



ECAPREV



**ESCUELA CAPACITACIÓN
PRESENCIAL Y VIRTUAL**

ISSN 2308-9989

**MISCELÁNEA
JURÍDICA**

**REVISTA DE ACTUALIDAD
JURÍDICA**

**AÑO VI - N° 3
MARZO- 2017**

REVISTA DE ACTUALIDAD JURÍDICA
"MISCELÁNEA JURÍDICA"
PUBLICACIÓN MENSUAL DE CARÁCTER JURÍDICA
AÑO VI - EDICIÓN 3 - MARZO 2017
ISSN: 2308-9989
REVISTA INDEXADA:
[HTTP://WWW.LATINDEX.ORG/LATINDEX/SOLAR/BUSQUEDA](http://www.latindex.org/latindex/solar/busqueda)
HECHO DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2012-01331

IMPRESO EN LOS TALLERES GRÁFICOS:
SERVICIOS GRÁFICOS GONZALES E.I.R.L
JR. UNIVERSAL 901 – MAGDALENA
TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
500 EJEMPLARES

DIRECTOR GENERAL:
SR. MIGUEL ÁNGEL CADENAS CALMET

CONSEJEROS:
DR. JESÚS ANTONIO RIVERA ORÉ
DRA. LOURDES BERNARDITA TÉLLEZ PÉREZ
DR. EDWARD JOHAN MARTÍNEZ ZEGARRA

COMITÉ EDITORIAL:
SANDRA GABINO GUERRA
VLADIMIR ANTONIO CADENAS CADENAS

DISEÑO DE CARÁTULA:
JUAN CARLOS COLLAZOS ECHEGARAY

EDITOR:
ESCUELA CAPACITACIÓN PRESENCIAL Y VIRTUAL – ECAPREV

ESCUELA CAPACITACIÓN PRESENCIAL Y VIRTUAL - ECAPREV
AV. ARENALES 395 OF. 808 - CERCADO DE LIMA
WWW.ECAPREV.EDU.PE
academico@ecaprev.edu.pe

INDICE**PRESENTACIÓN PÁG****ARTÍCULOS:****LUNA TAPIA WILDER****LOS NUEVOS ENFOQUES SOCIO JURÍDICOS CON RESPECTO A LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y A LA VIOLENCIA CONTRA EL GRUPO 19****YABAR MARA****NUEVA LEY CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR LEY 30364 Y SU MODIFICACIÓN LEY 30862 35****SÁENZ TUESTA PATRICIA****EL RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO 47****FERNÁNDEZ VALENCIA SANDRA MANUELA DEL ROSARIO****PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS 76****VALLEJOS PASTOR CANDY VIOLETA****LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO 89****ARBIETO HUANSI JULIO CESAR****PROCESOS DE REIVINDICACIÓN Y/O MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD, LA RECONVENCIÓN SOBRE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO AUN NO DECLARADO POR EL PODER JUDICIAL 105****RODRÍGUEZ MENDOZA JACINTO JULIO****DERECHOS HUMANOS 117**

CARACTERÍSTICAS DE LA REVISTA:

La Revista "Miscelánea Jurídica" de ECAPREV es una publicación mensual, orientada a la publicación de artículos y ensayos relacionados con el desarrollo de la ciencia jurídica, lo cual constituye un aporte original para aquellas personas interesadas en informarse, capacitarse sobre temas jurídicos y afines.

Características de los Escritos:

"Miscelánea Jurídica" sólo acepta artículos y ensayos que sean originales, inéditos y que no estén propuestos en otras revistas; las mismas deben cumplir con los requisitos necesarios, tal como se detallan en "Instrucciones para los Autores" ubicado al final de esta Revista.

Evaluación de los Escritos:

El proceso interno de revisión y selección de artículos y/o ensayos es realizado por varios expertos, el Comité Editorial y el Editor; la primera tarea del Comité Editorial será verificar que el contenido del artículo y/o ensayo sea apropiado para la revista y que el documento se haya preparado según sus instrucciones. El Comité Editorial podrá devolver el artículo y/o ensayo inmediatamente para su revisión por los autores si se detectan omisiones de las instrucciones, o problemas de redacción o falta de sustento en su contenido.

PRESENTACIÓN:

En esta nueva edición, la Revista Jurídica de Ecaprev "**Miscelánea Jurídica**", publica artículos y ensayos producto de la investigación científica en cualquier disciplina de las ciencias jurídicas; constituye un aporte original, sistemático, generador y creador de conocimientos; coadyuva a la formación de un pensamiento autónomo, creativo, innovador dirigido a los elementos mediadores tales como la capacidad de analizar contenidos, construir explicaciones teóricas, emitir juicios, propuestas de modelos de desarrollo, elaboración de diagnósticos y aplicación de soluciones a los problemas del entorno con el fin de asegurar la generación y transmisión de conocimiento congruente con el desarrollo humano sostenible.

Con la publicación de los diferentes artículos y ensayos la revista "**Miscelánea Jurídica**", como estrategia, contribuye de forma permanente en la construcción y desarrollo de la investigación en el país colaborando en la formación de estudiantes y profesionales.

El lector podrá encontrar artículos y ensayos actuales e interesantes, desarrollados por profesionales del derecho, sin distinción de orden académico, y público en general, los mismos que están interesados en su difusión y de promover la discusión sobre temas jurídicos de nuestra realidad.

En esta oportunidad queremos agradecer a los autores por confiar en nuestra revista Miscelánea Jurídica para la publicación de sus Artículos y Ensayos, ya que sin ellos esta edición no hubiera sido posible, a los cuales mencionamos sin ningún orden en especial:

Por finalizar, en esta edición tocamos temas de mucho interés, hacemos un especial reconocimiento a los autores de los ensayos y artículos, y deseamos que este ejemplar sea de su provecho profesional y/o académico.

El Director.



LOS NUEVOS ENFOQUES SOCIOJURÍDICOS CON RESPECTO A LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA CONTRA EL GRUPO FAMILIAR



ARTÍCULO JURÍDICO POR:

WILDER LUNA TAPIA

ABOGADO

RESUMEN: En el presente artículo, el autor explora el tema de la violencia familiar y de género, no sólo desde el plano de las últimas reformas jurídicas introducidas a nivel normativo, sino también desde la perspectiva sociojurídica, analizando las implicancias que posee y la forma como se puede afrontar ese fenómeno.

Palabras Clave: Violencia, violencia contra la mujer, grupo familiar, feminicidio, faltas, discriminación.

ABSTRACT: In this article, the author explores the issue of family and gender violence, not only from the point of view of the latest legal reforms introduced at the normative level, but also from the socio-juridical perspective, analyzing the implications and form How can you deal with that phenomenon?

Keywords: Violence, violence against women, family group, femicide, faults, discrimination.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. ESTADO DE LA CUESTIÓN
3. FORMAS DE VIOLENCIA: NEGLIGENCIA, FÍSICA Y SEXUAL.
4. EL MARCO JURÍDICO DE LA LEY N° 30364, LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR
5. ¿TUTELA URGENTE O CAUTELAR?
6. CONCLUSIONES
7. REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS

1. INTRODUCCIÓN

Las conquistas alcanzadas en el enfrentamiento a la violencia contra la mujer, por el movimiento de mujeres y feministas, en estas últimas décadas, son significativas. Podemos citar, en el campo legislativo, la actual Ley 30364, cuyo nomen iuris es: "Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar", así como la incorporación del delito de Femicidio, Art. 108-B del Código Penal que en esencia trata sobre lo violencia extrema contra las mujeres (Pérez R., 2014), y si a ello se agrega el Decreto Legislativo N° 1323 dirigido al fortalecimiento de la Lucha contra el Femicidio, la Violencia Familiar y la Violencia de Género, publicado el 2 de enero del 2017 y la Ley 30710, Ley que modifica el último párrafo del artículo 57 del Código Penal, publica el 28 de noviembre del 2017, la cual amplía la prohibición del beneficio de la suspensión de la pena efectiva a los condenados por lesiones leves causadas por violencia contra la mujer, podemos decir que la actual sistemática legal permitiría dar una respuesta global y coordinada por parte del Estado a la violencia ejercida en el entorno familiar, y en particular a la violencia de género.

Frente a esta situación, en las últimas décadas el Estado ha venido instrumentalizando una diversidad de leyes orientadas a hacer frente a esta problemática, promoviendo mecanismos de atención hacia las víctimas y buscando respuestas conciliadoras tendientes a recuperar la armonía dentro de los hogares afectados, lo que ha significado, no sólo el fracaso de esta política por presentar una sistemática normativa inidónea e insuficiente, sino también ha significado la intensificación del fenómeno reflejado en los índices estadísticos tanto en el aumento de las víctimas como también en el grado de daño infringido a las mismas.

Y es que, la Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar constituye un fenómeno social con efectos jurídicos de enorme relevancia por la gravedad de los daños generados en las víctimas. En palabras de Ramos D. & Ramos M., (2018, p. 16), se trata de un proceso evolutivo y sofisticado de agresión directa e indirecta, real y subliminal en un plano físico o psicológico.

Esta preocupante situación ha motivado una revisión completa de la legislación, trasuntándola desde el plano civil y administrativo, que por lo general era el enfoque que se prodigaba a esta problemática, a un plano en el que se incorpora la criminalización de la violencia, tanto en lo que concierne a la mujer como al grupo familiar en varias de sus manifestaciones.

Pues bien, frente a toda esta estructuración normativa que a todas luces se evidencia como efectiva, surge la necesidad de verificar si en su aplicación es idónea, particularmente en relación con una realidad apenas prevista por las leyes citadas como es la excesiva carga procesal que soporta el Ministerio Público por su compleja labor en su lucha contra toda clase de manifestaciones delictivas.

Asimismo, si asumimos el hecho de que, ante la nueva perspectiva legal que ha establecido que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable "(...) para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122 del Código Penal"¹, por criterio Art. 57 del Código Penal, modificado por la Ley 30710 del 28 de noviembre del 2017

¹ Art. 57 del Código Penal, modificado por la Ley 30710 del 28 de noviembre del 2017

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La violencia contra las mujeres se ha dado a lo largo de la historia humana desde tiempos inmemoriales; proviene probablemente desde viejos esquemas de una cultura patriarcal en la que la mujer siempre jugó un papel secundario y en el que el poder del hombre era constantemente subrayado mediante el ejercicio de la violencia física contra la mujer y la familia. Sin embargo, en la actualidad, constituye no sólo han hecho deleznable sino una clara violación de los derechos humanos moralmente, representa una afrenta para los principios de la civilización, la misma que genera una diversidad de efectos de distinta naturaleza, los cuales perjudican a la mujer desde diferentes ángulos; así por ejemplo, mientras algunos de sus efectos son de naturaleza física, moral y psicológica otros poseen una incidencia de naturaleza indirecta pero de igual magnitud en cuanto al daño que generan, tales como la discriminación, el ejercicio del abuso de poder especialmente palpable en las relaciones laborales, la marginación, etcétera. Por estas razones, a nivel internacional se han desarrollado una serie de instrumentos jurídicos orientados a hacer frente a este fenómeno, comprometiendo a los estados partes a asumir la lucha contra la violencia de género a partir de la asunción de responsabilidades que le competen a cada país y al grado de compromiso que éstos deben asumir y que está plasmado principalmente en las recomendaciones de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y en la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém do Pará.

Ahora bien, no tengo la pretensión en este trabajo de realizar un análisis respecto a la nueva LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR, Ley 30364 ni cansar al lector con términos complejos en cuanto a su comprensión; busco principalmente acercarnos a la violencia de género tomando en consideración los diversos aspectos que la misma posee en el actual contexto jurídico nacional. Al respecto, me enfocaré puntualmente en el artículo 3, inc. 1 (enfoque de género) y Art. 5 (definición de violencia contra las mujeres) de la referida norma

3. FORMAS DE VIOLENCIA: NEGLIGENCIA, FÍSICA Y SEXUAL.

En la búsqueda de un autor o filósofo que pudiera definir el concepto de violencia me identifiqué con el concepto de García A. & Del Carpio D. (2009), quienes consideran "la dificultad de conceptualizar la violencia teniendo en vista que éste es un fenómeno de la vida que envuelve sentimientos y emociones no sólo de quien comete, pero de quien sufre y vivencia la violencia" (2009, pág. 29). Hay tantos tipos de violencia y diversos seres afectados que serían demasiado presuntuoso establecer definiciones tan tajantes sobre dicho fenómeno. No obstante, la violencia está presente desde el período de nuestra colonización, caracterizando una sociedad con desigualdades y seguida de dictaduras militares, anarquía política y violencia subversiva.

El tema abordado trata específicamente sobre la violencia doméstica o violencia intrafamiliar, la cual caracteriza la violencia que ocurre dentro del grupo familiar, teniendo como causantes a los padres biológicos o adoptivos, tíos, hermanos, padrastro, madrastras y

cualquier ente que a este núcleo pertenezca. La violencia doméstica contra el niño “es una forma de aprisionar el deseo y las voluntades del niño. El adulto a través de la coacción, y también en muchos casos de un pacto de silencio fácilmente causado por el vínculo familiar existente entre abusador y abusado impone su superioridad contra el niño, que objetivado pasa a no tener derecho ni voluntades” (García A. & Del Carpio D., 2009, pág. 24). Es el abuso de poder y privación de los derechos del niño, no hay un plazo específico a menudo durando años. Su ocurrencia es indiferente a la clase social, y acarrea muchos daños al niño, incluso en el ámbito de su desarrollo. La Constitución señala explícitamente el deber del Estado y la sociedad con respecto a la protección del niño, cuando señala en su Art. 4:

Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

No hay como definir con certeza la causa y ocurrencia de la violencia dentro del grupo familiar, teniendo en vista que puede ser influenciada no sólo por las características de cada miembro, como también la estructura familiar. El niño es víctima no sólo cuando sufre la violencia directamente pero a cada instante que la vivencia, sufre daños físicos y emocionales. El causante en la mayoría de las veces, posee convivencia social normal. Estos factores sólo hacen aún más difícil la creación de un perfil. La familia falla, falla en su aspecto funcional al no alcanzar sus objetivos, de proteger, educar y proveer lo mejor al niño (Escudero H., Frigola V., & Ganzenmüller R., 2000, pág. 14).

Se clasifica la violencia intrafamiliar en negligencia, violencia física, sexual y psicológica. Aunque hay una clasificación de las formas de violencia contra el niño no hay como ellas por gravedad ya que todas son muy graves y perpetúan sus efectos el resto de sus vidas.

Violencia por negligencia

La negligencia se caracteriza por la omisión de acto que los padres deberían tener con sus hijos. Es decir, la omisión de los actos necesarios para los cuidados esenciales para su desarrollo, es el no proveer las necesidades físicas y emocionales. Siendo así podemos decir que ocurrirá ésta cada vez que haya omisión de responsabilidad con el niño.

Violencia física

Para explicar lo que es violencia física cito a Pérez del Campo:

La violencia física corresponde al uso de fuerza física en la relación con el niño o el adolescente por parte de sus padres o por quien ejerce la autoridad en el ámbito familiar. Esta relación de fuerza se basa en el poder disciplinador del adulto y en la desigualdad adulto-niño (Pérez del Campo, 2008, pág. 20).

Es decir, cualquier lesión intencional causada en un niño por sus padres u otro ente familiar es violencia física.

Violencia Sexual

La violencia sexual es toda práctica sexual que involucra a uno o más niños o niñas. Tiene como propósito estimular sexualmente a este niño y atender los deseos sexuales del autor. Ocurre cada vez que hay placer directo o indirecto del adulto logrado a través de coerción o seducción sobre el menor. Esta especie incluye miradas, caricias o tocamientos hasta delitos de extrema violencia sexual que incluye la penetración física del menor.

Violencia Psicológica

Cualquiera de las formas de violencia citadas anteriormente está directamente relacionada y ligada a la violencia psicológica. Lo que remite a no clasificar la violencia psicológica como una especie en separado aunque ella ocurra también de forma exclusiva. Se caracteriza por la interferencia negativa que el adulto ejerce sobre el niño. Entre las formas en que se manifiesta está el aislamiento del niño de sus actividades habituales, impidiéndole, incluso, tener amigos, haciéndole sentirse solo en el mundo; Aterrorizar, cuando el agresor hace agresiones verbales, instaurando el miedo en el niño o niña; Ignorar, cuando el adulto no estimula el desarrollo emocional e intelectual del niño; Corrupción, cuando el adulto induce al niño al uso de drogas alcohol, o incluso a la prostitución (Escudero H., Frigola V., & Ganzenmüller R., 2000). Como la violencia intrafamiliar involucra a un agresor, que podrá ser: padre, madre, hermano, tío, alguno de los abuelos, entre otros; que a través del vínculo afectivo y del poder que ejerce sobre el niño (niño o niña) lo golpeará.

4. EL MARCO JURÍDICO DE LA LEY N° 30364, LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR

El 23 de noviembre del 2015 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, la Ley 30364, denominada "Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar", la cual replanteó el tratamiento de la violencia familiar en el Perú, pues a partir de esta norma, tanto la violencia de género y la violencia familiar fueron parceladas jurídicamente.

No es propósito de este ensayo, debatir sobre los diversos aspectos que trae esta Ley, pero permítaseme hacer un análisis en lo que se refiere a las medidas de protección para las víctimas de la violencia familiar. Como Caballero Pinto señala con acierto, en la práctica, se han presentado algunas dificultades en la implementación de las medidas de protección², muchas veces por el desconocimiento de la naturaleza jurídica de dichas medidas. Dicha desatención se mantiene hasta la actualidad con la Ley N° 30364.

Las medidas de protección

Históricamente, las medidas de protección concedidas en los procesos de violencia familiar la hallamos en la "injunction anglosajona". Fernando de Trazegnies señala que:

(...) la injunction es una medida de carácter discrecional y, por consiguiente, el que la solicita tiene que justificar de manera convincente su necesidad. Puede plantearse de dos modalidades: la interlocutoria, que rige mientras dure el juicio; y la perpetua, que tiene efecto sin límite de tiempo. En el primer caso, se trata de una medida preventiva destinada a que no se produzca el daño o a que no se agrave, mientras se ventila el juicio. En el segundo caso,

2 CABALLERO PINTO, Henry Víctor. "La importancia de determinar la naturaleza jurídica de las medidas de protección en los casos de violencia familiar". En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 146. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2010, pp. 195-196.

es una medida definitiva por la que se prohíbe al demandado, como parte de la sentencia, que continúe con la actividad generadora de daño o se le ordena que adopte ciertas precauciones como condición sine qua non para realizar la actividad cuestionada (...) (Trazegnies G., 2004, pág. 400)

Al respecto, estimo que las medidas de protección están constituidas por todo aquel conjunto de mecanismos dirigidos esencialmente a la tutela preventiva el cual es evitar que la lesión o el daño se produzcan y si este ya se produjo cese inmediatamente.

Por lo general, se suele creer equivocadamente, que la tutela que otorga el Estado a través de los jueces nace del pedido de un justiciable cuando se ha producido la lesión a un derecho. Sin embargo, el proceso de violencia familiar tiene la riqueza de regular expresamente también la tutela preventiva, materializada en las medidas de protección a favor de la víctima que dicta el magistrado (Pariasca M., 2015).

