



CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN

REVISTA LABORAL

— VIII EDICIÓN 2026 —

MÓDULO CORPORATIVO LABORAL



JUSTICIA PRONTA, HONESTA E INCLUSIVA





**CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN**

REVISTA LABORAL

VIII EDICIÓN • 2026

Publicación anual

COMISIÓN

Dr. Esaú Chanco Castellón

Juez Coordinador del Módulo Corporativo Laboral de Huancayo

Dra. Iris Edith Gómez Bazalar

Jueza del Tercer Juzgado de Trabajo de Huancayo

Mg. Luz Maribel Barrios Morrales

Jueza del Juzgado de Paz Letrado Laboral de Huancayo

Abog. Silvia Josefina Sunción Guerrero

Administradora del Módulo Corporativo Laboral de Huancayo

REVISIÓN

Dr. Esaú Chanco Castellón

DISEÑO EDITORIAL Y DIAGRAMACIÓN

Mg. Julissa Nathaly Huachin Leiva

Ing. Gian Pierre Santander Leonardo

PUBLICACIÓN OFICIAL

Módulo Corporativo Laboral
Corte Superior de Justicia de Junín
Huancayo – Perú
2026

© Corte Superior de Justicia de Junín
Todos los derechos reservados.

Los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y
no representan necesariamente la posición institucional de la
Corte Superior de Justicia de Junín.



CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN

La **Revista Laboral** es una publicación académica de **periodicidad anual**, editada por el **Módulo Corporativo Laboral de la Corte Superior de Justicia de Junín**, cuyo propósito es promover la investigación, la casuística, el análisis y la difusión del conocimiento en materia de Derecho del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo.

La revista reúne artículos inéditos de investigación y reflexión jurídica elaborados por magistrados, servidores judiciales y demás profesionales del derecho, con el propósito de contribuir al fortalecimiento de la doctrina, la práctica jurisdiccional y el desarrollo de una justicia laboral cada vez más especializada, predecible, eficiente y orientada a la tutela efectiva de los derechos fundamentales del trabajo y de la seguridad social.

Asimismo, constituye un espacio de intercambio académico que busca incentivar el estudio crítico de los principales desafíos que enfrenta la justicia laboral contemporánea, promoviendo el debate jurídico y la generación de propuestas que contribuyan al perfeccionamiento del sistema de administración de justicia.

La **Revista Laboral** está dirigida a magistrados, servidores judiciales, abogados, docentes universitarios, investigadores, estudiantes de Derecho y a todos aquellos interesados en el estudio y desarrollo del Derecho Laboral y del Derecho Procesal del Trabajo.

REVISTA LABORAL
VIII EDICIÓN · 2026

CONTENIDO

Editorial

Dr. Esaú Chanco Castillón 6

Artículos de investigación

Declaración del estado de cosas inconstitucional en la protección de los derechos laborales y pensionarios de la clase trabajadora y de los derechos humanos de las poblaciones vulnerables.

Dr. Ricardo Corrales Melgarejo 8

La simulación del contrato de trabajo y el fraude en la contratación laboral en nuestro ordenamiento jurídico.

Dr. Ivan Villarreal Balbin 31

Motivación en serie y transformación de la justicia: Eficiencia, uniformidad y seguridad jurídica en el Poder Judicial peruano.

Mg. Luz M. Barrios Morales 42

La exclusión del derecho a utilidades en la microempresa y su posible inconstitucionalidad sobreviniente.

Mg. Richard A. Vidal Aliaga 47

La limitación temporal de conservación documental: ¿Ha sido una medida constitucional?

Dr. Luis J. Baldeón Bedón 56

La ausencia del IFESAP en el arbitraje laboral económico del sector público: Análisis de sus efectos jurídicos bajo la Ley N° 31188.

Mg. Gerson L. Gonzales Pérez 74

Comentarios a la Casación Nro. 36773-2023, la libertad sobre la acreditación del pago de horas extras.

Abog. Francesca G. Bartolo Huamán 83



CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN

El difícil camino del derecho al cuidado como derecho humano autónomo. Abog. Frank Max Augusto Durand Ávila	91
La carrera administrativa de los serenos municipales pese a su condición de obreros municipales: Una interpretación sistemática y teleológica del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, del artículo 22 de la Ley del Servicio de Serenazgo Municipal y del artículo 27 de su Reglamento. Abog. Ray J. Chuquillanqui Cipriano	106
Horas extras sin registros: El rol de las presunciones legales. Mg. July R. Rosas Malpartida	118



EDITORIAL

El fortalecimiento de la justicia laboral demanda una permanente reflexión sobre los desafíos que plantea la evolución de las relaciones de trabajo, los cambios normativos y las nuevas realidades sociales. En ese contexto, la investigación jurídica constituye una herramienta indispensable para enriquecer el debate académico, fortalecer la labor jurisdiccional y contribuir al desarrollo de soluciones que respondan con eficacia a las necesidades de una sociedad en constante transformación.

Con esa convicción, la presente edición reúne las valiosas contribuciones de magistrados y distinguidos profesionales del Derecho, quienes, desde la experiencia, la investigación y el análisis crítico, ofrecen valiosos aportes sobre temas de especial relevancia para el Derecho del Trabajo, el Derecho Procesal del Trabajo y de la seguridad social. Cada artículo refleja el compromiso con la excelencia académica y con la construcción de una justicia cada vez más especializada, eficiente y orientada a la protección efectiva de los derechos laborales.

La Revista Laboral, una vez más reafirma así su vocación de constituirse en un espacio para el intercambio de ideas, la difusión del conocimiento y la promoción de la investigación jurídica, convencida de que el estudio permanente y la producción intelectual representan pilares fundamentales para el fortalecimiento de la administración de justicia.

Expresamos nuestro reconocimiento a todos los autores que, con generosidad y compromiso académico, hicieron posible esta edición. Confiamos en que las investigaciones aquí reunidas contribuyan al análisis jurídico, fomenten nuevas líneas de investigación y sirvan como una valiosa fuente de consulta para magistrados, servidores judiciales, abogados, docentes, investigadores, estudiantes y para todos quienes comparten el compromiso de construir una justicia laboral moderna, especializada y al servicio de la ciudadanía de la región Junín.

Dr. Esaú Chanco Castellón
Juez Coordinador
Módulo Corporativo Laboral de Huancayo



CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN



ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN



REVISTA LABORAL
VIII EDICIÓN



DECLARACIÓN DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES Y PENSIONARIOS DE LA CLASE TRABAJADORA Y DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS POBLACIONES VULNERABLES



Dr. Ricardo Corrales Melgarejo¹

Presidente
Corte Superior de Justicia de Junín

RESUMEN:

Ante la problemática que presenta el Estado peruano, en cuanto a sus estructuras y políticas públicas con déficit de constitucionalidad y convencionalidad, que causan la violación masiva y generalizada de los derechos humanos de grupos o poblaciones vulnerables, y que estos judicializan. Las y los jueces impartiendo justicia correctiva pueden emitir sentencias estructurales y dialógicas, aplicando la técnica procesal de la declaración del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) y la extensión a terceros de sus efectos resolutivos, a fin de proteger y tutelar la eficacia de los derechos humanos afectados. Asimismo, el autor sistematiza esta técnica procesal, a partir de la jurisprudencia internacional y nacional que cita, estableciendo conceptos, clasificaciones, posibilidades y límites en su aplicación por la judicatura nacional, ya que, si bien el ECI ha sido utilizado por el TC hasta en veinte oportunidades, no ha sucedido lo mismo por las altas cortes del PJ, no obstante que a nivel de

juzgados y salas superiores se han producido algunas sentencias estructurales. Ello, no obstante, el presente artículo pretende motivar a la abogacía y magistratura de todas las instancias del PJ a utilizar esta técnica procesal a fin de tutelar de raíz los derechos humanos de las poblaciones y grupos vulnerables, por una justicia efectiva, integral e inclusiva en el Perú.

Palabras clave: *Violación masiva de derechos humanos, laborales y pensionarios; fallas estructurales del Estado; control judicial de políticas públicas; sentencias estructurales; declaración de estado de cosas inconstitucional.*

ABSTRACT:

Given the problems facing the Peruvian State regarding its structures and public policies with deficits in constitutionality and conformity with international human rights standards, which cause the massive and widespread violation of the human rights of vulnerable

¹ Abogado por la UNFV, Juez Superior y Presidente de la Corte Superior de Justicia de Junín del Poder Judicial del Perú, Máster en Magistratura Contemporánea: La Justicia del Siglo XXI, U. de Jaén, Máster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la UNIR, España. Docente de postgrado en la UPLA y USS. Código de investigador <<https://orcid.org/0009-0008-3983-9889>>

groups or populations, and which these groups then pursue through the courts, judges administering corrective justice can issue structural and dialogical rulings. This involves applying the procedural technique of declaring a State of Unconstitutional Affairs (SUE) and extending its effects to third parties, in order to protect and safeguard the effectiveness of the affected human rights. Furthermore, the author systematizes this procedural technique, based on cited international and national jurisprudence, establishing concepts, classifications, possibilities, and limitations in its application by the national judiciary. While the Constitutional Court has used the SUE on up to twenty occasions, the same has not occurred in the higher courts of the Judiciary, although some structural rulings have been issued at the level of lower courts and superior chambers. Nevertheless, this article aims to encourage lawyers and judges at all levels of the judiciary to use this procedural technique to fundamentally protect the human rights of vulnerable populations and groups, for an effective, comprehensive, and inclusive justice system in Peru.

Keywords: *Mass human rights violations; structural failures of the State; judicial review of public policies; structural judgments; declaration of an unconstitutional state of affairs.*

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional Colombiana fue la pionera en utilizar sentencias que declaraban el ECI ante realidades lacerantes de grave afrenta de los derechos humanos de los encarcelados, desplazados, entre otras poblaciones vulnerables. Luego nuestro Tribunal Constitucional (TC) recurrió al uso de esta técnica procesal en alrededor de 21 casos paradigmáticos², en la defensa y tutela mucho más integral de los derechos a fin de garantizar su pleno disfrute y vigencia.

No obstante, la trascendencia de estas sentencias también llamadas “estructurales” y “dialogicas”, los estudios al respecto son escasos en sede nacional, asimismo, las altas cortes del Poder Judicial, hasta ahora no utilizan esta técnica procesal, aun cuando ya algunos juzgados y salas superiores lo están aplicando.

Por lo demás, si bien es cierto que no todas las sentencias del TC que declaran el ECI extienden sus efectos a terceros, a modo de represión de actos lesivos homogéneos “erga homines” y “ultra partes”, también lo es que, en algunas otras solo se limitan a exhortar la emisión de una ley que corrija la falla estructural del Estado peruano o disponer acciones multinivel en la mejora de las políticas públicas, que estarían causando la violación masiva y generalizada de los derechos humanos de las víctimas; por lo que, ello también merece un estudio sobre los fundamentos jurídico procesales que justifican tal decisión jurisdiccional.

Ciertamente, que para algunos autores tal activismo judicial le está vedado a la magistratura, sin embargo, otros lo defienden, tal estado de la cuestión damos cuenta no sin antes expresar nuestra opinión.

Finalmente, el presente artículo se divide en, presentar el marco teórico de la institución jurídica, sus justificaciones y fundamentos, clases, operatividad y eficacia; asimismo, citar la más destacada jurisprudencia colombiana y peruana que declara el ECI, en particular, en materia laboral y pensionaria; finalmente, presentar nuestras conclusiones y recomendaciones.

² En este enlace, aparecen 21 Sentencias ECI del TC <<https://lpderecho.pe/sentencias-tc-estado-cosas-inconstitucional/>>

II. DESARROLLO

2.1. Control constitucional de las políticas públicas y estructura del estado

Con el paso del Estado legal al Estado constitucional, democrático y social, de la función clásica del juicio de subsunción al de ponderación de principios, ahora a los jueces se les plantea no solo las funciones de control de convencionalidad y constitucionalidad de las leyes, reglamentos y actos administrativos, sino también del novedoso y polémico rol de control judicial de las políticas públicas, prácticas, omisiones y estructuras administrativas u organizacionales del Estado; asimismo, su posible ampliación a las políticas y aspectos normativos de las empresas privadas, siempre que su déficit de constitucionalidad sean abiertamente inconstitucional, causando la violación masiva y sistemática de los derechos fundamentales con sus trabajadores, pensionistas, administrados, usuarios de sus servicios, consumidores, grupos o poblaciones vulnerables y ciudadanía en general. En razón a que:

Los jueces [...] son requeridos para dirimir, a través del proceso judicial, la tensión existente entre la alegación de falta o insuficiencia de una política pública y la previsión normativa de un derecho fundamental “sensible” que demanda respuesta. Cuando el conflicto adquiere ribetes colectivos de interés público, el compromiso de los jueces deviene superlativo y el modelo formal adopta características típicas, propias de la denominada democracia deliberativa-procedimental. Los jueces actúan en función de garantías, en el marco de métodos “dialogales” de la mayor transparencia que posibilitan la participación más colaborativa de los sujetos involucrados y, especialmente, la administración pública cuya “estructura”

se cuestiona. En estos litigios tras la búsqueda de soluciones estructurales, en el marco del clásico control de constitucionalidad y convencionalidad, los jueces no sólo actúan como gestores, moderadores, componedores para la tutela del interés público, sino que ejercen un verdadero y propio control de las políticas públicas, y a menudo inducen su configuración o mejora por los poderes de gobierno.” (Berizonce, 2023, p. XIII).

Como se aprecia, aquí se abre el debate del rol de la judicatura, los niveles y alcances de la jurisdicción del Poder Judicial (PJ) en la interdicción de la arbitrariedad, del abuso de poder y la ausencia de Estado o fallas clamorosas en sus estructuras, desde los principios de separación y colaboración de poderes³, de control político frente al gobierno y al legislador, ya que la magistratura nacional son los guardianes primeros de la Constitución en la eficacia de los Derechos Humanos, laborales y pensionarios, pues:

Este “rol político” está dado, también, por el interés, la participación de la judicatura en las angustias de su comunidad, tomando conciencia de las motivaciones más profundas al resolver los conflictos que le son llevados a dirimir. De este modo, el Poder Judicial, integrado por todos los jueces, es un poder político. (Guzmán, 2013, p. 196).

Es decir, la magistratura no puede mantenerse impasible ante la injusticia social, o peor aún ser cómplice de ello, por el contrario, es el más interesado en velar por los destinos y vigencia de los derechos humanos y laborales, en la realidad social que le ha tocado ejercer el cargo, y no solo por un loable compromiso ético, sino porque es su deber legal defender, respetar y hacer respetar la Constitución y el orden jurídico de la Nación, obligación

³ Tal principio, fue mencionado también por el TC en el fundamento 24 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 004-2004-CC/TC, a saber: [...] la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Ver: <http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>; Así también, en su Sentencia dictada en el Exp. N.º 00006-2006-CC, sobre el particular nos dice: 15. Uno de esos principios constitucionales que [...] debe respetar [...] todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43º de la Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –checks and balances of powers– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos [...].

suprema que alcanza tanto a los gobernantes como a los gobernados, según ordena el artículo 38 de nuestra Carta Magna: *Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.*

2.2. Sentencias estructurales y dialógicas

El modo tradicional de resolver los conflictos mediante el silogismo judicial consta de los juicios: normativo, probatorio y de subsunción; esto es, luego de fijar la regla y el hecho probado, la y el juez realiza la operación de subsumir este hecho al supuesto fáctico de la norma, si encaja entonces se desencadena la consecuencia jurídica resolviendo la controversia intersubjetiva, en un proceso individual.

Sin embargo, ahora proponemos que toda sentencia también comprenda un acápite que denominamos **juicio de prevención**, en la que el juez o la jueza identifique si la fuente del conflicto es aislado y coyuntural o estructural, ocasional o permanente, imprevisto o sistemático, individualizado o generalizado, ya que si es lo segundo, entonces, en cumplimiento de su obligación de defensa y protección del orden legal, constitucional y convencional, deberá cooperar en eliminar o aminorar progresivamente, la fuente del conflicto y la producción de políticas públicas arbitrarias contrarias al bloque de constitucionalidad; o, simplemente, la ausencia de estas, a través de la sentencia estructural, mediante métodos democráticos, deliberativos y dialógicos, entre las autoridades, sindicatos, organizaciones sociales y ciudadanía involucradas.

Para ello, podrá adoptar decisiones exhortativas, o colectivizar el proceso

individual, en su fase de ejecución, al extender a terceros los efectos de la sentencia; empero, ejerciendo además sus facultades coercitivas y disciplinarias correctivas en su función pacificadora. Es por ello, el TC en la sentencia recaída en el Exp. N.º00853-2015 PA/TC (Fundamento de voto del magistrado miranda canales) nos recuerda que:

[...], para calificar una sentencia como estructural se requiere de algunas características³:

- a) La vulneración de los derechos fundamentales afectan a un gran número de personas que por sí mismas o mediante organizaciones que las representan en juicio alegan violaciones de sus derechos. Es decir, pueden existir varios actores procesales, así como muchos afectados que necesariamente intervienen en los litigios.
- b) Involucran a varias entidades estatales como responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a esas violaciones de derechos fundamentales.
- c) Implican requerimientos judiciales complejos, es decir, órdenes de cumplimiento obligatorio por los cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los demandantes específicos del caso.
- d) Una serie de órdenes de implementación continuas en el tiempo.

Así, pues, las sentencias estructurales surgen en un contexto, en el que las violaciones a los derechos fundamentales se dan de manera sistemática e institucionalizada por el aparato estatal, más aún, en materia laboral pública y pensionario, a tal punto que los juzgados, salas superiores y supremas se ven abarrotadas de expedientes sobre todo respecto a conflictos de derechos laborales y pensionarios en el sector público⁴. Entonces, la y el juez constitucional u ordinario, siendo el legitimado para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, dicta criterios o parámetros mínimos para el diseño de

⁴ Para un mayor conocimiento de esta problemática, recomendamos remitirse a nuestro artículo “¿El proceso contencioso administrativo ordinario es la mejor vía para resolver los conflictos jurídicos en el régimen laboral público y la seguridad social?” Revista de Derecho Procesal del Trabajo. 30/06/2023. en <<https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/rdpt/article/view/777/1108>>

políticas públicas que materialicen la tutela de los derechos fundamentales; las mismas que han de ser implementadas por una o varias entidades públicas demandadas o comprendidas en la parte resolutive de la sentencia.

Este desafío de control de las políticas públicas y estructuras del Estado, por la magistratura en la eficacia, promoción, optimización y restauración de los derechos humanos, laborales y pensionarios, implica reconceptualizar el rol del juez y de la jueza en la impartición de la justicia correctiva y en la pacificación de las relaciones sociales conflictuadas. Por lo que:

[...] las sentencias estructurales se constituyen en instrumentos para lograr la protección efectiva de los derechos humanos, además, de generar espacios de interacción y diálogo entre el Estado y los ciudadanos, lo cual, es [...] un fortalecimiento de la democracia deliberativa. Esta crítica sobre los pocos mecanismos o herramientas que tienen los jueces para realizar cambios sociales, esta intrínsecamente ligada a la concepción débil del papel de los jueces, pues si consideramos que los jueces solo pueden declarar fundada o infundada la demanda, identificando la inconstitucionalidad o la vulneración del derecho, sin ir más allá sobre la forma de solución o implementación de la decisión, efectivamente tenemos que reconocer la poca influencia que tiene el juez para realizar cambios sociales. Por otro lado, si coincidimos con la visión, según la cual, el rol del juez cada vez es más preponderante, y que sus decisiones no deben limitarse a ser la boca de la ley, sino que pueden contribuir activamente en el fortalecimiento del Estado y velar por los intereses, principios y valores fijados en la Constitución, es necesario legitimar los mecanismos que utilizan los jueces para adaptar sus decisiones y hacerlas acordes con la protección y real garantía de los derechos. (Barriga, 2014, pp. 55 – 57).

El esfuerzo individual y colectivo de la judicatura nacional en la tutela de los derechos, implica también la colaboración del Poder Legislativo por modificar la Constitución, actualizar las leyes orgánicas y procesales, en la reconfiguración democrática

del PJ, facultades y vías procesales eficientes y efectivas en la interdicción de la inconstitucionalidad, pues, si todo lo que estamos exponiendo en el presente trabajo fuera regulado en códigos procesales, leyes orgánicas y reglamentos, evidentemente, que estaríamos tratando otros temas superiores y, probablemente, cuestiones problemáticas mucho más complejas, en la labor judicial de vigilancia de la eficacia de la Constitución.

He aquí, la importancia de la democracia deliberativa entre la ciudadanía afectada, los jueces, legisladores y funcionarios públicos, e involucrarlos en procesos colaborativos por un mejor Estado, cumplidor de los derechos laborales y pensionarios de sus trabajadores, lo que repercute favorablemente en la eficiencia de las políticas públicas, en todos sus niveles de gobierno y organismos autónomos constitucionales.

Además, debemos de destacar el alto grado de impacto en la conciencia social de la ciudadanía de las sentencias estructurales que, ciertamente, legitiman al TC y PJ en su rol pacificador y armonizador, tanto más si tales fallos van a trascender a “terceros”, ajenos al proceso. Al respecto, vale traer a colación, la teoría de los procedimientos múltiples, cuando el juzgador considera por economía y celeridad procesal extender los efectos de una sentencia paradigmática a un conjunto de personas que se encuentran en la misma situación jurídica, pretensión e igual causa de pedir que la parte procesal victoriosa en procesos conexos, entonces, ¿Cómo extender una decisión a otros casos? El juez supremo César Proaño, nos responde:

Cuando nos preguntamos sobre la extensión de una decisión judicial a otros casos, es necesario referirnos al alcance ultra partes de una sentencia al juzgamiento de otros procesos en donde exista la misma relación lógica entre la *causa de pedir* y la *fundamentación jurídica*. Esta es la técnica procesal a utilizar. (2025, p. 25).

Empero, también, es posible extender los efectos de una sentencia a terceros mediante la modalidad de la represión de actos lesivos homogéneos erga homines, sobre este particular, es ilustrativo citar la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 04878-2008-PA-TC, a saber:

2.3.2 Estado de cosas inconstitucional

15. La característica esencial de la declaración de una determinada situación como un *estado de cosas inconstitucional* consiste en extender los efectos de una decisión a personas que no fueron demandantes ni participaron en el proceso que dio origen a la declaratoria respectiva, pero que se encuentran en la misma situación que fue identificada como inconstitucional. El Tribunal Constitucional en la STC N.º 2579-2003-HD, ha señalado que la técnica del *estado de cosas inconstitucional* busca extender los alcances *inter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

[...]

17. En el supuesto que la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional* implique que las autoridades no lleven a cabo determinadas acciones, por considerarse contrarias a los derechos fundamentales, si han dejado de realizarse (en cumplimiento de la sentencia) pero luego se vuelven a reiterar respecto a personas que no participaron en el proceso que dio lugar a la declaratoria del estado de cosas, éstas se encuentran habilitadas para acudir a la represión de actos lesivos homogéneos.

[...]

25. Algo similar ocurre si el Tribunal Constitucional declara que una determinada situación lesiva de derechos fundamentales constituye un *estado de cosas inconstitucional*, por cuanto los efectos de su decisión sobre un caso concreto benefician a cualquier otra persona que se encuentre en similar situación. De producirse la afectación de un derecho, a través de la reiteración de una acción u omisión que ha sido calificada como un *estado de cosas inconstitucional*, la persona agraviada no tendría que dar inicio a un nuevo proceso constitucional (que es justamente lo que busca evitarse con la mencionada

declaración) sino acudir a la represión de actos lesivos homogéneos.

En los fundamentos siguientes, de dicha sentencia del TC, desarrolla los elementos subjetivos y objetivos, las particularidades que habría en caso se trate de intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos, de manera que la extensión de la sentencia a terceros se produzca según la naturaleza y en congruencia con la pretensión. El juez superior Edwin Figueroa, didácticamente, explica los beneficios de utilizar esta técnica procesal, con la maestría siguiente:

Otra segunda característica especial es en definitiva la posibilidad de que el estado de cosas inconstitucional constituya una figura propia de expansión de efectos de la sentencia. Veámoslo a través de un ejemplo muy sencillo. Si tenemos 100 casos concluidos muy similares, es natural, racional y consecuentemente lógico que tengamos 100 demandas, 100 contestaciones, 100 sentencias, 100 apelaciones, 100 fallos de segunda instancia, 100 recursos de casación cuando corresponda, y 100 decisiones distintas de la Corte Suprema.

¿Qué pasa si invertimos la figura, siempre en el supuesto de 100 pretensiones similares, en desarrollo de la figura del estado de cosas inconstitucional, y por el contrario, tenemos solo un caso paradigmático en el cual se definen las condiciones especiales del caso y al mismo concurren las restantes 99 pretensiones, en ejecución de sentencia, solo para solicitar se haga efectiva su prestación demandada, sin transitar por las demás etapas del proceso?

La justificación de esta posición, desde la perspectiva de la Corte Constitucional de Colombia, ente que generó este concepto procesal constitucional en 1997, obedecía a la idea de que no se produjera un innecesario debate de causas sustantivamente similares y por el contrario, se racionalizara de algún modo el acceso a la justicia.

En el mismo caso en comento, 99 peticiones de ejecución directa de la prestación podrían concurrir al caso paradigmático, y previa valoración del juez constitucional respecto a la naturaleza de la pretensión y sobre todo de su viabilidad por similitud con el caso

paradigmático, éste despacharía ejecución sobre la base de que la pretensión es sustantivamente similar a la del caso base. El principio de pluralidad de instancias quedaría plenamente garantizado pues si la parte emplazada considerara que su derecho se ve afectado, puede recurrir vía apelación, sin efecto suspensivo, es decir, sin suspender la marcha del proceso respecto a la nueva pretensión incoada, ante la Sala Superior, para que ésta defina lo que corresponde de acuerdo a ley y derecho.

Por cierto, de darse esta figura, ya podríamos apreciar una reducción considerable de la carga procesal potencialmente alta del actual sistema de justicia no solo constitucional, vía la adopción de mecanismos innovadores, sino también a nivel de la justicia ordinaria.

Salas Superiores y Salas Supremas tendrían la opción de declarar el estado de cosas inconstitucional y vía parámetros trabajados ante los órganos de control y con la necesaria difusión de la figura ante los Colegios de Abogados del país, se darían las condiciones óptimas del caso para pretender una reducción sustantiva de la carga procesal que hoy abruma los órganos jurisdiccionales del país, [...]. (2016, p. 10).

Por último, en cuanto a las sentencias dialógicas que compromete, también, a los jueces y juezas en el denominado activismo interactivo como manifestación de la democracia deliberativa en la justicia, debe comprender lo siguiente:

[L]os tribunales inician un “activismo dialógico” mediante dos mecanismos institucionales. En primer lugar, las sentencias dialógicas establecen fines generales y procesos de ejecución claros, con plazos firmes y exigencia de informes de avances en la ejecución, al mismo tiempo que dejan las decisiones sustantivas y los resultados detallados a los organismos administrativos. Las órdenes de esta naturaleza no sólo son compatibles con el principio de separación de poderes, sino que pueden también promover la eficacia general de una determinada decisión. En segundo lugar, un enfoque dialógico de los casos de los DESC fomenta los mecanismos participativos de seguimiento, como las audiencias públicas, las comisiones de vigilancia nombradas por el tribunal y las invitaciones a la sociedad civil y a los organismos administrativos para que

presenten información relevante y participen en debates promovidos por el tribunal. Esos mecanismos promueven la deliberación democrática y mejoran los efectos de las intervenciones de los tribunales. (Rodríguez, 2013, p. 7).

Esto es, que los órganos jurisdiccionales están abiertos al diálogo, la participación, deliberación, el intercambio de información, coordinación y colaboración, siempre en la racionalidad del debido proceso, antes y después de la emisión de la sentencia estructural, vale decir, el máximo conocimiento de los hechos y del derecho que rodea el caso, para luego del fallo proceder al seguimiento y acompañamiento de los actores sociales e institucionales en el cumplimiento de las medidas, exhortaciones, apremios, apercibimientos y mandatos ordenados sea por el juzgado o tribunal, siempre con la debida motivación y observancia de los derechos procesales a la contradicción, defensa y pluralidad de instancias. La sentencia dialógica resulta necesaria, a fin de conocer a profundidad el fenómeno que causa la vulneración de los derechos humanos afectados no solo al demandante, sino a un determinado colectivo laboral, población o grupo de personas vulnerables.

A continuación, vamos a justificar la actuación de la magistratura sea desde el TC o PJ, en esta nueva función de control de constitucionalidad de las políticas y estructuras del Estado peruano, a la luz de los principios siguientes:

2.2.1. Justificación desde el principio de la separación de poderes

Los países que adoptaron el principio de separación de poderes y el modelo republicano de gobierno democrático, a fin de superar el anejo régimen de la monarquía absolutista, que degeneró en un rey tirano, autócrata y despótico, en nuestro caso, el virrey; han experimentado y sistematizado prácticas en el control recíproco de los tres poderes clásicos

(check and balances), a los que se aunaron los organismos constitucionales autónomos, creados al influjo de la tendencia de fragmentación múltiple del poder.

En tal estructura estadual, le cupo al PJ impartir justicia correctiva, en la función de control social, en la interdicción de la arbitrariedad del poder político, la tutela jurisdiccional intersubjetiva, controlar la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes y los reglamentos, expedidos por los poderes legislativo y ejecutivo, respectivamente. Lo que se potenció, mediante el control concentrado de un alto tribunal especializado, y la justicia supranacional de la Corte Internacional de Derechos Humanos (CIDH).

Hasta que advino, el control constitucional (al usar esta voz incluimos también el de convencionalidad) de las políticas públicas, malas prácticas y estructuras fallidas del Estado, gracias a un proceso transversal de constitucionalidad del Derecho en todas sus especialidades, en la comprensión que no existen zonas exentas de dicha revisión judicial, conforme con la concepción de la supremacía normativa de la Constitución de aplicación inmediata, aún se trate de principios y derechos programáticos y prestacionales o aparezcan conceptos jurídicos indeterminado, en cuyo caso el juez está facultado de dotarles de contenido y fundamento, superando la interpretación tradicional que se requería de la ley para su desarrollo y, su realización sería progresiva en función a la disponibilidad presupuestaria del Estado, siempre que la decisión judicial apruebe el test de razonabilidad y proporcionalidad.

En consecuencia, el control político judicial es una manifestación de la división de funciones de los órganos del Estado en la dinámica que el poder controle al poder, (re) estableciendo el equilibrio constitucional y armonía de poderes en función a la vigencia y optimización de los derechos humanos.

2.2.2. Justificación desde el principio de la colaboración de poderes

Cabe recordar que, los órganos autónomos constitucionales no son compartimentos estancos, sino deben de colaborar entre sí en la eficiencia, eficacia y efectividad de las funciones y servicios públicos del Estado en su conjunto. Pues, si el TC o el PJ detectan cierta disfuncionalidad grave que violenta de modo sistemático y generalizado los derechos laborales de empleados públicos, o los derechos humanos de una gran cantidad de ciudadanos o poblaciones vulnerables, entonces, por el bien de la propia agencia o sistema público afectado de inconstitucionalidad, la intervención dialógica, transparente y democrática de los órganos jurisdiccionales en el control de las políticas públicas y estructuras del Estado, no significará ninguna suplantación, invasión o interferencia de competencia o función exclusiva, sino por el contrario es el cumplimiento del deber de colaboración de poderes, que constituye un principio implícito en el artículo 43 de la Constitución⁵. En ese sentido, la Corte Constitucional Colombiana desde dicho principio colaborativo justifica su función contralora política, en la Sentencia SU-559/97, veamos:

(1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la

⁵ "Artículo 43°. - La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación (y colaboración) de poderes." (Lo puesto entre paréntesis es nuestro.)

realización de sus fines (C.P. art., 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política.

Como se ha dicho, la justicia no puede ser cómplice de la continuidad de una fuente estadual de conflictos, violatorio de derechos fundamentales, y que la judicatura conoce a raíz de los casos concretos demandados por los ciudadanos perjudicados, pues, la indiferencia del tercero imparcial significaría renunciar a su función de tutela jurisdiccional efectiva, que no sólo se cumple con pacificar el conflicto intersubjetivo entre las partes del proceso judicial individual, sino también con su deber de dialogar a través de sus resoluciones con las autoridades responsables, incluso con los expertos y la academia a través de la institución de los *amicus curiae* (amigos del tribunal), para identificar la problemática colectiva o propender a la toma de conciencia de él y colaborar en su solución estructural, como una expresión de la democracia deliberativa en la administración de justicia. De igual manera, el TC reflexionó en la sentencia recaída en el Exp. N.º 2579–2003 HD/TC, sobre la necesidad de asumir un mayor activismo constitucional, a saber:

19. [...] el Tribunal no sólo puede limitarse a condenar el desconocimiento del carácter vinculante de los derechos; es decir, la insensatez de que no se comprenda que, en particular, todos los órganos públicos tienen un deber especial de protección con los derechos fundamentales, y que la fuerza de irradiación de ellos exige de todos los operadores estatales que realicen sus funciones del modo que mejor se optimice su ejercicio. Es urgente, además, que adopte medidas más audaces que contribuyan a hacer aún más efectiva su función pacificadora de los conflictos de la vida constitucional.

Es decir, la magistratura del siglo XXI cada vez avanza en el nuevo rol protagonista y

solidario de cooperar con su entorno institucional y social, en la construcción de una sociedad de plena vigencia y optimización permanente de los derechos fundamentales en todo orden de cosas. Entonces, corresponde al juez desplegar una práctica colaborativa en la relación procesal expandida con otras entidades comprendidas en su sentencia estructural, así como propender que las agencias públicas coordinen, intercambien información, cooperen y se ayuden entre ellas para que, mancomunadamente, salgan del estado de cosas inconstitucional en la que pudieran haberse empantanado, como por ejemplo podemos corroborar en la STC N.º 03426–2008 PHC/TC, en el caso sobre la salud mental de las personas con restricciones o privadas de su libertad, a saber:

30. La situación descrita en los fundamentos que preceden permite constatar a este Tribunal Constitucional la violación masiva y/o generalizada de uno o varios derechos fundamentales (derecho a la salud, integridad personal, etc.) que afectan a un número significativo de personas que adolecen de enfermedad mental. Pero, además, esta situación de hecho contraria a la Constitución, permite reconocer a este Colegiado la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de las personas que adolecen de enfermedad mental, dentro de las que se encuentran las personas sujetas a medidas de internación. En efecto, se aprecia que existen escasos planes, programas y servicios de salud mental dirigidos a personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación. Los existentes no están debidamente articulados entre los sectores e instituciones del Estado [...].

31. Sobre esta base este Tribunal Constitucional en cuanto garante último de los derechos fundamentales, considera que, para la superación del problema, que es de naturaleza estructural, se hace necesaria la intervención activa y oportuna no sólo de las autoridades emplazadas, sino fundamentalmente, coordinada y/o mancomunada, de los demás sectores o Poderes del Estado (Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía

y Finanzas, Congreso de la República, Poder Judicial, etc.). Por tanto, este Tribunal exige el replanteamiento de la actuación de los poderes públicos, a fin de que adopten un conjunto de medidas de carácter administrativo, legislativo, judicial y de otra índole que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución.

En efecto, tanto el TC como ciertos órganos jurisdiccionales del PJ, ya están aplicando la declaración del ECI o en el control de la legitimidad constitucional, a fin de exigirle al ejecutivo o parlamento que corrija sus políticas, estructuras y legislación, o formule unas nuevas o ante el vacío normativo promulgue las leyes y reglamentos que correspondan. Tal como ha sucedido, entre varios, en los casos siguientes:

- 2.2.2.1. La política de expendio de medicamentos para los enfermos de SIDA, en el Sector Salud (Expediente 2945-2003-AA/TC);
- 2.2.2.2. La provisión de agua potable (Expediente 03333-2012-AA/TC);
- 2.2.2.3. La circulación de vehículos usados con timón cambiado (Expediente 02500 2011-AA/TC);
- 2.2.2.4. El consumo de bebidas alcohólicas (Expediente 00850-2008-AA/TC);
- 2.2.2.5. El combate contra el tráfico ilícito de drogas (Expediente 00033-2007-AI/TC), o
- 2.2.2.6. La infancia y los programas sociales (Expediente 01817-2009-HC/TC).

En Materia de derechos laborales y pensionarios, en su totalidad tenemos lo siguiente:

- 2.2.2.7. Acceso a la información en poder del ex CNM, en favor de la magistratura nacional sometida a

ratificación (STC 2579-2003-HD/TC);

- 2.2.2.8. Ejecución de resoluciones que declaran un derecho concedido en la Ley del Profesorado, ante la política morosa y renuente del Estado de pagar sus deudas laborales (STC 3149-2004-AC/TC);
- 2.2.2.9. Participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes por parte de los abogados de la ONP (STC 5561-2007-PA/TC);
- 2.2.2.10. Irrenunciabilidad de los derechos laborales, Caso Sindicato de trabajadores de la Municipalidad de Lima (STC 1722-2011-PA/TC);
- 2.2.2.11. Aplicación de sanciones por parte de la Sunat, Caso Sindicato de trabajadores tributarios y aduaneros (STC 04539-2012-PA/TC);
- 2.2.2.12. Ejercicio de las competencias por parte de la ONP, ante las entidades de salud pública que carecen de comisiones evaluadoras de enfermedades profesionales, que emiten los informes del grado de incapacidad de los trabajadores cesados que piden pensiones por invalidez en el Régimen del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (STC 00799-2014-PA/TC);
- 2.2.2.13. Eliminación de la prohibición de doble percepción de ingresos para los pensionistas del Estado, según el D. Leg. 1133 (STC 0009-2015-PI/TC);
- 2.2.2.14. Determina que nuestro ordenamiento jurídico no contaba con un desarrollo legal que, de forma integral, regulara adecuadamente la negociación

colectiva en el sector público, el TC declaró la existencia de una situación de hecho inconstitucional derivada de la inacción legislativa (Sentencia 00003-2013-PI/TC, 00004-2013-PI/TC y 00023 2013-PI/TC, fundamento 69); y

2.2.2.15. Tratamiento legislativo desigual debido al sexo respecto a los requisitos para obtener pensión de viudez (STC 00617-2017-PA/TC).

En el PJ, tenemos tres casos emblemáticos, a saber:

2.2.2.16. Falla estructural en el Tribunal fiscal, que cobraba intereses pese a que el retardo en la resolución de los procesos le era imputable y no al contribuyente, el 11° Juzgado Constitucional, Sub Especializado en Asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi de la Corte Superior de Lima, juez Jorge Ramírez Niño de Guzmán, dispuso tal corrección en la sentencia del 27 de diciembre de 2019, recaída en el Exp. N° 6021-2018, protegiendo el derecho fundamental al plazo razonable del administrado.

2.2.2.17. El caso de Ana Estrada y la aplicación de la Eutanasia como política pública de atención de una muerte digna por parte del Estado, según la Consulta⁶ resuelta por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente en el Expediente N° 14442 – 2021 LIMA, del 22 de julio de 2022, dado que las instancias de mérito inaplicaron mediante el control difuso de constitucionalidad el artículo 112

del Código Penal, que criminaliza el homicidio piadoso, al considerar que la vida humana es un bien jurídico indisponible por su titular. Incluso, dicha Sala suprema establece en su considerativa décimo novena, las pautas que deberá contener el protocolo de actuación médica del establecimiento de salud pública en la “muerte digna” de la demandante; y

2.2.2.18. La histórica sentencia del I Juzgado Mixto de Nauta, Loreto, emitida en marzo de 2024 y confirmada en apelación por la Sala Civil de Iquitos en octubre de 2024, mediante su sentencia de vista recaída en el Exp. 00010-2022-0-1901-JM-CI-01, que confirmó la sentencia de primera instancia que declaró al río Marañón y sus afluentes como sujetos de derechos, reconociendo su derecho a existir, fluir libremente y estar libre de contaminación, a raíz de una demanda liderada por mujeres indígenas Kukama para protegerlo de derrames petroleros. Esta decisión otorga personalidad jurídica al río, obligando al Estado y a empresas como Petroperú a implementar medidas de protección, mantenimiento del oleoducto, y ordena el reconocimiento y nombramiento del Estado (Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego y la Autoridad Nacional del Agua), Gobierno Regional de Loreto y de las organizaciones indígenas como guardianes, defensoras y

⁶ En < <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/08/Consulta-14442-2021-LPDerecho.pdf> >

representantes del río Marañón y sus afluentes.

2.2.3. Justificación desde la realidad latinoamericana

Los países latinoamericanos, entre ellos el Perú, tienen como denominador común, su fragilidad institucional, un estado archipiélago, desigualdades sociales profundas, elevados niveles de *informalidad* o economías desestructuradas o subterráneas, preocupante avance de la criminalidad organizada, pervivencia de conflictos armados internos, narco estados, la corrupción institucional y una tradición autoritaria, no obstante que su sistema normativo constitucional cumple estándares internacionales, se adscriben a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras, y a la jurisdicción supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), grados más grados menos, la realidad latinoamericana aún padece de tales males endémicos que obstaculizan el desarrollo de sus naciones.

En tal contexto, dichas normas fundamentales resultarían líricas ya que en la realidad se cumplirían otras reglas no escritas, en ciertas estructuras del Estado y, también, en alguna organización o empresa de la sociedad civil, contrarias a la Constitución, decayendo ésta en la categoría de “nominal”, según Karl Loewenstein cuando caracterizaba descarnadamente a sociedades como las nuestras y la eficacia de su carta magna, a saber:

La constitución nominal encuentra su terreno natural en aquellos Estados en que el

constitucionalismo democrático occidental se ha implantado, sin una previa incubación espiritual o madurez política, en un orden social de tipo colonial o feudal-agrario. Aquí juega un papel importante la ausencia de una clase media consciente intelectualmente de sí misma y con independencia económica. Por otra parte, la eliminación del analfabetismo sigue siendo un requisito indispensable para el funcionamiento con éxito de una constitución normativa. (1976, p. 220).

Empero, si la y el juez constata tal incompatibilidad entre el “es” de la cruda realidad y el “debe ser” constitucional y legal, entonces, en su sentencia impartirá justicia correctiva al resolver la controversia concreta, encaminando al sujeto procesal descarriado por la vereda del “debe ser”; entonces, el PJ se erige en agente de cambio social y en colaboración de poderes, enfrentar los desafíos que propone la construcción de una sociedad abierta, horizontal, participativa e inclusiva, con un Estado garante y promotor de los derechos humanos, protector del trabajo decente⁷ y el desarrollo nacional.

