

# jurídica

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

Nº  
681

**Pág. 2**  
**EVITE CONTINGENCIAS.** Claves para la igualdad remunerativa y el impacto del reglamento de la Ley N° 30709. **César Lengua**

**Pág. 3**  
**NUEVAS OBLIGACIONES.** Planeamiento laboral estratégico para evitar toda práctica de discriminación remunerativa. **Percy Alache**

**Págs. 6-7-8**  
**EN PROPUESTA.** Las fuentes del derecho y los principios constitucionales en la norma procesal civil. **Roberto Obando Blanco**

## CONTINUIDAD DE PROYECTOS

### El pago inmediato de la reparación civil al Estado

Págs. 4-5, José Antonio Caro John - Juan Diego Ugaz Heudebert



## RESEÑA DE LOS PRINCIPALES ASPECTOS

# Claves para la igualdad remunerativa



**CÉSAR LENGUA**

**Abogado.** Socio de Lazo, De Romaña & CMB. Catedrático universitario. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

vez más— del plexo normativo laboral que genera para el empleador privado. Tratándose de una materia tan trascendente, que debería irradiar por igual a todos los empleadores, debió considerarse una aproximación distinta. No obstante a ello, seguidamente, una reseña de los principales aspectos contemplados en la norma.

La formalización de los cuadros de categorías y funciones supone la evaluación y agrupación de los puestos de trabajo aplicando criterios objetivos basados en las tareas por cumplir, las aptitudes necesarias para realizarlas y el perfil del puesto.

El empleador puede emplear cualquier metodología de clasificación que sugieran las disciplinas de la gestión humana, siempre que se cumpla mínimamente con lo siguiente: (I) identificación de los puestos de trabajo incluidos en cada categoría; (II) descripción general de las características de los puestos de trabajo que justifican su agrupación en una categoría; y (III) la ordenación y/o jerarquización de las categorías sobre la base de su valoración y a la necesidad de la actividad económica.

El empleador es libre de fijar sus políticas remunerativas, fijar los requisitos para la percepción de la remuneración u otros beneficios (incluyendo esquemas de remuneraciones variables), y para establecer los montos asignados, siempre que no incurra de ninguna manera en discriminación directa ni indirecta por razón de sexo. Ante cualquier reclamo sobre una supuesta discriminación, el empleador debe estar en condiciones de demostrar que los puestos materia de comparación no son iguales y/o no tienen el mismo valor asignado.

Los sindicatos quedan también obligados a respetar estas normas, de tal manera que las remuneraciones y los beneficios que se soliciten y fijen en el marco de la negociación colectiva deben respetar estos criterios.

Trabajadores de una misma categoría pueden percibir remuneraciones distintas cuando ello esté justificado en criterios objetivos; por ejemplo, antigüedad, desempeño, el alcance de una negociación colectiva, escasez de mano de obra calificada, costo de vida, experiencia laboral, perfil académico o educativo, lugar de trabajo, etcétera.

Los períodos de incapacidad temporal para el trabajo vinculados al embarazo, la licencia por maternidad o paternidad, el permiso por lactancia materna o la asunción de responsabilidades familiares no deberán tener un impacto adverso en la asignación de incrementos remunerativos y demás beneficios.

Es válida la no renovación del contrato de trabajo sujeto a modalidad de la trabajadora embarazada o en período de lactancia, siempre que haya desaparecido la causa que justificó la contratación temporal.

El padre trabajador puede acumular sus vacaciones adquiridas y pendientes de goce,

“EL EMPLEADOR PUEDE EMPLEAR CUALQUIER METODOLOGÍA DE CLASIFICACIÓN QUE SUGIERAN LAS DISCIPLINAS DE LA GESTIÓN HUMANA, SIEMPRE QUE SE CUMPLA MÍNIMAMENTE CON LO SIGUIENTE: (I) IDENTIFICACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO INCLUIDOS EN CADA CATEGORÍA; (II) DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS PUESTOS DE TRABAJO QUE JUSTIFICAN SU AGRUPACIÓN EN UNA CATEGORÍA; Y (III) LA ORDENACIÓN Y/O JERARQUIZACIÓN DE LAS CATEGORÍAS SOBRE LA BASE DE SU VALORACIÓN Y A LA NECESIDAD DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA”.

para disfrutarlas inmediatamente después de su licencia por paternidad. Para ello debe comunicar al empleador dicha decisión con una anticipación no menor de 30 días calendario al inicio del goce vacacional.