Imaginemos un supuesto de violencia familiar en el cual un padre golpea, amenaza e insulta constantemente a su hija y que solo existiera la acción penal que busque sancionar al agresor y el proceso civil en el que solo exista la posibilidad de resarcir los daños. Puede suceder que, hasta llegada la sentencia a favor de la víctima, quizás ese agresor termina por cometer un infanticidio. He aquí donde reviste la importancia las medidas de protección en los procesos de violencia familiar.

En los casos de que el juez de familia conozca un acto de violencia familiar, deberá realizar una investigación sumaria y expedir las medidas de protección que correspondan. El artículo 16 de la ley señala que en el plazo máximo de 72 horas, siguientes a la interposición de la denuncia, el Juzgado de Familia o su equivalente procede a evaluar el caso y resuelve en audiencia oral la emisión de las medidas de protección requeridas. Estas medidas son de cumplimiento inmediato.

Con la anterior ley, Ley 26260, el fiscal también tenía la facultad de conceder medidas de protección, pero éstas tenían que ser homologadas por el magistrado, con el propósito de que el agresor pudiera tener la contingencia de impugnar dicha resolución. De esta forma se garantizaba el derecho de defensa del agresor desplazándola a la vía judicial. A esto se aúna la mala práctica de algunos fiscales de solicitar la confirmatoria u homologación de la medida de protección en la misma demanda (en un apartado final que todos conocemos como otro si digo). En otros términos, el agresor debía esperar el plazo de investigación fiscal y que este demande para recién ejercer su derecho de defensa. Dicha costumbre no tenía presente que el juez de familia no admitía la demanda de manera automática, sino que la calificaba, la admitía y corría traslado a la parte contraria (Pariasca M., 2015).

Con el marco de la actual Ley, resulta conveniente que sea el juez quien tome conocimiento directo respecto a la denuncia por violencia familiar y dicte las medidas de protección que el caso requiera.

5. ¿TUTELA URGENTE O CAUTELAR?

Según Pariasca M. (2015), citando a Peyrano, nos recuerda que todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar. Así, el citado autor, entre otros aspectos, nos informa que la tutela ordinaria, en las que se incluye las medidas cautelares, ha mostrado deficiencias

para la solución de problemas que requieren de atención rápida como el presente proceso de violencia familiar. Así, cuando se dan situaciones de urgencia que no pueden encontrar una debida solución en el marco de la tutela cautelar, resulta necesario buscar un mecanismo que resuelva definitivamente la urgencia.

Estando a lo urgente el pedido de violencia familiar, más aún si se trata de la integridad física, moral y psicológica del menor no puede ser diferido, pues tiene que ser atendido prioritariamente.

Un error que debería evitarse a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley, es que se sigan expidiendo medidas que expresen el simple cese de la violencia familiar. Con la nueva Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar debería evitarse dicha praxis. Las medidas de protección no deben convertirse en medidas cliché o genéricas. El juez de Familia debe precisar en su resolución las obligaciones de dar, hacer o no hacer que deberá cumplir el agresor y motivar de manera suficiente cuáles han sido las razones para expedir dichas medidas.

6. CONCLUSIONES

La violencia contra la mujer y el grupo familiar ha adquirido niveles de extrema gravedad en los últimos años; los indicadores estadísticos dan fe de ello y el panorama resulta por demás, dramático y muy preocupante. Por ello, desde diferentes planos estatales, se ha empezado a tomar conciencia de esta realidad y, en base a ello, se ha dado inicio a una verdadera cruzada contra esta clase de patologías sociales, sea a través de la severización de las sanciones a quienes asumen un comportamiento violento contra la mujer, o sea a través de una política integral que asocie la represión del infractor con el apoyo hacia las víctimas de la violencia.

Por otro lado, los cambios en el ordenamiento jurídico orientados a fortalecer las medidas de protección a las víctimas de la violencia, sea familiar o de género, siempre van a ser insuficientes si no se asume un cambio de orientación de forma integral que amerite que todas las instituciones involucradas asuman su rol de forma decidida con la colaboración de todos los estamentos sociales. Hasta ahora el tema de la violencia sólo ha sido tratado en la mayoría de los casos como un fenómeno jurídico o social, pero nunca de manera integral.

Es tiempo que la sociedad se pronuncie al respecto y refleje los principios de solidaridad que le dan sentido y legitimidad como comunidad de individuos más que de familias. Somos personas individuales y como tal nos merecemos el respeto a nuestro género y a nuestra condición, físico y psicológica. Si la sociedad no le entiende así, entonces no estamos avanzando realmente, aunque en el papel parezca que sí.

7. REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS

Camones G., A. (2016). La eficacia de la sanción por incumplimiento de las medidas de protección dictadas en las sentencias de violencia familiar en la Sede judicial de Lima Norte - 2016. Huánuco: Universidad de Huánuco. Recuperado el 27 de agosto de 2018, de <http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/177/TESIS%20BACH.CAMONES%20GONZALES%20ANCELMO%20VIDAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cavazos, A. (2011). El delito de violencia familiar en el Estado de Nuevo León: La ineficacia de las medidas de seguridad y el incremento de las penas en la disminución de incidencia de la violencia familiar. Nuevo León - México: Universidad de Nuevo León. Recuperado el 7 de setiembre de 2018, de <http://eprints.uanl.mx/2284/1/1080224319.pdf>

Escudero H., J., Frigola V., J., & Ganzenmüller R., C. (2000). La violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar. . Barcelona: Bosch.

García A., P., & Del Carpio D., J. (2009). El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Gorjón B., M. (2010). La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género. Salamanca - España: Universidad de Salamanca. Recuperado el 1 de setiembre de 2018, de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20131008_01.pdf

Laguna P., G. (2015). Los procesos ante los juzgados de violencia contra la mujer. Madrid: UCM. Recuperado el 21 de agosto de 2018, de <https://eprints.ucm.es/34437/1/T36715.pdf>

LANDA ARROYO, C. (2003). Apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia. La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. . Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. .

Orna S., O. (2013). Factores determinantes de la violencia familiar y sus implicancias: Análisis de los estudios estadísticos sobre la violencia familiar en el Distrito de San Juan de Lurigancho (Lima), Callao y otras ciudades del país. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: UNMSM. Recuperado el 7 de setiembre de 2018, de http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/3725/Orna_so%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Pariasca M., J. (Diciembre de 2015). Las medidas de protección en el proceso de violencia familiar. la prevención en la responsabilidad civil extracontractual. Diálogo con la Jurisprudencia, 207(15).

Pérez del Campo, A. (2008). Violencia de género: Una visión multidisciplinar. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Pérez R., D. (2014). Femicidio o Femicidio en el Código Penal peruano. Obtenido de Derecho Penal: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20150208_02.pdf

Ramos D., M., & Ramos M., M. (2018). Violencia contra la mujer y el grupo familiar. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.

Salinas V., C. (5 de junio de 2017). Sí procede el acuerdo reparatorio en delitos de lesiones leves por violencia familiar cuando la víctima es mujer. Obtenido de <https://legis.pe/procedo-acuerdo-reparatorio-lesiones-leves-violencia-familiar-victima-mujer/>

Trazegnies G., F. (2004). La responsabilidad extracontractual. (Vol. IV). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

NUEVA LEY CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR LEY 30364 Y SU MODIFICACIÓN LEY 30862



ARTÍCULO JURÍDICO POR:

MARA YABAR

ABOGADA

RESUMEN: Se ha modificado la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Ley 30364, con el objeto de fortalecer las medidas dirigidas a proteger a las víctimas de violencia, ampliar las medidas de protección a favor de estas y dar celeridad al proceso de su otorgamiento. Así como ordenar las funciones de los operadores del sistema de justicia y de otros actores con responsabilidades en la materia.

En tal sentido, se han modificado los artículos 10, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 28 y 45 de la Ley 30364, mediante el Decreto Legislativo N° 1386, publicado el 4 de setiembre de 2018 en el diario oficial El Peruano.

Se han adicionado 7 nuevas medidas de protección, a las contempladas previamente en el artículo 22, ahora denominado objeto y tipos de medidas de protección. Entre ellas, se deberá otorgar una asignación económica de emergencia que comprende lo indispensable para atender las necesidades básicas de la víctima y sus dependientes. La asignación debe ser suficiente e idónea para evitar que se mantenga o coloque a la víctima en una situación de riesgo frente a su agresor e ingrese nuevamente a un ciclo de violencia. El pago de esta asignación se realiza a través de depósito judicial o agencia bancaria para evitar la exposición de la víctima.

La norma ha incorporado además, los artículos 15-A, 15-B, 15-C, 16-A, 16-B, 16-C, 16-D, 16-E- 17-A, 20-A, 22-A, 22-B, 23-A, 23-B y 23-C.

Entre ellos, el artículo 15-B establece el trámite de la denuncia presentada ante el Ministerio Público:

La fiscalía penal o de familia, según corresponda, aplica la ficha de valoración de riesgo y dispone la realización de los exámenes y diligencias correspondientes, remitiendo los actuados en el plazo de 24 horas al juzgado de familia para la emisión de las medidas de protección y cautelares a que hubiera lugar.

Las fiscalías penales, paralelamente, deben continuar con el trámite correspondiente, de acuerdo a sus competencias.

Palabras Clave: Familia, Delito, Sociedad, Leyes, Competencia, Relevancia Jurídica, Derecho, Violencia.

ABSTRACT: Law 30364, with the aim of strengthening measures aimed at protecting victims of violence, extending protection measures in favor of these and speeding up the process of granting them. This is how the functions of the justice system operators and other actors are ordered with the responsibilities in the matter.

In this regard, articles 10, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 28 and 45 of Law 30364 have been modified by Legislative Decree No. 1386, published on 4 September 2018 in the official newspaper El Peruano.

7 new protection measures have been added to those previously contemplated in article 22, now called object and types of protection measures. Among them, an emergency financial allowance must be granted that includes what is essential to meet the basic needs of the victim and his / her dependents. The allocation should be sufficient and appropriate to avoid maintaining the state of violence in a situation of risk. The payment of this allowance is made through the judicial deposit or the banking agency to avoid exposure of the victim.

Articles 15-A, 15-B, 15-C, 16-A, 16-B, 16-C, 16-D, 16-E-17-A, 20-A, 22-A, 22-B, 23-A, 23-B and 23-C.

Among them, article 15-B establishes the procedure of the complaint before the Public Ministry:

The criminal or family prosecutor's office, as applicable, applies the risk assessment form and arranges for the corresponding examinations and procedures to be carried out, with those acting within 24 hours being referred to the family court for the issuance of the protection measures and precautionary measures that may be necessary.

Fiscal policies, in parallel, must continue with the corresponding procedure, according to their competencies.

Key words: Child and Adolescent Offender, Crime, Criminal Offense, Criminal Code, Politics, Justice, Society, Law, Jurisdiction, Legal Relevance, Law.

SUMARIO:

Family, Crime, Society, Laws, Competition, Legal Relevance, Law, Violence.

- 1.- Introducción;
- 2.- Tipos de maltratos
- 3.- Maltratadores.
- 4.- Marco legal y nacional.
- 5.- El sistema jurídico tiene tres componentes básicos
- 6.- Conclusiones;
- 7.- Referencias Bibliográficas.

1. INTRODUCCION

En estos últimos años se ha venido dando una serie de programas y leyes en defensa de los derechos del niño y la mujer. Sin embargo, ¿eso nos asegura el bienestar?, ¿acaso estos programas y leyes bastarán para cesar los maltratos físicos y psicológicos que se producen día a día contra ellos?

Es necesaria una protección legal, pero es urgente que nuestra sociedad adquiera nuevos y mejores hábitos de crianza y convivencia. Aún en la posibilidad de parecer alarmista, es menester una reeducación en cuanto al trato familiar, el que lamentablemente para muchos está caracterizado por la violencia, el rechazo y la indiferencia.

Para lograr el cambio de esta situación se requiere, en un inicio, el replanteamiento de los papeles del padre y la madre frente a los hijos, con el fin de que éstos últimos en el futuro respondan a las expectativas de sus progenitores.

Debemos ir, entonces, en búsqueda de las causas que son la semilla de un ambiente familiar hostil y que, consecuentemente, producen una educación errónea en nuestros niños.

“Según la ley sobre la política del Estado Peruano, constituyen manifestaciones de violencia familiar los actos de maltrato físico y psicológico, entre cónyuges, convivientes o personas que hayan procreado hijos en común, aunque no convivan y, de padres o tutores a menores bajo su responsabilidad”.

La violencia familiar, como agresión física y psicológica lleva implícita una elaboración dentro de una estructura de poder que se refleja en las relaciones interpersonales de los miembros; es una práctica consciente, orientada, elaborada, aprendida y legitimada por quienes se sienten con más poder que otras, con más derechos que otros de intimidar y controlar. En suma, es un patrón aprendido de generación en generación.

Toda violencia familiar constituye violación a los Derechos humanos y libertades individuales y colectivas y por consiguiente un obstáculo para el desarrollo de sus integrantes y del grupo familiar.

Existen 2 niveles desde los cuales se configura la violencia familiar: Producida desde espacios externos a la familia y a partir del espacio interior de los mismos.

Primero En el Perú, la violencia familiar desde espacios externos se explica desde su herencia colonial e histórica irresuelta, que se viene arrastrando pese a que la sociedad ha cambiado enormemente. “Es sobre este piso sobre el cual tenemos que leer la dramaticidad del problema de la violencia, la omnipresencia de la violencia en el Perú.”

Nuestra sociedad peruana está estructurada sobre violencia que la historia ha registrado constantemente, por ejemplo: La violencia política creada por el Estado (ejército) de una parte y los grupos alzados en armas por otro que dejaron no apenas poblaciones enteras en riesgo de seguridad, agudizando la situación de pobreza, dado que los costos sociales que generaron todavía son, en pleno 2000, difícil de superar.

De manera que la violencia familiar desde espacios externos, se vincula de lo micro social (vida cotidiana) con el terreno de lo macro (violencia estructural); cumpliendo la familia un rol protagónico como núcleo productor de la violencia interviniendo en la gestación, reforzamiento y acumulación de formas diversificadas de ésta.

No se puede decir sin embargo, que la violencia familiar se origina exclusivamente en la familia o únicamente en la sociedad, sino que es un proceso de mutua generación e interrelación.

Segundo La violencia familiar que se desarrolla en el espacio interior de la familia, comprende una dinámica de 3 etapas, constituyéndose en un círculo vicioso:

a) Se va creando tensiones entre víctima y victimario. Empieza por el abuso psicológico; en la medida que los insultos o los desprecios van creciendo, luego viene la explosión de rabia y la víctima es golpeada. La primera fase es un abuso psicológico que termina en una explosión de abuso físico:

Heridas y golpes.

b) El periodo de reconciliación, el agresor(a) pedirá perdón. Se disculpa, hace todo lo que puede para convencerlo, le dirá que le ama verdaderamente, etc. Esta conducta "cariñosa" completa la victimización.

c) Etapa de ambivalencia. La víctima no sabe qué hacer, se dice a sí mismo: "Sí, me golpeo, pero por otra parte es cariñoso... pasa el tiempo y da la vuelta a la primera fase; completando la figura del círculo.

No obstante el desarrollo de estas fases puede ir cambiando de acuerdo al tipo de estructura de la familia.

Para tener idea de las causas principales de la violencia familiar en el Perú son:

- Raíces culturales e históricas.
- Medios de comunicación.
- Consumo de drogas.
- Incompatibilidad de caracteres.
- Ausencia de comunicaciones asertivas y precarias relaciones humanas.
- "Instancias como los cuarteles de servicio militar en el Perú"
- Dependencia económica de la víctima, etc.

2. TIPOS DE MALTRATO

2.1 Maltrato Físico.

Lesiones físicas graves: fracturas de huesos, hemorragias, lesiones internas, quemaduras, envenenamiento, hematomas subdurales, etc.

Lesiones físicas menores o sin lesiones: No requieren atención médica y no ponen en peligro la salud física del menor.

2.2 Maltrato Emocional.

Rechazar: Implica conductas de abandono. Los padres rechazan las expresiones espontáneas del niño, sus gestos de cariño; desaprueban sus iniciativas y no lo incluyen en las actividades familiares.

Aterrorizar: Amenazar al niño con un castigo extremo o con un siniestro, creando en él una sensación de constante amenaza.

Ignorar: Se refiere a la falta de disponibilidad de los padres para con el niño. El padre está preocupado por sí mismo y es incapaz de responder a las conductas del niño.

Aislar al menor: Privar al niño de las oportunidades para establecer relaciones sociales.

Someter al niño a un medio donde prevalece la corrupción: Impedir la normal integración del niño, reforzando pautas de conductas antisociales.

2.3 Maltrato por Negligencia.

Se priva al niño de los cuidados básicos, aun teniendo los medios económicos; se posterga o descuida la atención de la salud, educación, alimentación, protección, etc.

3. MALTRATADORES.

3.1 ¿Quiénes son maltratadores? Son todas aquellas personas que cometen actos violentos hacia su pareja o hijos; también puede ser hacia otros en general.

3.2 ¿Por qué maltratan? Porque no saben querer, no saben comprender, no saben respetar.

3.3 ¿Qué características tienen los maltratadores?

1. Tienen baja autoestima.
2. No controlan sus impulsos.
3. Fueron víctimas de maltrato en su niñez.
4. No saben expresar afecto.

3.4 ¿Qué características tienen los maltratados?

1. Tienen baja autoestima.
2. Sumisos.
3. Conformistas.
4. Fueron víctimas de maltrato.
5. No expresan su afecto.

4. MARCO LEGAL NACIONAL

- Constitución Política del Perú
- Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011 D.S. 005-2004-MIMDES

5. EL SISTEMA JURÍDICO TIENE TRES COMPONENTES BÁSICOS

El primero, la ley. Es la norma escrita, la que encontramos en los códigos y en las disposiciones legales. Es importante porque tiene carácter universal, es decir, de aplicación general para toda la sociedad desde el momento en que se encuentra vigente. Un ejemplo es el Código de los Niños y Adolescentes, que es precisamente el texto de la Ley, el componente central de lo que significaría un mecanismo legal de protección a niños y adolescentes.

Un segundo componente es la institucionalidad. Es decir, todos aquellos operadores de la administración pública o privada que están involucrados en la aplicación de este componente normativo, de la ley escrita. Es un componente clave cuando hablamos de mecanismos legales de protección frente a la violencia familiar. Son las instituciones que nos ofrecen la sociedad y el Estado para hacer realidad aquello que disponen las normas legales.

Un tercer componente es el relativo a lo cultural. Alude a la idiosincrasia, a la ideología que está detrás de los aplicadores de la norma. Pero no sólo de ellos, sino también de quienes la concibieron y de aquellas personas que, en determinado momento y frente a un hecho concreto, deciden acudir y solicitar su aplicación.

