹⁶⁴ LE MASSON, JEAN-MARC. (1998), p. 28.

¹⁶⁵ Ibid, p. 27.

¹⁶⁶ Loc. cit.

V.4 Las partes y su iniciativa sobre el derecho

Siendo la verdad judicial una decisión de justicia que aplica la correcta calificación jurídica a los hechos comprobados, la doctrina se pregunta si son las partes o si es el juez quien tiene a su cargo encontrar la regla de derecho aplicable.

Generalmente se viene afirmando que es el juez quien tiene el poder de investigar la norma jurídica aplicable, al punto que si el demandante ha propuesto un fundamento jurídico incorrecto, el juez puede modificarlo sujeto a la condición de respetar el principio de contradicción y de no alterar el objeto en litigio así como los hechos, por lo que el juez dispone de una enorme influencia sobre el elemento **derecho** en el proceso, conforme expresa el aforismo *iura novit curia*.

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil Peruano, reconociendo que el juez puede aplicar el derecho pertinente al proceso aunque no haya sido invocado o lo hubiere sido erróneamente, a su vez, señala que el juez “no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

Sin embargo, la jurisprudencia francesa se orienta actualmente de un modo algo diferente¹⁶⁷. Específicamente, advierte que no se trata únicamente de la facultad de cambiar los fundamentos jurídicos de la demanda. En la práctica, la imbricación de los elementos que integran la materia litigiosa hace muy delicada la delimitación exacta de qué es derecho y qué no lo es. La pretensión en un proceso es dual: abarca los hechos y la calificación jurídica de los hechos. La realidad no puede ser mutilada, pretendiendo reducir la pretensión sólo a la cosa asilada del derecho.

De la misma forma que los hechos son inseparables de su prueba, la calificación jurídica es indisociable de los hechos, pues una pretensión no está jurídicamente fundamentada si no puede reclamar una regla de derecho y si los hechos de la especie no satisfacen las condiciones de la aplicación de aquella norma. La diferencia entre hechos y derecho es inoperante, incapaz de servir de base a una verdadera repartición de tareas procesales entre el juez y las partes. El derecho pertenece entonces a todos, y las partes pueden, igual que como ocurre para con los hechos, quitarle toda iniciativa al juez¹⁶⁸.

¹⁶⁷ LE MASSON, JEAN-MARC. (1998), p. 30.

¹⁶⁸ Ibid, pp. 31-32.

Es así que tal como se acotó en el rubro anterior, posiblemente el juez comience a acercarse más a la realidad de los hechos que a las reglas de derecho, aproximándose al historiador, y no exista tanto abismo entre verdad judicial y verdad histórica¹⁶⁹.

VI. LA VERDAD EN EL PROCESO LABORAL

VI.1. Verdad y proceso laboral

En el proceso laboral rige un principio dispositivo “atemperado” (Palomeque)¹⁷⁰, aunque para algunos “predomina el principio inquisitivo del juez, emulando al juez penal, con la finalidad de procurar obtener la **verdad real**” (Baylos)¹⁷¹. Sus características lo aproximan por lo tanto al juez penal, pues en el proceso laboral los jueces están comprometidos en el descubrimiento de la relación “jurídico material debatida”¹⁷², diferenciándose por sus respectivos fines.

El proceso laboral surgió a inicios del siglo XX para garantizar las normas del naciente Derecho del Trabajo, para lo cual se requería un proceso que contemplase menores gastos judiciales, mayor sencillez para la defensa del trabajador, rapidez y celeridad en los actos procesales y una intervención del juez en la búsqueda de la “verdad material”¹⁷³.

En la Nueva Ley Procesal del Trabajo se reconoce como principio esencial la oralidad, que a su vez, comenta Vinatea, activa los otros principios, en tanto

“... no es posible entender la inmediación (cercanía del juez con las partes) sin oralidad y no es posible entender la inmediación sin la concentración, que no es otra cosa que centralizar en etapas específicas las actuaciones más importantes del proceso. De modo que se debe hacer uso de la oralidad y la inmediación como herramientas de percepción de los hechos, pruebas y materias sobre las que el juez se debe pronunciar”¹⁷⁴.

Pero no sólo propugna la agilidad del esquema procesal sino que la Nueva Ley Procesal del Trabajo también promueve la igualdad sustancial,

¹⁶⁹ Ibid, pp. 24 y 32.

¹⁷⁰ PALOMEQUE, MANUEL CARLOS. (2001), p.1155.

¹⁷¹ BAYLOS, ANTONIO. (1994), p. 114.

¹⁷² PALOMEQUE, MANUEL CARLOS. (2001), p. 1156.

¹⁷³ Ibid, p. 1142.

¹⁷⁴ VINATEA RECOBA, LUIS; ARÉVALO VELA, JAVIER e YRIVARREN FALLAQUE, EDUARDO. (2010), p. 61.

particularmente a través de normas que reducen la carga probatoria del trabajador. A través de este marco, el principio de veracidad y la verdad material tendrán mayor vigencia.

VI.2. La función reequilibradora

El proceso laboral aspira a ser “instrumento para la promoción, propulsión y actuación del Derecho del Trabajo”¹⁷⁵ y “garantía de efectividad” de los derechos materiales reconocidos por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social¹⁷⁶.

Para la doctrina española, el proceso del trabajo contiene un principio de igualdad formal, incluye el impulso de parte y el principio dispositivo; pero éste último sufre “correcciones” a través de la aplicación de un principio tuitivo de la parte más débil como eje de articulación del proceso, esto es la “acción compensatoria” del juez, que cobra mayor protagonismo¹⁷⁷.

Se suele afirmar que el carácter “compensador” de la legislación laboral se traslada a lo procesal, y ello se expresa en que el juez asume mayor poder en la dirección del proceso, especialmente en materia de prueba¹⁷⁸. Como afirma Baylos, la tensión existente entre las igualdades formal y sustancial es resuelta mediante la afirmación de la función directiva del juez como garante de la igualdad, teniendo el juez el deber y la facultad de asegurar de manera activa, el equilibrio real en las posibilidades de alegación y defensa de las partes, y debiendo éstas adecuar sus conductas a los deberes de celeridad y buena fe¹⁷⁹.

El artículo III del Título Preliminar de la nueva Ley Procesal del Trabajo prescribe que los jueces deben evitar que la desigualdad afecte el desarrollo o resultado del proceso, privilegiando el fondo sobre la forma, debiendo acentuar éste y otros deberes que menciona frente a la parte más débil –la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad–.

VI.3. Reducción probatoria a favor del trabajador

Sobre la base del mayor poder del empresario sobre la prueba y por

¹⁷⁵ Miguel Rodríguez Piñero citado por SAGARDOY BENGOCHEA, JUAN.

¹⁷⁶ Valdez del Ré, citado por SAGARDOY BENGOCHEA, JUAN. Op.cit.

¹⁷⁷ BAYLOS, ANTONIO. (1994), p. 113.

¹⁷⁸ Ibid, p. 114.

¹⁷⁹ Ibid, p. 118.

su acusada proximidad sobre las fuentes probatorias, el proceso laboral invierte la carga de la prueba, o bien aligera la carga probatoria al trabajador.

El artículo 23 inciso 1 de la nueva Ley Procesal del Trabajo comienza con la clásica regla general “la parte que afirma un hecho que configura su pretensión debe probarlo”. Vale decir, que la carga de la prueba pesa siempre sobre la parte demandante, ya que es ella la que busca sustentar su caso con sus afirmaciones sobre los hechos. No obstante, el propio artículo citado sale al encuentro de tan consabida regla, indicando paralelamente que “el que contradice la demanda” (o “los hechos” según reza el artículo citado) soporta el *onus probandi* si por la contradicción, alega hechos nuevos.

Pero si se tiene en cuenta que acorde al artículo 19 del mismo cuerpo legal el empleador está –como dice Pasco Lizárraga- prácticamente obligado a manifestarse, vale decir, debe afirmar hechos, y además probar estos dichos¹⁸⁰, de ello se colige que el *onus probandi* no incumbe sólo ni principalmente a la parte demandante. La contestación implica la necesidad de determinar los hechos que se niegan o se admiten, al ser una contestación “determinativa” o “circunstanciada”¹⁸¹, debiendo exponerse los motivos de rechazo. A continuación se transcriben los artículos comentados:

“Artículo 19.- Requisitos de la contestación:

(...) Si el demandado no niega expresamente los hechos expuestos en la demanda, estos son considerados admitidos”.

“Artículo 23.- Carga de la prueba:

La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

Una segunda e importante novedad en relación al tema probatorio es la presunción de laboralidad del artículo 23º inciso 2 de la citada ley. La norma prescribe que acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario. Así se prevé en beneficio del trabajador, siendo la presunción *iuris tantum*. Por lo tanto, es el empleador quien deberá demostrar la inexistencia de relación laboral o de una relación sujeta a modalidad, desvirtuando la presunción.

¹⁸⁰ PASCO LIZÁRRAGA, MARIO. (2010), p. 67.

¹⁸¹ MARÍN BOSCAN, FRANCISCO JAVIER. (2006), p.5.

En tercer lugar, el artículo 23, inciso 4, literales a) y c), considera que es carga del empleador demostrar el estado del vínculo laboral y la causa del despido; lo mismo que el pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo, su extinción o inexigibilidad.

Por último, se puede mencionar que a tenor del artículo 23, inciso 4, literal b) y artículo 23, inciso 5, en el nuevo proceso laboral han merecido especial atención las causas donde se ventilan situaciones de discriminación, tutela de libertad sindical y otras situaciones lesivas de derechos fundamentales. El hecho lesivo alegado habría de referirse a derechos fundamentales conculcados, pues es en esta materia que el derecho comparado denuncia el difícil escenario probatorio que el trabajador debe enfrentar.

Como expresa José Luis Ugarte¹⁸²:

“Las razones de la rebaja en el esfuerzo probatorio son básicamente dos: Por una parte, el carácter manifiestamente hundido de las conductas lesivas de derechos fundamentales, las que se suelen encubrir en conductas aparentemente lícitas y no lesivas, lo que hace sino imposible, muy difícil la acreditación del móvil o de la finalidad discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales. Como se ha destacado en la doctrina comparada, dichas conductas ‘nunca se presentarán como tales, salvo supuesto extremos, sino enmascaradas y ocultas’.

Por otro lado, el entorno probatorio hostil que enfrenta el trabajador que demanda tutela de sus derechos fundamentales”.

Para el acceso a esta reducción probatoria para el trabajador, vale decir, para que el denunciante pueda aprovechar esta ventaja procesal “le corresponde acreditar la existencia de indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales protegidos por el procedimiento”¹⁸³.

Siguiendo al mismo autor, es oportuno precisar que esta regla no corresponde en sentido estricto a una regla de la etapa probatoria sino a una regla de juicio; vale decir, que opera cuando el juez, al momento de dictar la sentencia, debe resolver quién debe soportar el costo del hecho que en el proceso no ha quedado plenamente acreditado, pero

¹⁸² UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. (2009), pp. 215-228.

¹⁸³ Loc. cit.

de cuya ocurrencia, por la presencia de indicios al respecto, se guarda razonable duda. Actúa, por lo tanto, en la etapa de la construcción de la sentencia por parte del juez, esto es, en el de la decisión judicial del fondo del asunto¹⁸⁴.

Son muchas las manifestaciones de tutela en el proceso laboral, baste mencionar la gratuidad, la representatividad de los sindicatos, la institución de la demanda de liquidación de derechos individuales, la ejecución de las sentencias de segunda instancia de ser favorable al trabajador aunque la demandada hubiere recurrido en casación, entre numerosas expresiones de la igualdad sustancial incluidas en la nueva ley como la presencia de las presunciones del artículo 23 arriba comentadas y de aquellas que surgen de la infracción de la buena fe procesal del artículo 27 del mismo cuerpo legal que se transcribe:

“Artículo 27.- Presunciones legales derivadas de la conducta de las partes:

El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso. Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada por una de las partes.

Entre otras circunstancias, se entiende que se obstaculiza la actuación probatoria cuando no se cumple con las exhibiciones ordenadas, se niega la existencia de documentación propia de su actividad jurídica o económica, se impide o niega el acceso al juez, los peritos o los comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre, se niega a declarar, o responde evasivamente.”

VI.4. Proceso y principio de primacía de la realidad

Ahora bien, el campo por excelencia para la aplicación del principio de primacía de la realidad es el ámbito judicial. Como explica Javier Neves, cuando existe un ocultamiento de la vulneración de la ley, y se califica a una situación o relación jurídica de un modo que no guarda conformidad con su naturaleza, esto es, una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede¹⁸⁵, el derecho prefiere la realidad por encima de los documentos

¹⁸⁴ UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. (2009), pp. 215-228.

¹⁸⁵ NEVES MUJICA, JAVIER. (2003).

o acuerdos que pretenden ocultarla o distorsionarla. Es ahí donde el juez debe hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia, y considerar el acto de encubrimiento como inválido. Ahora bien, en la práctica este principio cristaliza su actuación tras el acto de valoración de pruebas que efectúa el juez en su sentencia; esto no quiere decir que el principio de primacía de la realidad esté ausente del proceso, es más bien encumbrado en éste¹⁸⁶.

Ciertamente también la Administración del Trabajo puede efectuar aplicación de este principio, precisando Fernando García que es conatural a la inspección la facultad de aplicar la ley a hechos constatados por lo que incluso no requiere de recepción normativa expresa. La actuación de la Administración supone en todo momento la verificación de los hechos y su comparación con la obligación contenida en la ley¹⁸⁷. Actualmente el principio de primacía de la realidad está consagrado en nuestra ley de inspección del trabajo pero su aplicación está extendida en otros ámbitos (Administración Tributaria, IN-DECOPI, procesos de amparo).

Buena parte de nuestra doctrina y jurisprudencia identifica el principio de primacía de la realidad con el principio de veracidad¹⁸⁸. Históricamente el principio de veracidad es un verdadero principio procesal vinculado con el deber de las partes litigantes en el proceso civil, habiendo formado parte de los principios generales del proceso civil aún cuando ligado a la sinceridad de la prueba aportada por las partes, al punto que un autor recuerda que las **Siete Partidas** regulaban el deber de veracidad de las manifestaciones fácticas sirviendo para regular los costos¹⁸⁹. De esta misma manera, vale decir, asociado a la buena fe procesal y a los deberes de lealtad y rectitud de los litigantes, está recogido en el artículo IV del Título Preliminar de Código Procesal Civil como vimos anteriormente.

En cambio, en la nueva Ley Procesal del Trabajo el principio de veracidad aparece como un principio del proceso laboral en sí mismo, está ubicado en el primer artículo del Título Preliminar, y ello es sin perjuicio de adoptar presunciones en relación a la mala conducta procesal de alguna de las partes según su artículo 27 antes transcrito.

¹⁸⁶ PAREDES, PAUL. (1997), p. 68 puntualiza que el principio de primacía de la realidad en el plano procesal es “desplazado” o en todo caso “incorporado por el instituto de la prueba”; no obstante, parecería válido afirmar que dicho principio es honrado o aplicado especialmente en el proceso laboral.

¹⁸⁷ GARCÍA GRANARA, FERNANDO. (2009), p. 565.

¹⁸⁸ VINATEA RECOBA, LUIS; ARÉVALO VELA, JAVIER e YRIVARREN FALLAQUE, EDUARDO. (2010), p. 65.

¹⁸⁹ PICÓ I JUNOY, JOAN.

La Ley Nº 26636 también acogió al principio de veracidad como principio del proceso. Siendo un principio “verdadero” y “general” del proceso civil a decir de Joan Picó i Junoy, también lo sería de nuestro proceso laboral; sin embargo, éste último asigna al principio un rol protagónico y esencial, no se refiere sólo a la buena fe procesal de los litigantes sino que, como dice Sarthou citado por Mario Pasco Cosmópolis, se refiere a la “materialidad de la verdad”¹⁹⁰, es decir, que el proceso laboral sea un “proceso-verdad”¹⁹¹. Mientras tanto, el principio de primacía de la realidad quedaría sobre todo asociado a las situaciones en que la forma cede ante los hechos, vale decir, a los casos de simulación u ocultamiento de la realidad develados en los procesos judiciales.

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA. El proceso de adquisición de la verdad propio de la actividad jurisdiccional puede describirse como un silogismo, cuyo contenido –hechos y derecho– así como su método –la vinculación del juez a la ley– para encontrar la verdad, la distinguen de otros dominios como la historia o las ciencias.

SEGUNDA. El esquema histórico de proceso civil donde prevalecían los ritos y formalidades para determinar la verdad de los hechos, permitió vincularlo con el concepto de **verdad formal**. En cambio, el proceso penal fue emparentado con la noción de **verdad material** al reputarse irrenunciable la búsqueda de la misma, siendo a partir del desarrollo e influencia del derecho constitucional que la actividad investigadora del juez quedó limitada por las diversas garantías procesales. Los ordenamientos procesales civiles contemporáneos combaten la concepción de la **verdad formal**, ungiendo al juez con amplios poderes como director del proceso y con mayor iniciativa en materia de prueba.

Sin embargo, en ningún modo el juez civil puede ordenar una prueba para suplir la carencia probatoria de una de las partes. Tras estos cambios, la doctrina plantea otra categoría: la verdad **jurídica objetiva**. Últimamente se viene reclamando la mayor vigencia de la iniciativa de parte en torno al derecho aplicable (pues si los hechos son indeliberables de la prueba tampoco pueden aislarse de su calificación jurídica); por lo que inversamente, será posible que el juez continúe acercándose más a la averiguación de los hechos.

¹⁹⁰ Sarthou, citado por PASCO COSMÓPOLIS, MARIO. (1997), p. 40.

¹⁹¹ Sarthou, citado por PASCO COSMÓPOLIS, MARIO.

TERCERA. Así como el derecho procesal común contempla el principio de socialización del proceso como remedio de la desigualdad de las partes presentes en un proceso, el derecho procesal laboral protege especialmente los intereses de la parte más débil según el artículo III del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ante las dificultades probatorias del trabajador y el normal dominio de la prueba por el empleador, la nueva ley habilita diversas presunciones a favor del trabajador, reduciendo también el esfuerzo probatorio del mismo.

CUARTA. La búsqueda de la “verdad material” única y auténtica es como afirma Mario Pasco un desideratum de todo proceso, incluido el proceso laboral, y la verdad que fluye del proceso es inevitablemente relativa, siendo un tipo de verdad distinta de la absoluta pero válida, y las proposiciones al interior del proceso pueden ser admitidas como “verdaderas”. La consciencia del límite del conocimiento humano no hará sino hacer más riguroso y exigente el método para la obtención de esa verdad.

En el proceso civil el principio de veracidad se vincula esencialmente con la probidad y el lícito ejercicio del derecho de probar de los litigantes, por ello casi puede adjetivarse principio de veracidad de la prueba; en cambio, en el ordenamiento procesal laboral aquel es un principio fundamental, porque parafraseando a Plá y con la expresión de Sarthou, el proceso del trabajo es un “proceso-verdad”. El principio de primacía de la realidad se manifiesta vivamente en el proceso laboral en el momento en que el juez efectúa la valoración de las pruebas y concede preferencia a los hechos sobre las formalidades o apariencias que denotan los documentos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Libros

BUSTAMANTE ALARCÓN, REYNALDO. (2001). El derecho a probar. Lima, Ara Editores.

GARCÍA GRANARA, FERNANDO. (2009). “La primacía de la realidad y la inspección del trabajo”. En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano – Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Segunda Edición. Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) - Grijley.

GUZMÁN, NICOLÁS. (2006). La verdad en el proceso penal. Buenos Aires, Editores del Puerto.

LE MASSON, JEAN-MARC. (1998). “La recherche de la vérité dans le procès civil”. En: (1998). Droit et Société. N° 38.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. (2003). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Buenos Aires, Hammurabi.

- NEVES MUJICA, JAVIER. (2003).** Introducción al Derecho del Trabajo. Lima, Fondo Editorial PUCP.
- PALOMEQUE, MANUEL CARLOS. (2001).** Derecho del Trabajo. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- PAREDES, PAUL. (1997).** Prueba y Presunciones en el Proceso Laboral. Lima, ARA Editores.
- PASCO COSMÓPOLIS, MARIO. (1997).** Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo. Lima, AELE.
- PASCO LIZÁRRAGA, MARIO. (2010).** “La carga de la prueba y las presunciones en la nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: (2010). Revista Soluciones Laborales. Año 3. N° 27. Marzo del 2010. Lima, Gaceta Jurídica.
- VINATEA RECOBA, LUIS; ARÉVALO VELA, JAVIER e YRIVARREN FALLAQUE, EDUARDO. (2010).** “Entrevistas sobre la nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: (2010). Revista Soluciones Laborales. N° 3. Año 25. Enero del 2010. Lima, Gaceta Jurídica.

Internet

- BAYLOS, ANTONIO. (1994).** “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”. En: Revista Derecho y Constitución. N° 4. Septiembre-diciembre de 1994. Versión electrónica en: http://www.cepc.es/rap/Resultados.aspx?IDS=jymuyprjzxtle145zn5uoo45_905575
- LAPENTA, VÍCTOR y ABIDIN, CATALINA.** “El deber de veracidad de la Administración Pública y el proceso contencioso-administrativo”. Ponencia presentada en el III Congreso Bonaerense de Derecho Administrativo. 01 y 02 de diciembre del 2006. Mar del Plata. En: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/949/779>
- MARÍN BOSCÁN, FRANCISCO JAVIER. (2006).** “De la prueba en el nuevo procedimiento laboral en Venezuela”. En: Revista Internauta de Práctica Jurídica. N° 17. Enero-junio del 2006. Versión electrónica en: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num17/num17
- PICÓ I JUNOY, JOAN.** “El principio de la buena fe procesal”. En: Justicia y Derecho. Versión electrónica. En: <http://www.justiciayderecho.org/revista4/articulos/>
- SAGARDOY BENGOCHEA, JUAN.** “El proceso laboral: principios informadores”. Versión electrónica. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/47.pdf>
- UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. (2009).** “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° XXXIII. Segundo semestre del 2009. Valparaíso (Chile). Versión electrónica. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000200005&script=sci_arttext

LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO Y LA ACCIÓN DE AMPARO EN MATERIA LABORAL

Dr. Paúl Paredes Palacios

Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la PUCP, Profesor en las universidades ESAN, PUCP, UPC y USMP.

Miembro de las comisiones redactora y revisora de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Resumen

El propósito de este documento es estudiar la regla de residualidad del amparo a partir de la vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo a fin de analizar si, con su vigencia -progresiva, a partir del 15 de julio del 2010- las acciones devendrán o no en improcedentes. El estudio concluye que no por dos razones fundamentales: primera, porque la Nueva Ley Procesal del Trabajo no ha incluido ningún proceso ad hoc para la tutela de derechos fundamentales y; segunda, consecuentemente, el proceso ordinario regulado en ella –incluido el proceso abreviado- no cambian la lógica de tener simplemente una vía procedimental que no la hace per se igualmente satisfactoria al amparo. En consecuencia, la vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo no debería significar un cambio en los criterios de procedencia/improcedencia determinados, con carácter vinculante, en la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 206-2005-PA/TC.

Sumario

I. Introducción. II. Ámbito de la justicia laboral materia de estudio. III. La residualidad del proceso de amparo. IV. La vía procedimental específica igualmente satisfactoria. V. La regla de residualidad del proceso de amparo no es una herramienta procesal adecuada para la protección de los derechos constitucionales del ciudadano. VI. La represión como justificación de la residualidad del proceso de amparo. VII. La residualidad en la justicia laboral constitucional: delimitación de la justicia laboral constitucional y la justicia laboral ordinaria conforme al precedente vinculante dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 206-2005-PA/TC. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía. X. Bibliografía Complementaria.

I. INTRODUCCIÓN

El origen de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la Ley N° 29497, se remonta al 07 de febrero del 2008. En esa fecha el entonces ministro

Mario Pasco Cosmópolis constituyó un grupo de trabajo¹⁹³ al cual encargó elaborar un anteproyecto de nueva ley procesal que girase en torno a dos ejes: la oralidad y el uso intensivo de la tecnología. Los siguientes ministros, Jorge Villasante Aranibar y Manuela García Cochagne, apoyaron la idea y finalmente el Congreso, por unanimidad, aprobó la ley que, casi en su integridad¹⁹⁴, correspondió al inicial trabajo plasmado en el anteproyecto.

El grupo cumplió el encargo y presentó un anteproyecto de ley en el cual la audiencia pasó a tener el peso gravitante como método de conocimiento y de resolución de los conflictos. La idea que animó el diseño procedimental fue que la audiencia se constituye en el momento estar del proceso en tanto reúne al juez, las partes, sus abogados y todo el material probatorio: todo y todos juntos a la vez a fin de permitir el cabal conocimiento de la causa y la resolución inmediata del conflicto. Junto con esto se reguló la notificación electrónica, la base de datos de jurisprudencia, la implementación de un sistema de cálculo de beneficios sociales, la remisión de información de las planillas electrónicas y la posibilidad del expediente electrónico.

Pero el anteproyecto de ley no sólo giró en torno a la oralidad y el uso intensivo de la tecnología sino que, sobre todo, se fundó en la idea -del Estado Constitucional de Derecho- de acceso a la justicia. La idea, entonces, no era solo cómo diseñar un proceso laboral que permita una justicia más rápida y mejor hecha, sino cómo diseñar un proceso laboral que permita a más trabajadores, a más ciudadanos, acceder a sus derechos. La preocupación central fue cómo hacer para que los trabajadores, formales e informales, accedan al sistema jurídico y, con ello, a los derechos que la Constitución y las leyes les reconocen.

Es así que la Nueva Ley Procesal del Trabajo está cruzada transversalmente por diferentes elementos o instituciones que dan cuenta del acceso a la justicia como una idea recurrente y obstinada. Es el caso, por ejemplo, de comprender en su ámbito no sólo a lo laboral, sino también a las relaciones formativas, cooperativistas y administrativas¹⁹⁵; la participación de los sindicatos¹⁹⁶; la atribución de legitimación especial en los casos de discriminación en el acceso al empleo y quebrantamiento a los prohibiciones de

¹⁹³ El grupo de trabajo redactor del anteproyecto de ley fue constituido por Resolución Ministerial N° 44-2008-TR. Estuvo conformado por Javier Arévalo Vela, Giovanni Priori Posada, Luis Vinatea Recoba y quien escribe estas líneas.

¹⁹⁴ El mayor cambio se produjo en la regulación del recurso de casación. Aun así se conservaron las ideas centrales contenidas en el anteproyecto de ley.

¹⁹⁵ Véase los artículos II, inciso 1 del artículo 1 e inciso 1 del artículo 2.

¹⁹⁶ Véase los artículos 8 y 9.

trabajo forzoso y trabajo infantil¹⁹⁷; la instauración de los procesos colectivos, de grupo o de clase¹⁹⁸; el derecho a la defensa pública a favor de la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad¹⁹⁹; la presunción de laboralidad ante la existencia de cualquier prestación personal de servicios²⁰⁰; la amplitud de las medidas cautelares²⁰¹; la ejecución de las resoluciones administrativas firmes que reconocen obligaciones a favor de los trabajadores²⁰²; el uso de formatos de demanda y la limitación de la defensa cautiva²⁰³; entre otros.

En ese contexto cabe preguntarse sobre las consecuencias que en la Nueva Ley Procesal del Trabajo trae la regulación de los procesos ordinario y abreviado, respecto de la procedencia de la acción de amparo en materia laboral. Dicho en otras palabras, ¿los nuevos procesos laborales constituyen una vía procedimental específica igualmente satisfactoria que determina la improcedencia del amparo en materia laboral?

El presente documento busca responder esta interrogante para lo cual analiza con detenimiento el significado de la regla de residualidad contenida en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

II. ÁMBITO DE LA JUSTICIA LABORAL MATERIA DE ESTUDIO

Cuando nos referimos a la justicia laboral estamos hablando de la justicia-judicial-procesal. Queda fuera del estudio, por tanto, la justicia alternativa autocompositiva o heterocompositiva, así como la justicia administrativa. Tampoco es materia de estudio la justicia vinculada a la solución de conflictos económicos (la negociación colectiva, por ejemplo) sino únicamente aquella en conexión con la solución de los conflictos jurídicos que definen el campo de lo jurisdiccional.

En ese sentido, la justicia-judicial-procesal-laboral está integrada, de una parte, por la **justicia ordinaria laboral** que actualmente se tramita bajo las reglas de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo y, a partir del 15 de julio del 2010 por la Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, de aplicación progresiva; y de otra parte, por la **justicia constitucional laboral**, representada -fundamentalmente- por los procesos de amparo en materia laboral, tramitada bajo las reglas del Código Procesal Constitucional,

¹⁹⁷ Artículo 9.

¹⁹⁸ Artículos 9 y 18.

¹⁹⁹ Artículo 10.

²⁰⁰ Inciso 2 del artículo 23.

²⁰¹ Artículos 54 y ss.

²⁰² Inciso d) del artículo 57.

²⁰³ Artículo 16.

respecto de la cual el Tribunal Constitucional ha precisado los supuestos de acceso a partir del precedente vinculante expuesto en la Sentencia N°0206-2005-PA/TC.

El presente texto está dedicado a la justicia laboral constitucional a partir del estudio de dos elementos: la cláusula de residualidad del amparo recogida en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, y la concreción de dicha cláusula en la competencia de los jueces laborales y de los jueces constitucionales contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el Exp. N° 206-2005-PA/TC, cuya trascendencia radica en su carácter de precedente vinculante. Aquí nos preguntamos sobre los posibles significados de la existencia de una vía procedimental específica igualmente satisfactoria (que el proceso de amparo).

III. LA RESIDUALIDAD DEL PROCESO DE AMPARO

El Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237²⁰⁴, vigente desde el 01 de diciembre del 2004, introdujo uno de los cambios más trascendentes en la regulación de la acción de amparo, ahora llamada más técnicamente, proceso de amparo: la residualidad²⁰⁵.

La regla de residualidad ha sustituido a la alternatividad u opción de vías procesales. En efecto, la derogada Ley de Habeas Corpus y Amparo, Ley N° 23506, recogía en el inciso 3 de su artículo 6 el criterio según el cual, la acción de amparo no resultaba procedente cuando el agraviado había optado por recurrir a la vía judicial ordinaria²⁰⁶. A contrario sensu sí resultaba procedente la acción de amparo si la opción del agraviado había sido recurrir a la vía de la acción de amparo y no a la vía judicial ordinaria.

Esto llevó a sostener que en el Perú, durante la vigencia de la Ley N° 23506,

²⁰⁴ La Ley 28237 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el lunes 31 de mayo del 2004. La segunda de las Disposiciones Transitorias y Derogatorias estableció una vacatio legis de seis meses contada a partir de la fecha de su publicación.

²⁰⁵ "(...), el Código [Procesal Constitucional] diseña al amparo como un proceso excepcional, es decir, sólo puede ser utilizado cuando no existan vías judiciales lo suficientemente reparadoras. [...]. Ello significa que si ante la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, puede iniciarse un proceso contencioso-administrativo o un amparo, el juez por regla general deberá preferir el proceso contencioso-administrativo. De esta manera, el procedimiento de ejecución de sentencias que se aplicará, será el previsto por la ley que regula dicho proceso. Y es que hay que reiterar que la ley -y el anteproyecto que le sirvió de base- pretende que el amparo y, en general, los procesos constitucionales, sean excepcionales o residuales y sólo sean utilizados cuando realmente resulten indispensables y además cuando no existan otras vías procesales realmente idóneas. En estos supuestos debe el juez señalar cuál es la vía adecuada". ABAD YUPANQUI, SAMUEL; DANÓS ORDOÑEZ, JORGE y otros. (2005), p. 32.

²⁰⁶ "Artículo 6. No proceden las acciones de garantía: [...] 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria; (...)."

la acción de amparo no era residual o excepcional, sino alternativa u optativa²⁰⁷: el justiciable optaba entre recurrir a la vía constitucional o recurrir a la vía judicial ordinaria. Desplazada la alternatividad del amparo, la residualidad o excepcionalidad de esta vía quiere significar que un justiciable no podrá utilizar el proceso de amparo en tanto exista alguna otra vía procedimental específica igualmente satisfactoria que aquél²⁰⁸.

²⁰⁷ “La intención de los autores del proyecto que dio lugar a dicha ley (la 23506), era facilitar la procedencia del amparo y del hábeas corpus, evitando que estas acciones fueran declaradas improcedentes por el órgano judicial, como sucedió muchas veces en el pasado, arguyendo (sin verdadero fundamento jurídico o por sometimiento al poder político de turno) que existían ‘otras vías’ judiciales disponibles y más apropiadas. Si bien esta intención era loable y se basaba en la experiencia, su aplicación trajo inconvenientes y nuevos problemas. De un lado, porque cada proceso tiene una naturaleza y una racionalidad propia, que los hace idóneos o no para la tutela de un derecho, aspecto que no puede quedar librado a la mera voluntad del demandante. De otro lado, porque la norma facilitó la indebida utilización del amparo por muchos litigantes, aprovechando su carácter de proceso de tutela de urgencia, para la discusión de asuntos que, en estricto, no suponían la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho o, incluso, ni siquiera de un derecho directamente constitucional. Hubo, sin lugar a dudas, un exceso de amparos que abarrotaron los estrados judiciales y lo convirtió en el sucedáneo de los demás procesos.” ABAD YUPANQUI, SAMUEL; DANÓS ORDOÑEZ, JORGE y otros. (2005), p. 71. El propio Tribunal Constitucional recogió, en más de una oportunidad, el carácter alternativo u optativo del amparo: “En reiteradas y uniformes ejecutorias este Tribunal ha establecido que el proceso de amparo en nuestro ordenamiento jurídico no es un proceso subsidiario, sino que es un proceso alternativo, en el que la protección de los derechos constitucionales queda librada a la opción que toma el justiciable, (...)”. STC, Exp. N° 1418-2001-AA/TC, fundamento 2, Luis Humberto Ahumada Ledesma vs. Autoridad Autónoma de la Cuenca Hidrográfica Jequetepeque. En los mismos términos, puede verse también la STC, Exp. N° 0200-2001-AA/TC, fundamento 1, Arturo Cueva Ayambo y otros vs. EPS Loreto SA. Con mayor detenimiento, en el caso Llanos Huasco (en el cual se sentaron las primeras bases sobre los alcances de la adecuada protección contra el despido arbitrario) el Tribunal Constitucional refuta la argumentación que negaba idoneidad a la acción de amparo para ventilar el caso del despido alegado que -sostenía la defensa- debía tramitarse en la vía del proceso laboral ordinario: “Independientemente que este Tribunal Constitucional vaya a pronunciarse más adelante sobre el primer aspecto que se ha cuestionado [la reposición en el empleo], es importante señalar que el Colegio no comparte el criterio según el cual el proceso de amparo no sería la vía idónea para resolver la presente controversia, sino, únicamente, el proceso laboral.

Sobre el particular, el Tribunal debe recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el afectado en sus derechos constitucionales laborales no está obligado a acudir previamente a las instancias judiciales ordinarias, y sólo si en ellas no se hubiera obtenido una tutela judicial adecuada, acudir al amparo. En nuestro país, en efecto, el amparo constitucional no es una vía excepcional, residual o extraordinaria, a la cual el justiciable debe recurrir cuando ha agotado todas las vías judiciales idóneas para tutelar los derechos constitucionales.

Al contrario, nuestra legislación (inciso 3° del artículo 6° de la Ley N° 23506) condena con la desestimación de la demanda si es que antes de acudir a la acción de amparo, el justiciable optó por la vía ordinaria. Lo que significa que, contrariamente a lo que sucede en otros ordenamientos, como el argentino o el español, en nuestro país el amparo es un proceso, por llamarlo así, “alternativo”, es decir, al que se puede acudir no bien se culmina con agotar la vía previa, y siempre que con él se persiga la protección de derechos reconocidos en la Constitución.” STC, Exp. N° 0976-2001-AA/TC, fundamento 3, Eusebio Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú SAA.

²⁰⁸ El numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional a la letra dice lo siguiente: “No proceden los procesos constitucionales cuando: [...]; 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus; [...]”

La fórmula de la residualidad trae el problema de determinar cuándo es que existe otra vía procedimental específica igualmente satisfactoria que torna improcedente al amparo. Este problema tiene, cuanto menos tres componentes: la vía procedimental; la especificidad de la vía procedimental; y lo igualmente satisfactorio.

IV. LA VÍA PROCEDIMENTAL ESPECÍFICA IGUALMENTE SATISFACTORIA

El Código Procesal Constitucional no da mayores pautas para entender cuándo nos encontramos frente a una vía procedimental específica igualmente satisfactoria, salvo lo que la misma literalidad de la frase sugiere²⁰⁹. Dicha literalidad presenta tres elementos: un procedimiento, una especificidad predicada de tal procedimiento, y una satisfacción igual a la del amparo.

IV.1. El procedimiento

Sobre el primer elemento -el procedimiento- cabe preguntarse si se refiere a un proceso judicial, un procedimiento administrativo o, incluso, alguna forma de solución de conflictos heterónoma u autónoma (arbitraje o conciliación, por ejemplo). Abad Yupanqui sostiene que dicho procedimiento está referido a un proceso judicial²¹⁰. De igual opinión son Castillo Córdova²¹¹, Rodríguez Santander²¹² y, por cierto, los profesores que elaboraron el anteproyecto del Código Procesal Constitucional²¹³. De diferente opinión es Mesía Ramírez quien afirma que “El principio es muy simple. Los procesos constitucionales sólo actúan ante la ausencia de otros mecanismos procedimentales eficaces para la tutela del derecho. La expresión ‘si existen otras vías procedimentales específicas’ hace mención no sólo a las judiciales sino también a las administrativas que sean aptas para resolver idónea y eficazmente la protección del derecho”²¹⁴.

