



Luis Vinatea Recoba^(*) y Sebastián Soltau Salazar^(**)

La asistencia de los **testigos adversos a la audiencia de juzgamiento**: hacia una interpretación razonada del segundo párrafo del artículo 21 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo

The attendance of adverse witnesses to the judgment hearing: toward a reasoned interpretation of the second paragraph of article 21 of Law 29497, New Labor Procedural Law

“COMO SE PUEDE APRECIAR, LA NLPT CONTIENE LA SIGUIENTE REGLA GENERAL: CADA PARTE ES RESPONSABLE DE ACUDIR A LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO O ÚNICA (SI SE TRATA DE UN PROCESO ABREVIADO LABORAL) CON TODOS LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE HA OFRECIDO EN SU ESCRITO POSTULATORIO (DEMANDA O CONTESTACIÓN)”.

Resumen: El artículo sostiene que en el caso de testigos adversos ofrecidos por una de las partes del proceso laboral, cuya declaración es fundamental para conocer los hechos de la controversia planteada ante el órgano jurisdiccional, no se debe aplicar estrictamente la regla general prevista en el segundo párrafo del artículo 21 de la Ley 29497, en el sentido que cada parte es responsable de concurrir a la audiencia en que se actúan las pruebas con los medios probatorios que ha ofrecido. Así, el artículo plantea que en estos casos el juez laboral debe citar al testigo, a fin de que este tenga mayores incentivos para asistir a la audiencia de juzgamiento, pues su eventual incumplimiento del mandato judicial podría justificar la imposición de una multa y/o la imputación del delito de negativa a colaborar con la administración de justicia, tipificado en el artículo 371 del Código Penal.

Palabras clave: Prueba - Testigo - Juez - Proceso - Laboral - Delito.

Abstract: The article states that in the case of adverse witnesses requested to testify by one of the parties of a labor procedure, whose testimony is fundamental to know the facts of the controversy proposed before the jurisdictional authority,

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Piura y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Miranda & Amado Abogados.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Laboral II en la Universidad de Piura y adjunto de docencia de Derecho Procesal del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Miranda & Amado Abogados.

La asistencia de los testigos adversos a la audiencia de juzgamiento: hacia una interpretación razonada del segundo párrafo del artículo 21 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo
The attendance of adverse witnesses to the judgment hearing: toward a reasoned interpretation of the second paragraph of article 21 of Law 29497, New Labor Procedural Law



the general rule foreseen in the second paragraph of article 21 of Law 29497 (each party is responsible for the evidence it has offered) must not be applied strictly. Thus, the article suggests that in these cases a labor judge must summon the witness, in order for him to have greater incentives to attend to the judgment hearing, since his failure to comply with the judge's order could justify the imposition of a fine and/or the imputation of the crime foreseen in article 371 of the Penal Code (refusal to cooperate with the justice administration).

Keywords: Evidence - Witness - Judge - Labor - Procedure - Crime.

1. Introducción

El segundo párrafo del artículo 21 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT), establece lo siguiente:

“Las partes concurren a la audiencia en la que se actúan las pruebas con todos sus testigos, peritos y documentos

“NO OBSTANTE LO SEÑALADO, CONSIDERAMOS QUE ESTA REGLA GENERAL NO PUEDE SER TRATADA COMO UNA REGLA ABSOLUTA. Y ES QUE EXISTEN SITUACIONES EXCEPCIONALES (COMO EL OFRECIMIENTO DE LA DECLARACIÓN DE UN TESTIGO ADVERSO) EN LAS QUE EL JUEZ LABORAL SÍ DEBE, PREVIA ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE DETERMINADOS REQUISITOS, CITAR AL TESTIGO A LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO O ÚNICA, MÁS ALLÁ DE LO QUE DISPONGA LA LITERALIDAD DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 21 DE LA NLPT”.

que, en dicho momento, corresponda ofrecer, exhibir o se pretenda hacer valer con relación a las cuestiones probatorias. *Esta actividad de las partes se desarrolla bajo su responsabilidad y costo, sin necesidad de citación del juzgado y sin perjuicio de que el juez los admita o rechace en el momento.* La inasistencia de los testigos o peritos, así como la falta de presentación de documentos, no impide al juez pronunciar sentencia si, sobre la base de la prueba actuada, los hechos necesitados de prueba quedan acreditados” (el énfasis es nuestro).