De la misma percepción, es Ricardo Garzón, quien alude sobre la justificación del activismo judicial en función a la fragilidad o robustez del Estado de Derecho, veamos:

En efecto, en América Latina, la noción de activismo judicial no tiene la misma connotación negativa que en los países europeos, pero, en contra de su planteamiento, podríamos decir que esto no tiene que ver con la cultura o la ubicación del país, sino con la mayor vigencia del Estado de Derecho. Así, en un sistema donde el Estado de Derecho está firmemente establecido, se espera que los jueces actúen dentro de un marco normativo claro y bien definido, aplicando la ley de manera objetiva

⁷ Según la OIT: “Trabajo decente es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. El trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo.”
En <<https://www.ilo.org/es/resource/news/que-es-el-trabajo-decente>>

y sin interferir en las competencias del legislador. Luego, dentro del deber ser, cualquier desviación de este marco, como podría percibirse en un juez activista, es vista como una amenaza a la seguridad jurídica y al equilibrio de poderes. [...], en los países latinoamericanos se considera que los jueces activistas desempeñan un papel crucial en la defensa de los derechos fundamentales, y en la promoción de la justicia social, especialmente en contextos donde las instituciones políticas son más débiles o menos efectivas en garantizar estos derechos. En este sentido, el activismo judicial en América Latina se percibe como una respuesta necesaria a la deficiencia de los sistemas políticos y judiciales, y se valora positivamente como una forma de proteger a los sectores más vulnerables de la sociedad. (2025, pp. 63 – 64).

Como podrá apreciarse, en países en vías de desarrollo cuyos estados nacionales padecen de deficiencias en políticas, servicios públicos y fallas estructurales, cuando el clamor de la injusticia social de las poblaciones y grupos vulnerables llega al Poder Judicial, su magistratura no puede excusarse en el formalismo, la ausencia normativa o por su aherrojamiento al principio de congruencia, en pronunciamientos limitados a procesos individuales, tiene que recurrir a los principios, pues, está en juego la legitimidad de la justicia, tiene que dar respuestas efectivas a la problemática que genera las fuentes del conflicto que produce aquella estructura o política fallida del Estado, y que urge su corrección normativa e institucional, caso contrario el Poder Judicial abdicaría de su función de solucionar los conflictos e incertidumbres jurídicos, esta vez, de repercusión social y trascendencia de lo individual a lo colectivo, a fin de alcanzar la paz sobre la base de la justicia social, que justifica la existencia de un Poder Judicial activo y efectivo en la colaboración con el Poder Ejecutivo y Legislativo para la mejora continua del modelo social que promete la Constitución Política que nos rige.

Y, si para ello, debe crear incluso normas de derechos procesal, debemos recordar que el artículo III, segundo párrafo, del Código Procesal Civil habilita tal activismo judicial en perspectiva del formalismo valorativo, a saber: “En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.”

2.3. Test de constitucionalidad de las políticas públicas

En el control de las políticas públicas, por parte del Judicial, en el fundamento de Voto del Magistrado Eloy Espinosa – Saldaña en la STC N° 05436-2014-HC/TC, ha propuesto filtros que merecen estudiarse, veamos:

Déficits de existencia: si se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo al derecho fundamental que se alega afectado.

Déficits de ejecución: si no se han realizado o materializado efectivamente los planes adecuadamente formulados.

Déficits de consideración suficiente: en caso se haya desatendido las dimensiones o principios relevantes del derecho invocado en la formulación o implementación de las políticas públicas pertinentes.

Déficits de respeto suficiente: que, a diferencia de los déficits de consideración, aluden a trasgresiones graves o manifiestas del derecho invocado. Los déficits de respeto suficiente, a su vez, pueden ser **déficits de violación manifiesta**, en caso se haya establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho fundamental alegado; **déficits de razonabilidad**, si se han adoptado de medidas claramente inconducentes; y **déficits de protección básica o elemental**, con respecto a políticas insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios del derecho en cuestión.

Déficits de confrontación de problemas estructurales: en caso no se haya enfrentado asuntos que impiden la ejecución efectiva de las políticas públicas y terminen generando resultados negativos en el derecho

eventualmente afectado. Estos, entre otros, pueden ser *déficits de participación política*, si se ha adoptado una política pública referida al derecho sin permitir la participación de la sociedad civil o de los directamente afectados por ella; *déficits de transparencia*, si no existe información pública actual y accesible sobre las políticas públicas y su ejecución; *déficits de control*, si no se han establecido o implementado debidamente formas supervisión o mecanismos de rendición de cuentas respecto a las políticas implementadas; *déficits de evaluación de impacto*, si se ha procedido sin establecer líneas de base o indicadores con enfoque de derechos que permitan evaluar los impactos de la política pública en el goce efectivo del derecho analizado.

A los cuales, habría que agregarle los déficits de sostenibilidad, constitucionalidad, convencionalidad, multiculturalidad, de consulta previa (C. 169 OIT), es decir, podríamos encontrar otros aspectos para un examen integral de constitucionalidad de las políticas públicas. Empero, también recordemos que el juez no es experto en politología, gerencia pública, planificación, entre otras ciencias sociales; entonces, el juzgador podrá pedir informes de profesores e investigadores de universidades y centros de estudios para que ilustren a las partes sobre la realidad que es materia controvertida en el proceso judicial, y que eventualmente amerite la emisión de una sentencia estructural, a tenor de lo dispuesto por el artículo 239 del Código Procesal Civil⁸.

Asimismo, para mayores luces en la comprensión de la problemática presentada o develada a causa de la controversia, también, el juez podrá convocar a *amicus curiae* (amigos del Tribunal) en la Audiencia Pública en que se debatirá el caso, estos son, expertos conocedores del estado de cosas o situación de hecho que urge corrección constitucional. Ahora, regulado en el artículo V del Título

Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional.

También, es posible que los jueces actúen pruebas de oficio y citen como testigos a los funcionarios, dirigentes sindicales y líderes de la sociedad civil comprendidos en la problemática a resolver, todo ello en aras de conocer mejor la realidad inconstitucional a remediar.

Pues, si apreciamos el primer elemento de los testeos en estudio, la y el juez en primer lugar tendrá que establecer si existe o no política pública o plan sobre el estado de cosas o hechos que están causando violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos fundamentales. Lo que implica un mínimo conocimiento de la problemática a fin de adoptar la decisión que corresponda en cuanto al posible déficit de existencia, ya que puede suceder que no haya política alguna y más bien pervivan malas prácticas administrativas, interpretaciones espurias de las normas legales y reglamentarias, o la adopción de procedimientos inconstitucionales.

Subsecuentemente, si el juez identifica la existencia de un plan o política pública o varias de ella, a continuación, procederá a someterla a los testeos restantes, lo que supone realizar una valoración abstracta de constitucionalidad, y luego en concreto verificar su grado de aplicación o no, asimismo, analizar su consistencia en cuanto a los filtros de razonabilidad, suficiencia, respeto y protección de los derechos reclamados, cobertura, transparencia, participación, control y evaluación de impacto. Es decir, el juez tendrá que contrastar entre la teoría (plan, política, estrategia) y la praxis, a fin de determinar la eficiencia, eficacia y efectividad en la elaboración, formulación, desarrollo y evaluación de aquellos instrumentos de gestión del

⁸ Artículo 239.- Informes. Se puede pedir a los funcionarios públicos que informen sobre documentos o hechos. Los informes se presumen auténticos. En los casos previstos por la ley se puede pedir a particulares informes sobre documentos o hechos. Los informes tendrán la calidad de declaración jurada.

funcionario, empero, centrado en los derechos fundamentales demandados, según el principio de primacía de la realidad.

Otro aspecto de control constitucional a destacar, es cuando el juez lleva a cabo el test de déficits de confrontación de problemas estructurales, en razón a que verificará si las estructuras jurídicas, orgánicas, administrativas y de gestión, en suma, si las estructuras institucionales y sistémicas contienen o no fallas inconstitucionales, que de existir serán ambiente, combustible o caldo de cultivo para que se produzca y mantenga la fuente del conflicto que causa la violación sistemática, masiva y generalizada de derechos fundamentales sea de sus trabajadores, cesantes, usuarios de los servicios públicos, poblaciones vulnerables afectadas directa o indirectamente.

Pues, la y el juez luego de hacer visible tales defectos procederá a ordenar a la demandada que reestructure su institución o parte de ella, según los mínimos constitucionales que le establezca. Un claro ejemplo, es la STC N° 05436-2014-HC/TC, en el caso de hacinamiento en los penales del Perú, que luego de declarar el ECI, el máximo intérprete de la Constitución decidió lo siguiente:

4. Declarar que las alternativas de solución a los problemas de hacinamiento carcelario en el Perú, exige el trabajo conjunto y coordinado del Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo, entre otros, así como la participación de la sociedad en general.

5. Exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que elabore un nuevo Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2021-2025, con características de política de Estado, que deberá elaborarse en un plazo no mayor a 3 meses, desde la fecha de publicación de la presente sentencia, e incluir, de manera prioritaria, las medidas referidas en el fundamento 107.b de la presente sentencia.

6. Teniendo en cuenta que, actualmente, el Sistema Penitenciario y el Instituto Nacional

Penitenciario (INPE) han sido declarados en emergencia, se debe exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que evalúe, en un plazo no mayor a 3 meses desde la fecha de publicación de la presente sentencia, ampliar, modificar o replantear sustancialmente las medidas que resulten necesarias e indispensables para superar progresivamente dicho estado de cosas inconstitucional, así como evaluar la decisión de reestructurar integralmente el INPE, a fin de redimensionar el tratamiento penitenciario con fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

7. Declarar que si, en el plazo de 5 años, que vencerá en el año 2025, no se han adoptado las medidas suficientes para superar dicho estado de cosas inconstitucional, estos deberán ser cerrados por la respectiva autoridad administrativa, lo que podría implicar el cierre temporal del establecimiento penitenciario para el ingreso de nuevos internos, el cierre temporal del establecimiento penitenciario con traslado de los internos a otros establecimientos penitenciarios sin hacinamiento, entre otras medidas, según se trate del nivel de hacinamiento, y hasta que se garanticen las condiciones indispensables de reclusión, asumiendo la responsabilidad de la omisión o deficiencia las respectivas instituciones públicas, empezando por el Ministerio.

Queda claro, pues, que las y los jueces pueden intervenir las instituciones públicas, cuando el ECI radica en sus estructuras orgánicas en todo o en parte, que hacen ilusa su mejora continua y un mínimo aceptable del servicio público que brindan a la ciudadanía.

2.4. La técnica procesal del ECI

En el control de constitucionalidad de las leyes, reglamentos, políticas, prácticas y estructuras organizativas del sector público (o también entidades privadas, según nuestra propuesta), el TC ha desarrollado tres tipos de sentencias: i) de especie; ii) de principio; e, iii) estimativas o no. Todas ellas contienen a su vez subclasificaciones cuyas definiciones pueden apreciarse en la STC 004-2004-C/TC, Lima⁹. De las cuales, las sentencias

⁹ Ver <<https://lpderecho.pe/tc-tipos-sentencias-efectos-jurisprudencia-constitucional/>>

estructurales ECI son una especie de las sentencias de principio, en el control constitucional de las políticas y estructuras institucionales públicas (o privadas).

2.4.1. Definición

El ECI es la declaración general de interdicción de la arbitrariedad, grave injusticia social y abuso de poder manifestados en políticas públicas, malas prácticas y estructuras institucionales o sistémicas contrarias a la Constitución, que realizan el TC o los órganos jurisdiccionales del PJ en sede ordinaria o constitucional, como técnica procesal resolutive pretoriana (STC 3149-2004-PC/TC), al comprobar que las autoridades y funcionarios de una o varias agencias estatales cometen tales acciones, violentando de modo masivo, generalizado y sistemático derechos fundamentales y legales a los ciudadanos, trabajadores o poblaciones vulnerables (STC N° 00006-2008-AI/TC), lo que se agrava si el ECI ocurre en franco desacato de los criterios jurisprudenciales establecidos por el TC y las altas Cortes, al recurrir a interpretaciones erróneas, no pocas veces ex profeso, de textos normativos.

2.4.2. Finalidad

La declaración del ECI tiene por finalidad, en primer lugar, pegar un campanazo de alarma en la sociedad ante una crisis de gobernanza, vacío de poder, ausencia del Estado o violencia estructural, a fin de evitar que continúe la desprotección, el caos o el atropello generalizado de derechos y la situación de agresión institucional desatada, por culpa de ciertas autoridades y sus políticas o prácticas espurias, que se ponen al margen de la Constitución y la Ley, o incumplen con acatar los precedentes jurisdiccionales vinculantes de las altas Cortes pese a que alcanzan a los poderes públicos (STC N° 00024-2003AI/TC). Siendo el caso que,

los funcionarios causantes de tal ECI asumen responsabilidad por infracción a sus deberes funcionales.

2.4.3. Clasificación

El TC declaraba el ECI para todos los casos, hasta que reparó en distinguir entre casos simples y complejos, por lo que, para los primeros consideró utilizar dicha técnica resolutive, empero, en una menor intensidad en proporción a que la trascendencia de la inconstitucionalidad no merecía una declaración ECI, ya que ésta se reservaba para casos sistémicos que comprometían una mayor cantidad de agencias públicas multinivel y personas afectadas en sus derechos fundamentales. Es así, que, en el Voto del Magistrado Eloy ESPINOSA – SALDAÑA en la STC N° 04539-2012PA/TC, explica sobre esta nueva clase de sentencia, a saber:

12. [...], con respecto de otro tipo de problemas que también representan una afectación reiterada de derechos, pero que no tienen carácter estructural o que no requieren de una respuesta orgánica que implique el compromiso de diversos actores para desmontar estructuras de prolongada o generalizada injusticia, tal vez valga la pena echar mano de una expresión promovida por importante doctrina y que ha sido recogida en algunas decisiones de nuestro Tribunal, que es la de "situación de hecho inconstitucional". Creo que esta expresión da cuenta debidamente de aquello que se quiere expresar en casos como este, sin disminuir en absoluto la intensidad de la tutela ofrecida por nuestra entidad.

Es decir, para declarar un ECI, la problemática a resolver tendría las características siguientes:

- Estructuras injustas prolongadas;
- Vulneración de varios derechos fundamentales;
- Todo un sistema funcional público comprometido;
- Multiplicidad de agencias públicas multinivel afectadas;

- Gran cantidad de damnificados;
- Alcance nacional; y
- Más de una política pública intervenida.

En cambio, para declarar la situación de hecho inconstitucional, como sucedió en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00003-2013-PI, 00004-2013-PI y 00023-2013-PI (acumulados), basta constatar un hecho, como fue la falta del Congreso de no regular la negociación colectiva en el Régimen Laboral Público, veamos:

69. La omisión legislativa acotada constituye un incumplimiento de obligaciones internacionales a las que el Estado peruano se sometió con la ratificación de los Convenios de la OIT 98 y 151, así como una violación por omisión de la Constitución. En ese sentido, el Tribunal está autorizado a declarar la existencia de una situación de hecho inconstitucional derivada de la inacción legislativa.

Por último, el Voto de la magistrada Marianella Ledesma Narváez en la STC N.º 00019-2013-AI/TC, define que una Situación de Hecho Inconstitucional implica una omisión de los poderes del Estado que no pueden ser suplidas por el TC, apreciamos:

66. Entiendo que la omisión de demarcación descrita despierta la necesidad de declarar la existencia de una situación de hecho inconstitucional, técnica, a la que ya se recurriera en las STC 00003-2013-PI/TC, 00004-2013-PI/TC y 00023-2013-PI/TC (Fundamentos Jurídicos 69, 98 y 99), y que procede frente a omisiones de los poderes del Estado que no pueden ser suplidas por este órgano de control de la Constitución.

Sin embargo, en los ECI tanto en su problemática como en su solución concurren un conjunto de autoridades, poderes públicos y agencias en varios niveles de gobierno, asimismo, implica enfrentar estructuras normativas, organizacionales y administrativas que deben reformarse para que la institución comprometida alcance mínimos

constitucionales, para lo cual se requiere la colaboración y coordinación de la plana funcionarial, y en otros casos la participación de determinados agentes de la sociedad civil, para superar el estado de cosas contraria a la Constitución. Así también ha discernido la STC N.º 03426-2008-PHC/TC, a saber:

31. Sobre esta base este Tribunal Constitucional en cuanto garante último de los derechos fundamentales, considera que para la superación del problema, que es de naturaleza estructural, se hace necesaria la intervención activa y oportuna no sólo de las autoridades emplazadas, sino fundamentalmente, coordinada y/o mancomunada, de los demás sectores o Poderes del Estado (Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas, Congreso de la República, Poder Judicial, etc.). Por tanto, este Tribunal exige el replanteamiento de la actuación de los poderes públicos, a fin de que adopten un conjunto de medidas de carácter administrativo, legislativo, judicial y de otra índole que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución.

En conclusión, la tipología de sentencias estructurales por su complejidad, son:

- a) Sentencia de declaración del Estado de Cosas Inconstitucional; y
- b) Sentencia de declaración de una Situación de Hecho Inconstitucional.

A los cuales podemos agregar, sentencias estructurales por su nivel de intervención:

- c) Sentencias de control constitucional de políticas públicas
- d) Sentencias de control constitucional de estructuras del Estado (jurídicas, orgánicas, etc.)

2.4.4. Requisitos y acciones

La jurisprudencia comparada y del TC, se han encargado durante estas tres décadas

de utilización de la técnica procesal en cuestión, de señalarnos los requisitos que debe reunir el caso para declarar el ECI, y luego las acciones subsecuentes, así la Sentencia recaída en el Exp. N° 2579-2003-HD/TC, alude a los requisitos que se deben cumplir para tal declaración, apreciamos:

19. [...] la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público.

Según la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia SU-090/00, fundamento 28, y en la Sentencia T-025/04, fundamento 7, establece los requisitos que deben cumplirse para que los jueces consideren declarar el ECI, a saber:

- 1) Se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas;
- 2) Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial;
- 3) Cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales;
- 4) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;
- 5) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela

como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;

- 6) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; y
- 7) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.

Asimismo, dicha Corte Constitucional, adicionalmente, establece acciones subsecuentes a la declaración del ECI, según el numeral 2 del fundamento jurídico 31 de su Sentencia SU – 599/97, veamos:

- i. La emisión de órdenes a las instituciones públicas que están concatenadas por el fallo estructural que genera la violación masiva de los derechos fundamentales para que implementen las medidas y políticas necesarias para cesar dicha vulneración;
- ii. La expansión de los efectos inter – partes de la sentencia, lo que implica que personas ajenas al proceso puedan acudir al mismo para obtener tutela sin necesidad de un nuevo proceso constitucional con el tiempo y gasto que ello implica (incluyendo los costos de la administración de justicia).

Por su parte, la citada STC N° 2579-2003 – HD/TC, fundamentos 18 y 19, estableció por primera vez las medidas resultantes del ECI, veamos:

[...] una vez declarado el “estado de cosas inconstitucionales”, se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración [...].
[...] extender los alcances *inter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación

generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

Pues bien, luego de mencionar las precursoras decisiones jurisdiccionales, a continuación, sistematizamos un abanico de posibilidades, sin ánimo de exhaustividad, en el restablecimiento del orden constitucional a partir de detectar políticas, prácticas y estructuras inconstitucionales tanto en el sector público como el privado, a saber:

Sector Público:

A. Poder Ejecutivo

- Adopción de medidas ante grave deficiencia de infraestructura. (STC N° 05436-2014PHC/TC), se encarga la labor de supervisión y seguimiento de sus mandatos a la Defensoría del Pueblo. (STC N° 05561-2007-AA/TC, STC N° 03426-2008-HC/TC, STC N° 05436-2014-PHC/TC, STC N° 00853-2015-PA/TC, entre otras), sin embargo, últimamente el propio TC mediante audiencias públicas se está encargando de vigilar el cumplimiento de sus propios fallos, a través de la creación del Sistema de Supervisión y Cumplimiento de Sentencias y la Comisión de Supervisión y Cumplimiento de Sentencias del TC, según R. A. N° 065-2020-P/TC, que lamentablemente el colegiado actual lo ha desactivado.
- Establece plazos para implementar las medidas ordenadas y la obligación de informar al TC sobre los avances, y acciones tomadas respecto de las responsabilidades de los funcionarios involucrados en las malas prácticas. (STC N° 3149-2004-AC/TC, STC N° 0009-2015-PI/TC, STC N° 889-2017-PA/TC, entre otras).
- Identificación de ausencia de política pública, y pautas para su control y de las instituciones con fallas estructurales, de acuerdo con estándares nacionales e internacionales. (STC N° 034262008- HC/TC, STC N° 00799-2014-PA/TC, entre otras).
- Cambio de prácticas administrativas. (STC N° 2744-2015-PA/TC, STC N° 05561-2007PA/TC, STC N° 00617-2017-PA/TC, entre otras).
- Elaboración de instrumentos de gestión según criterios del TC. (STC N° 05436-2014PHC/TC).
- Ordena que las autoridades involucradas en la problemática con ayuda de organismos internacionales dialoguen y colaboren entre sí, juntamente con la sociedad civil, para solucionar el ECI. (STC N° 05436-2014-PHC/TC, entre otros).
- Disposición de contar con un plan de contingencias, cronograma preciso de actividades, con indicación de mecanismo de ejecución del programa de acción. (STC N° 00853-2015-PA/TC).
- Ordena que ciertas políticas y medidas se establezcan con la participación de la población beneficiada. (STC N° 05436-2014-PHC/TC).
- Dispone a las autoridades responsables que resuelvan los pedidos de la población afectada por el ECI. (STC N° 05436-2014-PHC/TC).
- Advertencia y apercibimiento de los efectos jurídicos del incumplimiento por parte de las autoridades, de las órdenes dadas en las sentencias ECI. (STC N° 03426-2008-HC/TC, entre otros).
- Realización de estudios cuantitativos y cualitativos de la problemática y la

adopción de medidas y políticas de solución. (STC N° 889-2017-PA/TC).

- Control de la actuación omisiva o comisiva de las autoridades de una o más entidades públicas comprendidas en el ECI. (STC 00889-2017-PA/TC).
- Contratación de personal y capacitación en la solución del ECI, estableciendo criterios en su contenido. (STC 0017-20018-PI/TC).
- Disposición de tratamiento, resarcimiento, atención inmediata, progresiva y gradual de asistencia o promocional a las víctimas y población vulnerable del ECI. (STC N° 3426 -2008HC/TC).
- Establecimiento de lineamientos de política y criterios de calidad y cantidad en la implementación de las medidas y políticas estructurales ordenadas. (STC N° 05436-2014PHC/TC).
- Interdicción de actos y acciones administrativas arbitrarias declarándolos inválidos. (STC N° 01126- 2012-PA/TC, STC N° 04539-2012-PA/TC).
- Disposición que los terceros afectados invoquen la sentencia de ECI para que cese la medida inconstitucional. (STC N° 05436-2014-PHC/TC).
- Mandato de coordinación y colaboración de agencias públicas en la solución de un ECI. (STC N° 00853-2015-PA/TC).
- Reestructuración integral de las políticas y medidas de una institución pública, según parámetros constitucionales. (STC N° 007992014-PA/TC).

- Disposición de expansión de los efectos de la sentencia ECI a terceros. (STC N° 3149-2004AC/TC).
- Orden de creación, reorganización (parcial o total), o cierre de instituciones públicas, estableciendo los mínimos constitucionales; y, de reforma de un sistema administrativo o funcional del Estado. (STC N° 05436- 2014-PHC/TC).
- Exhortación a la conciliación y autocomposición del conflicto entre el Estado y las víctimas del ECI.
- Mandatos colaborativos y preventivos. (STC N° 03426-2008-HC/TC, entre otras).
- Orden de expedición de reglamentos para superar el ECI, y financiamiento por objetivos y establecimiento de prioridades presupuestales. (STC N° 0009-2015-PI/TC).
- Mandato de transparencia y acceso a la información. (STC N° 02579-2003- HD/TC).

B. Poder Legislativo

- Orden de expedición de leyes para superar el ECI, estableciendo plazos. (STC N° 6626-2006- PA/TC, STC N° 03426-2008-HC/TC).
- Invalidación de la norma legal por inconstitucional. (STC 0017- 20018-PI/TC).

C. Poder Judicial

- Anulación de sentencias del PJ. (STC N° 01722-2011- PA/TC).
- Proposición de criterios de interpretación normativa a los jueces. (STC N° 03426-2008HC/TC, STC N° 05436-2014-PHC/TC).

III. CONCLUSIONES

La declaración del estado de cosas inconstitucional constituye una técnica procesal indispensable cuando las vulneraciones de derechos humanos, en particular para los empleados públicos, dejan de ser episodios aislados para convertirse en un patrón masivo, generalizado y estructural. Tanto en la defensa de los derechos laborales y pensionarios de la clase trabajadora como en la protección de los derechos de las poblaciones vulnerables, el ECI se configura como el mecanismo que permite trascender la lógica del caso individual para asumir una dimensión colectiva e integral. Cuando la falla estatal, ya sea por omisión, deficiencia de políticas públicas o persistencia de prácticas administrativas arbitrarias, alcanza una magnitud que afecta a un colectivo amplio, la declaración del ECI y la extensión ultra partes de sus efectos no solo son procedentes, sino imperativas para garantizar una tutela efectiva, integral e inclusiva.

Pese a que esta técnica procesal, sea en su tipología compleja de la declaración del ECI, o en su versión simple de Situación de Hecho Inconstitucional (SHI), nacida de la jurisprudencia del TC, aún no ha merecido que el legislador lo incluya en el Código Procesal Constitucional; sin embargo, subsiste su uso como es de verse de la Sentencia del 5 de agosto de 2025, recaída en el Expediente N.º05031-2022-PA/TC, que declara, como estado de cosas inconstitucional la falta de atención de salud de las personas que padecen enfermedades raras y huérfanas en el Perú (ff. jj. 48-50, punto resolutivo 2).

Así, también, hemos dado cuenta del uso de las sentencias “estructurales” en varios órganos jurisdiccionales, que merecen alentarse en su aplicación, para una mejor e integral protección de los grupo o poblaciones vulnerables, que son víctimas de la violación masiva y generalizada de sus derechos humanos.

En efecto, si la y el juez advierten que el conflicto individual obedece a una fuente generadora que no solo está afectando al demandante, sino también a muchas otras personas, debido a una política pública deficitaria de constitucionalidad o a causa de una falla estructural de la entidad o entidades estatales; entonces, corresponde que aquel no solo resuelva el conflicto intersubjetivo entre las partes que integran el proceso individual, sino también que es posible extender los efectos de su decisión a terceros a fin que estos se vean beneficiados en la protección de sus derechos, ya que se colectiviza su ejecución mediante la figura procesal de la represión de actos lesivos homogéneos ultra partes, gracias a que los terceros y el demandante se ubican en la misma situación jurídica y fáctica susceptibles de tutela inmediata.

Somos de la opinión, que esta declaración de ECI es posible que sea de aplicación por cualquier colegiado, juez o jueza sin importar su grado o materia, en los distintos procesos judiciales que conocen, siempre que adviertan la urgencia de controlar la constitucionalidad de la política pública o estructura del Estado que está produciendo la afectación generalizada y sistemática de los derechos fundamentales de un colectivo social. Toda vez, que el juez o la jueza es el primer guardián de la vigencia plena de la Constitución Política que nos rige y de los tratados y convenciones internacionales que forman parte de nuestro Derecho interno.

IV. RECOMENDACIONES

Debemos recomendar a las y los abogados, que cuando interpongan sus demandas, y aprecien que la tutela de derechos humanos que solicitan merece la emisión de una sentencia “estructural” y “dialógica”, la declaración de un ECI y la expansión a terceros de la decisión, lo incluyan en su pretensión. Asimismo, a las y los jueces a que realicen un juicio de prevención respecto a la fuente generadora del

conflicto, en caso que la interdicción a la arbitrariedad, manifestada en políticas y estructuras públicas inconstitucionales, a fin que sean corregidas o gradualmente eliminadas, empero, mediante un diálogo con las autoridades comprendidas y expertos conocedores de la problemática, a través de audiencias públicas, que ayuden a mejor resolver el caso, que pudo comenzar como uno individual, y que en ejecución de sentencia terminó por colectivizarse, ya que el primero permitió develar que muchas más víctimas son las que también vienen padeciendo la violencia estructural que puede estar causando una o varias políticas públicas, malas prácticas, o por la propia ausencia del Estado.

Proponemos que toda sentencia comprenda un acápite que denominamos juicio de prevención, en la que el juez o la jueza identifique si la fuente del conflicto es aislado y coyuntural o estructural, ocasional o permanente, imprevisto o sistemático, individualizado o generalizado, ya que si es lo segundo, entonces, en cumplimiento de su obligación de defensa y protección del orden legal, constitucional y convencional, deberá cooperar en eliminar o aminorar progresivamente, la fuente del conflicto y la producción de políticas públicas arbitrarias contrarias al bloque de constitucionalidad; o, simplemente, la ausencia de estas, a través de la sentencia estructural, mediante métodos democráticos, deliberativos y dialógicos, entre las autoridades, sindicatos, organizaciones sociales y ciudadanía involucradas. Siempre, cuidando el debido proceso, el derecho de defensa de las partes, someter al contradictorio la declaración del ECI o SHI, vale decir, que tal decisión no sea sorpresiva sino meditada y dialogada con las partes en audiencia pública.

Por lo demás, en los programas de capacitación de los magistrados debe incluirse materias relativas al estudio de políticas públicas, gerencia social, planificación y reforma del Estado, de manera que cuando tengan que aplicar los test de déficit de constitucionalidad

o convencionalidad, lo hagan con solvencia técnica, en el acápite del juicio de prevención en la parte considerativa de su sentencia, y los mandatos que dispongan sean racionales, razonables y proporcionales con la realidad institucional sometida a control jurisdiccional.

Finalmente, sugerimos al legislador que incluya en los códigos procesales esta técnica procesal del ECI o SHI, contribuyendo a dotar a la judicatura nacional de instrumentos y figuras procesales eficaces en la defensa, protección y afirmación de los derechos humanos, derechos laborales y pensionarios, la constitucionalidad de las políticas públicas y estructuras del Estado, por el bien del Perú.

REFERENCIAS

- Barriga Pérez, M. L. (2014). *Sentencias estructurales y protección del derecho a la salud*. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].
<http://hdl.handle.net/20.500.12404/5438>
- Berizonce, R. O. (2013). Prólogo. En L. Guzmán (ed), *Derecho a una sentencia motivada*. Astrea.
- Figueroa Gutarra, E. (2016). Jueces Constitucionales. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 9(35), 10.
<https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10>
- Guzmán, L. (2013). *Derecho a una sentencia motivada*. Astrea.
- Loewestein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. (Traducción de Alfredo Gallegos Anabitarte, 2da. ed.). Editorial Ariel.

Proaño, C. (2025). La denominada “motivación en serie” Historia y fin. *Revista Actualidad Civil*, (130), 17-28.

Rodríguez, C. (2013). El Activismo Dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14(2), 7. <https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/364>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Constitución Política del Perú de 1993. *Diario Oficial El Peruano* (30 de diciembre de 1993).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969).

Convención n.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (27 de junio de 1989).

Convenio n.º 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1 de julio de 1949).

Convenio n.º 151 de la OIT sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (27 de junio de 1978).

Ley n.º 31307. Nuevo Código Procesal Constitucional. *Diario Oficial El Peruano* (23 de julio de 2021).

Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. *Diario Oficial El Peruano* (8 de abril de 1992).

Decreto Legislativo n.º 635. Código Penal. *Diario Oficial El Peruano* (8 de abril de 1991).

Expediente n.º 2579-2003-HD/TC (2003). Tribunal Constitucional (13 de abril de 2004).

Sentencia n.º 03426-2008-PHC/TC (2008). Tribunal Constitucional (26 de agosto de 2010).

Expediente n.º 05436-2014-HC/TC (2014). Tribunal Constitucional (21 de mayo de 2020).

Expediente n.º 00853-2015-PA/TC (2015). Tribunal Constitucional (15 de junio de 2021).

Expediente n.º 04878-2008-PA/TC (2008). Tribunal Constitucional (13 de mayo de 2009).

Expediente n.º 05031-2022-PA/TC (2022). Tribunal Constitucional (5 de agosto de 2025).

Expediente n.º 00003-2013-PI/TC (2013) [incluye acumulados 00004-2013-PI y 00023-2013-PI]. Tribunal Constitucional (3 de setiembre de 2015).

Expediente n.º 00019-2013-AI/TC (2013). Tribunal Constitucional (17 de mayo de 2017). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00019-2013-AI.pdf>

Expediente n.º 14442-2021 LIMA (2021). Corte Suprema de Justicia de la República (22 de julio de 2022).

Expediente n.º 00010-2022-0-1901-JM-CI-01 (2022). Corte Superior de Justicia de Loreto (11 de octubre de 2024).

Expediente n.º 6021-2018 (2018). Corte Superior de Justicia de Lima (27 de diciembre de 2019).

Sentencia SU-559/97 (1997). Corte Constitucional de Colombia (6 de noviembre de 1997).

Sentencia T-025/04 (2004). Corte Constitucional de Colombia (22 de enero de 2004).

Sentencia SU-599/97 (1997). Corte Constitucional de Colombia.

Resolución Administrativa n.º 065-2020-P/TC. Presidencia del Tribunal Constitucional (01 de junio de 2020).

LA SIMULACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EL FRAUDE EN LA CONTRATACIÓN LABORAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO



Dr. Ivan Villareal Balbin¹

Juez Superior
Primera Sala Laboral Permanente
Corte Superior de Justicia de Junín

RESUMEN:

El presente artículo analiza la simulación del contrato de trabajo y el fraude en la contratación laboral dentro de nuestro ordenamiento jurídico peruano, desde una perspectiva laboral, constitucional y procesal. Parte de la controversia existente entre la autonomía de la voluntad propia del Derecho Civil y la naturaleza imperativa y tuitiva del Derecho del Trabajo, especialmente cuando se utilizan contratos civiles, contratos sujetos a modalidad, intermediación o tercerización para encubrir verdaderas relaciones laborales subordinadas. Frente a este fenómeno, el estudio sostiene que la simulación y el fraude no constituyen simples irregularidades formales, sino mecanismos de exclusión del sistema de protección laboral que afectan derechos mínimos, irrenunciables y vinculados con la dignidad del trabajador.

En este artículo se desarrolla un análisis dogmático y normativo de la simulación regulada en el Código Civil, su adaptación al

ámbito laboral, el fraude a la ley laboral, el principio de primacía de la realidad, los convenios internacionales de la OIT y las reglas probatorias previstas en la Ley N.º 29497 - Nueva Ley Procesal del Trabajo. Del estudio, se colige que: i) la simulación laboral exige analizar sobre el consentimiento de las partes a la celebración del contrato civil entre empleador y trabajador; ii) que el fraude laboral opera mediante el uso indebido de normativas ajenas a normativas laborales, a fin de eludir normas sociolaborales y de protección contra el despido arbitrario; iii) el principio de primacía de la realidad opera como criterio decisivo para identificar la existencia de prestación personal, remuneración y subordinación; y iv) que la carga probatoria dinámica y la presunción de laboralidad permiten equilibrar la desigualdad informativa existente en el proceso laboral.

Se concluye que la respuesta jurídica frente a estas prácticas debe ser eficaz y oportuno,

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Políticas. Maestro en Gestión Pública y Control Gubernamental. Juez Superior Provisional de la Primera Sala Laboral de Huancayo. Juez del Primer Juzgado Laboral de Huancayo. Juez Coordinador del Módulo Corporativo Contencioso Administrativo Laboral y Previsional. Ponente de capacitaciones en Procesos Contencioso Administrativo Laboral y previsional y Derecho Laboral. Autor de Artículos en materia laboral.

declarando la desnaturalización del vínculo, reconocer la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, ordenar el pago de beneficios sociales, activar la responsabilidad solidaria cuando corresponda y aplicar sanciones administrativas ante conductas infractoras. La contribución principal del artículo radica en articular un marco de análisis constitucional, laboral y procesal para enfrentar la simulación y el fraude contractual, conllevando a arribar a la verdad material que debe prevalecer sobre la apariencia documental cuando está en juego la dignidad laboral.

Palabras clave: *Simulación laboral, fraude a la ley, primacía de la realidad, contrato de trabajo, subordinación, desnaturalización contractual, carga de la prueba, dignidad laboral.*

ABSTRACT:

This article analyzes the simulation of employment contracts and labor recruitment fraud within the Peruvian legal framework from a labor, constitutional, and procedural perspective. It stems from the existing controversy between the autonomy of will inherent in Civil Law and the mandatory and protective nature of Labor Law, particularly when civil contracts, fixed-term contracts, labor intermediation, or outsourcing are used to disguise true subordinate employment relationships. In the face of this phenomenon, the study contends that simulation and fraud do not constitute mere formal irregularities, but rather mechanisms of exclusion from the labor protection system that affect minimum, unrenounceable rights linked to the dignity of the worker.

This paper develops a dogmatic and regulatory analysis of simulation as regulated by the Civil Code and its adaptation to the labor sphere, fraud from the perspective of labor law, the principle of the primacy of reality, ILO international conventions, and the evidentiary rules provided for in Law No. 29497 - New

Labor Procedural Law. From this study, it is inferred that: i) labor simulation requires analyzing the consent of the parties when entering into a civil contract between employer and worker; ii) labor fraud operates through the misuse of regulations foreign to labor standards in order to evade socio-labor regulations and protection against arbitrary dismissal; iii) the principle of the primacy of reality serves as a decisive criterion to identify the existence of personal service, remuneration, and subordination; and iv) the dynamic burden of proof and the presumption of employment help balance the informational asymmetry existing in labor proceedings.

It concludes that the legal response to these practices must be effective and timely, declaring the mischaracterization of the employment relationship, recognizing the existence of an indefinite-term employment contract, ordering the payment of social benefits, triggering joint and several liability when applicable, and imposing administrative sanctions for infringing conduct. The main contribution of this article lies in structuring a constitutional, labor, and procedural analysis framework to tackle contractual simulation and fraud, ultimately leading to the material truth that must prevail over documentary appearance when labor dignity is at stake.

Keywords: *Labor simulation, fraud of law, primacy of reality, employment contract, subordination, contract mischaracterization, burden of proof, labor dignity.*

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo en el Perú no atraviesa un periodo de receso; por el contrario, se encuentra en una constante cambio y mutación frente a prácticas que pretenden despojarlo de su esencia tuitiva. Existe una tensión permanente, tan antigua como el propio Derecho del Trabajo, entre la voluntad del empleador de flexibilizar la contratación para reducir costos operativos, evitar costos y

sobrecostos laborales y la imperatividad de las normas laborales que protegen al trabajador como la parte débil de la relación. En el centro de esta problemática se ubican la simulación y el fraude en la contratación laboral, anomalías que no constituyen meros descuidos administrativos o errores de redacción contractual, sino auténticas prácticas dirigidas a mermar sus derechos.

Analizar estas figuras deviene en necesario partir por el análisis descriptivo de la norma para adentrarnos en una necesidad práctica e imperiosa, como comprender la argucia de aquellos operadores económicos que, bajo el blindaje de un contrato supuestamente civil o una modalidad temporal injustificada, pretenden ocultar relaciones de subordinación genuinas. No son categorías meramente teóricas, son realidades cotidianas que distorsionan el mercado de trabajo, precarizan la vida de miles de personas y erosionan la eficacia del sistema de seguridad social y la recaudación tributaria. La sofisticación con la que hoy se articulan estas maniobras mediante locaciones de servicios, servicios no personales u órdenes de servicios, intermediaciones, tercerizaciones entre otras exige una respuesta jurídica eficaz para la protección del trabajador.

La preocupación de esta situación radica en que el contrato de trabajo no es un simple acuerdo de voluntades regido por la autonomía irrestricta de las partes; es la puerta de acceso a un catálogo de derechos mínimos e irrenunciables garantizados por la Constitución Política del Estado y los convenios internacionales de la OIT. Cuando se recurre a la simulación o al fraude, lo que realmente se está ejecutando es una estrategia de exclusión del sistema tuitivo laboral. Ante este escenario, nuestro faro metodológico y jurisprudencial no puede ser otro que el Principio de Primacía de la Realidad. Este mandato, implícito en nuestro bloque de constitucionalidad e indispensable en la actividad jurisdiccional, opera como un imperativo que ordena preferir los hechos constatados sobre lo acontecido en el terreno de

los hechos por sobre las formas o denominaciones formalizadas en documentos escritos.

La tesis central de este artículo es que la lucha contra la simulación y el fraude laboral no puede limitarse a la aplicación mecánica de principios. Requiere, además, una lectura constitucional de la relación laboral que ponga en el centro la dignidad de la persona humana (Art. 1° de la Constitución), una comprensión sistemática de las instituciones civiles de simulación adaptadas a la asimetría laboral y una utilización estratégica de las herramientas procesales que la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497) pone a disposición de los justiciables. Solo así el Derecho del Trabajo podrá seguir cumpliendo su función protectora contra la parte débil de la relación laboral.

II. DESARROLLO

2.1. Autonomía de la voluntad civil frente a la naturaleza imperativa del derecho laboral

Para desentrañar la mecánica de la simulación contractual en el ámbito laboral, resulta indispensable acudir, en primer término, a las fuentes supletorias que nos provee el Derecho Civil, específicamente el Libro II sobre Acto Jurídico del Código Civil.

2.1.1. La simulación en el código civil peruano

Para la Real Academia Española (RAE), define a la “simulación” como la Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato; desde la perspectiva civil, la simulación se concibe como una operación jurídica compleja en la cual dos o más partes, de común acuerdo, generan una discrepancia consciente entre lo que internamente desean (voluntad real) y lo que declaran exteriormente ante la sociedad (voluntad declarada). Como bien ha señalado Lohmann Luca de Tena (1994), existe una

escisión deliberada un acuerdo simulatorio que contiene la verdad oculta y una declaración aparente, que es el contrato que se exhibe ante terceros.

El Código Civil regula esta materia en sus artículos 190. ° al 194. °, distinguiendo dos hechos: 1. La Simulación Absoluta (Art. 190°), la cual se configura cuando las partes fingen celebrar un acto jurídico que, en la realidad material, no desean que produzca ningún tipo de efecto modificatorio en sus esferas jurídicas. Se trata de un contrato puramente formal, una “fachada” que esconde un vacío absoluto de voluntad obligacional. Su nulidad es consecuencia directa de la ausencia de voluntad negocial real. 2. La Simulación Relativa (Art. 191°): Por el contrario, en esta modalidad la voluntad real de las partes sí busca producir efectos jurídicos, pero estos son sustancialmente distintos a los que se exteriorizan en la declaración aparente. En este supuesto, el contrato aparente u ostensible sirve como un “disfraz” para encubrir y disimular un acto jurídico diferente, el cual representa la verdadera intención oculta de las partes.

2.1.2. Aplicación al ámbito laboral

Cuando trasladamos estas instituciones inherentes del derecho civil al terreno del Derecho Laboral, el escenario se ve afectado por disparidad de fuerzas entre los celebrantes (empleador y trabajador). Mientras que en el Derecho Civil se presupone la igualdad jurídica y la autonomía de la voluntad de las partes para configurar sus relaciones, el Derecho Laboral parte del reconocimiento de una asimetría estructural el trabajador no se encuentra en una posición de negociación paritaria, sino de subordinación socioeconómica frente al empleador.

En consecuencia, la mutación de la simulación relativa al ámbito laboral adquiere un matiz particular. La figura más

recurrente y lesiva en nuestra realidad consiste en la utilización del contrato de locación de servicios regulado por las normas de la contratación civil para encubrir un vínculo que cuanta con funciones de connotación laboral. En este escenario, la autonomía de la voluntad es utilizada no como una herramienta de libertad, sino como un mecanismo de sujeción o de aceptación resignada por parte del prestador del servicio, quien se ve obligado a suscribir un contrato civil para acceder al empleo, renunciando fácticamente a la percepción de sus derechos y beneficios laborales.