Estas obligaciones serán fiscalizadas desde el 1 de enero del 2019 (salvo para el caso de las mypes, que cuentan con reglas particulares). Entre tanto, la Inspección de Trabajo realizará acciones de orientación. ▽

En el Día de la Mujer, el Diario Oficial El Peruano publicó el Decreto Supremo N° 002-2018-TR, destinado a reglamentar los alcances de la Ley N° 30709 que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres.

Esta norma sin duda contribuye a delinear de mejor manera las obligaciones que surgieron con ocasión de la mencionada ley; pero llama la atención que el espectro de obligaciones en la materia quede circunscrito al ámbito de los trabajadores y empleadores del régimen laboral de la actividad privada en el sector privado, sustrayéndose completamente el Estado —una



## EVITE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN SALARIAL

# El planeamiento laboral estratégico



**PERCY  
ALACHE**

**Abogado.** Director del área laboral de PwC Perú. Master en Dirección de Recursos Humanos en EADA Barcelona. Experto en Derecho del Trabajo por la Universidad de Sevilla.

La brecha salarial entre hombres y mujeres en el Perú es de alrededor del 30% y, de acuerdo con el Foro Económico Mundial (WEF), el Perú ocupa el puesto 89 de 145 países en brecha de género. Mientras que, de acuerdo con la ENAHO 2017, la mayor participación de mujeres se realiza en las siguientes actividades: Comercio 39.6%; Agropecuario 27.1%; Servicios 25.8% y Manufactura 7.5%. Anotada esta realidad, a continuación, se desarrollará los puntos clave que se deben tomar en cuenta para cumplir con la normativa que prohíbe la discriminación salarial de acuerdo con el DS N° 002-2018-TR que reglamenta la Ley N° 30709.

En principio, el objetivo de la normativa es verificar que las empresas no tengan documentos o modos de gestión que contengan elementos de discriminación remunerativa entre trabajadores por razón de sexo o por cualquier otro factor. Un aspecto clave a precisar es que el reglamento restringe esta obligación a las empresas del sector privado.

Para tal efecto, las empresas vienen realizando las siguientes acciones a modo de planeamiento: (i) Diagnóstico o auditoría de cumplimiento y puntos críticos; (ii) Plan de acción y ejecución; y, (iii) Campaña informativa al personal.

El primero se realiza al verificar qué documentos tiene o no la empresa y cuál es su nivel de cumplimiento. Los documentos principales son: cuadro o listado de puestos, descripciones de puesto de trabajo y organigrama. Asimismo, se debe revisar la estructura o política remunerativa incluyendo las bandas salariales que se hayan desarrollado. La norma les da flexibilidad a las empresas para fijar sus políticas remunerativas, incluyendo pagos variables como bonos, comisiones. Paralelamente, las empresas están revisando sus políticas de capacitación y línea de carrera o ascensos. Una vez realizada la evaluación, se concluye con el estatus de cumplimiento y qué puntos críticos se han identificado.

El segundo, de acción y ejecución, dependerá del diagnóstico, pero, principalmente, las empresas deberán preparar lineamientos corporativos

y preventivos en donde figuren los criterios de diferenciación que se utilizan para pagar mayores salarios a unas posiciones frente a otras. Los criterios de diferenciación válidos son: antigüedad, desempeño, negociación colectiva, costo de vida, perfil académico o educativo, lugar de trabajo, entre otros.

Sin embargo, estos no son los únicos, pues las empresas podrán tener otros criterios propios de su modelo de negocio, plan estratégico o dinámica de sus operaciones. Entre ellos figuran: niveles o exposición al riesgo, resultados o indicadores de producción/venta, área "core", condiciones de trabajo, personal talento; es decir, criterios que sean objetivos. Podrán incluirse situaciones especiales que podrían impactar la categoría del puesto o política/banda salarial, ya sea por cambios en la empresa como reestructuración, reorganización, reducción o cambios en las funciones y responsabilidades de los mismos puestos.

## Los plazos

El reglamento ha dado mayor flexibilidad a las empresas para cumplir con esta obligación laboral. Mientras que la ley indicaba que el plazo para cumplirla era hasta junio de 2018, el reglamento señala que las empresas podrán realizar sus revisiones o planeamientos internos durante

todo el 2018. Si la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) llega a la empresa en este 2018, podrá orientar o brindar facilidades para que las empresas cumplan, es decir, este año la Sunafil no multará. Toda fiscalización, incluyendo posibles multas, será a partir del 1 de enero de 2019.

Como punto final del planeamiento, las empresas deberán informar al personal (mediante reuniones, charlas, comunicaciones escritas o medios informáticos) sobre el cuadro o listado de puestos, política remunerativa y criterios de diferenciación salarial (en caso existan); así como los criterios de evaluación del desempeño. Tener en cuenta que las empresas no están obligadas a revelar el monto de sus remuneraciones o bandas salariales.