Como se puede apreciar, la NLPT contiene la siguiente regla general: cada parte es responsable de acudir a la audiencia de juzgamiento o única (si se trata de un proceso abreviado laboral) con todos los medios probatorios que ha ofrecido en su escrito



Luis Vinatea Recoba y Sebastián Soltau Salazar

postulatorio (demanda o contestación). En principio, el juez laboral no tiene por qué citar a los testigos, ya que esta es una carga que se impone a las partes. En otras palabras, si una de las partes no concurre a la audiencia de juzgamiento o única con su testigo, el medio probatorio simplemente no se actúa y no podrá ser tomado en cuenta al momento de dictar sentencia.

Comentando esta disposición, Priori Posada y otros han señalado que:

“El artículo 21 establece también el deber que tienen las partes de llevar a la audiencia de pruebas todos los medios probatorios que ellas hayan ofrecido y que se deban actuar en ella. En ese sentido, si no cumplen con dicha carga, el medio probatorio ofrecido no podrá ser actuado. Por otro lado, el deber de las partes de llevar los medios probatorios a la audiencia existe con prescindencia de que el juez admita o rechace dicho medio probatorio. *Todo ello deriva del deber de colaboración que tienen las partes en el proceso. Esa ausencia de modo alguno impide la continuación de la audiencia ni evita que el juez pueda dictar sentencia*”⁽¹⁾ (el énfasis es nuestro).

Si bien es cierto que esta disposición se sustenta en el deber de colaboración que tienen las partes en el proceso, así como en los principios de celeridad y economía procesal que se encuentran plasmados en el artículo I del Título Preliminar de la NLPT⁽²⁾, es innegable que su principal objetivo es “(...) evitar las extenuantes dilaciones que se generaban con la Ley 26636, cuando el juez de la causa notificaba una y otra vez a los testigos, sin tener la certeza respecto a su domicilio real, lo que muchas veces era aprovechado por alguna de las partes para entorpecer el desarrollo del proceso y ocultar información sin mayor consecuencia”⁽³⁾.

En efecto, en los procesos laborales regidos por la Ley 26636, era común que la etapa de actuación probatoria se dilatara debido a la continua reprogramación de las declaraciones testimoniales, ya que ni la Ley ni los jueces laborales imponían a las partes la carga de concurrir a la audiencia única con sus testigos. De esta forma se consolidó progresivamente la idea de que el proceso laboral *debe ir hacia a las partes*, es decir, que estas asumen una rol pasivo respecto de asuntos tan relevantes como la actuación de los medios probatorios que han ofrecido.

La NLPT, a través de disposiciones como la comentada, busca consolidar una idea diametralmente opuesta (inspirada en el principio de aportación de parte e indirectamente en el principio dispositivo⁽⁴⁾): las partes tienen que asumir un rol activo en el proceso laboral; en particular, en la etapa de actuación probatoria. Tiene sentido, pues, que se asigne a cada una de ellas, por regla general, la carga de concurrir a la audiencia con sus testigos.

No obstante lo señalado, consideramos que esta regla general no puede ser tratada como una regla absoluta. Y es que existen situaciones excepcionales (como el ofrecimiento de la declaración de un testigo adverso) en las que el juez laboral sí debe, previa acreditación del cumplimiento de determinados requisitos, citar al testigo a la audiencia de juzgamiento o única, más allá de lo que disponga la literalidad

(1) PRIORI POSADA, Giovanni y otros. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: ARA, 2011; p. 157.

(2) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Luis VINATEA RECOBA. *Análisis y comentarios de la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011; p. 145.

(3) *Ídem*; p. 159.

(4) Según PICÓ I JUNOY, “(...) aparecen como manifestaciones de este principio el que los litigantes tienen que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso (...), así como proponer la prueba de tales datos o elementos”. El mismo autor explica que el principio de aportación de parte “(...) suele relacionarse con el principio dispositivo indicándose que, como norma general, el proceso inspirado por el citado principio lo está, igualmente, por el de aportación de parte” (PICÓ I JUNOY, Joao. *La actividad probatoria del juez civil y sus límites*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. No. 2; pp. 16 y 17).