La respuesta a la interrogante que formulamos al inicio del párrafo, a costa de lo que nos dice Mesía Ramírez, no es simple. Si el proceso de amparo es calificado de improcedente por existir otra vía procedimental,

²⁰⁹ En ese sentido, la jurisprudencia será una ayuda útil y necesaria para desentrañar dicho contenido. Más aun cuando la misma provenga del Tribunal Constitucional y tenga, a su vez, el carácter de precedente vinculante, tal como ocurre con la STC recaída en el Exp. N° 0206-2005-PA/TC, en los seguidos por César Antonio Baylón Flores vs. E.P.S. EMAPA HUACHO SA. sobre reposición, la cual abordaremos más adelante.

²¹⁰ Código Procesal Constitucional, p. 13.

²¹¹ CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. (2005), pp. 80-81.

²¹² RODRÍGUEZ SANTANDER, ROGER. (2005), pp. 97-136.

²¹³ “Así, el amparo será procedente para la tutela de urgencia de un derecho constitucional a falta de otras vías judiciales específicas, igualmente protectivas y satisfactorias”. ABAD YUPANQUI, SAMUEL, DANÓS ORDÓÑEZ, JORGE y otros. (2005). Op.cit, p. 72.

²¹⁴ MESÍA RAMÍREZ, CARLOS. (2004), p. 118.

dicha vía procedimental debería ser por lo menos equivalente o proporcional o de su misma naturaleza. Y sólo podría ser equivalente o proporcional o de su misma naturaleza si, como el amparo, la misma es judicial. Así, a partir de un criterio de identidad procesal-jurisdiccional, la otra vía procedimental necesariamente tendría que ser un proceso-judicial-jurisdiccional (con perdón del pleonazgo). Afirmar que la otra vía procedimental puede ser un procedimiento administrativo o un mecanismo alternativo de solución de los conflictos sería negar el acceso a la jurisdicción en la protección de los derechos constitucionales. Dicho con otras palabras, sería negar el acceso a la justicia en la defensa de los derechos constitucionales, rebajando la protección de los mismos a procedimientos no jurisdiccionales²¹⁵. Por otra parte y como argumento adicional, la misma consideración del interés para obrar en la acción de amparo nos remitiría a un proceso judicial, siendo que la existencia de otros procedimientos administrativos o privados configuraría la existencia de vías previas y la necesidad de su agotamiento, precisamente para tener interés para obrar.

IV.2. El proceso judicial específico

Como segundo paso, se hace necesario averiguar cuándo un proceso judicial-jurisdiccional ordinario resulta siendo específico. La primera dificultad de interpretación es superar si la predicada especificidad hace referencia a una singularidad de procesos²¹⁶ (procesos ordinarios ad hoc para la defensa de derechos constitucionales) o si la misma sólo

²¹⁵ El proceso judicial-jurisdiccional responde a la superación de la ley del más fuerte. Como nos lo recuerda Quiroga León: “la autocomposición (...) resulta insuficiente pues su mecanismo bilateral no garantiza la justicia del resultado toda vez que siempre una de las partes terminará imponiendo su mayor fuerza o poder”. QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. “Las garantías constitucionales de la administración de justicia”. En: EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO (director). (1987), p. 292. Y el arbitraje, nos dice Quiroga León, “en tanto el recurso a un tercero sin la garantía de la imparcialidad ni el principio de legalidad deviene insuficiente para lograr [la justicia y la paz social expresada en la necesidad de convivencia humana]” *Ibíd*, pp. 105-106. Esta idea de parcialidad y, por tanto, de carencia de idoneidad de los procedimientos administrativos o privados es también anotada por Castillo Córdova: “En ningún caso este artículo 5.2 CPC [Código Procesal Constitucional] puede estar haciendo referencia a vías procedimentales de naturaleza administrativa o privada. Ello por una sencilla razón fundamental: el órgano que resolverá el procedimiento administrativo o el proceso privado no será en ningún caso lo suficientemente imparcial como para considerar que a través de esa vía (administrativa o privada) podrá lograrse una protección igualmente satisfactoria, que la que se conseguiría a través del amparo que, entre otros elementos diferenciadores, viene resuelto por una autoridad imparcial”. CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. (2005). *Op. cit.*, p. 81. Para nosotros, como se tiene dicho, la carencia de idoneidad de los procedimientos administrativos o privados no viene dada por el patrón de imparcialidad sino por el patrón de identidad procesal-jurisdiccional. Con la contraposición de imparcialidad-parcialidad hemos querido llamar la atención sobre la rebaja en que se afectaría la protección de los derechos constitucionales.

²¹⁶ “La especificidad, en este caso, debe ser entendida como singularidad o individualidad, y ésta debe ser entendida en contraposición a la generalidad”. CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. (2005). *Op. cit.*, p. 81-82.

refiere a la existencia concreta y actual, y en ese sentido específica, de procesos ordinarios, genéricos o especiales, con capacidad de tramitar una pretensión de defensa de los derechos constitucionales²¹⁷.

Si la especificidad exigida es un proceso ad hoc sólo existirá una vía procedimental específica si previamente el legislador ha creado vías alternas explícitas para el trámite de las pretensiones de defensa de concretos derechos constitucionales. Así, por ejemplo, para la defensa de los derechos constitucionales de orden laboral (libertad sindical, negociación colectiva, huelga, participación en las utilidades, protección adecuada contra el despido arbitrario) sólo habrá una vía procedimental específica alterna al amparo si existiese un proceso ordinario laboral dedicado ex profeso a la defensa de los derechos laborales de orden constitucional. Más concretamente, sólo habrá un paralelismo con el amparo si la vía ad hoc está pensada para la defensa del contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales laborales. En ese sentido, la vía del proceso ordinario laboral²¹⁸ (que no es un proceso ad hoc) no configuraría un paralelismo con la acción de amparo, aun cuando en aquella vía se podría proponer la defensa del contenido constitucionalmente protegido de un derecho laboral. Por consiguiente, no existiendo ningún proceso ordinario ad hoc para la defensa del contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales resulta, desde esta primera aproximación al criterio de especificidad, que no hay posibilidad de configurar ningún paralelismo y, por tanto, la acción de amparo, mientras tanto, sería en todos los casos procedente.

Esta es la razón, de otro lado, por la cual no se reguló en la Nueva Ley Procesal del Trabajo un proceso ad hoc de tutela de los derechos constitucionales laborales pues, de haberlo hecho, el amparo en materia laboral -a partir de la vigencia de la nueva ley procesal- devendría en improcedente.

²¹⁷ “Es claro que para declarar esta improcedencia del amparo, no basta con que existan otros procesos judiciales disponibles, lo que siempre es factible, sino que éstos resulten suficientemente satisfactorios para tutelar la pretensión y que el juez así lo establezca, para no crear indefensión”. ABAD YUPANQUI, SAMUEL; DANÓS ORDOÑEZ, JORGE y otros. (2005). Op. cit., p. 72-73. Como se puede apreciar, para los autores del Código Procesal Constitucional, la especificidad está referida a la existencia de otros procesos judiciales. En igual sentido, Rodríguez Santander para quien la especificidad de la vía ordinaria hace referencia a que la misma “[deba ser] autónoma y claramente configurada por el ordenamiento jurídico”. RODRÍGUEZ SANTANDER, ROGER. (2005). Op. cit., p. 112.

²¹⁸ Por proceso ordinario laboral hacemos referencia al conjunto de procesos regulados en la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, ninguna de las cuales contiene un proceso de tutela de derechos fundamentales laborales.

De otro lado si, por el contrario, la especificidad requerida es la existencia concreta y actual de procesos ordinarios, genéricos o especiales, con capacidad de tramitar una pretensión de defensa de los derechos constitucionales, los distintos ordenamientos procesales, civil, laboral, contencioso-administrativo, de familia, comercial, etc., podrán contener alguno, máxime si se toma en cuenta la cláusula abierta de competencia de los ordenamientos procesales²¹⁹. Desde esta perspectiva, la especificidad estaría referida potencialmente a cualquier proceso judicial ordinario (estricto sensu o especial²²⁰) del ordenamiento civil, laboral, contencioso-administrativo, de familia, comercial, etc. El hecho que tales procesos ordinarios tengan que ser adecuados para tramitar una pretensión de defensa de los derechos constitucionales y obtener una declaración de certeza en ese sentido, llevaría a descartar a aquellos que no tengan una etapa de conocimiento, como ocurre con los procesos de ejecución que llevan más bien implícita o anticipada la declaración de certeza y, también, a aquellos procesos circunscritos a particulares pretensiones, como ocurre con el proceso de impugnación de

²¹⁹ En ese sentido, el artículo 5 del Código Procesal Civil dispone que “Corresponde a los órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de todo aquello que no esté atribuido por la ley a otros órganos jurisdiccionales”. Complementando la idea, el mismo Código Procesal Civil, en los artículos 475, 486 y 546 precisa los procedimientos de trámite en los casos que una pretensión no tenga una vía predeterminada: “Artículo 475.- Procedencia.- Se tramitan en proceso de conocimiento ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos que: 1. No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión el Juez considere atendible su empleo”. “Artículo 486.- Procedencia.- Se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos: ... 8. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el Juez considere atendible su empleo”. “Artículo 546.- Procedencia.- Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos: ... 6. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo”. De igual forma, el literal l) del numeral 2 del artículo 4 de la Ley Procesal del Trabajo dispone que los juzgados de trabajo conocen “las demás [pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos] que no sean de competencia de los juzgados de paz letrados”. Y, aún más amplio, el inciso 1 del artículo 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo señala: “Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: 1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios. Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes: [...]”.

²²⁰ Con la expresión proceso judicial ordinario estricto sensu hacemos referencia al principal proceso de conocimiento de cada ordenamiento. Así, aludimos al proceso de conocimiento regulado en el Código Procesal Civil, o al proceso ordinario laboral recogido en la Ley Procesal del Trabajo y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Mientras que con la expresión proceso ordinario especial referimos al resto de procesos de cada ordenamiento. En el caso del proceso civil serían, e.g., el proceso abreviado y el proceso sumarísimo; en el laboral tendríamos, como vimos líneas arriba, el proceso abreviado, el proceso de ejecución, y el proceso de impugnación de laudos arbitrales.

laudos arbitrales ideado para el cuestionamiento de los laudos que resuelven una negociación colectiva²²¹.

Si la especificidad de la vía procedimental es la existencia concreta y actual de un proceso de conocimiento²²² con capacidad de tramitar una pretensión de defensa de los derechos constitucionales, para el caso del orden laboral éste sería el proceso ordinario laboral, en la Nueva Ley Procesal del Trabajo y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo²²³. Ciertamente, ante el incumplimiento de alguna norma laboral de nivel constitucional, la vía procedimental específica (y alterna al amparo) sería el proceso ordinario laboral de conocimiento del Juez de Trabajo. Pero este criterio, por su evidente generalidad, no es insuficiente para determinar la improcedencia del amparo.

IV.3. El proceso judicial igualmente satisfactorio

Finalmente, el tercer paso consistirá en concluir afirmativamente que dada una vía procedimental específica la misma es igualmente satisfactoria que el amparo. No es suficiente que exista otra vía judicial con capacidad de tramitar una pretensión de defensa de los derechos constitucionales (propia, de su contenido constitucionalmente protegido) sino que, además, se requiere que ella sea igualmente satisfactoria que el amparo²²⁴. Este tercer elemento introduce un parámetro de comparación procesal que, sin embargo, no tiene términos claros. ¿Será una comparación en términos abstractos o concretos? ¿Qué características o particularidades de la vía procedimental específica merecen ser comparadas con las del amparo para concluir que son vías igualmente satisfactorias?

Como vimos líneas arriba, es la literalidad del numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional la que impulsa a averiguar si un

²²¹ El artículo 88 de la Ley Procesal del Trabajo establece: “Impugnación de Laudos Arbitrales.- Cualquiera de las partes que haya intervenido en un procedimiento arbitral derivado de la negociación colectiva, puede impugnar el laudo recaído en aquel, ante la Sala Laboral o Mixta de la jurisdicción correspondiente.” En igual sentido, el capítulo III del título II de la Nueva Ley Procesal del Trabajo regula el proceso impugnativo de laudos arbitrales económicos.

²²² Ordinario o abreviado en los términos de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

²²³ Cabe precisar que los incisos 2 y 3 del artículo 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo habilitan el proceso abreviado ante el Juez de Trabajo tratándose de las pretensiones de reposición y tutela de la libertad sindical.

²²⁴ “Lo que exige la norma procesal constitucional es que la vía judicial ordinaria sea igualmente satisfactoria, es decir, que exista una relación de igualdad (‘igualmente’, dice la ley) entre la satisfacción que de la pretensión de salvación de su derecho constitucional pueda esperar el agraviado tanto en la vía procedimental judicial ordinaria, como en la vía procedimental constitucional”. CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. (2005). Op. cit., p. 83.

determinado proceso es igualmente satisfactorio que el amparo para la protección de los derechos constitucionales amenazados o vulnerados. Es posible detectar dos actitudes frente a dicha necesidad de averiguación. Por un lado, un discurso reduccionista que coge en abstracto lo igualmente satisfactorio al punto de convertirlo en una entidad vacía. Y, por otro lado, un discurso detallista, concreto de los contenidos de cada proceso que puede llegar -llevado a sus extremos- a desembocar en dos puntos de quiebre: la exigencia de una identidad casi matemática que torna inoperante a todo el criterio de la vía procedimental igualmente satisfactoria; y, la exigencia del establecimiento de procesos ad hoc para la defensa de los derechos constitucionales que virtualmente tornaría inútil al proceso de amparo.

Encontramos un discurso reduccionista en los redactores del Código Procesal Constitucional porque aun cuando formalmente reclaman la existencia de una vía suficientemente satisfactoria para declarar la improcedencia del amparo no presentan ningún elemento para su análisis o concreción sino que, se remiten directamente a los procesos ordinarios existentes. Así, si bien refieren que “(...) para declarar esta improcedencia del amparo, no basta con que existan otros procesos judiciales disponibles, lo que siempre es factible, sino que éstos resulten suficientemente satisfactorios para tutelar la pretensión (...)”²²⁵. Previamente habían señalado “que si ante la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, puede iniciarse un proceso contencioso-administrativo o un amparo, el juez por regla general deberá preferir el proceso contencioso-administrativo”. No se explica en qué reside la igualdad satisfactoria entre el amparo y el proceso contencioso-administrativo, simplemente se asume, además, como regla. Desde esta perspectiva, la igualdad satisfactoria es abstracta e implícita en la existencia de una vía procedimental específica. La exigencia de la igualdad satisfactoria es un discurso sin mayor contenido que sirva para explicar cuándo y de qué modo una vía procedimental específica puede ser igualmente satisfactoria. Así, este tercer elemento deviene vacío para el justiciable. Sin embargo, dicho tercer elemento desde esta perspectiva tiene más bien un contenido político: regular la conducta de los justiciables para que no abusen del amparo. La verdadera justificación de las vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias —desde esta perspectiva— es que los procesos constitucionales “... sólo sean utilizados

²²⁵ ABAD YUPANQUI, SAMUEL, DANÓS ORDOÑEZ, JORGE y otros. (2005). Op. cit., p. 72-73.

cuando realmente resulten indispensables y además cuando no existan otras vías procesales realmente idóneas²²⁶. Llama la atención, desde esta perspectiva, que la opción política sea la represión y no la mayor protección que se pueda brindar a la tutela de los derechos constitucionales²²⁷.

De igual modo, encontramos un discurso reduccionista de lo que es una vía procedimental específica igualmente satisfactoria cuando su análisis es sustituido por la idea de urgencia²²⁸. Ya no se trata de comparar si una vía procedimental específica es igualmente satisfactoria que el amparo (tarea que, en principio, debe corresponder a la judicatura, porque conoce el Derecho y porque puede orientar a los justiciables), sino de demostrar -el justiciable- que la necesidad de tutela en su caso concreto es urgente porque el transcurso del tiempo inmediato hará irreparable el derecho constitucional. Desde esta óptica, la vía paralela ordinaria no será igualmente satisfactoria porque no podrá resolver el conflicto urgente con la prontitud que sí permite el amparo. Pero si el conflicto no es urgente, la vía paralela sí será igualmente satisfactoria y por tanto el amparo resultará improcedente²²⁹. Así, ya no es importante analizar lo igualmente satisfactorio. Ello no dice nada. No sirve. Es un falso tercer elemento

²²⁶ Ibid., p. 32.

²²⁷ Los redactores del Código Procesal Constitucional refiere que la residualidad no desprotege sino que enrumba su adecuada tutela. Sin embargo, la ausencia de criterios ciertos que ilustren al justiciable y la inmediata preocupación por la desnaturalización del amparo desdican el propósito de protección. “Con esta decisión del Código no se desprotege al derecho constitucional, sino se encamina su defensa hacia la vía procesal que, por sus características, estructura y por el objeto del caso, permitan la adecuada cautela del derecho. Asimismo, se pone coto a una de las severas distorsiones producidas mediante la instrumentación del amparo, ocasionada por la actuación poco rigurosa de muchos abogados y litigantes que, lamentablemente, no supo ser corregida por el órgano judicial. (...)”. Ibid., p. 73.

²²⁸ Rodríguez Santander entiende que la residualidad del amparo se justifica en que no toda afectación de un derecho constitucional requiere una resolución sumaria. De ahí que sostenga que “... el amparo constitucional se ha convertido en un proceso excepcional o extraordinario, sólo viable en aquellos casos en los que se encuentre presente el ‘factor de urgencia’. Se ha dicho que toda otra causa deberá ser resuelta por las vías procesales ordinarias, capaces también de proteger derechos fundamentales”. RODRÍGUEZ SANTANDER, ROGER. (2005). Op. cit., p.124.

²²⁹ “(...)”, es deber del recurrente demostrar que de un análisis sustancial de los hechos que rodean su caso se deriva la necesidad de una resolución pronta a efectos de garantizar la adecuada protección de su derecho constitucional. Es decir, a efectos de determinar si resulta o no aplicable la cláusula de residualidad, el juez constitucional debe plantearse la siguiente interrogante: ¿a la luz de las circunstancias del caso, existe grave riesgo de que la potencial o efectiva afectación del derecho constitucional invocado se torne irreparable si exijo al justiciable acudir a la vía ordinaria? Una respuesta afirmativa impedirá la aplicación del artículo [5.2 del Código Procesal Constitucional], la respuesta contraria dará lugar a la improcedencia de la demanda”. RODRÍGUEZ SANTANDER, ROGER. (2005). Op. cit., p.118. Del mismo parecer es Mesía Ramírez cuando señala: “(...)”. La mayoría de las veces, por no decir siempre, existen vías procedimentales eficaces. La excepcionalidad de los procesos constitucionales se presenta invariablemente por razones de tiempo. Es la demora en el trámite lo que convierte a las otras vías en poco idóneas y eficaces, habilitando de ese modo la procedencia de los procesos constitucionales ante la inminencia de la irreparabilidad”. MESÍA RAMÍREZ, CARLOS. (2004). Op. cit., p. 118.

puesto que lo central será encontrar cualquier proceso ordinario y que la dolencia sea, o no, urgente. Esta posición deja abierta, sin embargo, la discusión sobre qué es urgente, cuándo es urgente y para quién es urgente. ¿El solo hecho que se amenace o viole un derecho constitucional no es, de por sí, urgente? Pensábamos que sí, pero desde esta posición sólo resulta que puede ser.

También, como anunciamos, encontramos un discurso detallista y concreto de los contenidos, de un lado, del proceso judicial ordinario específico, y del otro, del proceso de amparo tendiente a encontrar las características que afirmen (o nieguen) la presencia de vías igualmente satisfactorias²³⁰. Esa búsqueda de igualdad utiliza, por comparación, -en una perspectiva amplia- las siguientes dos características básicas del proceso de amparo:

- La idoneidad procesal para “[reponer] las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”²³¹.
- La sumariedad del proceso de amparo: plazos de tramitación breves, sin audiencias, concentración de actos, sin mayores actuaciones probatorias; una justicia de probabilidades antes que de certeza²³².

En tanto la vía paralela cumpla estas dos características, resultará igualmente satisfactoria que el amparo. Desde este planteamiento, lo igualmente satisfactorio es, en verdad, sólo una exigencia de similitud.

Si se cae en la cuenta, una comparación hecha sólo en torno a estas dos características básicas del proceso de amparo sirve para determinar vías similarmente satisfactorias (pero no iguales); así tenemos que el amparo ha llevado a que se utilicen algunas particularidades de su regulación legislativa como pautas adicionales de comparación, tales como las siguientes:

- Medidas cautelares de ejecución inmediata e irrevocables hasta la conclusión del proceso²³³.

²³⁰ CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. (2005). Op. cit., p. 82-86. También, CAMPOS, JOSEPH. (2006), p. 53-54.

²³¹ Cf. con el primer párrafo del artículo 1 y con el numeral 3 del artículo 55 del Código Procesal Constitucional. Éste último señala que la sentencia que declara fundada la demanda de amparo se pronunciará sobre la “restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación”.

²³² Cf. con el siguiente apartado.

²³³ Cf. primer y último párrafos del artículo 15 del Código Procesal Constitucional. En el primer párrafo que establece que la medida cautelar es concedida sin conocimiento de la contraparte y que la apelación de la misma no tiene efecto suspensivo. Por su parte el último párrafo limita la aplicación de algunas reglas generales de las medidas cautelares civiles, entre ellas el artículo 630 del Código Procesal Civil que trata de la caducidad de la medida cautelar cuando la pretensión se desestima en la sentencia. Al limitarse la aplicación de este artículo la medida cautelar continúa vigente hasta la conclusión del proceso, salvo que el juez declare ex profeso la cancelación de la misma por variación de los hechos que le dieron sustento.

- Actuación inmediata de la sentencia²³⁴.
- Acceso a una tercera instancia si en segunda instancia se ha denegado la demanda que pretende la protección del derecho constitucional²³⁵.
- Trámite preferente²³⁶.
- Represión de actos homogéneos²³⁷.

Presentadas algunas de las características del proceso de amparo, la pregunta que viene es si en el ordenamiento procesal peruano existe algún proceso ordinario que contenga siquiera alguna de las cinco particularidades anotadas, siendo la respuesta negativa. No hay proceso ordinario que tenga alguna de estas particularidades porque estas son ad hoc para los procesos constitucionales:

- Porque las medidas cautelares en los procedimientos ordinarios se rigen por la regla del artículo 630 del Código Procesal Civil ya sea de modo directo o supletoriamente, lo cual implica, a diferencia del amparo, que las medidas cautelares se cancelan si la sentencia de primera declara infundada la demanda.
- Porque las sentencias no se actúan inmediatamente mientras no se cumpla la segunda instancia.
- Porque los procesos ordinarios no tienen tercera instancia ni acceso al Tribunal Constitucional, y el instituto de la casación no es una tercera instancia.
- Porque los procesos ordinarios justamente ceden su trámite para que los procesos constitucionales tengan preferencia.
- Porque en los procesos ordinarios no hay posibilidad de extender los efectos de la sentencia a hechos ocurridos en el futuro ni siquiera propuestos en el petitorio.

²³⁴ El segundo párrafo del artículo 22 del Código Procesal Constitucional a la letra dice: “La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. (...)”

²³⁵ Cf. el numeral 2 del artículo 202 de la Constitución, el mismo que dispone que “Corresponde al Tribunal Constitucional: (...). 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”. Véase también el artículo 18 del Código Procesal Constitucional que dice: “Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, (...)”

²³⁶ Cf. con el artículo 13 del Código Procesal Constitucional que establece: “Los jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales. La responsabilidad por la defectuosa o tardía tramitación de estos, será exigida y sancionada por los órganos competentes”.

²³⁷ Véase el artículo 60 del Código Procesal Constitucional: “Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviviente”.

Esta desilusión en encontrar alguna vía procedimental específica lo más igualmente satisfactoria que el amparo -como anunciamos- puede desembocar en dos puntos de quiebre.

- Afirmar que (mientras el legislador no cree procesos iguales o similares al amparo) no existe vía alguna que pueda calificar de igualmente satisfactoria y, por tanto, la cláusula de residualidad es inoperante.
- Exigir al legislador la implementación de procesos ad hoc para la defensa de los derechos constitucionales, luego de lo cual recién podrían haber vías paralelas igualmente satisfactorias y, con ello, un proceso de amparo virtualmente inútil o virtualmente ordinario.

Este paralelismo exigido nos lleva a preguntarnos sobre la importancia de la acción de amparo y su ubicación constitucional. Tanta consideración sobre la vía procedimental es igualmente satisfactoria al punto que se le identifica con el amparo pero que, al hacerlo, vacía u ordinariza²³⁸ su contenido (lo cual no es congruente con su finalidad tutelar) porque la acción de amparo ha sido erigida por el poder constituyente como el mecanismo procesal contra todo aquello que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución²³⁹.

Así, frente a la necesidad de determinar cuándo una vía procedimental específica es igualmente satisfactoria que el amparo tenemos cuatro alternativas:

- Considerar que lo igualmente satisfactorio se cumple con la mera existencia de un proceso ordinario.
- Considerar que lo igualmente satisfactorio es un requisito de urgencia para habilitar el amparo.
- Considerar que lo igualmente satisfactorio es sólo una exigencia de similitud en las características básicas del amparo.
- Considerar que lo igualmente satisfactorio sólo se podría cumplir a partir de la implementación de procesos ad hoc ordinarios iguales al amparo.

²³⁸ Usamos esta expresión en referencia a los procesos ordinarios de los diferentes ordenamientos procesales.

²³⁹ Distintos a la libertad individual, al derecho de acceso a la información y al derecho de protección de la información personal y familiar. Cf. numeral 2 del artículo 200 de la Constitución: “La acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos [distintos a la libertad individual y conexos] reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente [el hábeas data que cautela el derecho de acceso a la información y al derecho de protección de la información personal y familiar]”.

Ninguna de estas parece ser un criterio suficiente pues el Tribunal Constitucional -como veremos- ha determinado las reglas de procedencia/improcedencia del amparo no a partir de la abstracción del significado de lo que sea una vía-procedimental-específica-igualmente-satisfactoria, sino que lo ha hecho a partir de criterios prácticos no sistemáticos. En última instancia, la mayor abstracción que hace el Tribunal Constitucional está referida a la posibilidad de obtener, en otra vía, el mismo resultado que en la acción de amparo.

Este es el criterio que guía, por ejemplo, la reposición de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, en el entendido que su reposición sólo es posible a través de la acción de amparo y no en la vía laboral ordinaria. Pero este criterio es, inmediatamente negado por el propio Tribunal Constitucional cuando reconoce que la reposición por causal de nulidad es posible de obtener tanto a través del amparo como de la vía laboral ordinaria Y, también -aunque de un modo medio oculto- en el caso del despido fraudulento cuando se hace necesario desplegar mayores elementos probatorios.

Por tanto, la mera referencia a la existencia de una vía procedimental específica igualmente satisfactoria no es un criterio definitorio para declarar la procedencia o improcedencia del amparo. Gracias a este nivel de indeterminación de la regla, la mera existencia de los nuevos procesos laborales contenidos en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, incluido el proceso abreviado para la tutela de la reposición y la libertad sindical, no son razones suficientes para determinar la improcedencia del amparo pues la estructura procedimental como vía ordinaria sigue siendo la misma, en la Ley Procesal del Trabajo y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

V. LA REGLA DE RESIDUALIDAD DEL PROCESO DE AMPARO NO ES UNA HERRAMIENTA PROCESAL ADECUADA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL CIUDADANO

¿Es la residualidad -por contraposición a la alternatividad- más protectora de los derechos humanos²⁴⁰? Desde un análisis del acceso a la justicia, y luego de lo precedentemente expuesto sobre la cláusula de residualidad,

²⁴⁰ Valga la oportunidad para recordar la importancia de los derechos humanos que se caracterizan por ser inherentes a los seres humanos, universales, inalienables, inviolables, imprescriptibles, indisolubles, indivisibles, irreversibles y progresivos. MARCOS-SÁNCHEZ, JOSÉ. (1999). Valga también la oportunidad para precisar que la cláusula de residualidad no aplica en el hábeas corpus por disposición expresa del numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

en las líneas que siguen concluimos que ello no es así²⁴¹.

En efecto, el numeral 2 del artículo 200 de la Constitución establece que la acción de amparo es una garantía constitucional que procede contra el hecho u omisión de cualquier autoridad o persona que vulnere o amenace los derechos distintos a la libertad individual (para ello está el hábeas corpus) y distintos al derecho de acceso a la información y al derecho de protección de la información personal y familiar (para eso está el hábeas data). De ello se concluye que cada vez que se produzca una afectación de los derechos constitucionales los ciudadanos tienen a su disposición a la acción de amparo para enderezar el entuerto²⁴².

Ello no significa que la única vía de solución sea o tenga que ser el amparo, sino solamente que es una vía disponible y, en ese sentido, alternativa. Alternativa no sólo frente a otras vías procesales judiciales, sino -desde una perspectiva del conflicto- alternativa a otras formas de solución que el ciudadano pudiese optar²⁴³.

En consecuencia, la residualidad es un mecanismo de desvío y limitación en el acceso a la jurisdicción constitucional en tanto lo sustituye -a partir de un argumento de eficiencia en su uso²⁴⁴- por un acceso a la jurisdicción ordinaria. Asimismo, nada dice la Constitución sobre que tal garantía constitucional deba ser rápida, sencilla o eficaz salvo que, en caso de haberse denegado la protección del derecho constitucional en las instancias previas, corresponderá al Tribunal Constitucional pronunciarse en última y definitiva instancia²⁴⁵. Podría entenderse que tales requerimientos de rapidez, sencillez y eficacia vienen implícitos en la misma protección del derecho constitucional. La importancia de los derechos constitucional sería la justificación para dotarlos de un mecanismo de tutela urgente. Así, la urgencia de la tutela sería consustancial al amparo. Se trataría de

²⁴¹ Borea Odría, refiriéndose a la alternatividad de la derogada Ley de Hábeas Corpus y Amparo ha sostenido que “Las leyes 23506 y 25398 han sido en estos años, a mi entender, tanto en el caso del amparo cuanto en el Hábeas Corpus, un paso adelante muy importante para la defensa de los derechos ciudadanos y contra la arbitrariedad e irrespeto con que actúan las autoridades, ya sean policiales o administrativas, y aun las mismas personas particulares”. BOREA ODRÍA, ALBERTO. (2000), p. 305.

²⁴² Castillo Córdova extrae dos conclusiones: que las garantías constitucionales sólo proceden para la defensa de los derechos fundamentales y que todos tienen dichos mecanismos para defender sus derechos. CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. (2005). Op. cit., p. 70.

²⁴³ No puede olvidarse que, reconocido el derecho de acción, los involucrados en un conflicto jurídico son libres de iniciar o no un proceso, de resolverlo conforme a su mejor entendimiento o, incluso, dejarlo irresoluto.

²⁴⁴ Cairo Roldán expresa esta política de eficiencia al justificar la residualidad del amparo en los siguientes términos: “(...) el amparo, por ser un proceso de tutela de urgencia, sólo puede ser utilizado válidamente cuando la necesidad de protección inmediata de un derecho constitucional no puede ser satisfecha por ningún otro proceso judicial. Por eso, el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Civil no contiene ningún vicio de inconstitucionalidad. Se trata, más bien, de un instrumento válido mediante el cual los jueces evitarán la desnaturalización y el desprestigio del proceso de amparo en el Perú”. CAIRO ROLDÁN, OMAR. (2004b), p. 3.

²⁴⁵ Cf. el numeral 2 del artículo 202 de la Constitución.

una urgencia abstracta o implícita en la calidad del derecho constitucional violado o amenazado²⁴⁶, pero no de una urgencia real o concreta del justiciable, aun cuando esta última podría presentarse en el caso concreto²⁴⁷. Es el desarrollo doctrinal, jurisprudencial, legislativo y supranacional²⁴⁸ el que motiva que la acción de amparo sea particularmente rápida, sencilla y eficaz.

²⁴⁶ Esta es la tesis de los autores del anteproyecto del Código Procesal Constitucional. En su Estudio Introductorio exponen lo siguiente: "(...). En consecuencia, el amparo adquiere un carácter excepcional o residual, atendiendo a su naturaleza de proceso constitucional y no ordinario destinado a la protección de un derecho constitucional, (...) Así, el amparo será procedente para la tutela de urgencia de un derecho constitucional a falta de otras vías judiciales específicas, igualmente protectivas y satisfactorias. (...)". Luego agregan: "En efecto, atendiendo a que en el amparo lo que se discute no es el derecho fundamental sino su agravio, y dado que la pretensión no puede ser otra que pedirle al juez ponga fin al perjuicio soportado en el tiempo más corto posible, se ha optado por concederle al amparo una tutela de urgencia satisfactiva, dado que la decisión que recaiga en el principal debe ser definitiva. Siendo un proceso urgente, el procedimiento se ciñó a las características más saltantes de éstos: se empleó sumarización procedimental (...) y lo que es más importante, se empleó sumarización cognitiva (...). En definitiva, en absoluta correspondencia con la trascendental importancia social del derecho material que tutela, el nuevo proceso de amparo peruano ha utilizado las técnicas procesales más idóneas para proveer al justiciable de un proceso expeditivo. (...) El Código cree en un juez apto para usar un instrumento poderoso como el amparo, como un medio para asegurar los derechos del ciudadano frente al poder y sus excesos (político, económico, social o sea la forma que tome)." ABAD YUPANQUI, SAMUEL, DANÓS ORDOÑEZ, JORGE y otros. (2005). Op. cit., pp. 72 y 74. En igual sentido, Abad Yupanqui sustenta: "(...), el amparo se configura como un procedimiento urgente que corresponde a la llamada 'tutela de urgencia constitucional', pues exige una protección inmediata a los derechos amenazados o vulnerados." ABAD YUPANQUI, SAMUEL. (2003), p. 326. También, CAIRO ROLDÁN, OMAR. (2004a), pp. 174-179.

²⁴⁷ Rodríguez Santander asume una posición opuesta a la de los redactores del anteproyecto. Él sostiene que la urgencia no es una natural al proceso de amparo, sino que ello responde a un asunto de política legislativa. Considera que el hecho que el amparo sea un proceso sumario no lo hace, urgente. "Entre los presupuestos procesales inherentes al proceso de amparo, no hemos mencionado la necesidad de sustentar el denominado 'factor de urgencia'. ¿Por qué? La respuesta es sencilla: porque no lo es. Incorporar ese requisito es un asunto de política legislativa. Y es que una cosa es afirmar que el amparo es un proceso sumario -que lo es- y otra muy distinta afirmar que, 'de modo natural', todo lo que en él se resuelve exige absoluta sumariedad. Decir que el proceso de amparo se encuentra destinado a la protección de derechos constitucionales, no es sinónimo de afirmar que se configura como una 'tutela jurisdiccional de urgencia', por el sencillo motivo de que no toda causa en la que se encuentre en debate la posible vulneración de un derecho constitucional exige una resolución urgente! Varias sí, pero no todas". RODRÍGUEZ SANTANDER, ROGER. (2005). Op. cit., p. 117.

²⁴⁸ Entre los instrumentos internacionales que recogen los mecanismos de protección de los derechos fundamentales y que forman parte del derecho nacional, tenemos los siguientes: artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Especial atención merece este último que nos habla del derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo: "Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

La Constitución no circunscribe la defensa de los derechos constitucionales, vía amparo, a su contenido constitucionalmente protegido; ni tampoco excluye del amparo, por ejemplo, la etapa probatoria. Que ambas cosas se den en la configuración legal del amparo²⁴⁹ -como ocurre también con la cláusula de residualidad- responde a la aspiración (legislativa, doctrinal y jurisprudencial) de que, con tales modos, la acción de amparo es más rápida, más sencilla, más eficaz y, por consiguiente, mejor protectora de los derechos constitucionales. Esa modulación legislativa, doctrinal y jurisprudencial de la acción de amparo puede favorecer el acceso a la jurisdicción constitucional o, por el contrario, puede restringirla.

Esa restricción puede ser la consecuencia a pagar si se quiere un proceso rápido, sencillo y eficaz; pero también podría ser la implementación de políticas de control social justificadas en diversas razones de política jurisdiccional como podrían ser la disminución y la redistribución de la carga procesal; el uso correcto o adecuado de los institutos procesales; la participación judicial en el manejo de los conflictos; la responsabilidad en las decisiones judiciales; el rol excepcional, exclusivo (y excluyente) del Tribunal Constitucional; implementación de filtros de las materias constitucionalmente relevantes y de los causas realmente urgentes, etc²⁵⁰.

Es así que, por ejemplo, la introducción del criterio del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado es un factor de restricción al acceso a la justicia en tanto mecanismo de filtro de las causas a un contorno específico, a un virtual justo límite. No está en discusión que la acción de amparo sólo protege derechos constitucionales y no legales. El problema está en determinar cuándo (y para quién) determinada circunstancia del conflicto responde al contenido constitucionalmente protegido de un derecho. Por ejemplo, ¿por qué la posesión no corresponde al

²⁴⁹ El numeral 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional dispone que “No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”. En el caso concreto del amparo, el artículo 38 indica: “No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”. Por su parte, el artículo 9 señala que “En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa”.

²⁵⁰ En ese sentido, Espinosa-Saldaña señala -sobre la residualidad del amparo- que “Esta modificación en líneas generales parece ser favorable para reconducir al Amparo a aquellas condiciones que le permitirían a sus juzgadores cumplir con los plazos y demás requerimientos propios de este proceso constitucional. Además, servirá para dejar progresivamente sin sustento algunas distorsiones y deficiencias hasta ahora subsistentes en la regulación y jurisprudencia peruanas en el tema del amparo. Ahora bien, este posible mejor funcionamiento del Amparo, tema sin duda de gran importancia, no necesariamente puede traducirse en una mayor y mejor de los derechos fundamentales del justiciable.” ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, ELOY. (2004), p. 29. Del mismo autor también puede verse: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, ELOY. (2005), pp. 149-150.

contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad? No está en discusión que la posesión sea distinta a la propiedad -eso es claro- sino por qué la posesión -en tanto atributo de la propiedad- no debe ser considerada un aspecto protegido del derecho constitucional a la propiedad. Los redactores del anteproyecto del Código Procesal Constitucional nos enseñan que el derecho a la posesión no es un derecho constitucional y por lo tanto queda fuera del amparo²⁵¹. Con ese criterio no se estaría enseñando lo que es el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, sino simple y más básicamente si un derecho es o no constitucional. Pero nos queda la duda porque la posesión es claramente uno de los atributos de la propiedad y bien podría pensarse que dicho atributo tiene protección constitucional. Aunque claro, siempre habrá lugar para la opinión divergente. El contenido constitucionalmente protegido de un derecho será ciertamente un factor de restricción frente a una posibilidad de defensa abierta de los derechos constitucionales. A pesar de sus cuestionamientos, este factor podría encontrar justificación en la necesidad de precisar los derechos y sus circunstancias de nivel constitucional, en un momento histórico determinado²⁵².