Como punto final del planeamiento, las empresas deberán informar al personal por medio de reuniones, charlas, comunicaciones escritas o medios informáticos sobre el cuadro o listado de puestos, política remunerativa y criterios de diferenciación salarial en caso existan. Así también deberá hacerlo con los criterios de evaluación del desempeño. Se debe tener en cuenta que las empresas no están obligadas a revelar el monto de sus remuneraciones o bandas salariales.

En caso de que las empresas no cumplan con esta obligación serán sancionadas con 3 UIT (12,450 soles) o con el cierre del establecimiento. Incluso, si se aplican las normas de inspección en el trabajo que sancionan estos incumplimientos como muy graves, las empresas pueden recibir una sanción de hasta 45 UIT (186,750 soles). Cabe indicar que podrían existir sanciones civiles y penales por cometer actos de discriminación.

Por su parte, las mypes (micro y pequeña empresa) también deberán cumplir estas exigencias, pero limitadas a los cuadros de categorías y funciones, para lograrlo contarán con el apoyo del Ministerio de Trabajo. Este es un aspecto criticable porque dado el contexto, tamaño y problemática del sector (informalidad) podrían resultar poco acertadas las exigencias y, peor aún, las sanciones económicas impuestas en caso de incumplimiento.

## Licencias y madre trabajadora

La norma refuerza la protección de la madre trabajadora tanto en la salida (despido, vencimiento de contrato o negociación de cese) como al inicio del vínculo laboral (reclutamiento, selección y contratación). Respecto a la contratación, el reglamento indica que las empresas no pueden solicitar a las candidatas a un puesto a realizarse una prueba de embarazo. En caso el puesto al que se postule incluya riesgos para la salud de la trabajadora gestante, la empresa deberá poner en conocimiento de los postulantes tales riesgos para que estos decidan si desean realizarse la prueba. Así, las empresas deberán revisar sus procedimientos y lineamientos de selección para evitar cualquier obstáculo de acceso al empleo sin perjuicio de coordinar con el departamento o el personal de seguridad y salud para adoptar medidas preventivas y/o correctivas.

Otro punto para tomar en cuenta es permitir al padre trabajador la posibilidad de acumular la licencia por paternidad (4 días) con el periodo que tenga acumulado o ganado por vacaciones. Esta facilidad busca favorecer y compartir las responsabilidades familiares. ▀





JOSÉ ANTONIO  
CARO JOHN

**Abogado.** Socio del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados, especializado en derecho penal. Doctor en Derecho, Universidad de Bonn (Alemania).



JUAN DIEGO  
UGAZ HEUDEBERT

**Abogado.** Miembro de Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Maestría en Derecho Penal, Universidad de Sevilla, España. Catedrático universitario.

## El veedor de los procesos

El veedor de los procesos es la única persona que en calidad de observador está facultado para acceder a la documentación necesaria para cumplir su labor, con independencia y criterio técnico que exige la ley, sin que ello implique interferencia alguna en las decisiones de la empresa. Se precisa que la función principal del veedor de los procesos es recabar información y verificar el

movimiento económico de las personas comprendidas en las secciones I, II y III, y su situación patrimonial; cuya finalidad es realizar el seguimiento de la cadena de pago a favor de los trabajadores y proveedores, puesto que de evidenciarse tal incumplimiento, las personas jurídicas comprendidas en la presente ley quedarían impedidas de contratar con el Estado.

El 12 de marzo pasado se promulgó la Ley N° 30737, que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos, vigente desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial. Así, por medio de esta norma se establecen, precisan y desarrollan las medidas que cautelan el pago de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de delitos cometidos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos, con la finalidad de facilitar la reanudación de los proyectos de inversión de nuestro país.

### Ámbito de aplicación

La presente ley es de aplicación a las personas jurídicas o entes jurídicos comprendidos en los artículos 1, 9 y 15 de las siguientes secciones:

**Sección I:** (i) condenados con sentencia firme en el Perú o en el extranjero por la comisión de delitos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos; o equivalentes cometidos en otros países, en agravio del Estado peruano; (ii) cuyos funcionarios o representantes hayan sido condenados con sentencia firme en el Perú o en el extranjero por la comisión de delitos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos; o equivalentes cometidos en otros países, en agravio del Estado peruano; (iii) que directamente o por medio de sus representantes hubiesen admitido o reconocido la comisión de delitos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos; o equivalentes ante autoridad nacional o extranjera competentes; (iv) vinculados con las personas jurídicas o entes jurídicos de los literales (a), (b), (c).