Es aquí donde la protección del trabajador despliega sus mecanismos de defensa. El artículo 23. ° de la Constitución Política establece la naturaleza protectora del Estado hacia el trabajo en todas sus modalidades, además, el artículo 26. ° consagra principios rectores ineludibles, tales como la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, y la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda insalvable. Por tanto, cualquier pacto que pretenda utilizar la libertad contractual civil para deshabitar de contenido los derechos laborales son nulos por afectar el orden público.

Como el Tribunal Constitucional reiteradamente lo ha sostenido, la protección constitucional del contrato de trabajo garantiza que toda relación laboral respete los derechos fundamentales del trabajador (dignidad, igualdad, no discriminación) y le otorga protección frente al despido arbitrario, el abuso, y la desnaturalización de sus condiciones laborales.

2.2. La delgada línea entre la simulación y el fraude en las relaciones laborales

Para la presente investigación, diferenciar la simulación del fraude a la ley no es una cuestión meramente teórica. Por el contrario,

resulta necesario para determinar con precisión qué tipo de irregularidad se ha producido, cómo debe plantearse la pretensión en un proceso laboral y qué respuesta judicial corresponde emitir frente a la afectación de los derechos del trabajador. Si bien ambas figuras comparten una matriz patológica común el propósito ilegítimo de eludir el marco protector de las normas imperativas y privar al trabajador de sus derechos sociolaborales y protección contra el despido arbitrario, sus estructuras ontológicas y sus mecanismos operativos difieren de manera sustancial.

2.2.1. La simulación contractual: El concierto de las apariencias

Como se adelantó, en la simulación laboral, este elemento debe analizarse con especial cuidado. No puede asumirse que el trabajador participa libremente en la creación de una apariencia contractual falsa, pues normalmente se encuentra en una posición de desigualdad frente al empleador. A diferencia de las relaciones civiles, donde se presume cierta igualdad entre las partes, en el ámbito laboral el trabajador suele aceptar la forma contractual impuesta como condición para acceder o conservar el empleo.

El trabajador no participa de la simulación con libertad y autonomía; se adhiere a ella compelido por el estado de necesidad de acceder a un puesto de trabajo y solventar sus gastos y los de sus dependientes. Su voluntad se encuentra viciada de origen por la subordinación socioeconómica previa a la firma del documento. Existe simulación porque formalmente ambos suscriben el contrato de “fachada” (por ejemplo, una locación de servicios civil), configurando una discrepancia consciente entre lo declarado y lo que verdaderamente ocurrirá en el terreno de los hechos, donde se desplegarán las notas típicas de la laboralidad.

2.2.2. El fraude de las relaciones laborales

Para la Real Academia Española (RAE), define al fraude como la Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete; el fraude en la contratación laboral posee una naturaleza más sutil y, a menudo, de carácter estrictamente unilateral. No requiere en absoluto de la complicidad o del acuerdo de voluntades con el trabajador, sino que se manifiesta como una imposición técnica instrumentada por el empleador. La construcción del fraude a la normatividad laboral se compone de dos elementos normativos nítidamente diferenciados: 1. La norma de cobertura: Es aquella disposición legal, de naturaleza civil, mercantil o incluso de regímenes laborales especiales u opcionales, bajo cuyo amparo formal el empleador pretende cobijar su actuación. El acto realizado al amparo de la norma de cobertura es, formal y aisladamente considerado, lícito y válido. 2. La norma defraudada: es aquella norma de carácter obligatoria que se intenta eludir mediante una forma contractual aparentemente válida. Por ejemplo, cuando se utiliza un contrato temporal o civil para evitar la aplicación de la regla general de contratación a plazo indeterminado prevista en el Decreto Legislativo N.º 728, o para desconocer la estabilidad que corresponde al trabajador cuando la prestación de servicios es permanente.

El fraude consiste, por tanto, en utilizar una norma jurídica válida con el propósito de conseguir un resultado práctico sustancialmente prohibido o restringido por el ordenamiento jurídico general, generalmente para eludir el cumplimiento de las normas sociolaborales. En la práctica, se recurre a una vía formalmente legal para alterar la finalidad protectora de la legislación laboral. Con ello, se desconoce el mandato del artículo 23 de la

Constitución Política, según el cual el trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado, lo que impide que las formas contractuales sean utilizadas para excluir al trabajador del ámbito de protección que le corresponde.

2.2.3. Criterios de distinción fundamental

La simulación y el fraude a la ley laboral tienen un punto en común, ambas figuras pueden ser utilizadas para evitar la aplicación de las normas que protegen al trabajador. Sin embargo, no operan de la misma manera.

En la simulación laboral, lo relevante es la existencia de una apariencia contractual que no coincide con la realidad. Por ejemplo, se presenta al trabajador como locador de servicios, consultor externo o prestador independiente, cuando en los hechos presta servicios personales, recibe una remuneración y se encuentra sujeto a subordinación. En estos casos, el contrato aparente encubre una relación laboral verdadera. No obstante, debe precisarse que, en el ámbito laboral, dicha apariencia no siempre responde a un acuerdo libre entre partes iguales, ya que el trabajador suele aceptar la forma contractual impuesta por el empleador como condición para acceder o conservar el empleo.

En cambio, el fraude a la ley laboral se produce cuando se utiliza una figura legal válida para alcanzar un resultado contrario a la finalidad protectora del ordenamiento laboral. Aquí el acto puede existir realmente, como ocurre con una contratación temporal, una intermediación o una tercerización laboral; sin embargo, se emplea de manera desviada para evitar obligaciones laborales directas, desconocer la estabilidad del trabajador o cubrir necesidades permanentes mediante formas excepcionales de contratación.

Por ello, la diferencia principal radica en que, en la simulación, el problema está en la contradicción entre la forma declarada y la realidad del vínculo; mientras que, en el fraude, el problema está en el uso indebido de una figura legal para eludir una norma laboral imperativa.

2.3. Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad

La existencia de un principio que protege y quita el velo del disfraz es el de Primacía de la Realidad, el cual se caracteriza que en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe otorgarse preferencia a lo primero (Plá Rodríguez, 1998).

2.3.1. La constitucionalización del principio en el Perú

El Tribunal Constitucional peruano ha sido el principal artífice de la constitucionalización de este principio. Desde la emblemática sentencia recaída en el Exp. N.º 1944-2002-AA/TC, el Tribunal estableció que la determinación de la existencia de una relación laboral requiere verificar la concurrencia de tres elementos esenciales, la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración. La denominación contractual utilizada por las partes es un indicio, no un dato definitivo; por su parte en el artículo 2.º inciso 2 de la Ley N.º 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo se encuentra también positivizado.

La protección contra el despido arbitrario consagrada en el artículo 27º de la Constitución Política se activa no desde la firma del contrato formal, sino desde el momento en que se verifican en los hechos los elementos de la relación laboral. El trabajador que prestó servicios bajo apariencia civil durante años goza de la misma protección que quien siempre tuvo un contrato formal.

2.3.2. Criterios para identificar una verdadera relación laboral

Aunque el principio de primacía de la realidad parece sencillo de aplicar, no obstante, su aplicación exige un análisis cuidadoso de los hechos. En un proceso laboral, el juez debe determinar si existen elementos suficientes para dejar de lado la forma contractual utilizada por las partes y reconocer la existencia de una relación laboral. Para ello, no basta revisar el nombre del contrato; corresponde valorar cómo se prestó realmente el servicio, si existió subordinación, si hubo pago periódico, si el trabajador cumplía horarios, recibía órdenes, usaba herramientas del empleador o estaba integrado a la organización de la empresa.

En la práctica judicial, la aplicación del principio de primacía de la realidad exige verificar si, más allá del nombre asignado al contrato, concurren los elementos propios de una relación laboral, prestación personal de servicios, remuneración y subordinación. Esta última adquiere especial importancia, pues permite distinguir el contrato de trabajo de una relación civil o comercial. Por ello, el análisis debe centrarse en los hechos acreditados, si el trabajador recibía órdenes, cumplía horarios, era supervisado, utilizaba medios proporcionados por el empleador o se encontraba integrado en la organización de la empresa.

El principio de primacía de la realidad, aplicado sin matices, puede generar cierta inseguridad jurídica en relaciones contractuales genuinamente civiles, ya que no toda prestación de servicios es laboral, por ejemplo, el abogado independiente que asesora de manera ocasional, el consultor externo que trabaja con múltiples clientes simultáneamente, el proveedor de servicios con organización empresarial propia, son

expresiones legítimas de la autonomía civil que no deben ser laboralizadas por una lectura expansiva y mecánica del principio. El verdadero test no es la apariencia, sino la concurrencia real de subordinación.

2.4. El fraude y simulación más recurrentes en el mercado laboral peruano: Un análisis fenomenológico

La fenomenología del fraude y la simulación en nuestro ordenamiento jurídico se manifiesta con alarmante dinamismo, ya que quienes buscan eludir la aplicación de la normativa sociolaboral, han sofisticado sus estructuras de contratación, obligando al carácter tuitivo a refinar constantemente sus herramientas de fiscalización y sanción.

2.4.1. La locación de servicios encubierta: El “eterno” locador

Representa la manifestación más clásica de la simulación relativa. Bajo el amparo formal de los artículos 1764.º y siguientes del Código Civil, se contrata a un prestador bajo la denominación de “locador”. No obstante, en el terreno de los hechos, este locador se encuentra inserto en la estructura organizativa de la empresa, sujeto a un horario riguroso de ingreso y salida, reportando de manera continua a un superior jerárquico, utilizando las herramientas proporcionadas por la propia unidad económica y percibiendo una retribución mensual fija que, a pesar de instrumentarse formalmente mediante “recibos por honorarios”, califica materialmente como una remuneración, e incluso es sancionado administrativamente.

En estos supuestos, la supuesta autonomía del locador no es más que una ficción documental destinada a negar los derechos de vacaciones, gratificaciones, compensación por tiempo de servicios (CTS) y seguridad social, como ejemplo, en una institución financiera que mantiene

a sus analistas de crédito bajo locación de servicios durante años, exigiéndoles el cumplimiento de metas y horarios idénticos a los del personal en planilla. La jurisprudencia ha sido implacable en estos casos, declarando la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado desde el inicio de la prestación sujeta al régimen laboral privado regulado por el TUO del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR.

2.4.2. La desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad

El TUO del Decreto Legislativo N.º 728, diseña un régimen donde la regla general es la contratación a plazo indeterminado, reservando los contratos modales (temporales) para supuestos de excepción formalmente tasados por la ley. El fraude se configura cuando se recurre a estas modalidades (tales como contratos por inicio de actividad, por necesidades del mercado, de reconversión empresarial, entre otros) con una absoluta ausencia o falsedad de la causa objetiva que justifique la temporalidad.

Se utiliza la contratación modal como cobertura o disfraz para cubrir plazas que corresponden a la actividad ordinaria, permanente y estructural de la empresa. El Tribunal Constitucional ha sido enfático al señalar que el uso de estas modalidades temporales sin la existencia real de una causa habilitante constituye un supuesto de simulación o fraude que desnaturaliza de inmediato el vínculo, tornándolo en un contrato de duración indeterminada. El artículo 77º del TUO del D.Leg. 728 es la norma de sanción por excelencia en estos casos.

2.4.3. La intermediación y tercerización laboral fraudulenta

La intermediación y la tercerización son mecanismos válidos de descentralización productiva, empero se tornan fraudulentos cuando se utilizan para encubrir una simple provisión de personal o para evitar la contratación directa de trabajadores. En la intermediación laboral, regulada por la Ley N.º 27626, el fraude aparece cuando se emplea fuera de los supuestos permitidos, esto es, servicios temporales, complementarios o altamente especializados, o cuando se cubren necesidades ordinarias y permanentes de la empresa usuaria. En la tercerización, regulada por la Ley N.º 29245, el elemento decisivo es la autonomía real de la empresa contratista; por ello, si la empresa principal dirige directamente a los trabajadores, les asigna tareas, controla la ejecución del servicio o proporciona los medios esenciales de trabajo, la tercerización pierde sustento y puede ser considerada una forma encubierta de provisión de personal.

2.5. El marco internacional: Convenios de la OIT y el control de convencionalidad

Nuestro ordenamiento jurídico no es una isla, sino que se integra en el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos. Los convenios de la OIT, especialmente aquellos ratificados por el Perú, forman parte del bloque de constitucionalidad y deben ser aplicados por los jueces mediante el control de convencionalidad.

2.5.1. Convenio N.º 158 sobre la terminación de la relación de trabajo

Este convenio es la piedra angular de la protección contra el despido arbitrario. Exige que no se ponga fin a la relación de

trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador, o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. En los casos de simulación, el empleador suele “terminar” la relación alegando simplemente el vencimiento de un contrato civil o modal que, en realidad, era inexistente o estaba desnaturalizado. La jurisprudencia nacional, inspirada en este convenio, entiende que tales actos son nulos por carecer de causa justa, ordenando la reposición o el pago de indemnizaciones agravadas.

2.5.2. Convenio N.º 181 sobre agencias de empleo privadas

Este convenio busca garantizar que los trabajadores contratados a través de agencias no sean privados de sus derechos fundamentales, incluyendo la libertad sindical y la negociación colectiva. En el Perú, la interpretación de la Ley de Intermediación debe hacerse bajo el prisma de este convenio, asegurando que la triangulación no sea un mecanismo para atomizar a la clase trabajadora y debilitar su capacidad de reclamo.

2.6. Carga de la prueba y presunciones en la ley N.º 29497

La prueba es, en este ámbito, corresponde a quien pretende que se reconozca la existencia de una relación laboral subordinada bajo apariencia civil o modal debe enfrentarse a un adversario que suele tener control sobre la documentación relevante. Esta asimetría informativa fue reconocida expresamente por el legislador al diseñar las reglas de carga probatoria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT).

2.6.1. El sistema de carga probatoria

El artículo 23º de la Ley N.º 29497 establece un sistema de carga probatoria dinámica. Si bien el trabajador debe

acreditar la prestación personal de servicios lo que en la práctica no suele ser difícil basta con que presente indicios razonables de subordinación para que la carga probatoria se traslade al empleador. Este deberá demostrar que la relación fue efectivamente autónoma, así como el cumplimiento de sus obligaciones laborales con el trabajador. Este diseño procesal no vulnera el derecho a la prueba del empleador, sino que equilibra la desigualdad entre las partes ante la evidente superioridad de medios de la empresa o empleador.

2.6.2. La presunción de laboralidad

El artículo 23.2 de la Ley N.º 29497, establece una presunción legal muy importante, acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado, salvo prueba en contrario. Esta presunción “iuris tantum” obliga al empleador a desplegar una actividad probatoria exhaustiva si desea mantener la apariencia civil de la relación. No basta con presentar el contrato firmado; debe probar que en el día a día no hubo órdenes, no hubo horarios y el trabajador actuó con verdadera independencia técnica y económica.

2.6.3. Medios probatorios y valoración judicial

Para desvirtuar la apariencia civil, el juzgador debe valorar una pluralidad de indicios convergentes; Documentales, Correos electrónicos con instrucciones directas, fotochecks, uniformes, inclusión en el directorio telefónico de la empresa, registros de ingreso y salida (aunque se llamen “control de visitas”), tomas fotográficas, Testimoniales; Periciales, Informes contables que demuestren que los pagos eran periódicos y fijos, asimilables a una remuneración; Exhibiciones, el juez puede ordenar la exhibición de planillas,

libros de actas y registros de asistencia, bajo apercibimiento de tener presente la conducta del empleador al momento de resolver.

2.7. Consecuencias jurídicas

La verificación judicial de la simulación o el fraude laboral desencadena un conjunto de consecuencias jurídicas que el ordenamiento ha articulado con coherencia creciente.

1. Desnaturalización y Reconocimiento del Vínculo: La principal consecuencia es la declaración de la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado desde el inicio de la relación. Esta declaración tiene efectos retroactivos.
2. Pago de Beneficios Sociales: El trabajador tendrá derecho al pago de todos los beneficios sociales que le fueron negados: CTS, gratificaciones de julio y diciembre, vacaciones no gozadas (con la respectiva indemnización), utilidades y aportes a la seguridad social (Essalud y pensiones), así como condiciones económicas vía pacto colectivo y de ser el caso Laudos Arbitrales.
3. Responsabilidad Solidaria en Tercerización: En casos de tercerización fraudulenta, la empresa principal responde solidariamente por las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores de la contratista.
4. Sanciones de SUNAFIL: Más allá del ámbito judicial, la simulación constituye una infracción muy grave en materia de relaciones laborales. Las multas impuestas por la autoridad administrativa pueden ser devastadoras para la empresa, calculándose en función de la gravedad y el número de trabajadores afectados.

III. CONCLUSIONES

La simulación y el fraude a la legislación laboral constituyen problemas relevantes para el Derecho del Trabajo, porque no se reducen a errores formales en la redacción de contratos ni a simples estrategias empresariales de contratación; se trata de prácticas que pueden afectar directamente la dignidad del trabajador, desconocer derechos mínimos e irrenunciables y debilitar la finalidad protectora que la Constitución reconoce al trabajo. Por ello, su análisis exige una respuesta jurídica que no se limite a la apariencia documental, sino que atienda a la forma real en que se prestaron los servicios.

Como se ha desarrollado, nuestro ordenamiento cuenta con herramientas normativas, constitucionales y procesales suficientes para enfrentar la simulación contractual y el fraude laboral. Desde las reglas civiles sobre el acto jurídico, reinterpretadas a la luz de la relación laboral, hasta el principio de primacía de la realidad y las reglas probatorias previstas en la Ley N.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, el sistema jurídico permite que el juez atienda a los hechos efectivamente acreditados y no solo a la forma contractual utilizada por las partes.

La sofisticación de los mecanismos de elusión obliga a una vigilancia constante. El Derecho del Trabajo debe seguir evolucionando para detectar la subordinación en la economía de plataformas, en el teletrabajo y en las complejas redes de subcontratación internacional. El principio de primacía de la realidad no constituye únicamente una regla de interpretación jurídica. Es una garantía de protección del trabajador, porque impide que la forma contractual utilizada por las partes prevalezca sobre los hechos efectivamente acreditados. De este modo, asegura que la dignidad laboral y los derechos irrenunciables no sean desconocidos bajo argumentos de eficiencia económica o flexibilidad empresarial.

La eficacia de estas herramientas no depende únicamente de su reconocimiento normativo, sino también de la forma en que son aplicadas en cada caso concreto. Por ello, resulta indispensable que los jueces valoren la prueba con rigor y que los abogados planteen sus pretensiones con claridad técnica. Solo así será posible evitar que las formas contractuales encubran relaciones laborales reales y asegurar que el trabajo cumpla la función que la Constitución le reconoce ser medio de realización de la persona y base del bienestar social.

REFERENCIAS

- Aguiló Regla, J. (2006). Presunciones, verdad y normas procesales. Isegoría. Revista de filosofía moral y política, 35, 11-28. Consejo Superior de Investigaciones.
- Arce Ortiz, E. (2021). *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y realidades*. Palestra Editores.
- Boza Pro, G. (2011). *Lecciones de derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Código Civil. (1984). *Código Civil*. Decreto Legislativo N.º 295.
- Compendio de jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de Junín. (s. f.).
- Constitución Política del Perú. (1993). *Constitución Política del Perú*. Diario Oficial *El Peruano*.
- Ley N.º 29497. (2010). *Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Diario Oficial *El Peruano*.
- Lohmann Luca de Tena, J. (1994). *El negocio jurídico*. Grijley.
- Organización Internacional del Trabajo. (1982). *Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)*.
- Organización Internacional del Trabajo. (1997). *Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181)*.
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo*. Depalma.
- Real Academia Española. (s. f.). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/>
- Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (1997). *Aprobado por Decreto Supremo N.º 003-97-TR*. Diario Oficial *El Peruano*.
- Toyama Miyagusuku, J. (2020). *El derecho del trabajo en el Perú*. Gaceta Jurídica.
- Tribunal Constitucional del Perú. (s. f.). *Jurisprudencia*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/>
- Vinatea Recoba, L., & Toyama Miyagusuku, J. (2023). *Guía operativa laboral*. Gaceta Jurídica.

MOTIVACIÓN EN SERIE Y TRANSFORMACIÓN DE LA JUSTICIA: EFICIENCIA, UNIFORMIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL PODER JUDICIAL PERUANO



Mg. Luz M. Barrios Morales¹

Jueza Supernumeraria
Juzgado de Paz Letrado Laboral
Módulo Corporativo Laboral de Huancayo

RESUMEN:

La motivación de las resoluciones judiciales constituye una garantía esencial del debido proceso y un requisito indispensable para la validez de las decisiones jurisdiccionales, en el contexto actual, caracterizado por una elevada carga procesal y la necesidad de brindar respuestas oportunas a los ciudadanos, el Poder Judicial peruano ha incorporado mecanismos orientados a optimizar la gestión jurisdiccional, entre ellos la hoy conocida como “sentencias con motivación en serie”.

Esta herramienta permite utilizar estructuras argumentativas comunes en procesos que presentan similitud sustancial en sus hechos, pretensiones, causa petendi, normativa aplicable y criterios jurisprudenciales, garantizando al mismo tiempo la individualización de cada caso concreto, pero el análisis general de una normativa y criterio aplicado a todos en conjunto, asimismo resaltando que la implementación contribuye a la reducción de la carga procesal, la uniformidad de criterios jurisdiccionales la

predictibilidad de las decisiones judiciales y el fortalecimiento de la seguridad jurídica.

Sin embargo, la motivación en serie no constituye una autorización para emitir resoluciones automáticas ni reemplaza la función jurisdiccional de valoración y análisis de cada expediente, su aplicación debe respetar los principios constitucionales de motivación, razonabilidad, congruencia y tutela jurisdiccional efectiva. En consecuencia, esta técnica representa una herramienta moderna de gestión judicial que busca equilibrar eficiencia y calidad en la administración de justicia.

Palabras clave: *Motivación en serie, debido proceso, seguridad jurídica, uniformidad jurisprudencial.*

ABSTRACT:

The reasoning behind judicial rulings constitutes an essential guarantee of due process and an indispensable requirement for the validity of jurisdictional decisions. In the

¹ Jueza de Paz Letrado Laboral de Huancayo, docente universitaria de la Universidad Peruana los Andes. Maestra en Derecho Civil Comercial por la Universidad Peruana los Andes, egresada de doctorado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional de Huancavelica.

current context—characterized by a heavy caseload and the need to provide timely responses to citizens—the Peruvian Judiciary has adopted mechanisms aimed at optimizing case management, including what is now known as "judgments with serial reasoning."

This tool allows for the use of common argumentative structures in cases that share substantial similarities regarding facts, claims, the legal basis (*causa petendi*), applicable regulations, and jurisprudential criteria. While it facilitates a general analysis of the regulations and criteria applied to the group as a whole, it simultaneously ensures the individualization of each specific case. Furthermore, its implementation contributes to reducing the caseload, ensuring uniformity in judicial criteria and predictability in court decisions, and strengthening legal certainty.

However, serial reasoning does not authorize the issuance of automatic rulings, nor does it replace the judicial function of evaluating and analyzing each individual case file; its application must respect constitutional principles regarding the reasoning of decisions, reasonableness, congruence, and effective judicial protection. Consequently, this technique represents a modern judicial management tool that seeks to balance efficiency and quality in the administration of justice.

Keywords: *Serial reasoning, due process, legal certainty, jurisprudential uniformity.*

I. INTRODUCCIÓN

La motivación de las resoluciones judiciales constituye uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional de Derecho, a través de ella, el juez exterioriza las razones fácticas y jurídicas que sustentan su decisión, permitiendo a las partes comprender el contenido del fallo y ejercer adecuadamente los mecanismos de control e impugnación previstos por el ordenamiento jurídico, por su lado la debida motivación no solo representa

una garantía procesal, sino también una manifestación de transparencia y legitimidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, donde se sustenta la decisión de la sentencia.

En los últimos años, el Poder Judicial peruano ha impulsado diversas estrategias destinadas a mejorar la eficiencia del servicio de justicia, entre ellas destaca la motivación en serie, mecanismo orientado a optimizar la elaboración de resoluciones en procesos que presentan similitud sustancial en sus elementos jurídicos y fácticos, el cual consiste en tener una sentencia fuente o matriz, del cual se desprenden las sentencias derivadas.

Las sentencias con motivación en serie, hoy constituyen una clave para contribuir con la celeridad procesal, ya que pueden emitirse sentencias en el menor tiempo posible y menor recurso humano, esta buena práctica no vulnera el respeto a la debida motivación, toda vez que la motivación general se encuentra en la sentencia fuente, y las precisiones de cada caso en concreto se encuentran en cada expediente materia de análisis.

II. DESARROLLO

2.1. La motivación judicial como garantía constitucional

El artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú reconoce como principio y derecho de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales, esta exigencia constituye una manifestación del debido proceso y del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que la motivación permite verificar que la decisión judicial no sea arbitraria, sino el resultado de una interpretación razonada del ordenamiento jurídico, de esta manera, el juez debe expresar de manera clara las razones que justifican su decisión, vinculando los hechos acreditados con las normas aplicables al caso concreto.

No obstante, la exigencia de motivación no implica necesariamente que cada resolución deba contener extensos desarrollos argumentativos, pues la amplitud de estas dependerá de la complejidad del caso en concreto y de las particularidades de la controversia sometida a conocimiento judicial.

2.2. La motivación en serie como herramienta de gestión judicial y organización de despacho

La motivación en serie constituye una técnica moderna de gestión jurisdiccional orientada a optimizar la producción de resoluciones judiciales en aquellos procesos que presentan una sustancial homogeneidad fáctica y jurídica, su finalidad no consiste en sustituir la función jurisdiccional ni en automatizar la actividad del juez, sino en racionalizar el empleo de los recursos institucionales mediante la utilización de estructuras argumentativas comunes para la resolución de controversias semejantes, pues esta herramienta encuentra sustento en los principios de celeridad, economía procesal, eficiencia y tutela jurisdiccional efectiva, los cuales exigen que el sistema de justicia brinde respuestas oportunas y razonables a los ciudadanos, ya que es de conocimiento general la creciente carga procesal que enfrentan los órganos jurisdiccionales en el país, ha generado la necesidad de implementar mecanismos que permitan optimizar la gestión judicial sin afectar las garantías esenciales del debido proceso.

La incorporación de la motivación en serie por parte del Poder Judicial responde precisamente a esta necesidad de modernización institucional. Su aplicación resulta particularmente relevante en materias caracterizadas por la existencia de procesos repetitivos o masivos, tales como controversias laborales, previsionales, contencioso administrativo y de ejecución, en las cuales concurren pretensiones similares,

marcos normativos comunes y criterios jurisprudenciales consolidados.

Sin embargo, la utilización de esta técnica exige que el órgano jurisdiccional verifique previamente la existencia de elementos sustancialmente homogéneos entre los expedientes, entre ellos, la identidad o similitud, que debe recaer sobre los hechos relevantes, la naturaleza de la pretensión, la normativa aplicable y los criterios jurisprudenciales que servirán de sustento para la decisión, solo en tales circunstancias resulta legítimo emplear una estructura argumentativa común.

La motivación en serie tampoco supone una reproducción mecánica de resoluciones judiciales, sino por el contrario, exige que cada decisión conserve los elementos mínimos de individualización del caso concreto, tales como la identificación de las partes, la determinación de los hechos acreditados, la valoración de los medios probatorios pertinentes y la cuantificación específica de las pretensiones cuando corresponda, dejando claro que la uniformidad argumentativa no excluye la necesidad de atender las particularidades de cada proceso, según cada caso presentado.

Desde una perspectiva constitucional, esta técnica resulta compatible con el deber de motivación de las resoluciones judiciales previsto en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, siempre que la fundamentación utilizada sea suficiente, razonable y congruente con las circunstancias del caso. El Tribunal Constitucional ha precisado que el derecho a la debida motivación no exige resoluciones extensas, sino decisiones que permitan conocer las razones jurídicas que justifican el pronunciamiento jurisdiccional, en consecuencia, la motivación en serie debe entenderse como una herramienta de gestión judicial destinada a fortalecer la eficiencia, la uniformidad de criterios y la seguridad

jurídica, sin menoscabar el deber constitucional de motivar las decisiones judiciales ni las garantías que integran el debido proceso.

2.3. Impacto de la motivación en serie en la administración de justicia

La incorporación de esta herramienta genera importantes beneficios institucionales, como permitir la reducción significativa del tiempo empleado en la elaboración de resoluciones que contienen fundamentos jurídicos semejantes, favoreciendo una gestión más eficiente de los despachos judiciales y contribuyendo a disminución de la carga procesal acumulada.

Asimismo, la utilización de criterios uniformes fortalece la coherencia de las decisiones judiciales y reduce el riesgo de pronunciamientos contradictorios frente a situaciones sustancialmente iguales, dentro de un mismo despacho modulo jurisdiccional. De esta manera, se refuerza el principio de igualdad ante la ley y se incrementa la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales, por el propio conocimiento que tiene la sociedad de un caso similar ya resuelto en despacho.

Otro beneficio relevante consiste en la optimización de los recursos institucionales, permitiendo que jueces y servidores jurisdiccionales concentren mayores esfuerzos en el análisis de procesos complejos que demandan una motivación especializada e individualizada, sin descuidar los casos repetitivos quienes por tener la sentencia fuente, son de emisión más célere, cumpliendo con el principio que rige al poder judicial, la transparencia, celeridad procesal y el principio de igualdad.

2.4. Beneficios para la ciudadanía y la seguridad jurídica

Desde una perspectiva social, la motivación en serie contribuye a garantizar una justicia

más célere y accesible, pues la reducción de los tiempos de emisión de resoluciones, favorece el acceso oportuno a la tutela jurisdiccional y disminuye los costos económicos asociados a la prolongación de los procesos judiciales.

Del mismo modo, la uniformidad de criterios fortalece la confianza de la ciudadanía en el sistema judicial, al ofrecer respuestas consistentes frente a situaciones similares, por lo que incrementa la seguridad jurídica y permite a los ciudadanos prever razonablemente las consecuencias jurídicas de sus actos y los posibles resultados de sus casos presentados en la misma judicatura.

2.5. Límites constitucionales de la motivación en serie

La aplicación de la motivación en serie encuentra límites en los principios que rigen el debido proceso, su utilización resulta improcedente cuando el expediente presenta circunstancias particulares que exigen un análisis individualizado o cuando la valoración probatoria requiere una apreciación específica de los hechos controvertidos.

Asimismo, esta técnica no puede convertirse en una reproducción mecánica de resoluciones ni justificar la omisión de una motivación suficiente y congruente, pues toda decisión judicial debe respetar los estándares constitucionales de razonabilidad y fundamentación exigidos por la jurisprudencia nacional.

III. CONCLUSIONES

La motivación en serie constituye una herramienta moderna de gestión jurisdiccional que permite compatibilizar la exigencia constitucional de motivar las resoluciones judiciales con la necesidad de brindar una justicia más eficiente y oportuna, pues su adecuada aplicación favorece la uniformidad

de criterios, la reducción de la carga procesal y el fortalecimiento de la seguridad jurídica.

Asimismo, la utilización de esta buena práctica debe desarrollarse dentro de los límites impuestos por el debido proceso y el derecho de defensa, garantizando siempre que cada resolución responda a las particularidades del caso concreto. En tal sentido, la motivación en serie no representa una simplificación de la función jurisdiccional, sino un mecanismo de modernización orientado a mejorar la calidad y eficiencia del servicio de justicia.

REFERENCIAS

- Constitución Política del Perú. (1993). Constitución Política del Perú. Diario Oficial El Peruano.
- El Peruano. (2024). Motivación en serie: Fijando parámetros. Suplemento Jurídica.
- Liza, L. (2022). *La importancia de la motivación en serie*. Revista Oficial del Poder Judicial.
- Perú. Tribunal Constitucional. (2006). Expediente N.º 03943-2006-PA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/>
- Perú. Tribunal Constitucional. (2008). Expediente N.º 00728-2008-PHC/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/>
- Perú. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. (2025, 11 de septiembre). Resolución Administrativa N.º 000339-2025-CE-PJ.

LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO A UTILIDADES EN LA MICROEMPRESA Y SU POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIENTE



Mg. Richard A. Vidal Aliaga¹

Decano
Ilustre Colegio de abogados de Junín

I. INTRODUCCIÓN

La participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa constituye una de las instituciones más representativas del Derecho del Trabajo contemporáneo, pues reconoce que la riqueza generada por la actividad empresarial no es atribuible exclusivamente al capital o a la organización empresarial, sino también al aporte de quienes contribuyen directamente al proceso productivo mediante la prestación de servicios subordinados. En el ordenamiento jurídico peruano, este derecho ha sido expresamente reconocido por el artículo 29 de la Constitución Política del Perú, que establece el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa, además de promover otras formas de participación.

No obstante, el reconocimiento constitucional de este derecho no ha impedido que el legislador establezca determinados límites, condiciones y supuestos de exclusión para su ejercicio, como ocurre con los trabajadores de la microempresa, quienes no participan en el reparto de utilidades pese a encontrarse vinculados laboralmente a empresas que

desarrollan actividades generadoras de renta de tercera categoría.

La justificación de dicha exclusión debe entenderse dentro del contexto histórico y normativo en el que surgió el régimen MYPE. La Ley N 28015 fue concebida con la finalidad de promover la formalización empresarial y la generación de empleo mediante la reducción de determinados costos laborales, configurando a la microempresa como una unidad económica que no podía exceder de diez trabajadores. Sin embargo, esta concepción fue modificada por la Ley N 30056, que eliminó el límite máximo de trabajadores como criterio de clasificación empresarial, modificación que posteriormente fue mantenida por la Ley N 32353.

Como consecuencia de ello, la condición de microempresa dejó de estar necesariamente vinculada al número de trabajadores y pasó a depender principalmente del volumen de ventas. En este contexto, el presente artículo tiene por objeto analizar la evolución normativa del régimen MYPE y examinar la compatibilidad constitucional de la exclusión

¹ Abogado por la Universidad Peruana Los Andes. Docente en la Universidad Continental.

del derecho a utilidades respecto de los trabajadores de la microempresa.

Finalmente, el trabajo desarrolla la naturaleza constitucional del derecho a las utilidades, examina la evolución normativa del régimen MYPE y las razones históricas que justificaron la exclusión de este beneficio en la microempresa; posteriormente analiza las modificaciones introducidas por la Ley N 30056 y la Ley N 32353 y su incidencia en los fundamentos que originalmente sustentaban dicha exclusión. Concluye evaluando la problemática desde la perspectiva de los principios constitucionales laborales y su compatibilidad con el ordenamiento constitucional vigente.

II. DESARROLLO

2.1. El derecho a participar en las utilidades como derecho de rango constitucional

2.1.1. Reconocimiento constitucional del derecho a utilidades

El derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa encuentra reconocimiento expreso en el artículo 29 de la Constitución Política del Perú, disposición que establece que el Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.

El reconocimiento constitucional de este derecho no constituye una decisión casual del constituyente. Como señala Neves Mujica, la Constitución incorpora únicamente aquellos derechos laborales considerados indispensables para compensar la desigualdad estructural existente entre trabajador y empleador, constituyendo un núcleo mínimo de protección destinado a equilibrar la relación laboral mediante el reconocimiento de derechos de otorgamiento obligatorio. Desde esta perspectiva, la inclusión del derecho a

participar en las utilidades dentro del artículo 29 revela que el constituyente lo consideró un mecanismo necesario para la tutela del trabajador y no un beneficio accesorio cuya existencia dependa exclusivamente de la voluntad del legislador.

En ese contexto, aunque el derecho a participar en las utilidades constituye un derecho de configuración legal, ello no significa que el legislador pueda disponer libremente de su contenido o excluir arbitrariamente a determinados colectivos de trabajadores. Su potestad de configuración tiene por finalidad desarrollar el derecho constitucionalmente reconocido y establecer las condiciones para su ejercicio, sin desnaturalizarlo ni privarlo de eficacia respecto de un grupo de trabajadores sin una justificación objetiva, razonable y constitucionalmente suficiente.

El Tribunal Constitucional ha señalado que, si bien corresponde al legislador desarrollar el contenido de determinados derechos reconocidos por la Constitución, dicha regulación debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, evitando restricciones arbitrarias o carentes de justificación objetiva. En consecuencia, la libertad de configuración legislativa encuentra límites en el propio texto constitucional y en los principios que informan el Estado Constitucional de Derecho.

2.1.2. Finalidad constitucional de la participación en las utilidades

La participación de los trabajadores en las utilidades constituye una institución cuya finalidad trasciende el otorgamiento de un beneficio económico adicional. Su reconocimiento constitucional responde a la necesidad de garantizar una distribución más equitativa de los resultados positivos generados por la actividad empresarial,

reconociendo que la obtención de ganancias no depende exclusivamente de la inversión de capital o de la capacidad de dirección empresarial, sino también de la contribución de los trabajadores mediante su prestación personal de servicios.

Desde esta perspectiva, el derecho a participar en las utilidades se vincula estrechamente con los principios de justicia social que inspiran el Derecho del Trabajo. Como señala Neves Mujica, una de las finalidades esenciales del Derecho del Trabajo consiste en corregir o atenuar las desigualdades estructurales existentes dentro de la relación laboral mediante mecanismos que permitan una distribución más equilibrada de los beneficios derivados de la actividad económica. La participación en las utilidades constituye precisamente uno de esos mecanismos.

Asimismo, este derecho se relaciona con el principio constitucional de dignificación del trabajo, pues la Constitución no concibe al trabajador como un mero factor de producción, sino como una persona cuya actividad contribuye de manera decisiva a la generación de riqueza. En consecuencia, la participación en las utilidades reconoce jurídicamente dicha contribución, permitiendo que los trabajadores accedan a una porción de los beneficios económicos obtenidos por la empresa durante el ejercicio correspondiente.

En ese sentido, la participación en las utilidades no constituye un simple beneficio patrimonial accesorio, sino una institución orientada a garantizar una distribución más equitativa de la riqueza generada por la empresa, fortalecer la integración entre capital y trabajo y materializar los principios de justicia social que inspiran el ordenamiento laboral peruano.

2.1.3. Naturaleza jurídica del derecho a utilidades

El derecho a participar en las utilidades constituye un derecho laboral de reconocimiento constitucional previsto en el artículo 29 de la Constitución Política del Perú. En ese sentido, Carlos Blancas Bustamante sostiene que la incorporación de los derechos laborales a los textos constitucionales representa una de las principales manifestaciones del constitucionalismo social, mediante la cual estos derechos adquieren la condición de derechos fundamentales y pasan a integrar el núcleo de protección de la Constitución.

No obstante, dicho reconocimiento no implica que su contenido se encuentre plenamente definido por la Constitución, pues requiere el desarrollo legislativo de aspectos como los sujetos beneficiarios, las empresas obligadas, los criterios de distribución y el procedimiento para su ejercicio. Por ello, la doctrina constitucional lo califica como un derecho de configuración legal.

Asimismo, este derecho presenta una doble dimensión: patrimonial y social. La primera se manifiesta en la percepción de una prestación económica vinculada a las ganancias empresariales; la segunda deriva de su finalidad redistributiva y de su función de reconocer la contribución del trabajador a la generación de riqueza dentro de la empresa. Esta doble dimensión explica que la participación en las utilidades no pueda reducirse a un simple beneficio económico accesorio, sino que deba entenderse como una institución que materializa principios constitucionales vinculados con la justicia social y la protección del trabajo.

2.2. Evolución normativa del régimen MYPE

2.2.1. La Ley N.º 28015 y el diseño originario de la microempresa

La Ley N.º 28015 surgió en un contexto caracterizado por elevados niveles de informalidad empresarial y laboral, situación que limitaba el acceso de un importante sector de trabajadores a los mecanismos de protección reconocidos por la legislación laboral y de seguridad social. Su finalidad consistió en promover la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas mediante medidas destinadas a reducir las barreras económicas, administrativas y laborales que dificultaban su incorporación a la formalidad. Bajo esa lógica, el legislador consideró que imponer las mismas obligaciones previstas para empresas de mayor dimensión podía desincentivar la formalización de unidades económicas con limitada capacidad productiva y financiera.

En ese contexto, se diseñó un régimen laboral especial sustentado en las características propias de la microempresa, definida por no superar determinados niveles de ventas y contar con un máximo de diez trabajadores. Este último criterio constituía uno de los principales elementos de identificación de la microempresa y reflejaba la concepción legislativa vigente, según la cual este tipo de organizaciones se caracterizaba por una reducida estructura laboral y económica.

En consecuencia, la exclusión de los trabajadores de la microempresa del derecho a participar en las utilidades guardaba coherencia con dicha configuración normativa, pues mientras el régimen general exigía más de veinte trabajadores para generar la obligación de reparto, la microempresa no podía superar legalmente los diez.

2.2.2. El Decreto Legislativo N.º 1086 y la consolidación del régimen especial

El Decreto Legislativo N.º 1086 consolidó el régimen laboral especial de la micro y pequeña empresa, estableciendo un tratamiento diferenciado entre ambas categorías y un catálogo de derechos laborales reducido respecto del régimen laboral común.

Asimismo, vinculó el acceso a dicho régimen con la inscripción en el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa, condicionando los beneficios promocionales al cumplimiento de determinados requisitos formales.

Para efectos del presente estudio, resulta relevante destacar que esta norma mantuvo la concepción de la microempresa como una unidad económica de reducida dimensión, conservando el límite máximo de diez trabajadores. En materia de utilidades, mantuvo la exclusión de los trabajadores de la microempresa, mientras reconoció dicho beneficio a los trabajadores de la pequeña empresa conforme a la legislación de la materia.

2.2.3. La Ley N.º 30056 y la eliminación del límite máximo de trabajadores

La Ley N.º 30056 introdujo una modificación sustancial en la configuración jurídica de la micro y pequeña empresa. A diferencia de la regulación anterior, que utilizaba conjuntamente el número de trabajadores y el nivel de ventas para su clasificación, esta reforma adoptó un criterio predominantemente económico, definiendo a las empresas únicamente en función de sus ventas anuales. En consecuencia, la microempresa pasó a identificarse por el volumen de ventas y

dejó de estar limitada por un número máximo de trabajadores.

Esta modificación respondió a una política de promoción del crecimiento empresarial, pues bajo el régimen anterior el incremento de trabajadores podía generar la pérdida de la condición de microempresa y, con ello, de los beneficios promocionales. La reforma buscó evitar que la generación de empleo formal se convirtiera en un factor que desincentivara el desarrollo empresarial.

Desde la perspectiva del presente trabajo, esta modificación resulta especialmente relevante, ya que permitió que una microempresa pudiera contar con más de veinte trabajadores sin perder su condición jurídica, siempre que mantuviera el nivel de ventas previsto por la ley. De este modo, desapareció una de las premisas que históricamente sustentaban la exclusión del derecho a participar en las utilidades.