²⁵¹ “Así, por ejemplo, es evidente que el derecho de propiedad incluye para su titular la protección de la posesión, pero la posesión -por sí misma- no es un derecho constitucional, por lo que el mero poseedor que no es propietario no puede invocar la defensa de este derecho en un amparo”. Completando las ideas sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos, los redactores continúan exponiendo: “A su vez, la Constitución protege con el amparo derechos como la libertad de contratación o la de asociación; pero ello no autoriza a que cualquier discrepancia o desavenencia suscitada en la ejecución de un contrato o en la marcha de la entidad asociativa, se pretenda dilucidar o resolver por el amparo, salvo aquellos aspectos directamente ligados al contenido esencial constitucionalmente protegido del derecho. En otras palabras, se trata de circunscribir el Amparo a sus justos límites”. ABAD YUPANQUI, SAMUEL, DANÓS ORDOÑEZ, JORGE y otros. (2005). Op. cit., pp. 70-71. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en el sentido que la posesión no pertenece al núcleo duro del derecho constitucional a la propiedad aunque sin dar razones sobre dicha conclusión, salvo lo que la tautología refiere: “c) este Colegiado ha señalado en reiterada jurisprudencia que, si bien el derecho de propiedad tiene reconocimiento y protección constitucional de conformidad con lo establecido en la Norma Suprema, no todos los aspectos de dicho atributo fundamental pueden considerarse de relevancia constitucional. Es esto último lo que sucede precisamente con la posesión, que no obstante configurarse como uno de los elementos que integra la propiedad, no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley, a través de los procesos ordinarios, establece; d) dentro del contexto descrito y no habiéndose acreditado afectación al contenido esencial del derecho de propiedad, la presente demanda constitucional debe declararse improcedente, sin perjuicio de reconocer que la eventual lesión del derecho de posesión por el que se reclama puedan merecer sustanciación y eventual reparación mediante los mecanismos establecidos por los procesos ordinarios.” STC Exp. N° 3782-2004-AA, Yenny Yolanda Cruz Salas vs. Municipalidad Distrital de Aucallama.

²⁵² Como habíamos anotado, una de las características de los derechos fundamentales es ser progresivos: “[Los derechos humanos son progresivos] porque dado el carácter evolutivo de los derechos, en la historia de la humanidad, es posible que en el futuro se extienda la categoría de derechos humanos a otros derechos que en el pasado no se reconocían como tales o aparezcan otros que en su momento se vean como necesarios a la dignidad humana y, por tanto, inherentes a toda persona”. MARCOS-SÁNCHEZ, JOSÉ. (1999). Op. cit.

Este asunto ha sido abordado por el Tribunal Constitucional en la STC, Exp. N° 1417-2005-AA/TC, Manuel Anicama Hernández vs. Oficina de Normalización Previsional. Para el Tribunal Constitucional la regla del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales es consustancial a los procesos constitucionales en tanto protegen derechos de origen constitucional²⁵³. Agrega el Tribunal Constitucional que para tal propósito se debe desentrañar, por un lado, el sustento constitucional directo del derecho invocado²⁵⁴, y por otro lado, el contenido constitucionalmente protegido del derecho²⁵⁵.

Otro caso en que se presenta la modulación restrictiva en la configuración legal del amparo es la ausencia de etapa probatoria. Esta encuentra justificación en la necesidad de implementar un proceso de tutela urgente, rápida, sencilla y eficaz²⁵⁶. Una característica muy importante de esta

²⁵³ STC, Exp. N° 1417-2005-AA/TC, fundamento 8. En verdad esta es una tautología que no explica por qué la protección se reduce a lo constitucionalmente protegido de un derecho constitucional. O será que un derecho fundamental sólo lo es en su contenido esencial, y que la parte no esencial configura otro derecho infraconstitucional.

²⁵⁴ "9. Existen determinados derechos de origen internacional, legal, consuetudinario, administrativo, contractual, etc., que carecen de fundamento constitucional directo, [...]. 10. Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente." STC, Exp. N° 1417-2005-AA/TC, fundamentos 9 y 10.

²⁵⁵ "21. Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente (sic) protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. [...]. 22. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental." STC, Exp. N° 1417-2005-AA/TC, fundamentos 21 y 22.

²⁵⁶ Los redactores del anteproyecto hacen referencia a este hecho en su Estudio Introductorio en los siguientes términos: "Siendo un proceso urgente, el procedimiento se ciñó a las características más salientes de éstos: se empleó sumaria procedimental (...) y lo que es más importante, se empleó sumaria cognitiva (el juez decide si hay audiencia para complementar su información, las pruebas son las documentales y se adjuntan a la demanda o a la contestación). En definitiva, en absoluta correspondencia con la trascendental importancia social del derecho material que tutela, el nuevo proceso de amparo peruano ha utilizado las técnicas procesales más idóneas para proveer al justiciable de un proceso expeditivo". ABAD YUPANQUI, SAMUEL, DANÓS ORDOÑEZ, JORGE y otros. (2005). Op. cit., p. 74. Y en la exposición de motivos del anteproyecto agregan: "Se deja definido sin ambigüedades que la estación probatoria -como se decía hace mucho- no existe en materia procesal constitucional. Se está a la prueba

tutela sumaria y urgente, es que se trata de un proceso de probabilidades. Así, los redactores del anteproyecto del Código Procesal Constitucional señalan, en la exposición de motivos del proceso de amparo que:

“En tal sentido, el procedimiento propuesto privilegia una cognición sumaria de la cuestión debatida en reemplazo de la cognición plena, versión clásica de los procedimientos que tutelan derechos privados. Esto significa que, en la práctica, se opta por una justicia de probabilidad antes que por una justicia de certeza, es decir, llegar antes a una decisión final, aun con merma de un conocimiento completo e integral del tema a ser resuelto”²⁵⁷.

Esta idea también es expresada por Monroy Palacios al tratar la tutela de urgencia satisfactiva:

“(…). Las consecuencias que puede producir el transcurso del tiempo respecto de algunos derechos son tan graves, que la sola consideración de que van a ser discutidos en un proceso de cognición plena transforma la afectación al derecho en irremediable. [...]. Como se advierte, [se requiere] de una solución que sea inmediata y también definitiva, es decir, que sea satisfactiva. A tal efecto surge la Tutela de Urgencia Satisfactiva. [...]. Una pretensión que deba ser admitida en esta

inmediata, instantánea y autosuficiente que se adjunta cuando se demanda o cuando se contesta y, por cierto, se deja en libertad al Juez para que acopie el material probatorio que considere necesario para resolver (artículo 9)”. Ibid., p. 153. También puede verse la STC, Exp. N° 0976-2001-AA/TC, fundamento 3, en la cual el Tribunal Constitucional expone que la inexistencia de etapa probatoria en el amparo obedece a su finalidad y objeto pero no a su carácter sumario: “De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional. Como dice Juventino Castro [El sistema del derecho de amparo, Editorial Porrúa, México 1992, Pág. 169] “en el (...) amparo hay dos hechos a probar esencialmente: la existencia del acto reclamado, que en ocasiones es una cuestión de hecho, y su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que generalmente es una cuestión de derecho, valorable finalmente por el juzgador”. Por ello, si en el amparo no hay conflicto de derechos e intereses “subjetivos” contrapuestos entre partes, ello es porque los términos de la controversia giran fundamentalmente en torno a una cuestión de interpretación constitucional. Y, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal Alemán, dicha interpretación “tiene la naturaleza de un disenso en el que se mencionan los argumentos a favor y en contra y finalmente se llega a una resolución de acuerdo con las mejores” [BverfGE, 82, 30 (38-39)]. La inexistencia de la estación de pruebas, por tanto, no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo, sino de la finalidad y el objeto del proceso”. Eusebio Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú SAA.

²⁵⁷ ABAD YUPANQUI, SAMUEL; DANÓS ORDOÑEZ, JORGE y otros. (2005). Op. cit., pp. 117 y 152.

forma tan especial de tutela debe tener una probabilidad intensa, es decir, una elevada posibilidad de ser acogida”²⁵⁸.

Y agrega:

“Una buena forma de comenzar a entender la participación de las técnicas de aceleración en el curso del proceso y, en especial, a través de las distintas formas de tutela que venimos analizando, pasa por verificar que se presentan, plenamente identificables, dos modelos de sumarización: una sustancial o de carácter cognitivo y otra formal o meramente procedimental. La primera supone que el conocimiento pleno o la certeza no constituye el único mecanismo para otorgar una tutela efectiva a las situaciones jurídicas que son tratadas en el proceso. Al lado de ella, comenzamos a observar que una justicia de probabilidades también resulta permisible en los casos que revisten un cierto carácter de urgencia en su solución (...)”²⁵⁹.

Esa probabilidad no enerva el pronunciamiento de fondo. Pone en evidencia que la actividad probatoria será, en principio, a la vista, sin necesidad de mayores indagaciones y que, por tanto, sin medios probatorios inmediatos existe un elevado riesgo de que la pretensión sea desestimada²⁶⁰. Lo cual no significa que bajo el argumento de la necesidad probatoria se desechen los procesos, puesto que no puede olvidar que una importante fuente de convicción o certeza lo constituyen las presunciones simples -no las conjeturas-, argumentos probatorios que a partir de los indicios y de la razón permiten conocer los hechos²⁶¹. De ahí que el filtro

²⁵⁸ MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. (2004), pp. 87-88.

²⁵⁹ MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. (2004), pp. 295-296.

²⁶⁰ “(...)”, en los procesos constitucionales en los cuales no existe etapa probatoria, la posibilidad de la tutela de los derechos constitucionales queda condicionada a que el acto lesivo pueda ser plenamente probado en ella, pese a la [in]existencia (sic) de etapa probatoria correspondiente”. STC, Exp. N° 0200-2001-AA/TC, Arturo Cueva Ayambo vs. EPS Loreto S.A.

²⁶¹ El Tribunal Constitucional en más de una ocasión ha concluido que el amparo es improcedente por carecer de etapa probatoria, sin explicar cuál es la dificultad probatoria que se presenta en el caso concreto: “Merituados los argumentos de las partes, así como las instrumentales obrantes en el expediente, este Colegiado considera que el amparo no resulta la vía idónea para dilucidar la materia controvertida, pues para ello se requiere de una estación probatoria adecuada, de la cual carecen los procesos constitucionales como el presente, en los cuales sólo procede estimar la demanda cuando la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales resulta evidente y plenamente acreditable con las instrumentales acompañadas a la demanda o recabadas durante el proceso, lo que, sin embargo, no sucede en el caso de autos. Por tal motivo, la demanda debe ser desestimada”. STC, Exp. N° 3242-2004-AA/TC, fundamento 4, Esteban Jiraldes Aguilar Quispe vs. DIGEMID. Sin embargo, en otra ocasión el Tribunal Constitucional echó mano de las presunciones simples para dar por cierta que la renuncia no fue vo-

de lo evidente o palpable no debería utilizarse como un argumento fácil para denegar justicia²⁶².

Finalmente, si como hemos visto la alternatividad sería la consecuencia lógica de contar con un proceso de amparo y con otros medios de solución (incluido otro proceso judicial) teniendo así un acceso amplio a la justicia, la residualidad se inserta como una limitación a la misma, no sólo porque tamiza la protección constitucional (limitación al acceso a la jurisdicción constitucional), sino también porque su empleo o determinación reviste tan elevada complejidad que obstaculiza el acceso a la jurisdicción constitucional como también a la jurisdicción ordinaria.

VI. LA REPRESIÓN COMO JUSTIFICACIÓN DE LA RESIDUALIDAD DEL PROCESO DE AMPARO

Dice el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que los fines de los procesos constitucionales son garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales²⁶³.

luntaria sino forzada. Por cierto, no sin alguna inclinación protectiva como cuando reclama su deber de amparar la pretensión demandada. En la STC, Exp. N° 0628-2001-AA/TC, expuso lo siguiente: “3. Telefónica del Perú S.A.A. no niega los hechos que anteceden y tampoco acredita lo contrario, expresando sólo su disconformidad con la interpretación de los mismos, por lo que existe la necesidad de que este Tribunal Constitucional evalúe una serie de hechos significativos (...). 4. Los hechos descritos en la demanda, llevados a cabo para dar cumplimiento a una disposición de la Oficina Principal de Telefónica del Perú S.A.A., con el mecanismo de trasladar a la recurrente en horas de la noche a una localidad distinta a la de su centro de trabajo habitual, contrastan con cualquier presunción de que el propio trabajador, haya sido quien voluntariamente optó por extinguir su vínculo laboral. Por el contrario, aparece una declaración de voluntad cuyo instrumento es presentado en la mesa del funcionario indicado, pero bajo un cargo de recepción, que en este caso no existe, como tampoco aparece en dicha carta el lugar o ciudad donde se giró, actos éstos que ponen de manifiesto la ventaja numérica y funcional con que ha actuado la empresa demandada para la obtención de su propósito. 5. La circunstancia de que la demandada, le haya girado a la denunciante el importe de la liquidación que obra a fs. 89 de autos, carece de eficacia legal, probado como está el error inducido y la intención con que se actuó, lo que por consiguiente hace irrisoria la carta de renuncia de fs. 16. 6. El Derecho del Trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22 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 fundamentales, 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, por lo que este órgano de control constitucional estima su deber el amparar la pretensión demandada, máxime si se trata de cautelar un derecho inabdicable, que goza del beneficio de la interpretación en favor, según lo prescrito por el artículo 26 de nuestra Ley de Leyes”. Elba Graciela Rojas Huamán vs. Telefónica del Perú SAA.

²⁶² Abad Yupanqui sostiene que cuando los actos lesivos no sean manifiestos no puede recurrirse al amparo: “Si el agravio imputado al acto lesivo no es manifiesto o palmario, aquel podrá ser cuestionado a través de los demás procedimientos judiciales más no mediante la vía constitucional del proceso de amparo”. ABAD YUPANQUI, SAMUEL. (2003), p. 333.

²⁶³ Esto también es sostenido por los autores del anteproyecto. Cf., ABAD YUPANQUI, SAMUEL, DANÓS ORDÓÑEZ, JORGE y otros. (2005). Op. cit., pp. 17, 34-35.

Para tal fin, en el caso del amparo, no utilizan la cláusula de alternatividad sino la de residualidad que, como vimos, restringe y pone obstáculos en el acceso a la justicia. ¿Cuál es entonces el propósito de introducir la cláusula de residualidad? Entendemos que no otra que la represión conforme pasamos a sostener.

Es de notarse que tanto los redactores del anteproyecto del Código Procesal Constitucional como los congresistas que sustentaron el proyecto en el Pleno del Congreso, si bien parten por afirmar la necesidad insoslayable de la defensa de los derechos fundamentales y de la supremacía de la Constitución, entiende que el mecanismo de garantía debe ser excepcional para que se utilice en sus justos límites y evitar así la amparización²⁶⁴ del pasado.

En efecto, cuando los reales autores del Código Procesal Constitucional abordan la justificación de la cláusula de residualidad, parten por señalar que la alternatividad facilitó la procedencia del amparo y que ello era una intención loable en tanto evitó, en el pasado, que las acciones de garantía fuesen declaradas improcedentes por los órganos judiciales bajo el aparente argumento que existían otras vías disponibles y más apropiadas²⁶⁵. A ello suman el contexto doctrinario, político y legislativo en que se promulga en 1982 la Ley N° 23506: la dictadura inmediatamente anterior que hacía necesario otorgar normas garantistas y ágiles, los estudios constitucionales y procesales que recién estaban en sus inicios, y una legislación desfasada como el Código de Procedimientos Civiles de 1912²⁶⁶. Así, si bien se reconoce que la alternatividad facilita el acceso a la justicia constitucional, resulta que ello respondería a un contexto del pasado: tiempos próximos a la dictadura, una doctrina poco formada y antecedentes legislativos de antigua data²⁶⁷.

Los tiempos nuevos -se diría- sin avatares políticos, con una doctrina sólida,

²⁶⁴ Bajo la expresión amparización se alude al fenómeno de la práctica forense de abuso del amparo, en el trámite de cualquier clase de pretensión.

²⁶⁵ Cf. con el Estudio Introdutorio al Código Procesal Constitucional. ABAD YUPANQUI, SAMUEL, DANÓS ORDÓÑEZ, JORGE y otros. (2005). Op. cit., pp. 71-72.

²⁶⁶ Véase la Exposición de Motivos del anteproyecto y proyecto de Código Procesal Constitucional. *Ibíd.*, pp. 103, 137-138. Pero pareciera ser que la Ley N° 23506 no contempló conscientemente la cláusula de alternatividad, sino que más bien ello fue fruto de la jurisprudencia que entendió dicha cláusula como más propicia para la tutela de los derechos constitucionales. En ese sentido, cuando el inciso 3 del artículo 6 de la Ley N° 23506 declaraba la improcedencia del amparo por haberse acudido a la vía ordinaria, lo que estaba impidiendo es que una misma pretensión se trate paralelamente en la vía del amparo y en la vía ordinaria, regla procedimental que responde al concepto de interés para obrar y que, por ejemplo, da sustento a la excepción de litispendencia. Cf. MESÍA RAMÍREZ, CARLOS. (2004). Op. cit., pp. 118-119.

²⁶⁷ Esta idea es coincidente con lo sostenido por García Belaúnde: “La ley 23506 de 1982, al regular lo que llamó entonces acción de Amparo, lo considerando que ante la violación de alguno de los derechos fundamentales que ella protegía, el presunto agraviado podía escoger, libremente, entre recurrir a los procesos judiciales contenidos en los diversos códigos o leyes especiales, o utilizar el Amparo [...]. Lo normal era ir a las vías ordinarias y dejar las otras, las extraordinarias, para casos que así lo fuesen. Esta es la

moderna y ya cuajada, y la legislación procesal de avanzada no justificarían más la facilidad de acceso a la justicia constitucional antes loable. Más aun, cuando la cláusula de alternatividad ha significado serios problemas “porque la norma facilitó la indebida utilización del amparo por muchos litigantes, (...). Hubo, sin lugar a dudas, un exceso de amparos que abarrotaron los estrados judiciales y lo convirtió en el sucedáneo de los demás procesos”²⁶⁸. Es este uso indebido de los amparos lo que motiva el establecimiento de la cláusula de residualidad, cuya finalidad será “pone[r] coto a una de las más severas distorsiones producidas mediante la instrumentación del amparo, ocasionada por la actuación poco rigurosa de muchos abogados y litigantes que, lamentablemente no supo ser corregida por el órgano judicial”²⁶⁹. Es decir, reprimir al ciudadano en el acceso a la jurisdicción constitucional.

situación, por ejemplo, de la Argentina. En el Perú en 1982, por el contrario, esta posibilidad se dejó al libre arbitrario (sic) del afectado, pero precisándose que el Amparo quedaba cerrado, si previamente se optaba por la vía procesal ordinaria. Esto se consideró así por varias razones: en primer lugar, porque los códigos procesales vigentes en 1982, no eran expeditivos, y algunos, como los procesos civiles, remontaban a 1912 y eran considerados, aun en su época, como poco garantistas. Lo segundo, porque se desconfiaba del aparato judicial en general. Y por último, se salía de una dictadura de doce años, y se quería dar toda clase de facilidades para que los afectados dispusiesen de todo tipo de garantías. Lo que pasó fue algo que resultó ser funesto: como la ley otorgaba un trámite sumario al Amparo, más que a cualquier otra figura procesal, y como a su vez, su tramitación era más rápida y se podía esperar una mejor acogida al llegar al más alto nivel (Tribunal de Garantías Constitucionales, hoy Tribunal Constitucional), se empezó a usar el Amparo en forma desmedida y abusiva. Esto produjo una sobrecarga procesal innecesaria y un abuso de ella, que a la larga creó una instancia adicional más y nuevas dilaciones. Y en cuanto al Amparo mismo, pensado para durar pocos meses, empezó a dilatarse durante años, y esto fue agravándose con el tiempo. Con esta experiencia acumulada, contando con mejoras (sic) normas procesales, viviendo en democracia y esperando un mejor funcionamiento de la judicatura, es que el proyecto ha cambiado sustancialmente la figura del Amparo, dándole una configuración residual o supletoria. Y entendido esto como que el Amparo sólo debe usarse en situaciones extraordinarias y cuando además no existan vías específicas para cubrir satisfactoriamente y en tiempo prudencial, la protección que se invoca. Ahora bien, el peligro que esto encierra es que los jueces, temerosos y a fin de evitar presiones procesales, recurran al fácil recurso de rechazar la demanda, arguyendo que el petitório puede ser satisfecho adecuadamente en otras vías, las ordinarias, y no en la extraordinaria del Amparo. En este supuesto, recae una enorme responsabilidad sobre el Juez, pues no deberá limitarse a rechazar cómodamente la demanda, sino deberá indicar cuál es el proceso específico que debe usar el demandante, pues si no lo hace, estaría no sólo vulnerando la garantía contenida en la ley, sino adicionalmente, creando indefensión, si es que la nueva vía no es la adecuada. Una vez más la configuración del instrumento jurídico, reposa en gran parte en los operadores del Derecho, y sobre todo en el juez, que tiene sobre sí la inmensa responsabilidad que hace efectivo este instrumento procesal.” GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO. (2004). “El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú”. En: SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. (2004), pp. 283-284.

²⁶⁸ Ibid., p. 72.

²⁶⁹ Ibid., p. 73. “El fundamento de esta norma [la cláusula de residualidad] es corregir una grave distorsión observada en la utilización e instrumentación indebida del amparo en los últimos años”. Ibid., p. 70. Véase también pp. 32, 117-118, 151-152. Por cierto, la finalidad represiva de la cláusula de residualidad fue cuestionada en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso en cuya opinión la misma debía suprimirse: “En el artículo 5 del proyecto, en opinión de esta Comisión, debe suprimirse el inciso 2 por cuanto la causal de improcedencia que prevé dicho inciso, puede llevar a una práctica restrictiva de las acciones de garantía, toda vez que por lo general, respecto de los actos vulneratorios (sic) de los derechos constitucionales siempre se encontrará cobertura en alguna vía procedimental ordinaria; empero, aun así existirá la necesidad de recurrir a los procesos constitucionales. En todo caso, debe tenerse

Pero el fenómeno de la amparización que reprime el Código Procesal Constitucional, no parece ser sólo un problema de abogados y ciudadanos poco cívicos. Tampoco parece ser que la facilitación de acceso ya no se justifique porque la dictadura militar esté lejos de nuestra historia, o porque los estudiosos hayan aprendido más del derecho constitucional y del derecho procesal o porque haya, en efecto, códigos procesales post modernos.

Lo extraordinario del amparo no es su dificultad de acceso sino la finalidad garante que cumple. Ni la dictadura es un asunto tan remoto en la historia nacional, ni podría afirmarse que la democracia peruana impediría alguna posibilidad dictatorial en el futuro. Con o sin dictaduras, las violaciones a los derechos constitucionales pueden venir de distintas direcciones.

La preocupación en la eficacia horizontal de los derechos humanos *inter privados* se motiva, por ejemplo, no en la protección hacia el Estado sino en la protección hacia otras personas privadas donde los supuestos de discriminación o abuso de las posiciones económicas o sociales son asunto diario. Por su parte, los mejores y más sólidos estudios doctrinales y la construcción consecuente de mejores leyes tampoco son seguridades de violaciones residuales o esporádicas de los derechos fundamentales. En verdad nada tiene que ver lo uno de lo otro, porque quienes violan o amenazan los derechos no son únicamente los abogados, ni su mayor conocimiento garantiza de que no obrarán en ese sentido.

Más bien, los estudios doctrinales y las mejores leyes lo que deberían producir son, además de buenos y responsables abogados, mejores jueces: más capacitados, más al servicio de los usuarios del sistema de justicia, más explicativos de sus decisiones, más responsables.

En un país donde la formación universitaria es deficiente y donde el CERIAJUS ha puesto en evidencia las profundas carencias de los jueces, la residualidad no parece ser la mejor garantía de protección de los derechos constitucionales. Y es que el fenómeno de la amparización no legitima por sí misma la cláusula de residualidad. ¿Sabemos las causas de por qué los amparos han abundado en nuestra reciente historia judicial, además de los malos abogados y litigantes? Pues no hay datos pero, como se puede inferir, si los amparos abundaron sería por su eficiencia: eficiencia para ganar o para entorpecer. Eficiencia, en todo caso, concedida por los mismos jueces que hoy aplicarán la cláusula de residualidad.

presente que el aspecto limitante será la necesidad o no de etapa probatoria respecto del caso concreto. Así, en la legislación actual se establece como causal de improcedencia sólo 'cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria (artículo 6 inc. 3 de la Ley N° 23506), que también es contemplado en el proyecto materia de análisis, en el inciso 3 del artículo 5, lo que sería suficiente". *Ibíd.*, pp. 256-257.

No puede negarse que la eficiencia del amparo no está sólo en ser un proceso sencillo y rápido, sino también en la consideración que mediante el amparo se han conseguido cosas que la vía ordinaria no proporcionaría, entre otras razones, por el factor creador que en el amparo se muestra con mayor intensidad: el control difuso de la Constitución, a lo que habría que sumar el factor de multiplicación que las sentencias de amparo generan, sobre todo proviniendo del Tribunal Constitucional, resonancia que no tienen las decisiones de la Corte Suprema por lo difusa de su jurisprudencia y por lo variada y cambiante conformación de sus miembros. Eso es lo extraordinario del amparo que la cláusula de residualidad niega.

VII. LA RESIDUALIDAD EN LA JUSTICIA LABORAL CONSTITUCIONAL: DELIMITACIÓN DE LA JUSTICIA LABORAL CONSTITUCIONAL Y LA JUSTICIA LABORAL ORDINARIA CONFORME AL PRECEDENTE VINCULANTE DISPUESTO EN LA STC, EXP. N° 206-2005-PA/TC

En el Exp. N°206-2005-PA/TC²⁷⁰ el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los contornos de la cláusula de residualidad en materia laboral individual privada y pública²⁷¹. Tres son los factores que la hacen importante: la

²⁷⁰ En los seguidos por César Antonio Baylón Flores Vs. Eps Emapa Huacho SA., sobre protección contra el despido arbitrario. Sentencia publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de diciembre del 2005. El punto 3 de la parte resolutive de la misma señala: “Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, supra, constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial El Peruano, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente”.

²⁷¹ No es la primera vez que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la cláusula de residualidad contenida en el numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional. En la STC, Exp. N° 4196-2004-AA/TC, fundamento 6, dijo: “Que tanto lo que estableció en su momento la Ley N° 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al Amparo Alternativo y al Amparo Residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario”. Sentencia publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 19 de setiembre del 2005. También con anterioridad, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre un tema estrechamente vinculado: el contenido constitucional directamente protegido del derecho invocado. STC, Exp. N° 1417-2005-AA/TC, Manuel Anicama Hernández vs. ONP, sobre materia pensionaria, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de julio del 2005, la misma que, a su vez, es precedente vinculante. Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha vuelto sobre el análisis de la vía procedimental específica igualmente satisfactoria en la STC N° 04611-2007-PA/TC, publicada el 15 de abril del 2010. En esta sentencia el Tribunal Constitucional (fundamentos 14 y 15) regresa a la idea de la vía igualmente satisfactoria en tanto permita conseguir lo mismo que en el amparo: “14. La vía igualmente satisfactoria como el proceso de amparo representa la existencia de otro proceso que logre solventar las mismas pretensiones -y en condiciones similares- que se pueden conseguir en aquél. Cuando la persona plantea una demanda de amparo desea la tutela de un derecho fundamental específico en clave subjetiva, incluso la salvaguardia de un estatus objetivo. El accionante desea la tutela efectiva de sus derechos e intereses en cuanto a su calidad de comunidad nativa, y a partir de tal determinación, se ha de retornar al estado anterior al momento de la vulneración del derecho (acción precisa o amenaza). 15. Desde una perspectiva subjetiva-sustantiva de la subsidiariedad del amparo, del análisis de las circunstancias

delimitación de los supuestos de competencia de la justicia laboral constitucional (qué es lo que se debe conocer en un proceso de amparo), la consecuente delimitación de la justicia laboral ordinaria laboral (qué es lo que se debe conocer en un proceso laboral ordinario), y su efecto normativo al haberse declarado determinados fundamentos de la misma precedentes vinculantes²⁷².

En las páginas que siguen nos preguntamos sobre cuáles son las consecuencias que este pronunciamiento trae en la definición del acceso a la justicia laboral ordinaria y constitucional.

VII.1. Las reglas particulares afirmativas de la residualidad o qué pretensiones corresponden al amparo

Junto con las reglas que pretenden ser generales o abstractas para la procedencia del amparo –que veremos más adelante–, el Tribunal Constitucional da particulares reglas de competencia a partir del análisis de las pretensiones. Estas reglas particulares corresponden al ámbito del derecho individual del trabajo, privado y público²⁷³.

del caso, deriva la necesidad de una solución rápida para evitar que el daño se torne irreparable: ‘factor de urgencia’. Entonces, la pregunta que debería este Colegiado responder es si la pretensión que subyace a la demanda puede ser conseguida en otros tipos de procesos”.

²⁷² Cf. el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que establece el efecto normativo de los extremos de una sentencia cuando así es indicado por el Tribunal Constitucional. Que una sentencia tenga efecto normativo significa que todos los operadores jurídicos aplicarán determinada norma en el sentido interpretado por el Tribunal Constitucional, incluso, aunque parezca obvio, los jueces. El conflicto que podría presentarse con el principio de autonomía de los jueces es resuelto por el Tribunal Constitucional con base en el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley: “Desde luego, cuando se establece que determinados criterios dictados por este Tribunal resultan vinculantes para todos los jueces, no se viola la independencia y autonomía del Poder Judicial, reconocidas en el artículo 139, inciso 2, de la Constitución, sino que, simplemente, se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (artículo 2, inciso 2); máxime, si es a partir del reconocimiento de su supremacía normativa que la Constitución busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y su consecuente aplicación (artículos 38, 45 y 51 de la Constitución). Debe recordarse que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última ratio en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución)”. STC, Exp. N° 0030-2005-PI, fundamento 48.

²⁷³ El Tribunal Constitucional ha precisado que estas reglas de residualidad son solamente aplicables al ámbito del derecho laboral individual, público y privado, pero no al ámbito del derecho colectivo del trabajo. Así, en la STC, Exp. N° 3311-2005-PA/TC, fundamentos 10 y 11, se precisa lo siguiente: “10. Por su parte, el abogado de la demandada alega, ante esta instancia, que conforme al precedente vinculante recaído en el Exp. N° 206-2005-PA/TC, la demanda de amparo debería ser declarada improcedente puesto que debe resolverse a través de la vía ordinaria laboral. Asimismo, añade que la demandada en ningún momento vulneró el derecho a la libertad sindical del recurrente. 11. El Tribunal Constitucional no comparte el planteamiento del abogado. La sentencia recaída en el Exp. N° 206-2005-PA/TC, establece precedentes vinculantes acerca de la competencia de esta sede para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, pública o privada. Consecuentemente, se preserva la competencia de este Colegiado para conocer casos que involucren violaciones a los derechos constitucionales laborales de carácter colectivo. (...)” Caso Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha vs. Compañía Minera Atacocha SA.

Para el ámbito del derecho individual del trabajo privado, el Tribunal sienta las siguientes reglas de competencia de la justicia laboral constitucional (las pretensiones respecto de las cuales el amparo es procedente):

- Reposición por despido arbitrario incausado.
- Reposición por despido arbitrario fraudulento.
- Reposición por despido motivado en la afiliación sindical.
- Reposición por despido motivado en la participación en actividades sindicales.
- Reposición por despido motivado en la condición de dirigente sindical.
- Reposición por despido motivado en la condición de representante o candidato de los trabajadores, o por haber actuado en esa condición²⁷⁴.
- Reposición por despido motivado en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma u otra de cualquier índole.
- Reposición por despido motivado por ser portador del VIH/SIDA²⁷⁵.
- Reposición por despido motivado en la maternidad²⁷⁶.
- Reposición por despido motivado en la condición de impedido físico o mental²⁷⁷.

²⁷⁴ En la STC, Exp. N° 0976-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional expresó que uno de los motivos que habilita el amparo en caso de despido nulo era cuando “se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición)”, además, por cierto, de la afiliación sindical y la participación en actividades sindicales. Dicho motivo no está expresamente considerado en la STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC y podría pensarse que, en consecuencia, queda excluido de la protección mediante el amparo. Sin embargo, dada la amplia protección que el Tribunal Constitucional despliega sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación (fundamentos 10 al 14) cabe concluir -en todo caso- que tal motivo está implícito en el concepto de dirigente sindical o bien, en el concepto de participación en actividades sindicales. Esto por cierto, sin olvidar que en la misma STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 7, el Tribunal señala que los criterios establecidos en el Exp. N° 0976-2001-AA/TC “se mantendrán en esencia”. Esa es la razón por la cual -además de la amplia cobertura dada a la libertad sindical y al derecho de sindicación, así como a una interpretación extensiva más protectora de los derechos fundamentales- listamos separadamente este supuesto.

²⁷⁵ En la STC, Exp. N° 0976-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional también señaló que uno de los motivos que habilita el amparo en caso de despido nulo era cuando “se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida”. Este motivo no está expresamente considerado en la STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC y podría pensarse que, en consecuencia, queda excluido de la protección mediante el amparo. Sin embargo, dicho motivo a partir de una interpretación extensiva sobre las razones de discriminación encajaría perfectamente en la cláusula abierta “de cualquier otra índole” indicada por el Tribunal en el fundamento 15 de su sentencia. Nosotros listamos este supuesto separadamente para una mejor concreción en el acceso a la justicia laboral constitucional. Igualmente, no hay que olvidar que en la misma STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 7, el Tribunal señala que los criterios establecidos en el Exp. N° 0976-2001-AA/TC “se mantendrán en esencia”.

²⁷⁶ En la STC, Exp. N° 0976-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que uno de los motivos que habilita el amparo en caso de despido nulo era cuando “se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto)”.

²⁷⁷ En la STC, Exp. N° 0976-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional se refirió a dicho supuesto en términos más sencillos: “Se despide al trabajador por razones de discapacidad”.

De otro lado, para el ámbito del derecho individual del trabajo público el Tribunal da las siguientes reglas de competencia de la justicia laboral constitucional:

- Reposición por despido motivado en la afiliación sindical.
- Reposición por despido motivado en la participación en actividades sindicales.
- Reposición por despido motivado en la condición de dirigente sindical.
- Reposición por despido motivado en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma u otra de cualquier índole.
- Reposición por despido motivado en la maternidad.
- Reposición por despido motivado en la condición de impedido físico o mental.

Estas reglas particulares que afirman la competencia de la justicia laboral constitucional operan siempre que la pretensión de reposición en el empleo esté fundamentada en alguna de ellas. Respecto de estas pretensiones no hay necesidad de superar el control de las tres reglas generales o abstractas, ni hay que demostrar que la vía ordinaria no es idónea, ni que existe una necesidad de protección urgente, ni que se trata de una situación especial.

El Tribunal Constitucional ha estimado que la vía del amparo es procedente en estas particulares pretensiones siempre que se recurra a ella. Y es que estima que, en esos casos, no existe una vía procedimental igualmente satisfactoria: o bien porque la pretensión no es posible de alcanzar en la vía ordinaria (caso de la reposición frente al despido arbitrario incausado y fraudulento²⁷⁸); o bien porque tras el derecho constitucional invocado existe un caso de urgencia -una urgencia abstracta- “dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados [constitucionales]”²⁷⁹ (caso del despido nulo

²⁷⁸ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 7: “En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados”. Se refiere al despido incausado, el despido fraudulento y el despido nulo, sin embargo, en estricto, dicho criterio no aplica al caso del despido nulo por dos razones: primera, porque el despido nulo -a contrario de lo indicado- es el único supuesto que legislativamente permite la reposición (artículo 34 del Texto Único Ordenado del D. Leg. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. N° 03-97-TR) no así el despido arbitrario del cual el incausado y el fraudulento son la especie; y segunda, porque el despido nulo es tratado por el Tribunal Constitucional como un caso de urgencia.

²⁷⁹ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 9: “Con relación al despido nulo, ..., el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados”.

por razones de discriminación²⁸⁰); o bien porque se trata de situaciones especiales (caso de la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación²⁸¹, la especial protección a la mujer durante el embarazo²⁸², y la especial atención a la protección de los minusválidos²⁸³). Esto, que es válido en el ámbito del derecho individual privado, también lo es para el público²⁸⁴.

Decir que estas reglas particulares que afirman la competencia de la justicia laboral constitucional operan siempre que la pretensión de reposición en el empleo esté fundamentada en alguna de ellas y que, por tanto, la vía del amparo es procedente siempre que en esos supuestos se recurra a ella, no enerva que los justiciables también puedan recurrir, si lo estiman conveniente, a la vía judicial laboral ordinaria.

Esto es reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional para el caso del despido nulo en el ámbito del derecho individual laboral privado. “Por tanto, -dice el Tribunal- cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente”²⁸⁵.

²⁸⁰ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 15: “Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, (...)”.

²⁸¹ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamentos 13 y 14: “13. (...). Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado. 14. (...). Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos”.

²⁸² STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamentos 15: “(...), así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23 de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a) y d) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas)”.

²⁸³ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, segundo párrafo del fundamento 15: “Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7 y 23 de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18 del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”.

²⁸⁴ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 24, in fine: “(...)Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 supra”.

²⁸⁵ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 16.