6. CONCLUSIONES

La conveniencia de regular jurídicamente la violencia familiar se fundamenta en la necesidad de encontrar mecanismos para proteger los derechos fundamentales de los integrantes del grupo familiar frente a los cotidianos maltratos, insultos, humillaciones y agresiones sexuales que se producen en el ámbito de las relaciones familiares. Si bien es cierto que las manifestaciones de violencia familiar no se producen exclusivamente contra las mujeres, son éstas -a lo largo de su ciclo vital- las afectadas con mayor frecuencia. De este modo, la casa constituye un espacio de alto riesgo para la integridad de mujeres y niños, derivándose de ahí precisamente la denominación de violencia doméstica o familiar.

Resulta evidente, sin embargo, que el agente de la violencia no se limita siempre a dichos espacios; encontramos casos de agresiones en las calles, los centros de estudio y/o trabajo y en general los espacios frecuentados por las víctimas.

De otro lado, para interferirnos a mecanismos legales de protección frente a la violencia intrafamiliar es importante precisar primero dos conceptos: (i) ¿cuáles son los componentes de todo aquello que calificamos como mecanismo legal o, de manera más amplia, el sistema jurídico?, y (ii) ¿a qué acudimos cuando hablamos de violencia intrafamiliar?

El Estado peruano ha reconocido expresamente lo alarmante, grave y perjudicial de este problema y se ha pronunciado ya en el ámbito interno, con el establecimiento de políticas públicas a través de la Ley 26260 publicada el 24 de Diciembre de 1993.

De acuerdo al Texto Unico Ordenado de la Ley 26260, Ley de protección frente a la violencia familiar, Artículo tercero: Es política permanente del Estado peruano la lucha contra toda forma de violencia familiar, debiéndose desarrollarse con este propósito acciones orientadas a encaminar al fortalecimiento de las instituciones como:

El Ministerio de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH), ente rector del sistema de atención integral al niño y al adolescente, la mujer, el adulto mayor y sus respectivas secretarías, es la encargada de elaborar, coordinar y ejecutar las políticas y hacer el seguimiento de programas y proyectos que aseguren un adecuado desarrollo psicosocial de las víctimas de violencia familiar.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Yubero Jiménez, Santiago; Blanco Abarca, Amalio; Larrañaga Rubio, Elisa, eds. (2007). «El maltrato a la mujer ¿Terrorismo doméstico?». *Convivir con la violencia: un análisis desde la psicología y la educación de la violencia en nuestra sociedad*. Universidad de Castilla La Mancha. p. 272. ISBN 978-84-8427-469-8.
- Krook, Mona Lena; Sanín, Juliana Restrepo; Krook, Mona Lena; Sanín, Juliana Restrepo (December 2016). «Violencia contra las mujeres en política. En defensa del concepto». *Política y gobierno* 23 (2): 459-490. ISSN 1665-2037.
- «Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer» (pdf). ONU. División para el adelanto de la mujer. 2008.

EL RECURSO DE CASACION POR INFRACCIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO



ARTÍCULO JURÍDICO POR:

PATRICIA SÁENZ TUESTA

ABOGADA

RESUMEN: En el presente artículo se analizará las causas por las cuales numerosos procesos laborales tramitados conforme a la Ley N.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, son calificados como procedentes por infracción al debido proceso y declarados fundados conforme a dicha causal, lo que genera que los procesos laborales tengan una duración mucho mayor a la prevista en la Ley.

PALABRA CLAVE: Recurso de Casación – Debido Proceso – Nueva Ley Procesal del Trabajo.

ABSTRACT: In this article we will analyze the causes for which numerous labor processes processed according to Law No. 29497, New Labor Procedure Law, are qualified as due to infringement of due process and declared based on said cause; that generates that the labor processes have a much longer duration than the one foreseen in the Law.

KEYWORD: Appeal of Cassation - Due Process - New Labor Procedure Law.

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Definición de recurso de casación.
3. Fines.
4. Causales.
5. El contenido del derecho al debido proceso.
6. El derecho al debido proceso como causal casatoria en la Ley N.º 29497.
7. Conclusiones.
8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En la presente publicación efectuaremos un análisis de la manera como la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante NLPT), vigente en forma progresiva desde el 15 de julio de 2010, en sus artículos 34° al 41°, regula el recurso de casación, resaltando sus aciertos y errores, incidiendo en el estudio de la causal de infracción al debido proceso.

Advertimos al lector que para una mejor comprensión del marco jurídico de la casación laboral, nos auxiliaremos con las disposiciones del Código Procesal Civil (en adelante el CPC), norma que resulta de aplicación supletoria al proceso laboral por mandato de la Primera Disposición Complementaria de la

NLPT, considerando válidas, además, las opiniones doctrinarias emitidas con relación al recurso de casación en el Código Procesal Civil, las que resultan válidas también para las causas laborales.

2. DEFINICIÓN DE RECURSO DE CASACIÓN

La NLPT no define el recurso de casación, por lo que, a continuación citamos algunas definiciones doctrinarias relevantes para después presentar la nuestra.

HERRERA define la casación en los términos siguientes: «Es un medio de impugnación especial con carácter extraordinario a una resolución judicial relacionada con la materia social ante un tribunal superior indicado en la legislación con dicha autoridad y con finalidades específicas y causas señaladas en la ley y la jurisprudencia»¹.

Por su parte, HENRÍQUEZ nos dice:

El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario mediante el cual se persigue la nulidad de un fallo, en virtud que el mismo adolece de vicios que fueron determinantes en la sentencia dictada, los cuales han producido una insatisfacción e inseguridad jurídica tal que hacen necesaria la intervención de este Tribunal Supremo de Justicia con el fin de evitar la violación al marco jurídico establecido².

A su vez CARRIÓN define este recurso extraordinario en los términos siguientes:

La casación, como lo señalan la doctrina y la legislación comparada, en un sistema puro u ortodoxo, como recurso impugnatorio, es de carácter extraordinario y tiene por finalidad el control de la aplicación correcta por los jueces de mérito del derecho positivo, tanto el sustantivo como el adjetivo. Por ello, y con razón, se dice que la casación viabiliza el juzgamiento de las resoluciones jurisdiccionales a fin de evitar la incorrecta aplicación del derecho positivo por los jueces de instancia de mérito³.

1 HERRERA CARBUCCIA, MANUEL RAMÓN: EL RECURSO DE CASACIÓN LABORAL EN IBEROAMÉRICA, 1ª. EDICIÓN, LIBRERÍA JURÍDICA INTERNACIONAL S.R.L., SANTO DOMINGO – REPÚBLICA DOMINICANA 2010. P. 65.

2 HENRÍQUEZ LA ROCHE, RICARDO. NUEVO PROCESO LABORAL VENEZOLANO. 3ª. EDICIÓN. EDITORIAL CEJUZ. CARACAS, 2006. P. 605

3 CARRIÓN LUGO, JORGE: EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PERÚ, VOLUMEN I, 2ª. EDICIÓN, EDITORA JURÍDICA GRIJLEY E.I.R.L., LIMA 2003. P. 3.

TORRES, citando a Calamandrei, define la casación de la manera siguiente: «[...] el recurso de casación es un medio de impugnación cuyas condiciones están establecidas por la ley procesal de modo que provoquen de parte de la corte de casación un cierto reexamen limitado, correspondiente a sus especiales fines constitucionales»⁴.

El autor CHAVARRÍA nos dice lo siguiente:

[...] el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario que se interpone contra las sentencias o autos que ponen fin al proceso que adolecen de un vicio o error, sea por un error en la adecuada aplicación del derecho objetivo al resolver el caso (error in iudicando), o por un defecto de procedimiento (error in procedendo), con el objeto que la Corte de Casación anule o revoque la sentencia impugnada, ordenando al inferior jerárquico que emita nuevo fallo o para que adicionalmente se pronuncie sobre el fondo del asunto en forma definitiva⁵.

Por nuestra parte, definimos la casación como un medio impugnatorio de carácter extraordinario mediante el cual se busca lograr la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación jurisprudencial.

3. FINES

La NLPT no contiene disposición alguna que indique los fines que persigue dicho recurso. En la doctrina al recurso de casación se le atribuyen principalmente los fines siguientes: el nomofiláctico, uniformizador y dikelógico.

Al respecto CAMPOS nos dice que: «[...] el recurso extraordinario de casación persigue en materia laboral dos finalidades fundamentales, que son: la defensa de la ley sustancial o sustantiva y la unificación de la jurisprudencia laboral en el país»⁶

Al no señalar la NLPT los fines del recurso de casación, aplicando supletoriamente el artículo 384.º del CPC, modificado por la Ley N.º 29364, podemos concluir que los fines de dicho recurso en materia laboral son también: la función nomofiláctica y la función uniformizadora.

La función nomofiláctica, está referida a la protección del ordenamiento jurídico, ya que no puede aceptarse que cada juez interprete las normas jurídicas de manera tal que, para un mismo asunto la misma norma tenga diferentes sentidos.

Esta finalidad no afecta en nada la independencia de los jueces de instancia al momento de resolver, pues, como bien nos dice NIEVA:

4 TORRES CARRASCO, MANUEL ALBERTO: EL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN CIVIL. RECIENTES MODIFICACIONES Y REPASO JURISPRUDENCIAL, MANUAL N° 2, GACETA JURÍDICA S.A., 1ª. EDICIÓN, LIMA 2010. P. 13.

5 CHAVARRÍA LOLI, LUIS ARNALDO: EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, 1ª. EDICIÓN, EDICIONES HIDALGO PRINT, LIMA 2017. P. 21.

6 CAMPOS RIVERA, DOMINGO: 2003; DERECHO PROCESAL LABORAL, PRIMERA EDICIÓN, EDITORIAL TEMIS, BOGOTÁ, P.224.

[...] todos los órganos jurisdiccionales, en uso de su independencia, pueden interpretar las normas jurídicas como deseen. Pero precisamente porque ello es así, la existencia de una jurisprudencia uniforme que oriente su labor, posibilita que el ordenamiento jurídico no acabe siendo un galimatías de interpretaciones divergentes. Además si los órganos inferiores siguen la jurisprudencia del Tribunal Supremo, evitarán con mayor probabilidad la casación de las resoluciones que dicten⁷.

La función uniformizadora, persigue que en las decisiones de los jueces exista unidad y coherencia, evitando la expedición de fallos contradictorios en causas similares; para ello el Tribunal Supremo deberá establecer criterios que unifiquen la jurisprudencia garantizando la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.

Resaltando el papel de la función uniformizadora en la previsibilidad de los fallos judiciales, BUENDÍA sostiene:

Todo ciudadano, antes de emprender un proceso está en su derecho de conocer cuál es la respuesta que la jurisdicción ofrece a su problema. Sólo de esta forma podrá saber si el Derecho le asiste y, en consecuencia, si debe emprender un litigio para que el Estado le otorgue aquello que particularmente no puede obtener. Si en la búsqueda de esa respuesta sólo encuentra confusión y disparidad, sencillamente no existe un ordenamiento que le ampare pues, como hemos dicho, el Derecho no es sino un instrumento con el que regular y ordenar las relaciones sociales. Por ello es absolutamente necesario no sólo unificar criterios, sino hacerlo de modo que sea cognoscible por los justiciables⁸.

Somos de la opinión que una próxima reforma de la NLPT deberá considerar el incluir una disposición que precise los fines del recurso de casación en materia laboral.

4. CAUSALES

Las causales de casación son los supuestos contemplados en la ley como justificantes para la interposición del recurso de casación.

De acuerdo con el artículo 34.º de la NLPT, las causales del recurso de casación son dos: a) la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada y b) el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República.

Tradicionalmente, la doctrina procesalista ha aceptado que las causales que motivan la interposición del recurso de casación pueden tener su origen en errores in iudicando o errores in procedendo.

El error in iudicando es el error material, se presenta cuando el juzgador lesiona la

7 NIEVA FENOL, JORGE: 2003; EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL, PRIMERA EDICIÓN, EDITORIAL ARIEL, BARCELONA, P.78.

8 BUENDÍA CANOVAS, ALEJANDRO: LA CASACIÓN CIVIL, PRIMERA EDICIÓN, EDITORIAL DIJUSA, MADRID 2006, PP. 254-255.

norma sustantiva bajo cualquier forma; mientras que el error in procedendo es el error de procedimiento, se presenta cuando se infringe las normas adjetivas.

Además de los errores antes descritos, destacados tratadistas como CARRION consideran que: «[...] hay otros que tienen relación con determinados elementos que se producen dentro del proceso, como son las cuestiones de hecho y de prueba, cuya apreciación y valoración errónea pueden conducir a decisiones arbitrarias o absurdas, en donde algunos estudiosos encuentran motivaciones habilitantes del recurso de casación»⁹.

Las causales de casación previstas en el artículo 34° de la NLPT nos merecen el comentario siguiente:

a) Infracción normativa

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello, que la parte que se considere afectada por la misma pueda interponer el respectivo recurso de casación.

Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa, quedan subsumidas en el mismo las causales que anteriormente contemplaba la Ley N.º 26636 relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, pero, además, se incluyen otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Sobre la posibilidad que las normas contenidas en convenios colectivos puedan ser objeto de denuncia casatoria opinamos que, si bien los convenios colectivos constituyen normas materiales propias del Derecho laboral, debido a su origen particular, solo son aplicables a un sector de trabajadores o empleadores, no teniendo para el ordenamiento jurídico nacional la importancia que tienen las normas legales. En sentido coincidente con nuestra posición EGAS sostiene que:

[...] por más que se sostenga que la contratación colectiva es fuente de derechos laborales, su violación no debería ser materia del recurso de casación; pues la finalidad de éste, como lo hemos dicho, es velar por la observancia uniforme de la norma de derecho, generalmente considerada; y no para un caso particular o de aplicación limitada a un reducido grupo de personas, como lo son los comprendidos dentro de la contratación colectiva¹⁰.

No podemos dejar de calificar como desafortunada la redacción de la causal casatoria de "infracción normativa", pues la amplitud de la misma va a permitir que abogados faltos de ética y de conocimientos jurídicos la invoquen de una manera indiscriminada respecto de cualquier tipo de normas con la afirmación que la infracción ha incidido en la resolución impugnada.

9 CARRIÓN LUGO, JORGE: OP. CIT., P. 93.

10 EGAS PEÑA, Jorge: Temas de Derecho Laboral II, Editora EDINO, Ecuador- Guayaquil 1999, p.33.

b) Apartamiento de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha definido el precedente vinculante en los términos siguientes:

Regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia¹¹.

Podemos afirmar entonces que «[...] el precedente constitucional vinculante es un instrumento a través del cual el Tribunal Constitucional impone a los demás órganos del Estado su criterio de interpretación de la Constitución y de la ley»¹².

No podemos dejar de resaltar que por mandato del Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces están obligados a interpretar y aplicar las leyes, normas con jerarquía de ley, así como las disposiciones reglamentarias según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

c) Apartamiento de los precedentes judiciales establecidos por la Corte Suprema

En relación al precedente judicial podemos decir que es una decisión expedida por el órgano jurisdiccional competente para ello según la ley, que al resolver un caso concreto, establece criterios jurídicos generales válidos, para la solución de ese y otros conflictos similares, convirtiéndose en fuente de derecho a seguir por los jueces al resolver casos semejantes que se presenten en el futuro.

Tiene carácter vinculante de tipo vertical; es decir, que lo resuelto por el pleno casatorio a partir de la sentencia de un caso concreto resulta de aplicación obligatoria desde la Corte Suprema hacia las cortes y juzgados inferiores. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional cuando sostiene lo siguiente: «[...] el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que este logre sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto»¹³.

11 STC N° 024-2003-AI/TC – CASO MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LURÍN CONTRA LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUAROCHIRÍ Y OTRO.

12 ARÉVALO VELA, JAVIER: INTRODUCCIÓN AL DERECHO DEL TRABAJO, PRIMERA EDICIÓN, EDITORA JURÍDICA GRIJLEY E.I.R.L.; LIMA 2008, P. 48.

13 STC N° 03741-2004-AA/TC, fundamento 48

Debemos precisar que hasta la fecha de terminación de la presente tesis, la Corte Suprema de Justicia de la República no ha realizado pleno casatorio alguno en el cual establezca algún precedente vinculante.

5. EL CONTENIDO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

5.1. Definición

El proceso en un sentido amplio se concibe como un conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado con el objeto de aplicar correctamente las disposiciones legales y conseguir la solución pacífica de las controversias que se someten al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, a efectos de que se pueda proteger o declarar la titularidad o el ejercicio de un derecho.

Por su parte, LANDA define el debido proceso en los términos siguientes:

El debido proceso es un derecho humano abierto de naturaleza procesal y alcances generales, que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales. Se considera un derecho "continente" pues comprende una serie de garantías formales y materiales. Como tal, carece de un ámbito constitucionalmente protegido de manera autónoma, de modo que su lesión se produce cuando se afecta cualquiera de los derechos que consagra, y no uno de manera específica. Pero el concepto de debido proceso no se agota en lo estrictamente judicial, sino que se extiende a otras dimensiones, de modo que puede hablarse de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc., pues lo que en esencia asegura el debido proceso es la emisión de una decisión procedimentalmente correcta con respecto de sus etapas y plazos, y sobre todo, que se haga justicia¹⁴.

A su vez, SALMÓN y BLANCO definen el debido proceso de la manera siguiente:

El proceso «es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia», a lo cual contribuyen «el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal». En este sentido, dichos actos «sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho» y son «condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial». En buena cuenta, el debido proceso supone «el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales».

14 LANDA ARROYO, CÉSAR: EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, VOLUMEN 1, 1ª. EDICIÓN, ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, LIMA 2012. P. 16.

Esta aproximación resulta pacífica en la doctrina, y más allá de los diversos énfasis teóricos, resulta claro que estamos frente a un derecho que es, a su vez, un prerequisite indispensable para la protección de cualquier otro derecho. Constituye un verdadero límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática, lo cual, en última instancia, apunta a dotar al debido proceso de un verdadero carácter democratizador¹⁵.

El Tribunal Constitucional del Perú ha sostenido sobre el derecho al debido proceso lo siguiente:

El derecho al debido proceso

12. Como ha tenido oportunidad de establecer este Tribunal en más de una oportunidad, el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3º de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.

13. El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139º de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.).

14. El fundamento principal por el que se habla de un debido procedimiento administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculados a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés de los administrados, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional.

15. En ese sentido, y cómo también ha sido precisado por este Tribunal, el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su

estándar mínimo; entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquiere el derecho a la motivación de las resoluciones, conforme se explicará en los fundamentos que a continuación se exponen [...] ¹⁶.

15 SALMÓN, ELIZABETH Y BLANCO, CRISTINA: EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1ª. EDICIÓN, INSTITUTO DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, LIMA 2012. P. 24.

16 STC N° 04944-2011-PA/TC de fecha 16 de enero de 2012, fundamentos 12 a 15.

Por nuestra parte, definimos el derecho al debido proceso como un derecho fundamental que contiene un conjunto de garantías formales y materiales, mediante las cuales se busca alcanzar la solución justa de las controversias que se presentan ante los órganos jurisdiccionales, aplicando las normas pertinentes a cada caso, y respetando las etapas y plazos previstos en las normas adjetivas.

5.2. Clases o dimensiones del derecho al debido proceso

En la Doctrina se distingue dos dimensiones o clases del derecho al debido proceso, una sustantiva y otra adjetiva.