2.2.4. La Ley N.º 32353 y la regulación vigente

La Ley N.º 32353 constituye el marco normativo vigente en materia de promoción de la micro y pequeña empresa y mantiene la orientación promocional que ha caracterizado históricamente a este régimen especial.

Para los fines del presente estudio, resulta relevante advertir que esta norma conserva el modelo de clasificación empresarial introducido por la Ley N.º 30056, manteniendo el volumen de ventas como criterio de identificación de la microempresa y sin restablecer un límite máximo de trabajadores.

No obstante, pese a mantener este modelo, la legislación vigente conserva la exclusión de los trabajadores de la microempresa respecto del derecho a participar en las utilidades, circunstancia que constituye el

punto de partida del análisis desarrollado en los capítulos siguientes.

2.3. La justificación histórica de la exclusión del derecho a utilidades en la microempresa

2.3.1. El requisito del número mínimo de trabajadores para el reparto de utilidades

La participación de los trabajadores en las utilidades, pese a su reconocimiento constitucional, no constituye un derecho de aplicación automática respecto de toda empresa que genere ganancias. El Decreto Legislativo N 892 establece que el reparto resulta exigible únicamente respecto de empresas generadoras de rentas de tercera categoría que cuenten con más de veinte trabajadores.

Este requisito adquiere especial relevancia para comprender la regulación originaria de la microempresa. Mientras el régimen general exigía superar dicho umbral, la legislación especial impedía que la microempresa excediera los diez trabajadores, generándose una correspondencia entre ambos regímenes.

En consecuencia, la exclusión de los trabajadores de la microempresa del derecho a utilidades no constituía una excepción aislada, sino una consecuencia compatible con la configuración legal de estas unidades económicas. La imposibilidad de acceder al reparto derivaba tanto de la regulación especial de la microempresa como de los requisitos establecidos por el régimen general de utilidades.

2.3.2. La razonabilidad inicial de la exclusión

Bajo la vigencia de la Ley N.º 28015 y del Decreto Legislativo N.º 1086, la exclusión del derecho a utilidades encontraba una justificación objetiva y razonable. Si el

régimen general exigía que la empresa contara con más de veinte trabajadores y la microempresa no podía superar los diez, resultaba jurídicamente imposible que esta quedara comprendida dentro del supuesto de hecho previsto por el Decreto Legislativo N.º 892.

En ese contexto, la exclusión constituía una medida coherente con el diseño del régimen MYPE, pues respondía a una diferencia objetiva entre las microempresas y las empresas sujetas al régimen general de utilidades. Por ello, la razonabilidad de la medida no derivaba únicamente de la existencia de una norma especial, sino también de la propia configuración legal de la microempresa.

2.4. La transformación del régimen MYPE y sus efectos sobre la exclusión del derecho a utilidades

2.4.1. El nuevo modelo de clasificación empresarial

La Ley N.º 30056 modificó sustancialmente el modelo de clasificación de la microempresa al sustituir el criterio basado en el número de trabajadores por uno vinculado al volumen de ventas. En consecuencia, la condición jurídica de microempresa dejó de depender de la dimensión de su plantilla laboral y pasó a determinarse principalmente por parámetros económicos.

Esta reforma respondió a una política de promoción del crecimiento empresarial, evitando que el incremento de trabajadores ocasionara la pérdida de los beneficios propios del régimen especial. Posteriormente, la Ley N.º 32353 mantuvo este modelo, consolidando el volumen de ventas como criterio de clasificación de la microempresa.

En consecuencia, el número de trabajadores dejó de constituir un elemento determinante para identificar a la

microempresa, modificando uno de los presupuestos sobre los cuales se estructuró originalmente el régimen MYPE.

2.4.2. La posibilidad de microempresas con más de veinte trabajadores

La eliminación del límite máximo de trabajadores produjo una consecuencia relevante para el análisis del derecho a participar en las utilidades. Actualmente, una microempresa puede contar con más de veinte trabajadores sin perder su condición jurídica, siempre que mantenga el volumen de ventas previsto por la ley.

Esta situación altera la relación que originalmente existía entre el régimen MYPE y el régimen general de utilidades. Mientras en el diseño inicial resultaba jurídicamente imposible que una microempresa alcanzara el umbral exigido por el Decreto Legislativo N.º 892, en el régimen vigente dicha posibilidad existe.

Como consecuencia de ello, desaparece uno de los fundamentos objetivos que históricamente justificaban la exclusión del derecho a utilidades. En adelante, la diferenciación ya no puede explicarse por la imposibilidad legal de que una microempresa superara el número de trabajadores exigido por el régimen general, sino que debe analizarse a la luz de la finalidad promocional del régimen especial y de los principios constitucionales aplicables.

2.5. La exclusión de utilidades y los principios constitucionales

2.5.1. Principio de igualdad

El principio de igualdad constituye uno de los pilares del orden constitucional peruano y se encuentra reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, así como en el inciso 1 del artículo 26. Conforme a la

jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este principio no exige un tratamiento idéntico para todas las personas, sino que proscribire las diferenciaciones arbitrarias y exige que toda distinción normativa se sustente en criterios objetivos y razonables.

Bajo el régimen originario de la microempresa, la exclusión del derecho a utilidades encontraba una justificación objetiva derivada de la imposibilidad legal de superar el umbral de trabajadores exigido por el Decreto Legislativo N.º 892. Sin embargo, tras las modificaciones introducidas por la Ley N.º 30056 y la Ley N.º 32353, resulta jurídicamente posible que una microempresa cuente con más de veinte trabajadores. En ese contexto, la diferencia de trato ya no puede justificarse únicamente por la dimensión empresarial, lo que exige reevaluar su compatibilidad con el principio de igualdad.

2.5.2. Principio de razonabilidad

El principio de razonabilidad constituye uno de los principales límites a la libertad de configuración legislativa. Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, toda diferenciación normativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y mantener una relación lógica entre el medio empleado y el objetivo perseguido.

En el caso de la exclusión del derecho a utilidades, la finalidad promocional del régimen MYPE continúa siendo constitucionalmente legítima. No obstante, la desaparición de uno de los presupuestos que originalmente justificaban dicha exclusión obliga a determinar si esa finalidad resulta actualmente suficiente para mantener la diferencia de trato.

2.5.3. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad constituye el criterio para evaluar si una restricción a un derecho constitucional

resulta compatible con la Constitución. Ello supone verificar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida.

Desde la perspectiva de la idoneidad, la exclusión del derecho a utilidades podría contribuir a reducir determinados costos laborales y favorecer la sostenibilidad económica de las microempresas. Sin embargo, corresponde analizar si constituye una medida necesaria o si existen alternativas menos restrictivas que permitan alcanzar la misma finalidad con una menor afectación del derecho reconocido en el artículo 29 de la Constitución.

Asimismo, la proporcionalidad en sentido estricto exige ponderar si el beneficio obtenido mediante la exclusión justifica la intensidad de la restricción impuesta sobre un derecho de reconocimiento constitucional.

2.5.4. Principio de progresividad de los derechos laborales

El principio de progresividad impone al Estado el deber de fortalecer progresivamente la protección de los derechos laborales y evitar retrocesos injustificados. En ese sentido, la permanencia de una exclusión absoluta respecto del derecho a utilidades exige verificar si las circunstancias que originalmente la justificaban continúan vigentes. Cuando el contexto normativo ha variado sustancialmente, la revisión de los fundamentos de una restricción constituye una exigencia compatible con dicho principio.

2.5.5. Interdicción de arbitrariedad

La interdicción de arbitrariedad exige que toda diferenciación normativa responda a razones objetivas y constitucionalmente legítimas. Aplicado al caso materia de

estudio, este principio obliga a determinar si la exclusión de los trabajadores de la microempresa del derecho a utilidades conserva un fundamento suficiente dentro del régimen actualmente vigente. En el régimen vigente corresponde determinar si la exclusión conserva un fundamento constitucional suficiente.

Las consideraciones expuestas no conducen necesariamente a afirmar la invalidez constitucional de la regulación vigente. Sin embargo, sí evidencian la necesidad de someterla a un nuevo examen de constitucionalidad a la luz de las transformaciones experimentadas por el régimen MYPE.

2.6. La posible inconstitucionalidad sobreviniente de la exclusión

El reconocimiento constitucional del derecho a participar en las utilidades determina que toda exclusión respecto de su ejercicio deba encontrarse respaldada por una justificación objetiva y constitucionalmente suficiente. En consecuencia, si bien el legislador conserva un margen de configuración normativa para regular su ejercicio, dicha potestad debe respetar los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad que limitan toda diferencia de trato.

Como se ha expuesto, la exclusión encontraba inicialmente sustento en la finalidad promocional del régimen MYPE y en la imposibilidad legal de que una microempresa superara el umbral previsto por el Decreto Legislativo N.º 892 para generar la obligación de reparto. Sin embargo, las modificaciones introducidas por la Ley N.º 30056 y mantenidas por la Ley N.º 32353 eliminaron uno de esos presupuestos, al permitir que una microempresa pueda contar con más de veinte trabajadores sin perder dicha condición.

En ese contexto, la permanencia de la exclusión obliga a determinar si la finalidad promocional del régimen MYPE constituye,

por sí sola, una justificación suficiente para restringir el ejercicio de un derecho reconocido por el artículo 29 de la Constitución. La cuestión no consiste en afirmar que la regulación fue siempre incompatible con la Constitución, sino en establecer si la razonabilidad que justificó originalmente la diferencia de trato subsiste luego de las modificaciones introducidas al régimen MYPE.

Desde esta perspectiva, la evolución normativa del régimen MYPE justifica un nuevo examen de constitucionalidad de la exclusión vigente. En efecto, la desaparición de uno de los presupuestos que originalmente legitimaban la diferencia de trato obliga a determinar si esta continúa siendo compatible con los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad o si, por el contrario, la modificación del contexto normativo ha debilitado su fundamento constitucional. En tal sentido, resulta jurídicamente válido plantear, al menos desde una perspectiva doctrinal, la posible configuración de una inconstitucionalidad sobreviniente de la exclusión actualmente vigente.

III. CONCLUSIONES

El derecho a participar en las utilidades, reconocido por el artículo 29 de la Constitución, es un derecho de reconocimiento constitucional cuya regulación debe respetar los límites del orden constitucional.

La exclusión de los trabajadores de la microempresa del derecho a utilidades fue inicialmente razonable, pues la Ley N 28015 y el Decreto Legislativo N 1086 limitaban a estas empresas a un máximo de diez trabajadores, mientras que el régimen general exigía más de veinte.

La Ley N 30056 eliminó el límite máximo de trabajadores como criterio de clasificación de la microempresa, modificando uno de los presupuestos que justificaban dicha exclusión.

La posibilidad de que existan microempresas con más de veinte trabajadores debilita la justificación histórica de la exclusión y justifica un nuevo examen de su compatibilidad con los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad.

Aunque la finalidad promocional del régimen MYPE sigue siendo constitucionalmente legítima, corresponde determinar si resulta suficiente para mantener la exclusión de un derecho reconocido por la Constitución.

Resulta conveniente revisar la regulación vigente para armonizar el régimen MYPE con el derecho constitucional a participar en las utilidades, especialmente cuando la microempresa supere el umbral de trabajadores previsto en el Decreto Legislativo N.º 892.

REFERENCIAS

Blancas Bustamante, C. (2012). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo* (2.ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gaceta Jurídica. (2013). *Participación de los trabajadores en las utilidades*. Soluciones Laborales, Guía Operativa N.º 5. Gaceta Jurídica.

Neves Mujica, J. (2018). *Introducción al Derecho del Trabajo* (2.ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Toyama Miyagusuku, J. (2021). *Derecho Individual del Trabajo*. Gaceta Jurídica.

Constitución Política del Perú.

Decreto Legislativo N.º 892, Decreto Legislativo que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas.

Decreto Legislativo N.º 1086, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Promoción de la Competitividad,

Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente.

Ley N.º 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa.

Ley N.º 30056, Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial.

Ley N.º 32353, Ley que aprueba la Ley General de la Micro y Pequeña Empresa.

Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 0008-2003-AI/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00045-2004-AI/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 1124-2001-AA/TC.

LA LIMITACIÓN TEMPORAL DE CONSERVACIÓN DOCUMENTAL: ¿HA SIDO UNA MEDIDA CONSTITUCIONAL?



Dr. Luis J. Baldeón Bedón¹

Asistente de Vocal
Octava Sala Laboral
Corte Superior de Justicia de Lima

RESUMEN:

El autor considera que la limitación temporal de conservación de documentos, por parte del empleador, hasta un periodo de 05 años, afecta esencialmente el derecho constitucional a la prueba; pues la parte procesal que mejor acceso material ha tenido a los medios probatorios es el empleador, en donde una limitación temporal solamente permitiría que la persona que no cumple sus obligaciones jurídicas pueda ser absuelta en un proceso judicial, por el solo una cuestión de probanza.

En efecto, mediante la publicación de la Casación N° 36773-2023-La Libertad, la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República sostiene que, efectivamente que facultar a los empleadores de conservar los medios documentales, por un periodo máximo de 05 años, solamente sería una seria afectación del derecho fundamental del trabajador a la prueba o acceder mediante una exhibición; pues esta limitación temporal solamente anularía la

potestad de acceder a medios probatorios documentales, más aún cuando el Decreto Legislativo N° 1310 o el Decreto Supremo N° 005-2012-TR se reduce a una simplificación administrativa, mas no una modalidad para deshacerse voluntariamente de tales fuentes de prueba.

Así, aunque esta posición sea contraria a otro tipo de interpretación formar acogida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la propia Corte Suprema de la República, pero la decisión asumida por la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República nos permitirá reflexionar que una decisión conservatoria de documentales también debe estar sujeta a la vigencia de los derechos fundamentales; pues la sola aplicación de un lapso temporal, sin un mayor análisis fundamental, simplemente sería admitir una situación concreta de impunidad (al poder eliminar toda prueba perjudicial), el cual se

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Políticas. Maestro en Gestión Pública y Control Gubernamental. Juez Superior Provisional de la Primera Sala Laboral de Huancayo. Juez del Primer Juzgado Laboral de Huancayo. Juez Coordinador del Módulo Corporativo Contencioso Administrativo Laboral y Previsional. Ponente de capacitaciones en Procesos Contencioso Administrativo Laboral y previsional y Derecho Laboral. Autor de Artículos en materia laboral.

agrava con la seria restricción a la aplicación de la teoría dinámica de la prueba.

Palabras clave: *Derecho a la prueba; conservación documental; carga dinámica de la prueba; proceso laboral; derechos fundamentales; control difuso; tutela jurisdiccional efectiva.*

ABSTRACT:

The author contends that the five-year statutory limit on the retention of employment records by employers fundamentally undermines the constitutional right to evidence. This is because the employer is the party that has had the greatest material access to documentary evidence, and imposing a temporal limit on its preservation would merely enable a party that has failed to fulfill its legal obligations to prevail in judicial proceedings solely due to the absence of available evidence.

Indeed, in the publication of Cassation No. 36773-2023-La Libertad, the Fourth Chamber for Constitutional and Social Law of the Supreme Court of the Republic held that allowing employers to retain documentary evidence for a maximum period of five years constitutes a serious infringement of the worker's fundamental right to evidence, including the right to obtain such evidence through a court-ordered production of documents. According to the Court, this temporal limitation effectively extinguishes the possibility of accessing documentary evidence, particularly considering that Legislative Decree No. 1310 and Supreme Decree No. 005-2012-TR were enacted solely as administrative simplification measures and were never intended to authorize the voluntary disposal of potential sources of evidence.

Accordingly, although this position differs from the interpretation previously adopted by the Second Chamber for Constitutional and Social Law of the same Supreme Court, the approach embraced by the Fourth Chamber invites broader reflection on the principle that

decisions concerning the retention of documentary evidence must also comply with the protection of fundamental rights. The mere application of a fixed retention period, without a substantive constitutional analysis, would effectively legitimize a situation of impunity by allowing parties to eliminate evidence that may be detrimental to their interests. This concern is further exacerbated by the significant restriction such an approach places on the application of the dynamic burden of proof doctrine.

Keywords: *Right to evidence; document retention; dynamic burden of proof; labor procedure; fundamental rights; diffuse constitutional review; effective judicial protection.*

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Concepto General

Querido lector, hace algunos días, la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República ha emitido la Casación Laboral N° 36773-2023-La Libertad, en donde ha señalado que la limitación temporal máxima de 05 años, para la conservación de prueba documental física, solamente tendría que ser interpretada como una medida de simplificación administrativa, mas no como una modalidad para poder ser utilizada como medio de destrucción o garantizar una pérdida de memoria prolongada; pues la misma significaría promover al trabajador a estar dentro de un estado de indefensión permanente, al simplemente estar sujeto a una formalidad probatoria rígida, propio del antiguo proceso civil.

Por lo que, si dentro de los fundamentos señalados en la propia Casación Laboral N° 36773-2023-La Libertad, este órgano jurisdiccional de la Corte Suprema señala meridianamente que la posibilidad que los empleadores puedan simplificar su acervo documentario físico no significa la capacidad

de destruir o evitar que los trabajadores puedan no acceder a tales documentos; al solamente calificarse la misma como un déficit probatorio patológico o un estado de indefensión procesal (al tener solamente una carga estrictamente formal y limitativa), tal como se puede observar:

“(…) Convalidar que una norma de simplificación de gestión documental vacíe de contenido los deberes procesales de probidad contemplados en la Ley 29497, constituye un grave obstáculo para la averiguación de la verdad. Permitir que el empleador utilice la dispensa administrativa de conservación documental como un mecanismo de evasión probatoria frente a pretensiones laborales de larga data genera una inaceptable injusticia epistémica. Ello sitúa al trabajador en un estado de indefensión material que incrementa drásticamente las probabilidades de error judicial, traduciéndose en la emisión de absoluciones falsas (o falsos negativos). En la teoría general de la prueba, este escenario patológico se materializa cuando el sistema judicial rechaza una pretensión legítima y verdadera, no por la inexistencia del derecho sustantivo, sino por un déficit probatorio inducido por la contraparte. Así, mantener una exigencia probatoria rígida a cargo del trabajador en contextos donde el empleador ha empobrecido el acervo probatorio mediante la retención de los registros, generaría un dramático aumento de estas falsas absoluciones, determinando la ineficacia absoluta del sistema jurisdiccional en la protección de los derechos irrenunciables6 (…).”

“(…) Así, mantener una exigencia probatoria rígida a cargo del trabajador en contextos donde el empleador ha empobrecido el acervo probatorio mediante la retención de los registros, generaría un dramático aumento de estas falsas absoluciones, determinando la ineficacia absoluta del sistema jurisdiccional en la protección de los derechos irrenunciables (…). Una demanda genérica, ambigua o carente de sustento circunstancial impide la

configuración del hecho base, haciendo inoperante cualquier presunción judicial. Por el contrario, solo a partir de un escenario de verosimilitud inicial construido por el trabajador en su escrito de demanda, la carga de desvirtuar dichas afirmaciones se traslada con todo su rigor al empleador. Si el laborante cumple con esta carga postulatoria indiciaria y el empleador omite exhibir los registros de asistencia invocando de manera asistemática el plazo de conservación administrativa, el nexo lógico de la presunción se perfecciona a favor del demandante, sin que resulta exigible prueba directa del sobretiempo (…).”

Entonces las reflexiones jurídicas emitidas por la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, en donde se determina efectivamente la posibilidad de conservar pruebas documentales físicas por un periodo máximo de 05 años (tal como se dispone el Decreto Legislativo N° 1310 o el Decreto Supremo N° 005-2012-TR) solamente podría afectar el derecho constitucional a la prueba, así como limitar en su máximo esplendor la aplicación de la teoría dinámica de la prueba (aunque no se mencione expresamente); pues, tal como se afirma, la posibilidad de admitir la posibilidad que el empleador solamente pueda destruir el acervo probatorio incomodo, conllevando a que el trabajador no pueda acceder válidamente a tales pruebas, pues, ante el hecho de su destrucción, solamente el magistrado denegará lo pretendido, al no poder ser acreditado.

II. DESARROLLO

2.1. Elementos constitucionales

Como siempre hemos desarrollados en anteriores trabajos, antes de analizar los alcances de la presente decisión suprema, el cual impacta necesariamente el proceso laboral; procederemos a analizar algunos derechos fundamentales que se encontrarían vinculados dentro de la presente controversia.

2.1.1. La vigencia de los derechos fundamentales dentro del proceso laboral

El artículo 23° de nuestra Constitución Política del Perú estima fundamentalmente que el Estado o los poderes de los particulares no podrán desconocer el ejercicio de los derechos constitucionales de trabajo o rebajar la dignidad de un trabajador, sea de manera privada, procesal o normativa; por cuanto la misma siempre será una cláusula de salvaguarda en el respeto de los derechos y conforme a la aplicación del derecho constitucional a la igualdad, el cual no solo se restringe a la vía privada o la administración pública, sino al propio proceso laboral.

De esta manera, conforme a lo desarrollado en el Exp. N° 2906-2002-AA/TC, se podrá apreciar que el artículo 23° de la Constitución Política ha permitido separar la interferencia de los poderes públicos o amenaza de arbitrariedad por parte de los privados sobre el detrimento de derechos laborales o el mismo proceso, respecto a casos concretos; en base a la prevalencia de sus derechos esenciales dentro de la propia relación laboral y no sujeta a un acto simulado, por cuanto:

"(...)El artículo 22° de la Constitución establece que el trabajo es un deber y un derecho, interesando únicamente, en el caso de autos, su dimensión como derecho, en atención al contenido de la demanda. Además, el tercer párrafo del artículo 23° precisa que "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (...) Se impone, así, una cláusula de salvaguarda de los derechos del trabajador, en concordancia con el artículo 1° de la Constitución, que estatuye que la defensa de la persona humana y el

respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Con ello, además, se permite que el principio de igualdad surta efectos, justamente, en una relación asimétrica, como la que se produce entre una empresa y un trabajador (...)"

A partir de ello, nuestra parte reiteradamente ha concluido que un magistrado no requiere de una disposición normativa expresa para poder ordenar el reconocimiento de una relación laboral unificada o incorporar a un trabajador demandante dentro de un régimen laboral determinado, toda vez que dicha fuente deriva exclusivamente de la función inherente de los órganos judiciales que nuestra Constitución Política reconoce.

2.1.2. El orden público constitucional

Desde un pleno respecto a la vigencia de los derechos constitucionales, se deberá tener presente que todo mandato individual, colectivo o procesal se deberá sujetar al mantenimiento de derechos constitucionales mínimos, relacionados estrechamente con la determinación del Orden Público; por lo que, si la misma se estructura a través de la continuidad de los derechos constitucionales mínimos, entonces la validez de tal acto material se sujetará a la irrenunciabilidad de derechos.

En efecto, si partimos concretamente que un Orden Público es un conjunto de valores, principios y pautas de comportamientos esenciales cuyo propósito es la conservación y adecuado de la coexistencia entre los ciudadanos (así como de nuestras propias vidas o la propia especie humana); entonces todo acuerdo contrario o mandato legal a aquellos parámetros mínimos indispensables para el establecimiento del Estado Social², no

² A través del Exp. N° 3283-2003-AA/TC, el Tribunal Constitucional estableció que el Orden Público garantiza valores básicos de la vida en sociedad, el cual constituye la base a la estructura y organización de la sociedad; para ello, en la referida sentencia se considera que: (...) El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en un sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial (...)"

podrá ser legítimamente cumplido por una de las dos partes, al atentar gravemente contra el Orden Público³ (aunque el mismo dentro del concepto general tenga un carácter excepcional) y existir la posibilidad de extinguir totalmente un derecho fundamental (es este caso, el acceso a la prueba).

Conforme a esto, si partimos de un primigenio nivel de restricción al momento de evaluar una decisión privada específica o un acto procesal determinado, entonces el Orden Público se relaciona expresamente con la necesidad de continuar con la percepción de los derechos mínimos indispensables en la protección de un derecho constitucional específico⁴; el cual podrá relacionarse con la valoración de la carga de la prueba, dentro de un conflicto específico.

De esta manera, si tenemos presente que dentro del Exp. N° 3283-2003-AA/TC se fijó que las decisiones privadas individuales, colectivas o procesales (desde un marco conceptual amplio) no podrían afectar derechos fundamentales mínimos sujetos a la percepción de ingresos económicos; entonces mucho menos se podría admitir que el fin de una

relación laboral simplemente pueda admitir un descuento inmediato de los beneficios sociales, en cuanto:

“(…) El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad. (…)”.

Por consiguiente, si bien es verdad que un derecho puede ser dispuesto por los particulares a través de la emisión de diversos actos en donde se pueda garantizar su ejercicio efectivo en la realidad, pero la renuncia a su titularidad se encontraría proscrita por el propio Derecho del Trabajo, al prohibirse la posibilidad que el trabajador pueda renunciar voluntariamente a sus derechos sujetos a normas dispositivas y taxativas⁵ (tal como en el presente caso) y no contemplar previamente medidas

³ Para LOHMAN LUCA DE TENA GUILLERMO, en su libro “Reforma del Título Preliminar del Código Civil”, Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas, INDEJ, 1988 estima que el Orden Público se sujeta a parámetros genéricos, el cual es la concordancia con un sistema no solamente normativo, sino también ideológico, pues el mismo se sujeta a normas imperativas.

⁴ Por consiguiente, nos adherimos a la postura asumida por el constitucionalista LANDA ARROYO CESAR, en su obra “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, mediante el cual la identificación de un Orden Público re regirá por los bienes jurídicos que lo protegen, en donde el pacto evaluado no lesiona aquel mínimo indispensable para el ejercicio de un derecho.

⁵ En términos del autor JORGE RENDON VASQUEZ, a través de su libro “Derecho del Trabajo – Teoría General I”, Segunda Edición, Lima, 2007, Editorial GRIJLEY, el Orden Público adquiere una connotación particular pues la protección de derechos limita la voluntad de las partes, pues fijan un límite fijo a favor de los trabajadores, el cual es un mínimo indispensable en una negociación no puede reducir y el cual (consideramos) podrá extenderse ante actos unilaterales.

De esta manera, si bien el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales había sido reconocido a través de la jurisprudencia constitucional en torno a la exigibilidad de normas taxativas más no a las dispositivas, tal como lo establecido en el Exp. N° 008-2005-AI/TC y Exp. N° 0529-2010-PA/TC, al señalar que “(…) Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador dentro de la Constitución y la Ley (…). Así, conforme se desprende a lo previsto en el inciso 2) del artículo 26ª de la Constitución, la irrenunciabilidad solo alcanza aquellos (…). Derechos reconocidos en la Constitución y la Ley (…). Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es operativa en el caso de la segunda (…). la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede despojarse, permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma (…). El principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar (…).”.

Pero consideramos que el principio de irrenunciabilidad de derechos no solamente podrá sujetarse a normas taxativas, por cuanto a través de la aplicación de normas dispositivas se pueden vulnerar otros derechos fundamentales.

alternativas de soluciones; tal como la posibilidad de acceder a determinados medios probatorios que no se encuentran en su poder o exigir que se apliquen presunciones procesales por la comprobación de una conducta temeraria.

En ese sentido, si nuevamente consideramos que el concepto del Orden Público puede sujetarse a la conservación de derechos mínimos e indispensables, entonces será rápido poder colegir otra vez que la sola disposición unilateral sobre la carga de la prueba en el proceso laboral, solamente conllevaría a la declaración inmediata de inconstitucionalidad; por no advertir escenarios menos gravosos o alternativas de solución en donde no se advierta un riesgo al ejercicio de un derecho constitucional, como es la prueba.

2.1.3. El derecho esencial a la prueba

El principio de libertad probatoria establece una obligación de todo magistrado de observar el principio de verdad material, pues a través de la misma se permite resolver una controversia y cumplir simultáneamente los fines del proceso; por eso, las partes procesales podrán (mediante una amplia posibilidad de acceso), constatar la certeza de la demanda, siempre que la misma no sea obtenida mediante prueba ilícita, pues en un Estado Democrático de Derecho, la búsqueda de la verdad real es un objetivo

que no puede estar por encima de los derechos fundamentales⁶.

Con ello, la libertad probatoria no se sustenta en la obtención de una verdad a ultranza o mediante mecanismos libérrimos, sino obtenida por vías legítimas o constitucionalmente razonables; por tal razón, se afirma que la finalidad del proceso en general, aún más el laboral, es garantizar es una verdad eminentemente formalizada.

En estricto, el derecho a la prueba es un derecho complejo y combatido, pues ésta se encuentra conformado por diversos derechos constituyentes, tal como ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, obtener su admisión dentro del proceso, permitir una adecuada valoración de su actuación, asegurar su producción o conservación razonable por parte de la contraparte y que estos sean valorados dentro del fallo (conforme a una motivación adecuada)⁷; con el fin de sustentar fácticamente lo alegado en la parte postulatoria del proceso, pues todo ciudadano (entre ellos el trabajador) tiene el derecho esencial a acceder determinados medios probatorios que no posee, el cual tiene conocimiento que estos se encuentran en poder del empleador.

De esta manera, la valoración de la prueba, así como su derecho a acceder a su fuente⁸, deberá debidamente motivada por escrito,

⁶ Sobre el presente extremo, el autor ALEX ANTONIO VALDEZ MARROU en su trabajo titulado “La prueba ante las contradicciones jurisprudenciales: prueba lícita, preclusión procesal y libertad probatoria”, Revista Oficial del Poder Judicial, Volumen 17, N° 23, 2025, Pág. N° 423, estima que el derecho constitucional a probar es una garantía procesal y constitucional que asegura que las partes puedan presentar los medios necesarios para sostener su posición, respetando siempre los principios de pertinencia y legalidad; en donde el ejercicio de la libertad probatoria es fundamental para asegurar que el magistrado tenga acceso a toda la información relevante y necesaria para llegar a una conclusión justa y fundamentada, permitiendo una evaluación completa y exhaustiva del caso.

⁷ Respecto al autor CESAR LANDA ARROYO, en su libro “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Pág. N° 525, estima que el derecho constitucional a la prueba se relaciona con el derecho que poseen los justiciables o un tercero con legítimo interés a acceder o presentar medios probatorios dentro de un proceso judicial o un procedimiento administrativo general; en donde su eje se relaciona en la no omisión, del magistrado, en valorar las pruebas que respeten derechos fundamentales, agregando razonablemente las presunciones procesales y los indicios correspondientes para poder sostener una decisión motivada.

⁸ Para el autor JUAN MARCELINO GONZALEZ, en su trabajo titulado “Derechos Fundamentales y los medios probatorios fundamentales”, Perfiles de las Ciencias Sociales, Año 6, Número 12, México, enero - junio 2019, Pág. N° 123, la exigibilidad de una libertad probatoria y el derecho a acceder a su fuente es un principio esencial del proceso; pues la misma es una exigencia necesaria para poder comprender la idea del proceso, en donde el acceso a la prueba es una limitación material, derivada de la imposibilidad de utilizar determinados medios.

con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo o adecuadamente realizado⁹; debiendo tener las siguientes características:

1. Veracidad Objetiva, en donde la prueba debe reflejar de manera exacta lo acontecido en la realidad, pues el elemento probatorio se debe ajustar a la verdad y que esta no haya sido manipulada.
2. Constitucionalidad de la actividad, en donde se prohíbe la obtención, recepción y valoración de pruebas que vulneren derechos fundamentales (Orden Público).
3. La utilidad del objeto, mediante el cual se verifica la utilidad del objeto de prueba, siempre que esta produzca certeza judicial.
4. Pertinencia en el proceso, en la que la prueba se reputará pertinente, si la misma tiene relación directa con el objeto.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado, a través de las sentencias recaídas en los Exp. N° 010-2002-AI/TC, Exp. N° 02333-2004-HC/TC, Exp. N° 6712-2005-HC/TC, Exp. N° 1014-2007-PHC/TC, Exp. N° 0862-2008-PHC/TC, Exp. N° 00768-2021-PA/TC, entre otros, que el derecho a la prueba es una garantía fundamental que todo ciudadano posee para poder obtener pruebas útiles o pertinentes; no siendo necesario poseerlos al momento de su ofrecimiento en el proceso (abriendo la posibilidad que sea exigible a la contraparte, mediante la presentación de una exhibición), sino que estas se circunscriban a las clásicas funciones de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud, con él se obtiene una

democratización del proceso, en base a que:

“(…) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (…).”

“(…) En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú (…). Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

“(…) En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho (…). Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos

⁹ Sobre este punto, el autor CESAR LANDAARROYO, en su libro “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Pág. N° 526, considera que toda prueba, dentro de los diversos modelos procesales, debe ser valorada necesariamente mediante una veracidad objetiva, la obtención de los medios probatorios dentro de mecanismos lícitos, que se valoren pruebas útiles y si la misma guarda relación con el objeto de controversia; más aún se dota al magistrado la presentación de pruebas cuando lo considere necesario o aplicar presunciones procesales ante actos de mala fe.

o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita (...)"

Con lo que, se aprecia que el derecho constitucional a la prueba se sustenta en dos aspectos esenciales, esto es, la posibilidad real a acceder a los medios probatorios que no se posee en el momento de interponer la demanda, la necesidad que la contraparte los conserve regularmente (sin la necesidad de poder ser destruidos a voluntad) y que estos medios probatorios sean valorados en el proceso (desde la óptica que se pretende evaluar); entonces la vigencia del derecho a la prueba (más allá de sus características teóricas) se centra esencialmente en su eficacia procesal, pues a través de la misma, la producción de la prueba (mediante su obtención constitucional) permitirá ratificar lo formulado en una demanda o aplicar una presunción ante una conducta obstruccionista.

Asimismo, si a través de lo resuelto en el Exp. N° 1176- 2004-AA/TC, Exp. N° 0053-2004-PI/TC y Exp. N° 0041-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional precisa expresamente que la carga dinámica de la prueba garantiza el acceso necesario de todo ciudadano a la propia prueba requerida y en la posibilidad que la parte que posea (tal como el empleador) las mejores condiciones sea el obligado a ofrecer el medio probatorio requerido, bajo apercibimiento; tal como se puede observar:

"(...) Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas

para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva (...) La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado (...)"

"(...) Debido a la complejidad técnica que supone demostrar lo que verdaderamente corresponde pagar de manera individualizada a cada contribuyente y el posible exceso en el cobro, el Tribunal considera que (...) la carga de la prueba en estos casos debe invertirse y recaer en la municipalidad, pues esta se encuentra en mejores condiciones técnicas para asumirla (...)"

Entonces podemos afirmar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también admite una relación intrínseca entre la aplicación de la teoría dinámica de la prueba con el respeto del derecho constitucional a la prueba del trabajador (el cual también puede incluir al empleador), mediante una protección adecuada del ciudadano contra el abuso; por cuanto el objeto de aquella modalidad será la flexibilización de la propia carga tradicional que es rígida con la parte demandante, al observar una imposibilidad de acceder a un medio probatorio y el rol de inversión de la carga, mediante la imposición de presunciones por la verificación de conductas obstruccionistas de la contraparte.

Finalmente, se puede recordar que esta interrelación entre la teoría dinámica de la prueba y el propio derecho a la prueba se identifica principalmente por la prevalencia de la eficacia de la prueba; pues en el Exp. N° 6712-2005-HC/TC, el

Tribunal Constitucional reiteró que la producción u ofrecimiento de la prueba se relaciona originariamente con la posibilidad de ofrecer, pues:

"(...) La eficacia de la prueba (...) radica en la capacidad de toda parte o tercero legitimado en un proceso para producir la prueba necesaria que pueda formar la convicción del juzgador sobre la existencia o la inexistencia de los hechos que son o serán objeto de probanza. Así, en su contenido se incluye la posibilidad de su ofrecimiento, su admisión, su actuación, su producción, su conservación y su valoración (...)"

2.2. La limitación temporal de conservar pruebas documentales ¿Cuál era la historia comentada?

Desde una visión histórica, siempre habíamos escuchado que el artículo 05° del Decreto Ley N° 25988, modificado por el artículo 01° de la Ley N° 27029, el artículo 35° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo N° 29783, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, el artículo 6° de la norma que dispone el registro de control de asistencia y salida, aprobada por el Decreto Supremo N° 004-2006-TR, o que el inciso 3.4 del artículo N° 03 del Decreto Legislativo N° 1310, habían dispuesto que los empleadores, dentro de un alcance general, tendrían un periodo máximo de 05 años para poder conservar tales documentos; en donde, pasado aquel plazo temporal, tenían la posibilidad de eliminar a voluntad tales medios probatorios, imposibilitando que el trabajador pueda acceder a los mismos, pues simplemente tales decisiones documentadas habían sido destruida.

Con esto, de la revisión expresa de tales disposiciones normativas, los cuales datan con anterioridad al año 1998, se puede apreciar que, afectivamente, la legislación laboral o tributaria facultaban al empleador a poder eliminar o destruir los documentos de gestión, bajo el solo criterio de temporalidad; en base

a solo el transcurso del tiempo volvía obsoleta aquella información y el cual era solo responsabilidad del trabajador obtenerla en una posterior controversia, pues, qué más da, el trabajador tenía la carga de probar sus afirmaciones, tal como se observa:

"(...) De conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, los empleadores o las empresas cualquiera que sea su forma de constitución y siempre que no formen parte del sector público nacional, estarán obligadas a conservar los libros, correspondencia y otros documentos relacionados con el desarrollo de su actividad empresarial, por un periodo que no excederá de 05 años, contado a partir de la ocurrencia del hecho o la emisión del documento o cierre de las planillas de pago, según sea el caso (...) Transcurrido el periodo a que se refiere el párrafo anterior, los empleadores podrán disponer de dichos documentos para el reciclaje o destrucción, a excepción de las planillas de pago que deberán ser remitidas a las Oficinas de Normalización Previsional (...) En todo caso, inclusive en lo relativo a materia laboral, luego de transcurrido el mencionado periodo, la prueba de los derechos que se pudieran derivar del contenido de los documentos citados, será quien alegue el derecho (...)" (artículo 05° del Decreto Ley N° 25988, modificado por el artículo 01° de la Ley N° 27029).

"(...) El registro de enfermedades ocupacionales debe conservarse por un período de veinte (20) años; los registros de accidentes de trabajo e incidentes peligrosos por un periodo de diez (10) años posteriores al suceso; y los demás registros por un periodo de cinco (5) años posteriores al suceso (...)" (artículo 35° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo N° 29783, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR).

"(...) Los empleadores deben conservar los registros de asistencia hasta por cinco 5 años después de ser generados (...)" (artículo 6° de la norma que dispone el registro de

control de asistencia y salida, aprobada por el Decreto Supremo N° 004-2006-TR).

“(…) Para todo efecto legal, los empleadores están obligados a conservar los documentos y constancias de pago de las obligaciones laborales económicas, solamente hasta cinco años después de efectuado el pago (…)” (inciso 3.4 del artículo N° 03 del Decreto Legislativo N° 1310).

Por lo que, de una posibilidad (actualmente vigente) de destruir los medios probatorios que un trabajador puede acceder, de una interpretación inmediata del artículo 05° del Decreto Ley N° 25988, modificado por el artículo 01° de la Ley N° 27029, el artículo 35° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo N° 29783, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, el artículo 6° de la norma que dispone el registro de control de asistencia y salida, aprobada por el Decreto Supremo N° 004-2006-TR, así como del artículo 35° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo N° 29783, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, ahora se ha pasado a la posibilidad que estos documentos puedan ser digitalizados mediante carpetas computarizadas, pero permitiendo en el inciso 3.4 del artículo N° 03 del Decreto Legislativo N° 1310 que el empleador pueda deshacerse de manera inmediata; con el cual la idea original se mantiene, permitir que el transcurso del tiempo sea el recurso argumentativo suficiente para poder impedir que el trabajador no pueda acceder a tales pruebas, pues ya sería su responsabilidad como lo obtiene en un futuro.

Con lo que, ante la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de tales argumentos normativos por parte de los órganos jurisdiccionales de segunda instancia (tal como lo se resolvió en el Exp. N° 02529-2022-0-1801-JR-LA-11, Exp. N° 26229-2018-0-1801-JR-LA-12, Exp. N° 12970-2019-0-1801-JR-LA-14, entre otros), en donde se pretendía reconocer el derecho a una

jornada extraordinaria a un trabajador mediante la aplicación de la carga dinámica de la prueba (conforme a una conducta obstruccionista concreta del empleador) y el pleno respecto del derecho constitucional a la prueba, al no observarse inmediatamente un registro de entrada o salida; algunos órganos jurisdiccionales de la Corte Suprema de la República solamente aplicaban aquella posibilidad normativa de desconocer la existencia de tales medios probatorios, conforme a la apertura de destrucción de aquellos documentos que superaran el plazo temporal de 05 años o simplemente cuestionando su existencia en el proceso laboral (al no formar parte del expediente o sostener que nunca había existido, a pesar de observar registros parciales).

En efecto, de la revisión de la Casación Laboral 13028-2023-La Libertad, la Casación Laboral N° 11881-2023-La Libertad, la Casación Laboral N° 52931-2022-La Libertad, la Casación Laboral N° 42701-2022-La Libertad, Casación Laboral N° 6169-2024-La Libertad, Casación Laboral N° 14034-2022-Lima, la Casación Laboral N° 54396-2022-Lima, la Casación Laboral N° 13393-2021-La Libertad, la Casación Laboral N° 9140-2023-Lima, entre otros; se advierte que la Segunda Sala de Derecho Constitucional Transitoria de la Corte Suprema de la República ha determinado reiteradamente que no procederá el pago de una jornada extraordinaria si el trabajador no presenta el registro de asistencia, pues, no se podría asignar un derecho que la parte recurrente no ha demostrado dentro del proceso, más aún cuando el empleador no tiene obligación de conservar medios probatorios superiores a los 05 años.

En caso se tenga duda de lo afirmado, hasta la emisión del presente trabajo académico, la Segunda Sala de Derecho Constitucional Transitoria de la Corte Suprema de la República ha sustentado su posición en la inmediata aplicación del artículo 05° del

Decreto Ley N° 25988, modificado por el artículo 01° de la Ley N° 27029, el artículo 35° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo N° 29783, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, el artículo 6° de la norma que dispone el registro de control de asistencia y salida, aprobada por el Decreto Supremo N° 004-2006-TR, o el inciso 3.4 del artículo N° 03 del Decreto Legislativo N° 1310; en base a que no resultará arbitrario que el empleador no presente los medios probatorios solicitados mediante exhibición, pues solamente existiría una obligación legal de conservar durante un periodo de 05 años.

Para tal finalidad, si dentro de los fallos emitidos por la Segunda Sala de Derecho Constitucional Transitoria de la Corte Suprema de la República se ha desestimado el reconocimiento del derecho a una jornada extraordinaria, porque la parte demandante no ha acreditado el registro de entrada y salida, conforme a la postura clásica de carga probatoria; tal como se puede advertir:

“(…) De acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, el artículo 1 de la Ley N° 27029 que modifica el artículo 5 del Decreto Ley N° 25988, y el numeral 3.4 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1310, los empleadores están obligados a conservar los documentos y constancias de pago de las obligaciones laborales económicas, solamente hasta cinco años después de efectuado el pago. En ese sentido, la parte demandada no tenía la obligación de conservar boletas, tarjeta o planillas de registro de control de asistencia de entrada y salida u otros documentos (...) Ya que, conforme a las normas denunciadas, luego de transcurrido dicho plazo, la prueba de los derechos que se pudieran derivar del contenido de los citados documentos, será de cargo de quien alegue el derecho. (...)”.