Pero esta aparente alternatividad -o mejor dicho, disponibilidad- no contradice la residualidad del amparo. Como se expuso, el hecho que ante la afectación de un derecho constitucional se tenga a la mano la acción de amparo -superada ahora la cláusula de residualidad que impone (y limita) el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional- no significa que la única vía de solución sea o tenga que ser el amparo sino solamente que es una vía disponible y, en ese sentido, alternativa. Alternatividad o disponibilidad no sólo frente a otras vías procesales judiciales sino -desde una perspectiva del conflicto- frente a otras formas de solución que el ciudadano pudiese optar, incluida la posibilidad de dejar irresoluto el conflicto.

Esta misma disponibilidad es predicable no sólo en el caso del despido nulo sino también para el resto de los supuestos en los que el amparo resulta procedente. Y es que si bien en atención a la pretensión, no siempre habrá una vía procedimental igualmente satisfactoria que el amparo -y por ello el amparo será procedente- siempre habrá, por defecto, una vía procesal ordinaria donde tramitar una pretensión.

Ahí están los artículos 475, 486 y 546 del Código Procesal Civil que indican los procedimientos de trámite en los casos que una pretensión no tenga una vía determinada. También, el literal l) del numeral 2 del artículo 4 de la Ley Procesal del Trabajo que dispone que los juzgados de trabajo conocen “las demás [pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos] que no sean de competencia de los juzgados de paz letrados”, y el literal c) del numeral 2 del artículo 4 de la Ley Procesal del Trabajo que dispone la competencia de los juzgados de trabajo (o mixtos) para las pretensiones sobre “el incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza”.

De igual modo, el inciso 1 del artículo 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. En el ámbito del derecho individual público se tiene el numeral 6) del artículo 4 de la Ley N° 27584 que dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente de la administración pública son impugnables en el proceso contencioso administrativo, y el inciso 4 del artículo 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo que, de igual modo, señala que se conocen “en proceso contencioso administrativo conforme a la ley de la materia, las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público; (...)”.

Asunto distinto es que una determinada pretensión constituya un imposible jurídico. En ese caso, ni la vía ordinaria ni la vía constitucional

serían susceptibles de brindar la protección solicitada²⁸⁶. Cuando el Tribunal Constitucional sostiene que frente al despido nulo es posible recurrir, a elección del demandante, a la vía ordinaria o al proceso de amparo solicitando la reposición en el empleo pero omite hacer la misma referencia respecto del despido incausado y el despido fraudulento (especies del despido arbitrario) es porque entiende que la reposición a consecuencia del despido arbitrario no es posible de obtenerse en la vía laboral ordinaria²⁸⁷.

Por ello concluye que, en esos supuestos, al no existir una vía alternativa igualmente satisfactoria, el amparo es procedente²⁸⁸. La pregunta que cabe hacerse es por qué la reposición derivada de un despido arbitrario incausado o un despido arbitrario fraudulento sería un imposible jurídico en la vía ordinaria. La respuesta estaría, al parecer, en el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral²⁸⁹, que dispone el pago de una indemnización como única reparación por haber ocurrido el despido sin expresión de causa (despido incausado) o por no haber podido, el empleador, demostrarla en juicio (eventualmente por tratarse de un despido fraudulento).

Así, el afectado al recurrir a la vía laboral ordinaria no podría reclamar (y eventualmente obtener) otra cosa que el pago de la indemnización como única reparación por el daño sufrido. Sólo en el amparo, por su eficacia

²⁸⁶ Cabe recordar que, en la aplicación del derecho, es posible que “se arribe a la conclusión que el hecho ocurrido no sea de aquellos jurídicamente relevantes. Es decir, nos enfrentaríamos ante un supuesto no jurídico, sin norma alguna que lo contemple, pero además, sin que deba estar normado. Este sería un caso perteneciente al ‘vacío del Derecho’. Los dos límites de las fronteras del vacío del Derecho son: primero, la consideración que ‘nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe’ en relación a la libertad de personal; y el segundo, que cuando rige el principio de competencia asignada solamente puede hacerse lo que está expresamente atribuido. (...). Ahora, si el hecho es jurídicamente irrelevante la consecuencia para el proceso sería la declaratoria de improcedencia de la demanda por contener un petitorio jurídicamente imposible.” PAREDES PALACIOS, PAUL. (1997), p. 223. En ese sentido, el inciso 6 del artículo 427 del Código Procesal Civil determina: “El Juez declarará improcedente la demanda cuando (...) 6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; (...)”.

²⁸⁷ STC, Exp. N° 0976-2001-AA/TC, fundamento 13 b.1: “En efecto, un modelo de protección procesal, estrechamente ligado al régimen de protección sustantiva, que aquí se ha denominado de carácter reparador, es lo que sucede con la acción indemnizatoria o, excluyentemente, la acción impugnatoria de despido (con excepción del supuesto de despido “nulo”) en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. En tal supuesto, el régimen de protección procesal se encuentra inexorablemente vinculado con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 728, pues, de advertirse que el despido del que fue objeto un trabajador fue arbitrario, el juez laboral no podrá tutelar el derecho más allá de lo que en dicha legislación se prevé a propósito de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada; es decir, ordenar el pago de la indemnización correspondiente.”

²⁸⁸ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 7, in fine: “(…), entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados”.

²⁸⁹ Aprobada por D.S. N° 003-97-TR.

restitutoria²⁹⁰, podría obtener su reposición en el empleo.

No compartimos el criterio del Tribunal Constitucional por el cual la reposición en el empleo en los casos de despido incausado y fraudulento sólo es posible de obtener en el amparo y no en la vía laboral ordinaria por dos razones. La primera razón es porque el mismo Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad del primer extremo del segundo párrafo del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral²⁹¹.

La STC, Exp. N° 1124-2001-AA/TC²⁹² marcó un hito en la concepción de la estabilidad laboral en el Perú. En efecto, con base en la presunción de constitucionalidad de las leyes fue corriente, hasta ese momento, que los empleadores extinguieran unilateralmente los contratos de trabajo sin ninguna expresión de causa²⁹³. En la STC, Exp. N° 1124-2001-AA/TC el Tribunal Constitucional interpreta que la extinción unilateral de los contratos de trabajo al amparo del citado artículo 34 (sin invocación de causa) es inexorablemente inconstitucional²⁹⁴.

²⁹⁰ Cf. artículo 1 del Código Procesal Constitucional donde se señala que la consecuencia de la protección de los derechos constitucionales es la reposición de las cosas al estado anterior al de la violación o amenaza. De ahí que cuando ya no quepa reponer las cosas al estado anterior (porque cesó la amenaza o violación o porque el daño es irreparable) el amparo resulte improcedente (numeral 5 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional).

²⁹¹ Recordemos que el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S. N° 003-97-TR, señala lo siguiente: “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido”. El extremo declarado inconstitucional es únicamente el primero referido al despido arbitrario sin expresión de causa.

²⁹² STC, Exp. N° 1124-2001-AA/TC, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú SA. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú vs. Telefónica del Perú SAA. y Telefónica Perú Holding SA., publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de septiembre del 2002.

²⁹³ En esa misma sentencia el Tribunal Constitucional da cuenta del uso recurrente del artículo 34 que comentamos: “La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23 de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43 (‘República’ ‘social’) y 3 de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.” STC, Exp. N° 1124-2001-AA/TC, fundamento 12.

²⁹⁴ STC, Exp. N° 1124-2001-AA/TC, fundamento 12: “Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización ‘como única reparación’. No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido ad nutum impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, (...). A fin de que no quepan dudas, el Tribunal Constitucional, ante el pedido de aclaración presentado por Telefónica del Perú SAA. ratificó la inconstitucionalidad del segundo párrafo del citado artículo 34 en el extremo del despido incausado: “En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido

El Tribunal no declara formalmente la inconstitucionalidad del citado artículo -porque no se trata de una acción de inconstitucionalidad- y, en consecuencia, no expulsa el precepto del ordenamiento jurídico, sin embargo, el efecto es sustantivamente el mismo al disponerse su carácter vinculante²⁹⁵. Dicha interpretación tendrá como efecto que los despidos incausados carezcan de sustento legal legítimo o constitucional.

Si ello es así, los jueces ordinarios no podrían aplicar el primer extremo del segundo párrafo del referido artículo 34 para dar validez o legitimidad a los despidos incausados. Desde el momento que el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de aquél no puede seguirse interpretando válidamente que frente a un despido sin expresión de causa la única reparación posible sea el pago de la suma indemnizatoria correspondiente²⁹⁶.

como contrario a la propia Constitución -por tanto, afectada de nulidad plena- la facultad prevista al inicio del artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728, que habilitaba al empleador a extinguir un contrato de trabajo sin motivar dicha decisión". Y luego agrega: "Telefónica del Perú SAA. ha efectuado la extinción de contratos de trabajo al amparo del artículo 34, ab initio, del Decreto Legislativo N° 728 sin motivar la causa del despido; hecho frente al cual este Tribunal considera que dicha parte del referido texto es inconstitucional por las razones expuestas en los considerandos de su sentencia y por la presente aclaración solicitada por la parte demandante (sic)." Fundamentos 2.4 y 2.5.b de la resolución aclaratoria recaída en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC.

²⁹⁵ En el fundamento 2.8 de la resolución aclaratoria recaída en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC se ordena que: "Tal como lo dispone la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los jueces y tribunales de la República deberán interpretar y aplicar los alcances del Decreto Legislativo N° 728 de conformidad con lo expuesto y resuelto en la sentencia de fecha 11 de julio del 2002, siempre que se reproduzcan los hechos y circunstancias generadas en la controversia establecida entre las partes litigantes en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC., con arreglo al artículo 5 de la Ley N° 25398".

²⁹⁶ Llama poderosamente la atención que habiendo el Tribunal Constitucional proscrito el despido ad nutum habilitando la vía del amparo para lograr la reposición en el empleo como única vía satisfactoria, no reconozca esta posibilidad en el caso de los trabajadores de confianza. El retiro de la confianza no se encuentra tipificada como causa justa de despido, por lo que su invocación es un acto arbitrario. Desde la doctrina del Tribunal Constitucional ello constituye un despido fraudulento (cf. fundamento 8 de la STC, Exp. N° 206-2005-AA/TC). Así, la contradicción conceptual del Tribunal Constitucional es evidente. En la STC, Exp. N° 4492-2004-AA/TC, fundamento 2, el Tribunal dispone: "En consecuencia, y con relación a los trabajadores de confianza, tal como lo ha establecido este Tribunal en la Sentencia N° 0746-2003-AA/TC, a quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente". Caso Aníbal Leonardo Salmón Varea vs. Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial SA. (CÓRPAC S.A.). Véase también las sentencias recaídas en los expedientes: N° 746-2003-AA/TC, N° 4516-2004-AA/TC, N° 7486-2005-PA/TC, N° 8465-2006-PA/TC, N° 756-2007-PA/TC y N° 3926-2007-PA/TC. En la STC, Exp. N° 3501-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional define la calidad de trabajador de confianza y distingue entre el trabajador de confianza contratado como tal desde un inicio (quien perdería el empleo) y el trabajador de confianza por promoción (quien regresaría a sus labores previas). El fundamento 11, f) establece: "La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103 de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley".

Con la interpretación del Tribunal se abre el marco de protección frente al despido arbitrario, tanto para los jueces constitucionales como para los jueces ordinarios, en tanto el contenido esencial del derecho al trabajo proscribire la extinción del contrato de trabajo sin expresión de causa²⁹⁷. En esa medida, frente al despido arbitrario ya no sólo es posible la indemnización, sino también la reposición cuando siendo arbitrario es, a su vez, incausado²⁹⁸. Si antes los jueces laborales estaban limitados a la indemnización y en donde la reposición resultaba siendo un imposible jurídico, a partir de la STC, Exp. N° 1124-2001-AA/TC, -desplazado el segundo párrafo del referido artículo 34- la reposición es un posible jurídico para todo juez que en la resolución del caso concreto, y según los términos de la pretensión, tenga que aplicar los artículos 22 y 27 de la Constitución sobre el derecho al trabajo y a la adecuada protección frente al despido arbitrario.

Esta protección de los derechos constitucionales exigida a los jueces ordinarios, así como la vinculación de los mismos a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos son puestas de relieve justamente en la STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC²⁹⁹.

²⁹⁷ STC, Exp. N° 1124-2001-AA/TC, fundamento 12: “Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional [el derecho al trabajo] implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa”. Agrega el Tribunal que “por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27 [de la Constitución] como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una ‘facultad de despido arbitrario’ hacia el empleador. Por este motivo, cuando el artículo 27 de la Constitución establece que la ley otorgará ‘adecuada protección frente al despido arbitrario’, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles. [...] El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional”.

²⁹⁸ Cabe afirmar lo mismo respecto del despido arbitrario fraudulento al cual el mismo Tribunal Constitucional trata como equiparable al despido sin invocación de causa. STC, Exp. N° 0976-2001-AA/TC, fundamento 15, in fine.

²⁹⁹ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 5: “En efecto, en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138 de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que solo el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138”.

La segunda razón de nuestra discrepancia con la conclusión del Tribunal Constitucional -respecto a que la reposición en el empleo en los casos de despido incausado y fraudulento sólo es posible de obtener en el amparo y no en la vía laboral ordinaria- es porque no toma en consideración que el proceso laboral ordinario también es idóneo para restituir derechos³⁰⁰.

Ello va de la mano con el contenido de la pretensión que en él se proponga. Nada obsta, reconocida la competencia de los jueces laborales para conocer las demandas sobre incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza³⁰¹, que en la vía laboral ordinaria se pueda proponer la reposición en el empleo alegándose la comisión de un despido arbitrario incausado o un despido arbitrario fraudulento.

El fundamento jurídico de la reposición sería la aplicación del artículo 27 de la Constitución conforme a las enseñanzas del Tribunal Constitucional. Confirma nuestra conclusión el hecho que el Tribunal Constitucional, luego de sostener que el amparo es procedente en el caso de los despidos incausados, fraudulentos y nulos porque en la vía ordinaria no se puede obtener la reposición³⁰², señale a continuación que la vía laboral ordinaria es procedente para los supuestos de despido fraudulento cuando exista controversia o duda sobre los hechos que configurarían el fraude³⁰³. En este caso es claro que la pretensión en la vía laboral ordinaria sería la reposición sustentada en el despido fraudulento.

De otro lado, en atención a las pretensiones, la reposición en el empleo derivada del despido incausado como del despido fraudulento estarían remitiendo a supuestos de nulidad o anulabilidad del acto jurídico del despido.

En efecto, si el despido basado en la libre voluntad del empleador es incompatible con la Constitución, ello está significando que es contrario al orden público y, por tanto, nulo. Siendo la consecuencia del despido incausado la nulidad del mismo, su efecto será retrotraer las cosas al estado anterior, lo cual da pleno respaldo jurídico a la reposición.

En ese sentido, desde la justicia laboral ordinaria sería posible disponer la reposición configurado el supuesto de hecho de la nulidad por infracción al orden público³⁰⁴. También desde la justicia laboral ordinaria sería

³⁰⁰ Por cierto, el hecho que el proceso ordinario laboral sea también idóneo para restituir derechos no lo hace igualmente satisfactorio que el amparo. Sin embargo, en los supuestos de dificultad de probatoria el proceso ordinario laboral puede, a la larga, conseguir los mismos fines que el amparo.

³⁰¹ Cf. literal c, numeral 2, del artículo 4 de la Ley Procesal del Trabajo.

³⁰² STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 7, in fine.

³⁰³ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 8, in fine: “[En el caso del despido fraudulento], ..., cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.”

³⁰⁴ Cf. artículo V del Título Preliminar del Código Civil: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”. Véase también el numeral 8 del artículo 219 del Código Civil.

posible disponer la reposición en el empleo configurado el supuesto de hecho de la anulabilidad por vicios en la voluntad derivados del error, el dolo, la violencia o la intimidación³⁰⁵. De esta forma se estaría comprendiendo el caso del despido fraudulento.

Lo que resultaría imposible jurídicamente -y esto también ocurriría en el amparo de darse el caso- es que la pretensión de reposición se sustente en la mera impugnación del despido arbitrario. Y es que frente a la impugnación del despido arbitrario estrictamente hablando -aquel en el que media imputación de una causa justa, respecto de la cual el trabajador no está conforme- (no el incausado, ni el fraudulento) el ordenamiento laboral sólo habilita que se otorgue (y por tanto que se pretenda) el pago de una suma indemnizatoria³⁰⁶.

Así, en el ordenamiento laboral privado actual la pretensión de reposición en el empleo que tenga como motivo el cuestionamiento de la causa justa imputada es un imposible jurídico cualquiera fuese la vía en que se proponga dicha pretensión³⁰⁷.

En consecuencia, la reposición en el empleo a consecuencia de un despido incausado o un despido fraudulento es también susceptible de ser tramitada en la vía laboral ordinaria, al margen de la regla de residualidad del amparo.

VII.2. Las reglas particulares negativas de la residualidad o qué pretensiones no corresponden al amparo

Pero el Tribunal Constitucional no se ha limitado a dar reglas generales y particulares para la procedencia del amparo. De modo complementario, también ha señalado los supuestos en que el amparo es improcedente respecto de los cuales corresponde que sean conocidos por

³⁰⁵ Cf. con los siguientes artículos del Código Civil: artículo 221 numeral 2, artículo 201, artículo 210, artículo 214 y artículo 222.

³⁰⁶ Nuevamente cabe recordar que el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, refiere a dos supuestos: el del despido arbitrario incausado y el del despido que resulta siendo arbitrario por “no [haberse podido] demostrar [la causa justa] en juicio”. Mientras que el primer supuesto ha sido declarado inconstitucional vía interpretación, el segundo mantiene su legitimidad constitucional. Por tanto, en ese segundo supuesto “el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido”.

³⁰⁷ Entendemos que esta es la lectura que corresponde a lo que el Tribunal Constitucional llama protección procesal estrechamente ligada al régimen de protección sustantiva: “(…). En tal supuesto, el régimen de protección procesal se encuentra inexorablemente vinculado con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 728, pues, de advertirse que el despido del que fue objeto un trabajador fue arbitrario, el juez laboral no podrá tutelar el derecho más allá de lo que en dicha legislación se prevé a propósito de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada; es decir, ordenar el pago de la indemnización correspondiente”. STC, Exp. N° 0976-2001-AA/TC, fundamento 13 b.1.

los jueces ordinarios, en el proceso laboral regido por la Ley Procesal del Trabajo en el caso de la materia de derecho individual laboral privado, y en el proceso contencioso administrativo regido por la Ley del Proceso Contencioso Administrativo³⁰⁸ para los casos de la materia de derecho individual laboral público. Ambos sectores, a partir de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, bajo el ámbito de la justicia laboral.

Estas son reglas que, por negación, indican las materias en que el proceso de amparo resulta improcedente por existir una procedimental igualmente satisfactoria.

Así, el Tribunal Constitucional señala -en un listado que no es exhaustivo sino referido a las materias más relevantes³⁰⁹- que el proceso laboral ordinario es la vía para conocer las siguientes pretensiones vinculadas al derecho individual laboral privado, tanto si están referidas al contenido constitucional del derecho como a contenidos infraconstitucionales³¹⁰. Dada la competencia abierta de la Nueva Ley Procesal del Trabajo no hay razones para considerar que este listado debe cambiar:

- Impugnación del despido (sin reposición) por cuestionarse la causa justa del despido imputado (asunto que necesariamente requiere la actuación de medios probatorios).
- Cese de actos de hostilidad del empleador por falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.
- Cese de actos de hostilidad del empleador por reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.
- Cese de actos de hostilidad del empleador por traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.

³⁰⁸ Cf. Ley N° 27584.

³⁰⁹ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 17.

³¹⁰ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 20: “Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo”.

- Cese de actos de hostilidad del empleador por la inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.
- Cese de actos de hostilidad del empleador por la comisión de actos de violencia o de faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
- Cese de actos de hostilidad del empleador por comisión de actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- Cese de actos de hostilidad del empleador por la comisión de actos contra la moral o que afecten la dignidad del trabajador, incluidos los actos de hostigamiento sexual.
- Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.
- Pago de remuneraciones y beneficios económicos.

A ello habría que agregar, conforme a las razones expuestas en el anterior apartado:

- La reposición por despido arbitrario incausado, a elección del afectado frente al amparo³¹¹.
- La reposición por despido arbitrario fraudulento cuando el afectado no pueda acreditar fehaciente e indubitadamente que existió el fraude³¹².

El Tribunal precisa y retoma sus reglas generales señalando que en estos supuestos sólo si la defensa del derecho constitucional no es posible en la vía ordinaria laboral, o por tratarse de un caso de urgencia, o que por las especiales circunstancias la vía ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo, lo cual prácticamente termina anulando al amparo como mecanismo de defensa de los derechos constitucionales.

De igual modo, el Tribunal Constitucional señala -en un listado que tampoco es exhaustivo³¹³- que el proceso contencioso administrativo

³¹¹ Como se expuso en el apartado anterior esta pretensión también podría configurarse como una de nulidad del acto jurídico del despido por infracción a las normas de orden público.

³¹² STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 8, in fine. También, conforme a lo expuesto en el anterior apartado esta pretensión podría configurarse como una de anulabilidad del acto jurídico del despido por vicios en la voluntad por razón de error, dolo, violencia o intimidación provocado o ejercido por el empleador contra el trabajador.

³¹³ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 23.

(que a partir de la vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo será ante el juez laboral) es la vía para conocer las siguientes pretensiones vinculadas al derecho individual laboral público, tanto si están referidas al contenido constitucional del derecho como a contenidos infraconstitucionales³¹⁴:

- Reposición en el empleo por despido cualquiera sea el fundamento que lo cuestione (dado que conforme a la legislación laboral pública y al proceso contencioso administrativo es posible la reposición).
- Pretensiones sobre derechos reconocidos por ley tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N° 27803³¹⁵, entre otros.

El Tribunal Constitucional vuelve a cerrar su listado de reglas particulares precisando que, en consecuencia, el amparo en tales supuestos será improcedente, salvo que la defensa del derecho constitucional no sea posible en la vía contencioso administrativa, o porque se trata de un caso de urgencia, o porque el caso reviste alguna situación especial, asunto que deberá demostrar objetiva y fehacientemente el demandante. Nuevamente el amparo termina siendo sumamente extraordinario por lo difícil de su acceso.

³¹⁴ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 24: “Por tanto, conforme al artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 supra”.

³¹⁵ Norma referida a la inclusión de beneficiarios por razón de los ceses colectivos operados en el ámbito de la administración pública durante el gobierno de Fujimori.

VII.3. Las reglas generales de la residualidad o cuándo una vía procedimental no es igualmente satisfactoria que el amparo

El Tribunal Constitucional establece tres reglas para analizar la residualidad del amparo³¹⁶:

- Que la vía ordinaria no sea idónea, satisfactoria o eficaz para la tutela del derecho constitucional invocado.
- Que exista una necesidad de protección urgente del derecho constitucional invocado.
- Que en el caso particular se presenten situaciones especiales.

Asimismo, impone al demandante demostrar que el amparo -y no la vía procesal ordinaria- es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado³¹⁷.

Conforme a lo expuesto en los apartados precedentes, el Tribunal Constitucional cierra su listado de competencias de la justicia laboral ordinaria, privada y pública, precisando que sólo será posible acceder a la justicia laboral constitucional si aun después de considerarse el listado de reglas particulares, el demandante acredita en el proceso de amparo que se intente la concurrencia de alguna de las tres reglas generales indicadas.

Esta configuración que el Tribunal Constitucional termina dando al proceso de amparo significa una extraordinaria dificultad en el acceso a la justicia laboral constitucional, por las siguientes dos razones:

- **Primera.** El Tribunal Constitucional entiende que por defecto toda pretensión de contenido laboral individual, privado o público, es de competencia normal de la justicia laboral ordinaria³¹⁸. Por tanto, dispone que sean dichos órganos jurisdiccionales los competentes para tramitar las pretensiones laborales, independientemente que puedan estar referidas al contenido constitucionalmente protegido del derecho laboral invocado. Ello no importa. La justicia laboral (los jueces laborales) será la competente siempre.

No hay aparentemente nada de nuevo en dicha conclusión puesto que es obvio que en cualquier proceso los jueces están llamados a

³¹⁶ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 6.

³¹⁷ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamentos 6, 20 y 24.

³¹⁸ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamentos 18 in fine y 21. En este último fundamento, de un modo gráfico, se dice: "Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares".

dispensar la protección que la Constitución establezca sobre los respectivos derechos constitucionales. Lo nuevo está en que todas las pretensiones laborales son remitidas por defecto a los procesos ordinarios, sin importar si están o no referidas al contenido esencial del derecho.

Así, las pretensiones laborales sólo tienen sentido en tanto tengan correspondencia con el listado de competencias de los jueces laborales ordinarios. La defensa del derecho constitucional se diluye en la legalidad de la competencia de la justicia laboral ordinaria.

- **Segunda.** El Tribunal Constitucional no hace explícitas las razones que le permiten concluir cuándo nos encontramos frente a una vía procedimental específica igualmente satisfactoria. Hay que inferirlas. En ese sentido, resulta fácil concluir que el Tribunal Constitucional entiende que el proceso laboral ordinario y el proceso contencioso administrativo -hoy ambos ante el juez laboral- son las vías procedimentales específicas. Lo que ya no resulta tan fácil es inferir por qué, además, terminan siendo igualmente satisfactorias que el amparo.

El Tribunal Constitucional utiliza indistintamente los términos idóneo, adecuado y eficaz para referirse a lo igualmente satisfactorio³¹⁹. Seis son las pistas que nos ayudan a encontrar sus razones y a concluir sobre la excepcionalidad del amparo, no por la trascendencia de los derechos fundamentales destinados a proteger, sino por la extrema dificultad de acceso a la justicia constitucional que tales razones determinan.

La primera la encontramos cuando el Tribunal Constitucional entiende que el amparo es procedente en los casos de despido incausado y despido fraudulento -del régimen privado- porque en tales supuestos la reposición no es posible si se acude a la vía ordinaria laboral³²⁰. Por el contrario, entiende que en el régimen público la reposición sí es posible de obtener en el proceso contencioso administrativo y, por lo tanto, el amparo resulta improcedente.

En consecuencia, para el Tribunal Constitucional habrá una vía procedimental específica igualmente satisfactoria que el amparo si ella permite conceder la misma o idéntica pretensión. Este sería el concreto contenido de la primera regla general o abstracta de la residualidad del amparo: una vía ordinaria será igualmente satisfactoria o idónea o eficaz para la tutela del derecho constitucional invocado si permite conceder idéntica pretensión que en el amparo.

³¹⁹ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamentos 6 y 22.

³²⁰ En anteriores apartados hemos expresado nuestra discrepancia sobre dicha conclusión.

El cuestionamiento a ello es que esta es una regla poco útil puesto que, salvo que se sustente que los jueces constitucionales tienen competencias exclusivas, los distintos procesos ordinarios y los jueces ordinarios son competentes incluso cuando la pretensión propuesta no tenga una procedimental específica.

La segunda pista que encontramos es la referencia que el Tribunal hace a la necesidad de certeza del juzgador para el sustento de los fallos³²¹. Más que un criterio para determinar cuándo una vía procedimental es igualmente satisfactoria que el amparo, éste sería un criterio para sustentar que el amparo no es una vía satisfactoria y, por tanto, improcedente en tanto la vía ordinaria; desde esta perspectiva, sería siempre más satisfactoria. Para el Tribunal Constitucional el amparo siempre será improcedente cuando haya controversia o duda sobre los hechos alegados³²².

Que el amparo carece de etapa probatoria no enerva que se exija certeza al juzgador sobre la ocurrencia de los hechos alegados. Sin embargo, no puede desconocerse que la certeza se obtiene ya de un modo directo, mediante los medios de prueba, o indirectamente, mediante las presunciones simples³²³. Por ello que cuando el Tribunal Constitucional exige que para la procedencia del amparo los hechos alegados deban estar fehaciente e indubitadamente acreditados, no hace otra cosa que denegar el acceso a la justicia constitucional en homenaje a conceptos ineficientes como lo fehaciente e indubitable. Lo fehaciente e indubitable es un facilismo para no discernir y para dejar de impartir justicia.

Llama la atención que el Tribunal Constitucional recurra a estos conceptos de extrema dificultad justamente respecto de la defensa de los derechos fundamentales y en donde los aspectos más sensibles, como la discriminación, no suelen dejar una huella fehaciente e indubitable, pero donde la razón sirve para descubrirla.

El Tribunal parece haber olvidado que, conforme al tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces constitucionales tienen el deber de adecuar las formalidades al logro de la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

La tercera pista tiene que ver con la referencia que hace el Tribunal a la necesidad de protección urgente del derecho constitucional invocado. No explica cómo se evalúa dicha urgencia, sin embargo, puede ser inferida a partir de la extensa dedicación que la sentencia dispensa a la libertad sindical y al derecho de sindicación. Se trata de una urgencia abstracta

³²¹ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamentos 8 y 19.

³²² STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamentos 8 y 20.

³²³ Cf., PAREDES PALACIOS, PAUL. (1997). Op. cit., capítulos 3 y 4.

analizada en la importancia o trascendencia del derecho constitucional vulnerado y no en la urgencia del caso particular. Es la trascendencia de la libertad sindical y del derecho de sindicación lo que habilita la tutela urgente del amparo y no las urgencias concretas y personales de los involucrados³²⁴.

La cuarta pista es la referencia que se hace a las situaciones especiales que deben ser analizadas caso por caso. El Tribunal no señala el contenido de estas especiales situaciones pero nos da ejemplos de las mismas. Es el caso de la especial protección a la mujer durante el embarazo³²⁵ y la especial protección al impedido físico o mental³²⁶.

Esta es una cláusula abierta que no conduce a eliminar los obstáculos sino a favorecer la discrecionalidad del Tribunal Constitucional que, llegado el momento, comparta que determinada situación es especial y por tanto digna de tutela mediante el amparo. Demasiado riesgo si lo que se quiere cautelar es un derecho constitucional, demasiado tiempo inútil si luego de las instancias previas el Tribunal declara la improcedencia del amparo. Esta cuarta pista nos está indicando que el amparo también puede ser procedente a discrecionalidad del Tribunal Constitucional³²⁷.

Una quinta pista radica en la imposición que el Tribunal hace al demandante que recurra al amparo fuera de los supuestos listados en su sentencia: la demostración objetiva y fehaciente de que la vía del proceso laboral ordinario o del proceso contencioso administrativo no son los idóneos.

Como otra expresión de la especial dificultad dispensada por el Tribunal Constitucional en la regulación del acceso a la justicia constitucional, tenemos que invierte uno de los principios básicos de la jurisdicción: el *iura novit curiae*. Si como lo dispone el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional corresponde al juez constitucional “aplicar

³²⁴ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 14, in fine.

³²⁵ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 15, primer párrafo.

³²⁶ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 15, segundo párrafo.

³²⁷ Ejemplo de esta discrecionalidad del Tribunal Constitucional en la declaración de procedencia de las acciones de amparo lo constituye la STC, Exp. N° 4635-2004-AA/TC expedida con posterioridad al precedente vinculante bajo comentario sobre incumplimiento de convenio colectivo respecto de la jornada laboral. En esa oportunidad, el Tribunal señaló: “Dada la importancia de la materia controvertida, y previamente al análisis de fondo que deberá efectuar el Tribunal Constitucional para determinar si las jornadas atípicas o acumulativas, que se aplican en el presente caso a los trabajadores mineros afiliados al Sindicato recurrente, son compatibles con los derechos constitucionales invocados por el demandante y con aquellos que el Tribunal estima aplicables, es necesario tener en cuenta el contexto concreto en el que se desarrolla el trabajo en el sector minero del Perú.” STC, Exp. N° 4635-2004-AA/TC, fundamento 4, Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos vs. Southern Perú Copper Corporation. Sentencia publicada en el Diario Oficial El Peruano el 09 de mayo del 2006.

el derecho que corresponda al proceso” no se explica que para el acceso a la jurisdiccional constitucional tenga que ser el demandante quien demuestre que, en aplicación del derecho nacional, corresponde que su pretensión sea tramitada en el proceso de amparo.

Es más bien el órgano jurisdiccional -quien conoce el derecho- el que debería demostrar y enseñar que, para el caso concreto, existe o no una vía procedimental específica igualmente satisfactoria³²⁸.

Finalmente, la sexta pista -que se encuentra para entender las razones que tiene el Tribunal Constitucional al interpretar la cláusula de residualidad- es el alegato que hace sobre su inherente función de ordenación y pacificación³²⁹ que le lleva a perfeccionar el proceso de amparo a fin de que sea realmente eficaz y expeditivo³³⁰. De ahí que concluya que “el Tribunal Constitucional estima que, de no hacerse así, el proceso de amparo terminará sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo, con su consiguiente ineficacia, desnaturalizando así su esencia, caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario”³³¹.

Tomando en consideración la excepcionalidad del amparo en razón de su extrema dificultad de acceso cabe concluir que el Tribunal Constitucional interpreta la cláusula de residualidad a favor de la preservación del amparo antes que a favor de la defensa de los derechos constitucionales; una interpretación a favor de las instituciones antes que a favor de las personas.

VIII. CONCLUSIONES

PRIMERA. La vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo no conlleva ninguna razón para alterar las reglas de residualidad del amparo establecidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 206-2005-PA/TC.

SEGUNDA. La Nueva Ley Procesal del Trabajo no ha regulado un proceso ad hoc de tutela de derechos constitucionales laborales. El propósito de

³²⁸ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 6. En él se dice que corresponde al demandante “la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.” En la doctrina probatoria la carga de la prueba está referida a los hechos necesitados de prueba para fijarlos como ciertos de cara al supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se solicita. La norma jurídica, sustantiva o procesal, no se prueba (y por tanto no puede predicarse de ella que exista una carga probatoria, justamente porque el juez conoce el Derecho).

³²⁹ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 37.

³³⁰ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 34.

³³¹ STC, Exp. N° 0206-2005-AA/TC, fundamento 25.

esto ha sido permitir que la materia laboral siga teniendo acceso a la justicia constitucional y, consecuentemente, al Tribunal Constitucional.

TERCERA. La Nueva Ley Procesal del Trabajo desde la regulación del proceso ordinario laboral -incluido el proceso abreviado- no cambia la lógica de tener simplemente una vía procedimental que no la hace per se igualmente satisfactoria al amparo.

CUARTA. La introducción de la pauta de residualidad del amparo significa una restricción en el acceso a la jurisdicción constitucional. La residualidad del amparo se debe a la aspiración doctrinal, legislativa y jurisprudencial que, de ese modo, el amparo será más rápido, más sencillo y más eficaz en la protección de los derechos constitucionales. Pero olvida que, de ese modo, sólo se protege a los derechos constitucionales que hayan superado el filtro de la residualidad y, en tanto filtro, supone un obstáculo que no puede afirmarse que sea más protector de los derechos humanos. Lo mismo cabe afirmar del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y del test de necesidad de actuación probatoria.

QUINTA. El Tribunal Constitucional -con carácter de precedente vinculante- ha establecido tres reglas generales alternativas para determinar la competencia de la justicia constitucional: i) que la vía ordinaria no sea idónea, satisfactoria o eficaz para la tutela del derecho constitucional invocado; ii) que exista una necesidad de protección urgente del derecho constitucional invocado; y iii) que en el caso particular se presenten situaciones especiales.

SEXTA. El Tribunal Constitucional -con carácter de precedente vinculante- ha establecido particulares reglas de atribuyen una directa competencia en la justicia constitucional, por considerar que en tales supuestos se cumple implícitamente alguna de las tres reglas generales. Por tanto, siempre que se trate de las reglas particulares el amparo será procedente.

SÉTIMA. En contra del criterio del Tribunal Constitucional, se concluye que la reposición en el empleo a consecuencia de un despido incausado o un despido fraudulento es también susceptible de ser tramitada en la vía laboral ordinaria, tal como ocurre con el despido nulo.

OCTAVA. El Tribunal Constitucional -con carácter de precedente vinculante- también ha establecido las reglas en que el amparo resulta improcedente por considerar que el proceso ordinario laboral y la acción contencioso administrativa constituyen vía procedimentales específicas igualmente satisfactorias.

NOVENA. Para el Tribunal Constitucional habrá una vía procedimental específica igualmente satisfactoria que el amparo si ella permite conceder la misma o idéntica pretensión.

DÉCIMA. Para el Tribunal Constitucional el amparo siempre será improcedente cuando haya controversia o duda sobre los hechos alegados, donde lo fehaciente e indubitable es un facilismo para no discernir y para dejar de impartir justicia.

DÉCIMA PRIMERA. Para el Tribunal Constitucional es la trascendencia de la libertad sindical y del derecho de sindicación lo que habilita la tutela urgente del amparo y no las urgencias concretas y personales de los involucrados.

DÉCIMA SEGUNDA. Para el Tribunal Constitucional existen supuestos de especial protección, como la mujer durante el embarazo y el impedido físico o mental. Da pie así a una cláusula abierta frente al amparo que no conduce a eliminar los obstáculos en el acceso sino a favorecer la discrecionalidad del Tribunal Constitucional que, llegado el momento, comparta con los proponentes que determinada situación es especial y por tanto digna de tutela mediante el amparo.

DÉCIMA TERCERA. El Tribunal Constitucional, como expresión de la especial dificultad dispensada al acceso a la justicia constitucional, impone al demandante que recurra en amparo fuera de los supuestos listados en su sentencia, la demostración objetiva y fehaciente de que la vía del proceso laboral ordinario o del proceso contencioso administrativo no son los idóneos.

DÉCIMA CUARTA. El Tribunal Constitucional interpreta la cláusula de residualidad a favor de la preservación del amparo antes que a favor de la defensa de los derechos constitucionales; una interpretación a favor de las instituciones antes que a favor de las personas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Libros

ABAD YUPANQUI, SAMUEL. (2003). “El proceso constitucional de amparo: aproximaciones desde la teoría general del proceso”. En: (2003). Derecho Procesal Constitucional. Lima, Jurista Editores.

ABAD YUPANQUI, SAMUEL. (2004). “Código Procesal Constitucional. Un paso inicial para el cambio”. En: (2004). Código Procesal Constitucional. Primera Edición Oficial. Lima, Editora Perú.