**Sección II:** es aplicable a las personas jurídicas o entes jurídicos que, en calidad de socios, consorciados o asociados que se hubiesen relacionado con las personas previstas en la Sección I, en contratos suscritos con el Estado peruano, en los que estas últimas hubiesen admitido o confesado o hayan sido sentenciados por la comisión de los delitos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos.

**Sección III:** esta sección se aplica a las personas jurídicas o entes jurídicos contra las que

se haya iniciado una investigación fiscal por la presunta comisión de los delitos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos.

### Medidas que aseguran el pago de la reparación civil a favor del Estado:

► **Suspensión de transferencias al exterior:** el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjus) puede aprobar, según las disposiciones que establezca el reglamento de la ley, de manera individual o conjunta, las correspondientes transferencias al exterior por concepto de deuda de acreedores u otros pagos que puedan afectar el valor de las concesiones o de los activos ubicados en el Perú.

► **Adquisición y retención del precio de venta en el Fideicomiso de Retención y Reparación:** el Minjus realiza los actos y contratos que sean necesarios para la implementación de un fideicomiso conformado por los fondos establecidos en artículo 6°, denominado “Fideicomiso de Retención y Reparación”, administrado por el Banco de la Nación, con la finalidad de recaudar y servir al pago de las reparaciones civiles que correspondan al Estado.

► **Retención de importes a ser pagados por las entidades del Estado:** las entidades del Estado que resulten obligadas a efectuar algún pago por cualquier título están obligadas a retener sobre cada pago que realicen conforme al contrato el diez por ciento (10%) del monto total del contrato, sin incluir IGV; salvo que ostenten garantías financieras otorgadas por el Estado



peruano al amparo del artículo 54° del Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento.

► **Anotación preventiva:** la inscripción procede de oficio, en mérito de una resolución emitida por el Minjus, de la anotación preventiva en los Registros Públicos en los que figuren los bienes, activos, derechos, acciones, participaciones u otros valores de derechos de participación pertenecientes a

los sujetos comprendidos en el artículo 1 de la presente ley.

### Acciones restrictivas contra los socios, consorciados o asociados

Las personas comprendidas en el artículo 9 se sujetan a las siguientes obligaciones: (i) constituir un fideicomiso de garantía que coadyuve al pago de la reparación civil (el “fideicomiso”); (ii) la suspensión del derecho a efectuar

IDAD DE PROYECTOS DE INVERSIÓN

# el pago de la civil al Estado



transferencias al exterior; (iii) implementar un programa de cumplimiento (compliance); y (iv) revelar información a las autoridades encargadas de la investigación.

## Constitución del fideicomiso de garantía y pago de la reparación civil

La ley ha establecido que el fideicomiso deberá ser constituido con el fin de garantizar el pago de la reparación civil y los intereses a favor del

Estado peruano. Así, la presente ley señala que las personas jurídicas comprendidas en los artículos 9 y 15 deberán constituir un fideicomiso de garantía sobre los activos, bienes, derechos, acciones, flujos ciertos o participaciones cuyo valor, de manera individual o conjunta, sea igual o superior al monto estimado para coadyuvar al futuro pago por reparación civil en el plazo de 90 días hábiles.

Aunado a ello, establece que el plazo de los 90

## La implementación del programa de cumplimiento

La ley contempla que en un plazo de 90 días hábiles desde la entrada en vigencia de la ley, las personas jurídicas o entes jurídicos comprendidos en los artículos 9 y 15 deberán iniciar la implementación de un modelo de cumplimiento adecuado a su naturaleza que establezca las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir la futura comisión de delitos o para la reducción significativa de los riesgos originados por su

comisión y que dentro de dicho plazo las personas jurídicas deberán poner en conocimiento del Minjus las acciones realizadas para dar cumplimiento a esta obligación. En caso las personas jurídicas comprendidas en los artículos 9 y 15 incumplan con la obligación indicada en el párrafo anterior, se les aplicarán las siguientes consecuencias, respectivamente: (i) se sujetarán a la retención prevista en los títulos III y IV de la Sección I, cuyos montos

son depositados en la cuenta del Fideicomiso de Retención y Reparación; y (ii) se les tendrá por excluidas del régimen de intervención previsto en la Sección III. La ley precisa que el contenido del modelo de prevención deberá desarrollarse en concordancia a: (I) los lineamientos previstos en la Ley 30424 y su reglamento, así como (ii) con elementos basados en el ISO 19600 y 37001, u optando por mayores estándares de la materia.