“(…) Si bien el empleador está obligado al pago del trabajo en sobretiempo; dicha labor en exceso, debe ser necesariamente acreditada. Al respecto, el empleador está

obligado al registro del trabajo en sobretiempo, y en caso de que no haya cumplido con esta obligación, sea porque no existió dicho trabajo o porque no lo reconoce, corresponderá a quien invoca tal derecho, el deber de acreditación respectivo (...)”.

Entonces, el diagnóstico se centra solamente en la aplicación literal y exclusivamente legal de los supuestos máximos de conservación de medios documentales previstos en las normas ya señaladas, a pesar que esta interpretación pueda afectar seriamente el derecho constitucional a la prueba, la vigencia de los derechos esenciales en el proceso laboral y el propio desconocimiento del orden público constitucional; pues el hecho que la norma infraconstitucional faculte al empleador a destruir o desconocer la existencia de medios documentales que tengan una antigüedad mayor a los 05 años, simplemente nos demuestra que, en tal nivel de interpretación suprema laboral, no interesará la necesidad del trabajador de acceder a tales medios probatorios (imposibilitando la posibilidad mínima de conocimiento y la propia eficacia de la prueba en el proceso), admitir la amplia posibilidad del empleador de impedir un acceso probatorio (admitiendo que basta con la voluntad del demandado en destruir o desconocer su origen) y restringir una carga probatoria que actualmente admite la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (que en este caso es la inversión de la carga probatoria).

Así, a nivel de interpretación jurisdiccional de este órgano de la Corte Suprema de la República, solamente bastarán las amplias posibilidades de destruir o desconocer la existencia de determinados medios probatorios para exigir que el trabajador tenga la obligación de ofrecer un registro de entrada y salida (aunque pueda demostrar un acceso parcial o limitado), a pesar que se puedan advertir serias conductas obstruccionistas; pues simplemente se aplicarán lo previsto en

el artículo 05° del Decreto Ley N° 25988, modificado por el artículo 01° de la Ley N° 27029, el artículo 35° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo N° 29783, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, el artículo 6° de la norma que dispone el registro de control de asistencia y salida, aprobada por el Decreto Supremo N° 004-2006-TR, o el inciso 3.4 del artículo N° 03 del Decreto Legislativo N° 1310, a pesar que esta contradiga los derechos fundamentales ya descritos con anterioridad, pues solo importara las regla clásica (del proceso civil desfasado) de quien alega un hecho debe probarlo.

2.3. De las actuales tendencias contrarias ¿Podemos hablar de una declaración de inconstitucionalidad?

A pesar del contexto lúgubre descrito anteriormente, existe un reciente pronunciamiento emitido por la Cuarta Sala de Derecho Constitucional Transitoria de la Corte Suprema de la República, esto es la Casación Laboral N° 36773-2023-La Libertad, en donde se argumenta centralmente que la posibilidad que los empleadores puedan simplificar sus procedimientos internos (con clara referencia al inciso 3.4 del artículo N° 03 del Decreto Legislativo N° 1310) no significa, bajo una visión constitucional, que el empleador tenga la posibilidad de destruir medios probatorios o impedir el acceso al trabajador de las pruebas que el mantiene en su custodia; pues mantener una carga probatoria rígida (bajo una visión civil) solamente empobrecería el acervo probatorio que podría acceder el trabajador dentro del proceso, restando importancia al derecho fundamental de todo trabajador a la prueba que posee el empleador en su poder y manteniendo un estado patológico de la valoración de la prueba.

Para esto, el eje central de la Casación Laboral N° 36773-2023-La Libertad es posibilidad que los empleadores puedan simplificar su

acervo documentario físico sin limitar la capacidad de destruir o evitar que los trabajadores puedan no acceder a tales documentos; pues, el pleno respeto de la teoría dinámica (el cual señalamos forma parte de la estructura del derecho fundamental a la prueba) determina que:

“(…) Convalidar que una norma de simplificación de gestión documental vacíe de contenido los deberes procesales de probidad contemplados en la Ley 29497, constituye un grave obstáculo para la averiguación de la verdad. Permitir que el empleador utilice la dispensa administrativa de conservación documental como un mecanismo de evasión probatoria frente a pretensiones laborales de larga data genera una inaceptable injusticia epistémica. Ello sitúa al trabajador en un estado de indefensión material que incrementa drásticamente las probabilidades de error judicial, traducándose en la emisión de absoluciones falsas (o falsos negativos). En la teoría general de la prueba, este escenario patológico se materializa cuando el sistema judicial rechaza una pretensión legítima y verdadera, no por la inexistencia del derecho sustantivo, sino por un déficit probatorio inducido por la contraparte. Así, mantener una exigencia probatoria rígida a cargo del trabajador en contextos donde el empleador ha empobrecido el acervo probatorio mediante la retención de los registros, generaría un dramático aumento de estas falsas absoluciones, determinando la ineficacia absoluta del sistema jurisdiccional en la protección de los derechos irrenunciables⁶ (...)”.

“(…) Así, mantener una exigencia probatoria rígida a cargo del trabajador en contextos donde el empleador ha empobrecido el acervo probatorio mediante la retención de los registros, generaría un dramático aumento de estas falsas absoluciones, determinando la ineficacia absoluta del sistema jurisdiccional en la protección de los derechos irrenunciables (...) Una demanda genérica, ambigua o carente de sustento circunstancial impide la configuración del hecho base, haciendo

inoperante cualquier presunción judicial. Por el contrario, solo a partir de un escenario de verosimilitud inicial construido por el trabajador en su escrito de demanda, la carga de desvirtuar dichas afirmaciones se traslada con todo su rigor al empleador. Si el laborante cumple con esta carga postulatoria indiciaria y el empleador omite exhibir los registros de asistencia invocando de manera asistemática el plazo de conservación administrativa, el nexo lógico de la presunción se perfecciona a favor del demandante, sin que resulta exigible prueba directa del sobretiempo (...).

“(…) Todas estas herramientas procesales constituyen auténticos instrumentos de compensación epistémica instituidos en la ley, precisamente, para corregir el déficit de información del trabajador frente al monopolio documental del empleador. A través de ellas, el ordenamiento jurídico exige que la empresa —quien concentra la disponibilidad, el control fáctico y la administración del acervo documentario de la relación de trabajo— asuma un rol dinámico y colaborativo para el descubrimiento de la verdad material, penalizando severamente su reticencia o conducta obstructiva en el proceso. En este sentido, la presunción judicial es una inferencia racional y necesaria: las máximas de la experiencia dictan que quien oculta o destruye evidencia bajo su custodia, lo hace porque esta corroboraría la tesis contraria. Por consiguiente, ante la falta de exhibición o ante el incumplimiento de los deberes de colaboración, el empleador debe asumir ineludiblemente el riesgo probatorio y económico de su propia desinformación (...).

Entonces una adecuada interpretación constitucional de las cargas probatorias de las partes procesales en el proceso laboral y la conservación temporal de los medios documentales, es que el transcurso del tiempo no sea una condición del empleador para proceder a la destrucción de los documentos, sino la posibilidad (mediante una visión del inciso 3.4 del artículo N° 03 del Decreto

Legislativo N° 1310) que estos puedan digitalizarse dentro de un modelo razonable; agregando que el respecto del derecho constitucional a la prueba y el orden público constitucional (respecto a la posibilidad de renunciar voluntariamente a la prueba) es que los apartados normativos señalados previamente (el artículo 05° del Decreto Ley N° 25988, modificado por el artículo 01° de la Ley N° 27029, el artículo 35° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo N° 29783, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, así como el artículo 6° de la norma que dispone el registro de control de asistencia y salida, aprobada por el Decreto Supremo N° 004-2006-TR) sean declarados inconstitucionales (mediante un control difuso, una interpretación conforme a la constitución o una acción de inconstitucionalidad posterior), pues no se estiman razones para impedir que los trabajadores puedan acceder a la prueba existente, se adviertan medios materiales para que las pruebas documentales no puedan ser eliminados a libre discrecionalidad (a pesar que el trabajador puede pedir una intervención policial) y exigir una carga probatoria que no debe corresponder a la parte accionante (en donde la posición mayor acceso inmediato a las pruebas requiere la implementación de la carga dinámica de la prueba).

Para esto, aunque en la Casación Laboral N° 36773-2023-La Libertad, la Corte Suprema de la República haya señalado concretamente que el derecho de acceder a las pruebas se basa en la interpretación finalista que pudiese existir en el inciso 3.4 del artículo N° 03 del Decreto Legislativo N° 1310; pero también debemos advertir que aquel órgano supremo también debe analizar la manifiesta inconstitucionalidad de los otros apartados normativos (con mayor razón el artículo 05° del Decreto Ley N° 25988, modificado por el artículo 01° de la Ley N° 27029), pues no se puede seguir admitiendo, en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho (o

lo que buscamos en recuperar en este año 2026) que el empleador tenga amplias posibilidades legales de destruir medios probatorios o desconocer su origen, mientras que por otro lado se reflexione la necesidad de proteger el derecho constitucional de acceso a la prueba, admitir la incorporación de la carga dinámica de la prueba en beneficio del trabajador y evitar la continua impunidad del empleador en desconocer la existencia de derechos alegados en demandas, mediante la propia eliminación de documentos.

Con esto, reiterando que en el Exp. N° 6712-2005-HC/TC, el Tribunal Constitucional reiteró que la producción u ofrecimiento de la prueba se relaciona originariamente con la posibilidad de ofrecer tal elemento en el proceso; el cual es una clara identificación del derecho del demandante a acceder a las pruebas que no posee y el cual debe ser plenamente custodiado, al recordar:

"(...) La eficacia de la prueba (...) radica en la capacidad de toda parte o tercero legitimado en un proceso para producir la prueba necesaria que pueda formar la convicción del juzgador sobre la existencia o la inexistencia de los hechos que son o serán

objeto de probanza. Así, en su contenido se incluye la posibilidad de su ofrecimiento, su admisión, su actuación, su producción, su conservación y su valoración (...)"

No se puede negar estos derechos fundamentales, amparados por la Constitución Política del Perú, con la sola aplicación mecánica de las normas legales, pues, aunque estas estén vigentes al año 2026; estas no pueden aplicarse concretamente ante garantías fundamentales que otra norma con mayor rango los reconoce (tal como una conservación por un periodo mayor a los 10 o 20 años, los cuales también son limitativos), pues, aunque se puede apreciar una contradicción en la doctrina jurisprudencial (en comparación a lo alegado por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República¹⁰), pero su aplicación en casos concretos se legitimará conforme al pleno respeto de los derechos fundamentales que todo trabajador posee (en donde la prevalencia de que doctrina jurisprudencial sería innecesaria o intrascendente), el cual ya lo hemos repetido hasta el cansancio¹¹.

¹⁰ Sobre este extremo de la reflexión, el autor FERNANDO VARELA BOHORQUEZ, en su trabajo titulado "Conservación documental, carga probatoria y seguridad jurídica: Una revisión crítica de la Casación N° 36773-2023-La Libertad", Revista Virtual Actualidad Laboral, Lima, 27 de mayo de 2026, estima que la Casación Laboral N° 36773-2023-La Libertad se intenta en la necesidad de evitar una prueba diabólica para el trabajador y describiendo una asimetría estructural; pero la misma no autoriza a desconocer el contenido expreso de las normas vigentes, pues estas normas contiene una estructura temporal razonable, el cual es coherente con el plazo de prescripción y la implementación de la seguridad jurídica. El link en el siguiente: <https://actualidadlaboral.com/conservacion-documental-carga-probatoria-y-seguridad-juridica-una-revision-critica-de-la-casacion-36773-2023-la-libertad/>

Sin embargo, conforme a los argumentos que hemos esbozado, podemos advertir que los argumentos señalados serían abiertamente inconstitucionales, pues desconoce que uno de los pilares del pleno respeto del derecho constitucional a la prueba y la aplicación de la teoría dinámica de la prueba, es que el trabajador pueda acceder a los medios probatorios que él no posee (eliminando de esta manera la eficacia de la prueba), además que la disposición material de las pruebas no pueden ser objeto de destrucción (impunidad) por el solo transcurso del tiempo, no siendo conveniente (desde el enfoque del derecho constitucional del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva) que el plazo de conservación de la prueba documental se pueda comparar al plazo de prescripción, el poseer dos estructuras completamente diferenciables. El derecho a la seguridad jurídica no se construye mediante la afectación de otros derechos fundamentales.

¹¹ Para el autor JUAN DOMINGO VEGA FERNANDEZ, en su comentario publicado en el portal de LINKEDIN el 25 de mayo de 2026, en donde considera que la doctrina jurisprudencial emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República es reiterada y el cual la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República no puede pretender uniformizar la jurisprudencia nacional; porque coexiste una línea jurisprudencial uniforme contraria, por no tener una consolidación institucional necesaria para operar como un criterio uniforme vinculante. El link es el siguiente: https://www.linkedin.com/posts/juan-domingo-vega-fernandez-b3218918_doctrina-jur%C3%ADsprudencia-ugcPost-7464728193917440000-flN2?utm_source=social_share_send&utm_medium=android_app&rcm=ACoAACqsil8B-eFKwwVLHHSxP7VqemTJRUEQvo&utm_campaign=whatsapp&original_referer=

Ante ello, solamente puedo afirmar que, aunque sea verdad que una doctrina jurisprudencial no tiene un carácter vinculante o obligatorio, pero también se debe recordar que esta es intrascendente o carente de relevancia, si alguna doctrina jurisprudencial contraviene los derechos fundamentales a la prueba, la protección de los derechos esenciales en el proceso laboral o el mismo orden público constitucional, por ser solamente arbitraria.

Ahora, a pesar que se haya admitido que una parte de nuestro sistema jurídico ya ha admitido, por fin, el pleno respeto del derecho constitucional a la prueba, el pleno respeto de los derechos fundamentales en el proceso laboral y el orden público esencial; también debemos recordar que este mecanismo de la carga probatoria y valoración de la prueba no es automático, por el solo hecho de alegarlo, pues en la Casación Laboral N° 36773-2023-La Libertad también se han establecidos reglas para la implementación de presunciones procesales de veracidad, tal como la presentación de medios probatorios indiciarios para la acreditación del derecho (tal como pagos diminutos, correos electrónicos, entre otros), así como la determinación del derecho mediante un parámetro de razonabilidad (naturaleza del cargo, las limitaciones físicas de la jornada, las variaciones de la jornada, las horas determinadas por indicios, así como los demás elementos circundantes).

Con esto, al momento de resolver un caso en concreto, no será suficiente que la parte demandante alegue una razonable afectación a estos derechos fundamentales para poder obtener la totalidad de lo pretendido, el cual tampoco estaría acorde al principio procesal de veracidad reconocida en la Constitución Política del Perú; pues, tal como indica la citada casación (el cual compartimos) es necesario que el magistrado laboral analiza otros elementos concomitantes para poder llegar a un periodo aproximado a lo que ha sucedido en la realidad, tal como la naturaleza del cargo, las funciones desempeñadas, las limitaciones físicas de la jornada, así como los otros requisitos ya descritos.

2.4. Ante el dilema ¿Cuál sería la alternativa de solución?

Considerando que la prueba dinámica se aleja notoriamente del rol ordinario de la carga de la prueba clásica, mediante una revisión sistemática de los vigentes artículos 23.1° y 29° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497¹², concordando la misma con la aplicación en la realidad de la teoría dinámica de la prueba y el derecho constitucional a la prueba; entonces con la flexibilidad de una valoración probatoria bajo las actuales circunstancia, tal como nos indica la Casación Laboral N° 36773-2023-La Libertad, es advertir que, ante la presentación de una demanda de pago de horas extraordinarias, en donde se adjunte a la misma indicios que permita apreciar la declaración del derecho, el órgano jurisdiccional podrá declarar fundada la demanda en base a parámetros constitucionales ya explicados, más aún cuando aquella interpretación probatoria no solamente sería aplicable a la declaración de la jornada extraordinaria, sino a otros derechos individuales (desnaturalización contractual, remuneraciones no reconocidas, como otros conceptos) y colectivos (como el reconocimiento de beneficios convencionales, laudos arbitrales, entre otros).

Asimismo, en claro honor a la verdad, también se debe admitir que esta modalidad de interpretación constitucional no ha sido novedosa en materia laboral, pues a través de la Casación N° 17885-2017-Del Santa, la propia Corte Suprema de la República ha admitido que la determinación probatoria en materia de jornada extraordinaria siempre se ha debido analizar conforme a la existencia de elementos indiciarios y la propia conducta del empleador; pues la misma también se ha podido sustentar en la existencia de una conducta obstruccionista o la falta de

¹² El artículo 23.1 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 regula en forma expresa que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria; mientras que el artículo 29 de la citada norma permite la aplicación de presunciones, ante la existencia de obstrucción procesal o mala fe dentro del propio transcurso del proceso.

presentación diligente de todos los medios probatorios sobre el cumplimiento de sus obligaciones laborales; tal como se puede apreciar:

"(...) Se advierte que el Juez está facultado para extraer conclusiones en contra de las partes atendiendo a su conducta en el proceso, sobre todo cuando alguna de ellas ha obstaculizado la actividad probatoria; sin embargo, esta facultad no es absoluta, pues, el magistrado debe sustentar las razones por las cuales emplea la presunción legal, la cual deberá ser aplicada bajo un criterio de razonabilidad y proporcionalidad. Es de precisar, que la doctrina ha señalado para la aplicación de la presunción, deben coexistir tres requisitos:

a) la conducta debe ser manifiestamente contraria a la ética, lo cual se califica por la intención que impida o entorpezca la consecuencia de la verdad o utilizar medios de ataque o defensa manifiestamente infundados; b) el magistrado debe sustentar las razones por las cuales emplea la presunción legal, y c) debe entenderse que las conclusiones que puede sacar el juez son sólo de orden fáctico, para el establecimiento de los hechos, y en modo alguno puede servir como razón única o determinante de una sentencia que haga caso omiso de la cuestión de derecho (...).

Con lo que, considerando que la interpretación constitucional prevista en la Casación Laboral N° 36773-2023-La Libertad no es novedosa, al existir antecedentes en donde el reconocimiento del derecho se basa en la misma afectación del derecho fundamental a la prueba, con respecto a su eficacia, así como la determinación de una conducta obstruccionista del empleador; entonces podemos apostar que esta forma de interpretación esencial del presente derecho se consolidará en el tiempo, al menos en este órgano jurisdiccional, con la finalidad que, luego de cierto periodo de lapso temporal, los órganos jurisdiccionales supremos o de segunda instancia se puedan dar cuenta que, en determinados casos, la aplicación literal de

una norma o un conjunto de normas legales puede afectar en mayor medida un derecho constitucional de superior trascendencia.

III. CONCLUSIONES

Conforme a lo señalado en los considerandos expuestos, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- 3.1. La Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República ha emitido la Casación Laboral N° 36773-2023-La Libertad, en donde ha señalado que la limitación temporal máxima de 05 años, para la conservación de prueba documental física, solamente tendría que ser interpretada como una medida de simplificación administrativa, mas no como una modalidad para poder ser utilizada como medio de destrucción o garantizar una pérdida de memoria prolongada; pues la misma significaría promover al trabajador a estar dentro de un estado de indefensión permanente, al simplemente estar sujeto a una formalidad probatoria rígida, propio del antiguo proceso civil.
- 3.2. El artículo 23° de nuestra Constitución Política del Perú estima fundamentalmente que el Estado o los poderes de los particulares no podrán desconocer el ejercicio de los derechos constitucionales de trabajo o rebajar la dignidad de un trabajador, sea de manera privada, procesal o normativa; por cuanto la misma siempre será una cláusula de salvaguarda en el respeto de los derechos y conforme a la aplicación del derecho constitucional a la igualdad, el cual no solo se restringe a la vía privada o la administración pública, sino al propio proceso laboral.
- 3.3. Si partimos concretamente que un Orden Público es un conjunto de valores, principios y pautas de comportamientos

esenciales cuyo propósito es la conservación y adecuado de la coexistencia entre los ciudadanos (así como de nuestras propias vidas o la propia especie humana); entonces todo acuerdo contrario o mandato legal a aquellos parámetros mínimos indispensables para el establecimiento del Estado Social, no podrá ser legítimamente cumplido por una de las dos partes, al atentar gravemente contra el Orden Público (aunque el mismo dentro del concepto general tenga un carácter excepcional) y existir la posibilidad de extinguir totalmente un derecho fundamental (es este caso, el acceso a la prueba).

- 3.4. El derecho constitucional a la prueba se sustenta en dos aspectos esenciales, esto es, la posibilidad real a acceder a los medios probatorios que no se posee en el momento de interponer la demanda, la necesidad que la contraparte los conserve regularmente (sin la necesidad de poder ser destruidos a voluntad) y que estos medios probatorios sean valorados en el proceso (desde la óptica que se pretende evaluar); entonces la vigencia del derecho a la prueba (más allá de sus características teóricas) se centra esencialmente en su eficacia procesal, pues a través de la misma, la producción de la prueba (mediante su obtención constitucional) permitirá ratificar lo formulado en una demanda o aplicar una presunción ante una conducta obstruccionista.
- 3.5. Ante la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de tales argumentos normativos por parte de los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, en donde se pretendía reconocer el derecho a una jornada extraordinaria a un trabajador mediante la aplicación de la carga dinámica de la prueba (conforme a una conducta obstruccionista concreta del empleador) y el pleno respecto del

derecho constitucional a la prueba, al no observarse inmediatamente un registro de entrada o salida; algunos órganos jurisdiccionales de la Corte Suprema de la República solamente aplicaban aquella posibilidad normativa de desconocer la existencia de tales medios probatorios, conforme a la apertura de destrucción de aquellos documentos que superaran el plazo temporal de 05 años o simplemente cuestionando su existencia en el proceso laboral (al no formar parte del expediente o sostener que nunca había existido, a pesar de observar registros parciales).

- 3.6. Aunque en la Casación Laboral N° 36773-2023-La Libertad, la Corte Suprema de la República haya señalado concretamente que el derecho de acceder a las pruebas se basa en la interpretación finalista que pudiese existir en el inciso 3.4 del artículo N° 03 del Decreto Legislativo N° 1310; pero también debemos advertir que aquel órgano supremo también debe analizar la manifiesta inconstitucionalidad de los otros apartados normativos (con mayor razón el artículo 05° del Decreto Ley N° 25988, modificado por el artículo 01° de la Ley N° 27029), pues no se puede seguir admitiendo, en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho (o lo que buscamos en recuperar en este año 2026) que el empleador tenga amplias posibilidades legales de destruir medios probatorios o desconocer su origen, mientras que por otro lado se reflexione la necesidad de proteger el derecho constitucional de acceso a la prueba, admitir la incorporación de la carga dinámica de la prueba en beneficio del trabajador y evitar la continua impunidad del empleador en desconocer la existencia de derechos alegados en demandas, mediante la propia eliminación de documentos.



- 3.7. Con la flexibilidad de una valoración probatoria bajo las actuales circunstancias, tal como nos indica la Casación Laboral N° 36773-2023-La Libertad, es advertir que, ante la presentación de una demanda de pago de horas extraordinarias, en donde se adjunte a la misma indicios que permita apreciar la declaración del derecho, el órgano jurisdiccional podrá declarar fundada la demanda en base a parámetros constitucionales ya explicados, más aún cuando aquella interpretación probatoria no solamente sería aplicable a la declaración de la jornada extraordinaria, sino a otros derechos individuales (desnaturalización contractual, remuneraciones no reconocidas, como otros conceptos) y colectivos (como el reconocimiento de beneficios convencionales, laudos arbitrales, entre otros).

LA AUSENCIA DEL IFESAP EN EL ARBITRAJE LABORAL ECONÓMICO DEL SECTOR PÚBLICO: ANÁLISIS DE SUS EFECTOS JURÍDICOS BAJO LA LEY N° 31188



Mg. Gerson L. Gonzales Pérez¹

Asesor Jurisdiccional
Corte Suprema de Justicia de la República

RESUMEN:

La entrada en vigencia de la Ley N° 31188 supuso la consolidación del arbitraje laboral económico como mecanismo de solución de conflictos colectivos en el sector público peruano, sin embargo, la implementación práctica de este sistema ha generado importantes controversias respecto al alcance de los instrumentos presupuestarios previstos en la normativa de negociación colectiva estatal, particularmente en relación con el Informe Final de Estado Situacional de la Administración Financiera del Sector Público (IFESAP).

En los últimos años han surgido posiciones divergentes acerca de si la ausencia de dicho informe impide la continuación del procedimiento arbitral o la emisión de laudos con incidencia económica. El presente artículo tiene por objetivo analizar la naturaleza jurídica del IFESAP dentro del sistema de

negociación colectiva regulado por la Ley N° 31188 y determinar si su falta de emisión constituye un obstáculo para el ejercicio de la función arbitral.

El trabajo concluye que el IFESAP constituye un instrumento técnico relevante para la valoración de la situación financiera del Estado, pero no una condición de procedibilidad del arbitraje ni un requisito indispensable para la validez de los laudos arbitrales; en consecuencia, la ausencia de dicho informe no impide que los tribunales arbitrales emitan decisiones con contenido económico, siempre que estas se encuentren sustentadas en información objetiva, suficiente y debidamente motivada.

Palabras clave: *Arbitraje laboral económico, negociación colectiva, sector público, IFESAP, sostenibilidad fiscal, Ley N.º 31188.*

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, con grado de maestro en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Internacional de la Rioja – España, egresado de la maestría en Derecho Constitucional, con experiencia como Secretario de Confianza en la Corte Suprema de Justicia de la República, Especialista Legal en Relaciones Colectivas de Trabajo en la Gerencia General del Poder Judicial, ex miembro del comité de supervisión del Programa EJE No Penal a Nivel Nacional, ex Abogado de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y actualmente Asesor Jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la República.

ABSTRACT:

The entry into force of Law No. 31188 marked the consolidation of economic labor arbitration as a mechanism for resolving collective labor disputes within the Peruvian public sector. However, the practical implementation of this system has generated significant controversy regarding the scope and legal effects of the budgetary instruments established under the public-sector collective bargaining framework, particularly concerning the Final Report on the Financial Situation of the Public Sector Administration (Informe Final de Estado Situacional de la Administración Financiera del Sector Público – IFESAP).

In recent years, divergent positions have emerged as to whether the absence of such a report prevents the continuation of arbitration proceedings or the issuance of arbitral awards involving economic benefits. This article aims to analyze the legal nature of the IFESAP within the collective bargaining system regulated by Law No. 31188 and to determine whether the failure to issue this report constitutes an obstacle to the exercise of arbitral authority.

The study concludes that the IFESAP is an important technical instrument for assessing the financial condition of the State, but it does not constitute a procedural prerequisite for arbitration nor an essential requirement for the validity of arbitral awards. Consequently, the absence of this report does not prevent arbitral tribunals from issuing decisions with economic implications, provided that such decisions are supported by objective, sufficient, and duly reasoned information.

Keywords: *Economic labor arbitration, collective bargaining, public sector, IFESAP, fiscal sustainability, Law No. 31188.*

I. INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva constituye una manifestación esencial de la libertad sindical y un mecanismo fundamental para la determinación de las condiciones de trabajo mediante el diálogo social entre trabajadores y empleadores. Su reconocimiento se encuentra previsto tanto en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú como en los convenios Nos 98 y 151 de la Organización Internacional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)².

La aprobación de la Ley N° 31188 significó un hito en el desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo en el sector público peruano, al reconocer expresamente el derecho de los trabajadores estatales a negociar colectivamente materias con incidencia económica y establecer al arbitraje laboral económico como mecanismo de solución de los conflictos surgidos durante dicho proceso³.

Sin embargo, la aplicación práctica de este nuevo régimen ha generado controversias respecto del alcance jurídico del Informe Final de Estado Situacional de la Administración Financiera del Sector Público (IFESAP), particularmente en aquellos casos en los que dicho documento no ha sido emitido antes del desarrollo del arbitraje; en este contexto, surge la interrogante acerca de si la ausencia del IFESAP constituye un impedimento para que los tribunales arbitrales continúen el procedimiento y emitan laudos con contenido económico.

² Organización Internacional del Trabajo. (1949). Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (Convenio N.º 98). Ginebra: OIT; Organización Internacional del Trabajo. (1978). Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (Convenio N.º 151). Ginebra: OIT.

Perú. Ley N.º 31188, Ley que regula el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales de trabajadores estatales. Diario Oficial El Peruano, 2 de mayo de 2021.

³ Perú. Ley N.º 31188, Ley que regula el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales de trabajadores estatales. Diario Oficial El Peruano, 2 de mayo de 2021.

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la naturaleza jurídica del IFESAP dentro del sistema de negociación colectiva regulado por la Ley N° 31188 y determinar si su ausencia puede limitar el ejercicio de la función arbitral. Se sostiene como hipótesis que dicho informe constituye un instrumento técnico relevante para la valoración de la situación financiera del Estado, pero no una condición de procedibilidad del arbitraje ni un requisito indispensable para la emisión de laudos económicos. En consecuencia, los tribunales arbitrales conservan la facultad de resolver las controversias sometidas a su conocimiento cuando cuenten con información presupuestaria suficiente que permita adoptar una decisión debidamente motivada y compatible con los principios de sostenibilidad fiscal y tutela efectiva de la negociación colectiva.

II. DESARROLLO

2.1. Marco teórico

2.1.1. La negociación colectiva como derecho fundamental

La negociación colectiva constituye una manifestación esencial de la libertad sindical y un mecanismo democrático de regulación de las condiciones de trabajo. Su reconocimiento internacional se encuentra previsto en los Convenios Nos 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, instrumentos ratificados por el Estado peruano⁴.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical y constituye un instrumento destinado a equilibrar las relaciones laborales mediante el diálogo social⁵.

Asimismo, la Constitución Política del Perú reconoce expresamente este derecho en su artículo 28, estableciendo que el Estado garantiza la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

2.1.2. El conflicto colectivo de trabajo

Los conflictos colectivos surgen cuando existe una discrepancia entre empleadores y trabajadores respecto de la determinación o modificación de condiciones laborales que afectan a una colectividad de trabajadores.

Tradicionalmente, la doctrina distingue entre conflictos jurídicos y conflictos económicos, los primeros se vinculan con la interpretación o aplicación de normas existentes, mientras que los segundos buscan crear nuevas condiciones de trabajo o modificar las ya existentes.

El arbitraje laboral económico se inserta dentro de esta segunda categoría, pues tiene por finalidad resolver controversias relacionadas con la creación de nuevos derechos y beneficios colectivos.

2.1.3. Naturaleza jurídica del arbitraje laboral económico

El arbitraje laboral económico constituye un mecanismo hetero compositivo de solución de conflictos mediante el cual las partes delegan en un tercero imparcial la facultad de resolver la controversia y establecer nuevas condiciones laborales.

A diferencia del arbitraje jurídico, cuya función consiste en determinar la correcta interpretación de una norma preexistente, el arbitraje económico tiene una función normativa, en tanto crea reglas destinadas a regular las relaciones laborales futuras.

⁴ Organización Internacional del Trabajo. (1948). Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (Convenio N° 87). Ginebra: OIT; Organización Internacional del Trabajo. (1949). Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (Convenio N° 98). Ginebra: OIT.

⁵ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC.

En consecuencia, el laudo arbitral económico posee una naturaleza similar a la convención colectiva y produce efectos normativos obligatorios para las partes involucradas.

2.2. Efectos del arbitraje laboral económico en la solución de conflictos colectivos

2.2.1. Fortalecimiento de la negociación colectiva

La existencia de un arbitraje potestativo y especializado incentiva a las partes a negociar de buena fe durante las etapas previas.

La posibilidad de que un tercero imponga una solución contribuye a reducir conductas dilatorias y fomenta la búsqueda de consensos.

2.2.2. Reducción de conflictos prolongados

El arbitraje constituye un mecanismo eficaz para evitar la prolongación indefinida de controversias colectivas.

En ausencia de este mecanismo, numerosos conflictos podrían derivar en paralizaciones, huelgas o litigios judiciales prolongados.

2.2.3. Desarrollo de una cultura de diálogo social

La Ley N.º 31188 promueve la institucionalización del diálogo social dentro de las entidades públicas.

La experiencia reciente demuestra que el arbitraje se ha convertido en una herramienta recurrente para resolver controversias en los distintos niveles de negociación colectiva del Estado.

2.2.4. Producción de criterios técnicos especializados

Los laudos arbitrales han contribuido al desarrollo de criterios técnicos relacionados con:

- Incrementos remunerativos.
- Condiciones de trabajo.
- Beneficios sociales.
- Interpretación de cláusulas convencionales.

Esto ha permitido generar una importante fuente de precedentes para futuras negociaciones.

2.3. Principales desafíos del arbitraje laboral económico en el sector público

2.3.1. Tensiones entre autonomía colectiva y sostenibilidad fiscal

Uno de los principales desafíos del arbitraje laboral económico en el sector público consiste en armonizar el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva con los principios de sostenibilidad fiscal y equilibrio presupuestario que rigen la actividad financiera del Estado.

La particularidad de la negociación colectiva estatal radica en que las obligaciones económicas reconocidas mediante convenio colectivo o laudo arbitral son financiadas con recursos públicos, circunstancia que exige la observancia de criterios de responsabilidad fiscal y una adecuada planificación presupuestaria; sin embargo, ello no significa que las consideraciones presupuestarias puedan operar como límites absolutos al ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores.

Los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo han sostenido reiteradamente que las restricciones económicas o presupuestarias pueden justificar determinadas limitaciones a la

negociación colectiva, pero estas deben responder a criterios excepcionales, razonables y temporales, sin afectar el contenido esencial del derecho⁶.

En consecuencia, el desafío no consiste en determinar cuál de ambos principios debe prevalecer, sino en construir mecanismos que permitan su coexistencia armónica dentro del marco constitucional.

2.3.2. La interpretación del IFESAP como requisito de procedibilidad del arbitraje

Un segundo desafío se encuentra vinculado a la creciente tendencia de considerar que la emisión del Informe Final de Estado Situacional de la Administración Financiera del Sector Público constituye una condición previa para la continuación de los procedimientos arbitrales.

Esta interpretación ha dado lugar a posiciones según las cuales la ausencia del referido informe impediría al tribunal arbitral evaluar adecuadamente la viabilidad económica de las pretensiones sindicales y podría generar la nulidad de los laudos emitidos sin su valoración previa.

No obstante, dicha tesis plantea importantes cuestionamientos jurídicos, la Ley N° 31188 y sus lineamientos no establecen expresamente que la emisión del IFESAP constituya una condición de procedibilidad del arbitraje potestativo ni una causal de suspensión obligatoria del procedimiento⁷.

La incorporación de requisitos no previstos por el legislador podría traducirse en restricciones injustificadas al acceso al arbitraje y afectar la eficacia de la

negociación colectiva como mecanismo de solución de conflictos laborales.

2.3.3. El riesgo de paralización de la negociación colectiva por factores externos al procedimiento arbitral

La interpretación que condiciona la continuidad del arbitraje a la emisión previa del IFESAP genera un riesgo adicional: la posibilidad de que la eficacia de la negociación colectiva quede subordinada a la actuación de órganos administrativos ajenos al procedimiento arbitral.

En efecto, si la continuidad del arbitraje dependiera exclusivamente de la emisión de documentos elaborados por otras entidades del Estado, bastaría una demora administrativa para suspender indefinidamente el ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos.

Esta situación resulta particularmente problemática si se considera que el arbitraje laboral económico constituye uno de los mecanismos diseñados por la Ley N° 31188 para garantizar la solución pacífica y oportuna de los conflictos colectivos en el sector público.

Desde una perspectiva constitucional, el acceso efectivo a mecanismos de solución de controversias no puede quedar sujeto a circunstancias cuya producción escapa completamente al control de las organizaciones sindicales y de los propios tribunales arbitrales.

⁶ Organización Internacional del Trabajo. (2018). Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical (6.ª ed.). Ginebra: OIT, párrs. 1457-1463.

⁷ Perú. Ley N.° 31188, Ley que regula el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales de trabajadores estatales. Diario Oficial El Peruano, 2 de mayo de 2021.

2.3.4. La necesidad de fortalecer la motivación económica de los laudos arbitrales

Otro desafío relevante consiste en fortalecer los estándares de motivación de las decisiones arbitrales con incidencia económica, la complejidad de la negociación colectiva en el sector público exige que los tribunales arbitrales desarrollen una justificación especialmente rigurosa respecto de la viabilidad financiera de las medidas reconocidas mediante laudo.

La motivación económica no debe limitarse a la mera referencia de informes técnicos o presupuestales, sino que debe incluir una explicación razonada acerca de la forma en que las decisiones adoptadas resultan compatibles con la disponibilidad presupuestaria de la entidad, los principios de sostenibilidad fiscal y los objetivos constitucionales de protección de la negociación colectiva.

Una adecuada motivación contribuye no solo a fortalecer la legitimidad de las decisiones arbitrales, sino también a reducir los riesgos de impugnación judicial de los laudos.

2.3.5. La construcción de criterios arbitrales uniformes en el sector público

Finalmente, uno de los mayores desafíos del sistema consiste en la ausencia de criterios uniformes respecto de la valoración de los instrumentos presupuestarios dentro del arbitraje laboral económico.

La práctica arbitral reciente evidencia la coexistencia de decisiones contradictorias sobre cuestiones tan relevantes como el carácter vinculante de los Informes Económico-Financieros, los efectos de la ausencia del IFESAP o los alcances de las

facultades arbitrales frente a las restricciones presupuestarias.

Si bien la autonomía e independencia de los tribunales arbitrales constituyen principios esenciales del arbitraje, la consolidación de criterios interpretativos mínimos contribuiría significativamente a mejorar la predictibilidad del sistema, fortalecer la seguridad jurídica y garantizar una tutela más uniforme del derecho a la negociación colectiva en el sector público.

La madurez institucional del arbitraje laboral económico dependerá, en gran medida, de la capacidad de la doctrina, la jurisprudencia arbitral y los operadores jurídicos para construir estándares interpretativos coherentes que permitan compatibilizar la autonomía colectiva con las exigencias de responsabilidad fiscal propias de la administración pública.

2.4. El Informe Final de Estado Situacional de la Administración Financiera del Sector Público y su incidencia en el arbitraje laboral económico

2.4.1. El problema jurídico

Uno de los debates más relevantes surgidos a partir de la implementación de la Ley N° 31188 se encuentra relacionado con la naturaleza jurídica del Informe Final de Estado Situacional de la Administración Financiera del Sector Público (IFESAP) y su incidencia en los procesos de arbitraje laboral económico.

La controversia radica en determinar si la ausencia de dicho informe impide al tribunal arbitral continuar con el procedimiento o emitir un laudo con incidencia económica.

Mientras algunos tribunales arbitrales han considerado que la inexistencia del IFESAP constituye una causal suficiente para suspender el proceso arbitral hasta su

emisión, otros han sostenido que dicho documento no posee carácter suspensivo ni constituye una condición previa indispensable para el ejercicio de la función arbitral.

La solución de este debate posee una importancia práctica trascendental, pues de ella depende la posibilidad de garantizar la continuidad de los procesos de negociación colectiva y la tutela efectiva del derecho fundamental a la negociación colectiva reconocido por el artículo 28 de la Constitución Política del Perú.

2.4.2. El IFESAP como instrumento técnico de referencia y no como presupuesto de validez del arbitraje

Una interpretación sistemática de la Ley N.º 31188 y del Decreto Supremo N.º 008-2022-PCM permite concluir que el IFESAP constituye un instrumento técnico destinado a identificar el espacio fiscal disponible para la atención de las propuestas derivadas de la negociación colectiva en el sector público.

Sin embargo, de ninguna disposición normativa se desprende que la emisión de dicho informe constituya una condición de procedibilidad del arbitraje potestativo o un requisito indispensable para la validez de las actuaciones arbitrales.

Por el contrario, el literal d) del numeral 13.2 de la Ley N.º 31188 establece que, agotada la etapa de conciliación sin acuerdo, cualquiera de las partes puede requerir el inicio del arbitraje potestativo, sin supeditar dicho derecho a la previa emisión del IFESAP.

De igual forma, el artículo 31 del Decreto Supremo N.º 008-2022-PCM tampoco condiciona el inicio o continuidad del arbitraje a la existencia previa de dicho informe.

Consecuentemente, introducir una exigencia no prevista expresamente por la ley supondría incorporar una restricción adicional al ejercicio del derecho a la negociación colectiva que carece de sustento normativo.

2.4.3. El riesgo de convertir el IFESAP en un mecanismo de paralización de la negociación colectiva

La tesis que sostiene que el arbitraje debe suspenderse hasta la emisión del IFESAP genera consecuencias incompatibles con el diseño constitucional de la negociación colectiva.

Aceptar dicha posición implicaría reconocer que el ejercicio de un derecho fundamental puede quedar indefinidamente condicionado a la actuación de órganos administrativos ajenos al procedimiento arbitral.

Ello permitiría que retrasos administrativos, contingencias presupuestarias o demoras institucionales terminen afectando la eficacia del arbitraje laboral económico y, en última instancia, del propio derecho a la negociación colectiva.

Desde una perspectiva constitucional, no resulta admisible que la eficacia de un derecho fundamental dependa exclusivamente de la actuación o inacción de la entidad empleadora o de organismos estatales vinculados a la gestión presupuestaria.

La consecuencia práctica de dicha interpretación sería la posibilidad de suspender indefinidamente los procesos arbitrales, afectando gravemente la tutela efectiva de los derechos colectivos de los trabajadores públicos.

2.4.4. La suficiencia de la información presupuestaria institucional

Uno de los argumentos más sólidos para rechazar el carácter suspensivo del IFESAP radica en reconocer que las entidades públicas disponen permanentemente de información presupuestaria propia que permite evaluar razonablemente el impacto económico de las pretensiones sindicales, entre dicha información destacan el Presupuesto Institucional de Apertura, el Presupuesto Institucional Modificado, la ejecución presupuestaria acumulada, las fuentes de financiamiento disponibles, la programación multianual y los instrumentos internos de gestión financiera.

En consecuencia, la ausencia temporal del IFESAP no implica la inexistencia absoluta de información presupuestaria relevante para la toma de decisiones arbitrales, por el contrario, el tribunal arbitral puede construir válidamente su convicción a partir de la valoración conjunta de la información financiera existente en el expediente y de aquella que sea proporcionada por las partes durante el procedimiento.

2.4.5. Propuesta interpretativa

A juicio del autor, el IFESAP debe ser entendido como un instrumento técnico de valoración obligatoria cuando se encuentre disponible al momento de emitir el laudo arbitral, pero no como una condición suspensiva del procedimiento ni como un requisito indispensable para la validez de la decisión arbitral.

En consecuencia, la ausencia del IFESAP no impide que el tribunal arbitral continúe el trámite del arbitraje, reciba pruebas, celebre audiencias, valore información presupuestaria institucional y, de ser el caso, emita un laudo económico

debidamente motivado, lo verdaderamente exigible no es la existencia formal del informe, sino que la decisión arbitral se encuentre sustentada en elementos objetivos que permitan evaluar razonablemente la capacidad económica de la entidad y la viabilidad de las medidas reconocidas.