ABAD YUPANQUI, SAMUEL; DANÓS ORDÓÑEZ, JORGE, EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO; GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO; MONROY GÁLVEZ, JUAN Y ORÉ GUARDIA, ARSENIO. (2005). Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dicámenes e índice analítico. Segunda Edición Actualizada. Lima, Palestra Editores.

BOREA ODRÍA, ALBERTO. (2000). Evolución de las garantías constitucionales: hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data, acción de cumplimiento. Segunda Edición. Lima, Editorial Fe de Erratas.

CAIRO ROLDÁN, OMAR. (2004a). Justicia constitucional y proceso de amparo. Lima, Palestra Editores.

CAIRO ROLDÁN, OMAR. (2004b). “El nuevo proceso de amparo en el Perú”. En: (2004b). Revista Jurídica. Suplemento del Diario Oficial El Peruano. Año 1. Nº 24, diciembre 2004. Lima.

CAMPOS, JOSEPH. (2006). “La residualidad del proceso constitucional en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano. Una reflexión a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: (2006). Revista Peruana de Derecho Procesal. Nº IX, Lima, Palestra Editores.

CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. (2005). “El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser”. En: (2005). Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina. Año I, Nº 2. Lima, Palestra Editores.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, ELOY. (2004). “El Código Procesal Constitucional peruano y la procedencia o improcedencia del amparo: sus alcances y los retos que plantea el nuevo escenario previsto”. En: (2004). Revista Jurídica del Perú. Nº 59, Lima, editorial.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, ELOY. (2005). “La consagración del amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones”. En: (2005). Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Lima, Jurista Editores.

GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO. (2001). Derecho Procesal Constitucional. Segunda Edición. Bogotá, Temis.

GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO. (2004). “El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú”. En: SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. (2004). Derecho procesal constitucional. Monterrey, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

MESÍA RAMÍREZ, CARLOS. (2004). Exégesis del Código Procesal Constitucional. Lima, Gaceta Jurídica.

MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. (2004). La tutela procesal de los derechos. Lima, Palestra Editores.

PAREDES PALACIOS, PAUL. (1997). Prueba y presunciones en el proceso laboral. Lima, ARA Editores.

QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. (1987). “Las garantías constitucionales de la administración de justicia”. En: EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO (director). (1987). La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Lima, Ed. Cultural Cuzco.

RODRÍGUEZ SANTANDER, ROGER. (2005). “Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjettiva y objetiva) del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional”. En: (2005). Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina. Año I, N° 2. Lima, Palestra Editores.

Internet

MARCOS-SÁNCHEZ, JOSÉ. (1999). Manual para la defensa de la libertad sindical. Oficina Internacional del Trabajo. Oficina de Actividades para los Trabajadores. Oficina Regional para América Latina y El Caribe. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/worker/doc/otros/xviii/cap1/i.htm>

Legislación Nacional

Código Procesal Constitucional. (2004). Primera Edición Oficial. Lima, Editora Perú.

X. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Libros

ALONSO OLEA, MANUEL y MIÑAMBRES PUIG, CÉSAR. (1991). Derecho procesal del trabajo. Sexta Edición. Madrid, Editorial Civitas.

ALONSO OLEA, MANUEL y MIÑAMBRES PUIG, CÉSAR. (1995). Derecho procesal del trabajo. Octava Edición. Madrid, Editorial Civitas.

BAYLOS GRAU, ANTONIO; CRUZ VILLALÓN, JESÚS; FERNÁNDEZ, MARÍA FERNANDA. (1991). Instituciones de derecho procesal laboral. Madrid, Editorial Trotta.

BLANCAS BUSTAMANTE, CARLOS. (2004). “El principio de continuidad y el despido individual”. En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

CAPPELLETTI, MAURO y GARTH, BRYANT. (1996). El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México, Fondo de Cultura Económica.

CAPPELLETTI, MAURO. (1973). El proceso civil en el derecho comparado: las grandes tendencias evolutivas. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

CAPPELLETTI, MAURO. (1974). Proceso, ideologías, sociedad. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

CARNELUTTI, FRANCESCO. (1959). Instituciones del Proceso Civil. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

CARPIO MARCOS, EDGAR y GRÁNDEZ CASTRO, PEDRO (Directores). (2006). Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 1, N° 1. Enero del 2006. Lima, Palestra Editores.

CARPIO MARCOS, EDGAR y GRÁNDEZ CASTRO, PEDRO (Directores). (2006). Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 1, N° 2. Febrero del 2006. Lima, Palestra Editores.

CARPIO MARCOS, EDGAR y GRÁNDEZ CASTRO, PEDRO (Directores). (2006). Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 1, N° 3. Marzo del 2006. Lima, Palestra Editores.

CARPIO MARCOS, EDGAR y GRÁNDEZ CASTRO, PEDRO (Directores). (2006). Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 1, N° 4. Abril del 2006. Lima, Palestra Editores.

CARPIO MARCOS, EDGAR y GRÁNDEZ CASTRO, PEDRO (Directores). (2006). Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 1, N° 5. Mayo del 2006. Lima, Palestra Editores.

COUTURE, EDUARDO. (1979). Estudios de derecho procesal civil. Tercera Edición. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Desalma.

COUTURE, EDUARDO. (1981). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Desalma.

COUTURE, EDUARDO. (1995). Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje de Manuel Broseta Pont. Valencia, Tirant lo Blanch.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA; LEITAO MARQUEZ, MARÍA; MANUEL PEDROSO, JOAO. (1995). “Los tribunales en las sociedades contemporáneas”. En: Pensamiento Jurídico. N° 4. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

DWORKIN, RONALD. (1989). Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel.

FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR. (1955). Estudios de Derecho Procesal. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR. (1985). Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso. Madrid, IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR. (1994). “La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el Derecho Constitucional”. En: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año V, N° 8, 1994. Lima, PUCP. Este trabajo fue publicado también en calidad de ponencia, en la obra: Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.

GARCÍA GRANARA, FERNANDO. (2004). “La primacía de la realidad en la inspección del trabajo”. En: (2004) Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

HABERLE, PETER. (2003). El Estado Constitucional. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú en asociación con la Universidad Nacional Autónoma de México.

HURTADO REYES, MARTÍN. (2006). Tutela jurisdiccional diferenciada. Lima, Palestra Editores.

LANDA ARROYO, CÉSAR. (1999). “Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993”. En (1999) Ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año IX, N° 18, 1999. Lima, PUCP.

LÓPEZ FLORES, LUCIANO. “La protección del derecho a la tutela jurisdiccional: flexibilizando dogmas, repensando estrategias desde la perspectiva del interés público”. En: **GONZÁLEZ MORALES, FELIPE (editor). (2002).** Litigio y políticas públicas en Derechos Humanos. Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Serie Publicaciones Especiales N° 14.

LOVATÓN PALACIOS, DAVID. (1997). “Resolución extrajudicial de conflictos jurídicos de trabajo. El caso peruano”. En: Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo, Cusco-Perú. Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

MONROY GÁLVEZ, JUAN. (1996). Introducción al Proceso Civil. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis.

MONROY GÁLVEZ, JUAN. (2003). “De la administración de justicia al Poder Judicial ¿cambiando de oxymoron?”. En: (2003) Cuadernos de Política Judicial. Año 1, N° 1. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

MONTERO AROCA, JUAN y ORTELLS RAMOS, MANUEL. (1987). Derecho Jurisdiccional. Barcelona, Librería Bosch.

MONTERO AROCA, JUAN. (1977). “El proceso laboral: conceptos generales”. En: (1997) (Revista de Política Social. N° 113. Enero- marzo, 1977.

MONTERO AROCA, JUAN. (1999). Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano. Lima, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en asociación con la Universidad de Valencia.

MONTERO AROCA, JUAN. (2005). [Entrevista publicada]. En: (2005) Revista Jurídica. Suplemento del Diario Oficial El Peruano. Año 2, N° 71. Noviembre del 2005. Lima, Diario Oficial El Peruano.

MONTERO AROCA, JUAN; ORTELLS RAMOS, MANUEL; GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS y MONTÓN REDONDO, ALBERTO. (1994). Derecho Jurisdiccional I, parte general. Barcelona, J.M BOSCH editor.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO. (1990). Derecho al Trabajo. Madrid, Tecnos.

NEVES MUJICA, JAVIER. (2003). Introducción al derecho laboral. Segunda Edición. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

NEVES MUJICA, JAVIER. (2005). “La prescripción laboral”. En: Themis. Revista de Derecho. N° 50, Lima.

PASCO COSMÓPOLIS, MARIO. (2006). Fundamentos del derecho procesal del trabajo. Lima, Gaceta Jurídica.

PEYRANO, JORGE W. (1978). El proceso civil. Principios y fundamentos. Buenos Aires, ASTREA.

PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. (1978). Los principios del derecho del trabajo. Buenos Aires, Ediciones Depalma.

PRIORI POSADA, GIOVANNI. (2006). Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo. Lima, Ara Editores.

RAWLS, JOHN. (2003). Liberalismo Político. México, Fondo de Cultura Económica.

ROMERO MONTES, FRANCISCO JAVIER. (2005). Derecho Procesal Laboral. Tercera Edición. Lima, Editorial Librería Portocarrero.

SABSAY, DANIEL. (1997). “El ‘amparo colectivo’ consagrado por la reforma constitucional de 1994”. En: GONZÁLEZ MORALES, FELIPE (editor). (1997). Las acciones de interés público. Santiago de Chile, Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, Serie Publicaciones Especiales N° 7.

SCHIAPPA-PIETRA, OSCAR. (1997). “El problema del acceso a la justicia en el Perú: análisis de sus implicancias a modo de diagnóstico”. En: AA.VV. (1997). Acceso a la justicia. Lima, Oficina Técnica de Proyectos de Cooperación Internacional del Poder Judicial.

VINATEA RECOBA, LUIS. (1997). “La Conciliación en la Ley Procesal del Trabajo.” En: Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo, Cusco-Perú. Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

VV.AA. (2005). Aportes para la reforma del proceso laboral peruano. Lima, Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.

WALZER, MICHAEL. (2001). Las Esferas de la Justicia. Segunda Edición. México, Fondo de Cultura Económica.

Internet

CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. “Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico”. En: Revista de derecho (Valdivia). Vol. XVI. Julio 2004, pp. 299-310. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100020-&lng=es&nrm=iso

COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. (2004). Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. Lima, 2004. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/ceriajus/cd/plan03.pdf>

PÁSARA, LUIS. Siete observaciones sobre el futuro de la reforma del sistema de justicia. [en línea]. Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de desarrollo sostenible. Disponible en: <http://www.iadb.org/sds/doc/SGS-Panel-IV-Pasara.pdf>

LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Dr. César Puntriano Rosas

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Docente Universitario. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sumario

I. Introducción. II. La subordinación como nota esencial aún vigente de la relación laboral. III. El Principio de Primacía de la realidad como herramienta jurídica para calificar una relación como laboral a partir de la presencia de la subordinación. IV. El Principio Protector y las razones de una presunción que deja de lado la exigencia de probanza de la subordinación. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El 15 de enero del 2010 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley Nº 25497, Nueva Ley Procesal del Trabajo la que, de acuerdo a lo establecido en la Novena Disposición Complementaria de la Ley, entrará en vigencia a los seis meses de su publicación, es decir, el 15 de julio del 2010. Esta norma derogará la actual Ley Procesal del Trabajo (LPT), Ley Nº 26636.

El cambio en la concepción del proceso laboral que supone la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo es fundamental, porque no solo supone un cambio normativo en sus reglas sino además toda una modificación en el sistema del litigio. La norma procesal apunta a introducir la oralidad al proceso laboral, es decir, otorgar un rol muy activo al magistrado a efectos que se involucre totalmente con el expediente y sea el director del proceso, y procurar que los procesos sean más ágiles y se resuelvan en el menor tiempo posible. En suma, modernizar nuestra justicia laboral y colocarla a la altura de los ordenamientos procesales de otros países de nuestra región.

Lo anterior implicará que tanto las partes, sus abogados y los magistrados afronten de manera distinta el proceso laboral, con mayor compro-

miso y dedicación, dejando de lado el recurso al documento por la palabra, obviando formalismos innecesarios con la finalidad de agilizar la resolución de los casos y hacer realidad el derecho a la tutela judicial efectiva, pues muchas veces la excesiva demora de los procesos judiciales ha tornado en irreparable el daño, restando total efectividad a nuestro sistema de justicia.

En estricto, como afirma Priori, “supone un cambio en la cultura del litigio que ha imperado en el Perú en los últimos años” y, añade, como si fuera poco, “supone invertir dinero no solo en capacitación de los magistrados, sino en la incorporación de tecnología nueva en los juzgados”³³². En efecto, para que la Nueva Ley Procesal del Trabajo sea real y no permanezca en el plano ideal solamente, será indispensable dotar de presupuesto suficiente al Poder Judicial para reestructurarse y poder implementarla. Lo que nos llama la atención es que a poco más de un mes de su entrada en vigencia aún no se advierta ninguna medida de avance, salvo la conformación de comisiones al interior del Poder Judicial.

Además de este gran cambio en lo que venimos entendiendo como proceso laboral en el país, la Nueva Ley Procesal del Trabajo trae consigo una serie de innovaciones más. En el presente trabajo estudiaremos la relativa a la presunción de laboralidad contemplada en su artículo 23.2, el cual señala que “acredita la prestación personal de servicios, se presume la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”. Este artículo viene a revolucionar el sistema probatorio imperante en el proceso laboral peruano, pues con la aún vigente Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 26636), se exige al trabajador probar la existencia del vínculo laboral, lo cual supone que deberá demostrar principalmente que sus servicios han sido de naturaleza subordinada³³³.

A fin de estudiar la presunción de laboralidad, iniciaremos el presente trabajo con un análisis de la subordinación, la cual no ha dejado de ser el elemento esencial por excelencia de la relación laboral, para luego comentar el clásico principio de primacía de la realidad. En tercer lugar abordaremos la presunción de laboralidad y las razones técnicas para su regulación desde nuestro punto de vista, y finalmente esbozaremos algunas reflexiones sobre el particular.

I. LA SUBORDINACIÓN COMO NOTA ESENCIAL AÚN VIGENTE DE LA RELACIÓN LABORAL

La exaltación capitalista de los primeros liberales condujo a resultados

³³² PRIORI POSADA, GIOVANNI. En: <http://www.enfoquederecho.com/?q=node/3069>

³³³ Es importante comentar que el Anteproyecto de Ley General de Trabajo también contempló una presunción de laboralidad en su Título Preliminar. Lamentablemente dicha norma aún no es una realidad.

lamentables en perjuicio de la clase trabajadora, como jornadas de trabajo de sol a sol, condiciones laborales precarias, ambientes insalubres, y explotación del trabajo femenino, de niños y adolescentes. “Se había llegado en suma, a la explotación sistemática del proletariado industrial, que veía socialmente amenazado su propio mantenimiento histórico como grupo social diferenciado”³³⁴.

Esta cuestión social tuvo como respuesta, por un lado, la organización y movilización del proletariado industrial a partir de una “conciencia de clase” y por otro lado, la intervención Estatal mediante la dación de una legislación protectora del trabajo asalariado.

La problemática social imperante y las respuestas a la misma son hitos a tener en cuenta en el surgimiento del Derecho Laboral, el cual en palabras de Palomeque, tiene su fundamento histórico, su razón de ser, en “(...) servir al proceso de juridificación del conflicto entre el trabajo asalariado y el capital”³³⁵.

Es así que se inicia un fenómeno intervencionista por parte de los Estados en la relaciones de producción, el cual se materializa en una legislación obrera que reconoce ciertos derechos a la clase trabajadora debido a la constatación de que la igualdad de las partes en la relación laboral proclamada por la ley no era tal en la realidad, donde se presentaba un marcado desequilibrio a favor del capitalista, cuya voluntad predominaba de manera absoluta en la relación de trabajo. “En las primeras leyes obreras de la mitad del siglo XIX se percibe, ya con nitidez, el germen esencial de ese cuerpo unitario de normas y principios que con el tiempo habría de llegar a ser el Derecho del Trabajo”³³⁶.

Esta intromisión estatal en relaciones interpersonales, cuyos rasgos marcados eran la existencia de una prestación personal del trabajo, una subordinación del trabajador hacia su patrón y el pago de una remuneración por los servicios prestados, alcanza su clímax en la constitucionalización de los derechos de los trabajadores, punto máximo de desarrollo proteccionista que surge en el contexto del desarrollo del constitucionalismo social.

El Derecho del Trabajo entonces, se basa en un conjunto de principios rectores y normas positivas que buscan proteger a una de las partes, el trabajador, para alcanzar una igualdad sustantiva entre las mismas. De los referidos principios podemos resaltar al Principio Protector, que en palabras de Plá³³⁷ “se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho

³³⁴ PALOMEQUE LOPEZ, MANUEL CARLOS y ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL. (1995), p. 57.

³³⁵ PALOMEQUE LOPEZ, MANUEL CARLOS y ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL. (1995), p. 63.

³³⁶ Op. cit. p. 67

³³⁷ PLÁ RODRIGUEZ, AMÉRICO. (1998), p.23

del trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador”.

En ese sentido, para que la prestación personal remunerada se sitúe bajo la égida del Derecho del Trabajo es necesario que dicha prestación sea de tipo laboral, es decir que se encuentre presente la subordinación. La subordinación se constituye en el elemento calificador de una relación jurídica personal como laboral.

Sin embargo, la subordinación no ha sido ajena a cuestionamientos desde antaño, por un lado buscando proponer otros criterios como calificadores de una relación como laboral (ajenidad, inserción en organización empresarial, etc.), o nuevos cuestionamientos que no tienen por objeto proponer otra herramienta que reemplace a la subordinación sino, más bien, cuestionar al Derecho del Trabajo en su conjunto.

Como afirma el profesor Ermida³³⁸, algunas de estas tendencias que cuestionan a la subordinación son la fuga del Derecho del Trabajo, los efectos de la educación y la formación, la reducción del tiempo de trabajo y las nuevas formas de organización del trabajo.

En cuanto a la denominada fuga o huida del derecho del trabajo, Ermida sostiene que se entiende que el Derecho del Trabajo se fuga o huye cuando se presentan figuras que buscan ocultar la subordinación o se relaciona dicha dependencia inocultable con otro empleador³³⁹.

Ejemplos de situaciones fugadas o excluidas de la subordinación, y por ende, del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, proporcionados por Ermida, son las siguientes:

- La utilización del contrato de arrendamiento de servicios, conocido en nuestro medio como contrato de locación de servicios, cuya validez supone que la prestación personal se efectúe en forma autónoma. Muchas veces se verifica en la realidad una utilización fraudulenta de este tipo de contrato que da lugar a que la relación aparentemente autónoma sea calificada por la autoridad³⁴⁰ como subordinada y por ende, laboral.
- La constitución de trabajadores como empresas unipersonales, que celebran contratos de servicios civiles o mercantiles con el empleador.

³³⁸ ERMIDA URIARTE, OSCAR y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, OSCAR. “Crítica de la subordinación”. En: <http://www.bibliojuridica.org/>

³³⁹ ERMIDA URIARTE, OSCAR y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, OSCAR. Op. cit., p.278.

³⁴⁰ En el término genérico de autoridad se encuentra comprendido el Poder Judicial (Jueces Laborales y Constitucionales), la Autoridad Administrativa de Trabajo, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), el Tribunal Fiscal, y el Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Esta situación es legalmente válida si el servicio es realmente empresarial y no existe subordinación. El trabajador, titular de la empresa unipersonal, deberá incorporar en planillas a la fuerza laboral que considere necesaria para el cumplimiento de los servicios contratados con el empleador, pudiendo acogerse al régimen especial de las micro y pequeñas empresas, el cual otorga facilidades administrativas, tributarias y laborales³⁴¹.

- La constitución de cooperativas que contratan con el empleador, que según lo señala Ermida, “puede ser lícita y objetivamente fundada o no, pero que revela su finalidad de desresponsabilizar al empleador cuando dichos servicios son permanentes y propios del giro de la empresa empleadora y más aún, cuando la cooperativa se constituye con ex trabajadores subordinados de la empresa (....)”³⁴². Recordemos que en nuestro país la regulación de la provisión de personal para actividades principales y permanentes de la empresa usuaria pasó de una amplia permisividad, pudiendo llegar a ser el 50% del total del personal de la misma, a una prohibición expresa, pues la Ley N° 27626 que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, señala expresamente en su artículo 3 que “los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa”.
- La subcontratación, siempre vista con desconfianza por el Derecho del Trabajo, y la contratación a través de empresas de trabajo temporal, que en nuestro ordenamiento contienen una regulación, en el primero de los casos, flexible en virtud a una ilegal norma reglamentaria, y en el segundo, totalmente restrictiva.
- El *staff-leasing* y el *pay-rolling*, formas degenerativas de los servicios prestados por empresas de trabajo temporal que consisten en la colocación de trabajadores en la planilla de trabajo de otra empresa, cuya única función es la asunción del pago de remuneraciones y demás obligaciones derivadas de la relación laboral que se entabla en forma directa entre el trabajador y la empresa principal.
- El teletrabajo, definido por Thibault³⁴³ como “una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, y mediante el uso intensivo de técnicas informáticas y/o

³⁴¹ Régimen previsto en la Ley N° 28015, modificada por el Decreto Legislativo N° 1086.

³⁴² ERMIDA URIARTE, OSCAR y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, OSCAR. Op.cit., p. 282.

³⁴³ THIBAUT ARANDA, JAVIER. (2000), p. 24.

de telecomunicación”, el cual plantea serias dudas en torno a su inclusión bajo el ámbito del Derecho del Trabajo.

Vemos pues que las formas antes descritas, entre otras que plantea el citado autor, evidencian como primera impresión relaciones jurídicas carentes de tutela por el Derecho del Trabajo o en algunos casos una tutela disminuida que se deriva de una relación laboral con el contratista y no con el empleador principal.

Respecto a la educación en general y la formación profesional en particular, el autor sostiene que el trabajador educado y calificado ve aminorada su dependencia fáctica. Ello es cierto pues se advierte que si el trabajador es un empleado clave en la organización, el ejercicio del poder de dirección por parte del empleador será menor hacia él. Como lo señala Sanguinetti³⁴⁴ “la estricta dirección técnica solamente acompaña a la subordinación jurídica cuando se trata de labores manuales que requieren poco o ningún nivel de preparación (...) Conforme se intelectualiza la labor, se va diluyendo la subordinación”.

En relación a la reducción del tiempo de trabajo, añade Ermida, que la misma provocará “liberación de tiempo hasta entonces dedicado al trabajo o tiempo de dependencia o subordinación jurídica del empleador, disminuyendo, así, el alcance cuantitativo de la subordinación”³⁴⁵.

Sobre las nuevas formas de organización del trabajo qué duda cabe que los advenimientos tecnológicos y su uso intensivo en el seno de la empresa generan cambios a la configuración del clásico binomio taylorista trabajador-empleador, por el cual el primero se encontraba supervisado en forma inmediata, cuasi presencial, por el segundo; laboraba a tiempo indefinido en el centro de trabajo y durante una jornada completa.

Ahora los trabajadores laboran con mayor autonomía funcional, pudiendo hacerlo fuera del centro de trabajo, por horas o en forma parcial. Esta mayor presencia del factor tecnológico ha ocasionado, a nuestro entender, un cambio en el paradigma de la relación de trabajo, generando una inversión en lo hasta hace un tiempo era considerada como la relación de trabajo típica versus aquella atípica. Lo típico ahora lo constituye lo semi autónomo, remoto, por horas y flexible, y lo atípico es lo rígido, lo clásico.

Ahora bien, sin dejar de afirmar que estas figuras han cuestionado a la subordinación en sus cimientos, creemos, como dice Ermida, que dicho

³⁴⁴ SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. (2000), p. 131.

³⁴⁵ ERMIDA URIARTE, OSCAR y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, OSCAR. Op.cit., p. 279.

pilar de nuestra disciplina continúa siendo una pauta válida para aplicar la tutela laboral clásica, si la misma se interpreta en forma amplia, agresiva y creativa³⁴⁶. En efecto, el Derecho del Trabajo es una disciplina viva que se transforma y que se adapta la realidad cambiante, por lo que resulta esencial que la subordinación también se adapte a los cambios.

Al finalizar este primer acápite de este trabajo es nuestra intención dejar sentada la siguiente reflexión: pese a los múltiples cuestionamientos de la que puede ser objeto la subordinación, somos de la opinión que la misma se mantiene como el elemento que evidencia por excelencia que nos encontramos ante una relación laboral. Distinto es el caso de, como se analizará después, los excesos cometidos al ocultar fraudulentamente su existencia que den como resultado la legitimidad de la presunción de laboralidad a partir de la sola acreditación de la prestación de servicios.

II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD COMO HERRAMIENTA JURÍDICA PARA CALIFICAR UNA RELACIÓN COMO LABORAL A PARTIR DE LA PRESENCIA DE LA SUBORDINACIÓN

II.1. Concepción del principio

Como se señaló en el acápite anterior, para que la prestación personal remunerada se sitúe bajo la égida del Derecho del Trabajo es necesario que dicha prestación sea de tipo laboral, es decir que se encuentre presente el elemento de la subordinación.

Para efectos de la calificación de una relación contractual como de naturaleza laboral podemos emplear a uno de los principios rectores del Derecho del Trabajo denominado “Principio de Primacía de la Realidad”.

Dicho principio, de acuerdo al profesor Américo Plá Rodríguez³⁴⁷, supone que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos suscritos entre las partes, debe otorgarse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.

En la misma línea el profesor Javier Neves³⁴⁸ considera que “Ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil dice que las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determinan. Sobre esta base, el Derecho del Trabajo ha formulado el llamado principio de primacía de la realidad”.

³⁴⁶ Ibid. p.297.

³⁴⁷ PLÁ RODRIGUEZ, AMÉRICO. (1998). Op.cit. p. 243.

³⁴⁸ NEVES, JAVIER. (2000), p. 35.

Para que opere el mencionado principio resulta importante acreditar en los hechos que la relación que vincula a las partes es laboral. Tengamos en cuenta que la misma presupone la existencia de tres elementos esenciales, a saber, los siguientes:

- **Prestación personal.** Según Sanguinetti³⁴⁹, la prestación de servicios es la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación que se independice de la misma.
- **Remuneración.** Atendiendo al carácter oneroso del contrato de trabajo, podemos definir a la remuneración como la obligación del empleador de abonar al trabajador una contraprestación, generalmente en dinero, a cambio de la actividad que éste pone a su disposición.
- **Subordinación.** Neves se refiere a la subordinación como un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor del trabajo, en virtud del cual el primero ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción de un lado, y dirección del otro, son los dos aspectos centrales del concepto.

Así, cuando nos encontremos frente a una relación contractual en la cual se presenten estos elementos podremos concluir, en aplicación del citado principio, que la misma es de naturaleza laboral, independientemente de la denominación que le hayan dado las partes.

Ahora bien, no es menos cierto que al realizar el análisis casuístico para identificar si nos encontramos frente a una relación laboral, los elementos esenciales de la misma no se presentan de manera evidente, situación que se agudiza y dificulta nuestra calificación cuando alguna de las partes, generalmente el empleador, pretende encubrir la existencia del vínculo laboral para evitar el cumplimiento de sus obligaciones frente al trabajador.

En estos casos, la doctrina sugiere recurrir a los rasgos sintomáticos de la relación laboral. Los rasgos sintomáticos podrían ser definidos como “un conjunto de elementos de hecho de lo más diversos, que permiten decidir a quien efectúa la calificación, muchas veces indirectamente y por vía de presunción, sobre la existencia de un vínculo de subordinación jurídica, no necesariamente porque sean evidencia de un mando efectivo, sino indicios de la presencia del derecho de mandar y la obligación de obedecer”³⁵⁰.

³⁴⁹ SANGUINETI (2000). Op. cit., p. 117

³⁵⁰ SANGUINETI (2000). Op. cit., p. 115 y ss.

Algunos de estos rasgos sintomáticos son:

- La incorporación del trabajador en el proceso productivo de la empresa, es decir, estar incorporado en la organización del empleador.
- El lugar de ejecución del contrato, siendo un indicio de subordinación que el servicio se preste en las instalaciones del empleador.
- El cumplimiento de un horario de trabajo.
- La exclusividad, es decir, que solamente preste servicios a una sola persona.
- El control efectivo del trabajador.
- La continuidad y la permanencia.

Es posible como lo señala Sanguinetti³⁵¹ que uno solo de estos rasgos sintomáticos no revelen necesariamente la existencia de un contrato de trabajo, ya que la mayoría podría explicarse dentro del contexto de una relación autónoma (el cumplimiento de la prestación se efectúa dentro del horario de trabajo porque es necesario el contacto con los trabajadores de la empresa, por ejemplo, en el caso de un auditor independiente, o una relación continua puede ser manifestación de un contrato de locación de servicios).

En buena cuenta, la conjunción de algunos de estos rasgos puede servir para determinar la existencia o no de una relación de trabajo. En esa medida, cada indicio funciona como una pieza de un rompecabezas, que debe ser analizada en conjunto con las demás piezas.

II.2. Regulación del principio

Nuestra normatividad laboral no es ajena al Principio de Primacía de la Realidad pues se encuentra presente en el artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, al establecer que “(...) en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. (...)”.

La norma citada es muy clara al señalar que independientemente de lo acordado por las partes o suscrito por las mismas en documentos, basta que el servicio sea prestado en forma subordinada, personal y remunerada para que se presuma la existencia de una relación de trabajo entre las partes.

³⁵¹ Ibid.

Creemos que, siendo el Principio de Primacía de la Realidad, en palabras del Tribunal Constitucional³⁵², “una regla rectora que informa la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas”, su plasmación de manera positiva en nuestra Constitución Política refuerza su aplicabilidad en su ordenamiento pero sin constituir un requisito para ello.

Vemos hasta aquí que el Principio de Primacía de la Realidad despliega sus efectos una vez detectada la subordinación, permitiendo que la autoridad califique a la relación independiente bajo análisis como laboral. En otras palabras, la subordinación es el detonante de la aplicación del principio toda vez que, la sola presencia de una prestación personal de servicios o de una retribución no genera como inmediata consecuencia que la relación contractual se entienda como laboral. Sin embargo, como lo estudiaremos en el numeral siguiente, pueden haber situaciones en que es socialmente necesario quebrar esta regla y acoger una presunción de laboralidad en un ordenamiento determinado. Volviendo al Principio de Primacía de la Realidad podemos afirmar que el principio y la subordinación forman una dupla indisoluble.

II.3. Aplicación práctica del principio

La aplicación del Principio de Primacía de la Realidad no es privativa de la judicatura laboral ni constitucional, sino también ha sido recogido legalmente o aplicado por otras autoridades, en todos los casos -qué duda cabe-, para tutelar derechos laborales.

II.3.1. En el Poder Judicial

En lo que se refiere a la aplicación del principio por el Poder Judicial es importante comentar que no solamente los jueces que conocen procesos de naturaleza laboral lo recogen en sus pronunciamientos sino también magistrados constitucionales que tramitan procesos de amparo a través de los cuales los trabajadores persiguen su reposición.

La Ley Procesal del Trabajo actual establece en su artículo 27.1 que corresponde al trabajador demostrar la existencia del vínculo laboral que

³⁵² Véase la sentencia recaída en el Proceso de Inconstitucionalidad seguido por Juan José Gorriti y más de 5,000 ciudadanos contra la Ley N° 28175, Expediente N° 008-2005-PI/TC, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de septiembre del 2005.

alega, por lo que si se encontró indebidamente fuera de planillas deberá utilizar indicios para cubrir con esta carga probatoria y esperar a que el juez “voltee la mirada” y exija al empleador demostrar que ha cumplido con el pago de los beneficios sociales a los que legalmente se encontraba obligado.

A guisa de ejemplo de los pronunciamientos en sede laboral ordinaria podemos citar a la Casación N° 2404-98 SANTA en la cual la Corte Suprema de Justicia señaló que “(...) los derechos laborales son irrenunciables, siendo de aplicación el principio de primacía de la realidad, (...) que toda prestación personal de servicios es remunerada y subordinada, presumiendo la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)”

La Segunda Sala Laboral ha recogido este criterio en la Resolución de 24 de marzo del 2003 recaída en el Expediente N° 2414-2002 BE (A/S) al establecer que

“(...) la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, por el cual, conforme a reiterada y uniforme jurisprudencia laboral, lo que ocurra en la práctica es más importante y de mayor relevancia que lo que las partes han pactado en documento; que de acuerdo a dicha convicción también corresponde sostener que los recibos por honorarios de fojas cinco a sesenticinco distorsionaban y encubrían en esencia el pago de las remuneraciones, careciendo por ello de toda relevancia el hecho de no haberse efectuado los descuentos que proceden por todo pago de remuneraciones, si la razón fundamental de la defensa de la demandada es negar que mantuvo vínculo laboral con el actor (...)”.

La Primera Sala Laboral ha sostenido el mismo criterio en la resolución del 19 de diciembre del 2000 recaída en el expediente N° 3661-2002-IND (S) al señalar que:

“(...)Tercero: (...) al respecto cabe decir que este colegiado define el contrato de trabajo como un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes llamada trabajador se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de la otra llamada empleador quien a su vez se obliga a pagarle la remuneración, reconociendo además como elementos esenciales de esta clase de contrato la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración; cuarto: que, la prestación personal

del servicio y la subordinación se prueba con los documentos que obran a fojas 07 y 08, los cuales demuestran que la accionante recibía órdenes de funcionarios de la demandada (...). Quinto: que, la percepción de una remuneración se acredita con los recibos que corren a fojas 27 y 28 debiendo tenerse presente que aun cuando la emisión de recibos por honorarios profesionales se ha efectuado cumpliendo las formalidades exigidas por la legislación tributaria, esto no los convierte en prueba de una relación de carácter civil, sino por el contrario son un indicador que el demandante percibía una retribución por sus servicios personales y subordinados; sexto: que, de conformidad con el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728- Ley de Productividad y Competitividad Laboral- aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, en toda prestación de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, razón por la cual de acuerdo a lo discernido en los considerandos cuarto y quinto y a la luz del principio de primacía de la realidad (...) podemos concluir que existió un contrato de trabajo entre las partes del presente proceso. (...)."

Es interesante comentar que la aplicación del principio de primacía de la realidad ha sido objeto de un Pleno Jurisdiccional realizado por los Vocales de las Salas Laborales del país el año 2000 en la ciudad de Tarapoto. En dicha reunión acordaron por unanimidad que "si el juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe laboral que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan".

Como se indicó anteriormente el ámbito procesal constitucional, y puntualmente el proceso de amparo, no es ajeno a este principio. Recordemos que, a partir de la sentencia recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. Emapa Huacho SA., en adelante "Caso Baylón", precedente vinculante³⁵³, la judicatura constitucional conoce

³⁵³ Véase la sentencia recaída en el Proceso de Inconstitucionalidad seguido por Juan José Gorriti y más de 5,000 ciudadanos contra la Ley N° 28175, Expediente N° 008-2005-PI/TC, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de septiembre del 2005.

de las demandas de amparo que cuestionen la amenaza o la violación del Derecho del Trabajo cuando ocurra un despido sin causa justa establecida por ley, un despido nulo o un despido fraudulento.

Así, frente a demandas de amparo en las que se cuestionaba el término de una relación formalmente civil cuando en la realidad de los hechos su naturaleza era laboral, el Tribunal Constitucional (TC), en aplicación del citado principio, ha dispuesto la reposición de los trabajadores demandantes por considerar que la conclusión unilateral del vínculo civil fue en la práctica un despido arbitrario. Es indudable que siendo el amparo un proceso judicial conceptualmente sumario frente al proceso laboral y que carece de una estación probatoria definida, existe una mayor exigencia probatoria al demandante, en este caso de la subordinación y de la conculcación a su Derecho al Trabajo.

En reiterada y uniforme jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha sostenido que el Principio de Primacía de la Realidad “es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado que en mérito de este principio (...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”³⁵⁴.

Podemos citar las resoluciones recaídas en los Expedientes Nº 0833-2004-AA/TC, Nº 2040-2004-AA/TC, Nº 1869-2004-AA/TC, Nº 3071-2004-AA/TC, Nº 2491-2005-PA/TC, Nº 2491-2005-PA/TC, Nº 1259-2005-PA/TC y Nº 03710-2005-PA/TC en las que el Tribunal Constitucional se ha basado en el Principio de Primacía de la Realidad para calificar una relación civil como laboral, y disponer la reposición del trabajador afectado por el despido arbitrario.

En dichas resoluciones, el Tribunal Constitucional ha señalado que un contrato civil en que la relación es de naturaleza subordinada debe considerarse como un contrato de trabajo de duración indeterminada, por lo que cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral sólo podría sustentarse en una causa justa establecida por la ley y debidamente comprobada, de lo contrario se configuraría un despido arbitrario.

Asimismo, el Colegiado afirma que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en una utilización fraudulenta de una modalidad de contratación civil configura un despido arbitrario, por lo que, teniendo en

³⁵⁴ Expediente Nº 1944-2002-AA/TC

cuenta la finalidad restitutoria del proceso de amparo constitucional, procede la reincorporación del trabajador demandante.

II.3.2. Autoridad Administrativa de Trabajo

Además del Poder Judicial, la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el marco de una actuación inspectiva, se encuentra facultada para aplicar el principio. En efecto, la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo dispone en su artículo 2 que el Principio de Primacía de la Realidad constituye un principio ordenador del Sistema de Inspección del Trabajo. La Ley señala que, “en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados”. La redacción del principio nos invita a reflexionar de que la pauta para su aplicación es lo que el inspector laboral constate en la diligencia inspectiva y no lo que indiquen las partes involucradas.

El Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, el Decreto Supremo N° 009-2006-TR reitera que el principio bajo comentario rige el funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección de Trabajo, así como de los servidores públicos que lo integran.