**“LA LEY N° 30737 ESTABLECE, PRECISA Y DESARROLLA LAS MEDIDAS QUE CAUTELAN EL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL A FAVOR DEL ESTADO PERUANO EN CASOS DE DELITOS COMETIDOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, LAVADO DE ACTIVOS O DELITOS CONEXOS CON LA FINALIDAD DE FACILITAR LA REANUDACIÓN DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN DE NUESTRO PAÍS”.**

días hábiles se empezará a computar desde la fecha en que el Minjus haya determinado el monto bajo el cual se tiene que constituir este fideicomiso.

Asimismo, señala que la administración del fideicomiso será realizada por el Banco de la Nación o las empresas del sistema financiero autorizadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Además de ello, indica que el fideicomitente previa autorización del Minjus, podrá sustituir los bienes entregados en fideicomiso por otros activos, bienes, derechos, acciones o participaciones cuyo valor, de manera individual o conjunta, sea igual o superior al monto estimado. Alternativamente, se contempla también el otorgamiento de una carta

fianza de carácter incondicional, irrevocable y de realización automática, por parte de las personas jurídicas comprendidas en los artículos 9 y 15, en sustitución de la obligación de constituir el presente fideicomiso.

Por otro lado, la ley también considera que ante el incumplimiento de constituir el fideicomiso dentro del plazo establecido o, en su defecto, con el cronograma de cumplimiento de obligaciones (artículo 12.4), las personas jurídicas deberán ser sancionadas. Así, para el caso de las personas jurídicas comprendidas bajo la Sección II, artículo 9, la sanción consistirá en la aplicación del régimen de retención de pagos de entidades estatales y las autorizaciones del Minjus para el caso de venta de activos, y en el caso de las empresas comprendidas bajo la Sección III, artículo 15°, la sanción consistirá en que la empresa será excluida del régimen previsto bajo la sección III de la ley.

## Obligación de revelar información a las autoridades de la investigación

La ley ha dispuesto que las personas jurídicas comprendidas en los artículos 9° y 15° deberán presentar su solicitud, dentro del plazo establecido, ante el Minjus adjuntando los siguientes documentos: (i) el cargo de un escrito presentado ante la Fiscalía respectiva, mediante el cual la empresa manifiesta la intención de colaborar activamente en la investigación, incluyendo la puesta a disposición de toda la documentación y acceso irrestricto a sus instalaciones cuando el fiscal lo solicite, (ii) la información que indique el reglamento de la presente ley

En caso las personas jurídicas incumplan con las obligaciones indicadas en el párrafo anterior, resultará de aplicación las siguientes consecuencias: (i) los pagos que deban recibir las personas jurídicas comprendidas en el artículo 9 de parte de las entidades estatales estarán sujetos al mismo régimen de retenciones previsto para las empresas comprendidas bajo la Sección I; y (ii) las personas jurídicas comprendidas en el artículo 15 serán excluidas del régimen de intervención previsto en la Sección III. ▀



ROBERTO  
OBANDO BLANCO

**Magistrado.** Juez Superior Titular del Callao. Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura del Callao (2015-2018). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Abogado y Magister por la UNMSM. Doctorando por la UNMSM. Profesor de la UNMSM, PUCP y Academia de la Magistratura.

## EN LA NORMA PROCESAL CIVIL

# Fuentes del derecho y los principios constitucionales

Dentro de las teorías primarias (base teórica general) encontramos la obra de Aristóteles, no cabe duda de que la lógica constituye la parte más vigente y de valor más perdurable. Con Aristóteles nace una ciencia formal del saber, la lógica.

El profesor alemán Johannes Hirschberger en su obra *Historia de la Filosofía*, al abordar el carácter general de la lógica aristotélica, señala: "(...) Es significativo a este propósito el dicho de Kant de que la lógica no ha tenido que dar ningún paso atrás desde Aristóteles, pero que tampoco ha podido dar un paso adelante (...) En general, Aristóteles trata de describir y clasificar. Ya en este campo de la lógica se muestra su inclinación a explorar el mundo de la experiencia en su compleja variedad, y a ordenar, dividir y clasificar lo concreto (...) Quiere también ofrecer un instrumento apto para conducir de un modo irreprochable el pensar científico, la demostración y la refutación (...); es decir, su lógica no es meramente formal, ni solo práctica, sino también material; epistemología o teoría del conocimiento" (...) (1).

La arbitrariedad fáctica se configura cuando se infringen los principios lógicos de la valoración de la prueba. La racionalidad es la explicación de un fenómeno, que debe sustentarse en la verdad. Los principios lógicos en los que la investigación aristotélica se apoya son el principio de no contradicción, el principio de identidad, el principio de tercio excluido y el principio de razón suficiente.