2.5. Discusión

La principal cuestión debatida en la práctica arbitral reciente consiste en determinar si la ausencia del IFESAP constituye un impedimento jurídico para el ejercicio de la función arbitral.

Una primera corriente interpretativa sostiene que dicho informe constituye un requisito indispensable para emitir cualquier decisión con incidencia económica, pues únicamente a través de él puede determinarse el espacio fiscal disponible para la implementación de los acuerdos colectivos; esta posición parte de una legítima preocupación por preservar el equilibrio presupuestario y evitar la generación de obligaciones económicas que carezcan de respaldo financiero suficiente.

Sin embargo, dicha interpretación presenta una debilidad estructural: confunde la necesidad de valorar información presupuestaria con la exigencia de contar necesariamente con un documento específico para poder ejercer la función arbitral, la existencia de información presupuestaria suficiente no depende exclusivamente del IFESAP, pues las entidades públicas administran permanentemente información financiera relevante que puede ser incorporada y valorada durante el procedimiento arbitral.

Asimismo, la propia normativa vigente reconoce la posibilidad de identificar recursos mediante procesos de repriorización presupuestaria y programación multianual, lo que evidencia que el espacio fiscal no se agota en el contenido del IFESAP, por ello, la tesis

que mejor se ajusta a la Constitución, a la Ley N° 31188 y al principio de efectividad de los derechos fundamentales es aquella que reconoce que el IFESAP constituye un elemento técnico relevante, pero no una condición sine qua non para la continuación del arbitraje ni para la emisión de un laudo económico.

La función arbitral consiste precisamente en resolver controversias y no en postergarlas indefinidamente. En consecuencia, mientras el tribunal cuente con elementos objetivos suficientes para evaluar la situación económica de la entidad, no existe impedimento jurídico para que adopte decisiones con contenido económico, siempre que estas se encuentren debidamente motivadas y respeten los principios de razonabilidad y sostenibilidad fiscal; la interpretación contraria convertiría al IFESAP en una suerte de autorización previa para negociar o arbitrar, efecto que no ha sido previsto por el legislador y que resulta incompatible con el derecho fundamental a la negociación colectiva.

III. CONCLUSIONES

La Ley N° 31188 no establece que la emisión del Informe Final de Estado Situacional de la Administración Financiera del Sector Público constituya una condición de procedibilidad del arbitraje potestativo ni un requisito indispensable para la emisión del laudo arbitral.

El IFESAP es un instrumento técnico destinado a identificar el espacio fiscal disponible para la negociación colectiva en el sector público, pero no posee efectos suspensivos automáticos sobre el procedimiento arbitral.

La ausencia temporal del IFESAP no implica la inexistencia de información presupuestaria suficiente para que el tribunal arbitral evalúe la situación económica de la entidad pública.

Las entidades públicas cuentan con información financiera institucional propia que puede ser valorada por el tribunal arbitral para determinar la viabilidad económica de las pretensiones sometidas a arbitraje.

Suspender indefinidamente un arbitraje por la falta de emisión del IFESAP puede generar una afectación injustificada al derecho fundamental a la negociación colectiva y a la solución pacífica de los conflictos laborales.

El equilibrio presupuestario constituye un principio que debe ser observado al momento de emitir el laudo arbitral, pero no una causal automática de paralización del procedimiento.

El tribunal arbitral puede válidamente reconocer beneficios económicos a favor de los trabajadores aun cuando el IFESAP no haya sido emitido, siempre que la decisión se encuentre sustentada en información presupuestaria objetiva y suficiente incorporada al expediente arbitral.

La interpretación más compatible con la Constitución, los Convenios Nos 98 y 151 de la OIT y la Ley N° 31188 es aquella que concibe al IFESAP como un elemento de valoración relevante, mas no como un presupuesto de existencia o validez de la función arbitral.

La eficacia del arbitraje laboral económico exige evitar interpretaciones que permitan la paralización indefinida de los procedimientos de negociación colectiva por causas ajenas a la voluntad de las organizaciones sindicales.

El arbitraje laboral económico debe consolidarse como un mecanismo efectivo de tutela de la negociación colectiva en el sector público, garantizando simultáneamente la protección de los derechos colectivos de los trabajadores y el respeto de los principios de responsabilidad fiscal y sostenibilidad presupuestaria.

COMENTARIOS A LA CASACIÓN NRO. 36773-2023 LA LIBERTAD SOBRE LA ACREDITACIÓN DEL PAGO DE HORAS EXTRAS



Abog. Francesca G. Bartolo Huamán¹

Relatora de Sala
Primera Sala Laboral Permanente
Corte Superior de Justicia de Junín

I. INTRODUCCIÓN

En un sistema como el nuestro, la dinámica social nos exige brindar nuestra fuerza de trabajo para recibir una contraprestación de naturaleza económica. Por ello, considerando el carácter contraprestativo del trabajo, en el artículo 23 de la Constitución Política se establece que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

En el derecho laboral se parte de la consideración de que existe una relación asimétrica, pues, por lo general, las condiciones del contrato son establecidas por el empleador y el trabajador se adhiere a ellas porque en un mercado en el que las oportunidades laborales son escasas, impera la necesidad de trabajar. Como afirmaba Pla Rodríguez (1998) el sujeto débil de la relación laboral es el trabajador, quien actúa en situación de desventaja o vulnerabilidad frente al empleador. En ese contexto, si bien es claro sostener que el trabajo debe ser remunerado; sin embargo, esa relación asimétrica existente, generalmente, propicia un escenario en el que se ha normalizado que el trabajador realice

labores fuera de su jornada laboral sin que reciba ninguna compensación por ello. Y, cuando son materia de demanda dentro de un proceso judicial, la probanza del trabajo en sobretiempo se torna en un punto controvertido complejo.

Durante estos años la Corte Suprema de Justicia de la República, órgano de unificación de la jurisprudencia, ha emitido diversos pronunciamientos en torno a la acreditación de las horas extras laboradas. Recientemente, el 26 de mayo de 2026, se publicó en el diario oficial El Peruano, la Casación nro. 36773-2023 La Libertad, mediante la cual se dictan reglas que constituyen doctrina jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de la República. El objetivo de este artículo es realizar algunos comentarios breves sobre las reglas fijadas y las repercusiones que podría tener en los procesos en donde se discuta el pago de horas extras.

¹ Relatora de la Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo.

II. DESARROLLO

2.1. La jornada laboral máxima de las ocho horas diarias

El establecimiento de una jornada de trabajo diaria máxima es el resultado de una lucha histórica que tuvo como eje principal el respeto a la dignidad de las personas, quienes, como planteaba Kant (2002) en la Metafísica de las Costumbres, somos un fin en sí mismo, por lo que nuestro valor no está condicionado a algo externo ni podemos ser utilizados solamente como un medio ni ser vistos solo como mano de obra y, bajo esa perspectiva, considerar que nuestra existencia se reduce a brindar nuestra fuerza de trabajo.

No en vano, el 1 de mayo de cada año conmemoramos el Día Internacional de los Trabajadores, como un reconocimiento y homenaje a los “Mártires de Chicago” que lucharon por la reivindicación de muchos de los derechos que hoy nos son reconocidos. Dentro de sus demandas se reclamaba la reducción de las horas de trabajo, las cuales oscilaban entre 16 y 14 horas. Estas jornadas eran extremas, los trabajadores no disponían del tiempo para descansar adecuadamente y, prácticamente, vivían sólo para trabajar. Por eso lucharon por una jornada digna y exigieron: **“Ocho horas de trabajo, ocho horas de ocio y ocho horas de descanso”**.

El establecimiento de una jornada laboral máxima permite que la persona, como ente social, pueda desenvolverse adecuadamente en los demás espacios de su vida (personal, familiar, formativo, etc.) y hacer efectivo el principio – derecho reconocido en el artículo 1 de la Constitución, que establece que la

defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. nro. 04635-2004-AA/TC² fijó como parámetro constitucional, para la configuración del derecho a la jornada laboral, que es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Sobre este punto, el máximo intérprete señaló que la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor, asimismo, esto dependerá de la naturaleza del trabajo que se realice.

En todos los casos, la determinación de la jornada laboral debe tener una limitación razonable, más aún cuando se trate de trabajos que se realicen en condiciones de peligrosidad, insalubridad o en horarios nocturnos, pues, son los que generan un mayor deterioro de la salud del trabajador.

Cabe resaltar que el establecimiento de una jornada laboral máxima se sustenta en la necesidad de proteger otros derechos fundamentales de sustento constitucional como el derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso (artículo 2 inciso 22), el derecho a la salud y a la protección del medio familiar

² En la citada sentencia, establecieron como reglas vinculantes las siguientes:

- i) En el caso particular de los trabajadores mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable, atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros, ya que las labores que desarrollan, por su naturaleza, genera un deterioro en su esperanza de vida.
- ii) En el caso de jornadas atípicas, en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto,
- iii) El artículo 25° de la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, esta disposición constitucional prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, debido a que se privilegia la norma más protectora.

(artículo 7), igualdad de oportunidades sin discriminación (artículo 26 inciso 1) y carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución (artículo 26 inciso 2). Recordemos que la finalidad es que la persona se desenvuelva en un ambiente que le brinde las condiciones para que pueda desarrollar al máximo todas sus potencialidades.

Ahora bien, si el trabajador, en el ejercicio de su autonomía personal y conviniendo con su empleador, acuerda realizar labores fuera de la jornada, como es evidente, no sólo le corresponde el pago por dicha labor, sino que ésta es pagada con un recargo que incluye una compensación por haber sacrificado ese espacio de tiempo libre. Esa es la lógica y el fundamento que está detrás del pago de horas extras.

2.2. Sobre las horas extras

El Convenio número C001 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre las horas de trabajo (industria), aprobado mediante la Resolución Legislativa nro. 10195 y ratificado por el Perú establece en su artículo 1 que:

En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas.

En nuestra normativa interna, el artículo 25 de la Constitución Política establece que:

La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo, en caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

En cuanto a su configuración legal, el artículo 1 del Decreto Legislativo (decreto legislativo) nro. 854 establece que la jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo, el trabajo que exceda la jornada ordinaria se paga con un recargo que se encuentra regulado en el artículo 10³ del mencionado decreto. Asimismo, en su artículo 5 se regula los supuestos de excepción, por lo que no se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia. Sobre estas exclusiones resulta importante revisar las casaciones laborales siguientes:

- i) Nro. 7012-2018 La Libertad (sobre labores realizadas por choferes interprovinciales y la jornada máxima diaria que supere las 12 horas): En esta se considera que el citado artículo 5 debe ser interpretado conforme a los artículos 23 y 25 de la Constitución, pues, si bien existen trabajadores que por la naturaleza de las labores desarrolladas están

³ Artículo 10.- El tiempo trabajado que exceda a la jornada diaria o semanal se considera sobretiempo y se abona con un recargo a convenir, que para las dos primeras horas no podrá ser inferior al veinticinco por ciento (25%) por hora calculado sobre la remuneración percibida por el trabajador en función del valor hora correspondiente y treinta y cinco por ciento (35%) para las horas restantes.

El sobretiempo puede ocurrir antes de la hora de ingreso o de la hora de salida establecida. Cuando el sobretiempo es menor a una hora se pagará la parte proporcional del recargo horario.

Cuando el sobretiempo se realiza en forma previa o posterior a la jornada prestada en horario nocturno, el valor de la hora extra trabajada se calcula sobre la base del valor de la remuneración establecida para la jornada nocturna.

El empleador y el trabajador podrán acordar compensar el trabajo prestado en sobretiempo con el otorgamiento de períodos equivalentes de descanso.

El trabajo prestado en día de descanso semanal obligatorio o de feriado no laborable se regula por el Decreto Legislativo N° 713 o norma que lo sustituya.

La falta de pago del trabajo en sobretiempo será igualmente considerada una infracción de tercer grado, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, y sus normas reglamentarias.

excluidos de la jornada máxima de 8 horas diarias; sin embargo, ello no supone que puedan encontrarse a disposición de su empleador durante las 24 horas del día, con el sólo pago de la remuneración pactada, ya que, en toda relación laboral, existen derechos constitucionales que le deben ser garantizados como el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, conforme al artículo 2 inciso 22 de la Constitución.

En ese contexto, fijaron que aun cuando el artículo 5 del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, establece que los choferes interprovinciales se encuentran excluidos de la jornada máxima de 8 horas, esta exclusión no descarta la realización de horas extras cuando efectuaron una jornada que superó las 12 horas diarias.

- ii) Nro. 14847-2015 Del Santa (sobre el pago de horas extras de trabajadores de confianza sujetos a fiscalización del horario de trabajo): La Segunda Sala de Derecho Constitucional Social y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República desarrolla la naturaleza de los trabajadores de confianza y señala como precedente vinculante que el artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR, debe interpretarse de la manera siguiente:

“En el caso de trabajadores de confianza el control efectivo del tiempo de trabajo se refiere a la fiscalización del horario de trabajo y no al hecho de que el trabajador de confianza jerárquicamente dependa de otro funcionario al que le deba dar cuenta de sus labores o que su relación de dependencia funcional esté consignada en un documento de la empresa.”

Esta regla se viene aplicando hasta la fecha como se aprecia de la Casación nro. 1617-2021 Lima en la que se reitera que los trabajadores de confianza que no se encuentren sujetos a fiscalización de su horario de trabajo, no tienen derecho al pago de horas extras.

2.3. Casación Laboral Nro. 21829 – 2019 **La Libertad ¿En quién recae la prueba de la acreditación del trabajo realizado fuera de la jornada laboral pactada?**

El Decreto Supremo N.º 004-2006-TR mediante el cual se dictan disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada, establece que:

Artículo 1.- Todo empleador sujeto al régimen laboral de la actividad privada debe tener un registro permanente de control de asistencia, en el que los trabajadores consignarán de manera personal el tiempo de labores.

Artículo 6.- Los empleadores deben conservar los registros de asistencia hasta por cinco (5) años después de ser generados.

Esta disposición normativa fue interpretada por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Laboral nro. 21829 – 2019 La Libertad que, en resumen, sostuvo que el empleador tiene la obligación legal de conservar los registros de asistencia hasta por cinco años después de haberse generado. Por ello, la presunción que se podría generar en contra de los intereses del empleador por la falta de exhibición de los registros de asistencia sólo podría ser aplicada por el periodo de cinco años anteriores al cese (fundamento décimo primero).

A partir de la emisión de la citada Casación se entendió que el artículo 6 del Decreto Supremo N.º 004-2006-TR liberaba a los empleadores de su deber procesal de presentar los registros de asistencia después de transcurridos cinco años del cese del trabajador, así, la carga de la prueba se trasladaba al trabajador a quien, en aplicación del artículo 23.1 de la NLPT, se le exigía probar los hechos que configuran su pretensión.

Este pronunciamiento contiene una interpretación alejada de nuestra realidad, debido a que nuestro país tiene una alta tasa de precariedad laboral. Según los resultados de la Encuesta Permanente de Empleo Nacional (EPEN) del periodo abril 2025 a marzo 2026, publicada por el INEI⁴, el 69,8% de los peruanos tiene un empleo informal, es decir sólo el 30.2% tiene un contrato de trabajo en el que, se supone, se cumple la normativa sociolaboral.

En ese contexto, la informalidad laboral que existe en el Perú evidencia que si bien los derechos laborales están reconocidos a nivel formal; sin embargo, aún hay espacios en los que no se hacen efectivos en el plano material. Recordemos que, en junio del año 2017, en la ciudad de Lima, dos jóvenes trabajadores murieron calcinados en la galería Nicolini, en la zona comercial de Las Malvinas, al no poder escapar, debido a que trabajaban encerrados en contenedores que estaban asegurados con candados⁵. Este suceso condenable pone en la palestra un problema estructural que el Estado peruano debe corregir, pues, aún persiste la explotación laboral.

Sobre el particular, Ávalos (2019) resalta los efectos de la sobrecarga continua del trabajo por espacios prolongados de tiempo y que están generando el síndrome de burnout (trabajador quemado) con todos los estragos para la salud mental y física de los trabajadores. Ello, también pone en agenda la necesidad de que los empleadores entiendan que deben generar entornos en los que el trabajador desarrolle un trabajo productivo dentro de su jornada laboral, pues, como es natural, el empleador busca el cumplimiento de metas de productividad que deben ser fijadas con responsabilidad empresarial.

2.4. La Casación Laboral nro. 36773-2023 La Libertad, una interpretación desde los principios que construyen el derecho laboral

Tomando en consideración la realidad social de nuestro país que está marcada por la precariedad laboral y la informalidad estructural, recientemente se emitió la Casación nro. 36773-2023 La Libertad en la cual se reconoce que el empleador se “escuda” en el transcurso de los cinco años para la eliminación de la documentación y con ello se impone una “prueba diabólica” al trabajador para acreditar el sustento de su pretensión de pago de horas extras.

En ese contexto, la Corte Suprema hace referencia a tres cuestiones importantes:

- i) existe una severa asimetría informativa estructural que genera que el empleador tenga un control absoluto del acervo documental;
- ii) exigir al trabajador que reconstruya “milimétricamente” todo su récord de asistencia durante todos los años laborados constituye una “prueba diabólica” que colisiona con el principio protector, y;
- iii) el sistema procesal diseñado por la Ley nro. 29497 no permite un escenario de indefensión probatoria, pues, el juez laboral esta premunido de mecanismos procesales para hacer efectivos los fines del proceso laboral.

Estas consideraciones, le sirven para plantear un necesario cambio de enfoque respecto a la interpretación del mandato legal previsto en el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 004-2006-TR, pues, se reconoció que los empleadores se escudaban, convenientemente, en el plazo de cinco años para sustraerse de sus deberes dentro del proceso laboral.

⁴ Disponible en:

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/9974250/8134830-peru-comportamiento-de-los-indicadores-del-mercado-laboral-a-nivel-nacional-y-27-ciudades-primer-trimestre-2026.pdf?v=1778854345>

⁵ Recuperado de:

<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40439411>

Frente a ello, la Corte Suprema sustenta el cambio de criterio argumentando lo siguiente:

- El D.S. nro. 004-2006-TR es una norma infralegal y su existencia se justifica en la necesidad de garantizar el control de los inspectores en el marco de un proceso administrativo sancionador, por ello, el límite de los cinco años implica que la autoridad administrativa de trabajo no puede imponer multas por registros que superen los cinco años, debido a que esta norma no puede vaciar el contenido de la Ley 29497 que tiene una jerarquía superior (artículo 51 de la Constitución).
- Se debe exigir una inicial carga indiciaria al trabajador, mas no un estándar de certeza absoluta sobre el derecho reclamado. Por ello, si el trabajador cumple con aportar la prueba indiciaria (hecho base) el incumplimiento del empleador de exhibir los controles de asistencia o sustentar su negativa u omisión en el límite temporal, debe ser considerado como una conducta de obstrucción, que habilita al juez a aplicar la presunción regulada en el artículo 29 de la Ley nro. 29497.

Como se puede apreciar, este nuevo análisis si se realiza a partir de los principios que inspiran la construcción del derecho laboral, los cuales, como señala Boza (2011) son ideas fundamentales e informadoras, cuya finalidad es la de cimentar su naturaleza tuitiva o protectora. Estos se aplican al momento de la producción normativa (legislador), en la interpretación (jueces) y aplicación de las disposiciones laborales.

2.5. ¿Cómo calcular el pago de las horas extras ante la falta de exhibición del empleador de los registros de asistencia?

La Corte Suprema sostiene que si bien la inconducta de obstrucción del empleador habilita que se dé por ciertas las afirmaciones del trabajador sobre el pago de horas extras; sin embargo, ello no genera un reconocimiento “automático” de la totalidad

de las horas se consideren en la demanda. Por ello, le traslada al juez el deber de calcular el monto, es decir, que fije “promedios prudenciales”, los cuales se deben determinar considerando algunos criterios que tienen como finalidad evitar situaciones en las que el trabajador busque un beneficio indebido. Según la casación son los siguientes:

- a. la naturaleza del cargo y particularidades de las funciones realizadas,
- b. las limitaciones físicas inherentes a la jornada y a la imposibilidad biológica humana de prestar jornadas “extremas” durante décadas y sin descanso,
- c. las paralizaciones, fluctuaciones y variaciones de la relación laboral,
- d. las horas extras que se determinen de la prueba aportada, o,
- e. los indicios que obren en el expediente.

III. COMENTARIOS

La Casación materia de comentario se desarrolla a partir de una interpretación constitucional coherente con la naturaleza tuitiva del derecho laboral, el principio protector, la asimetría de las relaciones laborales y toma en cuenta la realidad sociolaboral de nuestro país. Asimismo, se resalta el principio de veracidad que fundamenta el proceso laboral y, en esa lógica le reconoce al juez laboral un rol protagónico en el desarrollo del proceso, conforme a los artículos I y III de la Ley nro. 29497. Por ello, era necesario que se fije doctrina jurisprudencial respecto la interpretación adecuada del plazo de la conservación documental en pretensiones laborales históricas, debido a la divergencia de criterios jurisdiccionales que existen.

Considero que con la emisión de la casación se permitirá garantizar el principio de predictibilidad y de seguridad jurídica, no sólo en la búsqueda de uniformizar los criterios jurisdiccionales, sino también porque se informa a los trabajadores del nivel de aporte

probatorio mínimo que deben ofrecen en el marco de un procesal laboral y a los empleadores de la necesidad de mantener un deber de diligencia y de conservación de sus registros de asistencia, más aún en un contexto en el que existen diversos medios tecnológicos que permiten la conservación de información. Por ello, será importante que el empleador efectué un análisis de costo-beneficio para la implementación de sistemas que le permita custodiar información relevante de la relación laboral.

Adicionalmente, si bien este criterio servirá para impedir que el empleador se sustraiga de la carga probatoria que le impone el artículo 23.4 de la Ley nro. 29497; sin embargo, considero que la especial complejidad se presentará en la determinación de las horas extras laboradas, esto es, en calcular y establecer el monto que corresponde reconocer por dicho concepto.

Recordemos que para la Corte Suprema sólo se exige al trabajador un aporte inicial de carga indiciaria de la realización de labores fuera de la jornada laboral, con ello se le exige al empleador que exhiba los registros de asistencia, si incumple el mandato el juez aplicará el artículo 29 de la Ley nro. 29497 y extraerá conclusiones en contra de los intereses de la demandada, por lo que dará por ciertas las afirmaciones del trabajador; sin embargo, al efectuar el cálculo deberá fijar un “promedio prudencial” que será analizado considerando la particularidad de cada caso, la naturaleza de las labores prestadas por el trabajador y los demás indicios que obren en el expediente.

Sin duda, se deja un margen de discrecionalidad al juez para la determinación de la cantidad de horas extras que se reconocerán y el monto que corresponderá otorgar el cual se deberá fijar de forma prudencial y equitativa conforme al principio de razonabilidad. En ese contexto, al imperar la prueba indiciaria, será necesario que los indicios que aporte el trabajador demandante

sean adecuados y suficientes para evidenciar jornadas de trabajo extraordinarias y, sobre ellas, que el juez puede fijar un monto razonable, pues, la inferencia lógica que realice el juez laboral debe estar debidamente fundamentada conforme a la exigencia de la debida motivación (artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política).

IV. CONCLUSIONES

Recordemos que el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. 3167-2010-PA/TC, fundamento 10, señaló que la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho, por lo que constituye un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales. Por lo mismo, se exige que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias.

Con el análisis de los casos que se presenten a partir de la publicación de la Casación nro. 36773-2023 La Libertad (mayo de 2026) podremos evaluar si los criterios fijados por la Corte Suprema para que los jueces otorguen el pago de horas extras de forma prudencial y equitativa son suficientes o si se deja un alto margen de discrecionalidad que podría generar: i) problemas al momento de que el superior jerárquico, en revisión, controle la validez de la decisión del juez y ii) con ello, que se generen decisiones arbitrarias o que no se ajusten a la realidad de los hechos.

REFERENCIAS

Ávalos Rodríguez, B. (2019). *Jornada laboral: importancia y aspectos críticos de su regulación*. THEMIS Revista De Derecho, (75), 17–32. <https://doi.org/10.18800/themis.201901.002>

Boza Pro, G. (2011). *Lecciones de derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo*. Depalma.

Sentencia del Exp. Nro. 04635-2004-AA/TC.

Casación Laboral Nro. 7012-2018 *La Libertad*.

Casación Laboral Nro. 14847-2015 *Del Santa*.

Casación Laboral Nro. 1617-2021 *Lima*.

Casación Laboral Nro. 21829 – 2019 *La Libertad*.

Casación Laboral Nro. 36773-2023 *La Libertad*.

EL DIFÍCIL CAMINO DEL DERECHO AL CUIDADO COMO DERECHO HUMANO AUTÓNOMO



Abog. Frank Max A. Durand Avila¹

Asesor de Corte
Corte Superior de Justicia de Junín

I. INTRODUCCIÓN

El siglo XXI, también conocido como la era de la digitalización, comprende en el mundo un periodo asombroso del reconocimiento de derechos humanos², en su cuarta generación o llamada derechos de la “ciudadanía digital”, se ha reconocido los derechos el acceso a internet, a las redes telemáticas y a las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), derecho a la inclusión digital, privacidad y protección de datos y libertad de expresión en redes.

A la par de esta denominación, se la conoce también como derechos de la “humanidad”; en nuestro continente, jurisprudencialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), ha reconocido los

derechos a la Autonomía Reproductiva³, a la Verdad⁴, a la propiedad Comunal y Territorial Ancestral⁵ y a la Consulta Previa, Libre e Informada⁶; pero también a través de sus Opiniones Consultivas, como son el derecho a la identidad de género y matrimonio igualitario⁷, derecho de las niñas, niños y adolescentes migrantes⁸, derecho al medio ambiente sano⁹, derecho a las Obligaciones de los Estados frente al Cambio Climático¹⁰ y el derecho humano al cuidado¹¹.

Lo cual ha originado un debate si estas opiniones consultivas debieran ser vinculantes o no, en esa medida, el maestro Sagües sostiene que “los lineamientos interpretativos pronunciados en las opiniones consultivas

¹ Abogado por la Universidad Peruana los Andes, egresado de las maestrías en Políticas Públicas con mención en Género por la Universidad Nacional del Centro del Perú y Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Huancavelica, Asesor de Corte adscrito a la Corte Superior de Justicia de Junín, miembro del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional, ha escrito diversos artículos en Derecho Constitucional, Derecho Laboral, Derechos Humanos y Estudios de Género.

² Denominación que utilizaremos para diferenciar aquellos derechos que provienen de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, en comparación a los que sido reconocidos en las constituciones de los países, denominados derechos fundamentales, como sostiene Carla Huerta, Sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, pg. 11.

³ Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica.

⁴ Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.

⁵ Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.

⁶ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.

⁷ Opinión Consultiva Nro. 24/17.

⁸ Opinión Consultiva Nro. 21/14.

⁹ Opinión Consultiva Nro. 23/17.

¹⁰ Opinión Consultiva Nro. 32/2025.

¹¹ Opinión Consultiva Nro. 31/2025.

valen tanto como los emergentes de las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana”¹²; en consecuencia, es preciso tener en cuenta, que las opiniones consultivas resultan vinculantes no solo para los Estados que solicitaron en consulta su reconocimiento, sino también para todos los Estados sin distinción.

Por su parte, es indudable que una de las preocupaciones a las que no vemos enfrentados es la enorme brecha entre los avances tecnológicos y los valores éticos, pues mientras el mundo observa como los primeros avanzan a pasos agigantados, es esquivo con los segundos; esto explica en cierto modo porque resulta más fácil adaptarse a los derechos de la ciudadanía digital, pero no los derechos a la “humanidad”, entre ellos, el derecho al cuidado; de ahí que, una de los primeros motivos de este trabajo, es reflexionar como ha sido el complejo tránsito del reconocimiento del derecho al cuidado, previo al pronunciamiento de la Opinión Consultiva 31/2025 (en adelante la OC-31/25), además de los alcances de este derecho humano, y el derecho al cuidado en el ámbito laboral.

II. DESARROLLO

2.1. Feminización del cuidado

Las palabras no solo son representaciones subjetivas sin implicancia del medio donde vivimos, estas pueden asentarse y modificar la realidad, marcando el contenido práctico de la vida misma, a tal punto que puede construir la forma de pensamiento humano, sea en forma positiva o en su versión negativa, en la primera encontramos a términos como educación o amor, mientras que en la segunda están aquellas que originan alguna forma de estereotipo, como el término marimacha, histérica o zorra, cuyo contenido sexista es

aplicado exclusivamente contra las mujeres; también está “afeminado” o “marica”, que tiene como intención, referirse peyorativamente contra alguien que es o no homosexual, y en nuestro país, el término “caviar”, con el que se busca descalificar al contendiente político.

Por su parte, si bien el término “cuidado”, aparentemente no tiene las mismas connotaciones descalificantes antes descritas, como se observa en la versión de la RAE, que lo define como la “Solicitud y atención para hacer bien algo”¹³, si nos adentramos un poco a la aplicación del diccionario panhispánico que refiere respecto ésta como:

a) Tener cuidado de [algo o alguien]. Es sinónimo de cuidar, 'estar a cargo de alguien o algo para que no sufra perjuicio': Ten cuidado del niño mientras voy al mercado [= cuidalo].

b) Tener cuidado con [algo o alguien]. Es sinónimo de cuidarse, 'precaerse de alguien o algo que puede causar daño': Ten cuidado con el niño, que es muy travieso [= cuídalo de él]¹⁴.

Esta nos va dando luces sobre el término cuidado, esto es, si va seguida de los sufijos “de” o “con”, en la primera existe la intención de proteger o salvaguardar a algo o a alguien, mientras que, en la segunda, el de protegerse o cuidarse de algo o alguien.

Siendo que es en la primera de estas formas donde se asienta el problema, pues se cree que labor de cuidado de alguien o algo, se refiere comúnmente a cuidados “directos (atención a niños/as, personas con discapacidad y/o personas mayores) o indirectos (cocinar, lavar, planchar, etc.)”¹⁵. En ambos supuestos existe una clara intención de asignar ciertos roles de cuidado de acuerdo a la condición de género, que ha recaído históricamente en la mujer

¹² SAGUES, Nestor, Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad, pg. 281.

¹³ Disponible en: <https://dle.rae.es/cuidado>.

¹⁴ Disponible en: <https://www.rae.es/dpd/cuidado>.

¹⁵ Disponible en: <https://www.flora.org.pe/linea-transversal/derecho-al-cuidado/>.

durante la división sexual del trabajo, pues “solo consideraban trabajo la actividad productiva. Lo que se hacía entorno a la reproducción, al cuidado de la especie (...) era despreciable desde el punto de vista de la economía.”¹⁶, es por ello que incluso hoy en día:

“(…) existe un rostro predominantemente femenino en el trabajo de cuidados, tanto remunerado como no remunerado. Esta desigualdad estructural limita las oportunidades de desarrollo personal y profesional de las mujeres, perpetuando su exclusión y restringiendo el ejercicio pleno de sus derechos. En ese sentido, se destaca que el problema radica en que dichas labores, indispensables para la sostenibilidad de la vida y el bienestar social, resultan siendo ampliamente invisibilizadas y desvalorizadas.”¹⁷

Esta carga exclusiva de feminización del cuidado limita el ejercicio de los derechos básicos de las mujeres y las niñas, afectando la igualdad, la libertad y la dignidad de la persona, restringiendo la autonomía y reforzando desigualdades (párrafo 136); es tal la situación que, en una encuesta¹⁸ realizada el 2023 en nuestro país, el 83% considera que la principal responsable de las actividades de cuidado a lo largo de su vida son las mujeres y no los varones, a diferencia del 15% que cree que le corresponde a ambos, pues “los estereotipos de género y las normas sociales negativas, las mujeres y las niñas son en gran medida, si no exclusivamente, las que realizan el trabajo de cuidados, remunerado o no, lo que exacerba las desigualdades estructurales existentes.”¹⁹

A fin de contrarrestar la feminización exclusiva del cuidado, la Corte a través de la OC antes señalada, ha dispuesto que la obligación de cuidado se orienta sobre la base del principio de corresponsabilidad, por tal razón, la distribución de la responsabilidad de cuidado corresponde a la familia, el cual comprende el reparto equitativo del tiempo y las tareas (párrafo 119), a la comunidad, por medio de redes solidarias de apoyo (párrafo 120), a las empresas para las licencias, conciliación, flexibilidad laboral (párrafo 120, 232 al 240) y el Estado, con la políticas públicas y sistemas nacionales de cuidado (párrafo 120, 132, 146 y 151), tarea que debe cerrar las brechas de género, reconceptualizando la concepción que se tiene del cuidado, lo que implica necesariamente tomar conciencia de su alcance, replanteando el término mismo de quienes deben de ser los actores que participan en las labores de cuidado personal como material, lo que implica no solo su aceptación formal sino también práctica, como sucede con de los términos de “amo de casa” y “niñero”²⁰, labores de cuidado que recién han sido recocidas en el año 2014 por la RAE, pues sus definiciones femeninas eran las de “mujer que se ocupa de las tareas de su casa” y “criada destinada a cuidar niños”²¹ respectivamente.

2.2. El sistema nacional de cuidados

La discusión de la feminización del cuidado, ha generado propuestas estructurales que equiparen esta disparidad, no la única pero si una de las más importantes, es la creación del Sistema Nacional de Cuidado (en adelante SNC), el cual comprende, “un conjunto de políticas enfocadas en el logro de una nueva

¹⁶ CAMPS, Victoria (2021) *Tiempo de cuidados Otra forma de estar en el mundo*, Editorial Arpa, Segunda Edición, pg. 17 y 18.

¹⁷ <https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/ventana-juridica/el-derecho-al-cuidado-contenido-alcance-y-su-interrelacion-con-otros-derechos/>

¹⁸ Representaciones sobre el trabajo de cuidado en el Perú (mayo – 2023) Informe preparado para el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán.

¹⁹ Resolución A/HRC/RES/54/6 del 12 de octubre de 2023 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

²⁰ La vigesimotercera edición del *Diccionario de la lengua española* (DLE 2014) registra, los términos “amo de casa” y “niñero”. Disponible en: <https://www.usat.edu.pe/articulos/amo-de-casa-y-ninero-son-los-masculinos-de-ama-de-casa-y-ninera/>

²¹ Vigésimosegunda edición del *Diccionario de la Real Academia Española* (DRAE 2001).

organización de los cuidados y su objetivo será que esta organización sea equitativa y que cuide, asista y apoye a las personas.”²², este sistema proporciona una ayuda integral a personas en condición de vulnerabilidad, que por sus labores de cuidado no remunerado, puedan contar con el apoyo del Estado en subsidiar esta dificultad.

Uno de las principales limitantes sobre la obligación del cuidado, es la carga privada dentro de los hogares que se tiene de ésta, en la encuesta Representaciones sobre el trabajo de cuidado en el Perú²³, se observa que la mayoría de encuestados desconfía en el Estado para realizar alguna forma de cuidado (de niños y niñas menores de 0 a 5 años, adultos mayores y personas con discapacidad) como política pública, los encuestados consideran que esta responsabilidad recae sobre todo en la familia, sobre todo en las mujeres y niñas; visión que necesariamente debe de cambiar, puesto que la incorporación de un SNC, permite luchar contra la pobreza, brindando asistencia a las familias que más lo necesitan, y no solo eso, sino también puede influir en el sistema económico, ya lo ha manifestado la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), las actividades de cuidado no remuneradas representan actualmente el 23.4% del PBI²⁴, y un sistema formal como el SNC, se podría incrementar ese aporte y promover un desarrollo sostenible para el país.”²⁵

Este SNC, incluye la profesionalización de los cuidados, debido a que:

Si se asegura la calidad en los servicios y la profesionalización de quienes se dedican al cuidado, esto sería una alternativa segura para los niños y niñas, así como una fuente de trabajo para muchas mujeres y permitiría a otras tener tiempo para generar sus propios ingresos. ¿Esto no sería positivo para la economía? Esta inversión traería retornos económicos y sociales, y desde el Estado se debe tomar acción para ello.²⁶

Generado con esta especialización, más trabajo formal y en condiciones dignas. Es por ello, que la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución A/RES/77/317 exhorta a los Estados en:

(...) la necesidad de invertir en la economía del cuidado y de crear sistemas de cuidados y apoyo que sean sólidos, resilientes, respondan a las cuestiones de género y de edad, sean inclusivos de la discapacidad y respeten plenamente los derechos humanos, con miras a reconocer, valorar, reducir y redistribuir el trabajo de cuidados, el trabajo doméstico y el apoyo no remunerados.²⁷

Pese a la necesidad de contar en nuestro país con un SNC, en el año 2024 el parlamento archivó cuatro proyectos de ley²⁸ que impulsaban su creación, esto, sobre todo, porque existe una política iliberal²⁹ que ataca las políticas de género, bajo una visión sesgada de la realidad, que termina perjudicando a una enorme cantidad familias en condición de necesidad.

²² Disponible en: <https://www.aldeasinfantiles.org.co/noticias/noticias-2024/que-son-los-sistemas-nacionales-de-cuidado>

²³ Representaciones sobre el trabajo de cuidado en el Perú (mayo – 2023) Informe preparado para el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán.

²⁴ Los cuidados y el acceso mercado laboral de las mujeres.

²⁵ Disponible en: <https://michaelas.pe/sistema-nacional-de-cuidados-peru/>

²⁶ Disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/boletin-eventos/desigualdad-en-los-cuidados-la-necesidad-de-repensarlos-para-avanzar/>

²⁷ Resolución A/HRC/RES/54/6 del 12 de octubre de 2023 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

²⁸ Disponible en: <https://fovida.org.pe/congreso-de-la-republica-niega-derecho-al-cuidado/>

²⁹ Política orientada a contrarrestar los derechos liberales, como son, las elecciones competitivas, el Estado de Derecho, y los derechos liberales de asociación y de reunión, pero también ha surgido en las últimas décadas un movimiento que se opone a las políticas que impulsan la igualdad de género.

2.3. El difícil camino hacia el cuidado como derecho humano autónomo

Como se ha podido precisar en las líneas precedentes, como la definición sesgada del cuidado, ha influido en su práctica social; sin embargo, también en forma jurídica; pues durante mucho tiempo ha sido empleado como un mero valor moral pese a su reconocimiento jurídico; es así que, ha sido posible identificar que el proceso de reconocimiento del derecho al cuidado como derecho humano autónomo, ha transitado por cuatro etapas; la primera de ellas la denominamos como derecho humano invisible, pues aun cuando instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), contenían en su normativa el derecho al cuidado en su numeral 2 del artículo 25³⁰ o la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) en su artículo 7³¹, donde se preocuparon en proteger a determinados grupos vulnerables como las mujeres; no obstante, se hizo imposible su aplicación práctica, pues nunca fue desarrollado jurisprudencialmente a través de organismos como la ONU, mucho menos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) o la Corte IDH, que datan en una posterior creación, debido a su ausencia de petición formal pese a su explícita positivización, lo cual ocasionó la ausencia de judicialización internacional.

Si esto fue así pese a su cita explícita como derecho, su conceptualización genérica en otros instrumentos internacionales en favor de los niños, tampoco aportó a su

reconocimiento, como se desprende del principio 4³² de la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959) y el artículo 3³³ de la Convención de los Derechos del Niño (1989), situación que hizo que se tenga una simple valoración nominativa sin implicancia jurídica.

A principios de los años 80, se despierta en la psicología un interés por la labor del cuidado, por ello, a este periodo lo llamaremos como académico no jurídico, donde resalta la figura de autoras como Karol Gilligan, feminista que en 1982 publica “In a different Voice” (traducido como Una voz diferente), y que fue publicado posteriormente en español en 1985 como “La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino”, cuya propuesta fundamental es la ética del cuidado, la cual se centra en la importancia del cuidado integral, resaltando como las mujeres en la escala de valores privilegian los vínculos con los demás por sobre el cumplimiento abstracto de deberes y del ejercicio de derechos, cuestionando con ello, “como los varones razonaban jerarquizando principios, normas morales justicia y derechos, la mujeres lo hacían (...), atendiendo a consideraciones relativas a las relaciones personales, (...) Como consecuencia, eran ubicadas en un rango inferior al de los varones”³⁴ de acuerdo a Lawrence Kohlberg.

Con esta formulación se abre uno de los debates más importantes dentro de la filosofía ética, entre la visión del otro generaliza (Kohlberg) y la visión del otro concreto (Gilligan), en la primera “Nuestra relación con

³⁰ “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

³¹ “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.”

³² El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

³³ 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

³⁴ VARELA, Nuria (2019) *Feminismo para principiantes*, Penguin Random House Grupo Editorial, Segunda Edición, pg. 266.

el otro es regida por las normas de igualdad formal y reciprocidad y en la segunda por la equidad y reciprocidad complementaria”³⁵, al introducir una visión ética del cuidado en la teoría justicia:

Gilligan no quiere sustituir la ética de la justicia (y los derechos humanos) por una ética del cuidado (y las responsabilidades) sino revisar, rectificar y ampliar los horizontes de una razón «abstracta». Pasar de una razón «abstracta» o kantianamente entendida como «pura», a una razón «concreta» o «impura» que cuenta con la situación, el contexto, la inmediatez, la vulnerabilidad y la facticidad corporal de las personas.³⁶

Es decir, que el razonamiento individualista Kantiano llegue a una conclusión para todos en cualquier momento y en cualquier lugar sin suponer el punto de vista del otro. Esta autora propone que debemos razonar no bajo una naturaleza hobsiana donde “el hombre es lobo del hombre” sino por una naturaleza “del hombre cooperativista”, cuando sostiene que:

«Necesitamos un debate nuevo sobre el género y sobre la ética... Ahora sabemos que el patriarcado deforma la naturaleza, tanto de las mujeres como de los varones, aunque de maneras distintas... Los hallazgos empíricos (neurociencias, etc.) convergen en un mismo punto convincente: somos, por naturaleza, homo empathicus en vez de homo lupus. La cooperación está programada en nuestros sistemas nerviosos: nuestros cerebros dan más luz cuando optamos por estrategias cooperativas que competitivas... En vez de plantearnos cómo adquirimos la capacidad de cuidar, nos preguntamos ¿Cómo perdemos nuestra humanidad?».³⁷

Este sentido cooperativista del cuidado expuesto por Gilligan, es una forma de

reanimar el sentido humanista que toda teoría del derecho necesita, como ha influido también los campos del sistema de salud.

Una tercera etapa del derecho al cuidado, la encontramos en el reconocimiento indirecto o no constitucional, la cual se presenta, por un lado, por la dependencia del derecho al cuidado a partir de otro derecho fundamental, como el derecho a la maternidad³⁸. Uno de los primeros casos data del año 2020, donde la Corte Constitucional de Ecuador, mediante la Sentencia Nro. 3-19-JP/20 aborda el cuidado desde los derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, aquí (...) la Corte establece que el derecho al cuidado no solo beneficia a las mujeres, sino que también es fundamental para el desarrollo de la infancia y la familia en general.³⁹ Además ha sido fue analizado desde los derechos de los niños y niñas, del derecho de las personas con discapacidad o del derecho de las personas adultas mayores, o de su incorporación por un procedimiento legislativo, como fue efectuado en países como Reino Unido (Care Act 2014), Uruguay (Ley 19353 del 2015) o Ecuador (Ley Orgánica del Derecho al Cuidado – 279740 del 2023).