La asistencia de los testigos adversos a la audiencia de juzgamiento: hacia una interpretación razonada del segundo párrafo del artículo 21 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo
The attendance of adverse witnesses to the judgment hearing: toward a reasoned interpretation of the second paragraph of article 21 of Law 29497, New Labor Procedural Law

del segundo párrafo del artículo 21 de la NLPT. El fundamento de una decisión de esta naturaleza no sería, en nuestra opinión, puramente pragmático, sino constitucional (tutela del derecho fundamental a probar).

Lo que nos preocupa, y motiva la redacción del presente artículo, es que a la fecha varios jueces laborales vienen rechazando de plano las solicitudes para que se cite a testigos adversos, basándose en la literalidad de la disposición referida y recalcando que, conforme a lo dispuesto por la NLPT, no son *tramitadores de pruebas*.

2. Los testigos adversos en los procesos laborales

Un testigo adverso es aquel testigo que es contrario a la posición de una de las partes (demandante o demandada), ya que se encuentra identificado con la contraparte. Esta identificación puede darse con motivo del parentesco, la amistad, una relación laboral, una asociación empresarial u otros supuestos de comunidad de intereses⁽⁵⁾.

Es posible que el esclarecimiento de los hechos controvertidos en un proceso laboral requiera de la declaración testimonial de uno o más testigos adversos. A continuación ponemos dos ejemplos:

a) Testigo adverso ofrecido por empresa demandada:

Un trabajador es despedido por haber presentado un certificado médico que supuestamente le fue entregado de favor por un médico amigo de un familiar para justificar una inasistencia al centro de trabajo.

En su carta de descargos y en su demanda de pago de indemnización por despido arbitrario, el trabajador afirma que sí se encontraba enfermo y que el certificado médico contiene el diagnóstico objetivo de un médico que lo atendió siguiendo el procedimiento regular de la clínica en la que se encuentra su consultorio.

En su contestación, la empresa ofrece como medio probatorio la declaración testimonial del médico que emitió el certificado.

El médico califica como un testigo adverso, ya que se encuentra identificado con la contraparte. Esta identificación se da en dos aspectos: (i) la amistad que supuestamente mantiene con la familia del trabajador demandante; y, (ii) la comunidad de intereses que existe entre el médico y el trabajador demandante respecto de que no se establezca que el certificado médico es falso.

En el caso del médico, la verificación de lo segundo podría determinar que se le inicie un procedimiento disciplinario por infracción al Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú⁽⁶⁾ y una investigación penal por la comisión del delito de expedición de certificado médico falso, tipificado en el artículo 431 del Código Penal⁽⁷⁾. En el caso del trabajador demandante, determinaría que su demanda sea declarada infundada.

(5) LUBET, Steven. *Modern Trial Advocacy. Analysis & Practice*. Colorado: National Institute for Trial Advocacy, 2009; p. 73.

(6) El artículo 96 del referido Código establece lo siguiente: "El certificado médico es un documento de carácter médico y legal. El médico debe redactar el texto en forma clara, precisa e incluyendo los fines para los que está destinado. No debe expedir un certificado acreditando un acto médico no realizado o que exprese información falsa, inexacta o tendenciosa."

(7) "El médico que, maliciosamente, expide un certificado falso respecto a la existencia o no existencia, presente o pasada, de enfermedades físicas o mentales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

Cuando se haya dado la falsa certificación con el objeto que se admita o interne a una persona en un hospital para enfermos mentales, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de dos a cuatro años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

El que haga uso malicioso de la certificación, según el caso de que se trate, será reprimido con las mismas penas privativas de libertad".



Luis Vinatea Recoba y Sebastián Soltau Salazar

b) Testigo adverso ofrecido por trabajador demandante:

Un trabajador es despedido por supuestamente haber hurtado bienes de uno de los almacenes de la empresa.