Las fuentes del derecho dependen de la concepción de derecho que se tenga. En los principios y valores constitucionales aparecen regulados los derechos fundamentales. Para el positivismo jurídico no necesitamos un nuevo paradigma. La tesis de la separación del derecho y la moral; ver el derecho solamente como reglas no como principios (Kelsen, Hart). Luigi Ferrajoli postula un positivismo garantista. Para el pospositivismo no se puede separar tajantemente el derecho y la moral: el derecho es el conjunto de reglas y principios, van necesariamente unidos (Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero).

Es importante distinguir el principio subyacente a la regla y su relación con otros principios, y por otro lado de la ponderación de principios en materia de derechos fundamentales. La decisión judicial es un acto de voluntad, no es autómata en la aplicación de la ley. En el pospositivismo hay que cumplir las reglas, salvo razones justificadas (ponderación), en caso de contradicción. Los



jueces no pueden convertirse en legisladores. Todo no es ponderación, sino el sistema jurídico colapsa.

### Fuentes del derecho

El jurista Norberto Bobbio definía las fuentes del derecho como hechos y actos jurídicos creadores de normas jurídicas generales. La expresión “fuente del derecho”, de forma general, hace referencia a “aquellos hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas” (3).

El profesor de la Universidad de Alicante Josep Aguiló Regla señala que el estudio de las fuentes del derecho es trascendente, debido a que el derecho está dejando de ser general (derecho del caso), claro (razonamiento jurídico que no es puramente deductivo), coherente (los principios constitucionales son contradictorios entre sí y no cabe establecer prioridades estables entre ellos). El derecho no son solo reglas jurídicas sino principios. “Fuente del derecho” sería aquel acto o hecho autorizado a producir normas jurídicas (4).

El profesor Aguiló Regla señala que es relativamente común que los principios jurídicos o principios generales del Derecho, aparezcan como una categoría autónoma dentro de los catálogos de fuentes del Derecho. No es difícil constatar que con suma frecuencia se habla de ‘principios constitucionales’, ‘principios legales’ o ‘principios jurisprudenciales’. En estos casos, se hace un uso de la expresión ‘principios jurídicos’, que lejos de oponerse a las restantes fuentes del Derecho, parece referirse a un tipo de norma jurídica contenido en alguna de esas fuentes; o dicho en otras palabras parece referirse a una especie dentro del género ‘norma constitucional’, ‘norma legal’ o ‘norma jurisprudencial’.

La llamada ponderación de principios no es otra cosa que la selección de la solución normativa que debe resolver el caso conflictivo cuando sobre el mismo concurren varios principios. Es obvio que cuando una ley incorpora reglas que violan un principio constitucional o que ponderan de manera errada varios principios constitucionales, entonces los principios desplazan a las reglas.

Convento con la teoría de las fuentes del derecho del profesor Josep Aguiló Regla por desarrollar a los principios constitucionales, dentro de la concepción del derecho pospositivista, y que parte del concepto de fuente del derecho del jusfilósofo Norberto Bobbio como hechos y actos jurídicos creadores de normas jurídicas generales, siendo la teoría más consistente para explicar nuestra hipótesis específica, teoría sistemática o integrada, con una visión del fenómeno en todas sus dimensiones y que recoge lo mejor de los avances en las otras.

El profesor español Josep Aguiló Regla manifiesta que las constituciones están saturadas de conceptos valorativos. Por ello, dentro del problema del razonamiento jurídico es un obstáculo por enfrentar la relación entre la moral, la política y el derecho. La moral está vinculada a los criterios axiológicos. La política está vinculada al poder del juez, lo riesgoso es que se otorga mucho poder a unos operadores del derecho (jueces). El derecho exige que deba hacerse



## Teoría de la argumentación jurídica

La Teoría de la Argumentación Jurídica es un concepto histórico. Se trata de una disciplina de la filosofía jurídica que nace con (y en respuesta a) los Estados constitucionales de derecho. Los presupuestos y fines ideológicos de la Teoría de la Argumentación Jurídica están vinculados

a la posibilidad de controlar racionalmente el poder en los Estados constitucionales de derecho. La Teoría de la Argumentación Jurídica es la parte de la filosofía del derecho que se ocupa de describir, conceptualizar y guiar el discurso justificativo de los operadores jurídicos, así como de garantizar la

legitimidad de la actividad jurisdiccional (2). La Teoría de la Argumentación Jurídica debe ser entendida como la posibilidad de control del poder en el Estado Constitucional de derecho, y que exige resolver con criterios objetivos racionales, observando el principio de interdicción de la arbitrariedad.