Las graves consecuencias ocasionadas por la pandemia del Covid-19, donde se hace notoria las brechas de desigualdad en los roles de cuidado, despierta un asombroso interés del cuidado, periodo en el que se origina su reconocimiento directo como derecho autónomo, primero por influencia de decisiones jurisprudenciales, del reconocimiento constitucional, pero sobre todo gracias a los estudios de investigación previos realizados por Laura Pautassi, quien ya en el año 2007 destaca la importancia del

³⁵ BENHABIB, Seyla (1990) *El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría feminista*, en Benhabib y Drucillia (eds), pg. 296.

³⁶ MORATALLA, Domingo (2019) *Cuidado y Responsabilidad: de Hans Jonas a Carol Gilligan*, Revista Comillas, Vol. 75, Num. 283, pg. 365.

³⁷ GILLIGAN, Carol (1985), *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*, FCE, México, 5/G,64-65

³⁸ Ana Marrades (2002), *Luces y sombras del derecho a la maternidad* 2002

³⁹ Disponible en: <https://repositorio.upse.edu.ec/server/api/core/bitstreams/cfe93a73-f478-442f-bb39-6ac82912db0e/content>

derecho al cuidado como un derecho autónomo, cuando señala que “(...) el énfasis está puesto en su reconocimiento como derecho universal para todos los habitantes y no solo para las mujeres.”⁴⁰; es más, es una de las primeras en formular las tres dimensiones de este derecho, cuando precisa que “(...) No se está bregando por el reconocimiento como derecho a cuidar sino como el reconocimiento de un derecho universal e inalienable a cuidar, ser cuidado y a cuidarse.”⁴¹; quien a su vez ha sido la impulsora de la consulta de opinión consultiva de este derecho efectuado por Argentina a la Corte IDH; asimismo, estos estudios van de la mano con foros, congresos internacionales y movimientos sociales, como señala Marrades:

La Red Feminista de Derecho Constitucional en su manifiesto de 2015 (revisado en 2017) ya había reclamado su reconocimiento y en 2022, la Asociación de Constitucionalistas de España, en su XIX Congreso dedicado a la pandemia covid-19, dedicó la mesa de estudios de género a los derechos del cuidado. En el mismo año se celebró también el III Congreso internacional sobre el cuidado y la igualdad.⁴²

Esta preocupación no es exclusivo del derecho constitucional, ni del derecho en general, sino se refracta a su vez a otros campos como la filosófico, con trabajos como “Tiempos de cuidados”, de la filósofa española Victoria Camps, quien comenta la necesidad de tomar en serio el derecho al cuidado, pues “no basta la buena voluntad, hacen falta normas jurídicas para que del derecho a ser cuidado deriven unos deberes positivos cuya responsabilidad ha de ser compartida, ha de

ser personal y política, como hace tiempo defienden las feministas.”⁴³

En este interregno, la primera constitución en reconocer el Derecho humano al cuidado, es la Constitución de la Ciudad de México (2017) en el inciso B del artículo 9⁴⁴. Mientras tanto, en el 2021, el Instituto Nacional de las Mujeres de México y la ONU Mujeres promueven la Alianza Global de Cuidados, la cual está integrada por países como México, Alemania, Argentina, Canadá, Costa Rica, España, Italia, Panamá, Paraguay, Suecia, República Dominicana y Tanzania, además de otras organizaciones internacionales como de la sociedad civil, fundaciones y empresas que la sustentan, la misma que impulsa las 5Rs de los cuidados, estos es, reconocer, reducir, redistribuir, recompensar y representar el trabajo de cuidados y a las personas que proveen cuidados⁴⁵.

Con igual énfasis, la OEA a través de la Comisión Interamericana de Mujeres aprobó el 8 de marzo de 2022 la Ley Modelo Interamericana de Cuidados, “mediante la cual se resignifica, reconoce, redistribuye y retribuye el trabajo de cuidados y se reconoce y garantiza el derecho humano universal al cuidado.” El 20 de enero del siguiente año, la República de Argentina presenta ante la Corte IDH una solicitud de Opinión Consultiva sobre “El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos”, con párrafo en el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y conforme a los artículos 70.1 y 70.2 del Reglamento de la Corte. Ese mismo año, la Asamblea General

⁴⁰ PAUTASSI, Laura (2007) El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos, CEPAL – Serir Mujer y Desarrollo Nro. 87, pg. 41.

⁴¹ PAUTASSI, Laura (2007) El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos, CEPAL – Serir Mujer y Desarrollo Nro. 87, pg. 41.

⁴² El derecho al cuidado: relato del proceso hacia ... pg. 357

⁴³ Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/blog/hablemos-de-cuidados-conversacion-con-victoria-camps>

⁴⁴ Toda persona tiene derecho al cuidado que sustente su vida y le otorgue los elementos materiales y simbólicos para vivir en sociedad a lo largo de toda su vida. Las autoridades establecerán un sistema de cuidados que preste servicios públicos universales, accesibles, pertinentes, suficientes y de calidad y desarrolle políticas públicas. El sistema atenderá de manera prioritaria a las personas en situación de dependencia por enfermedad, discapacidad, ciclo vital, especialmente la infancia y la vejez y a quienes, de manera no remunerada, están a cargo de su cuidado.

⁴⁵ Disponible en: <https://globalallianceforcare.org/es/community/resources/901-global-resource-372.html?view-obj>

de las Naciones Unidas proclamó cada 29 de octubre como el día Internacional de los cuidados⁴⁶ y el 24 de julio de aquel año la misma Asamblea insta a los Estados a que:

a) Apliquen todas las medidas necesarias para reconocer el trabajo de cuidados y redistribuirlo entre las personas, así como entre las familias, las comunidades, el sector privado y los Estados, de tal modo que se promueva la igualdad de género y el disfrute de los derechos humanos por todas las personas. b) (...) “(...) y de garantizar el acceso universal a licencias parentales, de maternidad y de paternidad y a la protección social para todos los trabajadores, tanto de los trabajadores del sector informal como de aquellos que trabajan en formas atípicas de empleo.”⁴⁷

Luego de la exhortación de la ONU a los Estados de reconocer el derecho al cuidado; la Corte Constitucional de Colombia, que si bien se pronunció sobre el cuidado a partir de otros derechos, como el derecho de los niños, la licencia por paternidad⁴⁸ y de las personas con discapacidad⁴⁹; lo es que, no será recién hasta la Sentencia T583-23 del 19 de diciembre de 2023, cuando una madre soltera solicita a una entidad de salud del Estado le pueda brindar un cuidador especializado, para que se encargue del cuidado y rehabilitación de su hijo con síndrome de Down, ante la negativa de este, interpone acción de tutela; en cuyo pronunciamiento se reconoce que el cuidado es un derecho humano autónomo, cuya responsabilidad no debe recaer únicamente en la familia, sino en forma compartida entre el Estado, la sociedad y el núcleo familiar, y que contiene las tres dimensiones, como son 1) el derecho a ser cuidado, 2) los derechos y deberes de quienes

cuidan y, 3) el derecho y deber de autocuidado.⁵⁰

Un pronunciamiento no menos importante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) del año 2024, es el caso Diaconeasa contra Rumania, donde Angelica Diaconeasa, una mujer de nacionalidad rumana, quien padece de una discapacidad como consecuencia de un derrame cerebral, acude al TEDH, para denunciar al Estado Rumano por retirar en forma ilegal el cuidado que le brindaba una Asistente personal proporcionada por el Estado, pese a que existían informes médicos que sustentaban la necesidad de dependencia producto de su grave estado de salud; en dicha decisión, el TEDH:

(...) sostuvo que el margen de apreciación del Estado es sustancialmente más estrecho y debe tener razones de mucho peso para la procedencia de las restricciones, cuando estas se aplican a un grupo especialmente vulnerable de la sociedad que ha sufrido una discriminación considerable en el pasado, como las personas con discapacidad o las personas mayores dependientes.⁵¹

Aun cuando, se conoce que el TEDH deja abierta la posibilidad bajo el margen de apreciación del Estado, que los países puedan decidir internamente sobre situaciones controvertidas que no tienen consenso, desestimando sus pretensiones; no obstante, en forma peculiar, el Tribunal establece que la condición de grupo vulnerable es un elemento determinante como parámetro del margen de apreciación, declarando fundado el pedido formulado por la señora Angelica. Cabe resalta también, que la decisión descartó que el apoyo de las hijas de la denunciante (como sostuvo las autoridades locales), resulta un

⁴⁶ Resolución Nro. A/RES/77/317 del 02/08/2023 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

⁴⁷ Resolución Nro. A/HRC/RES/54/6 del 11/10/2023 de la Asamblea General de Naciones Unidas por la cual establece la Importancia de los cuidados y el apoyo desde una perspectiva de derechos humanos.

⁴⁸ Sentencia C-383/12

⁴⁹ Sentencia T-159-23

⁵⁰ Sentencia T583-23

⁵¹ Caso Diaconeasa contra Rumania, párr. 48

sustituto válido de las obligaciones asumidas por el gobierno, en tanto no fue evaluada su calidad y fiabilidad⁵². Es decir, el cuidado familiar no puede ser el único que garantice la efectividad de este derecho, pues es necesario cambiar la visión del cuidado como un ámbito de protección exclusiva de los particulares, sino también es una obligación que corresponde asumir a los Estados. Y es así que, el 12 de junio de 2025, a través de la Opinión Consultiva Nro. 31/2025, la Corte IDH reconoce el cuidado como un derecho humano autónomo.

2.4. Alcances del derecho humano al cuidado

La OC-31/25, marca un hito trascendental en el antes y después del reconocimiento de este como un derecho humano autónomo, estableciendo que este comprende el derecho “de toda persona de contar con el tiempo, espacios y recursos necesarios para brindar, recibir o procurarse condiciones que aseguren su bienestar integral y le permitan desarrollar libremente su proyecto de vida, de acuerdo con sus capacidades y etapa vital (párrafo 113), cuya base se fundamenta en el Principio de igualdad y no discriminación, donde hombres y mujeres deben tener responsabilidades equivalentes (párrafo 113), en el principio de corresponsabilidad, por el que cuidar no es un asunto privado; que es una tarea que involucra a toda la sociedad (párrafo 113, 119 y 120), siendo el Estado uno de los principales obligados, el cual deberá implementar progresivamente medidas orientadas a revertir estereotipos negativos por los que se distribuye inequívocamente el trabajo de cuidado (considerando 146).

Este pronunciamiento es importante, sobre todo porque establece tres dimensiones interdependientes del derecho al cuidado, la

primera de ellas, es el derecho a cuidar, por el que se ofrece cuidado a otras personas (párrafo 117), el derecho a ser cuidado, en el que se recibe cuidado cuando se necesita (párrafo 116) y el derecho al autocuidado, el cual comprende la de atención de las propias necesidades físicas y emocionales (párrafo 118).

El Derecho al cuidado tendrá prioridad de atención especial a grupos de apoyo como son las niñas y niños sin redes familiares, a personas mayores, a personas con discapacidad, y personas que se encuentren en otras situaciones de dependencia o que requieren apoyos (párrafos 182 al 202).

En esa medida, es importante que los Estados puedan trabajar bajo un “enfoque diferencial”, es decir, no todas las personas cuidan o recibe cuidados en similar condiciones, por ello, la Corte indica que es prioritario la atención a) Personas que ejercen trabajos de cuidado, como son mujeres que encabezan hogares monoparentales, mujeres cuidadoras vinculadas con el Sistema Penitenciario, mujeres buscadoras, mujeres migrantes, mujeres indígenas y afrodescendientes, y b) personas que reciban cuidados, como son personas mayores, niños, niñas y adolescentes y personas con discapacidad o enfermedades incapacitantes (párrafo 163 al 202).

La Corte ha indicado que el derecho al cuidado se encuentra estrechamente vinculado a otros derechos, como la salud, el trabajo, la seguridad social o la protección de la familia (párrafo 113, 114 y 119), en ese sentido, si bien el derecho al cuidado es propiamente autónomo, no obstante, su protección se extiende en forma conexa a otros derechos.⁵³

⁵² Case of Diaconeasa v. Romania, Court (Fourth Section), 20 de febrero de 2024

⁵³ Decisión que ha influido en el Tribunal Constitucional peruano, quien sostiene que el derecho al cuidado “es un derecho que se encuentra vinculado estrechamente con otros derechos humanos, como la salud, la seguridad social, la vida privada y familiar, la igualdad de género y el trabajo digno.” (párrafo 43 - STC 02031-2024-PHC/TC).

2.5. El cuidado en relación con el derecho al trabajo

Es importante tener en consideración que, a partir del leading case, Lagos del Campo contra Perú, la Corte IDH abre las puertas de la justiciabilidad del derecho al trabajo, específicamente del derecho a la estabilidad laboral⁵⁴. De igual forma, la Corte desarrolla a través de su jurisprudencia, el derecho a condiciones que aseguren la seguridad, salud, e higiene del trabajador⁵⁵. Es más, uno de los puntos cardinales desarrollados por la corte, es reconocer que “los Estados deben implementar medidas para asegurar la seguridad e higiene en el trabajo y prevenir enfermedades o accidentes de trabajo, especialmente cuando este implique riesgos para la salud e integridad personal del trabajador” (párrafo 220); obligación que se extiende también hacia los privados dado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o drittwirkung del derecho alemán⁵⁶.

a) Las labores de cuidado remunerado y no remunerado

En la opinión consultiva que se viene analizando, en la dimensión del derecho a cuidar, la corte estableció que ésta se da en relación a personas que realizan labores de cuidado remunerado, y no remunerado, reconociendo la naturaleza de las labores de cuidado como una forma de

trabajo (párrafo 214), con ello, se estima que toda labor de cuidado que tiene la condición de ser permanente y de manera intensa, tiene que ser considerada como un trabajo (párrafo 218), por el contrario, las labores esporádicas y que son realizadas por una persona de forma paralela a otras actividades, como por ejemplo, acompañar a personas mayores a citas o tratamientos médicos, preparación de alimentos, o cuidado de niños de manera esporádica u ocasional, no son consideradas propiamente un trabajo.

Al establecer que el cuidado es una forma de trabajo, formula un alcance amplio de este derecho a diferencia de cómo era visto antes, tanto para quienes realizan labores de cuidado remunerado y no remunerado, de acuerdo a los principios de solidaridad y corresponsabilidad (párrafo 216), además bajo lo dispuesto en el artículo XIV de la Declaración Americana, los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la CADH; donde “(...) el marco del derecho al trabajo dependen de la naturaleza de la actividad, las condiciones en las que esta se ejerce, y las necesidades de quienes las realizan (párrafo 215).

En de esa medida, la Corte dispone que el trabajo de cuidado remunerado:

⁵⁴ El cual se traduce en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización; b) proteger al trabajador y trabajadora contra el despido injustificado, especialmente en eventos en que este se base en criterios discriminatorios; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación a través de la reinstalación o, en su caso, a opción del trabajador, mediante la indemnización; d) disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado (fundamento 111 OC 31)

⁵⁵ El cual obliga a) regular el desarrollo de actividades profesionales e industriales, incluyendo equipos de protección adecuados frente a los riesgos derivados del trabajo; b) implementar medidas para la prevención de riesgos inherentes al trabajo, accidentes laborales y enfermedades profesionales y, c) mantener sistemas de inspección en los establecimientos industriales que velen por el cumplimiento de las disposiciones que protegen al trabajador, en particular las relativas a horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar. Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 149; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, párr. 192, y *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 220.

⁵⁶ DURAND, Frank (2022), Algunos apuntes del proceso de desarrollo de los Derechos Laborales inespecíficos en el Perú. Revista del Módulo Corporativo Laboral de Huancayo.

(...) debe contar con todas las garantías que se derivan del derecho al trabajo -tanto a nivel nacional como internacional- en condiciones justas, equitativas, satisfactorias y sin discriminación. Lo anterior en tanto se trata de actividades que tienen un valor económico y social, y que se desarrollan en el marco de relaciones de trabajo subordinadas y remuneradas (párrafo 219).

De esta manera, es posible advertir como la Corte resalta la composición de los elementos propios de una relación laboral (prestación personal y la subordinación), en comparación a una de naturaleza civil; y como tal, se deberá contar con una remuneración justa y equitativa; además agrega la Corte que “(...) este tipo de trabajos deben contar con estabilidad en el empleo y recursos administrativos o judiciales efectivos para reclamar en los casos en que se vean afectados sus derechos laborales (párrafo 220), lo que significa que, un trabajador no podrá ser despedido de forma arbitraria (art. 27 de la Constitución Política del Perú), sino únicamente por una causa justa y legalmente comprobada (artículos 23 y 24 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), dotando la posibilidad de justiciabilidad administrativa o judicial ante la vulneración del Derecho al cuidado en una relación laboral.

Por ello, ante la vulneración de este derecho, es posible invocar el derecho al cuidado cuando se encuentre vinculado al ámbito laboral, no únicamente a través de un proceso constitucional de amparo, sino también por medio de un proceso ordinario laboral, sea este producto de un despido lesivo de derecho fundamentales, conforme el artículo 23 de la Constitución, donde dispone que “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.” Asimismo, nada limita que durante el análisis de una la pretensión de daño moral como indemnización de daños y perjuicios

en una relación contractual, bajo la dimensión del derecho a ser cuidado, por alguna condición especial del trabajador (por edad, enfermedad o discapacidad), este derecho pueda ser tomado en consideración como un parámetro delimitador más, para el otorgamiento del daño pretendido, ya sea por un actuar doloso u omisivo del empleador pese a su obligación de cuidado.

Por otro lado, un punto a destacar, es la preocupación de la Corte respecto a las obligaciones de todo empleador en una relación de trabajo doméstico, como es el que:

- a) sean informadas de las condiciones de trabajo y se fomente la forma escrita de los contratos de trabajo; b) puedan decidir con libertad su lugar de residencia especialmente en el caso de las trabajadoras domésticas migrantes; c) trabajen en jornadas razonables y reciban una compensación por horas extraordinarias, aun cuando la jornada no sea continua; e) cuenten con periodos de descanso de al menos 24 horas semanales y vacaciones y f) accedan al sistema de seguridad social.

Pese a estas propuesta, la Corte también es consciente de los problemas que rodean el trabajo doméstico, como son las “cadenas globales de cuidado” (párrafo 170), por el cual, el desplazamiento de una trabajadora para desempeñar labores de cuidado de un ámbito territorial a otro, origina que los dependientes de esta trabajadora queden al cuidado de otra personas, como el caso de las mujeres migrantes, y mujeres indígenas y afrodescendientes, quienes están sobrerrepresentadas en el trabajo informal y doméstico, reflejo de la discriminación estructural (párrafo 171), situación que no deberá ser ajena por ejemplo al momento de resolver un caso en la reclamación de derechos laborales de una trabajadora del hogar.

Mientras tanto, la Corte ha precisado que en relación a las labores de cuidado no

remunerado, suelen ser ejercidas por personas que se encargan de realizar labores de cuidado comunitario como guarderías o comedores pero también las que se realizan dentro del hogar, las cuales son practicadas en su gran mayoría por mujeres y niños, (...) cuyo alcance y contenido depende de su naturaleza, las condiciones en las que se ejerce, y las necesidades de quienes lo realizan (párrafo 230), pero también deberán ser efectuadas en forma permanente, intensa y libre, todo ello, bajo el principio de corresponsabilidad.

Es más, se (...) exige que las garantías que se derivan de las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo sean parcial y progresivamente extendidas a quienes realizan labores de cuidado no remunerado, como un mecanismo para garantizar el derecho a la igualdad material y el goce efectivo de los derechos de las mujeres. Situación que tiene como grupo vulnerable a las mujeres que encabezan hogares monoparentales, por su mayor probabilidad de sufrir pobreza económica (párrafo 164).

En el ámbito laboral de nuestro país, “una ley de cuidados resulta imprescindible ya que concretaría su contenido y evitaría la dispersión normativa⁵⁷, como viene ocurriendo en la legislación laboral peruana; por lo que, es imperioso que la normativa laboral del derecho al cuidado, se encuentre precisada en una única norma y donde se establezca la garantía de su protección, “así como adoptar medidas orientadas a evitar cualquier tipo de penalización formal o informal a los hombres que se ocupan activamente de tareas de cuidado” (párrafo 146). Es más, esta garantía de protección es un mecanismo contra un despido fraudulento en un proceso ordinario laboral, pues podría darse el caso en las que un

empleador despidе finalizar la relación laboral con su trabajador, debido a que este tiene a su cargo las labores de cuidado de algún familiar dependiente o con alguna discapacidad; simulando por el contrario un despido por otra situación distinta, pero que en fondo tenga un motivo discriminatorio; por lo que se deberá tener en consideración los deberes que tienen las personas para con la familia, la comunidad y la humanidad⁵⁸ (párrafo 2017).

b) Las labores de cuidado en relación al derecho a la seguridad social

Ahora bien, el derecho al trabajo y a la seguridad social y cuidado; obliga al Estado a implementar medidas para conciliar la vida laboral y las responsabilidades de cuidado, y eliminar las barreras que impiden acceder o mantener en el empleo (párrafo 250 al 255); una muestra de ello, es la regulación española del derecho de adaptación por conciliación del ámbito laboral con el familiar, donde el artículo 34.8 ET, establece que este derecho podrá ser solicitado para el cuidado de Hijas/os menores de 12 años, Hijas/os mayores de 12 años, Cónyuge o pareja de hecho, Familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora y Otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio. Esta legislación genera una obligación en el trabajador donde “(...) no sólo debe acreditarse la situación de necesidad de cuidado del familiar, sino también que la misma no puede atenderse si no se produce el cambio que se pide en las condiciones de trabajo.⁵⁹

La Corte en esta OC 31-2025, ha establecido que, el derecho al cuidado garantiza el reconocimiento de las licencias para cuidar, como son la licencia por maternidad⁶⁰ (párrafo 146), por

⁵⁷ MARRADES, Ana (2025) El derecho al cuidado: Relato del proceso hacia su reconocimiento y retos de futuro de un derecho imprescindible, Revista Teoría y Realidad Constitucional, Nro. 56, 2° semestre, pg. 382

⁵⁸ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 32.

⁵⁹ LOPEZ, Mercedes (2024) *El impacto de las tareas de cuidado en la relación laboral: la adaptación del tiempo y la forma de la prestación*, Revista de relaciones laborales Lan Harremanak, pg.110

⁶⁰ Ley 26644, modificada por la Ley 30367

lactancia materna⁶¹ (párrafo 238), licencia por paternidad⁶² (párrafo 146) y licencias para cuidados de larga duración⁶³ (párrafo 189), las mismas que se encuentran reguladas en nuestra legislación; además de las licencias parentales, que no ha sido regulada, y las licencias de maternidad y paternidad para estudiantes, en la cual:

Sin embargo, el desarrollo de la legislación no contempla el derecho de estudiantes de nivel superior, universitario o terciario, a las licencias de maternidad y paternidad. De esta manera, muchas veces las madres y los padres que estudian se ven obligados a alterar sus cargas académicas, retardar o abandonar sus estudios, situación que afecta principalmente a las mujeres, dada la injusta organización social del cuidado y el triple rol de mujeres-madres-estudiantes universitarias.⁶⁴

Tanto más si en nuestro país, se aprecia “según el censo del 2017, que el 16% de las mujeres entre 18-29 años matriculadas en instituciones educativas tienen por lo menos un hijo.”⁶⁵, y hasta la fecha no ha sido aprobado el Proyecto de Ley que “prohíbe la discriminación en razón de la maternidad y contra la infancia para el acceso a espacios de educación superior y laborales”⁶⁶, lo que ocasiona una desprotección del Estado, y que se fomenta el abandono escolar.

En otro orden de ideas, los aspectos a tener en cuenta dentro del ámbito laboral, es como las tecnologías del cuidado, esto es, los dispositivos tecnológicos que sirven para prevenir, diagnosticar o tratar enfermedades ocupacionales, lo cual será aplicado como una herramienta en la seguridad y salud en el trabajo, si bien se es consiente que:

Las llamadas “tecnologías del cuidado” no sustituyen un abrazo, una pregunta hecha con cariño, a un plato de comida caliente recién servido. Menos, en un país como el Perú, donde la riqueza del cuidado radica en su dimensión humana, comunitaria y afectiva. Todavía nos queda pendiente reconocerlo con remuneración y pensión digna.⁶⁷

No obstante, dichos equipos inteligentes resultan necesarios, dada la importancia de avance tecnológico de la IA, el cual debe servir como un instrumento para mejorar las condiciones laborales de los trabajadores, y como una garantía de protección del derecho a cuidar.

En nuestro país el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia Nro. 0231-2024-HC sobre un proceso de habeas corpus, respecto al pedido formulado por las hijas del señor José Luis Morales Hidalgo, un adulto mayor con discapacidad mental, solicitan que se ordene a la nueva pareja del agraviado y su hijo, se abstengan de colocar candado y cerrar la chapa de la puerta, para que ellas puedan visitarlo; en dicha mandado se analizó el derecho a libertad personal, pero sobre todo, el derecho al cuidado del adulto mayor, indicado que este comprende un derecho fundamental no enumerado conforme al artículo 3 de la Constitución Política del Perú, que deriva del “(...) principio dignidad humana y lo que tácita o implícitamente se desprende de los artículos 4 y 7 de la norma fundamental, en particular, cuando tales dispositivos se refieren a los adultos mayores en situación especial.”⁶⁸ Diferenciándolo de un trato preferente que se presenta propiamente a través de una política pública⁶⁹,

⁶¹ Ley 27240 modificada por las Leyes 27591 y 28731

⁶² Ley 30807 modificada por la Ley 29409

⁶³ Ley 30012 modificada por la Ley 31041

⁶⁴ AVILA, Neil (2025) *El derecho humano al cuidado. Contenido, alcance y su interrelación con otros derechos, Llapanchipac: Justicia* - Revista de la Unidad Orgánica de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia Itinerante del Poder Judicial del Perú, pg. 245.

⁶⁵ Disponible en: <https://vicerrectorado.academico.pucp.edu.pe/news/padres-y-madres-que-estudian>

⁶⁶ Proyecto de Ley 04315/2018-CR

⁶⁷ Disponible en: <https://hiperderecho.org/2025/08/el-cuidado-como-derecho-humano/>

⁶⁸ Sentencia Nro. 0231-2024-HC/TC fundamento 28.

⁶⁹ Sentencia Nro. 0231-2024-HC/TC fundamento 29.

reconociendo conforme la OC-31/25 la condición del derecho al cuidado como un derecho humano autónomo⁷⁰ y las obligaciones del Estado de respetar, garantizar y proteger este derecho⁷¹.

c) Las piedras en el camino del derecho al cuidado

Pese a los notables avances de otros países en reconocer y desarrollar el derecho al cuidado, ya que Argentina fue quien petitionó la consulta ante la Corte IDH de este derecho; sin embargo, la supuesta “modernización laboral”⁷² impulsada por el presidente Milei, expone como se ha recortado el derecho al cuidado en el ámbito laboral, cambiando ostensiblemente en menos de un año de dictado la OC-31/25, debido a que esta reforma revierte las licencias de cuidado, puesto que:

“Las licencias parentales cortas e insuficientes son una de las principales barreras para la distribución equitativa de los cuidados. Tampoco contempla la maternidad y paternidad por adopción, los nacimientos múltiples, los nacimientos pretérminos ni el nacimiento de hijos e hijas con discapacidad. Ni incorpora días por enfermedad de familiar, para asistir a turnos médicos, ni contempla la adaptación escolar. Esta ausencia además de alejarse de la vida cotidiana de las personas va a contrapelo de los estándares de la OC 31/25, que establece la obligación de garantizar progresivamente el tiempo necesario para el ejercicio del derecho a cuidar y a ser cuidado por los niños, niñas y adolescentes.”⁷³

Estos cambios legislativos no han tenido en cuenta tanto los parámetros establecidos por la OC-31/25 que venimos examinando, ni mucho menos el Principio de prohibición de regresividad de los derechos humanos, que deviene de la

interpretación del artículo 26 de la CADH; esta reforma es un pésimo antecedente en nuestro continente y en especial para el Perú, donde solemos violar los derechos laborales, lo que ha conllevado a acudir en reiteradas ocasiones a la Corte IDH, pues bajo una aparente reforma laboral, se terminaría afectando también el derecho al cuidado, pues bien versa el dicho “cuando la política entra por la puerta, la justicia huye asustada por la ventana”⁷⁴.

III. CONCLUSIONES

Aún hoy en día, es común ver como las personas asocian la labor del cuidado a las mujeres y a la niñas, esto se debe en parte a la imposición de los roles de género, y a la distribución inequitativa del trabajo sexual, pero también a la forma en que ha influye el uso de las palabras en la vida práctica, pues términos como “ama de casa” o “niñera” siguen siendo utilizadas para relacionar actividades de cuidado femenino, pese a que estos términos han incorporado en su definición a sus pares desde hace más de diez años atrás por la RAE; lo que significa que, aún queda pendiente un cambio de visión práctica del cuidado, superándose el ámbito teórico formal, si es que realmente queremos lograr una igualdad material de este.

Uno de los caminos a seguir, es la incorporación de un SNC, es decir, una política pública de cuidado necesaria en favor de los grupos más vulnerables, enfocada en las mujeres, los niños, los adultos mayores o las personas con discapacidad, permitiendo que cuenten con espacios de ayuda estatal, este factor es importante no sólo a nivel social sino también económico, pues genera mayores ingresos al Estado, siendo necesario modificar y ampliar la visión de los actores responsables del cuidado, y dado que estamos dentro de una

⁷⁰ Sentencia Nro. 0231-2024-HC/TC fundamento 38.

⁷¹ Sentencia Nro. 0231-2024-HC/TC fundamentos 40 al 42.

⁷² Ley 27802 de marzo de 2026.

⁷³ Disponible en: <https://lacritica.ar/post/cuidados-trabajo-y-derechos/>

⁷⁴ Atribuida al penalista italiano Francesco Carrara.

decisión política, se hace necesario una mayor presión ciudadana.

De forma metodológica, hemos examinado el complicado camino por el que ha transitado para arribar al reconocimiento del cuidado, como derecho humano autónomo; en cuyo primer momento se ha identificado un reconocimiento invisible, pues si bien los instrumentos internacionales lo contenían explícitamente, no lo desarrollaban como tal, en segundo término, existe un interés académico no jurídico del cuidado, con aportes de feministas como Carol Gilligan o Victoria Camps; en tercer lugar se identificó un reconocimiento indirecto o no constitucional del derecho al cuidado, ya sea por su dependencia a otros derechos fundamentales o por su incorporación por medio de una ley, y la cuarta y última etapa, donde se ha reconocido el cuidado como un derecho humano autónomo, como producto de algunas decisiones jurisprudenciales, la incorporación constitucional, pero especialmente por la influencia de los estudios de Laura Pautassi, alcanzando su reconocimiento en la OC-31/25 de la Corte IDH.

La opinión consultiva ha desarrollado el ámbito de protección del derecho al cuidado, cómo es el derecho a cuidar, el derecho a ser cuidado y el derecho al autocuidado, pero también su conectividad con otros derechos, como la salud, la educación, el trabajo y la seguridad social.

La OC-31/25 reconoce que existe una labor de cuidado remunerado y no remunerado, ambas tienen la condición de ser una forma de trabajo, y tiene que contar con las garantías de su protección; además es necesario que el derecho al cuidado pueda servir como parámetro al momento que un juez decide en un proceso de indemnización por daños y perjuicios por una pretensión de daño moral, también deberá ser tomado en cuenta en los casos de despido fraudulento y de despido lesivo de derechos fundamentales.

En perspectiva, al ser el cuidado un derecho generacional de la “humanidad”; precisa por un lado, de políticas públicas de protección, garantía y promoción de este, acorde a las necesidades especiales de la población más vulnerable, no quedando sujeta a postura políticas caprichosas de reformas sin sentido; mientras que, por el lado de los órganos de impartición de justicia, requiere la armonización de los derechos fundamentales con los derechos a cuidar, ser cuidado y al autocuidado, siguiendo el camino dispuesto por los estándares constitucionales y convencionales; ambos contextos deberán tener en cuenta los enfoques transversales de género, interculturalidad, intergeneracional y ambiental, que nos es otra cosa que una visión amplia desde los derechos humanos.

LA CARRERA ADMINISTRATIVA DE LOS SERENOS MUNICIPALES PESE A SU CONDICIÓN DE OBREROS MUNICIPALES: UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y TELEOLÓGICA DEL ARTÍCULO 37 DE LA LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES, DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY DEL SERVICIO DE SERENAZGO MUNICIPAL Y DEL ARTÍCULO 27 DE SU REGLAMENTO



Abog. Ray J. Chuquillanqui Cipriano¹

Secretario Judicial
Módulo Corporativo Laboral de Huancayo

RESUMEN:

El presente artículo analiza el deber de observancia o no de la carrera administrativa en la contratación de los serenos municipales pese a su condición de obreros municipales, a partir de una interpretación sistemática y teleológica del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, del artículo 22 de la Ley del Servicio de Serenazgo Municipal y del artículo 27 de su Reglamento.

Palabras clave: *Serenazgo, obrero municipal, régimen laboral privado, Decreto Legislativo N° 728, Ley Orgánica de Municipalidades.*

ABSTRACT:

The present article analyzes whether compliance with the administrative career system is required in the hiring of municipal security officers (serenos municipales), notwithstanding their status as municipal workers, through a systematic and teleological interpretation of Article 37 of the Organic Law of Municipalities, Article 22 of the Municipal Serenazgo Service Law, and Article 27 of its Implementing Regulations.

Keywords: *Municipal security officers (serenazgo), municipal worker, private labor regime, Legislative Decree No. 728, Organic Law of Municipalities.*

¹ Abogado colegiado del ICAJ, asistente judicial en el tercer juzgado de trabajo transitorio de Huancayo, asistente judicial en el tercer juzgado de trabajo permanente de Huancayo, técnico judicial en la segunda sala laboral permanente de Huancayo, técnico judicial en la primera sala laboral permanente de Huancayo y secretario judicial en el módulo corporativo laboral de Huancayo.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, la discusión sobre el régimen laboral aplicable a los serenos de los gobiernos locales se orienta a ubicarlos dentro de la categoría de obreros municipales sujetos al Decreto Legislativo N.º 728, en observancia del artículo 37 de la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, que prescribe lo siguiente:

“Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley. Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen.”

Este criterio se sustenta en la preeminencia de labores de carácter operativo y manual, propias del ámbito de la seguridad ciudadana, que combinan vigilancia, desplazamiento físico, intervención preventiva, apoyo al vecino y otras actividades materializadas mediante presencia física en campo. Como fundamentos de dicho razonamiento destacan el literal b) del considerando décimo segundo, el considerando décimo octavo y el considerando vigésimo

cuarto de la Casación N.º 9649-2023 Lima², así como el acuerdo adoptado por unanimidad en el punto 2 del Tema II del VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, en el que se ratifica la condición de obreros municipales del personal de serenazgo al servicio de las municipalidades³.

Sin embargo, el tema se torna controvertido cuando se analiza el deber de observar las reglas de acceso al empleo público, así como la validez de la contratación CAS de este grupo de trabajadores a partir de la emisión de la Ley N.º 31297, Ley del Servicio de Serenazgo Municipal, publicada el 21 de julio de 2021. Dicha norma establece que el ingreso y la permanencia en el servicio de serenazgo municipal se realizan mediante concurso público de méritos, conforme al artículo 5 de la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público. En efecto, su artículo 22 dispone lo siguiente:

“Los serenos municipales se sujetan al régimen previsto en el artículo 37 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, mientras se implementa en las municipalidades el régimen establecido en la Ley 30057, Ley del Servicio Civil.

El ingreso y permanencia en el servicio de serenazgo municipal se realiza mediante

² DÉCIMO SEGUNDO. (...). b) En el año 2017, se promulgó el Decreto Supremo N.º 017-2017-TR, Reglamento de Seguridad en el Trabajo de los Obreros Municipales (publicado en el Diario Oficial El Peruano el 06 de agosto de 2017), en cuyo artículo 5 se previó que las actividades de obreros municipales se desarrollan en los siguientes campos: a) Limpieza pública, b) Áreas verdes, c) Obras y mantenimiento, d) Seguridad Ciudadana, e) entre otros campos. (...).

DÉCIMO OCTAVO. En consecuencia, lo que importa para distinguir un empleado de un obrero, es la prevalencia de una actividad sobre la otra. Si prevalece la actividad intelectual estaremos ante un empleado y si, por el contrario, prevalece la actividad manual por sobre la intelectual, estaremos ante un obrero, siendo de vital importancia en estos supuestos, el principio de primacía de la realidad, por cuanto la condición de obrero o empleado habrá de determinarse en base a las reales y concretas funciones que ejecute el prestador de servicios en el plano de los hechos. (...).

VIGÉSIMO CUARTO. Y si bien para la ejecución de las principales labores de los serenos municipales se requiere del despliegue de cierta actividad intelectual, atendiendo que es necesario tomar conocimiento sobre ciertas reglas básicas que se deben cautelar en la armonía de la comuna como por ejemplo, sobre seguridad ciudadana, comercio ambulatorio, entre otros; lo cierto es que ello no es razón suficiente para calificar prima facie a los serenos municipales como empleados, pues conforme señala la doctrina, no es posible separar la inteligencia del trabajo manual, como tampoco es posible prescindir de trabajo manual en la labor intelectual; pues, de lo que se trata es de determinar qué es lo que prevalece en la labor para calificar al trabajador como obrero o empleado. En este caso, tratándose de las funciones básicas de un sereno municipal, resulta claro que prevalece la labor manual sobre la intelectual, porque aplica preponderantemente su esfuerzo físico al encontrarse en estado de vigilia y en constante desplazamiento sobre las distintas zonas de la comuna, ese sentido, si bien existe un grado de labor intelectual en el ejercicio de sus funciones, lo que predomina más es la labor física o manual. Tomado de: [file:///C:/Users/rchuquillanqui/Downloads/Resolucion_9_2025091222005100041425%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/rchuquillanqui/Downloads/Resolucion_9_2025091222005100041425%20(1).pdf).

³ Los policías municipales y el personal de serenazgo al servicio de las municipalidades deben ser considerados como obreros. Ello debido a la naturaleza de las labores que realizan y en aplicación de los principios pro homine y progresividad. Es decir, deben estar sujetos al régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo N.º 728). Tomado de: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/12/VI-Pleno-Jurisdiccional-Supremo-en-materia-laboral-y-previsional-Legis.pe_.pdf.

concurso público de méritos, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, y en cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente ley.”

Asimismo, el artículo 27 del Reglamento de la citada ley, aprobado por Decreto Supremo N.º 009-2022-IN, establece lo siguiente:

“El personal de serenazgo se sujeta a lo establecido en el artículo 37 de la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, mientras se implementa en las municipalidades provinciales y distritales el régimen establecido en la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil.

a) El personal de serenazgo que, a la fecha, se encuentre prestando servicios bajo los regímenes de los Decretos Legislativos N.º 276, 728 y 1057 puede trasladarse voluntariamente, previo concurso público de méritos, al régimen del servicio civil regulado por la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil, conforme a la normativa vigente;

b) El personal de serenazgo sujeto a los regímenes de los Decretos Legislativos N.º 276, 728 y 1057 que se incorpore voluntariamente al régimen del servicio civil deja de pertenecer a los regímenes señalados, con la respectiva liquidación de sus beneficios sociales, según corresponda;

c) El tiempo de servicios prestado bajo los regímenes de los Decretos Legislativos N.º 276, 728 o 1057 no puede acumularse al tiempo de servicios bajo el nuevo régimen del servicio civil regulado por la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil. Lo anterior no afecta el cómputo de los años aportados para el acceso al derecho a la pensión.”

Estas disposiciones son susceptibles de una interpretación sistemática a la luz de la Casación N.º 21106-2024 Sullana, cuya

sumilla precisa que la interpretación conjunta del segundo párrafo del artículo 22 de la Ley N.º 31297 con las normas que regulan el acceso al empleo público y la carrera administrativa, así como con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema, permite concluir que el ingreso por concurso público de méritos no es exigible a aquellos serenos municipales que, por sus funciones, se ubiquen en la condición de obreros municipales, en tanto no forman parte de la carrera administrativa⁴. Sobre esta posición, el presente artículo desarrollará algunos puntos discrepantes al amparo del numeral 20 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, que reconoce:

“20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.”

Con el mayor respeto hacia los señores jueces supremos firmantes de dicha casación, se propone una interpretación alternativa, sustentada en una interpretación sistemática y teleológica del marco normativo previamente mencionado.

II. DESARROLLO

2.1. Base normativa y jurisprudencial a tener en cuenta

Para el planteamiento de la interpretación propuesta, además del artículo 22 de la Ley N.º 31297, el artículo 27 del Decreto Supremo N.º 009-2022-IN y el artículo 37 de la Ley N.º 27972, se considerará el artículo 40 de la Constitución Política del Estado, que prescribe lo siguiente:

⁴ Sumilla: Realizando una interpretación sistemática del segundo párrafo del artículo 22 de la Ley 31297, con las demás normas que regulan el acceso al empleo público (artículo 5 de la Ley 28175) y la carrera administrativa (artículo 40 de la Constitución y el artículo 2 del Decreto Legislativo 276), conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (Expediente 05057-2013-PA/TC, Expediente 06681-2013-PA/TC y otros) y la doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema (Casación Laboral 32268-2019-Cajamarca), se concluye que el ingreso por concurso público de méritos no es exigible a aquellos serenos municipales que, por sus funciones, tengan la condición de obreros municipales en tanto no forman parte de la carrera administrativa. Emitida el 22 de Abril de 2026 por la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

“La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente o en servicios de salud como personal médico y profesionales de la salud con especialidad, conforme a ley.”

Entendiendo a la carrera administrativa desde la siguiente referencia doctrinal:

“La prestación de servicios por parte del personal en la administración pública (régimen del trabajo público) es una actividad como cualquier otra que se desempeña en la actividad privada (régimen del trabajo privado), con algunas particularidades, tales como adicionar a dicha prestación el ejercicio de la función pública, recogida desde la Constitución, siendo los titulares de dicho derecho fundamental los funcionarios y trabajadores públicos sujetos a regímenes diferenciados, dentro de los cuales no todos reconocen la carrera administrativa que es enunciada enfáticamente por el artículo 40 de la Constitución.

En efecto, el acceso de los trabajadores públicos, en sus diferentes categorías, no solo se da a través de la carrera administrativa. Por ello, es necesario que el precepto comentado sea interpretado de la manera más amplia posible, en el entendido de que en el empleo público cuenta con tres grandes regímenes laborales a los que se ha añadido uno de aplicación progresiva (el del servicio civil), al que se adicionan los regímenes de carreras especiales y otros métodos alternativos de acceso a la función pública.” (PAITÁN MARTÍNEZ, 2022).