En su carta de descargos y en su demanda de pago de indemnización por despido arbitrario, el trabajador afirma que no hurtó los bienes, sino que los extrajo con la autorización de su ex jefe y que al día siguiente se los entregó a una secretaria.

En su demanda, el trabajador ofrece como medio probatorio la declaración testimonial de su ex jefe y de la secretaria.

El ex jefe y la secretaria califican como testigos adversos, ya que se encuentran identificados con la contraparte. Esta identificación se da por la relación laboral que mantienen con la empresa demandada.

Para finalizar este punto, debemos explicar brevemente por qué, en nuestra opinión, los supuestos de prohibición contemplados en los numerales 3) y 4) del artículo 229 del Código Procesal Civil⁽⁸⁾ no son de aplicación supletoria a los procesos laborales regidos por la NLPT.

Y es que si fueran aplicados supletoriamente, prácticamente todos los testigos adversos ofrecidos por las partes podrían ser tachados conforme a lo dispuesto por el artículo 303 del Código Procesal Civil.

En primer lugar, consideramos que estas prohibiciones solo tienen sentido en el marco de procesos preeminentemente escritos, como los que regula el Código Procesal Civil, en los que la actuación de la declaración testimonial aún se caracteriza por un alto grado de ritualismo. La utilización del pliego interrogatorio es la más clara muestra de ello.

En procesos orales como los regulados por la NLPT⁽⁹⁾, caracterizados por el interrogatorio libre, el interés (directo o indirecto) del testigo en el resultado del proceso no debería determinar que no se admita su declaración como medio probatorio. Por el contrario, estos son los testigos que, a partir de un conainterrogatorio bien preparado, son más propensos a incurrir en contradicciones.

Si queremos encuadrar el argumento expuesto en lo jurídico, podríamos afirmar que nuestra postura encuentra respaldo en la regla que indica que la aplicación supletoria de la norma general (en este caso, el Código Procesal Civil) está siempre condicionada a que no exista incompatibilidad de naturaleza entre los ordenamientos vinculados⁽¹⁰⁾. En este caso, la incompatibilidad de naturaleza no se da entre los ordenamientos sustantivos, sino entre los ordenamientos procesales (el Código Procesal Civil regula procesos preeminentemente escritos con interrogatorio ritualista, mientras que la NLPT regula procesos preeminentemente orales con interrogatorio libre).

Una postura similar es defendida por Baytelman y Duce, aunque refiriéndose al proceso penal ecuatoriano (que es un proceso preeminentemente oral), cuando señalan que:

“En la vieja cultura -ésa que decidía las cuestiones de admisibilidad de la prueba de manera abstracta y *ex ante*, en la ley- bastaba con acreditar el interés para deshacerse de la prueba (‘íntima

(8) “Se prohíbe que declare como testigo:

1. El absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el Artículo 222;
2. El que ha sido condenado por algún delito que a criterio del Juez afecte su idoneidad;
3. *El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria;*
4. *El que tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso;* y,
5. El Juez y el auxiliar de justicia, en el proceso que conocen” (el énfasis es nuestro).

(9) Nos referimos al proceso ordinario laboral y al proceso abreviado laboral.

(10) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009; p. 155.

La asistencia de los testigos adversos a la audiencia de juzgamiento: hacia una interpretación razonada del segundo párrafo del artículo 21 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo
The attendance of adverse witnesses to the judgment hearing: toward a reasoned interpretation of the second paragraph of article 21 of Law 29497, New Labor Procedural Law

amistad con el imputado', 'notoria enemistad', 'ser el querellante' o cualquier otra fórmula semejante). *En un sistema de libre valoración, en primer lugar, la mayoría de estos elementos son cuestiones de credibilidad, no de admisibilidad.* Como hemos señalado con anterioridad, 'todo entra, mas no todo pesa (o tal vez sí...)'. Así, es perfectamente posible que el tribunal escuche el testimonio de coartada que ofrece la madre del acusado y que, pese a tratarse de su madre, esos jueces opinen, una vez apreciado el testimonio en concreto, que ella es perfectamente creíble⁽¹¹⁾ (el énfasis es nuestro).