5.2.1. Debido proceso sustantivo o material

Sobre la dimensión sustantiva del debido proceso, ESPINOSA – SALDAÑA refiere lo siguiente:

Esta dimensión del “Due Process...” ha tenido para el caso norteamericano dos muy significativas consecuencias: la de la configuración por vía jurisprudencial del derecho constitucional a la privacidad (privacy) y, aquella muy frecuentemente empleada en nuestro medio en estos últimos años, la conformación del concepto de razonabilidad.

Cuando hablamos de razonabilidad nos estamos refiriendo a un parámetro al cual debe ceñirse la labor de quien cuenta con autoridad: el que se encuentra en esta situación puede, en aras de proteger derechos fundamentales o bienes jurídicos de significativa relevancia, llegar incluso a establecer límites en el ejercicio de algún(os) derecho(s). Sin embargo, ello no le habilita a actuar de cualquier manera (lo cual implicaría dejar la puerta abierta a la arbitrariedad), sino, y allí se encuentra lo propio del concepto de razonabilidad, de acuerdo con fines lícitos (o por lo menos, no prohibidos por el ordenamiento jurídico vigente), fines que deberán materializarse a través de medios proporcionales. La proporcionalidad de los medios utilizados será consecuencia de analizar la utilidad, idoneidad y el equilibrio de dichos mecanismos¹⁷.

El debido proceso en su dimensión sustantiva tiene por fin la protección de las partes que intervienen en el mismo frente a cualquier ley o acto arbitrario proveniente de cualquier autoridad, funcionario o persona particular.

17 ESPINOSA – SALDAÑA BARRERA, ELOY: DERECHO AL DEBIDO PROCESO: UN ACERCAMIENTO MÁS DIDÁCTICO A SUS ALCANCES Y PROBLEMAS, EN: DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (OBRA COLECTIVA), 1ª. EDICIÓN, JURISTA EDITORES E.I.R.L., LIMA 2005. PP. 64-65.

5.2.2. Debido proceso adjetivo o formal

El debido proceso en su dimensión adjetiva o formal se encuentra referido a aquellas garantías procesales que pretenden asegurar los derechos fundamentales de las personas; es decir, no es otra cosa que el respeto irrestricto por parte de las partes procesales de las normas, principios y garantías que rigen el proceso como un mecanismo de protección de los derechos subjetivos.

Según ESPINOSA – SALDAÑA¹⁸, refiriéndose al caso estadounidense enumera cuáles serían los derechos que componen el derecho a un debido proceso, citando los siguientes:

- Derecho de acceso a la autoridad destinada a acoger o denegar nuestros requerimientos (pretensiones);
- Derecho a contradecir o a defendernos de una alegación (pretensión) exigida en contra de nuestros propios derechos;
- Derecho a un juzgador imparcial;
- Derecho a un juzgador predeterminado por la ley (el cual en rigor no es lo mismo que el juez natural, aunque habitualmente se les confunde);
- Obligación de respetar las formalidades que preservan una buena notificación y audiencia para quienes son parte de la controversia. Estamos aquí ante los conceptos de “Notice” y “Hearing”, postulados centrales dentro de la jurisprudencia apuntalada durante años por la Corte Suprema Federal norteamericana;
- Derecho a ofrecer y/o actuar las pruebas que sean pertinentes para acreditar las diferentes posiciones o pretensiones de las partes;
- Derecho a poder obtener las medidas cautelares que permitan temporalmente proteger nuestras pretensiones o posturas;
- Derecho a recibir una resolución a nuestros requerimientos en un plazo razonable, o al menos, sin dilaciones recibidas;
- Obligación de motivar el fallo y las diferentes resoluciones que sean necesarias para absolver la controversia pendiente, salvo las de mero trámite;
- Existencia de una pluralidad de instancias que puedan pronunciarse sobre las diferentes posiciones (pretensiones) en juego, siempre que la situación concreta lo permita o el ordenamiento jurídico vigente lo prescriba, dependiendo del caso.
- Obligatoriedad y exigibilidad de la cosa juzgada o, dicho en otros términos, de la resolución final proporcionada a la controversia o incertidumbre que quiere solucionarse.

18 ESPINOSA – SALDAÑA BARRERA, ELOY: DERECHO AL DEBIDO PROCESO: UN ACERCAMIENTO MÁS DIDÁCTICO A SUS ALCANCES Y PROBLEMAS. OP. CIT. PP. 67-68.

6. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO COMO CAUSAL CASATORIA EN LA LEY N.º 29497

Conforme se precisó anteriormente, el recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incide directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, la cual constituye toda afectación a las normas jurídicas por parte del Colegiado al emitir pronunciamiento.

Dicha causal, redactada de manera genérica, incluye la afectación a normas de carácter adjetivo o procesal, como es la infracción al derecho a un debido proceso, el cual se encuentra reconocido como principio y derecho de la función jurisdiccional en el inciso 3), del artículo 139.º, de la Constitución Política del Perú.

De la revisión de las Ejecutorias emitidas por la Corte Suprema¹⁹ podemos inferir que la jurisprudencia laboral considera que dentro de los distintos elementos integrantes al derecho del debido proceso, están necesariamente comprendidos los siguientes:

- a) Derecho a un juez predeterminado por la ley (juez natural);
- b) Derecho a un juez independiente e imparcial;
- c) Derecho a la defensa y patrocinio por un abogado;
- d) Derecho a la prueba;
- e) Derecho a una resolución debidamente motivada;
- f) Derecho a la impugnación;
- g) Derecho a la instancia plural;
- h) Derecho a no revivir procesos fenecidos.

Los derechos enumerados en el párrafo anterior serán materia de un breve comentario en las líneas siguientes.

6.1. Derecho a un juez predeterminado por la ley (juez natural)

Este derecho se encuentra contemplado en el inciso 3), del artículo 139.º, de la Constitución Política del Perú, donde se señala textualmente lo siguiente: «[...] Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto

19 CASACIONES NOS. 21161-2016 LIMA ESTE, 13173-2015 JUNÍN, 14598-2016 LA LIBERTAD, 12025-2015 LA LIBERTAD, 17562-2016 LIMA NORTE, 19649-2015 LAMBAYEQUE, 20123-2015 MOQUEGUA, 18640-2015 LA LIBERTAD, 17641-2015 VENTANILLA, 11926-2015 LAMBAYEQUE, 18752-2015 AREQUIPA, 19102-2015 CUSCO, 16011-2015 LIMA, ENTRE OTRAS.

de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación».

El derecho a un juez predeterminado por la ley viene a ser la garantía por la cual una persona debe ser juzgada por quien ha sido atribuido con la facultad de administrar justicia de manera previa mediante una distribución de competencias contenida en una norma jurídica, en observancia del principio de legalidad, y proscribiendo cualquier posibilidad de que quien aplique justicia sea un juez excepcional o una comisión especial creada con el fin de desempeñar funciones jurisdiccionales.

6.2. Derecho a un juez independiente e imparcial

El derecho a un juez independiente viene a ser la garantía de que toda persona debe comparecer ante un juez o tribunal colegiado que tenga la capacidad autodeterminativa de aplicar el derecho al caso concreto, así como proceda a ejecutar lo decidido, dentro del marco establecido por la Constitución y la ley, sin que dicha labor se vea afectada por presiones o injerencias externas que pueden venir de personas o poderes políticos; para lo cual exige la adopción de medidas o garantías necesarias para el correcto desempeño de su labor jurisdiccional.

Por su parte, respecto a la imparcialidad de los jueces, el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

9. Pues bien, mientras la garantía de la independencia, en términos generales, alerta al juez de influencias externas, la garantía de la imparcialidad se vincula a exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso mismo. De este modo, ambas deben ser entendidas como una totalidad, por lo que no puede alegarse el respeto al principio de independencia mientras existan situaciones que generen dudas razonables sobre la parcialidad de los jueces .

6.3. Derecho a la defensa y patrocinio por un abogado

Este derecho constituye una potestad que tienen todas las partes participes en un proceso para ser escuchadas y patrocinadas por un abogado de su elección o, en su defecto, a contar con uno de oficio. A su vez, el derecho a ser oídas comprende la facultad de alegar y probar sus afirmaciones y derechos, sin que pueda restringirse mediante acto procesal alguno.

Por otra parte, el patrocinio por parte de un abogado elegido por la parte, o de oficio, no constituye un mero formalismo, pues, su participación en defensa de los intereses de su patrocinado es obligatoria, a tal punto que su ausencia en juicio deviene en una infracción grave que conlleva a la nulidad e ineficacia de los actos procesales actuados sin su presencia.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha expresado lo siguiente:

[...] el derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio. Este estado de indefensión no sólo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un

acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover²¹.

6.4. Derecho a la prueba

El derecho a la prueba constituye un derecho fundamental en virtud del cual las partes pueden producir los medios probatorios que consideren pertinentes con el objeto de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

Este derecho se encuentra vinculado al derecho de defensa, pues, es a través del derecho de prueba que las partes tienen la facultad de ofrecer los medios probatorios que consideren necesarios con la finalidad de generar convicción en el juzgador de la veracidad de sus argumentos y desvirtuar las aseveraciones de su contraparte.

Sobre la finalidad de la prueba, TICONA refiere lo siguiente:

Si se considera que los medios probatorios, entre otros, tiene por finalidad formar la convicción judicial (artículo 188°) y subsecuente determina el contenido de la sentencia, entonces es indudable que privar de la oportunidad probatoria es afectar el derecho a un debido proceso y, en términos generales, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva .

En relación al derecho a la prueba, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

[...] como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sea armonizado con otros derechos o bienes constitucionales –límites extrínsecos– como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –límites intrínsecos–. De ahí que resulta innegable que el derecho a la prueba aparea la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor.

13. Ahora bien, tal derecho importa una doble exigencia al juzgador: (i) no omitir la valoración de los medios probatorios aportados por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; y, (ii) la exigencia de que dichos medios probatorios sean valorados debidamente con base en criterios objetivos y razonables. Por tanto, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del derecho al debido proceso²³.

Por su parte, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha expresado lo siguiente:

21 STC N° 0090-2004-AA/TC, DE FECHA 05 DE JULIO DE 2004, FUNDAMENTO 27.

22 TICONA POSTIGO, VÍCTOR: EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN EL PROCESO CIVIL, 2ª. EDICIÓN, EDITORA Y LIBRERÍA JURÍDICA GRIDLEY E.I.R.L., LIMA 2009. P. 140.

24 STC N° 03271-2012-PA/TC, de fecha trece de mayo de dos mil trece, fundamentos doce y trece.

[...] se puede concluir que el derecho a la prueba conlleva la posibilidad de que las partes presenten los medios probatorios que consideren convenientes para sustentar su pretensión, siempre que estos no lesionen otros derechos o bienes de naturaleza constitucional; es decir, que la admisión y actuación de dicha prueba no derive en la vulneración de algún derecho fundamental de una de las partes o de terceros; además, que se encuentren dentro de los límites establecidos en la normatividad vigente; contrario sensu, los medios probatorios que no se postulen de acuerdo a los límites permitidos por las normas correspondientes, no podrán ser admitidos por el juez dentro del proceso laboral, sin que ello implique una afectación al derecho fundamental a la prueba ni al debido proceso²⁴.

El derecho fundamental a la prueba comprende cinco aspectos: a) el derecho a ofrecer medios probatorios, b) el derecho a que se admitan los medios probatorios ofrecidos por las partes, c) el derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos, d) el derecho a que se valoren adecuadamente los medios probatorios actuados y e) el derecho a la conservación de los medios de prueba a partir de la actuación anticipada de los mismos.

a) El derecho a ofrecer medios probatorios

De acuerdo a este derecho, toda parte en un proceso de cualquier naturaleza goza de la garantía de poder ofrecer los medios de prueba pertinentes que le permitan demostrar que sus afirmaciones son correctas, logrando así crear convicción en el juez a su favor.

b) El derecho a que se admitan los medios probatorios ofrecidos por las partes

Consiste en el derecho de la parte que ha ofrecido los medios de prueba a que los mismos sean admitidos, salvo que resulten inadmisibles, improcedentes o impertinentes.

Al respecto, FALCÓN nos dice lo siguiente:

[...] la admisibilidad de la prueba, se funde con su legalidad. Una prueba es admisible cuando la ley la permite y no es cuando ésta la veda. En este aspecto debemos también determinar los límites de la admisibilidad en el transcurso de la prueba, pues la admisibilidad se puede referir a la prueba en general, o más específicamente al medio probatorio»²⁵.

c) El derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos

Se manifiesta en el hecho que todos los medios de prueba que han sido ofrecidos oportunamente y admitidos, sean actuados a efectos de su incorporación al proceso.

d) El derecho a que se valoren adecuadamente los medios probatorios actuados

Este derecho exige que las pruebas actuadas en el proceso sean objeto de una valoración racional; es decir, de la manera más adecuada y con la debida motivación.

24 Casación Laboral N° 14508-2014 MOQUEGUA, de fecha 22 de marzo de 2016, décimo segundo considerando.

25 FALCÓN, Enrique M.: Tratado de la prueba, Tomo I, Editorial Astrea DE Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Buenos Aires – Argentina 2003. p. 26.

Sobre la valoración de la prueba, FALCÓN sostiene lo siguiente:

Apreciar consiste en poner precio a algo, y desde el punto de vista del proceso significa establecer “cuánto vale la prueba”, es decir, qué grado de verosimilitud presenta la prueba en concordancia con los hechos del proceso. El grado de verosimilitud de la prueba –esto es, la ausencia de determinaciones definitivas absolutas- rige en todos los campos del proceso²⁶.

De acuerdo con la doctrina se admiten como sistemas para la valoración de la prueba los siguientes:

d.1) Sistema de prueba tasada o legal: En este sistema el juez otorga a la prueba el valor que la ley le ha establecido previamente.

CARRILLO sobre este sistema de valoración de la prueba refiere lo siguiente: «El juez no tiene libertad de apreciación, sino que, ante determinada prueba le deberá atribuir el valor o eficacia que indica la ley»²⁷.

Este sistema ha sido muy criticado y actualmente ha devenido en obsoleto.

d.2) Sistema de libre convicción: En este sistema el juez no se basa solo en las pruebas actuadas en el proceso sino también en pruebas actuadas fuera de autos. El juez tiene amplia libertad para valorar la prueba sin sujetarse a criterio preestablecido alguno. Este sistema fue muy cuestionado, pues, al no tener el juzgador un parámetro que delimite su proceder al momento de valorar la prueba, era frecuente que incurrieran en arbitrariedades.

d.3) Sistema de la sana crítica: En el sistema de apreciación de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez valora las pruebas de acuerdo a la razón y a un conocimiento de las cosas. Este es el sistema adoptado por nuestra NLPT.

e) El derecho a la conservación de los medios de prueba a partir de la actuación anticipada de los mismos

Consiste en el derecho que tienen las partes a realizar todas las actuaciones procesales que sean necesarias para conservar un medio de prueba o proteger su eficacia contra los riesgos que podría sufrir como consecuencia del paso del tiempo.

6.5. Derecho a una resolución debidamente motivada

La debida motivación de las resoluciones judiciales se encuentra reconocido como un derecho y principio de la función jurisdiccional en el inciso 5), del artículo 139.º, de la Constitución Política del Perú.

Sobre este derecho el Tribunal Constitucional ha expresado lo siguiente:

[...] Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.º 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha tenido la oportunidad de precisar que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas

26 FALCÓN, Enrique M.: Tratado de la prueba, Op. Cit. p. 546.

27 CARRILLO CISNEROS, Félix: Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo, 1ª. Edición, Ideas Solución Editorial, Lima 2013. p. 183.

que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso²⁸.

El máximo intérprete de la Constitución²⁹ ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado entre otros por los supuestos siguientes: a) Inexistencia de motivación o motivación aparente, b) Falta de motivación interna del razonamiento, c) Deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas, d) Motivación insuficiente, e) Motivación sustancialmente incongruente y f) Motivaciones cualificadas.

La debida motivación de las resoluciones judiciales implica que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, deben fundamentar adecuadamente su decisión, pronunciándose sobre todos los hechos controvertidos, expresando y justificando objetivamente todas aquellas razones que los conducen a adoptar determinada posición, aplicando la normativa correspondiente al caso concreto; motivación que debe ser adecuada, suficiente y congruente, entendiéndose por motivación suficiente al mínimo exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la resolución se encuentra debidamente motivada; en consecuencia, la omisión de tales exigencias conllevaría a la emisión de una resolución arbitraria que no se encuentre fundada en derecho; lo que a su vez devendría en una falta de tutela jurisdiccional efectiva.

En conclusión, la afectación al debido proceso se configura cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente en clara trasgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

6.6. Derecho a la impugnación

Constituye una garantía en virtud de la cual las partes se encuentran facultadas para cuestionar una decisión emitida por un juez u órgano colegiado que les causa agravio o vulnera sus derechos, a efectos de que esta sea revisada por el mismo juzgador o por el superior jerárquico con el fin de que se corrijan los posibles errores que pudiese contener.

El derecho a impugnar de las partes constituye la forma idónea de conseguir corregir los vicios cometidos por el juzgador al momento de declarar el derecho o aclarar una incertidumbre con relevancia jurídica, que causan agravio a la parte recurrente, con el objeto de garantizar una resolución justa y la estricta aplicación del derecho al caso concreto.

El texto del artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho a la impugnación en los términos siguientes: «Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley».

6.7. Derecho a la instancia plural

En el ámbito internacional este principio se encuentra reconocido en el literal h), del artículo 8.º, de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por el Perú mediante

28 STC N° 00728-2008-HC, de fecha trece de octubre de dos mil ocho, sexto fundamento.

29 STC N° 00728-2008-HC, de fecha trece de octubre de dos mil ocho, séptimo fundamento.

Decreto Ley N.º 22231, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de julio de 1978, el cual expresamente señala lo siguiente: «h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior».

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la instancia plural o derecho a la doble instancia se encuentra reconocido como un principio y derecho a la función jurisdiccional en el inciso 6), del artículo 139.º, de la Constitución Política del Perú; así como en el Artículo X, del Título Preliminar, del Código Procesal Civil.

El derecho a la instancia plural se encuentra íntimamente ligado al derecho a la impugnación, pues, a través del derecho a la instancia plural las partes que se encuentren afectadas por un vicio procesal y en uso de su derecho de impugnación, acceden a una segunda instancia donde el superior jerárquico del órgano jurisdiccional que emitió la resolución, una vez revisados los actuados corrige los errores en que haya incurrido el inferior; ello a efectos de obtener una mayor seguridad jurídica con el control que ejercen los diferentes órganos jurisdiccionales.

Sobre este derecho el Tribunal Constitucional ha expresado lo siguiente:

Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que "tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal"³⁰.

Por su parte, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre el derecho a la pluralidad de instancia ha sostenido lo siguiente: «[...] la doble instancia es una garantía integrante del derecho al debido proceso a partir de la cual una persona natural o jurídica ante la arbitrariedad, el error, la ignorancia o la mala fe del juez, puede recurrir a través de los medios impugnatorios a otros jueces de superior jerarquía para el control de legalidad y justicia»³¹.