**“EN NUESTRA PROPUESTA DE TESIS DOCTORAL SE PLANTEA UNA ADECUADA PRELACIÓN DE FUENTES DEL DERECHO PROCESAL CIVIL, SIENDO LA PROPUESTA EN ORDEN SECUENCIAL: LEY PROCESAL, PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES, PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PROCESAL, Y LUEGO A LAS FUENTES, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA”.**

referencia a normas jurídicas. Agrega Aguiló Regla que la expresión “neoconstitucionalismo” es equívoca, porque requiere del Paleo (antiguo constitucionalismo jurídico).

La Constitución se limitará a operar como fuente de las fuentes del derecho –esto es, a establecer el mapa de las fuentes del derecho (o al menos, de las de mayor jerarquía). La gran división entre normas constitutivas y, en especial, normas que confieren poderes, por un lado, y normas regulativas, por otro, se encuentra también asociada a la clasificación de las Constituciones (5).

### Principios constitucionales

“Una de las cuestiones necesarias que debe esclarecer una teoría general de los principios es precisamente la tipología de los principios y, dentro de ella, una tipología de los principios constitucionales (...) Entre las varias distinciones que se pueden hacer de los principios constitucionales, una tiene que ver con la distinción entre principios explícitos y principios implícitos (...) Se puede afirmar que algunos principios constitucionales se asumen como implícitos cuando:

I) son extensiones de principios ya existentes; II) son manifestaciones o contenidos nuevos de principios reconocidos; III) resultan de nuevos argumentos desarrollados en nuevos contextos o también de nuevas valoraciones críticas respecto a otras anteriores; IV) expresan argumentos sólidos para fortalecer posiciones jurídicas asumidas como válidas a partir de un conjunto de normas vigentes en el sistema” (6). Un ejemplo de principio implícito, en el denominado así por el Tribunal Constitucional, es el principio de interdicción de la arbitrariedad, como expresión del contenido básico del derecho fundamental al debido proceso o presupuesto básico del Estado Constitucional de derecho.

Entendemos por principios constitucionales explícitos aquellos que estén enunciados en el texto constitucional, y por principios constitucionales implícitos aquellos que el texto constitucional no enuncia, pero de los que se sostiene que subyacen al mismo, como razones justificativas de reglas constitucionales expresas (7).

### El derecho al debido proceso

Se debe incorporar en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil la dimensión sustantiva del derecho fundamental al debido proceso (principio de proporcionalidad y principio de razonabilidad). Sobre este particular, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú se ha pronunciado a favor que “se debe reconocer como derecho fundamental al debido proceso sustantivo; es decir, la vigencia de criterios como los de razonabilidad y proporcionalidad, que deben guiar la actuación de los poderes públicos” (8). En el debido proceso sustantivo destaca la prohibición del absurdo y la arbitrariedad. En la arbitrariedad, el juzgador toma una decisión solo con la subjetividad (emociones). La decisión judicial exige hechos probados.

En la doctrina de la arbitrariedad, Genaro Carrió, quien es uno de los más agudos analistas

de este fenómeno, considera, después de citar a Erik Strohm, que intentar obtener un único y omnicompreensivo concepto de arbitrariedad “no es meramente difícil, sino que es lisa y llanamente imposible”. Al punto que, como hipótesis de trabajo, propone una “tipología de la arbitrariedad”, elaborada a partir de una paciente recopilación, análisis y agrupamiento de los fallos de la Corte Nacional de Argentina (9). Así tenemos dentro de las causales de arbitrariedad relativa al objeto o tema de decisión, sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón a que omiten considerar y resolver ciertas cuestiones oportunamente propuestas; o resuelven cuestiones no planteadas. Los supuestos relativos a los fundamentos de la decisión, y dentro de ellos: primero, al establecimiento del fundamento normativo, sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que fueron dictadas por jueces que, al dictarlas, se arrogaron el papel de legisladores y no se sintieron limitados por el orden jurídico; o prescindieron del texto legal sin dar razón plausible alguna; o aplican preceptos derogados o aún no vigentes; o dan como fundamento pautas de excesiva amplitud, en sustitución de normas positivas directamente aplicables; segundo, al establecimiento del fundamento no normativo (o de hecho), sentencias que han sido descalificadas

por arbitrarias en razón de que prescinden de prueba decisiva; o invocan prueba inexistente; o contradicen abiertamente otras constancias de los autos (10).