3. La responsabilidad de las partes respecto de los testigos que ofrecen: ¿Regla absoluta?

Como adelantáramos en la introducción del presente artículo, la regla general contenida en el segundo párrafo del artículo 21 de la NLPT no puede ser tratada como una regla absoluta.

Si bien se trata de una regla general adecuada que permite evitar las dilaciones que se generaban con la Ley 26636, no se puede ignorar el hecho de que un testigo adverso se va a negar (en la mayoría de los casos) a asistir a la audiencia de juzgamiento o única, pues su declaración podría perjudicar a la parte con la cual se encuentra identificado.

Por este motivo, no nos parece razonable que la eventual inasistencia del testigo adverso deba perjudicar la posición de la parte que ofreció su declaración de manera oportuna e hizo todos los esfuerzos posibles para que este asista a la diligencia correspondiente. Esto es lo que sucedería si el juez laboral se ciñe a la literalidad del segundo párrafo del artículo 21 de la NLPT.

En otras palabras, consideramos que en estos casos no cabe presumir que la eventual inasistencia del testigo adverso

responde siempre a una falta de diligencia de la parte que ofreció su declaración; por el contrario, nos parece que en estos casos la eventual inasistencia del testigo adverso responderá (en la mayoría de los casos) precisamente a la identificación del testigo adverso con la contraparte.

Conforme a lo expuesto, la citación del testigo adverso por parte del juez laboral se presenta como una medida necesaria para que el medio probatorio tenga mayores probabilidades de ser actuado o, lo que es lo mismo, para viabilizar el ejercicio del derecho fundamental a probar (en su manifestación de derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos)⁽¹²⁾. En este sentido, insistimos en que el fundamento de una decisión de esta naturaleza (citar a un testigo adverso) no es solo pragmático (es previsible que el testigo adverso no asistirá a la audiencia de juzgamiento o única, a menos que sea citado por el juez laboral), sino constitucional.

Cabe señalar que la literalidad del segundo párrafo del artículo 21 de la NLPT pareciera sugerir que el juez laboral solo puede citar a un testigo (adverso o no) si, después de realizada la actuación probatoria, considerase que los medios probatorios actuados no son suficientes para acreditar los hechos necesitados de actuación probatoria. Esta interpretación, además de ser incompatible con la vigencia de la institución de la carga de la prueba, contraviene abiertamente el principio de concentración, íntimamente

(11) BAYTELMAN, Andrés y Mauricio DUCE. *Litigación penal y juicio oral*. Quito: Fundación Esquel, 2004; p. 77.

(12) Bustamante Alarcón explica que "el derecho a probar resultaría inútil e ilusorio si el juzgador no actuara los medios probatorios previamente admitidos, de ahí que el derecho de todo sujeto procesal a que éstos se actúen resulta ser una segunda manifestación del derecho a probar" (BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho fundamental a probar y su contenido esencial*. En: PRIORI POSADA, Giovanni y Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN. *Apuntes de Derecho Procesal*. Lima: ARA, 1997; p. 89). Centrándose en el nuevo proceso penal, Angulo Arana, citando a César San Martín, señala que "la mayor exigencia de acudir, ocurrirá en la estación para interrogatorio a nivel del juicio oral, donde resulta crucial y definitorio el testimonio. Desde el punto de vista del imputado, la posibilidad de lograr la comparecencia compulsiva del testigo emana del derecho a presentar prueba que constituye parte del derecho a la defensa" (ANGULO ARANA, Pedro. *El interrogatorio de testigos en el nuevo proceso penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007; p. 87).



Luis Vinatea Recoba y Sebastián Soltau Salazar

ligado con la preservación de la unidad de la audiencia de juzgamiento o única, por lo que debería ser descartada⁽¹³⁾.

Ahora bien, ¿basta que una de las partes afirme que un testigo es adverso para que el juez lo cite a la audiencia de juzgamiento o única? Evidentemente, no. La parte que solicita la citación del testigo tendría que demostrar que: (i) efectivamente se trata de un testigo adverso; (ii) ha informado al testigo adverso de la tramitación del proceso y de su ofrecimiento como testigo para declarar sobre determinados hechos controvertidos⁽¹⁴⁾; y, (iii) la declaración del testigo adverso es importante para esclarecer uno o más de los hechos controvertidos del caso⁽¹⁵⁾.