6.8. Derecho a no revivir procesos fenecidos

Conocido también como derecho a la cosa juzgada, constituye una garantía fundamental de la administración de justicia, reconocida en el inciso 13), del artículo 139.º, de la Constitución Política del Perú, en virtud de la cual se proscribe que una pretensión ventilada en un proceso, que haya sido resuelto por resolución judicial firme y contra la cual no proceda medio impugnatorio alguno, sea ventilada nuevamente dentro del mismo proceso o mediante otro.

El derecho a no revivir procesos fenecidos exige que una decisión plasmada en una sentencia tenga el carácter de inmutable, vinculante y definitiva.

Al respecto, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha sostenido lo siguiente:

30 STC N.º 05410-2013-PHC/TC, de fecha 18 de marzo de 2014, fundamento 2.3.

31 Casación Laboral N.º 19984-2015 CAÑETE, de fecha 10 de agosto de 2017, quinto considerando.

Décimo Tercero.- La cosa juzgada como supuesto de su contenido, la existencia de otro proceso idéntico, en el cual exista identidad de la cosa u objeto, esto es el derecho reclamado contenido en una o varias pretensiones; y, la identidad de la causa, la cual constituye el conjunto de hechos en los cuales se sustenta la pretensión. En ese contexto la doctrina y la jurisprudencia, clasifican la figura jurídica de la cosa juzgada en cosa juzgada formal y cosa juzgada material, siendo la primera aquella que implica la imposibilidad de impugnar una sentencia; es decir, tiene como característica esencial la inmutabilidad de las resoluciones por preclusión, sea por el agotamiento de todos los medios de impugnación previstos dentro del ordenamiento jurídico o por el vencimiento de los plazos establecidos.

La cosa juzgada formal produce efectos únicamente en el proceso en el cual se dictó la sentencia, no pudiendo hacerse extensivos dichos efectos a otros procesos aunque sean de la misma naturaleza. Siendo así, tenemos que la cosa juzgada formal admite que la discusión respecto a determinada pretensión no sufra una clausura definitiva; es decir, cuando el objeto materia de controversia sea susceptible de alteración o mutación en el supuesto de hecho, lo que lo hace susceptible de un ulterior debate procesal.

A diferencia de la cosa juzgada formal la cosa juzgada material implica la imposibilidad de discutir lo decidido por una resolución que pone fin al proceso, mediante el inicio de otro similar, esto encuentra su fundamento en la necesidad de clausura de los debates jurídicos, evitando que estos se prolonguen de forma perpetua; por lo que sus efectos no solo se circunscriben al proceso en el cual se emitió la sentencia, sino que tienen efectos vinculantes para otros procesos futuros, motivo por el cual se considera estable y permanente, salvo las excepciones establecidas en el último párrafo del artículo 123° del Código Procesal Civil. De lo expuesto se puede colegir que puede haber cosa juzgada formal sin el hecho de que exista cosa juzgada material, pero no viceversa, puesto que la primera es presupuesto de la segunda³².

Según LANDA:

[...] Si bien este derecho esta reconocido en el artículo 139°, incisos 2 y 13 de la Constitución, para que sea válido constitucionalmente tiene que ser cosa juzgada material, es decir arreglado y de conformidad con el derecho y no sólo con la ley. Por cuanto, la finalidad de la cosa juzgada o cosa decidida constitucional debe ser asegurar siempre el ordenamiento y la seguridad jurídica legítimos .

La vulneración de cualquiera de estos elementos integrantes del derecho al debido proceso genera que en sede casatoria se declare nula la resolución impugnada, disponiéndose que el órgano jurisdiccional respectivo emita un nuevo pronunciamiento o de ser el caso, se determine la nulidad de todo lo actuado hasta el momento en que se produjo la afectación; lo que provoca que los procesos tengan una duración mayor a la prevista en la Ley adjetiva, ignorando el carácter social de los mismos.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los factores que determinan la existencia de una vulneración al derecho a un debido proceso, generalmente

31 Casación N° 8969-2012 LIMA, de fecha doce de marzo de dos mil catorce, considerando décimo tercero.

32 LANDA ARROYO, César: El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. En: Pensamiento Constitucional, Año VIII N° 8, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2002. p. 449.

se encuentran sustentadas en la deficiente motivación interna o externa de las resoluciones emitidas por las Cortes Superiores, las cuales se encuentran sustentadas en el desconocimiento de la normatividad aplicable al caso concreto o en una omisión de pronunciamiento respecto a todos los puntos controvertidos, lo que conlleva a que no se justifique objetivamente las razones por qué el juzgador adopta determinada solución para la controversia sometida a su conocimiento.

7. CONCLUSIONES

Primera. En el Perú los factores que determinan la existencia de una vulneración al derecho a un debido proceso por infracción normativa de los incisos 3) y 5), del artículo 139.º, de la Constitución Política del Perú, generalmente se encuentran sustentadas en una deficiencia en la estructura de la sentencias, porque muchas de ellas no cumplen con los requisitos mínimos que debe tener este acto jurisdiccional, pues, carecen de una adecuada motivación interna o externa, o de ambas.

Segunda. Las deficiencias existentes en las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales se encuentran sustentadas en el desconocimiento de la normatividad aplicable al caso concreto, o en una omisión de pronunciamiento respecto a todos los hechos controvertidos, lo que conlleva a que no se justifique objetivamente las razones por qué el juzgador adopta determinada solución para la controversia sometida a su conocimiento.

Tercera. Uno de los pilares en los cuales se sustenta la NLPT es el principio de celeridad procesal, con la finalidad que los justiciables encuentren una solución pronta a su controversia, la cual se traduce en una tutela efectiva de sus derechos laborales; sin embargo, esta ansiada celeridad procesal no se viene materializando a nivel de los distintos órganos jurisdiccionales, pues, numerosos recursos de casación son declarados fundados por la Sala Suprema por la causal de infracción normativa por vulneración de los incisos 3) y 5), del artículo 139.º, de la Constitución Política del Perú; en consecuencia, se declara nula la sentencia de vista recurrida y en ocasiones incluso la sentencia de primera instancia; lo que genera una mayor dilación del proceso.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ARÉVALO VELA, Javier: Introducción al Derecho del Trabajo, Primera Edición, Editora Jurídica Grijley e.i.r.l.; Lima 2008.
- BUENDIA CANOVAS, Alejandro: La Casación Civil, Primera Edición, Editorial Dijusa, Madrid 2006.
- CAMPOS RIVERA, Domingo: 2003; Derecho Procesal Laboral, Primera Edición, Editorial Temis, Bogotá.
- CARRILLO CISNEROS, Félix: Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo, 1ª. Edición, Ideas Solución Editorial, Lima 2013.
- CARRIÓN LUGO, Jorge: El recurso de casación en el Perú, Volumen I, 2ª. Edición, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima 2003.
- CHAVARRÍA LOLI, Luis Arnaldo: El recurso de Casación en materia Civil y Contencioso Administrativo, 1ª. Edición, Ediciones Hidalgo Print, Lima 2017.
- EGAS PEÑA, Jorge: Temas de Derecho Laboral II, Editora EDINO, Ecuador- Guayaquil 1999.
- ESPINOSA – SALDAÑA BARRERA, Eloy: Derecho al debido proceso: un acercamiento más didáctico a sus alcances y problemas, En: Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional (obra colectiva), 1ª. Edición, Jurista Editores E.I.R.L., Lima 2005.
- ESPINOSA – SALDAÑA BARRERA, Eloy: Derecho al debido proceso: un acercamiento más didáctico a sus alcances y problemas.
- FALCÓN, Enrique M.: Tratado de la prueba, Tomo I, Editorial Astrea DE Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Buenos Aires – Argentina 2003.
- HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. Nuevo Proceso Laboral Venezolano. 3ª. Edición. Editorial CEJUZ. Caracas, 2006.
- HERRERA CARBUCCIA, Manuel Ramón: El recurso de casación laboral en Iberoamérica, 1ª. Edición, Librería Jurídica Internacional S.R.L., Santo Domingo – República Dominicana 2010.
- LANDA ARROYO, César: El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Volumen 1, 1ª. Edición, Academia de la Magistratura, Lima 2012.
- LANDA ARROYO, César: El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. En: Pensamiento Constitucional, Año VIII N° 8, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2002.
- NIEVA FENOL, Jorge: El Recurso de Casación Civil, Primera Edición, Editorial Ariel, Barcelona 2003.
- SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina: El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1ª. Edición, Instituto Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2012.

- TICONA POSTIGO, Víctor: El derecho al debido proceso en el proceso civil, 2ª. Edición, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima 2009.
- TORRES CARRASCO, Manuel Alberto: El nuevo recurso de casación civil. Recientes modificaciones y repaso jurisprudencial, Manual N° 2, Gaceta Jurídica S.A., 1ª. Edición, Lima 2010.

PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS



ARTÍCULO JURÍDICO POR:

SANDRA MANUELA DEL ROSARIO FERNÁNDEZ VALENCIA

ABOGADA

RESUMEN: Las prácticas anticompetitivas o prácticas anticoncurrenciales refieren a los daños a los intereses generales de la competencia, que pueden llegar a tener impacto en el mercado relevante de que se trate. Estas prácticas están prohibidas o limitadas por las leyes sobre la competencia.

Los mecanismos de competencia pueden llegar a ser afectados por ciertos comportamientos anticoncurrenciales (entendimientos ilícitos, abuso en cuanto a la posición dominante, acuerdos entre competidores –o sea acuerdos horizontales–, acuerdos entre no competidores –o sea acuerdos verticales–, dependencia económica, prácticas de precios abusivamente bajos), y también por la creación de estructuras anticoncurrenciales (concentración en pocos agentes económicos, oligopolios, monopolios, cárteles...).

PALABRAS CLAVE: Competencia, Derechos de consumidor, Protección, Redistribución, Monopolio, Oligopolio, Exportación Jurisprudencia, Legalidad.

ABSTRACT: Anticompetitive practices or anticoncurrential practices refer to damages to the general interests of the competition, which may affect the relevant market in which they are treated. These practices are prohibited or limited by competition laws.

Compensation mechanisms may be affected by certain anti-clan behaviors (illicit understandings, abuse in terms of dominant position, agreements between competitors - that is, horizontal agreements -, agreements between non-competitors - or vertical marital agreements -, economic dependence, unfairly low price practices), and also for the creation of anticoncurrential structures (concentration on few economic agents, oligopolies, monopolies, cartels ...).

KEYWORDS: Competition, Consumer rights, Protection, Redistribution, Monopoly, Oligopoly, Export Jurisprudence, Legality.

SUMARIO

- 1.- Introducción;
2. Derecho a la Competencia;
 - 2.1.- Objetivos del Derecho a la competencia;
 - 2.1.1.- Protección del consumidor;
 - 2.1.2.- Redistribución;
 - 2.1.3.- Protección de los competidores;
 - 2.1.4.- Mercado Único: el caso europeo;
- 3.- Competencia Desleal;
- 4.- Oligopolio;
- 5.- Monopolio;
 - 5.1.- El poder del mercado monopolista;
- 6.- Casos Emblemáticos;
- 7.- Derechos Como Consumidor;
- 8.- Marco Legal;
- 9.- Conclusiones;
- 10.- Referencias Bibliográficas.

1. INTRODUCCION.

El presente ensayo ha sido elaborado con la finalidad de ofrecer un compendio de conceptos relacionados al derecho del consumidor y las muchas veces que las empresas utilizan prácticas desleales no solamente con la competencia incluso con sus consumidores.

Luego de describir los principales conceptos relaciones a la defensa del consumidor y las prácticas desleales de algunas empresas, se ha procedió a realizar una breve reseña sobre los casos de las sanciones impuestas a ciertas empresas por malas prácticas competitivas

2. DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Derecho de la competencia es la rama del Derecho que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de restricciones ilegales, la fijación de precios y los monopolios. Tiene como objetivo promover la competencia entre las empresas existentes en un mercado y el fomento de la calidad de bienes y servicios al menor precio posible, garantizando una estructura de mercado eficiente.

El objetivo del Derecho de la competencia es impulsar la "competencia justa" entre las empresas. Ha tenido un efecto importante en las prácticas empresariales y la reestructuración del sector industrial en los países donde se ha adoptado.

2.1 Objetivos del Derecho a la competencia

Desde un punto de vista teórico, la finalidad del Derecho de la Competencia es la maximización del excedente del consumidor, lo que implica unos precios lo más reducidos posibles para que el consumidor pueda adquirir un mayor número de productos y variedades de estos.

No obstante, la realidad es más compleja y se han intentado alcanzar otros objetivos mediante la competencia, produciéndose que en ocasiones que la ley haya intentado alcanzar objetivos contrarios.

A continuacionse pueden citar los siguientes objetivos:

- Derecho del consumo.
- Redistribución.
- Protección de los competidores.
- Protección de los proveedores.
- Mercado único (en el caso de la Unión Europea).

2.1.1 Protección del consumidor

A pesar de que existe un consenso más o menos generalizado en cuanto a que el principal objetivo del Derecho de la Competencia debe ser la maximización del bienestar del consumidor, no existe tal consenso en cuanto a la forma o los medios con los que conseguir tales objetivos.

2.1.2 Redistribución

En ocasiones se han perseguido objetivos que tienen más que ver con la promoción de una economía equitativa que con la de una economía eficiente.

Por ejemplo, mediante el intento de reducir la acumulación de recursos en grandes empresas y conglomerados, por ser considerado esto como una amenaza a la democracia misma.

2.1.3 Protección de los competidores

Esta visión considera que la competencia debe aplicarse de tal forma que proteja a los competidores pequeños de los rivales más fuertes, viendo este objetivo como intrínseco a la protección del proceso competitivo.

El problema de esta forma de ver la competencia es que mediante la protección del más pequeño se puede estar premiando a la empresa ineficiente y castigando a la eficiente, puesto que si la última es capaz de fijar precios menores que eliminen a sus competidores más pequeños, esto será seguramente debido a que tiene unos menores costes o márgenes precio-coste.

2.1.4 Mercado Único: el caso europeo

En el caso europeo, la Política de la competencia ha jugado un papel muy importante en la consecución del llamado Mercado Único, es decir, en la integración económica de los distintos mercados de los Estados Miembros mediante, por ejemplo, el crecimiento del comercio intraeuropeo, el incremento de empresas de carácter europeo (y no únicamente nacional), la convergencia en los Derechos de Propiedad Intelectual, etc.

3. COMPETENCIA DESLEAL.

Algunas prácticas de competencia desleal son:

1. Dumping de precios: vender a un precio inferior al coste final del producto.
2. Engaño: hacer creer a los compradores que el producto tiene un precio diferente al real.
3. Denigración: difundir información falsa sobre los productos de los competidores, o publicar comparativas no relevantes.
4. Confusión: buscar parecerse a un competidor para que el consumidor compre sus productos en vez de los del competidor. Nos podemos dar cuenta de esto si los productos son parecidos y los almacenes están cerca
5. Dependencia económica: exigir condiciones al proveedor cuando se le compra casi toda su producción. Dado que el proveedor depende de estas ventas para la existencia de la empresa, tendría que aceptarlas.
6. Desviación de la clientela y explotación de la reputación ajena son otros tipos de actos de competencia desleal.

4. OLIGOPOLIO

Un oligopolio (del antiguo griego ὀλίγος (olígos) "pocos" πωλεῖν (poleín) "vender") es una forma de mercado en la que un mercado o industria está dominado por un pequeño número de grandes vendedores (oligopolios).

Los oligopolios pueden resultar de diversas formas de colusión que reducen la competencia y conducen a precios más altos para los consumidores.

5. MONOPOLIO

Un monopolio (del griego μόνος mónos 'uno' y πωλεῖν pōleín 'vender') es una situación de privilegio legal o fallo de mercado, en el cual existe un productor o agente económico (monopolista) que posee un gran poder de mercado y es el único en una industria dada que posee un producto, bien, recurso o servicio determinado y diferenciado.

Para que exista un monopolio, es necesario que en dicho mercado no existan productos sustitutivos, es decir, no existe ningún otro bien económico que pueda reemplazar el producto determinado y, por lo tanto, es la única posibilidad que tiene el consumidor de comprar. Suele definirse también como «mercado en el que solo hay un vendedor», pero dicha definición se correspondería más con el concepto de monopolio puro.

El monopolista controla la cantidad de producción y el precio, aunque no de manera simultánea, dado que la elección de la producción o del precio determina la posición que se tiene respecto al otro; vale decir, el monopolio podría determinar en primer lugar la tasa de producción que maximiza sus ganancias para luego determinar, mediante el uso de la curva de demanda, el precio máximo que puede cobrarse para vender dicha producción.

5.1 El poder del mercado monopolista

Se denomina poder de mercado a «la capacidad de un vendedor o de un comprador de influir en el precio de un bien».

En el caso de que el poder de mercado recaiga sobre un único comprador, se trata de una estructura de monopsonio, mientras que cuando recae sobre un único vendedor, se habla de una estructura de monopolio.

El poder de mercado del monopolista está totalmente condicionado por el efecto de la elasticidad-precio de la demanda, que establece la relación de las variaciones de la cantidad demandada, las cuales son motivadas por los cambios en el precio del producto.

Para poder maximizar su beneficio, el monopolista buscará incrementar los precios, pero eso supondrá inevitablemente una reducción de la cantidad demandada, que será mayor o menor en función de la elasticidad-precio de ese producto en ese mercado. La oferta deseada por el monopolista será aquella que maximice su beneficio, de forma que se equilibren ambos efectos.

6. CASOS EMBLEMATICOS

La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC) del Indecopi cerró, el año 2017, con una cifra récord de 43 investigaciones por conductas anticompetitivas

en diversos sectores de la economía nacional.

Los sectores de combustible, alimentos, industrial, higiene, contrataciones y obras públicas, entre otros, resultaron los más afectados por estas malas prácticas económicas, que generan pérdidas importantes para el país, afectando significativamente el bolsillo de los consumidores quienes tienen que enfrentar mayores precios.

El año pasado, la CLC recibió un total de siete denuncias por conductas anticompetitivas, a diferencia de las dos recibidas en el 2016.

Estas denuncias corresponden a supuestos casos de abuso de posición de dominio o colusión e involucran a los mercados de cemento, turismo, pesca y transporte, entre otros que vienen siendo investigados.

A través de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC), la institución, en su labor de promover la libre competencia en el Perú, supervisa permanentemente diversos sectores de la economía nacional, especialmente aquellos que son más sensibles para los consumidores.

La CLC ha impuesto multas que superan las 22,473 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), que suman más de S/.83 millones 151 mil, y las más fuertes recayeron en los sectores: transporte terrestre, avícola, materiales de construcción, seguros y productos para el cuidado de la salud.

La institución recordó que ha investigado y sancionado concertaciones en los mercados del transporte terrestre, particularmente acuerdos para el alza en el precio de los pasajes.

Así, ha multado a empresas de transportes, asociaciones gremiales y dirigentes del sector a nivel nacional, que involucraron a más de 200 personas naturales o jurídicas por realizar prácticas anticompetitivas destinadas a incrementar el precio de los pasajes en Lima, Ancash, Ayacucho, La Libertad y Puno. El monto de las sanciones suma 1,193.12 UIT (S/.4 millones 414 mil 544).