Dada la existencia de múltiples situaciones fraudulentas que se cometen contra los trabajadores, el Ministerio de Trabajo implementó en el año 2008 el Plan RETO, “Registro de Trabajadores Obligatorio”, cuyo objetivo es lograr la regularización de un número significativo de trabajadores en planilla en los próximos tres años. A partir del plan RETO se emitió la Directiva Nacional N° 08-2008- MTPE/2/11.4, que contiene información a tener en cuenta para la adecuada formalización de trabajadores en la planilla electrónica. Esta Directiva presume que existe vínculo laboral cuando:

- No existe definición de la naturaleza jurídica del vínculo laboral entre el sujeto inspeccionado y el personal verificado en la visita inspectiva, sin que el mismo se encuentre registrado en la planilla electrónica del centro de labores.
- El personal realiza una labor o presta servicios en un cargo, similar o equivalente al de otro trabajador registrado en la planilla electrónica.
- Habiendo concluido el plazo contractual pactado para cualquier modalidad formativa laboral, o superados los límites legales, la persona continúa prestando servicios para el empleador que lo contrató.

- La labor realizada por el personal se encuentra dentro de un puesto de trabajo que califica como laboral o de carácter subordinado, pudiendo utilizarse las directivas internas u organigramas que definan los puestos de trabajo subordinados.
- Cuando la empresa usuaria o principal no acredita que el personal destacado o desplazado a su centro de labores lo hace bajo un contrato de intermediación laboral o tercerización de servicios.

II.3.3. Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y Tribunal Fiscal

Por Ley N° 27334 del año 2000 se ampliaron las facultades de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) encargándole también la administración de la contribución a EsSalud y de los aportes al Sistema Nacional de Pensiones, los cuales como sabemos gravan a las remuneraciones.

Debido a lo anterior, el ente recaudador fiscal se encuentra facultado para recaudar los tributos antes indicados, pudiendo efectuar fiscalizaciones a los empleadores para determinar si vienen cumpliendo con sus obligaciones tributario-laborales. En el caso de la contribución a EsSalud, recordemos que el empleador debe abonar directamente un aporte equivalente al 9% de las remuneraciones que pague a su personal (Ley N° 26790), mientras que para el Sistema Nacional de Pensiones, deberá retener el 13% de las remuneraciones que abone a sus trabajadores y trasladar dicho monto a la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

La aplicación del Principio de Primacía de la Realidad por parte de este ente recaudador, que en el Código Tributario se encuentra regulado como el principio de la realidad económica (Norma VIII)³⁵⁵, se da cuando se detecta que el empleador contrata indebidamente locadores de servicios (autónomos) que en los hechos se encuentran subordinados a aquél. En estos casos la SUNAT considerará que existe una relación laboral y requerirá al empresario el pago del tributo omitido, más intereses legales, imponiendo las multas correspondientes.

Debemos precisar que esta actuación de la SUNAT es la que ha servido como un mayor incentivo para que las empresas dejen de lado

³⁵⁵ "Código Tributario. Norma VIII: Realidad Económica: Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT – tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios".

conductas informales en relación a la contratación de personal. Los empleadores son conscientes que es más probable que los visite un inspector de SUNAT que uno de la Autoridad Administrativa de Trabajo, debido a los mayores recursos con los que cuenta la entidad tributaria, así como al temor de que si se descubre la informalidad relativa a la contratación laboral, se inicie una auditoría general en materia de tributos que gravan las rentas empresariales (Impuesto a la Renta) o las ventas (IGV).

Es interesante comentar que el Tribunal Fiscal, al resolver las apelaciones de los administrados contra pronunciamientos de SUNAT que aplicaban el Principio de la Realidad Económica, haya reconocido que la subordinación es un elemento determinante de la relación laboral (Resolución N° 342-1-98 del 06 de mayo de 1998), y que existe la necesidad que SUNAT acredite en forma fehaciente y caso por caso la existencia de una relación laboral (Resolución N° 6433-93 de 22 de octubre de 1997, N° 881-4-97 de 14 de agosto de 1997, N° 1561-5-96 de 22 de agosto de 1996 y N° 919-5-97).

II.3.4. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)

El INDECOPI también ha aplicado el principio bajo estudio, a partir de pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, en casos relativos al reconocimiento de crédito laboral derivado de contrato de locación de servicios³⁵⁶.

Por ejemplo, en la Resolución N° 0342-2010/TDC-INDECOPI del 16 de agosto del 2000, procedimiento seguido por Antonio Miguel Cantuarias Carlevarino y Alifia Antonieta Aliaga Tovar contra Hogar S.A., señaló lo siguiente:

“A criterio de la Sala, precisamente sobre la base del principio de primacía de la realidad, podría justificarse el reconocimiento de créditos laborales por parte de la autoridad concursal sin que el órgano jurisdiccional deba intervenir para ello. Este caso se podría presentar cuando la autoridad concursal tenga la evidencia suficiente de la existencia de una relación de naturaleza laboral.

³⁵⁶ Criterio seguido en la Resolución N° 0337-1999/TDC-INDECOPI emitida por la Sala el 01 de octubre en el proceso de reconocimiento de créditos seguido por Eloy Quineche Rojas frente a Textil Calsa S.A. en liquidación.

En ese sentido, contrariamente a lo argumentado por la Comisión, esta Sala considera que la autoridad concursal puede reconocer créditos de origen laboral en aplicación del principio de primacía de la realidad (según el cual cuando existe discordancia entre lo real y lo formal debe prevalecer lo real), por lo que si bien existe documentación que podría sostener la apariencia de una relación de naturaleza civil en el presente caso (recibos por honorarios profesionales, constancia de servicios, certificado de retención a cuenta del Impuesto a la Renta de Cuarta Categoría)³⁵⁷, las pruebas que acreditan la naturaleza laboral de la relación deben meritarse preferentemente, pues evidencian una realidad manifiesta propia de las actividades desempeñadas por los solicitantes a favor de la insolvente”³⁵⁸.

Pronunciamientos similares pueden encontrarse en la Resolución Nº 0224-2000/TDC-INDECOPI del 07 de Junio del 2000 y Nº 380-2000/TDC-INDECOPI del 06 de septiembre del 2000.

Finalmente, conviene aclarar que la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo Nº 845) no contenía una disposición expresa que habilitar a las Comisiones o al Tribunal del INDECOPI a aplicar el Principio de Primacía de la Realidad, por lo que el desarrollo del mismo es jurisprudencial como se habrá podido advertir.

De lo expuesto en el presente acápite podemos concluir que el Principio de Primacía de la Realidad constituye una herramienta jurídica fundamental para levantar el velo formal que cubre una determinada relación contractual y atender a lo que sucede en el terreno de los hechos. Para su aplicación, que duda cabe, deberá demostrarse subordinación, ya sea a través de una prueba plena o indiciaria. Este principio ha sido y viene siendo ampliamente utilizado en nuestro país por su coherencia lógica y contundencia argumentativa.

Ahora bien, nuestra reflexión va un paso más allá, ¿qué sucede con quienes no pueden acreditar la existencia de subordinación, sea a través de una prueba plena o de indicios? ¿Acaso están condenados

³⁵⁷ Código Civil. “Artículo 1764.- Por la locación de servicios, el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”.

³⁵⁸ Criterio seguido en la Resolución Nº 0337-1999/TDC-INDECOPI emitida por la Sala el 01 de octubre en el proceso de reconocimiento de créditos seguido por Eloy Quineche Rojas frente a Textil Calsa S.A. en liquidación.

a carecer de protección por parte del Derecho del Trabajo? A estas interrogantes respondemos analizando la legitimidad de la introducción de la presunción de laboralidad en nuestro país.

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

El artículo 23. 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo recoge una presunción de laboralidad al señalar que, “Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”.

En este numeral estudiaremos las razones que, a nuestro entender, justifican dicha presunción, sus alcances y la prueba en contrario.

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

Nuestro texto Constitucional en su artículo 1 señala que, “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Según lo entiende Marcial Rubio, este artículo es un principio hermenéutico para todo nuestro sistema jurídico, pues sirve “para que allí donde no haya significados claros en las normas, o donde debamos sustituir una laguna del Derecho con una regla, la primacía de la persona humana sea un elemento determinante en los contenidos a diseñar y, también, en la metodología que se utilice para solucionar el problema jurídico de que se trate”³⁵⁹.

En ese sentido, el significado del artículo glosado anteriormente apunta a consagrar que la sociedad en general debe defensa y respeto a la dignidad de la persona, la misma que consiste, en esencia sostiene Rubio, “en que cada uno es igual al otro por su condición de ser humano, y más allá de cualquiera de las múltiples diferencias que hay entre una y otra persona”³⁶⁰.

La dignidad humana es concebida como un principio y un límite a la actuación del Estado, particulares y la sociedad en general, como un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar³⁶¹.

En cuanto a la relación entre dignidad y derechos fundamentales,

³⁵⁹ RUBIO CORREA, MARCIAL. (1999), p. 115.

³⁶⁰ Ibid., p.114.

³⁶¹ FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO. (1996), p. 32.

tenemos que la dignidad es la razón de ser, fin y límite de los mismos, operando como un derecho individual sino también como un derecho objetivo, sirviendo de límite a los derechos fundamentales, lo cual se traduce en el deber general de respetar derechos ajenos y propios³⁶². La dignidad humana es un valor, fuente de todos los derechos independientemente de su naturaleza, que provienen de esa dignidad inherente a todo ser humano³⁶³.

Esta expresión de la dignidad humana como fundamento de los Derechos Fundamentales y como exigencia al Estado de asegurar la vigencia de los mismos supone -tratándose del Derecho al Trabajo y en el seno del proceso, del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva- que el Estado genere mecanismos de especial tutela a la parte débil de la relación laboral -el trabajador- facilitando su tránsito por el proceso laboral en atención a la desigualdad existente, con medidas como las presunciones reguladas a su favor por ejemplo.

El reconocimiento de la dignidad como pilar de nuestro Estado, aunado a la Cláusula Social del Estado recogida en el artículo 43 de nuestra Constitución, abona a favor de la tesis enunciada. En efecto, como lo señala Gonzales³⁶⁴, el sistema jurídico en el Estado Social de Derecho trasciende la nueva regulación formal. “El Derecho es un conjunto normativo, pero tiene connotaciones sociales; es decir, se entiende que el Derecho, en especial los Derechos Fundamentales, no sólo implican su vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un ejercicio efectivo del Derecho”.

Justamente un Estado Social de Derecho garantiza la vigencia efectiva de la dignidad humana como pilar de los Derechos Fundamentales, entre los que se encuentran aquellos de naturaleza laboral.

Vinatea³⁶⁵, cuya opinión compartimos, afirma que,

“(…) la cautela de esos derechos fundamentales sugiere, en el proceso laboral, por lo menos la intención de equilibrar las desigualdades existentes con respecto al acceso y a la obtención de tutela judicial efectiva, y ello no se contradice con el conjunto normativo laboral y constitucional. En efecto, dentro del marco de la Constitución, las garantías de la administración de justicia de vinculan con la defensa de la

³⁶² Miguel Angel Alegre Martínez citado por: LANDA ARROYO, CESAR. (1996), p. 20.)

³⁶³ FERNANDEZ SEGADO. (1996), Op.cit. p. 33.

³⁶⁴ GONZALES OJEDA, MAGDIEL. En: <http://blog.pucp.edu.pe/item/24656>

³⁶⁵ VINATEA RECOBA, LUIS. (2004), p. 104.

persona y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado (art. 1 de la Constitución). Ello expresa un contenido social insoslayable (...)”.

Esa expresión de la acción estatal para equiparar lo desigual, plasmada en el Principio Protector, se ve recogida -qué duda cabe- en la presunción de laboralidad contemplada en el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Así pues, el Estado asume un papel interventor cuyos fines se asimilan al Principio Protector, reflejándose el mismo en la definición de normas, en su aplicación o interpretación y en la propia actuación del Juez Laboral³⁶⁶. En otras palabras, es el Juez Laboral el llamado a aplicar el Principio Protector recogiendo las instituciones normativas del Derecho Procesal Laboral, como la presunción que comentamos y también a través de una visión crítica de los hechos sometidos a su conocimiento.

En esa medida, consideramos que el Principio Protector se deriva de la esencia de nuestro ordenamiento constitucional, siendo una legítima expresión del mismo el reconocimiento de la presunción de laboralidad por la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

III.2. El recurrente fraude laboral como sustento fáctico de la presunción de laboralidad

La presunción de laboralidad contenida en el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo supone el alivio probatorio al trabajador o ex trabajador demandante en un proceso laboral pues se facilita la demostración de la existencia de su relación laboral con su empleador o ex empleador demandado. A diferencia de la regulación actual que exige al trabajador acreditar la existencia de la relación laboral -lo cual al final pasa por demostrar que su actividad fue subordinada-, con la nueva ley basta la presunción para que acredite, aunque sea en forma indiciaria, que prestó servicios en forma personal al demandado.

Esta facilitación o alivio, como vimos en la sección anterior, tiene su sustento jurídico en el despliegue del Principio Protector al proceso laboral. Sin embargo, no debemos evitar tener en cuenta que la realidad imperante en nuestro país -en lo que a contratación laboral se refiere- constituye un sustento adicional para la regulación de la presunción. En efecto, la existencia de trabajadores precarios que no

³⁶⁶ Ibid.

tienen acceso a derechos laborales básicos ni a protección social, debido a un uso fraudulento del contrato de locación de servicios (falsos autónomos) genera la necesidad de regular este auxilio judicial.

El fraude a la ley, como lo señala el profesor Neves, consiste en “eludir la regulación de la ley aplicable al hecho (ley defraudada), amparándose en una ley en estricto no aplicable a él (ley de cobertura)”³⁶⁷. En el caso que nos ampara, la ley defraudada sería la que regula la contratación laboral mientras que la ley de cobertura sería la regulación sobre el contrato de locación de servicios (Código Civil).

En nuestro ejercicio profesional nos hemos topado con una realidad que aún impera en nuestro país: la contratación de falsos trabajadores autónomos bajo el absurdo argumento de ahorrar el costo laboral que supone su incorporación en planillas. Inicialmente las empresas exigían que estos “locadores de servicios” se inscribieran en el Registro Único de Contribuyentes a cargo de SUNAT, obtuvieran un número de registro y tramitaran sus recibos por honorarios, los cuales servían como sustento de la retribución abonada. Los falsos autónomos reunían sus recibos consecutivos, lo cual acreditaba continuidad en el servicio, así como un fotocheck, una tarjeta de asistencia, un memorándum o algún indicio más y ya tenían sustento suficiente para plantear su demanda laboral a efectos de ser reconocidos como trabajadores de su cliente.

Actualmente estamos experimentando una sofisticación en el tratamiento de los falsos autónomos pues la imaginación perversa de algunos malos empleadores los lleva a exigir recibos por honorarios de terceros, o pagar el dinero mediante un sobre sin registro alguno, así como evitar la creación de indicios de subordinación, con la finalidad de dejar sin sustento cualquier demanda laboral. Inclusive, ante la presencia de inspectores laborales se ha generado la costumbre de desalojar a los falsos autónomos por puertas traseras, o esconderlos en los baños de los centros de trabajo.

Frente a ello consideramos que resulta necesaria una medida como la presunción laboral para evitar que verdaderos trabajadores se encuentren extramuros del Derecho del Trabajo, frustrándose la finalidad protectora del mismo al no poder demostrar la existencia de una relación laboral³⁶⁸. Como acertadamente opina Sanguinetti, “la denominada presunción de laboralidad constituye, precisamente, el

³⁶⁷ NEVES. (2000). Op. cit. p. 35.

³⁶⁸ SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. (2003), p. 43.

instrumento diseñado por los ordenamientos laborales, desde su etapa germinal, para solventar este tipo de inconveniente, facilitando a quienes alegan su exclusión ilícita del terreno laboral la acreditación de la subsistencia de un vínculo de este tipo (...)”³⁶⁹

Ahora bien, la facilitación probatoria no implica una ausencia de probanza por lo que el demandante deberá al menos aportar indicios racionales del carácter laboral de la relación bajo discusión. Este principio de prueba se constituye en la demostración de la prestación de servicios a beneficio de quien es pretendidamente el empleador³⁷⁰.

Esta exigencia indiciaria evidencia que la presunción no supone una inversión en la carga probatoria sino más bien una alteración del contenido de la prueba, “sustituyendo el deber del sujeto de probar todas las notas que permiten afirmar el carácter laboral de la prestación de servicios (hecho presunto), por la exclusiva demostración de la existencia de esta última (hecho base de la presunción)”³⁷¹.

En cuanto a la operatividad práctica de la presunción de laboralidad en un proceso laboral, creemos que el demandante deberá acreditar entonces, la prestación personal de servicios, pudiendo su demostración ser en forma indiciaria utilizando, por ejemplo, recibos por honorarios, correos electrónicos, cartas a proveedores, comunicaciones de terceros dirigidas a la empresa pero a la atención del demandante, entre otros.

Lo anterior supondrá demostrar desde cuando inició sus servicios, para fijar una fecha inicial para efectos de la determinación de los beneficios laborales adeudados por el empleador, pues a partir de ahí la presunción entiende que los mismos han sido indeterminados. Quedará a cargo del empleador demostrar el pago de los beneficios laborales y el estado del vínculo laboral, es decir, si se encuentra vigente o si ya concluyó y, en este último caso, la causa del despido o el motivo del cese.

Por ende, somos de la opinión, que la presunción resulta apropiada en razón a la necesidad de facilitar la actuación probatoria del trabajador o ex trabajador demandante debido a la desigualdad natural de la relación laboral aunada a la informalidad existente en nuestro país que se traduce en un uso fraudulento de la contratación independiente con la finalidad de encubrir verdaderas relaciones laborales cuya probanza resulta difícil para el trabajador.

³⁶⁹ Loc.cit.

³⁷⁰ Ibid, p. 44

³⁷¹ Ibid, p. 45.

III.3. Compatibilidad entre la presunción de laboralidad y la presunción contenida en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

El artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece textualmente que “en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

Por su parte, como vimos, el artículo 23. 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo recoge una presunción de laboralidad al señalar que, “Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.”

La pregunta inmediata que surge ante la presunción del artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es si realmente opera como tal. Si analizamos con cuidado la redacción de la misma advertiremos que el supuesto en que se coloca es aquél en el que el demandante demuestra que sus servicios han sido personales, subordinados y remunerados, es decir, cumple con acreditar los elementos esenciales de la relación laboral, en cuyo caso, el efecto lógico es concluir que la relación es de trabajo y no independiente.

En otras palabras, lo que presumiría este artículo no es la existencia de una relación laboral sino que la misma es a plazo indeterminado. Se da por sentada que toda relación jurídica de carácter personal que sea onerosa y principalmente subordinada es laboral no siendo necesario para arribar a dicha conclusión el utilizar una presunción³⁷².

En esa medida, el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral resulta útil para determinar la naturaleza indefinida del vínculo laboral cuando se presentan los elementos de la relación laboral, trasladando la prueba en contrario al empleador.

Sobre la presunción del artículo 4 de la norma citada, Sanguinetti considera que

“(…) tampoco hay nada que se presuma en esta fórmula, cuya estructura parece calcada de la del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores español, como no sea, una vez

³⁷² Este argumento podría verse objetado con las relaciones excluidas del Derecho del Trabajo por norma legal expresa pese a reunir los elementos esenciales antes mencionados, como es el caso de las modalidades formativas laborales o en el Estado el Contrato Administrativo de Servicios (CAS). Sin embargo, creemos que, salvo este fenómeno excepcional de la exclusión, toda relación jurídica en la que se presenten los elementos esenciales deberá ser calificada como laboral.

más, el consentimiento de las partes para obligarse la preferencia del legislador por el contrato de trabajo frente a otros regímenes a los que puede estar sujeta la prestación subordinada de servicios en el Perú, como el de los servidores del Estado o el de los convenios de formación laboral juvenil”³⁷³.

Teniendo en cuenta que ambos enunciados presumen la existencia de un contrato de trabajo indefinido, la diferencia entre ambos radicaría en que la presunción contenida en el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo es aplicable únicamente en el ámbito del proceso laboral y en este escenario englobaría a la presunción a favor del contrato indeterminado comprendida en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual podría emplearse en situaciones ajenas al proceso laboral. Tengamos en cuenta que el artículo 4, a nuestro entender, recoge el Principio de Primacía de la Realidad, cuyo ámbito de aplicación comprende toda situación en la que nos encontremos ante un discordancia entre la formas y los hechos que puedan tener incidencia en una relación de trabajo.

Por lo expuesto, consideramos que las presunciones glosadas en este acápite no resultarían incompatibles entre sí, y que inclusive debería recogerse la presunción de laboralidad de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en una norma laboral general como la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, o una Ley General de Trabajo.

III.4. La “destrucción” de la presunción a cargo del demandado

La presunción de laboralidad bajo comentario califica como una presunción *juris tantum* pues puede ser enervada mediante la acreditación del demandado de que, o bien la prestación de servicios es inexistente, que es a plazo determinado, o que la misma ha sido de carácter autónomo.

En esa medida, al admitirse prueba en contrario, se encontrará a cargo del empleador demandado no solamente negar la existencia de una relación laboral sino demostrarlo pues, si no cumple con su carga probatoria, entonces el resultado del proceso le será desfavorable, viéndose condenado al pago de los beneficios sociales reclamados por el demandante.

³⁷³ SANGUINETI. (2003). Op. cit, pp.54-55

Si el demandado pretende rebatir la presunción relativa la naturaleza indeterminada de la relación laboral deberá acreditar la celebración de contratos sujetos a modalidad (plazo fijo), debida y objetivamente justificados (causados) y demostrar que cumplió con las formalidades previstas por el ordenamiento laboral.

Entonces, es el demandado, normalmente empleador o ex empleador, quien debe acreditar que la presunción carece de sustento, no bastando sus solas afirmaciones sino también requiriéndose un acervo probatorio concluyente. Tengamos en cuenta que la ruptura de una presunción exigirá desplegar una actividad probatoria consistente, no siendo suficiente pretender su quiebre a través de una prueba indiciaria.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. El empleo de falsos autónomos para encubrir ilícitamente relaciones de trabajo (fraude a la ley) se ha vuelto más intenso y recurrente en nuestro país, siendo el principal objetivo de esta medida el ocultamiento de la subordinación.

SEGUNDA. Siendo la subordinación la nota esencial de la relación laboral, el uso de medidas cada vez más sofisticadas para evitar que despliegue sus efectos por parte de malos empleadores complica las posibilidades del trabajador de recurrir a los órganos jurisdiccionales en busca de la tutela judicial efectiva a partir del reconocimiento de su condición de tal.

Esta realidad innegable constituye a nuestro entender una justificación para considerar la regulación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo de la presunción de laboralidad, la cual constituye una facilitación probatoria para aquel trabajador que se ve perjudicado por el “ingenio” de su empleador al ocultar la subordinación. La Ley Procesal señala que bastará con acreditar la prestación personal de servicios para que se presuma la existencia de un contrato indeterminado, salvo prueba en contrario del empleador.

Esta presunción, que se sustenta jurídicamente en el Principio Protector, resulta a nuestro entender oportuna, operando como un mecanismo de tutela al trabajador que se encuentra imposibilitado de probar la subordinación.

Ahora bien, no debemos negar, que pueden ocurrir situaciones en las que algún litigante de mala fe, que en la realidad de los hechos (primacía de la realidad) es autónomo, pretenda valerse de la presunción para obtener algún beneficio patrimonial a costa del empleador.

En estos casos, que serán fácilmente detectados por el juez, dado su nuevo rol con la Nueva Ley Procesal y que exige una mayor compenetración y conocimiento de los expedientes, debe llevar a la sanción de este litigante pues resulta totalmente injusto activar la maquinaria jurisdiccional con la única finalidad de obtener dinero mediante un empleo indebido de las instituciones de tutela del trabajador, prevista en el ordenamiento procesal como la presunción de laboralidad.

TERCERA. No negamos que la regulación de la presunción de laboralidad podría prestarse a conductas como las descritas en el párrafo precedente (mala fe, uso abusivo) pero creemos que las mismas no constituyen la regla y no deberían justificar el rechazo a esta institución; por el contrario, su razón de ser descansa en el ya comentado fraude laboral en la contratación de personal. En efecto, existen empleadores que consideran que resulta más barato contratar al personal fuera de planillas pues se “ahorran” costos laborales que pueden ascender hasta el 50% , razonamiento que consideramos equivocado.

CUARTA. El contratar irregularmente a una persona, no reconociéndole el acceso a derechos laborales y protección social genera al empleador más perjuicios que beneficios, pues podrá ser objeto de inspecciones e imposición de multas por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la SUNAT, además de sendas demandas laborales interpuestas por el trabajador que se ve perjudicado por dicha situación y, lo que creemos más importante, tendrá un trabajador desmotivado, no comprometido con los objetivos empresariales, que no se “ponga la camiseta” de la empresa. Todo ello a la larga, reiteramos, genera más perjuicios que beneficios, por lo que rechazamos el absurdo razonamiento de que es mejor contratar fuera de planillas.

Si lo que se quiere es reducir el impacto de la contratación en clave de costos laborales, lo recomendable desde el punto de vista jurídico sería planificar una estrategia de contratación flexible que incluya un componente salarial no remunerativo, dentro del marco de la ley, y no negar la condición de trabajador de la persona que se contrate para realizar una labor subordinada.

En ese escenario equivocado en que el empleador considera que es mejor contratar fuera de planillas, retribuir el salario directamente y sin recibos de por medio, es decir, encontrarse en la total informalidad, la presunción de laboralidad entra a tallar facilitando la actividad probatoria del trabajador, quien deberá aportar un mínimo de prueba, a través de

indicios por ejemplo, que sus servicios fueron prestados en forma personal. Estos indicios podrán ser documentos internos que haya generado con ocasión de sus labores, manifestaciones de compañeros de trabajo, verificaciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo, etc., y en general, cualquier sucedáneo de prueba lícito que le permita demostrar que prestó servicios al empleador por un tiempo determinado.

QUINTA. La regulación de la presunción de laboralidad exige entonces una actitud responsable por parte de los asesores legales de estos trabajadores, quienes deberán evitar su uso indebido cuando sean conscientes de que la relación jurídica es verdaderamente autónoma; de lo contrario y si pese a ello insisten en plantear reclamaciones judiciales, deberán ser sancionados por la autoridad.

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

No queremos dejar de comentar que al final la presunción de laboralidad supone la plasmación de algo que hemos venido corroborando en la práctica, la existencia de fallos a favor de demandantes con la sola acreditación de la prestación personal pese a que nuestra actual Ley Procesal requiere acreditar la subordinación. Esta situación, criticable para algunos, se sustenta en la necesidad de otorgar tutela al trabajador desvalido de medios de prueba, de ahí que con la presunción se otorga respaldo normativo a dicho criterio jurisdiccional.

SÉPTIMA. En suma, respaldamos la regulación de la presunción de laboralidad y estaremos atentos a la casuística que se generará por su uso en los tribunales, pues ahí se podrá advertir la pertinencia práctica de su regulación y el manejo responsable o no que tendrán los litigantes y magistrados de la misma.

V. BIBLIOGRAFÍA

Libros

ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL. (1996). La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. Universidad de León. Citado por: LANDA ARROYO, CESAR (1996).

FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO. (1996). “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”. En: (1996) Revista Derecho PUCP. Nº 50, diciembre de 1996. Lima.

NEVES, JAVIER. (2000). Introducción al Derecho Laboral. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PALOMEQUE LOPEZ, MANUEL CARLOS y ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL. (1995). Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

PLÁ RODRIGUEZ, AMÉRICO. (1998). Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Ediciones De Palma.

RUBIO CORREA, MARCIAL. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. (2000). El contrato de locación de servicios. Segunda Edición. Lima, Gaceta Jurídica.

SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. (2003). “La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del derecho del trabajo en el Perú”. En: Laborem, revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Nº 3. Año 2003. Lima.

THIBAUT ARANDA, JAVIER. (2000). El Teletrabajo. Madrid, Consejo Económico y Social.

VINATEA RECOBA, LUIS. (2004). “Los principios del derecho del trabajo y el proceso laboral”. En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Internet

PRIORI POSADA, GIOVANNI. “Las tareas pendientes para la aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo”. Revisado el 12 de abril del 2010. En: <http://www.enfoquederecho.com/?q=node/3069>

ERMIDA URIARTE, OSCAR y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, OSCAR. “Crítica de la subordinación”. En: Libro Homenaje a Néstor de Buen Lozano. En: <http://www.bibliojuridica.org/>

GONZALES OJEDA, MAGDIEL. “El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano”. En: Revista Derecho y Sociedad. Nº 23. Obtenido de: <http://blog.pucp.edu.pe/item/24656>

LA CASACIÓN LABORAL

Dr. Jorge Toyama Miyagusuku

Abogado, Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo.

Agradecemos a la Profesora Sara Rosa Campos Torres por el apoyo valioso brindado en la elaboración de este artículo.

Resumen

La unificación de la jurisprudencia, así como la recta aplicación del derecho objetivo, continúan siendo los fines de la casación laboral pero, en aras de la reducción de la carga procesal y asegurar su “carácter extraordinario”, la nueva Ley Procesal del Trabajo ha introducido una serie de modificaciones a esta institución. Realmente estamos ante un recurso extraordinario que exigirá a las partes mucha cautela para acudir a esta instancia.

La reforma que ha sufrido la casación en realidad se parece más a los cambios que ha sufrido la casación civil que a la lógica de la oralidad laboral de la nueva norma procesal laboral. Es decir, mientras que las instancias inferiores presentan cambios relevantes que buscan la celeridad procesal a través de la oralidad laboral; la casación ha migrado a un sistema más civilista que debería apuntar a conocer menores procesos.

El recurso de casación laboral es uno de los instrumentos más relevantes en los procesos laborales, por ser la máxima expresión de la administración de justicia laboral que es emitida por una Sala Especializada de la Corte Suprema.

En la Nueva Ley Procesal del Trabajo el recurso de casación ha recibido un tratamiento distinto a la normativa vigente, estableciéndose nuevas causales para su procedencia (más flexibles) pero a su vez limitando los casos que pueden ser materia de casación, la resolución inmediata del conflicto en una audiencia ante las partes, la publicación obligatoria de las resoluciones que declaran improcedente el recurso, sean precedentes obligatorias o no, entre otros cambios que son materia de comentario y análisis por los autores en el presente informe.

Sumario

I. Aspectos generales. II. Marco conceptual. III. Marco normativo y antecedentes. IV. Finalidad y causales del recurso de casación. V. Procedencia y requisitos. VI. Efectos del Recurso de casación: La sentencia casatoria. VII. Importancia del precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia y la publicación de sentencias. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía

I. ASPECTOS GENERALES

El recurso de casación es uno de los ejes esenciales del proceso laboral, erigiéndose como un medio impugnatorio de enorme trascendencia en tanto contribuye a la recta administración de justicia y permite que las partes puedan acceder a la Corte Suprema.

Doctrinariamente es reconocido como un recurso de carácter extraordinario que tiene por finalidad garantizar la debida y correcta aplicación del derecho al caso concreto, más no incide en la revisión de los hechos alegados por las partes en instancias anteriores. Por ello, es definido por varios autores como el medio impugnatorio de carácter extraordinario mediante el cual se busca la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación jurisprudencia³⁷⁶.

De esta manera, la casación tiene una doble función: por un lado la función nomofiláctica, que supone la apreciación de la legalidad de las sentencias judiciales y, de otro lado, una función uniformadora de las diferentes sentencias que pueden emitirse ante un mismo supuesto de hecho, siguiendo la clásica construcción del reconocido procesalista Piero Calamandrei; finalmente, la casación también debería tener como fin el reconocimiento de la justicia³⁷⁷.

Legislativamente, el recurso de casación laboral fue regulado por primera vez en la Ley N° 26636, y su modificatoria, aprobada por la Ley N° 27021, y de forma supletoria y complementaria las disposiciones aplicables del Código Procesal Civil. Tales normas regulaban de forma muy general los alcances del recurso de casación dejándose de lado aspectos importantes de este recurso, que - a nuestro parecer- han sido considerados en la nueva Ley Procesal del Trabajo, aprobada recientemente por la Ley N° 29497 del 15 de enero del 2010.

De esta forma, en el presente informe desarrollaremos los cambios más resaltantes establecidos en la Nueva Ley Procesal del Trabajo en torno al recurso de casación, como son los requisitos para su interposición, el

³⁷⁶ Al respecto puede verse AREVALO VELA, JAVIER. (2007), p. 163, y ELÍAS MANTERO, FERNANDO. (2010), pp. 78 y ss.

³⁷⁷ Sobre la finalidad de la casación bajo los alcances de la Ley N° 26636, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema (Casación N° 1156-2006-Loreto, del 06 de septiembre del 2006) ha indicado lo siguiente: "Que el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Procesal Civil reconoce que el recurso de casación persigue como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación unívoca del derecho objetivo (finalidad nomofiláctica) y la unificación de los criterios jurisprudenciales por la Corte Suprema de Justicia (finalidad uniformizadora), no obstante, la doctrina contemporánea también le atribuye una finalidad denominada dikelógica, que se encuentra orientada a la búsqueda de la justicia al caso concreto".

procedimiento y los efectos de una sentencia casatoria, el establecimiento de una diligencia especial –el cambio más parecido a la oralidad y concentración que rige para otras instancias- entre otros, sin dejar de expresar nuestros particulares puntos de vista sobre los mencionados temas.

II. MARCO CONCEPTUAL

El recurso de casación es un medio impugnatorio de carácter extraordinario –que, en rigor, no da lugar a una instancia–, por el cual el Estado busca controlar la adecuada aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos y, de esta forma, brindar seguridad jurídica a las partes así como unificar los criterios jurisprudenciales. Al respecto, Neves Mujica³⁷⁸ señala que la casación pretende evitar arbitrariedades y homogenizar el criterio interpretativo que se plasma en la seguridad jurídica.

De otro lado, el recurso de casación es una manifestación de la tutela judicial efectiva en tanto es un mecanismo que pretende otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales por los jueces³⁷⁹.

Como ya anotamos brevemente y, como apunta Ramírez³⁸⁰, la casación consiste “exclusiva y excluyentemente, en el examen de las cuestiones de derecho de la sentencia impugnada, no es una tercera instancia”. No estamos, por consiguiente, frente a un recurso ordinario donde los magistrados aprecian las pretensiones procesales de las partes, ya que por la casación se supervisa la adecuada aplicación e interpretación de las normas por parte de los jueces. La Nueva Ley Procesal del Trabajo asegura que el recurso de casación debe estar sustentado en una infracción normativa o en un criterio jurisprudencial no observado que incide directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada.

Además de ello, con la Nueva Ley Procesal del Trabajo puede interponerse el recurso de casación frente a la no aplicación por los jueces ordinarios de los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional (TC) en los casos que tengan que resolver en sede jurisdiccional ordinaria. Esto, por ejemplo, a tenor de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional cuando nos refiere que las sentencias del Tribunal Constitucional adquieren la autoridad de cosa juzgada y constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia con el fin de lograr la unificación de la doctrina laboral y, al

³⁷⁸ NEVES MUJICA, JAVIER. (1993), p. 20.

³⁷⁹ Luis Vinatea Recoba en VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (1996).

³⁸⁰ RAMÍREZ, NELSON. (1993), p. 123.

mismo tiempo, establecer el principio de predictibilidad para que el accionante conozca de antemano la posible resolución del conflicto jurídico.

En suma, y es importante reconocerlo, el recurso de casación importaba una suerte de retardo en la administración de justicia -demora que podía generar, finalmente, una injusticia-. Sin embargo, con la Nueva Ley Procesal del Trabajo la casación busca privilegiar la recta aplicación de la ley al proceso concreto así como a otros eventuales procesos, y alcanzar la justicia en la resolución de los conflictos procesales, además de acercarnos -a la brevedad posible- a la actual regulación³⁸¹.

Estamos, entonces, frente a una institución necesaria y de enorme importancia en la administración de justicia. Constituye en sí misma una vía para asegurar la correcta aplicación o interpretación de las normas jurídicas y la uniformización de la jurisprudencia nacional.

III. MARCO NORMATIVO Y ANTECEDENTES

A nivel constitucional se reconoce el derecho de los ciudadanos para interponer un recurso de casación que es resuelto por la Corte Suprema de la República (artículo 141 de la Constitución de 1993) y, de otro lado, se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva (numeral 3 del artículo 139 de la Constitución). Ello genera -y confiere el marco para ello- la necesaria regulación del recurso de casación para que las partes de la relación jurídico-procesal puedan solicitar la actuación del Estado -a través de la Corte Suprema- frente a una sentencia que consideran atentatoria de la seguridad jurídica. De otro lado, el numeral 4 del artículo 35 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que el recurso de casación en materia laboral procede en los casos expresamente contemplados en la ley.

Ahora bien, debido a que, hasta antes de la Ley N° 26636, no existía una norma específica que precisara los supuestos en los que cabía interponer un recurso de casación en materia laboral, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema interpretó que no era posible presentar un recurso de casación en los procesos laborales. No obstante ello, en el famoso caso Shougang la misma Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema declaró procedente una queja presentada contra una resolución emitida por la Sala Mixta de Ica denegando la tramitación de un recurso de casación. Si bien el recurso de casación fue finalmente declarado infundado, antes y después este caso, la referida Sala de la Suprema rechazó los recursos de casaciones que se interponían.

³⁸¹ Américo Plá Rodríguez en SANDOVAL, OSWALDO (1996), p. 306.

De lo expuesto fluye que la normativa anterior (Ley Nº 26636 y su modificatoria), tuvieron en la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial las directrices genéricas para regular el recurso de casación en materia laboral. Luego de la dación de la Ley Nº 26636 se presentaron dos hechos que consideramos importante resaltar. De un lado, la emisión de la Ley de Casación Laboral que pretendió re-regular la casación laboral modificando ciertos aspectos determinantes en procura de una mejor aplicación de esta figura procesal, así como el establecimiento de límites al acceso de la casación misma. De otro lado, tenemos la creación de la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que buscó resolver con mayor celeridad los recursos de casación interpuestos contra las sentencias de la Corte Superior.