¿Y en qué momento se debe formular y fundamentar esta solicitud? La respuesta varía dependiendo de si nos encontramos en un proceso ordinario laboral o en un proceso abreviado laboral. En el primer caso, la solicitud puede ser formulada alternativamente en dos momentos: (i) por escrito en la demanda o contestación; o, (ii) de manera verbal durante la audiencia de conciliación. En el segundo caso, la solicitud solo puede ser formulada por escrito en la demanda o contestación, ya que las etapas de conciliación y juzgamiento se concentran en una sola audiencia⁽¹⁶⁾.

Para cerrar este punto, queremos enfatizar que cuando un juez laboral cita a un testigo adverso no está ejerciendo la atribución excepcional que tiene para incorporar medios probatorios de oficio (artículo 22 de la NLPT). Lo único que hace, como explicáramos, es viabilizar el ejercicio del derecho fundamental a probar de la parte que ofreció al testigo adverso⁽¹⁷⁾.

4. Consecuencias de la inasistencia injustificada del testigo adverso ofrecido por una de las partes y citado por el juez laboral

El artículo 222 del Código Procesal Civil establece que “toda persona capaz tiene el deber de declarar como testigo, si no tuviera excusa o no estuviera prohibida de hacerlo. (...)”.

En la misma línea, el artículo 163 del Nuevo Código Procesal Penal dispone que “1. Toda

(13) Sin embargo, esta interpretación también podría encontrar respaldo en lo dispuesto por el último párrafo del artículo 15 de la NLPT, que establece que “el juez puede imponer multa a los testigos o peritos, no menor de media (1/2) ni mayor de cinco (5) Unidades de Referencia Procesal (URP) cuando éstos, habiendo sido notificados excepcionalmente por el juzgado, *inasisten sin justificación a la audiencia ordenada de oficio por el juez*” (el énfasis es nuestro). Al aludir a la realización de una audiencia adicional (distinta a la audiencia de juzgamiento o única), esta disposición parece excluir la posibilidad de que la citación se produzca antes de la audiencia de juzgamiento o única, atendiendo a la solicitud formulada por una de las partes.

(14) Esto se puede acreditar, por ejemplo, con la presentación de una carta notarial enviada al domicilio real del testigo adverso. Dicha comunicación debería contener, como mínimo, los datos generales del proceso (número de expediente, órgano jurisdiccional, partes y resumen de la controversia), una relación de los hechos sobre los cuales declararía el testigo e idealmente una cita del artículo 26 de la NLPT que establece expresamente que la asistencia a una audiencia para declarar como testigo justifica cualquier inasistencia al centro de trabajo.

(15) Al analizar el cumplimiento de este requisito, el juez laboral hace una especie de evaluación previa respecto de la admisibilidad de la declaración testimonial. Y es que no tendría sentido que cite a un testigo, para posteriormente no admitir su declaración como medio probatorio.

(16) En cualquiera de los dos supuestos es recomendable que se haga seguimiento a la solicitud en el propio juzgado durante los horarios de atención correspondientes.

(17) En efecto, en estos casos no se configura, en estricto, un supuesto de incorporación de un medio probatorio por iniciativa del juez laboral, ya que este fue ofrecido oportunamente por una de las partes. Priori Posada y otros parecen ser de una opinión distinta, ya que afirman que “es claro que, antes de aplicar las normas de la carga de la prueba, el juez puede incorporar un medio probatorio de oficio, incluso aquél que la parte no ha llevado; sin embargo, debe hacerlo sólo excepcionalmente, pues la carga de llevar el medio probatorio a la audiencia le correspondía a la parte” (PRIORI POSADA, Giovanni y otros. *Op. cit.*; pp. 157 y 158).