En cuanto a los productos para la salud, Indecopi confirmó la sanción de la CLC que impuso una multa de 5,618.80 UIT (S/.20 millones 789 mil 560) contra las empresas productoras de oxígeno medicinal Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A.

Estas firmas fueron sancionadas por infringir la ley de libre competencia, al implementar un acuerdo para repartirse el mercado peruano en los procesos de compra convocados por el Seguro Social de Salud (EsSalud) entre enero de 1999 y junio de 2004.

En lo que respecta al mercado de materiales de construcción, la CLC aplicó multas por 1,619.51 UIT (S/. 5 millones 992 mil 187).

Un caso reciente (en apelación ante la Sala de Defensa de la Competencia) se refiere a la sanción de 1,552.01 unidades impositivas tributarias (S/.5 millones 742 mil 437) a la empresa Cementos Lima y a tres de sus distribuidoras: La Viga S.A., A. Berio y Cía S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A.

Las referidas firmas fueron sancionadas porque se negaron concertada e injustificadamente a vender su cemento a aquellas ferreterías que compraran el cemento de un competidor,

restringiendo la competencia y dañando el bienestar de los consumidores.

Indecopi recordó que un caso emblemático en el sector avícola lo constituyó la concertación de precios por parte de 15 empresas en el mercado del pollo vivo en Lima Metropolitana, en el período mayo de 1995 y julio de 1996.

La institución sancionó este caso con 2,120 UIT tras una ardua investigación en la que concluyó que los representantes de estas empresas sostuvieron reuniones en las que acordaron restringir la oferta de la carne de pollo.

7. DERECHOS COMO CONSUMIDOR

Ser informado.

Mientras más sepa del producto o servicio, mejor será su elección de compra y podrá darle un adecuado uso o consumo.

Ser escuchado.

No sólo en el momento del reclamo. Cualquier duda, comentario o aporte que realice debe ser bien recibido por la empresa que lo tiene como cliente.

Elegir.

A mayor cantidad de opciones mejor será su elección. No se precipite y evalúe la variedad de bienes y servicios que se le ofrecen para elegir la más adecuada a sus necesidades y posibilidades.

Recibir un trato equitativo y justo.

Todo proveedor debe brindarle un trato equitativo y justo. Recuerde que ningún consumidor puede ser discriminado por su origen, raza, sexo, idioma, creencias religiosas, opinión, condición económica o de cualquier índole.

Que protejan su salud y le brinden seguridad.

Si algún producto o servicio, empleado en condiciones normales, puede atentar contra su salud o seguridad, debe ser advertido o protegido eficazmente contra ello.

Al pago anticipado.

Si compra al crédito, tiene derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos con la respectiva reducción de intereses, cuotas y los gastos que esto ocasione.

8. MARCO LEGAL

La Ley de Protección al Consumidor DL 716, publicada en 1991 ha sufrido varias modificaciones, siendo la última la promulgación del DL 1045 antes mencionado. Una de las reformas más importantes fue sin embargo la Ley 27311 de 2000 que reguló, entre otros aspectos, los métodos comerciales coercitivos, reforzó los mecanismos alternativos de solución de conflictos y otorgó la facultad de imponer medidas correctivas al Indecopi.

- Ley N° 29571
- Decreto Legislativo N° 1308

9. CONCLUSIONES.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor implica un cambio de visión, es decir una nueva perspectiva, en pro de una más amplia protección de los derechos del consumidor mediante una acción proactiva y preventiva y coordinada con diversas instituciones del Estado.

El Código analizado no es otra cosa que una norma integradora de obligatoria lectura para un consumidor que quiera estar debidamente informado puesto que es un punto de partida para el saber pleno de sus derechos y como ejercerlos, además de estar informado acerca de las disposiciones referentes a la protección y la integración y trato con sus proveedores de bienes y servicios a nivel nacional.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Diccionario de Términos de Comercio : políticas de competencia, sitio digital 'SICE - Sistema de Información sobre Comercio Exterior (Uruguay)
- Fred Mc Chesney, The concise enciclopedia of economics: Antitrust, sitio digital "Library Economics and Liberty"
- Bayer, R. C. (2010). Intertemporal price discrimination and competition. *Journal of economic behavior & organization*, 73(2), 273-293.
- Stiglitz, Joseph E.. *Microeconomía*. Ariel. ISBN 84-344-2135-6.
- Varian, Hall R. *Un enfoque Actual: Microeconomía Intermedia 5ª Edición*, Antoni Bosh Editor. ISBN 8495348210.
- Boldrin, Michele y David K. Levine. *Against Intellectual Monopoly (Contra el monopolio intelectual)*, Universidad de Cambridge. ISBN 978-0-521-87928
- Tagliavini, Alejandro A. *Empresa y monopolio*

LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO



ARTÍCULO JURÍDICO POR:

CANDY VIOLETA VALLEJOS PASTOR

ABOGADA

RESUMEN: Desde el punto de vista más elemental, el Derecho de Familia viene a ser el conjunto de normas que regulan el desenvolvimiento del núcleo familiar, escenario y centro de una actividad múltiple y continua. Tanto en lo que se refiere a su constitución como a las relaciones que se producen entre sus integrantes y en la colectividad en general.

El derecho de familia es aquella rama del derecho que se encarga de normar las relaciones existentes entre aquellas personas que se encuentran unidas por medio de vínculos sanguíneos, de afinidad, afectivos o creados por ley.

Si bien es cierto que el gobierno de la familia está compartido, por la religión, la moral, la tradición y el Derecho, lo que da lugar a que rijan su desenvolvimiento múltiples y variadas formas, como variada y múltiple es la actividad que despliega el núcleo familiar, también es cierto que no todo ese conjunto de normas constituye el Derecho de Familia, aunque funcionen estrechamente vinculadas o confundidas, sino sólo aquellas que el legislador las haya incorporado, expresa y tácitamente, como normas de carácter jurídico, esto es de aplicación general, obligatoria y coercitiva.

Dada la complejidad de las relaciones familiares, el Derecho no puede hacer suyas, por lo menos expresamente, todas las normas que regulan el desenvolvimiento del núcleo familiar, como es el caso de aquellas normas, se diría naturales, que gobiernan la vida íntima del grupo, por lo que aparentemente son dadas y hechas cumplir por el Pater Familia erigiéndose éste en el legislador o Juez.

Hay una sola autoridad, un sólo regulador de las relaciones familiares, que no es otro que el Estado, que al normar las relaciones familiares, que son de la misma naturaleza, unas veces lo hace directa y expresamente, y en otros casos refiriéndose o delegando en favor del jefe de familia la facultad de normar ciertas relaciones íntimas, de modo que el Derecho Externo o Escrito, regula todas las relaciones familiares, tanto las externas como las internas, con la única diferencia que norman las primeras en forma expresa y específica, o directamente.

PALABRAS CLAVE: Derecho, Familia, Parentesco, Consanguineidad, Matrimonio, Vínculo jurídico, Efectos personales, Efectos patrimoniales.

ABSTRACT: From the point of view most elementary Reservations, Family Law comes a be the set of rules governing the development of the nuclear family, Stage and Activity Centre A multiple and continuous. Both in regard to its constitution Como, the relationships that occur among its members, and the community in general.

Family law is that branch of law which is responsible for regulating the relations existing between those who are connected by blood ties, affinity, affective or created by law.

While it is true that the Government of The Family esta shared by religion, morality, tradition and law, which results in Rijan do Multiple Desenvolviment and varied forms of As varied and manifold is the activity that unfolds the family, it is also true that not everything that set of rules is the family law, although work closely linked I confused, but only those that the legislator's Incorporated has expressly and impliedly, as standards legal, This is application generally compulsory and coercive.

Given the complexity of family relations, law Can not Endorse, at least not expressly, ALL rules governing the development of the family, as in the case of such rules, it would seem natural that govern the inner life of the group , so apparently Given son and enforced by the pater familias being elevated This is the legislator or judge.

There is only one authority f, A Single Regulator Family Relations, which is none other than the state, to regulate Family Relationships son that just nature, sometimes behold ago directly and specifically, and in other cases referring or devolving on behalf of the family head of the Faculty of regulating certain intimate relations so that external law or written, regulates all family relationships, both external or as internal, with the only difference that Norman's First fit expressly and specifically, O directly.

KEY WORDS: Right, Family, Kinship, Linebreeding, Marriage, Legal relationship, personal effects, economic effects.

SUMARIO:

- 1.- Introducción;
- 2.- Concepto De Familia;
 - 2.1.- Sociológicamente; 2.2.- Jurídicamente;
 - 2.3.- En Sentido amplio (familia extendida);
 - 2.4.- En sentido restringido (familia nuclear);
- 3.- las 7 sentencias en temas de familia más comentadas del 2015;
 - 3.1.- Esposo podrá quedarse con el hogar conyugal si mujer lo abandonó por quedar desempleado;
 - 3.2.- Está exenta de prestar alimentos la madre que ejerce la tenencia de los hijos;
 - 3.3.- Tenencia de menores no siempre corresponde a la madre;
 - 3.4.- Padre pierde la tenencia de su hijo si provocó síndrome de alienación parental;
 - 3.5.- No hay indemnización si separación de hecho fue por mutuo acuerdo;
 - 3.6.- Segunda esposa del bigamo conserva derechos si desconocía primer matrimonio,
 - 3.7.- Reconocimiento de paternidad no puede estar sujeto a plazos;
- 4.- Organización Jurídica;
- 5.- Naturaleza Jurídica;
- 6.- Marco Constitucional;
 - 6.1.- El Principio de Protección de la Familia;
 - 6.2.- Principio de Promoción del Matrimonio;
 - 6.3.-Principio de Amparo de las Uniones de Hecho;
 - 6.4.- El principio de Igualdad de Categorías de Filiación;
- 7.- Fuentes constitucionales de la familia;
 - 7.1.- El matrimonio;
 - 7.2.-La adopción;
 - 7.3.- Filiación;
8. Naturaleza Jurídica;
 - 8.1 Derecho Privado;

- 8.2.- Derecho Público;
- 8.3.- Derecho mixto;
- 9.- Caracteres del Derecho de Familia;
 - 9.1.- De Carácter Natural;
 - 9.2.- De Orden Público;
 - 9.3.- De Carácter Ético;
- 10.-Conclusiones;
- 11.- Referencias Bibliográficas.

1. INTRODUCCION

Algunos refieren su relación con los vocablos dhá (asentar) y dhaman (asiento, morada) designando la casa doméstica y, en un sentido específico, los bienes pertenecientes a esa morada, el patrimonio. Otros en la raíz vama, hogar o habitación comprendiendo a todos los sujetos que compartían un mismo techo.

A decir de otros autores consideran que provienen de la voz latina famas, hambre, como referencia que es en la familia donde se satisface esta necesidad fundamental. Para la teoría que merece mayores seguidores explica que familia procede de la voz familia, derivada de la raíz latina clásica famulus, que devienen de famel referido al sirviente o esclavo, quizá, a que todos los miembros de la familia, que incluía personas extrañas, como clientes y esclavos, estaban sometidos servilmente a la autoridad del Pater Familia.

2. CONCEPTO DE FAMILIA

La familia es sinónimo de grupo de personas unidas por el matrimonio o parentesco.

La familia es una agrupación humana básica e institución social permanente y natural, conformada por un conjunto de personas unidas íntimamente por vínculos de sangre o por vínculos jurídicos, provenientes de relaciones intersexuales, de filiación y que se sujetan a una conducta y convivencia en un mismo domicilio.

Para el maestro Héctor Cornejo Chávez señala que "la Familia debe ser tratada desde un ámbito sociológico y jurídico":

2.1 Sociológicamente

La familia ha sido considerada como "una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana". La Familia es la célula básica de la vida social.

2.2 Jurídicamente

La idea de familia puede ser concebida en diferentes sentidos, cada uno de los cuales tiene una importancia mayor o menor dentro del Derecho entendida de dos maneras, uno en sentido amplio y otro en sentido restringido.

2.3 En Sentido amplio (familia extendida)

La familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco, la afinidad, es decir va existir algún vínculo jurídico familiar.

2.4 En sentido restringido (familia nuclear)

La familia puede ser entendida como, el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación, es decir por la relación intersexual o la procreación (marido y mujer, padres e hijos, que estén bajo la patria potestad, generalmente solo los menores o incapaces).

Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces.

3. LAS 7 SENTENCIAS EN TEMAS DE FAMILIA MÁS COMENTADAS DEL 2015

3.1 Esposo podrá quedarse con el hogar conyugal si mujer lo abandonó por quedar desempleado

El TC estableció que en el amparo no podrá valorarse el material probatorio actuado en un proceso de divorcio por separación de hecho. Por ello, no puede discutirse en sede constitucional si fue correcta la calificación del juez de familia de considerar al marido como el cónyuge más perjudicado con la separación.

Además, en su sentencia recaída en el Exp. N° 01998-2014-PA/TC, afirmó que es totalmente válido que se entregue al marido la casa conyugal, a título de indemnización, si en el proceso de divorcio se demuestra que fue la mujer quien abandonó el hogar conyugal y la ruptura se debió a que aquel se quedara sin trabajo asumiendo la tenencia de sus menores hijos. Ingrese aquí para conocer más de la sentencia.

3.2 Está exenta de prestar alimentos la madre que ejerce la tenencia de los hijos

La madre que ejerce en los hechos la tenencia de los menores debe ser excluida de la obligación de prestar alimentos a favor de ellos. Así lo estableció un fallo judicial al explicar que el tiempo empleado en el cuidado de los menores disminuye la posibilidad de la progenitora de realizar una actividad laboral permanente que le permita generar recursos económicos.

Asimismo, en dicha sentencia se indica que la tenencia de los hijos conlleva tanta exigencia como la de un trabajo remunerado. Mayor información aquí.

3.3 Tenencia de menores no siempre corresponde a la madre

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema señaló que al momento de fijar la tenencia, el juez deberá evaluar las circunstancias favorables al menor, aunque ello signifique ir en contra de su voluntad. Asimismo, a través de la Cas. N° 1961-2012-Lima, se explicó que si bien el Código de los Niños y Adolescentes establece que, cuando no exista acuerdo en la tenencia, el menor deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo (art. 84), la aplicación de esta regla dependerá de las situaciones de cada caso en concreto y siempre que esto sea favorable al menor.

Por tanto, se declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la madre de dos menores en contra de la resolución que otorgaba la tenencia y custodia de los hijos a favor del padre, en la medida que se acreditó que la progenitora no tenía capacidad mental para convivir con ellos. Más detalles del fallo en este enlace.

3.4 Padre pierde la tenencia de su hijo si provocó síndrome de alienación parental

El síndrome de alienación parental es una forma de maltrato infantil. Por ello, el progenitor

alienante debe perder la tenencia del menor pese a la existencia de un acuerdo conciliatorio a su favor; pues esta circunstancia provocaría la destrucción total del vínculo con el otro padre. Conozca más sobre el criterio expuesto por la Segunda Sala Civil de Ica en el Expediente N° 75-2012 (13/03/2013) aquí.

3.5 No hay indemnización si separación de hecho fue por mutuo acuerdo

Un fallo judicial negó el derecho a la indemnización por separación de hecho al comprobarse que el término de la convivencia fue un acuerdo de la pareja y no una decisión unilateral. Siendo así, se concluyó que no existía un cónyuge perjudicado a quien indemnizar. Así lo estableció el Segundo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Lima, en su Resolución N° 22. Mayor información dando click aquí.

3.6 Segunda esposa del bigamo conserva derechos si desconocía primer matrimonio

Es nulo el matrimonio contraído entre el bigamo y la segunda esposa; sin embargo, según lo dispuesto por la Corte Superior de Justicia de Huánuco, ella conservará sus derechos civiles como si se tratara de un matrimonio válido disuelto por divorcio siempre que haya actuado de buena fe, en los términos previstos en el artículo 284 del Código Civil.

De igual forma, no corresponde indemnizar a la primera esposa por daños y perjuicios, en la medida que la segunda cónyuge no actuó de mala fe, esto es, que haya sabido sobre la existencia de un primer matrimonio. Sepa más detalles del caso aquí.

3.7 Reconocimiento de paternidad no puede estar sujeto a plazos

La Corte Suprema ratificó el criterio jurisprudencial por el cual el reconocimiento de paternidad puede accionarse en cualquier momento, pues toda persona tiene derecho a su identidad.

4. ORGANIZACIÓN JURÍDICA

La organización legal trae consigo la determinación del vínculo familiar, entendido como relación entre las personas unidas por vínculo biológico.

El matrimonio, es el vínculo jurídico familiar esencial. Todo vínculo presupone un acto creador, y cuando este reviste importancia esencial, la ley lo rodea de formas y solemnidades como condiciones de su existencia y de su prueba. De ahí que sea el matrimonio el fundamento del vínculo jurídico familiar.

A la existencia jurídica, se suman los principios morales y religiosos se realiza así la armonía de los órdenes concurrentes del sistema normativo que rige la conducta humana. El

vínculo jurídico familiar es fijo, tanto por la celebración del matrimonio, como por su omisión.

5. NATURALEZA JURÍDICA

La familia es una institución jurídico-social porque trata de las relaciones familiares como son actos jurídicos familiares, matrimonio, reconocimiento de hijos, adopción, etc.

Y luego en razón de que no puede dejar de reconocerse como institución social es decir como célula social básica e incontenible de la sociedad.

6. MARCO CONSTITUCIONAL

Los principios relativos a la familia contenidos en la Constitución son:

6.1 El Principio de Protección de la Familia

En el art. 4 se precisa que la comunidad y el estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad.

De otra parte toda vez que no se hace referencia expresa a determinada base de constitución, se evidencia que se protege a un solo tipo de familia, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial.

La familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o de hecho.

6.2 Principio de Promoción del Matrimonio

En el art. 4 del segundo párrafo señala que el principio es de promoción del matrimonio, lo cual confirma que la familia es una sola sin considerar su origen legal o de hecho.

Este principio importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación. Este principio guarda relación con el de la forma del matrimonio.

A diferencia de la CPP de 1979, que sentaba el principio como protección del matrimonio, por lo que se sostenía que la familia que se protege era la de base matrimonial.

En la actual Constitución considera que la familia es una sola sin considerar su base de constitución legal o de hecho.

6.3 Principio de Amparo de las Uniones de Hecho

Este principio sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos personales y patrimoniales reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio.

La tesis de la apariencia al estado matrimonial no trata de amparar directamente la unión de hecho, sino elevarla a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones

exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad.

En el aspecto personal, es donde la tesis de la apariencia al estado matrimonial demuestra su real aplicación.

Se parte de considerar que en una unión de hecho la vida se desarrolla de modo similar a la que sucede en el matrimonio.

Sin embargo y no produciendo los mismos efectos, el tratamiento y las consecuencias jurídicas de los deberes familiares emergentes de la unión de hecho son diferentes de los del matrimonio.

En el aspecto patrimonial la unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fueren aplicables.

6.4 El principio de Igualdad de Categorías de Filiación

Este principio significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres. En tal virtud, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato paritario ante la ley.

El derecho del niño de conocer a sus padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que se origina de la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y la maternidad.