No obstante lo señalado, en la realidad no necesariamente se venían obteniendo todos los resultados que se esperaban a partir de lo resuelto por esta Sala Suprema, manteniéndose criterios o interpretaciones distintas en temas laborales similares³⁸² o volviéndose masiva su presentación, situación que desnaturalizaba los objetivos para los que fue creado el recurso de casación en el proceso laboral. Es en este escenario, que la Nueva Ley Procesal del Trabajo regula de forma especial el recurso de casación, resaltando su importancia como una instancia extraordinaria en la que son analizadas solo infracciones de orden normativa y la falta de seguimiento a criterios jurisprudenciales.

IV. FINALIDAD Y CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN

Las causales de la casación se han vuelto más flexibles en esta Nueva Ley Procesal del Trabajo y nos parece que su regulación es más adecuada que la precedente normativa.

A partir de la reforma introducida en el Código Procesal Civil sobre el recurso de casación así como los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia laboral, la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha optado por establecer como una de las causales de este recurso que la resolución impugnada por esta vía haya sido emitida sin considerar los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o por la propia Corte Suprema de Justicia de la República, todo con la finalidad de uniformizar criterios que permitan una adecuada tutela jurisdiccional y correcta administración de justicia.

La otra causal está sustentada en el análisis que deberá realizar la Sala

³⁸² Podemos citar como ejemplos los criterios diferentes establecidos respecto al reconocimiento de la indemnización vacacional, la reducción de remuneraciones, los conceptos no remunerativos, entre otros.

Suprema de la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada a través del recurso de casación, dejándose de lado el análisis relacionado a la interpretación errónea, inaplicación o aplicación indebida de una norma de derecho material, exigida por la normativa anterior.

Sobre el particular y como ya adelantáramos, las causales del recurso de casación establecidas por la Ley N° 26636 apuntaban más a la recta aplicación de las normas y a la uniformización de la jurisprudencia planteando directrices de la casación laboral, situación que cambia sustancialmente con la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

En efecto, las causales que la Nueva Ley Procesal del Trabajo propone como válidas para interponer el recurso de casación se dirigen más al control constitucional y jurisprudencial sobre los fallos que expida el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia, que respecto de otro tipo de control, como el legal por ejemplo.

De esta manera, las causales ya no están referidas a la inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de normas sustantivas, sino a factores -si se quiere- de un nivel superior, como son el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República, esto en virtud -como señalamos anteriormente- a que cada vez más son los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia laboral que definitivamente deben ser considerados por los jueces ordinarios, a fin de que se uniformicen la jurisprudencia nacional.

Ahora bien, no obstante que la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha modificado diversos temas de la casación laboral, consideramos importante formular los siguientes comentarios:

- En la anterior Ley Procesal del Trabajo no se contemplaba la posibilidad de interponer un recurso de casación frente a casos en los que se hubiera transgredido el derecho de las partes a un debido proceso, esto es, los supuestos en los que no se respetan derechos primordiales como el juez natural, la defensa procesal, los plazos procesales, la motivación de las resoluciones, la pluralidad de instancias, etc.³⁸³ En la práctica, sin embargo, hay admisiones de recursos de casación, especialmente cuando había una grave afectación al debido proceso, e inclusive en casos donde no había sido alegado por una de las partes.

³⁸³ Un interesante estudio sobre el debido proceso puede leerse en Juan Morales Godo en: GACETA EDITORES. (1995), p. 58.

Esta situación cambia con la Nueva Ley Procesal del Trabajo toda vez que se le otorga a este derecho carácter fundamental, de forma genérica en los artículos 34 y 37, y más específicamente en el segundo párrafo del artículo 39, estableciéndose que si la infracción normativa (una de las causales del recurso de casación) estuviese referida a algún elemento de la tutela jurisdiccional o el debido proceso, la Sala Suprema deberá disponer la nulidad de la misma, pudiendo ordenar que la instancia inferior (Sala Laboral) emita un nuevo fallo, o se declare nulo todo lo actuado hasta la etapa en que la infracción se cometió, con la finalidad de garantizar la correcta aplicación de la norma laboral y acorde con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional que ha recogido al debido proceso en muchos casos.

- Un segundo tema importante que ha sido recogido por la Nueva Ley Procesal del Trabajo está referido al hecho de que – con la normativa anterior – en materia laboral, a diferencia de lo que sucede en materia civil, el recurso de casación no procedía contra autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, pusieran fin al proceso. La razón de esta restricción no se desprendía claramente del espíritu de la norma, más aún si se tenía en cuenta que, en materia laboral, la legislación tiende a ser más protectora, por la naturaleza misma de los derechos cuya tutela se regula.

Al respecto, con la Nueva Ley Procesal del Trabajo procede el recurso de casación contra las sentencias y autos expedidos por las Salas Superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso. De esta manera, un auto emitido en revisión también podrá ser sometido a este control de legalidad que provee el recurso de casación, pues no sólo es importante que se tutele el derecho de las partes respecto de sentencias que ponen fin al proceso resolviendo sobre el fondo de la controversia, sino también sobre aquellas resoluciones que, sin tener dicha calidad, también concluyan o tengan la capacidad de concluir un proceso judicial en aplicación de una norma material –no procesal–.

Para una mejor explicación de este nuevo requisito, podemos citar como ejemplo la figura de la prescripción extintiva de la acción en materia laboral. En efecto, pueden haber dos criterios opuestos que se manejan en las Salas Superiores sobre esta figura. Por un lado, hay resoluciones en revisión de autos expedidos en audiencias únicas en las que se señala que no cabe la sucesión normativa en cuanto a esta figura porque la única norma aplicable es la vigente al momento del cese del trabajador. Por otro lado, se han emitido resoluciones

que disponen que lo correcto en la aplicación de la figura de la sucesión normativa en materia de prescripción son las normas que se han ido creando durante la relación laboral, hasta la fecha de cese.

Un auto emitido en revisión respecto de la prescripción extintiva de la acción puede poder fin a un proceso, dependiendo de cuál de los dos criterios decida aplicar cada una de las Salas Superiores que existen en el país. Debido a ello y con la normativa anterior, este tema estaba sujeto a una suerte de azar, situación que cambiará con la Nueva Ley Procesal del Trabajo porque existe la posibilidad de un control de la legalidad de estas resoluciones y, por ende, la posibilidad de unificar criterios.

Por lo tanto, este tema ha sido superado con la Nueva Ley Procesal del Trabajo, con la salvedad de que no procederá el recurso de casación contra las resoluciones que ordenen a la instancia inferior emitir un nuevo pronunciamiento.

- Otro aspecto importante que contempla esta Nueva Ley Procesal del Trabajo es la posibilidad de supeditar un recurso de casación por la infracción cometida a un Convenio Colectivo de Trabajo, pese a su carácter autónomo.

En efecto, el Convenio Colectivo de Trabajo es uno de los principales instrumentos que caracterizan al Derecho Laboral y definitivamente es la norma típica de esta rama del Derecho. A propósito de ello, últimamente se venía discutiendo doctrinaria y jurisprudencialmente si el Convenio Colectivo de Trabajo podía ser materia de un recurso de casación laboral.

Para unos, el recurso de casación laboral solamente procede cuando se trata de normas heterónomas, esto es, de normas emitidas por el Estado. Cuando la Ley Procesal del Trabajo indica que el recurso de casación procede ante una interpretación, aplicación o inaplicación indebida de **normas de derecho material**, únicamente debe comprenderse a las disposiciones normativas de origen estatal.

Para otros, la casación laboral, dada la amplia fórmula empleada por la Ley Procesal del Trabajo (**normas de derecho material**), supone que puede interponerse este medio impugnatorio ante cualquier tipo de norma material, sea estatal o convencional. En esta línea, cabría interponer un recurso de casación cuando nos encontramos ante un Convenio Colectivo de Trabajo, criterio adoptado por la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Nosotros, respetando los argumentos expuestos por la primera posición, consideramos que el Convenio Colectivo de Trabajo puede ser

materia de un recurso de casación, como cualquier otra norma material de nuestro sistema jurídico; finalmente, el Convenio Colectivo de Trabajo es una norma de derecho material que tiene el ámbito que le asigna el sindicato y el número de sus afiliados.

Por otro lado, una de las novedades en esta Nueva Ley Procesal del Trabajo es la activación del recurso de casación frente a la no aplicación por los jueces ordinarios de los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional en los casos que tengan que resolver en sede jurisdiccional ordinaria. Esta disposición tiene por finalidad lograr la unificación de la doctrina laboral y al mismo tiempo establecer el principio de predictibilidad para que el accionante conozca de antemano la posible resolución del conflicto jurídico.

V. PROCEDENCIA Y REQUISITOS

De acuerdo con la regulación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, los procesos que tengan como competencia a los Juzgados de Paz, no llegarán a casación. Estamos ante el primer límite para la procedencia de la casación laboral.

Veamos un segundo límite, relacionado con la cuantía, que ha tenido mayor difusión de esta nueva ley procesal. Respecto a la procedencia y requisitos para interponer el recurso de casación, se establece que el monto total reconocido en ella debe superar las cien (100) Unidades de Referencia Procesal (URP). Esto en palabras de Eugenia Ariano transmite el carácter elitista del recurso ya que la admisibilidad está dada por la importancia de la cuantía. Sobre el particular debemos indicar que, para algunos autores, el recurso de casación no debería tener como limitación una determinada cuantía en tanto se pretende apreciar la adecuada aplicación del Derecho en los procesos judiciales (prima el interés público) y, en todo caso, existen requisitos de admisibilidad y procedencia y sanciones que se interponen cuando el recurso es declarado inadmisibile o improcedente³⁸⁴.

Si bien la cuantía no constituye una causal suficiente para excluir totalmente de la casación determinados procesos, por razones prácticas y con la finalidad de evitar la masiva interposición de casaciones, se ha optado por prever un quantum limitativo, un mínimo casatorio.

³⁸⁴ RAMÍREZ, NELSON. (1993). Op. cit., p. 127.

Asimismo, con la anterior normativa procesal se establecía que la interposición de este recurso era gratuita cuando era planteado por el trabajador o ex trabajador; en cambio, con la Nueva Ley Procesal del Trabajo se ha establecido en el artículo III del Título Preliminar que el proceso laboral es gratuito para el prestador de servicios en todas las instancias – incluida ésta – cuando el monto total de las pretensiones reclamadas no supere las setenta (70) URP.

Otro acierto de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, es que el recurso de casación procederá si el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando ésta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso; esto a fin de otorgar seguridad jurídica a las resoluciones y a los plazos establecidos en las normas procesales pertinentes.

El supuesto de determinar la infracción normativa sobre la decisión impugnada hace alusión a que el recurrente debe colocar en su recurso la norma material que dejó de aplicar el juez ordinario al momento de resolver el conflicto jurídico o cuál fue su errónea interpretación de la norma, o si el juez inobservó algún precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional; en este caso deberá sustentarse de manera clara y precisa de qué forma no han sido acatadas las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, resulta interesante el nuevo trámite establecido por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, que consiste en el establecimiento de una audiencia en la que se lleva a cabo la vista de la causa, a fin de que las partes puedan exponer oralmente sus argumentos de defensa, luego de lo cual los vocales de la Sala Suprema deberán notificar lo resuelto en un plazo máximo de una (1) hora o, excepcionalmente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de llevada a cabo la audiencia, con lo cual terminará siendo un recurso expeditivo y que pondrá fin al proceso sin que sea necesario devolver el expediente a la instancia inferior, salvo los aspectos de cuantía económica que deberán ser liquidados por el juzgado de origen.

Nótese que hay un plazo no regulado, que se inicia desde la recepción de la casación por la Corte Suprema hasta la indicación del día de la vista de la causa. La Corte Superior tiene plazos para elevar el expediente y la Nueva Ley Procesal del Trabajo regula los plazos desde la vista de la causa pero, en medio de estos dos momentos, no se cuenta con un término previsto en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Finalmente, la Nueva Ley Procesal del Trabajo precisa que las consecuencias de formular un pedido casatorio anulatorio o revocatorio. Si fuere

anulatorio, se debe precisar si es total o parcial, y si es este último, se indicará hasta donde debe alcanzar la nulidad. Si fuera revocatorio, se precisará en qué debe consistir la actuación de la Sala. Si el recurso contuviera ambos pedidos deberá entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado, esto con la finalidad de administrar justicia.

Lo expuesto puede resumirse en el siguiente cuadro³⁸⁵:

PRETENSIÓN NULIFICANTE	• Presenta relación con vulneración al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. • Consecuencia: invalida todo los actos posteriores al error.
PRETENSIÓN REVOCATORIA	• Presenta relación con errores de inaplicación, aplicación indebida e interpretación errónea de normas. • Consecuencia: permite que el propio órgano revisor resuelva el fondo del asunto.
ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES IMPUGNATORIAS	• Pretensión principal: nulificante. • Pretensión subordinada: revocatoria

VI. EFECTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: LA SENTENCIA CASATORIA

Este ha sido a nuestro parecer uno de los cambios más importantes establecidos por la Nueva Ley Procesal del Trabajo respecto a los efectos del recurso de casación. Así, con la ley procesal anterior, una vez cumplidos los requisitos formales y de fondo, la Sala debía emitir la respectiva sentencia, con indicación expresa del control de legalidad de la sentencia cuestionada y restableciendo el derecho conculcado -sin referirse a los aspectos económicos del fallo que se resuelven en el juzgado de origen.

Con la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de las sentencias, debiendo esperar el impugnante que los vocales de la Corte Suprema se pronuncien sobre el fondo de su pretensión, pudiendo ir en contra de los intereses del que interpuso el recurso. Esta es una novedad en los proceso laborales y se alinea al propósito de la reforma: plazos cortos y evitar dilaciones con la presentación de recursos impugnativos.

En esa misma línea se establece que, excepcionalmente, cuando se trate de obligaciones de dar suma de dinero a pedido de parte y previo depósito a nombre del juzgado de origen o carta fianza renovable por el importe total

³⁸⁵ Fuente: Área Laboral de Miranda & Amado, abogados.

reconocido, el juez suspenderá la ejecución de las sentencias mediante resolución fundamentada. Nuevamente, la regulación busca la adecuada protección al trabajador ya que están de por medio los derechos laborales de los trabajadores cuyo contenido es de carácter alimentario y de subsistencia para su familia.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo también se coloca en el supuesto que si el demandante tuviese trabado a su favor una medida cautelar debe notificársele a fin de que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, elija entre conservar la medida cautelar trabada o sustituirla por el depósito o la carta fianza. Esta disposición velaría por la protección del trabajador, quien podrá elegir la mejor forma de garantizar sus derechos.

Finalmente, en este punto es importante resaltar que, si el recurso de casación es declarado fundado, la Sala Suprema casa la resolución recurrida y resuelve el conflicto sin devolver el proceso a la instancia inferior, es decir, no opera el reenvío. El pronunciamiento deberá limitarse al ámbito del derecho conculcado y no debe abarcar los aspectos de la cuantía económica, los cuales deberán ser liquidados por el juzgado de origen. Como ya señalamos anteriormente, si la infracción normativa estuviera referida a algún elemento de la tutela jurisdiccional o el debido proceso, la Sala Suprema deberá disponer la nulidad de la misma y solo en ese caso ordenará que la Sala Laboral emita un nuevo fallo, de acuerdo a los criterios previstos en la resolución casatoria; o, por otro lado, podrá declarar nulo todo lo actuado hasta la etapa en que la infracción se cometió.

VII. IMPORTANCIA DEL PRECEDENTE VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA PUBLICACIÓN DE SENTENCIAS

Con la finalidad de uniformizar criterios, que es una de las finalidades principales del recurso de casación, la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha previsto que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia pueda convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a fin de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. De esta manera, la decisión que se tomen en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial que vincula a los órganos jurisdiccionales de la República hasta que sea modificada por otro precedente. Esperemos que estos plenos sean frecuentes para que exista seguridad jurídica y se eviten cambios en los criterios jurisprudenciales.

Asimismo, un acierto de la Nueva Ley Procesal del Trabajo es la obligatoriedad de publicar las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente este recurso aún cuando no sean vinculantes, esto con

la finalidad de que sean conocidas las interpretaciones jurídicas que realice la máxima autoridad judicial y sean tomadas en cuenta para otros casos similares. En definitiva estas sentencias deberán seguir los precedentes en material laboral que viene emitiendo el Tribunal Constitucional.

VIII. CONCLUSIONES

PRIMERA. Esperamos que la casación – bajo los nuevos términos de la Ley Procesal del Trabajo- se constituya en un medio efectivo para lograr la tan deseada seguridad jurídica y tenga realmente el carácter extraordinario que fluye de su regulación. Ello requiere, de un lado, un alto conocimiento de la institución analizada y, de otro lado, que los jueces controlen el interés probable de las partes en dilatar los procesos judiciales.

SEGUNDA. Sobre lo último, Caivano³⁸⁶ menciona que los abogados tienen internalizada la “cultura del litigio judicial” y, en virtud de ello, buscan dilatar los procesos e interponer un sinnúmero de recursos. La casación no debe ser utilizada para retardar los efectos de una sentencia judicial; la búsqueda de la seguridad jurídica y el reconocimiento de la tutela judicial efectiva son las únicas directivas que deben tenerse en cuenta para interponer un recurso de casación. Esta “cultura del litigio judicial” es vista como contraproducente, más aún si a la larga implica que se limite el acceso a este tipo de recursos cuya única finalidad es la tutela de la legalidad de las resoluciones y la unificación de criterios jurisprudenciales

Corresponde, finalmente, a los abogados utilizar adecuadamente la casación y recurrir a ella solamente en los casos previstos en la Ley Procesal del Trabajo y siempre que se cumpla con los requisitos de forma y fondo establecidos. Si ello no fuera así, la casación no cumplirá los fines para los cuales fue creado y los procesos laborales tendrán una extensión mayor que la dilatada duración que tienen actualmente.

³⁸⁶ CAIVANO, ROQUE. (1995), p. 212.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Libro

ARÉVALO VELA, JAVIER. (2007). Derecho Procesal del Trabajo. Lima, Editorial Grijley.

CAIVANO, ROQUE. (1995). "Un desafío (y una necesidad) para los abogados: los medios alternativos de resolución de disputas". En: Revista Thémis. N° 31. Lima.

ELÍAS MANTERO, FERNANDO. (2010). "Comentario inicial de la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: (2010) Soluciones Laborales. Mayo del 2010. Lima, Ed. Gaceta Jurídica.

MORALES GODO, JUAN. (1995). "La garantía constitucional del debido proceso". En: GACETA EDITORES. (1995). Diálogo con la Jurisprudencia. N° 2. Lima, Gaceta Editores.

NEVES MUJICA, JAVIER. (1993). "La uniformización jurisprudencial en el ámbito laboral". En: (1993) Revista Asesoría Laboral. N° 36. Lima.

PLA RODRÍGUEZ, AMÉRICO. Intervención en el "Taller de análisis del Proyecto de Ley Procesal del Trabajo". En: SANDOVAL, OSWALDO (Editor). (1996). La Ley Procesal del Trabajo. Antecedentes y Comentarios. Lima.

RAMÍREZ, NELSON. (1993). "¿Casación o recurso de nulidad?" En: (1993) Revista lus et Veritas. N° 7. Lima.

VINATEA RECOBA, LUIS. (1996). "Las bases de la reforma del proceso laboral". En: (1996). VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima,

EL NUEVO RETO PROCESAL DE PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL MARCO DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO: ¿HACIA UN RETORNO A LA VÍA LABORAL?

Dr. Jaime Zavala Costa

Socio Fundador del Estudio Ferrero Abogados. Estudios en la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad San Martín de Porras. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Presidente del Tribunal del Servicio Civil. Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Dra. Lidia Vílchez Garcés

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios en la Maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de post grado en la Universidad Complutense de Madrid y en la Universidad de Sevilla. Asociada al Estudio Ferrero Abogados.

Sumario

I. Introducción. II. Breve repaso conceptual del derecho a la libertad sindical en su triple alcance. III. Estructura de protección procesal vigente. IV. La protección a la libertad sindical en el marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo: ¿hacia el retorno a la vía laboral? V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito respecto de los alcances de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, aprobada mediante Ley N° 29497 de fecha 15 de enero del 2010. Se recibe con optimismo y con la esperanza de alcanzar la tan anhelada celeridad procesal que garantice a los trabajadores una protección efectiva que no torne el derecho en inaplicable. Así, se pone de relieve el aporte de mecanismos mucho más directos que, además de dar mayor protagonismo a las partes para que prueben los derechos alegados o demuestren su vulneración, permiten al juez jugar un rol muchísimo más activo en cuanto al objetivo de alcanzar la verdad material.

En este marco, interesa analizar un tema de sumo complejo y que poco a poco ha ido dejando de ser resuelto en el marco del proceso ordinario laboral por las dilaciones propias de la estructura procesal aún vigente:

la protección de la libertad sindical. Así, se hace un breve repaso por el contenido de esta institución, del marco normativo procesal que la regula, las reglas procesales para la protección de dicha institución y las nuevas posibilidades que trae la Nueva Ley Procesal del Trabajo, a efectos de permitir que las materias referidas a la libertad sindical retornen a los juzgados de trabajo con un real impulso.

Para ello, se divide el presente trabajo en los siguientes temas:

- Breve repaso conceptual de la noción de libertad sindical entendida esta en su triple identidad (la libertad de asociación, la negociación colectiva, y la huelga).
- Estructura de protección procesal vigente.
- Retos de aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en aras de garantizar una mejor protección del derecho objeto de estudio.

II. BREVE REPASO CONCEPTUAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL EN SU TRIPLE ALCANCE

Conforme se adelantara en la Introducción, la libertad sindical constituye un derecho complejo³⁸⁷ en la medida que tiene un alcance individual y colectivo, y que está compuesto por tres derechos que forman parte de su contenido esencial: la libertad de asociación, el derecho a negociar colectivamente y el derecho a la huelga. Si bien no es objeto del presente trabajo hacer un repaso monográfico sobre estas instituciones³⁸⁸, basta trazar brevemente cuáles son sus alcances y regulación.

En primer lugar, la libertad de asociación consiste principalmente en el derecho de toda persona de constituir las organizaciones sindicales que estime pertinentes, a afiliarse a ellas (o a no afiliarse o desafiliarse³⁸⁹), y a organizar libremente las actividades del sindicato.

³⁸⁷ De este modo, el derecho a la libertad sindical es un derecho “especialmente resistente a todo propósito de encorsetar sus elementos básicos. Sea como fuere y al margen de las anteriores consideraciones, en la identificación de la libertad sindical que constituye el objeto de la protección privilegiada que nuestro ordenamiento reconoce, es común entender que aquella engloba una dual protección, individual y colectiva”. VALDEOLIVAS GARCÍA, YOLANDA. (1994), p. 39.

³⁸⁸ OJEDA AVILÉS, ANTONIO. (2008).

³⁸⁹ Si bien el derecho a la libertad sindical negativa (es decir, a no afiliarse o desafiliarse) no se encuentra reconocido en el Convenio de la OIT N° 87, éste tiene reconocimiento en el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (“Artículo 3.- (...) no puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedirsele hacerlo” y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, el cual señala lo siguiente: “Al respecto, este Colegiado ha establecido que su contenido esencial tiene dos aspectos: (...) el segundo se refiere a la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones”. Fundamento N° 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 3311-2005-PA/TC de fecha 05 de enero del 2006.

Este derecho se encuentra reconocido de manera muy sucinta en el artículo 28 inciso 1) de la Constitución Política del Perú de 1993, en la medida que se limita a señalar lo siguiente: “Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical”.

Ante ello y de conformidad con lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución³⁹⁰, debe interpretarse este artículo de conformidad con lo reconocido en el artículo 2 del Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, el cual establece que “los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

En este mismo sentido, el artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo indica que “[E]l Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.”

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha desarrollado este derecho, manifestando lo que a continuación se transcribe:

“La libertad de sindicación, entendida como la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de las actividades sindicales, tiene como contenido esencial un haz de facultades y de derechos, tales como el derecho a fundar organizaciones sindicales; el derecho de libre afiliación, desafilación y reafilación en las organizaciones sindicales; el derecho a la actividad sindical; el derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados; el derecho a que el Estado no interfiera –salvo el caso de violación de la Constitución o la ley– en las actividades de las organizaciones sindicales”³⁹¹.

³⁹⁰ “Cuarta Disposición Final y Transitoria.- “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

³⁹¹ Fundamento 26 de la Sentencia recaída en el Expediente N°0008-2005-PI/TC, de fecha 14 de marzo del 2005.

En segundo lugar, el derecho a la negociación colectiva se encuentra también reconocido en la Constitución Política del Perú, atribuyéndose en este caso un rol ya no solamente de reconocimiento del derecho sino de fomento de parte del Estado, además de la promoción de fórmulas pacíficas de solución de los conflictos y afirmación de la fuerza vinculante de la convención colectiva. Es decir, en este caso, la Carta reconoce un deber activo de parte del Estado, en aras de promover que los conflictos sean resueltos de manera negociada y pacífica y que los alcances de los acuerdos a los que se arribe no puedan ser desconocidos posteriormente.

En adición a ello, siguiendo la doctrina española, se tiene que “la negociación colectiva se presenta, simultáneamente, como un derecho de libertad negocial y como una garantía institucional que asegura la presencia de un sistema de negociación colectiva. De un lado, la negociación colectiva es, en esencia, una libertad de negociar convenios colectivos, que no consiente interferencias impositivas y obstaculizadoras de los poderes públicos. De otro lado, la negociación colectiva es un sistema de autorregulación colectiva que debe ser garantizado por el legislador, tal como ordena el art. 37.1 CE sobre la base de convenios colectivos con fuerza vinculante.”³⁹²

Finalmente, en cuanto atañe al derecho de huelga, Ojeda Avilés aporta una puntual y acertada definición, al sostener que “huelga es el incumplimiento colectivo y concertado de la prestación laboral debida, adoptada como medida de conflicto”³⁹³. Es decir, la huelga no es cualquier paralización de labores sino que constituye un mecanismo de presión que deriva de la existencia previa de un conflicto colectivo que busca ser solucionado mediante este medio.

Esta figura ha sido definida en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de la siguiente manera: “Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo”. Si bien no corresponde en este contexto criticar sus restrictivos alcances, no deben soslayarse las limitaciones que esta redacción trae consigo al desconocer la legalidad de formas distintas de huelga reconocidas en otros ordenamientos, como lo son el trabajo a reglamento o tortuguismo; la huelga por turnos, rotatoria o articulada; la huelga neurálgica o de sectores estratégicos; la intermitente, entre otras, siempre que sean en forma pacífica, como lo resalta la Organización Internacional del Trabajo.

³⁹² LAHERA FORTEZA, JESÚS. (2008) en DAL RÉ, VALDÉS (Director) y LAHERA, JESÚS (Coordinador). (2008), p. 67.

³⁹³ OJEDA AVILÉS, ANTONIO. (2008). Op. Cit., p. 478.

III. ESTRUCTURA DE PROTECCIÓN PROCESAL VIGENTE

Realizado este breve repaso conceptual, es oportuno revisar cuál es la estructura de protección vigente del derecho a la libertad sindical. En este sentido, se identifican principalmente tres mecanismos: el primero de ellos, administrativo, en el marco del procedimiento sancionador derivado de la inspección del trabajo, que puede concluir ante el Ministerio de Trabajo o en el marco de un proceso contencioso administrativo. El segundo, el proceso ordinario laboral, en el cual se protege al trabajador individualmente considerado en los casos en los cuales concurren específicas afectaciones a su libertad sindical. El tercero, el proceso de amparo, que permite un alcance no solo individual sino de protección colectiva y plural ante distintas formas de afectación a los derechos de libertad sindical, con no pocas limitaciones a las cuales se hará referencia.

En este contexto, es importante detenerse en cada uno de los mecanismos de tutela vigentes antes de la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, a fin de ilustrar el estado de la cuestión a la fecha.

III.1. Procedimiento administrativo sancionador (Inspección de Trabajo en sede administrativa)

Una herramienta para la protección de los derechos colectivos de los trabajadores cuya eficacia viene demostrándose como sumamente valiosa es el recurso a los procedimientos de la inspección de trabajo³⁹⁴. En estos casos, el trabajador o sindicato que se considere afectado por alguna violación de sus derechos a la libertad de asociación, negociación colectiva y huelga, puede solicitar que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo designe un equipo inspector que acuda al centro de trabajo con el objeto de evaluar si se vienen produciendo afectaciones a la normativa sociolaboral. Estos inspectores, tras verificar si se configuran las conductas lesivas denunciadas, requerirán a la empresa infractora para que en un breve plazo, enmiende la conducta infractora (a través de las denominadas medidas inspectivas de requerimiento).

En caso no se cumpla con el requerimiento³⁹⁵, el equipo inspector propondrá la imposición de una multa administrativa, otorgando a la empresa un plazo para que formule sus descargos, transcurrido el

³⁹⁴ Procedimiento regulado en la Ley General de Inspección de Trabajo, aprobada por Ley N° 28806, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, modificado por Decreto Supremo N° 016-2007-TR.

³⁹⁵ Es posible que aún cumplido el requerimiento por parte de la empresa, dada la gravedad de la conducta, se proponga la multa en todo caso.

cual se emitirá una resolución de primera instancia. Si la empresa no está de acuerdo con la multa impuesta podrá interponer recurso de apelación, el cual será resuelto por la segunda y definitiva instancia administrativa que podrá confirmar la multa impuesta o dejarla sin efecto. Frente a este procedimiento, en caso la empresa desee cuestionar la resolución definitiva, podrá acudir al proceso contencioso administrativo a efectos de obtener tutela jurisdiccional efectiva. Cabe remarcar que la interposición de la demanda contencioso administrativa no interrumpe la ejecución de la resolución administrativa, de acuerdo con lo establecido en la Ley N° 27584, ley que regula el proceso contencioso administrativo.

Sin duda este mecanismo de protección despliega su mayor eficacia en el marco del procedimiento administrativo mismo en la medida que supone una verificación in situ de los actos lesivos al derecho a la libertad sindical (los cuales en su mayoría han sido calificados en la Ley General de Inspección de Trabajo como infracciones graves y muy graves). Permite, a su vez, una comprobación y adopción de medidas inmediatas, que concluye, en la mayoría de los casos, en sede administrativa sin llegar al procedimiento contencioso anotado precedentemente³⁹⁶.

III.2. Proceso laboral de impugnación del despido y de los actos de hostilidad

En cuanto atañe a las controversias que tienen su origen y su fin directamente en el marco de un proceso judicial, corresponde detenerse en primer lugar en el proceso laboral ordinario de impugnación de despido, que se tramita ante los juzgados de trabajo, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.2.a y 4.2.b de la actual Ley Procesal de Trabajo, aprobada por Ley N° 26636³⁹⁷.

En cuanto a los derechos sustantivos relacionados a la libertad sindical que se busca tutelar, el artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por

³⁹⁶ A título referencial y poniendo de relieve la importancia que reconoce el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a la defensa de la libertad sindical, en reciente modificación del Reglamento de Organización de Funciones (ROF) de dicha entidad (mediante Decreto Supremo N° 004-2010-TR de fecha 21 de abril del 2010) se ha creado un nuevo órgano de línea con el fin de tutela anotado precedentemente. De este modo, el nuevo ROF ha incorporado la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, que tiene dentro de sus funciones, la protección de la libertad sindical.

³⁹⁷ Ley N° 26636. "Artículo 4.2.a.- Los Juzgados de Trabajo conocen de las pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos sobre: a) Impugnación del despido. b) Cese de actos de hostilidad del empleador".

Decreto Supremo N° 003-97-TR (Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), precisa en qué supuestos es que corresponde acudir en búsqueda de tutela en el marco del proceso laboral ordinario. La referida norma señala lo siguiente: “Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo: a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales. b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad”.

Por su parte, el artículo 30 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que regula los actos de hostilidad equiparables al despido, prevé también conductas patronales que trasuntan una posible afectación del derecho a la libertad sindical de los trabajadores. El principal acto de hostilidad que potencialmente supone una afectación a la libertad sindical viene dado por lo establecido en el inciso c) del referido artículo, el cual a la letra dice: “Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido, los siguientes: a) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio”.

De este modo, existen principalmente tres conductas patronales que pueden suponer una afectación grave a los derechos de libertad sindical de los trabajadores, tanto en su dimensión individual como en la dimensión colectiva del derecho: el despido con motivo de la afiliación al sindicato o la participación en actividades sindicales, el despido por ser candidato o representante de los trabajadores, y el traslado a otro centro de trabajo con la finalidad de causar perjuicio al trabajador.

En el primer caso, a saber, el despido con motivo de la afiliación al sindicato o la participación en las actividades sindicales, nos encontramos ante una manifestación individual pero también colectiva del derecho a la libertad sindical. De este modo, cada trabajador en el marco de su libertad de asociación, tiene el derecho de optar por afiliarse a una organización sindical y participar de la vida asociativa, sin que ello pueda ser considerado negativamente ni ser materia de represalia por parte del empleador.

Sobre el particular, Ermida refiere acertadamente que

“(…) sucederá que también estén en juego un bien jurídico y un interés individual, concreto de determinado trabajador, paralelo al interés colectivo antes mencionado y que resulte protegido conjuntamente con él, por el mismo mecanismo

de prevención o reparación. Esto resulta particularmente claro en el caso del despido antisindical en el cual se viola tanto el interés colectivo del sindicato de elegir y mantener a su dirigente o representante o de que determinado militante desarrolle cierta actividad en el ámbito en cuestión, como el interés individual del trabajador de mantener su fuente de trabajo y no ser discriminado en el empleo”³⁹⁸.

Lo señalado precedentemente guarda coherencia con la protección establecida en el artículo 1 del Convenio N° 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, el cual señala lo que a continuación se reproduce:

“Artículo 1.-

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.
2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:
 - a. Sujetar el empleo de un trabajador a la condición que no se afilie a un sindicato o la de dejar de ser miembro de un sindicato.
 - b. Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.” (El subrayado es añadido).

La norma internacional transcrita es clara en sus preceptos, en la medida que reconoce una necesaria protección al trabajador, tanto en relación con la proscripción del despido discriminatorio por la afiliación como por la participación en la vida del sindicato. Cabe puntualizar adicionalmente que si bien el despido sería el mayor perjuicio posible en el marco de la relación de trabajo, el Convenio N° 98 contempla una protección más amplia al extenderla a la proscripción del despido y de cualquier otro perjuicio ocasionado al trabajador a causa de ello (“o perjudicarlo en cualquier otra forma”).

³⁹⁸ ERMIDA URIARTE, OSCAR. (1987), p. 24-25.

Con relación al segundo supuesto, el despido por ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad³⁹⁹, entendemos que aquel se encuentra comprendido en los alcances del primer supuesto, en la medida que el ser candidato a representante de los trabajadores o ser representante de ellos forma parte de la actividad sindical ya anotada en el inciso s) del artículo 29⁴⁰⁰.

Es justamente por la trascendencia de estos derechos y su regulación a nivel supra legal, que el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral les reconoció una protección especial en su propio texto, a diferencia de lo que ocurre en el caso del despido arbitrario o injustificado.

En este orden, en caso se configure cualquiera de ambos supuestos (en estricto, el segundo se encontraría en estricto subsumido dentro del primero), el trabajador podrá accionar solicitando la reposición en el empleo, salvo que en ejecución de sentencia opte por la indemnización legal. En caso el trabajador lesionado opte por la reposición y obtenga sentencia favorable, el artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral reconoce el derecho del trabajador repuesto de recibir el pago de las remuneraciones devengadas desde la fecha en que se produjo el despido nulo, además del depósito de la compensación por tiempo de servicios más los intereses correspondientes.

Respecto del tercer caso, el traslado injustificado de un trabajador con el propósito de causarle un perjuicio, se produce una afectación a la libertad sindical del trabajador tanto en la esfera individual como en la colectiva, es decir, habrá una afectación respecto de “un doble bien jurídico tutelado, un doble interés en juego”⁴⁰¹, al igual que lo que sucede en el caso del despido por el desarrollo de actividades sindicales. De este modo, en el caso de los trabajadores afiliados o que detentan la

³⁹⁹ Conviene precisar que, en este caso, la protección de los candidatos a representantes o representantes de los trabajadores debe aplicarse la regla contenida en el artículo 46 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo: “Artículo 46.- La nulidad de despido procede: a) Tratándose de candidatos a representantes de los trabajadores debidamente inscritos, desde los treinta (30) días anteriores a la realización del proceso electoral, hasta treinta (30) días después de concluido este. b) Tratándose de representantes de los trabajadores, hasta noventa (90) días después de haber cesado en el cargo. En ambos casos, la protección alcanza sólo a quienes postulan, han sido elegidos o han cesado en cargos que gozan del fuero sindical, conforme a ley”.

⁴⁰⁰ Al respecto, “parece evidente que la formulación legal hasta aquí analizada sería suficiente para comprender todas las conductas lesivas de libertad sindical que al actuar como factores determinantes del despido, configurarían un motivo de nulidad de este”. BLANCAS BUSTAMANTE, CARLOS. (2006), p. 296.

⁴⁰¹ ERMIDA URIARTE, OSCAR. (1987). Loc. Cit.

calidad de representantes de los trabajadores, el traslado arbitrario supone debilitar a la estructura colectiva en su conjunto, especialmente cuando el personal trasladado detenta alguna representatividad especial al interior del sindicato.

Si bien el fuero sindical establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (aprobado por D. S. N° 010-2003-TR) establece una garantía en este extremo (es decir, no solamente respecto del despido, sino también del traslado), no es menos cierto que es sumamente restringida, pues alcanza única y exclusivamente a los dirigentes sindicales expresamente nombrados, en número determinado, y en caso el sindicato haya cumplido con las formalidades de información al empleador⁴⁰².

Sin perjuicio de la gravedad del traslado injustificado, el mecanismo de tutela sustantivo es sumamente limitado en el caso de los trabajadores no amparados por el restringido fuero sindical, pues actualmente el trabajador que se considere afectado, luego de solicitar sin éxito que se deje sin efecto el acto de hostilidad descrito, podrá darse por despedido, teniendo derecho únicamente a reclamar el pago de la indemnización legal de acuerdo a la norma, más no la reposición en el empleo en el mismo lugar en el que venía prestando sus servicios.