De ello se desprende que el acceso a la carrera administrativa debe ser entendido de la forma más amplia posible en el sector estatal, pues existen marcos normativos reguladores de determinados regímenes laborales aplicables a

la función pública en los que, según la forma de organización de la respectiva entidad pública, no se exige el ingreso vía carrera administrativa, mientras que en otros sí.

También se tendrá en cuenta el art. 5 de la Ley N.º 28175 – Ley Marco del Empleo Público, al establecer:

“El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.”

Desde el aspecto de su aplicación transversal a todos los regímenes laborales, en atención a la siguiente referencia doctrinal:

“La LMEP (artículos 5 y 8), el D. Leg. N.º 1023 (artículo V del Título Preliminar) y Ley N.º 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (literal a. de la tercera disposición transitoria) son normas de aplicación transversal a todos los regímenes de contratación de personal de la administración pública y, por ende, se aplican, indistintamente, a todos los regímenes laborales del empleo público (D. Leg. N.ºs 276, 728 y 1057).” (ABANTO REVILLA & PAITÁN MARTÍNEZ, 2020).

También establecido en el art. 8 de la Ley del Servicio Civil al prescribir:

“El proceso de selección es el mecanismo de incorporación al grupo de directivos públicos, servidores civiles de carrera y servidores de actividades complementarias. Tiene por finalidad seleccionar a las personas más idóneas para el puesto sobre la base del mérito, competencia y transparencia, garantizando la igualdad en el acceso a la función pública.

En el caso de los servidores de confianza, el proceso de selección se limita al cumplimiento del perfil establecido para el puesto y no requieren aprobar un concurso público de méritos.”

Esta constituye la base normativa principal del precedente vinculante contenido en la

sentencia emitida en el Expediente N.º 05057-2013-PA/TC, conocido como precedente Huatuco, en el que se estableció que no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado bajo la modalidad contractual del Decreto Legislativo N.º 728, en el ámbito de la administración pública, cuando no se haya acreditado la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada dentro del sector público⁵. Su alcance fue desarrollado en otra sentencia del Tribunal Constitucional, emitida en el Expediente N.º 06681-2013-PA/TC Lambayeque, Richard Nilton Cruz Llamas, en la que se estableció que dicho precedente no será aplicable cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada⁶. El fundamento de esta exclusión se encuentra en el voto singular del magistrado Miranda Canales, contenido en el

Expediente N.º 03555-2015-PA/TC, al precisar la existencia de una distinción entre función pública y carrera administrativa, dado que no toda persona que se vincula a la función pública necesariamente realiza carrera administrativa. Por ello, se reserva la aplicación del citado precedente solo a los trabajadores estatales vinculados al inicio o a la promoción de la carrera administrativa, por ser este el bien que se busca proteger, debiendo la plaza formar parte de dicha carrera y no de otras modalidades de función pública⁷. La citada regla de excepción fue recogida en el considerando décimo cuarto de la Casación N.º 12475-2014 Moquegua, al establecer que el precedente en cuestión no es aplicable a los obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada⁸.

Si bien dicho criterio fue ratificado mediante el literal c) del considerando vigésimo

⁵ 18. Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27º y 22º de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado. Tomado de: <https://lpderecho.pe/jurisprudencia-basica-precedente-vinculante-reposicion-sector-publico-exp-05057-2013-pa-tc/>.

⁶ 11. Señalado esto, es claro que el "precedente Huatuco" solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado). Tomado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06681-2013-AA.pdf>.

⁷ 9. En ese sentido, es claro que el precedente Huatuco solo resulta aplicable cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Siendo esto especialmente relevante para el caso en concreto, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública, y otros que claramente no forman parte de ella, tal es el caso de los obreros municipales y sus asimilables, sujetos a la actividad privada, tema que será abordado en los fundamentos siguientes. Tomado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03555-2015-AA.pdf>.

⁸ Décimo Cuarto: En atención a los numerosos casos que se vienen analizando a nivel nacional sobre la aplicación o inaplicación del precedente constitucional N.º 5057-2013-PA/TC JUNÍN, expedido por el Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal considera que en virtud de la facultad de unificación de la jurisprudencia prevista en el artículo 384º del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por remisión de la Primera Disposición Complementaria de la Ley N.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, es necesario conforme al artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS, establecer criterios jurisdiccionales de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores respecto a la aplicación del precedente constitucional vinculante N.º 5057-2013-PA/TC JUNÍN. El cual no se aplica en los siguientes casos:

- a) Cuando la pretensión demandada este referida a la nulidad de despido, prevista en el artículo 29º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y Leyes especiales.
- b) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N.º 276 o de la Ley N.º 24041.
- c) Cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
- d) Cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).
- e) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil.

Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40º de la Constitución Política del Perú.

segundo, referido a la doctrina jurisprudencial, de la Casación Laboral N.º 11090-2023 La Libertad, lo relevante para sustentar la propuesta central del presente artículo se encuentra en los literales a) y b) del mismo considerando. En ellos se establece una inaplicación del precedente Huatuco susceptible de desarrollo cuando exista vínculo laboral vigente y se verifique fraude en la contratación laboral, supuesto en el que se reconoce la existencia de un vínculo laboral a plazo indeterminado sin que ello signifique la adquisición de estabilidad laboral absoluta. Asimismo, se reconoce el carácter transitorio de la reposición hasta que el trabajador pueda participar en un concurso público para acceder a una plaza vacante y presupuestada, en las pretensiones sobre nulidad de despido previstas en el artículo 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR. En ese caso, se está frente a una reposición de carácter transitorio⁹. Ello se sustenta en los fundamentos vigésimo sexto, vigésimo séptimo y vigésimo octavo de la misma casación, que, en síntesis, invocan la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N.º 02748-2021-PA/TC, en la que se precisó que la reposición es temporal,

es decir, solo hasta que se convoque a un concurso público de méritos. Dicha reposición tiene carácter transitorio, pues el trabajador debe postular a un concurso para alcanzar la titularidad; de lo contrario, la relación laboral deberá extinguirse si no se presenta al concurso en su oportunidad o si no resulta ganador, sin que ello contravenga el artículo 5 de la Ley N.º 28175¹⁰.

El Tribunal Constitucional también ha considerado este criterio para el caso de los trabajadores comprendidos en los efectos de la Ley N.º 24041, al establecer, en la sentencia del Expediente N.º 01738-2021-PA/TC Huánuco, que la reposición en el marco de la citada ley solo se mantendrá hasta que se convoque a un concurso público para la plaza que desempeñaba el trabajador, cuyo resultado determinará la extinción del contrato o el acceso al empleo a plazo indefinido, al tratarse de una trabajadora que no ingresó a laborar

⁹ Vigésimo segundo. Doctrina jurisprudencial Atendiendo a las modificaciones legislativas que se han producido desde la expedición de la Casación Laboral N.º 34268-2019 Cajamarca, y a los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos desde su vigencia, es necesario actualizar el criterio existente con el carácter de doctrina jurisprudencial. Por tal motivo, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República establece como nuevas reglas para la inaplicación del precedente vinculante constitucional, recaído en el Expediente N.º 05057-2013-PA/TC Junín (Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco), las siguientes: a) Cuando el trabajador demandante tenga vínculo laboral vigente; en cuyo caso, de verificarse el fraude en la contratación laboral, se debe declarar la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, sin que ello signifique que adquiere la estabilidad laboral absoluta. b) Cuando la pretensión demandada esté referida a la nulidad de despido prevista en el artículo 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y en leyes especiales; en estos casos, la reposición tiene carácter transitorio hasta que el trabajador pueda participar en un concurso público para acceder a una plaza vacante y presupuestada. c) Cuando se trate de obreros al servicio de un Gobierno municipal, Gobierno regional o cualquier organismo de la Administración Pública. d) Cuando se trate de funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, a los que hace referencia el artículo 40 de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, esta sala suprema ratifica el extremo en el que se establece que todos los trabajadores al servicio del Estado, cuyo vínculo laboral haya concluido sin haber ingresado a laborar por concurso público de méritos, no pueden demandar la reposición en el trabajo, sino una indemnización por despido, aun cuando aleguen que el vínculo laboral finalizó en forma incausada o fraudulenta. Tomado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2026/05/Casacion-11090-2023-La-Libertad-LPDerecho.pdf>.

¹⁰ Vigésimo sexto. No obstante, lo expresado en el considerando precedente, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el Expediente N.º 02748-2021-PA/TC del veintidós de julio de dos mil veintidós, en relación al caso de un trabajador cuyo contrato fue desnaturalizado y se ordenó su reposición por despido nulo, ha establecido como criterio, en el fundamento 19, lo siguiente: ... se debe ordenar la reposición en forma temporal, es decir, hasta que la entidad convoque a un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, que ha de corresponder a una plaza vacante y presupuestada. Vigésimo séptimo. En ese contexto, debemos precisar que la reposición del demandante tiene carácter transitorio, pues debe postular a un concurso público de méritos para alcanzar la titularidad de una plaza presupuestada y vacante. En consecuencia, el contrato de trabajo se extinguirá si el trabajador no se presenta al concurso público en su oportunidad o no resulte ganador del mismo. Vigésimo octavo. Por lo tanto, la sentencia de vista no contraviene el artículo 5 de la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público; en ese sentido, la causal que se denuncia deviene en infundada. Tomado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2026/05/Casacion-11090-2023-La-Libertad-LPDerecho.pdf>.

como consecuencia de la celebración de un concurso público¹¹.

Por otro lado, entre los fundamentos 15 y 16 de la Casación Laboral N.º 32846-2022 Huánuco, precedente vinculante, se desarrolla el artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N.º 28175, y se llega a establecer, conforme a lo precisado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 008-2005-AI/TC, que, si bien dicho marco legal no excluye expresamente a los obreros municipales, su ratio legis gira en torno a la carrera administrativa, de la cual se encuentran excluidos dichos obreros¹².

2.2. Métodos de interpretación

2.2.1. El método sistemático

Es definido por el profesor Torres Vásquez en el siguiente sentido:

“El ordenamiento jurídico es un todo sistemáticamente ordenado y completo que, en teoría, no admite contradicciones. Ya los romanos advirtieron sobre las ventajas que

ofrece la construcción del Derecho mediante diversificaciones sistemáticas, frente a la primitiva limitación del Derecho a un desordenado conjunto de soluciones de casos concretos, acumulados en el tiempo. (...).

En el ordenamiento, cada norma está dispuesta de tal manera que la una se apoya en otra u otras y, a su vez, sirve de apoyo a otras; o, lo que es lo mismo, las normas que integran el ordenamiento son partes conectadas que se apoyan mutuamente, de suerte que las unas se explican por medio de las otras. Creada una norma jurídica, esta viene a integrar la totalidad del ordenamiento jurídico, y este impone a la norma una configuración, un valor y un sentido que deben acomodarse a la unidad del ordenamiento. Una norma solo tiene sentido en función del conjunto del ordenamiento. Por ello, para encontrar el sentido y alcance de las diversas normas hay que relacionarlas con las otras que componen el ordenamiento, sobre todo con

¹¹ 43. En la medida en que se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado los derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación y al trabajo, corresponde ordenar la reposición de la demandante en el mismo puesto de trabajo que venía ocupando hasta antes su despido, o en otro de similar nivel o categoría, en el marco de la protección prevista por la Ley 24041, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en el Nuevo Código Procesal Constitucional.

44. Ahora bien, dado que la recurrente no ingresó a laborar como consecuencia de la celebración de un concurso público, su reincorporación se mantendrá hasta que se convoque a un concurso público para la plaza que desempeñaba, cuyo resultado determinará la extinción de su contrato o su acceso al empleo a plazo indefinido. Tomado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/01738-2021-AA.pdf>.

¹² 15. Otro dispositivo legal que resulta importante traer a colación es la Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, que también es una norma que se focaliza en los empleados del Estado y no en los obreros, por las razones que pasamos a exponer a continuación. Así, en principio, una de las finalidades de la referida ley es «obtener mayores niveles de eficiencia del aparato estatal y el logro de una mejor atención a las personas» (artículo I); su ámbito de aplicación viene a ser las relaciones laborales «entre una entidad de la administración pública y un empleado público» (artículo II), es uno de los principios en los que se cimenta el «principio de mérito y capacidad», en virtud del cual «el ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en el empleo se fundamentan en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública». De ahí que el artículo 5 de la referida Ley Marco del Empleo Público prescribe: «Artículo 5. Acceso al empleo público El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades».

16. Dicha disposición normativa se encuentra dirigida a todo servidor público, aunque en clave de carrera administrativa, por las siguientes razones: la primera, porque la referida ley no hace sino desarrollar y/o complementar las disposiciones del Decreto Legislativo n.º 276, que también regula las disposiciones de acceso al empleo público y a la carrera administrativa. La segunda, porque constituye una norma de desarrollo, mediante la cual se establecen parámetros objetivos para controlar vía principio de mérito y de igualdad de oportunidades, el ingreso, la permanencia, las mejoras remunerativas y de condiciones de trabajo, así como el régimen de ascensos y promociones, que no es otra cosa que la regulación y/o desarrollo de la carrera administrativa. La tercera, porque el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia emitida en el Expediente n.º 008-2005-AI/TC, caso demanda de inconstitucionalidad de la Ley n.º 28175, señaló en el fundamento 45 que la referida ley está dirigida a aquellos servidores públicos sujetos a la carrera administrativa y a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. La mejor evidencia de ello, inclusive, la encontramos en la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley n.º 28175, cuando establece la obligación por parte del Ejecutivo de remitir al Congreso de la República propuestas legislativas para la Ley de Carrera del Servidor Público y la Ley de Funcionarios Públicos y Empleados de Confianza. En mérito de lo que acabamos de señalar, debemos precisar que si bien la Ley Marco del Empleo Público no excluye expresamente a los obreros municipales, como sí lo hacen el Decreto Ley n.º 11377 y el Decreto Legislativo n.º 276, su ratio legis, por las razones expuestas, gira en torno a la carrera administrativa, de la cual están excluidos los obreros. Tomado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/05/Casacion-Laboral-32846-2022-Huanuco-LPDerecho.pdf>.

las que tratan de la misma institución.” (TORRES VÁSQUEZ, 2019).

Resultando claro que la interpretación sistemática se encuentra enfocada en otorgarle un sentido interpretativo a determinado precepto normativo a la luz de su armonización con la totalidad del ordenamiento jurídico referente a la misma institución jurídica regulada en la norma pasible de interpretación. Siendo la razón por la que en doctrina se precisa la existencia de una interpretación sistemática por comparación con otras normas y por ubicación de la norma, de la siguiente forma:

“En síntesis, entonces, podemos decir que el método sistemático por comparación con otras normas consiste en extender a la norma bajo interpretación los principios o conceptos que fluyen claramente del contenido de otras normas y que, en la interpretada, no son ostensibles. Para que el método pueda ser válidamente aplicado es necesario, primero, que tales principios y conceptos sean claros y que sean los mismos en las normas a comparar —lo que no ocurre en todos los casos—, y que el método se aplique tomando en cuenta las eventuales diferencias que puedan existir entre los conjuntos y subconjuntos a los que pertenecen las normas utilizadas. (...).

En resumen, el método sistemático por ubicación de la norma interpreta aplicando el conjunto de principios, conceptos, elementos y contenidos que sirven para dar «medio ambiente» a la norma dentro de su grupo o conjunto normativo. El método reposa en la concepción del derecho como un sistema estructural y discrimina la interpretación en función de ello y no del «cuerpo legislativo» en el que se halla la norma jurídica. Tiene el inconveniente de que, muchas veces, existe discusión sobre el conjunto o grupo al que pertenece la norma o, inclusive, puede concebirse que pertenezca a dos o más de ellos. En estos casos, la eficacia del método se resiente.” (RUBIO CORREA, 2020).

2.2.2. El método teleológico

Desarrollado por el profesor Tarello en el entendido de ser el argumento teleológico o hipótesis del legislador provisto de fines, de la siguiente forma:

“El argumento teleológico (o hipótesis del legislador provisto de fines) es aquel por el cual a un enunciado normativo debe atribuirse ese significado que corresponde al fin propio de la ley de la que el enunciado es documento. Este argumento no debe confundirse con el psicológico que impone el recurso a la voluntad del legislador concreto: quien usa el argumento teleológico reconstruye los fines de la ley (o del legislador: pero en este caso se trata de una entidad abstracta) a partir de su texto o de una clasificación de fines o intereses que el derecho protege, más que de documentos diversos (como los trabajos preparatorios) concebidos como indicios de la voluntad de un individuo o de una asamblea entendida concretamente.” (TARELLO, 2018).

Entendiéndose al método teleológico como el llamado a establecer la finalidad de la disposición legal desde su texto como los fines e intereses a ser protegidos por dicho contenido a atribuirle al legislador en un sentido abstracto.

2.3. El sereno como obrero municipal según el marco jurisprudencial dominante

Conforme se ha precisado en la parte introductoria de este artículo, la jurisprudencia predominante sitúa al sereno municipal como obrero. Con ello se estaría resolviendo la discusión jurídica sobre dicho tema, a pesar de la existencia de un criterio jurisprudencial minoritario orientado a ubicar al sereno de los gobiernos locales como empleado, más aún si a la fecha se encuentra vigente la Ley N.º 31297, Ley del Servicio de Serenazgo Municipal, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 009-2022-IN, que, de manera conjunta, establecen el deber de ingreso y permanencia en el servicio de

serenazgo municipal mediante concurso público de méritos, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público.

La discusión sobre la ubicación del sereno municipal como obrero o empleado no es un tema de mera nominación, pues define el régimen laboral aplicable, los beneficios sociales, la protección frente al despido, la forma de contratación y la posibilidad de reconocer una relación laboral a plazo indeterminado cuando se acredita la desnaturalización de contratos civiles o administrativos. Más aún si el primer párrafo del artículo 22 de la Ley N.º 31297 estableció que los serenos municipales se sujetan a lo previsto en el artículo 37 de la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, mientras se implementa la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil. Este marco normativo diferencia el régimen laboral aplicable a los empleados y obreros municipales, situando a los primeros en el régimen laboral general de la administración pública, específicamente en el Decreto Legislativo N.º 276, mientras que los obreros se encuentran sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N.º 728, régimen laboral de la actividad privada.

No cabe duda de que el sereno municipal pertenece a dicha categoría, al realizar labores con preeminencia manual, como el patrullaje preventivo, la vigilancia de espacios públicos, la atención de incidencias, el apoyo en intervenciones, la orientación al ciudadano, el control de zonas críticas y la comunicación con la Policía Nacional del Perú u otras áreas municipales. Ello se materializa mediante labores en las que predominan actividades de carácter manual. Esta conclusión se refuerza con lo desarrollado en la Casación Laboral N.º 0454-2021 Lima, que reafirma que, determinada la condición de obrero municipal

de un trabajador que labora como sereno, resulta aplicable el Decreto Legislativo N.º 728, conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, sin que dicha labor pueda ser reducida a una función meramente administrativa¹³. El criterio orientado a situar a los serenos municipales como obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada también se encuentra en la Casación N.º 9649-2023 y en el acuerdo contenido en el punto 2 del tema II del VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, previamente citados.

2.4. Sobre la necesidad establecer el deber de observancia de la carrera administrativa al sereno municipal desde la emisión de la ley del servicio de serenazgo municipal

Conforme se ha precisado en la parte superior del presente artículo, desde la publicación de la Ley N.º 31297, el 21 de julio de 2021, existe un mandato legal imperativo y de necesaria obligatoriedad, conforme a la siguiente cita:

“La imperatividad de la norma jurídica consiste en su necesaria obligatoriedad e inderogabilidad.

La norma es inderogable cuando los interesados no pueden sustituirla en su aplicación con otras normas legales o convencionales.” (BIANCA, 2025).

El deber de ingreso y permanencia en el servicio de serenazgo municipal mediante concurso público de méritos se establece conforme al artículo 5 de la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público. La aplicación del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades al sereno municipal queda reservada hasta la implementación de la Ley del Servicio Civil en los municipios. Además, el artículo 27 del Reglamento de la ley en

¹³ Sumilla. Habiéndose determinado la condición de obrero municipal del demandante, quien labora como sereno, le es aplicable el régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo N.º 728, conforme a lo establecido en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Tomado de: <https://iuslatin.pe/wp-content/uploads/2024/06/Casacion-454-2021-Lima.pdf>.

menção establece claramente que la sujeción al referido marco legal solo regirá hasta la implementación de la Ley del Servicio Civil, precisando que el personal de serenazgo que, a la fecha, se encuentre prestando servicios bajo los regímenes de los decretos legislativos 276, 728 y 1057 puede trasladarse voluntariamente, previo concurso público de méritos, al régimen del servicio civil.

Ello abre la necesidad de considerar el deber de observancia de la protección de la carrera administrativa en el caso de los serenos municipales a partir de la vigencia del marco normativo mencionado, sin importar el régimen laboral al que puedan ingresar, por estar destinados a formar parte de la Ley del Servicio Civil. En efecto, si se revisan los proyectos de ley que sirvieron de base para la aprobación de la Ley N.º 31297, se aprecia que en todos ellos se plantea la carrera administrativa en el desarrollo de la labor del sereno municipal o del serenazgo municipal, como ocurre con los proyectos de ley N.º 06887, del 30 de diciembre de 2020; N.º 06387, del 7 de octubre de 2020; y N.º 4727, del 3 de septiembre de 2019, contenidos en el expediente virtual parlamentario de la respectiva ley.

Si la voluntad del legislador, entendida en sentido abstracto, fue incorporar el deber de observancia de la carrera administrativa para el personal denominado sereno municipal desde la entrada en vigencia de la Ley N.º 31297, entonces los cánones de observancia y protección de dicha carrera se activan en el desarrollo de la carrera del sereno municipal. Es decir, el marco regulador y la jurisprudencia vinculante y no vinculante citadas anteriormente, establecidos con la finalidad de proteger el deber de observancia de la carrera administrativa desde lo prescrito en el artículo 40 de la Constitución Política del Estado, resultan de obligatoria observancia para toda contratación de sereno municipal efectuada desde la entrada en vigencia de la Ley N.º 31297, sin importar el régimen laboral

bajo el cual fue contratado, sea este el 728, 276 o 1057.

Si ello es así, desde una adecuada interpretación sistemática de todo el marco normativo orientado a la protección de la carrera administrativa, e incluso desde una interpretación teleológica, debe advertirse que antes de la vigencia de la Ley N.º 31297 no existía un marco normativo que exigiera de forma expresa el ingreso del sereno municipal vía concurso público, con observancia de la Ley Marco del Empleo Público. Por tanto, durante dicho periodo resultaba innecesaria la finalidad de su observancia, la cual aparece recién desde la vigencia del marco legal invocado. En consecuencia, los serenos municipales cuya contratación se inició durante la vigencia de la citada ley no pueden ser considerados obreros municipales ajenos al deber de observancia de la carrera administrativa, quedando reservada dicha condición únicamente para el grupo de serenos municipales contratados antes de la entrada en vigencia del citado marco legal.

Así, si existe un grupo de serenos municipales sujeto a la carrera administrativa bajo el deber de observancia del artículo 5 de la Ley N.º 28175, también les resultan aplicables el precedente vinculante Huatuco y los efectos que este ha generado en el tiempo. Entre ellos se encuentra la imposibilidad de reconocerles estabilidad laboral absoluta producto de una desnaturalización contractual por simulación o fraude, en las pretensiones orientadas únicamente al reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado, así como la posibilidad de otorgar solo una reposición de carácter transitorio cuando se esté frente a un despido nulo bajo la observancia del artículo 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR. Ello debe entenderse en estricta aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en el considerando vigésimo segundo de la Casación Laboral N.º 11090-2023 La Libertad, previamente desarrollada, donde también se ha establecido que todo trabajador

al servicio del Estado con vínculo laboral concluido, sin haber ingresado por concurso público de méritos, no puede demandar la reposición al trabajo, sino solo una indemnización por despido. Esta regla también resulta aplicable al grupo de serenos municipales sujetos al alcance de la Ley N.º 31297. En consecuencia, lo precisado en la Casación N.º 21106-2024 Sullana quedaría reservado únicamente para los serenos municipales en calidad de obreros municipales a quienes no les sería aplicable la citada regla, es decir, aquellos con vínculo laboral iniciado antes de la entrada en vigencia de la referida ley, por ser el grupo respecto del cual no era obligatoria la observancia de la carrera administrativa ni la aplicación del precedente vinculante Huatuco.

2.5. De la posible validez de la contratación CAS del sereno municipal bajo el amparo de la Ley N.º 31297

Parte del sustento del precedente vinculante contenido en la Casación Laboral N.º 32846-2022 Huánuco, referido a que los obreros municipales no pueden ser contratados válidamente bajo los alcances del régimen especial de contratación administrativa de servicios, Decreto Legislativo N.º 1057, al encontrarse sujetos al régimen laboral de la actividad privada, radica en la exclusión de este grupo de trabajadores de la carrera administrativa. Es decir, uno de los fundamentos centrales para no validar la contratación CAS de los obreros municipales es la no obligatoriedad de la observancia del artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N.º 28175, al no desarrollar carrera administrativa.

Por ello, si a partir de la Ley N.º 31297 existe el deber de observar la carrera administrativa en la contratación de los serenos municipales, sin importar el régimen laboral bajo el cual sean contratados, su condición de obreros municipales no los exceptúa de ser

contratados bajo el régimen CAS, al poder quedar comprendidos en el alcance del artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1057. En tal sentido, quedarían fuera del precedente vinculante citado en el párrafo anterior, debido a que ya no se estaría frente a un obrero municipal al que no le resulta aplicable la carrera administrativa, sino ante un trabajador respecto del cual, por expreso mandato legal, dicha observancia sí resulta exigible, al menos para el grupo de serenos municipales cuyo vínculo laboral se inició durante la vigencia de la citada ley. Ello, siempre que dicha modalidad contractual se encuentre debidamente justificada en la necesidad de contratación bajo el régimen CAS, a fin de considerarla una excepción a la regla de observancia del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

III. CONCLUSIONES

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N.º 31297, los serenos municipales formaban parte de los obreros municipales a quienes no les resultaba aplicable el deber de observancia de la carrera administrativa ni el Precedente Vinculante Huatuco.

Una interpretación sistemática y teleológica más adecuada del artículo 22 de la Ley N.º 31297 y del artículo 27 del Decreto Supremo N.º 009-2022-IN, que remiten al artículo 37 de la Ley N.º 27972, permite establecer el deber de observancia de la carrera administrativa para aquellos serenos municipales cuya contratación se inició a partir de la entrada en vigencia del citado marco legal. En consecuencia, resultan alcanzados por los efectos del marco regulador y jurisprudencial orientado a la protección de la carrera administrativa, como ocurre con el precedente Huatuco y la definición de sus alcances hasta la fecha.

Si al grupo de serenos municipales cuya contratación se inició durante la vigencia de la ley objeto de interpretación le resulta aplicable

el deber de observancia de la carrera administrativa, aun cuando puedan encontrarse sujetos a la condición de obreros municipales —a quienes, por regla general, les alcanza el régimen laboral de la actividad privada—, su contratación bajo el régimen CAS, como excepción a dicha regla general, puede resultar válida si se encuentra debidamente justificada en condiciones de excepcionalidad.

REFERENCIAS

- Abanto Revilla, C., & Paitán Martínez, J. (2020). Instituciones del régimen laboral público. Lima: gaceta jurídica s.a.
- Bianca, C. M. (2025). Instituciones de derecho privado. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Paitán Martínez, J. (2022). la constitución comentada (vol. ii). (M. Muro Rojo, & S. Arturo Crispín, eds.) Lima, Peru: gaceta jurídica S.A.
- Rubio Correa, M. (2020). el sistema jurídico - Introducción al derecho (duodécima edición ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. fondo editorial.
- Tarello, G. (2018). la interpretación de la ley (segunda edición ed.). Lima: palestra editores S.A.C.
- Torres Vásquez, A. (2019). Introducción al derecho - teoría general del derecho (sexta edición ed.). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

HORAS EXTRAS SIN REGISTROS: EL ROL DE LAS PRESUNCIONES LEGALES



Mg. July R. Rosas Malpartida¹

Secretaria Judicial
Módulo Corporativo Laboral de Huancayo

RESUMEN:

La Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú abordó en la Casación 36773-2023 La Libertad uno de los problemas más recurrentes en el proceso laboral: la negativa del empleador a exhibir los registros de asistencia y salida de larga data amparándose en el límite normativo de cinco años de conservación documental, frente al reclamo del pago de horas extras o trabajo en sobretiempo. A través de un enfoque que integra la epistemología jurídica, el derecho constitucional a la prueba y los principios de facilitación probatoria, el artículo expone cómo la Corte Suprema ha proscrito la "prueba diabólica" en sede laboral, consolidando reglas de presunción judicial limitadas por el principio de razonabilidad.

Palabras clave: *Horas extras, prueba diabólica, conservación documental, presunción judicial, principio de razonabilidad.*

ABSTRACT:

In Cassation 36773-2023 La Libertad, the Fourth Transitory Chamber of Constitutional and Social Law of the Supreme Court of Justice of the Republic of Peru addressed one of the most recurrent problems in labor proceedings: the employer's refusal to produce long-standing attendance records, citing the five-year legal limit for document retention, when faced with claims for overtime pay. Through an approach that integrates legal epistemology, the constitutional right to evidence, and the principles of evidentiary facilitation, this article explains how the Supreme Court has prohibited "diabolical proof" in labor courts, consolidating rules of judicial presumption limited by the principle of reasonableness.

Keywords: *Overtime, diabolical proof, document retention, judicial presumption, principle of reasonableness.*

¹ Abogada y Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán (UNHEVAL) y candidata a Doctora por la misma casa de estudios. Conciliadora Extrajudicial y miembro activo de la Sociedad Peruana de Derecho. Cuenta con una destacada trayectoria en el sector público, habiéndose desempeñado como servidora judicial en las Cortes Superiores de Justicia de Huánuco y Pasco, así como asesora legal externa de la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Huánuco. Actualmente labora como secretaria judicial del Módulo Corporativo Laboral de la Corte Superior de Justicia de Junín y se desempeña como docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Huánuco.

I. INTRODUCCIÓN

La justicia laboral contemporánea se enfrenta a un desafío estructural intrínseco: la asimetría de poder y de información entre las partes de la relación laboral. En el contexto sociolaboral peruano, caracterizado por una informalidad que supera el 55.5% en el sector privado y una abrumadora precariedad en la contratación, el monopolio del acervo documentario recae casi exclusivamente en la parte empleadora (Corte Suprema de Justicia de la República, 2026). Esta desigualdad material se traslada al proceso judicial, convirtiendo la acreditación de derechos históricos -como el pago de horas extras laboradas décadas atrás- en un verdadero laberinto probatorio para la parte más débil de la relación laboral.

Históricamente, numerosos empleadores han utilizado normas de carácter estrictamente administrativo, como el Decreto Legislativo 1310 o el Decreto Supremo 004-2006-TR, que fijan un plazo de conservación documental de cinco años, como un escudo para evadir sus responsabilidades probatorias en los estrados judiciales. Esta práctica ha generado un escenario patológico donde el transcurso del tiempo opera como una suerte de "caducidad probatoria" de facto, condenando al trabajador a la imposibilidad de demostrar sus pretensiones y forzando a los órganos jurisdiccionales a emitir lo que la epistemología jurídica denomina "falsas absoluciones" (Ferrer Beltrán, 2021).

En respuesta a esta problemática, la Casación 36773-2023 La Libertad marca un hito jurisprudencial insoslayable. La Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria ha establecido, mediante Doctrina Jurisprudencial de obligatorio cumplimiento, que los plazos de racionalización administrativa no derogan ni vacían de contenido los deberes procesales de colaboración, veracidad y buena fe exigidos por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497.

El presente artículo tiene por objeto desentrañar los fundamentos constitucionales, epistemológicos y procesales de este fallo, ofreciendo a la comunidad jurídica una dogmática clara sobre la operatividad de las presunciones judiciales frente al ocultamiento de prueba en el proceso laboral.

II. DESARROLLO

2.1. El contexto sociolaboral peruano y la "Igualdad por Compensación"

Para comprender la magnitud del pronunciamiento supremo, resulta imperativo partir de la realidad material en la que opera el derecho laboral peruano. La sentencia subraya, citando cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), que la informalidad alcanza el 88.7% en el sector de las microempresas, sumado a una tasa de contratación a plazo fijo del 78% y una sindicalización incipiente que apenas bordea el 6% de la PEA formal (Corte Suprema de Justicia de la República, 2026).

Este panorama no es un mero dato sociológico, sino que tiene profundas implicancias procesales, puesto que configura una asimetría informativa estructural que hace inaplicables las reglas clásicas de la carga probatoria civilística de forma irrestricta, por lo que resulta necesario exigir al derecho procesal del trabajo que dote al litigante más débil para nivelar la balanza frente al más fuerte.

Exigir a un trabajador, luego de veinte o treinta años de servicios continuos, que reconstruya su récord histórico de asistencia y salida frente a un empleador que se rehúsa a aportar sus archivos, equivale a imponerle una "prueba diabólica". Ante esta realidad, cobra vital vigencia el concepto de "igualdad por compensación" acuñado por el jurista uruguayo Eduardo Couture, quien sostenía que el derecho procesal del trabajo debe evitar que el litigante más poderoso, el empleador, desvíe los fines de la justicia (Couture, 1979).

2.2. La verdadera naturaleza del plazo legal de conservación documental

El núcleo de la controversia jurídica en la Casación 36773-2023 radicó en la interpretación del artículo 6° del Decreto Supremo 004-2006-TR² y el numeral 3.4) del artículo 3° del Decreto Legislativo 1310³. La empresa demandada argumentó que, al haber transcurrido más de cinco años, la ley le facultaba a destruir los registros de asistencia y salida, eximiéndola de cualquier responsabilidad probatoria judicial.

La Corte Suprema, aplicando un riguroso análisis histórico-teleológico, desestimó esta postura develando el origen tributario-administrativo de dicha normativa. La habilitación para destruir documentos a los cinco años tiene su génesis en el Decreto Ley 25988 (1992), concebido estrictamente para racionalizar el sistema tributario y reducir costos de almacenaje físico. Posteriormente, esta lógica de simplificación se trasladó al ámbito inspectivo laboral; sin embargo, el supremo tribunal aclara enfáticamente que el legislador jamás concibió estos dispositivos como reformas al ordenamiento procesal jurisdiccional.

2.3. Prevalencia del principio de jerarquía normativa

Debemos tener en cuenta también que, en estricta aplicación del Principio de Jerarquía Normativa, previsto en el artículo 51° de la Constitución Política del Perú, un decreto supremo o un decreto legislativo dictado al amparo de facultades de simplificación administrativa, carece de absoluta validez para derogar o dejar sin efecto las garantías fundamentales del debido proceso, el derecho a la prueba y las reglas imperativas de la Ley 29497.

De lo antes indicado se puede concluir que, si se asumiera la tesis empresarial, se incurriría en un inaceptable reduccionismo procedimental donde una dispensa administrativa extingue materialmente derechos laborales irrenunciables de larga data.

2.4. La carga probatoria dinámica y el artículo 10-A del Decreto Supremo 007-2002-TR

El artículo 10-A del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo, Decreto Supremo 007-2002-TR establece que, el empleador está obligado a registrar el trabajo prestado en sobretiempo mediante la utilización de medios técnicos o manuales seguros y confiables. La deficiencia en el sistema de registro no impedirá el pago del trabajo realizado en sobretiempo, si el trabajador acredita mediante otra media su real y efectiva realización; es decir, con dicho dispositivo se exige al trabajador que acredite las horas extras si no hay registro del trabajo prestado en sobretiempo.

Frente a dicha situación, tanto la doctrina como la jurisprudencia apuntan hacia la carga de la prueba dinámica, según la cual quien tiene el deber de probar corresponde a la parte que tiene mayor facilidad de acceso al material probatorio: el empleador, entonces si la parte más fuerte de la relación laboral incumple su obligación de llevar los registros permanentes, se trasladará a él la carga de desvirtuar las alegaciones que realice el trabajador respecto al trabajo en sobretiempo.

2.5. La presunción judicial y la evitación de absoluciones falsas

Desde la perspectiva de la epistemología jurídica contemporánea, el proceso persigue el descubrimiento de la verdad material,

² Artículo 6.- Los empleadores deben conservar los registros de asistencia hasta por cinco (05) años después de ser generados.

³ Artículo 3.- (...) 3.4) Para todo efecto legal, los empleadores están obligados a conservar los documentos y constancias de pago de las obligaciones laborales económicas solamente hasta cinco años después de efectuado el pago.

conforme lo ordena el principio de veracidad plasmado en el artículo I del Título Preliminar de la Ley 29497⁴. El jurista Jordi Ferrer Beltrán advierte que un diseño procesal que exige estándares probatorios altísimos a la parte débil en contextos de asimetría, previene sentencias erróneas, pero al dramático costo de dar lugar a las "falsas absoluciones" (Ferrer Beltrán, 2021); es decir, el juez deniega un derecho legítimo y verdadero simplemente porque la contraparte oculta intencionalmente el acervo probatorio.

Para corregir este déficit epistemológico, la NLPT consagra en sus artículos 23.4⁵ y 29⁶ los deberes de colaboración y las presunciones derivadas de la inconducta procesal como sanción a la conducta obstructiva. Si el empleador se declara rebelde, no contesta la demanda o no cumple con las exhibiciones ordenadas, es posible extraer conclusiones en contra de sus intereses.

La Corte Suprema ratifica que la estructura lógica del razonamiento presuntivo requiere de un "hecho base" (Aguiló Regla, 2006). El trabajador no está exento de toda carga probatoria; por el contrario, debe aportar una "carga indiciaria". Esta carga se satisface aportando un relato verosímil y coherente en la demanda, o indicios tangibles, como pagos previos esporádicos e insuficientes por concepto de horas extras, como ocurrió en el caso concreto de la casación analizada, carga indiciaria que también se advierte de la última parte del artículo 10-A del Decreto Supremo 007-2002-TR.

Una vez que el trabajador configura este indicio, la carga de desvirtuarlo se traslada

íntegramente al empleador. Si la empresa se escuda en la regla de los cinco años para no exhibir los registros de asistencia y salida, esta reticencia activa inexorablemente la presunción legal a favor del laborante. Bajo el estándar de la "preponderancia de las pruebas", la postura del trabajador, respaldada por indicios, resulta lógicamente más probable que la negativa infundada del empleador que destruye evidencia.

2.6. El argumento de Reductio ad Absurdum frente a la Prescripción Laboral

Uno de los razonamientos más sólidos esgrimidos por la Corte Suprema es la Reductio ad Absurdum respecto a los plazos prescriptorios. La Ley 27321 establece que el trabajador tiene cuatro años desde el cese del vínculo laboral para reclamar sus beneficios. La razón detrás de esto es evitar que el trabajador demande mientras está vigente el contrato por temor a represalias.

Si la judicatura aceptara que la destrucción de registros a los cinco años imposibilita probar horas extras históricas, la Ley 27321 quedaría vaciada de contenido. Un empleado con veinte años de antigüedad, que espera a su cese para demandar, perdería automáticamente el juicio por los primeros quince años laborados debido a una presunta insuficiencia probatoria legalizada. La Corte Suprema concluye contundentemente que una norma administrativa no puede neutralizar el derecho de acción sustantivo ni extinguir las garantías de prescripción laboral.

⁴ Artículo I.- El proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.

⁵ Artículo 23.4.- De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexistencia (...).

⁶ Artículo 29.- El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso. Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada por una de las partes. Entre otras circunstancias, se entiende que se obstaculiza la actuación probatoria cuando no se cumple con las exhibiciones ordenadas, se niega la existencia de documentación propia de su actividad jurídica o económica, se impide o niega el acceso al juez, los peritos o los comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre, se niega a declarar, o responde evasivamente.

2.7. El Principio de Razonabilidad: Límite equitativo a la presunción judicial

Ahora bien, el derecho procesal no puede tolerar la impunidad de la reticencia probatoria por parte del empleador, pero tampoco puede consagrar matemáticamente absurdos fácticos. Al respecto, el artículo III del Título Preliminar de la NLPT impone al juez la obligación de fallar conforme al Principio de Razonabilidad.

En el caso concreto evaluado por la Corte, el trabajador solicitaba el reconocimiento de jornadas ininterrumpidas de 12 horas diarias durante 29 años, descansando solo dos días al mes. La Corte Suprema respaldó el criterio de la instancia de mérito que, aplicando las máximas de la experiencia respecto a la fatiga humana y los ciclos productivos agroindustriales, determinó que tal exigencia resultaba biológicamente inviable. En consecuencia, si bien la presunción judicial favoreció al actor por la inconducta del empleador, el juez tasó equitativamente un promedio mensual razonable (entre 42 y 58 horas extras), evitando tanto la indefensión del trabajador como un enriquecimiento sin causa.

III. CONCLUSIONES

La Casación 36773-2023 La Libertad representa un salto cualitativo en la maduración de la epistemología judicial en el proceso laboral peruano. La Corte Suprema ha trazado una frontera nítida entre las obligaciones de corte administrativo-sancionador y los imperativos procesales que rigen la función jurisdiccional. El plazo de conservación de cinco años contemplado en el Decreto Legislativo 1310 es, exclusivamente, una herramienta de simplificación para la gestión empresarial frente a inspecciones laborales, mas no un cheque en blanco para el ocultamiento de evidencia en los tribunales.

La nueva Doctrina Jurisprudencial consolida un sistema de paridad de armas real, dotando

de efectividad a la Ley 29497. Al proscribir la "prueba diabólica", los jueces ahora tienen directrices vinculantes y claras: la negativa del empleador a facilitar registros amparándose en su antigüedad constituye una inconducta que activa la presunción de veracidad respecto al reclamo de horas extras del trabajador, siempre que este último haya cumplido con aportar una mínima carga indiciaria. Paralelamente, esta tutela encuentra su contrapeso garantista en el Principio de Razonabilidad, exigiendo a la judicatura una cuantificación prudencial que armonice la verdad jurídica con las limitaciones inherentes a la condición humana y la realidad material del servicio prestado.

En definitiva, este precedente fortalece la tutela jurisdiccional efectiva y devuelve al proceso judicial su vocación esencial: ser un instrumento para el descubrimiento de la verdad material y la materialización de la justicia social, por encima de interpretaciones administrativistas que perpetúan la desigualdad.

REFERENCIAS

- Aguiló Regla, J. (2006). Presunciones, verdad y normas procesales. Isegoría. Revista de filosofía moral y política, 35, 11-28. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Congreso de la República del Perú. (1993). Constitución Política del Perú. Publicada en el Diario Oficial El Peruano.
- Congreso de la República del Perú. (2010). Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de enero de 2010.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2026). Casación 36773-2023 La Libertad. Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima, Perú.

- Couture, E. J. (1979). Estudios de derecho procesal civil (Vol. I, 3ra. ed.). Ediciones Depalma.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J., & Rodríguez, J. L. (2011). Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos. Marcial Pons.
- Poder Ejecutivo del Perú. (2016). Decreto Legislativo 1310, que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa.

VIII EDICIÓN • 2026

REVISTA LABORAL

*Promoviendo la investigación jurídica
y el fortalecimiento de la justicia laboral.*



CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN

MÓDULO CORPORATIVO LABORAL