

# En torno al principio de irrenunciabilidad<sup>(\*)</sup>

Mario Pasco Cosmópolis<sup>(\*\*)(\*\*\*)</sup>

El principio de irrenunciabilidad es, sin duda, de los más importantes, casi emblemático del Derecho del Trabajo. A través de la prevalecencia de la norma sobre los acuerdos entre empresario y trabajador, protege a este para el real disfrute de los derechos que aquella le otorga.

Definido por Plá Rodríguez<sup>(1)</sup> como “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio”, puede ser también enunciado como “la ineficacia de la privación voluntaria por parte del trabajador de aquellos derechos que le resulten indisponibles”<sup>(2)</sup>.

Vinculan estrechamente algunos autores este principio al principio protector, al punto casi de hacerlo derivar de él. La irrenunciabilidad sería así una proyección o una prolongación del principio protector<sup>(3)</sup>, a partir de la premisa de que si las normas laborales pudieran ser objeto de abdicación, carecerían de objeto y quedaría el trabajador huérfano de la protección que ellas le confieren y que son, en esencia, su razón de ser.

Es indudable que entre ambos principios existe un estrecho vínculo, mas no de subordinación, sino de complementación; no hay entre ellos una relación causal, sino que ambos apuntan en una misma dirección, comparten una misma finalidad y la irrenunciabilidad opera como un instrumento que completa y perfecciona al principio protector.

En nuestro criterio, la irrenunciabilidad no deriva

del principio protector, sino que lo completa, lo perfecciona, le da eficacia. En efecto, si la norma laboral, impregnada y nutrida por el principio protector, fuera renunciable, el trabajador en cuyo beneficio se dio quedaría indefenso frente al poder patronal. Por eso se la dota de invulnerabilidad, lo cual, en último término, viene a significar que se protege al trabajador incluso contra sí mismo, al limitarse la autonomía de su voluntad.

No de otro modo se explica que todos los autores que han examinado la cuestión de los principios del Derecho Laboral coloquen a ambos en un mismo plano, y que incluso es frecuente que las legislaciones consagren casi universalmente el principio de irrenunciabilidad, pero sean en cambio escasas las que hayan hecho lo propio con el principio protector, mantenido este en la esfera axiológica, pero sin penetrar en la órbita legislativa.

Numerosas son las cuestiones que surgen del estudio de la irrenunciabilidad, y tienen que ver con su origen o fundamento, sus alcances, sus excepciones, y otras, todas las cuales fomentan un amplio campo para el debate.

En el presente trabajo, en homenaje al autor que más enjundiosamente ha estudiado el tema de los principios del Derecho Laboral -Américo Plá Rodríguez-, abordaremos el de irrenunciabilidad, no desde una perspectiva global, sino apuntando hacia algunas de sus facetas más interesantes o debatibles.

(\*) En homenaje al maestro Américo Plá Rodríguez.

(\*\*) Miembro del Comité Consultivo de **ius et veritas**.

(\*\*\*) El presente artículo es parte de una obra colectiva del Grupo de los Nueve en homenaje a Américo Plá Rodríguez. *Entorno a los principios del Derecho Laboral*. México: Porrúa, 2005.

(1) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. 3era edición. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 118.

(2) GONZÁLEZ HUNT, César. *La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos*. En: *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2004. p. 136.

(3) Tal la posición de parte de la doctrina argentina, según expresa VÁZQUEZ VIALARD (En: *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo 2. Buenos Aires: Astrea, 1982. p. 222), quien menciona al respecto la opinión de Justo López.

## 1. Fundamento del principio de irrenunciabilidad

Plá ubica en la doctrina diversas corrientes acerca de los fundamentos del principio de irrenunciabilidad, que serían: (i) el principio de indisponibilidad; (ii) la imperatividad de las normas laborales; (iii) su carácter de orden público; (iv) la limitación a la autonomía de la voluntad; y, (v) el presunto vicio de la voluntad. Plá expone de manera acuciosa las diversas opiniones y, sin optar por una de ellas, propone más bien que “por caminos distintos o, acaso, con simple terminología diferente, se llega a la expresión de la misma idea, ilustrándola en diferentes aspectos”<sup>(4)</sup>.

Vázquez Vialard<sup>(5)</sup> sistematiza esas corrientes en dos categorías: “Los autores que se inscriben en la primera, que a su vez destacan como prevalentes aspectos distintos, se refieren ya a la indisponibilidad de la ley como presupuesto de su vigencia real en los hechos, la imperatividad de la norma, su carácter de orden público, ya a la limitación de la autonomía de la voluntad. En cambio, otros autores prefieren fundar el instituto en un supuesto vicio del consentimiento. Según esta segunda apreciación, se presumiría una incapacidad del trabajador para negociar en igualdad de condiciones(...)”.