Es decir, en los supuestos de traslado injustificado con fines antisindicales, el trabajador no comprendido en el fuero sindical no podrá obtener como alternativa de tutela la nulidad del despido pues ello no se encuentra regulado expresamente en el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

En resumen, se tiene que la vía laboral ordinaria, en concordancia con lo establecido en la norma sustantiva, únicamente reconoce la reposición en aquellos casos en los cuales el derecho vulnerado esté relacionado con el despido a causa de la libertad de afiliación y el desarrollo de las actividades sindicales. Sin embargo, en aquellos otros casos en los cuales el daño a la estructura sindical es igualmente severo pero que no implica el despido directo como lo es el traslado de un trabajador a otra ubicación geográfica (ejemplo típico de práctica antisindical), no existe la posibilidad de obtener tutela resti-

⁴⁰² Reglamento del D. S. N° 010-2003-TR, aprobado por D.S. N° 011-92-TR. "Artículo 18.- Para los efectos de los artículos 12, 13, y 16 del presente Reglamento (sobre fuero sindical y permisos sindicales), la respectiva organización sindical hará de conocimiento del empleador y de la Autoridad Administrativa de Trabajo, los nombres y cargos de los dirigentes sindicales sujetos a los beneficios establecidos".

tutoria de derechos, quedando únicamente la alternativa procesal de la tutela resarcitoria (indemnización legal).

De esta manera, conforme se ha podido apreciar, el único derecho que cuenta con la posibilidad de accionar en sede ordinaria laboral es el referido al despido derivado de una lesión a la libertad de asociación y de participación activa en la vida del sindicato.

Por su parte, los otros dos derechos que conforman la libertad sindical quedan excluidos de protección. Consecuentemente, actualmente todas aquellas conductas que pudieren suponer una afectación a los derechos de negociación colectiva y huelga quedarían excluidas de la protección expresa en el marco del proceso ordinario laboral. Así por ejemplo, si en el marco de la negociación colectiva propiamente o en el desarrollo del ejercicio del derecho de huelga, el empleador desarrolla conductas antisindicales que afecten dichos derechos sin que tales medidas impliquen el despido de los trabajadores, no existe ningún mecanismo de tutela efectiva.

De tal forma que, si en el transcurso de una huelga el empleador contrata personal a plazo fijo para suplir al personal en huelga o modifica la estructura de turnos de trabajo para minimizar los daños perseguidos con la huelga, el trabajador no cuenta dentro del proceso laboral ordinario vigente con ningún mecanismo que le permita obtener protección. Siguiendo con esta línea, si durante una negociación colectiva el empleador hostiliza a los trabajadores afiliados a través de formas más sutiles que los contenidos en el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (por ejemplo, el acoso moral materializado a través de los jefes inmediatos), no existirá forma de obtener tutela. Ello redunda en una creciente desprotección al derecho de libertad sindical y un peligroso incentivo para que los empleadores desplieguen conductas prohibidas de acuerdo al ordenamiento supra legal vigente.

III.3. Proceso de amparo por vulneración de derechos constitucionales

La tercera alternativa de tutela de los derechos de libertad sindical se da a través del proceso constitucional del amparo. En este caso, dentro del amplio margen de derechos protegidos por dicho proceso, se encuentran los derechos a la libertad sindical (en sentido estricto, entendida como libertad de sindicación), negociación colectiva y huelga⁴⁰³.

⁴⁰³ Artículo 37.11 del Código Procesal Constitucional.

Es pertinente anotar, no obstante, una primera limitación en el acceso al proceso de amparo: no cualquier violación a los derechos antes aludidos habilitan el recurso al referido proceso constitucional. El Código Procesal Constitucional, buscando prevenir que su naturaleza extraordinaria se ordinarice, estableció como causales de improcedencia las siguientes:

“Artículo 5.- Causales de improcedencia, No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

El artículo 5.1 establece que el recuso al proceso de amparo únicamente se admite cuando la lesión o amenaza está referida al **contenido esencial** o núcleo duro del derecho. Es decir, no basta la mera alusión a una vulneración genérica a los derechos de libertad sindical para que quede expedita la vía constitucional, sino que la afectación o amenaza deberá referirse al contenido constitucionalmente protegido del derecho.

Por ejemplo, en el caso de la libertad sindical en sentido estricto, se podrá aludir a uno de sus contenidos esenciales cuando lo que esté en juego sea la libre afiliación, pero no lo será si se busca cuestionar el monto de la cuota sindical que forma parte del derecho del sindicato a organizar sus actividades. En este último caso, indudablemente, el trabajador deberá buscar distintos mecanismos de tutela que no involucren a la justicia constitucional.

Debe quedar claro, en todo caso, que no cualquier alegada violación a un derecho constitucional viabiliza de plano el recurso al amparo.

En cuanto a la existencia de vías igualmente satisfactorias recogida en el artículo 5.2, el tema ha sido intensamente estudiado ya, no siendo materia del presente trabajo. Baste precisar que la doctrina nacional se ha debatido entre si la excesiva duración de un proceso laboral (conforme está regulado actualmente) basta para concluir que no puede ser considerado una vía igualmente satisfactoria en

ningún caso; o, si por el contrario, sí lo es en aquellos casos en los cuales lo que se discute son derechos que no requieren inmediata protección en sede constitucional por su propia naturaleza (es decir, no convirtiendo el elemento temporal en el único elemento a ponderar al momento de establecer la vía igualmente satisfactoria).

En cualquier caso, ante las deficiencias de protección anotadas precedentemente en el marco del proceso ordinario laboral, sumadas a la lentitud en la tramitación de tales procesos, es innegable la existencia de un sinnúmero de conductas lesivas que, a la fecha, no cuentan con un mecanismo de tutela eficiente y efectiva en sede jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, incluso en los supuestos en los cuales la vulneración o amenaza denunciada se enmarca dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho, el proceso constitucional del amparo no puede ser entendido como una alternativa viable en todos los casos por los no pocos problemas que representa para los justiciables, esencialmente por dos aspectos. El primero de ellos, la ausencia de estación probatoria; el segundo, la especialización de los magistrados al resolver.

En cuanto al primer problema, es parte de la estructura de los procesos constitucionales que la etapa probatoria sea sumamente restringida en aras de garantizar una tutela célere que no torne en irreparable el daño a un derecho. Ello supone –claramente– un inconveniente en la medida que en materia laboral existen una serie de conductas que requieren de una actividad probatoria mucho más intensa, o cuando menos que habilite que el juzgador se aproxime directamente a las partes y obtenga de ellas una percepción real de los hechos.

En cambio, la sola remisión a los documentos que puedan aportar ambas partes al proceso determina que quien resuelva una causa con contenido constitucional directo lo deba hacer sustentando su sentencia en documentos que podrían ser sesgados y que no revelen una situación fidedigna de los hechos ni de cómo se produjeron o vienen produciendo. Así, lo habitual es que se obtenga tutela únicamente en aquellos casos en los cuales la violación o amenaza sea tan flagrante o concluyente que haya podido quedar registrada en documentos⁴⁰⁴, como sucede principalmente en los casos de despidos

⁴⁰⁴ Una herramienta valiosa en estos casos, si bien no debe ser considerada prueba plena, viene dada por las actas de infracción y resoluciones administrativas emitidas por las autoridades de trabajo en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores aludidos en el Acápote 3.1. De este modo, se parte de la realización de una verificación previa in situ, de actuaciones verificadoras directas y comparecencias que, al ser aportadas al proceso, dotan al juez de mayores y mejores mecanismos de prueba para justificar sus sentencias.

(siempre que se trate de despidos discriminatorios, incausados y fraudulentos⁴⁰⁵). De este modo, el proceso de amparo, por su propia naturaleza, no admite declaraciones de parte, de testigos, actuaciones periciales, entre otros mecanismos para llegar a la verdad material.

El segundo problema, no menos grave, viene dado por la especialización de los magistrados que conocen los procesos de amparo sobre derechos de contenido laboral. De este modo, al no ser jueces y vocales especializados en materia laboral quienes deben resolver las causas sometidas a su competencia, se genera una carga adicional para los justiciables.

En este orden de ideas, quien demande en sede del proceso constitucional de amparo por la violación del derecho a la libertad sindical deberá no solamente limitarse a desarrollar los hechos que han motivado la afectación o amenaza, sino que deberá –adicionalmente– realizar una labor pedagógica a fin que el juez constitucional comprenda, en su real dimensión, cuáles son los alcances del derecho a la libertad sindical, qué preceptos la regulan a nivel normativo, doctrinal y jurisprudencial, tanto a nivel nacional como internacional. La materia laboral trae consigo tal cantidad de particularidades, principios específicos, relaciones originariamente desiguales, entre otras, que la especialización al momento de resolver es esencial e indispensable pues su desconocimiento trae consigo el riesgo de la emisión de sentencias contrarias al derecho que se busca proteger, no ya por un tema probatorio sino por desconocimiento de las instituciones propias del derecho materia de aplicación.

Consecuentemente, es incuestionable que la vía de amparo, si bien puede traer como ventaja la tutela célere que es lo que ha motivado la denominada amparización del derecho laboral y que ha convertido a la tutela excepcional en la nueva regla, no está exenta de problemas en su aplicación que deben ser evaluados, especialmente de cara a la oportunidad que trae la próxima entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la cual se analiza a continuación.

⁴⁰⁵ Ver por todas las sentencias de fecha 28 de noviembre del 2005 recaídas en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC (caso Baylón Flores).

IV. LA PROTECCIÓN A LA LIBERTAD SINDICAL EN EL MARCO DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO: ¿HACIA EL RETORNO A LA VÍA LABORAL?

A lo largo del presente trabajo se ha desarrollado –brevemente– el contenido complejo del derecho a la libertad sindical, poniendo de relieve su importancia y sus mecanismos de protección sustantiva y procesal. La primera conclusión a la que dicho desarrollo permite arribar es que actualmente la estructura vigente genera grave desprotección a los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales. En esta medida, se tiene que únicamente un tipo de conductas cuenta con tutela restitutoria en el marco del proceso laboral ordinario (el despido que tenga por motivo la afiliación al sindicato y el desarrollo de actividades sindicales, lo cual incluye la protección a los dirigentes o representantes), mientras que el resto de conductas no cuenta con protección adecuada en sede laboral (por ejemplo, la posibilidad de accionar únicamente por una tutela resarcitoria en caso del traslado injustificado del trabajador no protegido por el fuero sindical, con intención de causarle perjuicio).

Por su parte, si bien el proceso de amparo permite protección en el caso de los derechos cuya vulneración se refiera a su contenido constitucionalmente protegido de manera más célere, lo cual ha permitido una mayor protección en muchos casos, tiene como problemas propios de su naturaleza la ausencia de una estación probatoria y la poca especialización en materia laboral de los jueces constitucionales llamados a resolver las controversias.

Ante este escenario, la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo y su vocación de permitir una tutela en el marco de la oralidad, celeridad, y aproximación del juez protagonista con las partes⁴⁰⁶ podría traer consigo una importante oportunidad en cuanto a la protección del derecho a la libertad sindical. Así, en el caso de este complejo de derechos, se le ha atribuido una protección especial, al reconocerle particulares medidas que lo dotan de una tutela privilegiada dentro del nuevo texto normativo.

⁴⁰⁶ Artículo III del Título Preliminar.- Fundamentos del proceso laboral.- “En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad (...) Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso, impiden y sancionan la conducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros” (El subrayado es añadido).

Cabe puntualizar que, conforme se anotara inicialmente, cuando se hace referencia a la libertad sindical debe comprenderse al triple contenido del derecho: libertad de asociación, negociación colectiva y derecho de huelga, y a su naturaleza de derecho complejo, que tiene un alcance individual pero también colectivo.

Dentro de las nuevas reglas de juego que permiten una especial protección de la libertad sindical se encuentran principalmente las siguientes:

- Proceso abreviado laboral para las vulneraciones a la libertad sindical.
- Legitimación activa especial del sindicato.
- Medidas cautelares amplias.

IV.1. Proceso abreviado laboral

Si bien la estructura de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en su conjunto parte del objetivo de lograr la oralidad y celeridad adicionalmente, en materia de pretensiones relativas a la libertad sindical se contempla un proceso abreviado de competencia de los juzgados especializados de trabajo (artículo 2.3 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo). Ello evidencia una clara orientación y reconocimiento de la necesidad urgente de brindar tutela especialmente célere a las materias relacionadas con la libertad sindical, en la medida que se trata de un derecho con reconocimiento especial en el marco de la normativa nacional e internacional y que, por lo tanto, requiere atención prioritaria.

Al admitirse la demanda en el proceso abreviado el juez, además de emplazar al demandado para que en el plazo de diez (10) días hábiles la conteste, fija fecha para audiencia dentro de los veinte (20) a treinta (30) días posteriores a la calificación de la demanda⁴⁰⁷.

En el marco de este proceso abreviado se unifican las audiencias y se realiza la denominada Audiencia Única⁴⁰⁸, que comprende las audiencias de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia. Es decir, tiene por finalidad última la concentración de etapas a fin de garantizar una atención casi inmediata de las pretensiones sometidas al juez para su resolución.

El desarrollo de esta audiencia es sumamente sencillo: el juez proporciona en el acto de conciliación, una copia de la contestación de

⁴⁰⁷ Artículo 48 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

⁴⁰⁸ Artículo 49 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

demanda y otorga un plazo razonable al demandante para permitir que la revise. Transcurrido dicho lapso, si no mediara la proposición de cuestiones probatorias por parte del demandante que requirieran la evacuación de un informe pericial⁴⁰⁹, el juez procederá a continuar con el resto de la audiencia, debiendo emitir sentencia verbalmente dentro de la hora siguiente a la culminación de dicho acto procesal.

Excepcionalmente, al igual que lo que sucede en el proceso ordinario, el juez podrá diferir el fallo de su sentencia dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores, citando en dicho acto a las partes para que comparezcan al Juzgado para la notificación de la sentencia.

Dentro de este esquema, en caso este funcionara de manera óptima de acuerdo a lo fijado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, desde que se interpone la demanda que contiene alguna pretensión relacionada a la libertad sindical hasta que el juez emite sentencia podría transcurrir un periodo aproximado de treinta (30) días hábiles.

Sin perjuicio de reconocer el esfuerzo legislativo, una condición esencial para que este proceso abreviado se desarrolle dentro de estos reducidísimos márgenes temporales es justamente la dotación de elementos técnicos e informáticos por parte del Estado, lo cual incluye instalaciones físicas adecuadas, implementos tecnológicos idóneos; y, especialmente, la formación de conciencia por parte de los jueces y las partes. Esto último resulta especialmente relevante, en la medida que si bien el proceso en la Nueva Ley Procesal del Trabajo puede presentarse como una solución al problema de las dilaciones innecesarias ante supuestos que requieren tutela urgente, lo cierto es que la cultura judicial de todos los agentes involucrados tiende a la dilación, a las suspensiones y a los retrasos como leit motif.

Así, a efectos que este proceso de reestructuración procesal y protección especial sea viable, deben concurrir dos aspectos esenciales. El primero, que el Estado proporcione herramientas adecuadas para la implementación del nuevo esquema procesal. El segundo, que el juez se reconozca titular del abanico de facultades que le vienen dadas como **protagonista** del nuevo proceso. En este panorama, corresponderá al juez velar porque no se admitan articulaciones de las partes orientadas a entorpecer el desarrollo de este proceso abreviado (que lamentable e históricamente han venido siendo admitidas en nuestros procesos judiciales).

⁴⁰⁹ En cuyo caso el juez podrá, excepcionalmente, fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes si, para la actuación de aquella, fuere necesaria la evacuación de un informe pericial.

En este orden, si bien la conducta natural de las partes será en muchos casos buscar dilaciones (en virtud al arraigo de estas prácticas en el tiempo, de las dificultades que pueda plantear este nuevo modelo, de la carga procesal que manejen los jueces o de la falta de preparación de cara a una audiencia), el juez deberá asumir un rol firme en defensa del esquema establecido, aplicando las medidas disciplinarias para las cuales se encuentra facultado pues, de lo contrario, el anhelo de celeridad se verá obstaculizado de manera incontenible. Es decir, el juez debe realizar un esfuerzo de firmeza en el día a día para modificar la cultura judicial de las partes y de los demás actores de cara al proceso pues, de lo contrario, el texto de la Nueva Ley Procesal del Trabajo correrá el riesgo de pasar a ser uno más de los ensayos fallidos en la reforma de nuestra administración de justicia.

IV.2. Reglas de comparecencia y legitimación activa especial del sindicato

Una modificación importante que trae consigo la Nueva Ley Procesal del Trabajo está relacionada con las reglas de comparecencia al proceso, pues se otorga una amplia gama de facultades a los sindicatos en aras de defender sus intereses colectivos y los de sus dirigentes y afiliados. De este modo, los artículos 8 y 9 de la norma plantean un interesante aporte.

En cuanto a las reglas especiales de comparecencia, se ha establecido expresamente lo siguiente:

“Artículo 8.- Reglas especiales de comparecencia

8.2. Los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y en defensa de sus dirigentes y afiliados.

8.3. Los sindicatos actúan en defensa de sus dirigentes y afiliados sin necesidad de poder especial de representación; sin embargo, en la demanda o contestación debe identificarse individualmente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones. En este caso, el empleador debe poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta. La inobservancia de este deber no afecta la prosecución del proceso. La representación del sindicato no habilita al cobro de los derechos económicos que pudiese reconocerse a favor de los afiliados”.

Este artículo contiene una serie de prescripciones importantes, las cuales interesa comentar. El texto legal reconoce que el sindicato -sin necesidad de un poder especial de representación- puede comparecer directamente para la defensa de sus intereses como organización, de los intereses colectivos de sus afiliados, y para la defensa de los intereses individuales o plurales de los dirigentes y afiliados. Ello supone que bastará que el sindicato se apersona al proceso acompañando documento idóneo que acredite a sus miembros y que identifique a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones.

En esta amplia titularidad en la comparecencia al proceso, los sindicatos podrán plantear contra los empleadores diversa clase de pretensiones. En cuanto al sindicato como organización, se podrían plantear pretensiones sobre controversias relacionadas al desarrollo de la negociación colectiva y la huelga (tales como impedimentos o medidas restrictivas de parte de los empleadores), conflictos intra o inter sindicales (surgidos al interior del sindicato o por conflicto con otros sindicatos o representaciones), modificaciones de estatutos, disoluciones, descuento de cuotas sindicales, entre otras.

Por su parte, respecto de las pretensiones planteadas para la defensa de los dirigentes o afiliados, podrían plantearse acciones en relación con la realización de prácticas antisindicales por parte de los empleadores, tales como traslados injustificados, acoso moral, denegatoria injustificada de licencias sindicales, despidos antisindicales, entre otras, que si bien tienen un impacto en la vida del sindicato como organización, afectan directamente en estos casos a los sujetos individualmente considerados pues ponen el riesgo su continuidad laboral y su bienestar al interior de la empresa.

Un tema adicional de especial interés es reconocido en el artículo 9.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, pues reconoce la titularidad del sindicato ante las vulneraciones a los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga y, adicionalmente, reconoce la legitimación del sindicato cuando “se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios (en cuyo caso) pueden ser demandantes el sindicato, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito”.

Es decir, se reconoce que el sindicato (o los representantes de los trabajadores) podrá representar a sus afiliados en el marco de pretensiones no solamente de carácter individual sino pluriindividual, como podría ser el pago oportuno y completo de las remuneraciones, el reconocimiento y pago de beneficios de origen convencional como aguinaldos y bonificaciones, el reintegro de pagos de determinados beneficios (como las utilidades legales o convencionales). Esta legitimación reconocida en la Nueva Ley Procesal del Trabajo tiene su justificación o razón de ser esencialmente en dos consideraciones.

La primera de ellas, cuando se producen incumplimientos patronales en relación con los conceptos enunciados anteriormente, lo habitual es que ellos no afecten únicamente a un trabajador individualmente considerado. Por el contrario, alcanzan a un grupo o a la totalidad de trabajadores, lo cual justifica plenamente el recurso a una acción conjunta, pues lo que se declarará en el proceso es si hay incumplimiento o un derecho vulnerado con impacto plurindividual.

La segunda consideración viene dada por la estructura propia del nuevo proceso laboral el cual, por su misma naturaleza, dificultará la realización de numerosos procesos individuales favoreciendo, en cambio, el desarrollo de procesos unificados más eficientes con una única representación, que permitan englobar una misma problemática sin necesidad de desarrollar de manera simultánea un sinnúmero de procesos idénticos, con el consecuente riesgo de obtener sentencias contradictorias.

De este modo los trabajadores representados por su sindicato, sin más carga para este último que identificarlos y a sus pretensiones en la demanda, podrán obtener protección unificada, quedando ya para la ejecución de la sentencia la cuantificación pormenorizada de los adeudos correspondientes a cada trabajador. Cabe destacar que el artículo 8.2 se ha cuidado de enfatizar que los sindicatos no cuentan con legitimación para realizar el cobro de las sumas ordenadas a pagar, de modo que en ejecución de sentencia cada trabajador deberá presentarse e identificarse a efectos de recibir los reintegros que pudieran corresponderle.

IV.3. Medidas cautelares

Por su parte, la Nueva Ley Procesal del Trabajo amplía de manera

considerable el abanico de medidas cautelares que puede dictar el juez antes de iniciado un proceso o a lo largo de este, a efectos de garantizar la eficacia de la pretensión principal⁴¹⁰.

En este contexto, en materia de libertad sindical es particularmente importante la medida cautelar especial de reposición provisional antes o durante el proceso. De este modo, la Nueva Ley Procesal del Trabajo atribuye al juez la facultad de dictar esta medida pese a que no se hayan cumplido los requisitos ordinarios, cuando el despido haya sido un dirigente sindical o haya estado gestionando la conformación de una organización sindical.

Ante estos supuestos excepcionales, la Nueva Ley Procesal del Trabajo exonera al juez de exigir el cumplimiento de los requisitos ordinarios para la procedencia de una medida cautelar (verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y adecuación), pues se entiende que la sola calidad de dirigente sindical o miembro activo en la constitución de un sindicato (ambas situaciones debidamente acreditadas) genera la verosimilitud en el derecho invocado y exige la tutela urgente a fin de evitar que el daño que se produce, al individuo y a la organización sindical en su conjunto, se tornen en irreparables. En este orden, no debe perderse de vista que “la libertad sindical no solo tiene una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y su afiliación, sino también una dimensión plural o colectiva que se manifiesta en la autonomía sindical”, lo cual supone que al proteger al trabajador afiliado, se esté protegiendo simultáneamente a la organización sindical en su conjunto.

Lógicamente, ya cautelado el derecho, corresponderá al trabajador o al sindicato (si es aquel quien comparece directamente) demostrar que el despido ha obedecido efectivamente a una conducta antisindical del empleador o que, por el contrario, obedeció a causa justa y que por tanto, debe prevalecer y conservar sus efectos.

⁴¹⁰ El artículo 54 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo señala que “cumplidos los requisitos, el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar, cuidando que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal. En consecuencia, son procedentes además de las medidas cautelares reguladas en este capítulo u otro dispositivo legal, sea para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar o de no innovar, e incluso una genérica no prevista en las normas procesales”.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA. Sin duda, la Nueva Ley Procesal del Trabajo es una norma que merece especial reconocimiento pues constituye un valiosísimo esfuerzo de crear el marco jurídico que permita lograr la tan anhelada celeridad en el marco del proceso laboral. Permite creer en la posibilidad de un retorno de la problemática laboral a los fueros de los jueces especializados de trabajo evitando que el proceso de amparo se mantenga como la única alternativa de tutela célere, con los no pocos problemas que aquel plantea.

En este marco, el acertado refuerzo procesal de la protección de la libertad sindical pone de relieve su reconocimiento normativo como una institución que debe ser tutelada con carácter prioritario en tanto derecho fundamental y, por ello, los mecanismos del proceso abreviado, las nuevas reglas de comparecencia especial al sindicato, y las medidas cautelares especiales en el caso de despidos antisindicales, resultan trascendentes.

SEGUNDA. No obstante, para que este mecanismo de intermediación y oralidad rinda los frutos esperados es indispensable que el Estado disponga de los recursos indispensables para lograr ello. Así, la eficiencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo dependerá en buena parte de la existencia de infraestructura, tecnología y soporte adecuados que la hagan viable.

TERCERA. Del mismo modo, resulta esencial que los jueces internalicen el nuevo rol que les corresponde como directores activos del proceso, buscando -con una posición firme- reeducar a los actores procesales. En aquellos está el deber de iniciar, con todos los instrumentos proporcionados por la norma, el cambio hacia una nueva cultura de cara al proceso laboral en aras de su objetivo último: garantizar el acceso a la justicia oportuna.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BLANCAS BUSTAMANTE, CARLOS. (2006). El despido en el Derecho Laboral Peruano. Segunda Edición. Lima, ARA Editores.

ERMIDA URIARTE, OSCAR. (1987). La protección contra los actos antisindicales. Primera Edición. Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria.

LAHERA FORTEZA, JESÚS. (2008). “Marco Constitucional de la Negociación Colectiva”. En: DAL-RE, VALDEZ (Director) y LAHERA, JESÚS (Coordinador). (2008). Manual Jurídico de Negociación Colectiva. Primera Edición. Madrid, Editorial La Ley.

OJEDA AVILÉS, ANTONIO. (2008). Derecho Sindical. Octava Edición. Madrid, Editorial Tecnos.

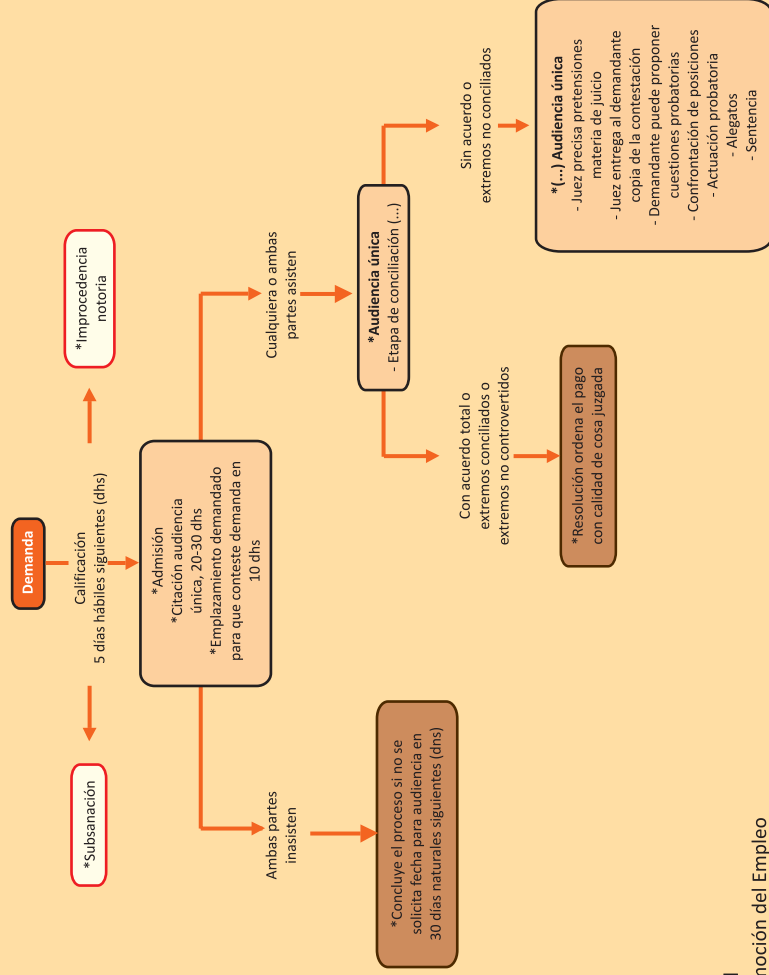
VALDEOLIVAS GARCÍA, YOLANDA. (1994). Las conductas lesivas de la libertad sindical. Primera Edición. Madrid, Consejo Económico y Social – Colección Estudios.

FLUJOGRAMAS ETAPAS DE LA LEY N° 29497

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA DEL PERÚ

Nueva Ley Procesal del Trabajo - Ley 29497

Proceso Abreviado Laboral - Primera Instancia

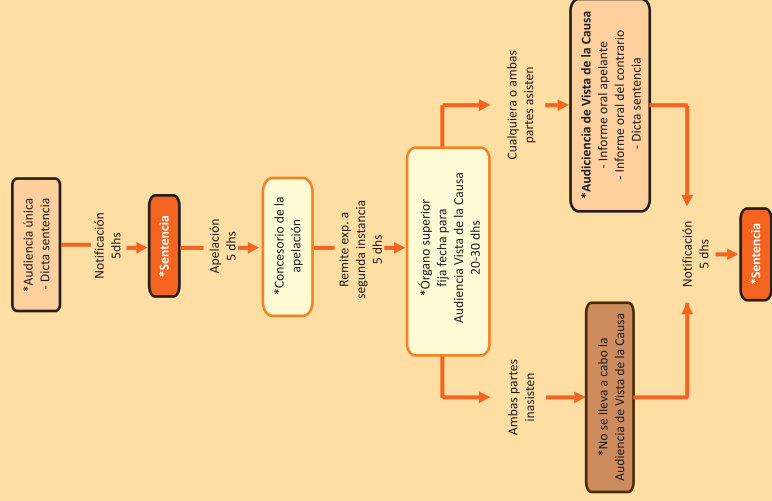


Colaboración Académica del
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA DEL PERÚ

Nueva Ley Procesal del Trabajo - Ley 29497

Proceso Abreviado Laboral - Segunda Instancia

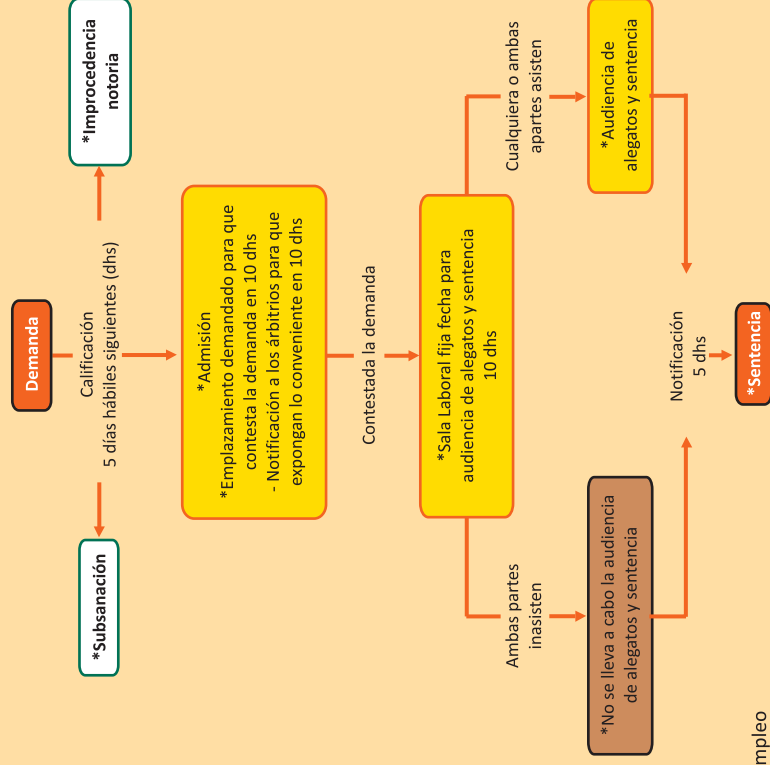


Colaboración Académica del
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA DEL PERÚ

Nueva Ley Procesal del Trabajo - Ley 29497

Proceso Impugnativo de Laudos Arbitrales Económicos - Primera Instancia

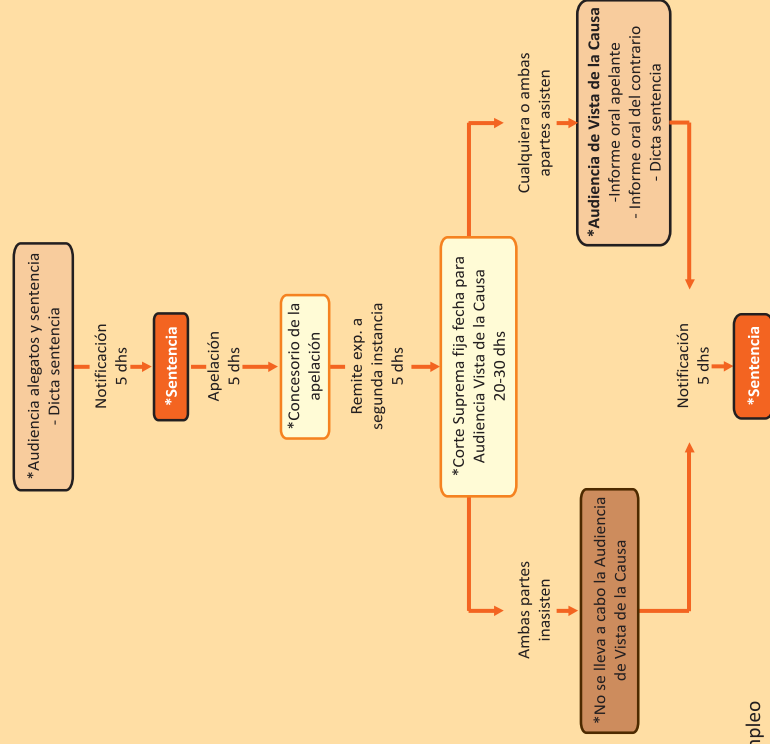


Colaboración Académica del
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA DEL PERÚ

Nueva Ley Procesal del Trabajo - Ley 29497

Proceso Impugnativo de Laudos Arbitrales Económicos - Segunda Instancia

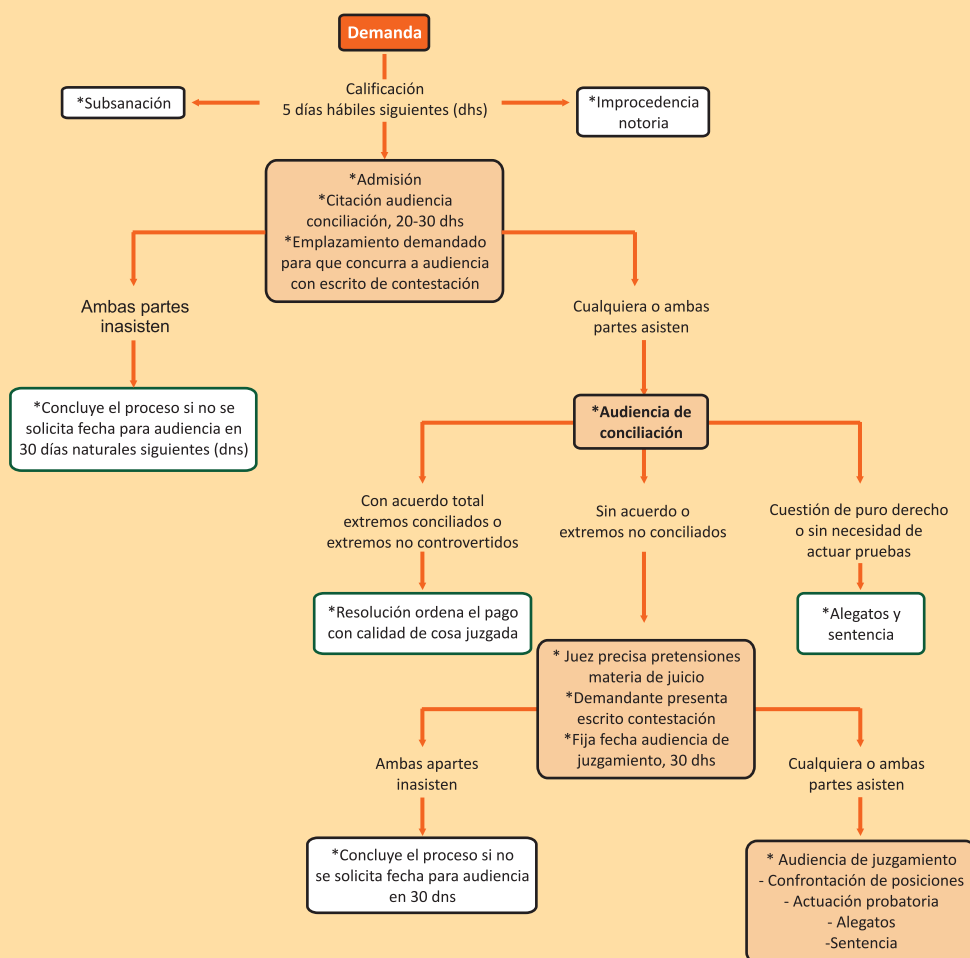


Colaboración Académica del
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA DEL PERÚ

Nueva Ley Procesal del Trabajo - Ley 29497

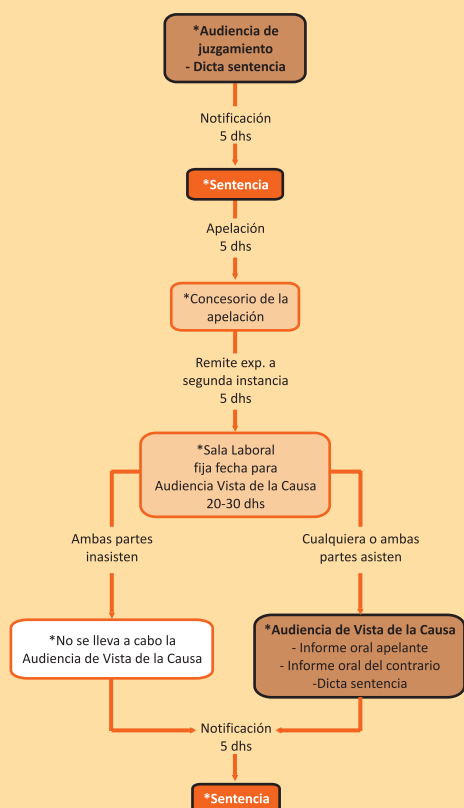
Proceso Ordinario Laboral - Primera Instancia



ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA DEL PERÚ

Nueva Ley Procesal del Trabajo - Ley 29497

Proceso Ordinario Laboral Apelación



Proceso Ordinario Laboral Casación