7. FUENTES CONSTITUCIONALES DE LA FAMILIA

7.1 El matrimonio

Regulado en el art. 234 del Código Civil.

7.2 La adopción

Es el acto por el cual se recibe como hijo nuestro, con autoridad real o judicial, a quien lo es de otro por naturaleza.

La adopción constituye un sistema de crear artificialmente la patria potestad.

Normas aplicables: arts. 377 al 385 del CC y del art. 124 al 144 del Código del Niño y el Adolescente.

La tramitación es de acuerdo al Código Procesal Civil. Arts. 749 inc. 3 y 781 de la norma adjetiva.

7.3 Filiación

Es aquella relación parental que vincula a padres e hijos.

8. NATURALEZA JURÍDICA

Hay un gran debate sobre la naturaleza jurídica del Derecho de familia. ¿Será un derecho Público, Privado mixto o social?

8.1 Derecho Privado

Como en toda relación jurídica en la familia prima la libertad de la persona. La autodeterminación es una regla insoslayable en este tipo de Derecho a través del cual se crean, regulan, modifican o extinguen sus instituciones.

El matrimonio, el reconocimiento y adopción sientan su origen en la voluntad de las partes como actos jurídicos familiares.

8.2 Derecho Público

Las relaciones familiares se caracterizan por la total dependencia del Estado lo que se ve reflejado en el ius cogens, imperatividad y orden público que identifican a sus normas, siendo la interpretación de esta restrictiva, limitada la autonomía de la voluntad y sus derechos total y absolutamente indisponibles.

8.3 Derecho mixto

Consideramos que esta posición es la más aceptable tomando en cuenta que si bien la voluntad está limitada no puede ser dejada del todo, en todo caso puede decirse que su campo de acción es reducido pero no subordinado.

9. CARACTERES DEL DERECHO DE FAMILIA

El Derecho de Familia tiene caracteres singulares y propios, que los distinguen de los demás Derechos, por que regula relaciones de desenvolvimiento inexorable pese a la voluntad del hombre por lo que más que familiares merecen el calificativo de relaciones naturales, que de hecho están gobernadas por la naturaleza antes que por la Ley.

Los caracteres que distinguen al Derecho de Familia son:

9.1 De Carácter Natural

Si bien el Estado tiene la facultad soberana de regular las relaciones sociales en la forma más conveniente para el interés público, en el caso del Derecho de Familia existe la dificultad de que no se puede modificar las relaciones familiares a voluntad, sino en la medida que lo consienta la naturaleza y el interés social que no se traspase los límites señalados por la naturaleza y el interés de la sociedad.

9.2 De Orden Público

El Estado, como se ha dicho, con el propósito de amparar a la familia, de contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en atención a su importancia como sociedad natural e institución fundamental de la nación, como se reitera en el artículo 4 de la Constitución, ha elevado a la categoría de disposiciones de orden público las Normas más importantes del Derecho de Familia, las que, por tanto, no pueden ser modificadas ni suprimidas por decisión de la voluntad individual de los cónyuges por que no admite pacto en contrario, como lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

9.3 De Carácter Ético

Como se ha dicho, no sólo las normas jurídicas son las que gobiernan el desenvolvimiento de la familia, sino también hay concurrencia o participación de normas de otra índole, como son las religiosas, morales, de tradición, etc., es una especie de cogobierno familiar.

Pero con las que hay mayor vinculación es con las normas éticas con las que suele confundirse las jurídicas, pudiendo afirmarse que estas dos clases de normas son las que gobiernan el desenvolvimiento de la familia, porque el legislador ha incorporado el Derecho Positivo con el carácter de jurídicas, número importante de las normas morales que se refiere a

la vida íntima del núcleo familiar, como es del caso de las obligaciones recíprocas que se generan para los cónyuges como efecto de la celebración del matrimonio, de fidelidad, asistencia y la de hacer vida común, que son materia de los artículos 288 y 289 del Código Civil.

10. CONCLUSIONES

El derecho de familia es el conjunto de normas de orden personal y económico que regulan las relaciones entre cónyuges y convivientes así como también entre padres e hijos, así como las reglas que regulan el régimen económico del matrimonio y de la convivencia.

En nuestro país el Derecho de Familia se encuentra regulado en el Código Civil y son de cumplimiento imperativo obligatorio es decir no se puede renunciar a ellos.

11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. "Exegesis". Tomo I, Segunda edición, Lib. Studium, Lima, 1987.
- AZPIRI, Jorge O. Juicios de divorcio vincular y separación personal. Primera Edición, Buenos Aires Editorial Hammurabi, 2005.
- AZPIRI, Jorge O. Uniones de Hecho. Primera Edición, Buenos Aires Editorial Hammurabi, 2003.
- BORDA, Guillermo. "Manual de Derecho de Familia", 12 a edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. "Código Civil". Tomo I. 6ª edición, Talleres Gráficos, Lima.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín. "Derecho de menores". 6ª edición, Grijley, Lima, 2002.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Décima edición actualizada, Gaceta jurídica 1999.
- DIAZ VALDIVIA, Héctor. Derecho de Familia, Décima Edición 1998 Arequipa.
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. "Sistema de Derecho civil". Vol. IV, 5ª edición, revisada y puesta al día, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- GHERSI, Carlos Alberto, Alimentos, segunda edición actualizada y ampliada, editorial Astrea Buenos Aires 2005.
- LAFAILLE, Héctor. "Curso de Derecho de Familia". Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos aires, 1930.
- PLACIDO V., Alex F. Manual de Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, primera edición enero 2001 - Lima.
- VALVERDE, Emilio. El Derecho de Familia. Tomo I. Lima, Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942 - Lima.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Divorcio, filiación y patria potestad. Editorial Jurídica GRIJLEY, 2004.

PROCESOS DE REIVINDICACIÓN Y/O MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD, LA RECONVENCIÓN SOBRE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO AUN NO DECLARADO POR EL PODER JUDICIAL.



ARTÍCULO JURÍDICO POR:

JULIO CESAR ARBIETO HUANSI

JUEZ TITULAR DEL JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DE LURÍN

-DISTRITO JUDICIAL DE LIMA - SUR

RESUMEN: Un alto porcentaje de los muchos despojados por títulos falsificados o suplantados, iniciaron demanda de nulidad de acto jurídico contra los terceros adquirentes, bajo la premisa de que estos actuaron con mala fe, por lo que el acto sería nulo por fin ilícito u otra causal establecida en la ley. Sin embargo, el estándar probatorio exigido por el órgano jurisdiccional, normalmente muy estricto, hace que las demandas contra el tercero sean normalmente desestimadas con distintos argumentos, como que "no se pudo probar la mala fe", "solo basta revisar la inscripciones", "la seguridad del tráfico exige asegurar las adquisiciones", entre otras frases retóricas.

Pues bien, una vez que el propietario despojado ha perdido judicialmente el caso de nulidad frente al tercero de buena fe, ¿puede intentar algún mecanismo legal?

La propiedad, sin duda alguna, ha sido uno de los presupuestos básicos para la creación de los sistemas jurídicos occidentales, y en función de ello se ha manifestado su aporte para el inicio de la industrialización. Los intereses que giran en torno a esta institución son diversos, tal como lo manifiesta el profesor italiano Paolo Grossi al afirmar que: "ningún discurso jurídico

está quizás tan empapado de bien y de mal, tan sazonado por visiones maniqueas como aquel que se refiere a la relación hombre-bienes. Porque son tan grandes los intereses en juego que inevitablemente las opciones económico-jurídicas vienen defendidas por las corazas no corroíbles de las connotaciones éticas y religiosas”.

Su régimen refleja la concepción filosófica de cada pueblo así como el factor que determina la estructura de su organización. Así pues, de manera inicial se podría decir que en regímenes liberales se reconoce la propiedad individual y la libre iniciativa privada, en cambio en regímenes socialistas se substituye la propiedad individual por la propiedad colectiva o la propiedad del Estado reduciendo a su mínima expresión la iniciativa privada, basándose entonces la actividad económica en la planificación estatal. Siendo esto así, precisar su concepto, alcances y limitaciones; determinar la legitimación de los titulares y su reconocimiento por parte de los terceros, así como explorar los márgenes de su estabilidad (protección) en el transcurso del tiempo, son ámbitos de estudio necesarios para tener una aproximación básica sobre esta institución jurídica.

PALABRAS CLAVE: Prescripción, Propiedad, Legitimidad, Derecho, Dominio, Poseedor, Casación, Título, Desprendimiento, Registral, Reconvención, Demanda.

ABSTRACT: A high percentage of the many dispossessed by counterfeit or impersonated titles, initiate the demand for the nullity of the legal act against the experts acquired, under the premise of the acts that are carried out in bad faith, for which the act is null and finally illegal or other causal cause in the law. However, the evidentiary standard demanded by the jurisdictional body, normally very strict, “only bad faith can be proven”, “it is enough to review the inscriptions”, “Traffic safety requires securing acquisitions”, Among other rhetorical phrases.

Well, once the owner has lost the judicial power in the case of the good person, can he try some legal mechanism?

Property, without a doubt, has been one of the basic presuppositions for the creation of Western human systems, and the function of this has manifested itself at the beginning of industrialization. They are diverse, as the Italian professor Paolo Grossi states when he affirms that: “no legal discourse is perhaps that which is steeped in good and evil, so seasoned by visions as that which refers to the relationship between man and property. The interests in the game that inevitably the economic-legal options are defended by the non-corrodible cuirasses of the ethical and religious connotations.

Their regime of the philosophical conception of each people as well as the factor that determines the structure of their organization. Initially, one could say that liberal regimes recognize individual property and free private initiative, social change, and substitute individual property for collective property and State property. Private, then, economic activity in state planning. This being so, to specify its concept, scope and limitations; Determine the legitimacy of the titles and their recognition by third parties, as well as explore the margins of their stability over time.

KEY WORDS: Prescription, Property, Legitimacy, Right, Domain, Holder, Cassation, Title, Detachment, Registration, Counterclaim, Demand.

SUMARIO:

- 1.- Introducción;
- 2.- La Prescripción Adquisitiva: Fundamentos de su existencia en el Derecho Comparado y en Legislación Nacional;
 - 2.1.- La Evolución de la Prescripción Adquisitiva en el Perú;
 - 2.2.- La Prescripción Adquisitiva vs. la Buena fe Registral;
- 3.- Mejor Derecho a la Propiedad;
- 4.- Reconvención;
 - 4.1.- Requisitos para la Reconvención;
 - 4.2.- Características de la Reconvención;
- 5.- Conclusiones;
- 6.- Referencias Bibliográficas.

1. INTRODUCCION

La prescripción adquisitiva de dominio supone el reconocimiento de una situación de hecho. La mayor parte de las veces, este reconocimiento estará dirigido a facilitar la prueba del derecho propiedad de los titulares; sin embargo, en algunas ocasiones despojará al legítimo titular de su derecho de propiedad. Si bien el segundo efecto se puede dar, ambos sistemas consideran que no es el fundamento principal de la institución.

En principio en el ámbito nacional se ha aceptado de manera pacífica tales fundamentos. La mayoría de autores postulan que la función principal de la prescripción adquisitiva de dominio es la prueba del derecho de propiedad, postura que compartimos.

Sin embargo, en el año 2008 se desarrolló un pleno casatorio acerca de esta materia, en el cual se definió el fundamento de la prescripción adquisitiva en los siguientes términos: Se considera que el real fundamento de la usucapión es el significado constituyente de la apariencia como única realidad del derecho y de la propiedad. La usucapión es algo más que un medio de prueba de la propiedad o un instrumento de seguridad del tráfico, es la realidad misma (la única realidad) de la propiedad. El substrato dogmático de un orden social patrimonial. El Pleno Casatorio genera ciertas dudas. La posición que se asume considera a la prescripción adquisitiva como el modo en que se consolida una situación de hecho ("real").

Sin embargo, al indicar que se trata de reconocer la realidad misma sin más, consideramos que enfatiza a la prescripción como medio de adquisición de propiedad, dejando relegado en un segundo plano la función probatoria de dominio. Como hemos visto, la adquisición de propiedad de un non domino es si se quiere una patología de la figura, no el fundamento de la institución.

2. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: FUNDAMENTOS DE SU EXISTENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

Antes de pasar al análisis de la modificación que propone la Comisión Reformadora del Código Civil en materia de prescripción adquisitiva, creemos conveniente iniciar el presente trabajo detallando los fundamentos para la existencia de esta figura en los sistemas jurídicos en donde se ha desarrollado esta institución.

2.1 La Evolución De La Prescripción Adquisitiva en el Perú.

Para poder identificar las reales implicancias de la modificación del artículo 952 en el proyecto de Reforma del Código Civil, creemos necesario ver su codificación en nuestro país a través del tiempo. Nos pronunciaremos brevemente sobre el Código Civil de 1852, el de 1936 y el de 1984. A. Código Civil de 1852 En el Código Civil de 1852 la prescripción adquisitiva de dominio y la prescripción extintiva estaban reguladas bajo el mismo título, habiendo una sección de disposiciones generales y luego, por separado, las normas especiales para cada tipología. Dentro de las normas especiales sobre prescripción adquisitiva, se indicaba que el poseedor de buena y mala fe podía hacerse propietario del bien inmueble. En el caso del poseedor de buena fe, se debía tener 10 años de posesión; mientras que el poseedor de mala fe debía poseer el bien por 40 años. Para la prescripción corta, se necesitaba tener, además, posesión continua y justo título; mientras que para la larga solo era necesario la posesión continua por el plazo

señalado. A pesar de ya encontrarse regulada la institución bajo comentario, todavía no existía un Registro Público unificado.

Como se desprende del articulado, cada escribano público tenía su propio registro de escrituras públicas. Siendo así, aún no se presentaba el problema de la prescripción adquisitiva de dominio contra tabulas per se, ni el conflicto con el adquirente registral de buena fe.

2.2 La Prescripción Adquisitiva Vs. La Buena Fe Registral

Como ya hemos adelantado, nuestro problema surge cuando colisiona al derecho de quien obtiene la propiedad en base a la confianza de la información contenida en Registros Públicos contra el derecho del adquirente que adquirió el derecho por prescripción. La jurisprudencia ha sido muy variada al analizar este problema, dándole la razón a uno u otro sin seguir una línea cierta, lo cual cobra sentido toda vez que el mismo Código Civil no es claro respecto a esta circunstancia.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la Casación No. 865-2007 Cajamarca, en el cual la Corte Suprema planteó la necesidad de que la demanda de prescripción adquisitiva sea inscrita en el registro correspondiente, a efectos de dar la publicidad debida: "Sexto.- (...) En tal sentido, el artículo 2014 ab initio del Código Civil prescribe que el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para hacerlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por, virtud de causas que no consten en los registros públicos, por lo que dicha norma es igualmente pertinente para solucionar este conflicto. Séptimo.- En efecto, para enervar la buena fe del tercero adquirente, Eustaquia Cema Hernández debió haber anotado su demanda de prescripción adquisitiva de dominio en los Registros Públicos, cosa que no hizo (...) Octavo.- Asimismo, Eustaquia Cema Hernández no inscribió el dominio que alega sobre el predio en controversia, motivo por el cual, de haberse aplicado el artículo 2022 ab initio del Código Civil otro hubiese sido el sentido de la decisión, y la sentencia en que sustenta su derecho es de fecha posterior al título de adquisición del actor".

Asimismo, podemos citar la Casación 2185- 2008 Lima, en el cual la Corte Suprema prefirió la buena fe registral con la que actuó el adquirente frente a quien quería oponer su derecho de propiedad por haberlo obtenido de acuerdo a la prescripción adquisitiva. En ese sentido, la corte estableció: "Quinto.- De lo expuesto, se arriba a la conclusión que tratándose de derechos de igual naturaleza, resulta de aplicación las normas en comentario y especialmente la última norma en mención, que da solución al conflicto surgido en autos (...) Por lo demás, el artículo 2014 del Código Civil, al regular el principio de buena fe registral, es claro en señalar que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. Siendo que en el caso de autos, no existe ningún elemento de juicio que destruya la buena fe con que procedió la accionante al adquirir el bien sub judice (...)".

Por su parte, y siguiendo un razonamiento contrario al de la anterior casación reseñada, tenemos la Casación No. 750-2008 Cajamarca, en la que se estableció que, aún en ausencia de sentencia declarativa, el solo paso del tiempo y el cumplimiento de los requisitos para la prescripción transforma en propietario al poseedor, siendo que, acaecido estos requisitos, el titular registral perdía la propiedad y, en ese sentido, quien adquiriría los bienes de este

último, estaba adquiriendo los bienes de un non domino y, de manera muy criticable, declaró la nulidad de la transferencia realizada por el titular registral. Expresamente, esta casación señaló: "Noveno.- Ahora bien, establecido que la usucapión opera de pleno derecho, es decir, que el efecto de la adquisición del derecho de propiedad sobre un bien en virtud a una

3. MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD

La acción de mejor derecho de propiedad tiene como fin oponer un derecho real frente a un tercero que también sostiene tener el mismo derecho sobre el bien. La acción de mejor derecho de propiedad es imprescriptible.

En un proceso sobre mejor derecho de propiedad serán los Jueces que determinarán a través de las pruebas presentadas cuál de los derechos de propiedad es preferente.

El proceso de mejor derecho de propiedad tiene como fin obtener una declaración de que existe un propietario del bien.

Derechos del Propietario

4. RECONVENCION

Figura por la que la parte demandada, al contestar la demanda, busca hacer valer la pretensión que tiene contra su demandante. Es una contrademanda; se puede decir que se hacen valer dos pretensiones en una misma acción. / Comúnmente conocida como la contrademanda o contracción.

Según Alsina es una "demanda que introducen el demandado en su contestación (...) y constituye un caso de pluralidad de litis en un proceso entre las mismas partes". Constituye una pretensión, esta vez, planteada por el demandado frente al actor originario (sujeto activo), dándose una acumulación de pretensiones. / Acto de petición hecha por el demandado contra el demandante ante el mismo juez y en respuesta a la demanda que se le ha interpuesto, para que ambas sean tramitadas y resueltas con la sentencia.

Sin duda se trata del ejercicio del derecho de acción por parte del demandado, esto solo puede ocurrir en un proceso ya iniciado, en el que este ha sido emplazado. Por tal mérito, el demandado incorpora al proceso una pretensión propia, absolutamente autónoma respecto de la pretensión contenida en la demanda, la que además está dirigida contra el demandante.

La reconvencción puede ser confundida con la llamada contrademanda que, en nuestra opinión, aunque con distinto nombre, es la especie del género que es la reconvencción. Que la demanda, la pretensión intentada por el demandante debe estar fáctica y jurídicamente relacionada con el demandado y así asumiendo por efecto, la demanda y la pretensión intentada por el demandado la reconvencción dentro del mismo proceso, caracterizada porque guarda conexidad con la pretensión principal. Dado que los hechos y el derecho configuran la llamada razón de pedir o iuris petitio, que es uno de los elementos de la pretensión, en el caso de una reconvencción, la razón o causa de pedir es invertida por el demandado, quien considera que respecto de la misma situación de conflicto es el demandante quien tiene una obligación

incumplida con él.