Debe recordarse que la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional, como citar el caso del Expediente N° 01865-2010-PA/TC de fecha 20 de julio del 2011, ha establecido los alcances del debido proceso formal y sustantivo. En el primer supuesto se da cuando se cuestione el procedimiento utilizado para adoptar la decisión, se trata de una evaluación configurada desde la óptica del debido proceso formal o procedimental, en el segundo supuesto se da cuando se cuestione directamente el fondo de la decisión adoptada, se trata más bien del caso de una evaluación proyectada desde la óptica del debido proceso material o sustantivo (fundamentos jurídicos 28 y 29). En ese mismo sentido, la STC N° 3315-2004-AA, FJ 15, al señalar que el Tribunal Constitucional “(...) consecuente con lo que ha sido la jurisprudencia uniformemente emitida hasta la fecha, es competente para analizar cualquiera de dichos aspectos, y según el tipo de nivel o transgresión producida, pronunciarse por la tutela del debido proceso formal o por la del debido proceso sustantivo”. “En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formali-

**LA DECISIÓN JUDICIAL ES UN ACTO DE VOLUNTAD, NO ES AUTÓMATA EN LA APLICACIÓN DE LA LEY. EN EL POSPOSITIVISMO HAY QUE CUMPLIR LAS REGLAS, SALVO RAZONES JUSTIFICADAS (PONDERACIÓN), EN CASO DE CONTRADICCIÓN. LOS JUECES NO PUEDEN CONVERTIRSE EN LEGISLADORES. TODO NO ES PONDERACIÓN, SINO EL SISTEMA JURÍDICO COLAPSA.**

dades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer” (STC 00023-2005-AI, FJ 48; STC 02424-2004-AA, FJ 2; STC 10490-2006-AA, FJ 3).

#### Fuentes del derecho procesal civil

En nuestra propuesta de tesis doctoral se plantea una adecuada prelación de fuentes del derecho procesal civil, siendo la propuesta en orden secuencial: ley procesal, principios constitucionales, principios generales del derecho procesal, y luego a las fuentes, la jurisprudencia y la doctrina, perfecciona la observación inexcusable de los principios constitucionales y el reconocimiento ulterior a la jurisprudencia y la doctrina.

En el derecho comparado, el Código General del Proceso colombiano, en su artículo 11 del Título Preliminar (Interpretación de las normas procesales) establece: “Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias”. Asimismo, en el artículo 12 del Título Preliminar (Vacíos y deficiencias del código) precisa: “Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial” (Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Ley 1564 de 2012 - Julio 12. Código General del Proceso; el resaltado es nuestro).

En el modelo del precedente su núcleo es la ratio decidendi que es la razón, el criterio o norma que resuelve el caso vincula en el futuro al tribunal que la ha utilizado y a los tribunales inferiores. En el modelo de la jurisprudencia “(...) se ve entonces a las sentencias no solo como meros documentos en los que se declara el derecho existente, ni como meras fuentes de normas individuales (dirigidas a las partes de los correspondientes procesos judiciales) sino como un conjunto de documentos del que se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales. (...) Por ello, dentro de la tradición continental es común recurrir a la expresión ‘línea jurisprudencial’, en lugar de la de ‘precedente’” (11). ▀



[1] Barcelona, Herder Editorial, 2011, p. 186.; [2] Alfonso García Figueroa. “Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica”. En: Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 79 “La importancia de la Filosofía del Derecho en el Razonamiento Jurídico”, 2017, pp. 10, 11 y 20. [3] Bobbio, Norberto. Teoría general del derecho, segunda edición, Bogotá, Temis, 1997, p. 158. [4] Guastini, Riccardo. Las fuentes del Derecho – Fundamentos teóricos, 2016, p. 99. [5] Juan Ruiz Manero, “Una tipología de las normas constitucionales”, Un debate sobre principios constitucionales, Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero. Lima, Editorial Palestra, 2014, Serie Derechos y Garantías N° 27, p. 29. [6] El ascenso de los principios en la práctica constitucional. Lima, Palestra, 2016, pp. 14 y 15. [7] Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero. Un debate sobre principios constitucionales. “Una tipología de las normas constitucionales” (Juan Ruiz Manero) Lima, Editorial Palestra, 2014, Serie Derechos y Garantías N° 27, pp. 63 y 64. [8] Ministerio de Justicia. Lima, edición oficial, julio, 2001, p. 24. [9] Citado por Carlos E. Camps. La búsqueda de la verdad y la doctrina de la arbitrariedad. La prueba. Libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo. La Plata, Librería Editora Platense S. R. L., 1996, p. 314. [10] Citado por Carlos E. Camps. Ob. Cit., p. 315. [11] Josep Aguiló Regla. Teoría general de las fuentes del Derecho [y el orden jurídico]. Barcelona, Ariel, enero de 2012, pp. 144 y 145 ▀