La asistencia de los testigos adversos a la audiencia de juzgamiento: hacia una interpretación razonada del segundo párrafo del artículo 21 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo
The attendance of adverse witnesses to the judgment hearing: toward a reasoned interpretation of the second paragraph of article 21 of Law 29497, New Labor Procedural Law

persona citada como testigo tiene el deber de concurrir, salvo las excepciones legales correspondientes (...)."

Comentando esta última disposición, Peña Cabrera ha señalado que:

"Desde que una persona es llamada formalmente a la instancia jurisdiccional, para declarar sobre un asunto penal, recae sobre ella una obligación que se deriva de una relación jurídico-pública, al (sic) cual se someten todos los ciudadanos bajo los presupuestos del Estado de Derecho, cuya obligatoriedad únicamente puede ser enervada por excepciones previstas en la ley. Se trata de un particular que, cuando es requerido, cumple con el deber cívico de testimoniar, lo que tiene menores restricciones en el proceso penal⁽¹⁸⁾.

La inobservancia del deber de declarar como testigo ha sido tipificada como una conducta que puede justificar la imposición de una multa (último párrafo del artículo 15 de la NLPT y artículo 232 del Código Procesal Civil⁽¹⁹⁾) e incluso el inicio de una investigación penal por la comisión del delito de negativa a colaborar con la administración de justicia, tipificado en el artículo 371 del Código Penal⁽²⁰⁾.

Como es lógico, el surgimiento de este deber (de cara a la posible imposición de una sanción) depende de la existencia de una citación judicial. Así, es relevante reparar, por ejemplo, en que la configuración del tipo penal mencionado presupone que el testigo sea "legalmente requerido para declarar". Difícilmente podría calificarse a la citación formulada por

una de las partes, vía carta notarial, como un requerimiento legal para estos efectos, equiparable a una citación judicial.

Ahora bien, el tenor de la citación por parte del juez laboral puede ser diverso. Nosotros no proponemos que la primera (y única) citación del testigo adverso sea de grado o fuerza, es decir, que este sea traído a la audiencia de juzgamiento o única con el auxilio de la fuerza pública⁽²¹⁾. Esto sería manifiestamente desproporcionado.

En nuestra opinión, bastaría que la citación haga referencia expresa a la eventual imposición de una multa y/o configuración del delito de negativa a colaborar con la administración de justicia, en caso de inasistencia injustificada⁽²²⁾. Con esto, el testigo adverso tendría un incentivo más que importante para no dejar de asistir a la audiencia de juzgamiento o única.

Conforme a lo expuesto, la inasistencia injustificada del testigo adverso ofrecido por una de las partes y citado por el juez laboral podría traer las siguientes consecuencias para el testigo: (i) la imposición de una multa de hasta 5 Unidades de Referencia Procesal (último párrafo del artículo 15 de la NLPT); y/o, (ii) el inicio de una investigación penal por la comisión del delito de negativa a

(18) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del nuevo código procesal penal*. Lima: Rodhas, 2006; p. 446.

(19) "El testigo que sin justificación no comparece a la audiencia de pruebas, será sancionado con multa no mayor a cinco Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de ser conducido al Juzgado con auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el Juez para su declaración, sólo si lo considera necesario".

(20) "El testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas. El perito, traductor o intérprete será sancionado, además, con inhabilitación de seis meses a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4".

(21) Lo usual es que el tenor de las citaciones siga una progresión, con el fin de que no se aplique una medida demasiado gravosa y desproporcionada desde un inicio. Sin embargo, considerando la importancia de la concentración en los procesos laborales regidos por la NLPT, no nos parece posible, salvo casos muy excepcionales, que se cite al testigo adverso en más de una oportunidad.

(22) La citación judicial del testigo no excluye la posibilidad de que este pueda justificar su inasistencia (sin sufrir ninguna consecuencia negativa) por motivos de salud, por encontrarse fuera del país u otras razones similares.



Luis Vinatea Recoba y Sebastián Soltau Salazar

colaborar con la administración de justicia (artículo 371 del Código Penal).

Para finalizar, es pertinente incidir en que la inasistencia injustificada del testigo adverso también podría justificar la aplicación de una presunción judicial contraria a los intereses de una de las partes.