Así, por ejemplo, si una persona demanda a otra el perfeccionamiento de un contrato de compra-venta, habrá contrademanda si el demandado pretende la resolución del contrato. Como se advierte, mientras el demandante pretende perfeccionar una relación contractual, el demandado busca dejarla sin efecto. Sin embargo, exigiendo a los conceptos un nivel de precisión, advertimos que aquello que se da en llamar contrademanda se debe nombrar, en estricto, contra pretensión, dado que están conectados los hechos y el derecho que configuran las pretensiones del demandante y el demandado, en tanto la de este último se opone directamente a la del primero.

Por lo demás, no puede ser contrademanda porque si, de acuerdo con lo que ya se expuso, la demanda está dirigida al Estado, entonces la reconvencción también tendría como sujeto pasivo al Estado. Por eso, nos parece correcto denominarla contra pretensión, dado que está dirigida al demandante, en tanto la pretensión está dirigida contra el demandado.

4.1 Requisitos de la reconvencción

- Es necesario complementar los requisitos prescriptos para el escrito de demanda en cuanto a la exposición de los hechos, derecho, cosa demandada, petición y prueba documental.
- Deducirla en el mismo escrito de la contestación de demanda.
- El tribunal que interviene en la demanda principal debe tener competencia para conocer de la reconvencción, o ser admisible la prórroga de competencia. El juez debe ser competente por razón de materia para las dos pretensiones prescindiendo de distinguir las materias civil y comercial.
- Que sea susceptible de ventilarse por los mismos trámites de la demanda principal, por razones de orden procesal.
- Que derive de la misma relación jurídica o sea conexa con la pretensión originaria y que se funde en un interés directo del reconviniendo en contra del actor.

4.2 Características de la reconvencción:

- Es una pretensión independiente a la pretensión alegada por el demandante en el libelo de demanda. •
- La pretensión objeto de la reconvencción puede estar fundada en el mismo o en diferente título que la del actor. •
- La reconvencción debe ser propuesta ante el mismo juez que conoce de la demanda principal, junto con la contestación y decidida contemporáneamente con aquella en el mismo proceso.

5. CONCLUSIONES

Para que la demanda de reconvencción produzca efectos no es necesario que se desestimen las pretensiones de la demanda inicial. Es decir, la demanda de reconvencción no tiene que atacar directamente la demanda inicial, de modo que al final, el juez, decidirá sobre ambas demandas sin que una excluya a la otra.

La Constitución Política del Perú establece que el derecho de propiedad es inviolable...A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización.

En el proceso sobre mejor derecho de propiedad existirían dos derechos en lo que respecta a un mismo bien. Las partes presentarían un título o documentos que servirán para demostrar cuál de ellos tiene el mejor derecho de propiedad por antigüedad, rango o inscripción registral.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- José María Asencio Mellado "Derecho Procesal Civil", Valencia 2000
- <https://legis.pe/criterios-mejor-derecho-propiedad-inmueble-linderos-descritos-casacion-10802-2014-lima-sur/>
- <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/9063/9474>
- Código Civil
- Constitución Política 1993

DERECHOS HUMANOS



ARTÍCULO JURÍDICO POR:

JACINTO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA

DOCTOR EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

RESUMEN: Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna.

Hoy en día, los llamados “derechos humanos” dan para todo. Es cosa que cualquier aspiración, por rara, absurda, chocante o arbitraria que sea se disfrace con la categoría de “derechos humanos”, para que casi por arte de magia, se imponga o intente imponerse de forma arrolladora y sin consideraciones a muchas otras aspiraciones legítimas o a verdaderos derechos.

Hoy las mayorías, en un falso sentido de lo que es en realidad la democracia, lo son todo políticamente, aunque sus decisiones lesionen frontalmente lo que desde la más remota

antigüedad se consideraba moral, respetable y por encima de cualquier ley que los hombres pudieran decidir.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, Persona, Dignidad, Condición, Respeto, legitimidad, Universal, Ser Humano, Ley, Principios, Pueblo, Reconocimiento.

ABSTRACT: Human rights are inherent rights of all human beings, without distinction of race, sex, nationality, ethnic origin, language, religion or any other condition. Human rights include the right to life and liberty; not to be subjected to slavery or torture; to freedom of opinion and expression; Education and work, among many others. These rights correspond to all people, without any discrimination. Today, the so-called "human rights" give for everything. It is one thing that any aspiration, strange, absurd, shocking or arbitrary that is disguised with the category of "human rights", so that almost all the art of magic, impose or imposing overwhelmingly and without taking into account many other legitimate aspirations or true rights. Today, in the sense of what it is in reality, in democracy, in what is everything politically, although with its decisions they frontally injure, what for a long time is considered moral, respectable and so even in any law that men decide.

KEY WORDS: Human Rights, Person, Dignity, Condition, Respect, Legitimacy, Universal, Human Being, Law, Principles, People, Recognition.

SUMARIO:

- 1.- Introducción;
 - 1.1.- Historia sobre derechos humanos universales;
 - 1.2.- Las mayorías y la democracia;
 - 1.3.- Los hombres de hoy;
 - 1.4.- El derecho natural;
- 2.- ¿Cómo se Gestaron los derechos Humanos de Tercera Generación?;
- 3.- Listado de Derechos Humanos de Tercera Generación;
 - 3.1.-Derecho al desarrollo sostenido;
 - 3.2.- Derecho a la autodeterminación de los pueblos;
 - 3.3.- Derecho a la paz;
 - 3.4.- Derecho a la protección de los datos personales;
 - 3.5.- Derecho al patrimonio común de la humanidad;
 - 3.6.- Derecho a gozar de un medioambiente sano;
- 4.- Consejo de Derechos Humanos;
- 5.- Fundamentos Filosóficos de dos Derechos Humanos;
 - 5.1.- El utilitarismo;
 - 5.2.- El subjetivismo;
 - 5.3.- El relativismo;
 - 5.4.- Los procedimientos;
 - 5.5.- Los positivistas;
- 6.-Conclusiones;
- 7.- Referencias Bibliográficas.

1. INTRODUCCION

Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas jurídicas, identificándose consigo mismos y con los demás.¹

1.1.- Historia sobre derechos humanos universales

El listado de los derechos humanos universales está contenida en los treinta artículos que ratificó la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948), en París, tras la Segunda Guerra Mundial, y que dio vida a uno de los documentos más importantes de la historia de la humanidad: la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El gran triunfo de esta declaración es que se aceptó como universal y, a partir de ella, se han realizado todo tipo de nuevos acuerdos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Carta Social Europea (CSE) o la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (CAFDH).

Estos son algunos de los derechos humanos:

1.2 Las mayorías y la democracia

Y esto es así porque quienes tienen la facultad y el deber de legislar, han confundido lamentablemente el derecho natural con el derecho positivo.

1.3 Los hombres de hoy

Roma, nuestra madre, tenía un derecho modélico que nos transmitió y cuyas fuentes eran el *ius, fas y boni mores*, es decir: la justicia, la religión y las buenas costumbres.

Pero es claro que los hombres de hoy, sobre todo los que gobiernan, son mucho más sabios que los grandes jurisconsultos romanos y será bueno que a estas antiguallas las desterremos de nuestro orden social y que nos olvidemos de las enseñanzas de los sabios antiguos porque la modernidad no puede aceptar ninguno de los principios que informaron el derecho romano y que, curiosamente, eran tomados de la observancia estricta de las propias leyes de la naturaleza.

1.4 El derecho natural

La distinción científica entre derecho natural y derecho positivo, deja poco margen a especulaciones teóricas que, muchas veces, vulneran el más elemental sentido común.

Es, sin embargo, se debe reconocer que, muchas veces, el derecho positivo, haciendo precisamente un uso del sentido común, ha venido a desterrar prácticas y malos usos que eran

1 Héctor Morales Gil de la Torre (1996). «Introducción: notas sobre la transición en México y los derechos humanos».

contra natura y practicados precisamente porque el mismo derecho positivo los autorizaba o no reparaba en ellos.

Así las penas afflictivas de torturas y azotes, la propia pena de muerte, u otras que aún perviven en países tales como la pena de cortar la mano al ladrón, la lapidación de la adúltera, los inhumanos castigos carcelarios etc. etc. fueron barbaridades positivas que el propio derecho corrigió, retornando a los principios del derecho natural.

Pero la naturaleza, que es maestra de la vida, como los ecologistas pregonan a voz en grito, no produce abortos voluntarios y, por mucho que nos empeñemos en decir que una cosa es un crimen y otra un pecado, hay pecados que nada tienen que ver con la religión ni con las hoy denostadas censuras de los obispos, sino que son pecado contra la propia naturaleza sin necesidad de una ley que los sancione.

Hipócrates, padre de la medicina griega, no era ningún obispo, y en su juramento profesional establecía cuatro principios sagrados que todo médico debía observar poniendo a los dioses por testigos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en el Consejo de la ONU en diciembre de 1948, fue solo el primer paso para el reconocimiento de una serie de principios inherentes a la condición humana. Tanto es así que hoy día ya es común hablar de derechos de segunda y de tercera generación.

2. ¿CÓMO SE GESTARON LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN?

La Carta de 1948 tiene un carácter universal. No obstante, pasado el tiempo quedó claro que muchos derechos no habían sido especificados en la declaración, sino simplemente sugeridos o esbozados, y que por tanto convenía puntualizar y actualizar el documento con declaraciones, procedimientos o pactos anexos.

Además, los países que participaron en este proceso rápidamente se dieron cuenta de que la declaración no evitaba por sí sola la violación de los derechos humanos en el mundo y que era necesario trabajar en estrategias concretas.

Por otro lado, el concepto de derechos humanos se fue ampliando poco a poco hasta adquirir nuevos significados.

Por ejemplo, en la década de los 80 surgieron las primeras reivindicaciones del cuidado del medioambiente, una cuestión en la que hasta ese momento pocos habían reparado, a pesar de que estaba sugerida previamente en el artículo 25 de la Carta original, que habla sobre la salud.

Fue de este modo como comenzó a hablarse de derechos humanos de segunda generación, que son básicamente los de carácter económico, social y cultural, y más tarde de los derechos de tercera generación, vinculados a valores como la solidaridad.

3. LISTADO DE DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

Los derechos humanos de tercera generación son una actualización de la Carta de 1948. Están motivados por una serie de preocupaciones globales propias de finales del siglo XX y principios del XXI, principalmente el deterioro del medioambiente y sus efectos negativos en la calidad de vida de las personas.

Estos derechos han sido integrados progresivamente en una lista tras varias reuniones, cumbres y encuentros mundiales, como por ejemplo el que tuvo lugar en Barcelona en 1992.

- 3.1 Derecho al desarrollo sostenido: modelos y estructuras económicas que, además de generar beneficios propios, permitan el acceso a servicios básicos y sean una garantía de la sostenibilidad del planeta.
- 3.2 Derecho a la autodeterminación de los pueblos: el que tienen los países de determinar libremente su condición política y su modelo social y económico, aplicando su autonomía nacional sin injerencia de países como Estados Unidos o Rusia que lo viene haciendo principalmente en América del Sur y países bajos.
- 3.3 Derecho a la paz: entendido no solo como ausencia de guerra, sino también como la puesta en marcha de procesos positivos que fomenten la participación, el diálogo, la inclusión, la cooperación y la superación de conflictos.
- 3.4 Derecho a la protección de los datos personales: llama la atención sobre los eventuales peligros y abusos a los que ven expuestas muchas personas ante el cada vez más extendido proceso de informatización.
- 3.5 Derecho al patrimonio común de la humanidad: alude al acceso a los bienes de tipo material e inmaterial que constituyen un legado de especial relevancia para comprender la evolución humana.
- 3.6 Derecho a gozar de un medioambiente sano: Todas las personas tienen derecho a disfrutar de ambientes sanos, limpios y sostenibles.

La lista de los derechos humanos de tercera generación no es total, única o definitiva, sino todo lo contrario: está en permanente transformación y es común que acoja nuevos derechos en función de las preocupaciones mundiales de nuestro tiempo.

4. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS

El Consejo de Derechos Humanos fue creado el 15 de marzo de 2006 por la Asamblea General y se encuentra bajo la autoridad directa de esta última. Sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que estuvo en funcionamiento durante 60 años, como órgano intergubernamental responsable de los derechos humanos.

Este Consejo está formado por 47 representantes de Estados y es el encargado de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo para hacer frente a situaciones de violaciones de los derechos humanos y formular recomendaciones

sobre ellos; entre lo que también se incluye la respuesta a situaciones de emergencia en materia de derechos humanos.

El aspecto más innovador del Consejo de Derechos Humanos es el Examen Periódico Universal (EPU). Este mecanismo único requiere el examen de la situación de los derechos humanos en los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas cada cuatro años.

Se trata de un proceso de colaboración dirigido por los Estados, con el auspicio del Consejo, que ofrece a cada uno de ellos la oportunidad de declarar qué medidas han adoptado y qué retos se han planteado para mejorar la situación de los derechos humanos en su país, así como para cumplir con sus obligaciones a nivel internacional. El EPU está esquematizado para asegurar la universalidad y la igualdad de trato para todos los países.

5. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

- 5.1 El utilitarismo: es la teoría que toma como fundamento de la moral, la utilidad o el principio de la felicidad;
- 5.2 El subjetivismo: reconoce toda la existencia del sujeto fundamenta la posibilidad de elaborar y realizar proyectos de vida;
- 5.3 El relativismo: afirman que la idea del bien y del mal esta en constante cambio a través de la historia, los derechos humanos también;
- 5.4 Los procedimientos: afirman que los derechos humanos dependen de un razonamiento práctico y que puede modificarse;
- 5.5 Los positivistas: solo acepta la realidad de los hechos y sus relaciones.
- 5.7 Influencia del cristianismo: La filosofía estoica, difundida en la sociedad grecorromana, concibió la idea de cosmopolitismo, a la que el cristianismo dio un sentido más espiritual² para afirmar la igualdad de los hombres y las mujeres en tanto que ciudadanos del Reino de Dios³ y su dignidad; no obstante, según Luis de Sebastián, para los teólogos cristianos medievales la igualdad teológica era compatible con la desigualdad social: las personas nacían con un estatus social que, de acuerdo con los designios divinos, era el más adecuado para su salvación⁴.

2 Gómez Pérez, Rafael (2005). Breve historia de la Cultura Europea. Madrid: Rialp. ISBN 84-321-3558-5., pág. 17

3 González Uribe, Héctor. Fundamentación filosófica de los derechos humanos ¿personalismo o transpersonalismo?, pág. 328

4 Sebastián, Luis (2000). De la esclavitud a los derechos humanos. Barcelona: Ariel. ISBN 84-344-1204-7., pág. 19

6. CONCLUSIONES

Si bien la carta reúne 30 artículos con los derechos de los que posee y disfruta cualquier persona sin ningún tipo de distinción ya sea de sexo, edad, religión, origen, nacionalidad o raza, la concepción de los derechos ha evolucionado ampliamente a lo largo de casi ocho décadas.

Uno de los grandes logros de las Naciones Unidas ha sido la creación de un conjunto global de instrumentos de derechos humanos un código universal de derechos humanos protegidos internacionalmente al cual se pueden suscribir todas las naciones y al cual pueden aspirar todos los pueblos.

La Organización no sólo ha definido una amplia gama de derechos reconocidos internacionalmente, como derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles, sino que también ha establecido mecanismos para fomentarlos e impulsarlos además de protegerlos y para ayudar a los gobiernos a que cumplan con sus obligaciones.

Fuera de un marco legal importantísimo para la protección de todas las personas, desde Ayuda en Acción se debe de ser muy consciente del interés que una lista de derechos humanos universales despierta y de la importancia de transmitir esa información de una forma cercana, resumida, clara y precisa.

Muchos Derechos humanos se han convertido en un verdadero Caballo de Troya que puede adentrarse en la ciudadela de cualquier situación o estado de cosas que se quiera hacer cambiar mediante su ataque.

Es suficiente con que se organice cualquier grupo con recursos o contactos y cree el derecho humano tal o cual, para que por muy minoritario que sea o por muchas resistencias que tenga en la gran mayoría de la sociedad civil, vaya expandiéndose, por las buenas o por las malas y con todo tipo de presiones, amenazas, arbitrariedades y abusos, cual mancha de aceite, que como tal, pretenden penetrar todos los engranajes del tejido social.

Y por claro esta, para la correcta aplicación de estos derechos humanos y evitar posible violaciones a los mismos, se asigna un papel protagónico y hegemónico al Estado, quien se convierte en su guardián y garante, a costa de muchos otros verdaderos derechos, como la vida, la libertad de conciencia, de opinión o de enseñanza, entre otros.

Ello, porque como el Estado ha sacralizado estos nuevos derechos, oponerse a ellos es una herejía inaceptable, que debe ser castigada o prevenida por cualquier medio, siempre en nombre de estos derechos humanos, obviamente.

De esta manera, desarraigados de cualquier contenido y fundamento objetivo, los actuales derechos humanos poco o nada tienen que ver con lo que tradicionalmente se ha entendido por los mismos y de manera sorprendente y subrepticia, se han ido convirtiendo en un sutil pero efectivo medio de dominación de sociedades enteras, pues se insiste, oponerse a estos "nuevos derechos" es visto como la mayor de las barbaries, dogmatismos o involuciones para un ser civilizado.

Y por supuesto, quienes los defienden, tienen licencia para trasgredir los verdaderos derechos de sus enemigos, en nombre, precisamente, de estos nuevos y cambiantes "derechos humanos".

Bien, esto era puro y simple derecho natural y las leyes griegas, como luego las romanas y las de todos los pueblos civilizados, las respetaron y las plasmaron en su legislación, apelando a principios tan racionales como la conciencia, la moral y la justicia.

El progreso y el progresismo, las han desterrado de nuestras vidas a los Derechos Humanos , solamente las defienden los obispos, contra los que, dicho sea de paso, se ha desatado la mayor campaña de desprestigio y de descalificación que se recuerda en los últimos años.

Es curioso que se ponga el grito en el cielo desde instancias jurídico-penales contra la barbaridad norteamericana, cuya Constitución autoriza a cualquier ciudadano a portar armas o por tener vigente la pena de muerte en su legislación y no se clame aquí contra las mal llamadas eutanasia e interrupción voluntaria del embarazo, porque estos son aquí y ahora los nuevos derechos humanos.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- <http://onu.org.pe/temas/derechos-humanos>.
- Clavero, Bartolomé (1994). derecho indígena y cultura constitucional en América. México: siglo veintiuno editores.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (1991). «La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales». Problemas de legitimación en el Estado social. Madrid.
- Velasco Arroyo, Juan Carlos (1990). Aproximación al concepto de los derechos humanos.
- González-Carvajal, Luis (2005). En defensa de los humillados y ofendidos. Los derechos humanos ante la fe cristiana. Santander: Sal Terrae.

MISCELÁNEA JURÍDICA



ECAPREV



**ESCUELA CAPACITACIÓN
PRESENCIAL Y VIRTUAL**

INFORMES E INSCRIPCIONES

Av. Arenales 395 Of. 808 (Jesús María)

academico@ecaprev.edu.pe / informes@ecaprev.edu.pe

Telf: 433 - 0830 / 918 508 904

www.ecaprev.edu.pe