El artículo 29 de la NLPT regula las mal llamadas presunciones legales derivadas de la conducta de las partes (en estricto, se trata de presunciones judiciales):

“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” (el énfasis es nuestro).

Si bien el segundo párrafo de la disposición citada no menciona la conducta consistente en incentivar o procurar la inasistencia de un testigo ofrecido por la contraparte, es evidente que se trata de una conducta obstructiva de la actividad probatoria.

Volvamos al ejemplo del trabajador que es despedido por supuestamente haber hurtado bienes de uno de los almacenes de la empresa. En ese caso, los testigos adversos (ofrecidos por el trabajador demandante) son trabajadores de la empresa demandada (el ex jefe y la secretaria). En principio, no debería existir ningún inconveniente para que ambos asistan a la audiencia de juzgamiento o única; sin embargo, es posible que su empleador les ordene no asistir.

En estos casos, el juez laboral, como medida complementaria a la citación, debería instar a la parte correspondiente (en este caso, el empleador) para que también se preocupe porque el testigo adverso asista a la audiencia de juzgamiento o única. Esto implicaría, por ejemplo, que le conceda un permiso

por anticipado, que también le envíe una comunicación informándole la fecha de la diligencia, etcétera.

Si llegada la fecha de la audiencia de juzgamiento o única, el testigo adverso no asiste (a pesar de haber sido citado) y la empresa demandada no acredita que hizo su mejor esfuerzo para que esto no suceda, el juez laboral podría inferir válidamente que su conducta tuvo por finalidad obstruir la actuación probatoria, existiendo, por tanto, sustento suficiente para arribar a una presunción judicial contraria a sus intereses.

5. Conclusiones

- El segundo párrafo del artículo 21 de la NLPT contiene una regla general, inspirada en el principio de aportación de parte e indirectamente en el principio dispositivo, cuyo principal objetivo es evitar las extenuantes dilaciones que provocaba la continua reprogramación de las declaraciones testimoniales en los procesos laborales regidos por la Ley 26636.
- Un testigo adverso es aquel testigo que es contrario a la posición de una de las partes, ya que se encuentra identificado con la contraparte. Es posible que el esclarecimiento de los hechos controvertidos en un proceso laboral requiera de la declaración testimonial de uno o más testigos adversos. Si bien hemos puesto dos ejemplos vinculados con procesos laborales en los que se discute la validez de un despido por la comisión de falta grave, lo señalado también aplica para procesos laborales sobre otras materias.
- La regla general contenida en el segundo párrafo del artículo 21 de la NLPT no puede

La asistencia de los testigos adversos a la audiencia de juzgamiento: hacia una interpretación razonada del segundo párrafo del artículo 21 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo
The attendance of adverse witnesses to the judgment hearing: toward a reasoned interpretation of the second paragraph of article 21 of Law 29497, New Labor Procedural Law

ser tratada como una regla absoluta, pues ello conllevaría, en muchos casos, una vulneración del derecho fundamental a probar de la parte que ofreció al testigo adverso.

- Para amparar una solicitud de citación a un testigo adverso (formulada en un escrito postulatorio o durante la audiencia de conciliación), los jueces laborales deberían exigir que la parte solicitante demuestre que: (i) efectivamente se trata de un testigo adverso; (ii) ha informado al testigo adverso de la tramitación del proceso y de su ofrecimiento como testigo para declarar sobre determinados hechos controvertidos; y, (iii) la declaración del testigo adverso es importante para

esclarecer uno o más de los hechos controvertidos del caso.

- La citación judicial al testigo adverso debería hacer referencia expresa a la eventual imposición de una multa y/o configuración del delito de negativa a colaborar con la administración de justicia, tipificado en el artículo 371 del Código Penal, en caso de inasistencia injustificada. De esta forma, el testigo adverso tendría un incentivo más que importante para no dejar de asistir a la audiencia de juzgamiento o única.
- La inasistencia injustificada del testigo adverso ofrecido por una de las partes y citado por el juez laboral podría justificar la aplicación de una presunción judicial contraria a los intereses de una de las partes (artículo 29 de la NLPT), si su conducta permite inferir razonablemente que ha intentado obstaculizar la actuación de la declaración testimonial. (11)