En nuestra opinión, la irrenunciabilidad tiene su fundamento en la imperatividad de la norma, que no es sino expresión de su carácter de orden público; esa imperatividad, a su vez, tiene por finalidad consolidar la eficacia del principio protector, a cuyo objeto limita la autonomía de la voluntad y precave al trabajador incluso contra sus propios actos. Todos los criterios expuestos precedentemente confluyen, pues, en un mismo propósito, lo cual perfila con claridad su teleología, mas no su fundamento, que radica en la fuerza impositiva que el legislador confiere a las normas laborales.

Así lo expresa Vázquez Vialard<sup>(6)</sup> quien considera la opinión más aceptable la que “indica como fundamento de la irrenunciabilidad el hecho de que la indisponibilidad surge de la ley como un modo de asegurar la protección de los derechos que ella consagra”; como también Guillermo Guerrero Figueroa<sup>(7)</sup>, quien en elaborada síntesis distingue entre el fundamento y la finalidad: “El principio de irrenunciabilidad se desprende de la naturaleza de orden público de los beneficios y garantías, con carácter de mínimos, otorgados a los trabajadores. El objeto de este principio es la protección de quien, por su condición de debilidad en lo económico, puede ser fácilmente víctima al renunciar el ejercicio de un derecho, ante la oferta inferior, pero que le resuelve una necesidad urgente e inmediata. El principio de la irrenunciabilidad supone una limitación a la autonomía de la voluntad. Las reglas laborales de carácter imperativo pueden ser derogadas cuando ello se hace en favor del trabajador, siempre y cuando dicha derogación no afecte intereses colectivos. El principio de la irrenunciabilidad de derechos es absoluto cuando perjudica al trabajador, y relativa solo en beneficio de este”.

Sobre esta línea, la doctrina española distingue tres grados a dicha fuerza imperativa o, como derivación de ellos, tres tipos de normas: (i) imperativas o categóricas o de imperatividad absoluta o de derecho necesario absoluto; (ii) de imperatividad relativa o limitadamente categóricas o de derecho necesario relativo; y, (iii) dispositivas o discrecionales o supletorias<sup>(8)</sup>.

Las categóricas -de derecho necesario absoluto- son a tal punto imperativas que no admiten margen alguno para modificación en niveles inferiores, ni siquiera a favor del trabajador. “No pueden ser desconocidas o modificadas por las partes de la relación individual de trabajo ni tampoco por las de la negociación colectiva”<sup>(9)</sup>. Son

(4) *Ibid.*; p. 121

(5) *Op. cit.*; p. 224

(6) *Ibid.*; p.231

(7) GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. *El derecho laboral en la Constitución Nacional Colombiana*. En: *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*. Madrid: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003. p. 135.

(8) Tradicionalmente se hace referencia a *jus cogens* y *jus dispositivum*. (PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. *Principiologia do Direito do Trabalho*. Sau Paulo: Editora LTR, 1999. p. 91); precisa que en Italia se habla de normas de protección máxima o absolutamente inderogables, por oposición a las relativas inderogables, que solo pueden ser derogadas en favor del trabajador; y en Francia, normas de orden público económico o de orden público absoluto, en oposición a las de orden público social, que admiten derogación en beneficio del trabajador. PLÁ (*Op. cit.*; p.141) cita a Barassi, quien habla de normas rígidamente categóricas y limitadamente categóricas.

(9) BORRAJO DA CRUZ, Efrén. *Introducción al Derecho español del trabajo*. Madrid: Tecnos, 1978. p. 450.

normas absolutas que fijan no solo el piso sino también el techo en la materia por ellas regulada.

Las normas de imperatividad relativa solo consagran un mínimo y toleran, por ello, avances a favor del trabajador a través de las normas descendentes o subalternas. “Establecen un principio o criterio que las partes han de acatar, pero del que podrán apartarse siempre y cuando con tal modificación o, mejor dicho, con tal variación se realce más plenamente el objetivo perseguido por la propia norma”<sup>(10)</sup>. Son estas las más frecuentes u ordinarias en el derecho laboral, el típico “piso” normativo.

Normas dispositivas o autorizantes o permisivas son aquellas que “ofrecen a la autonomía de las partes diversos regímenes jurídicos alternativos para regular una materia concreta, o las que expresamente autorizan a las partes a configurar una relación contractual diferente”<sup>(11)</sup>.

El principio de irrenunciabilidad refiere a los dos primeros tipos de norma: las imperativas o de derecho necesario absoluto, y las de imperatividad relativa o de derecho necesario relativo. Estas últimas no actúan con carácter residual, sino como norma mínima respecto de los derechos que reconocen a los trabajadores, lo que se traduce en que es válido el acuerdo que los mejore e inválido el que los perjudique.

En cambio, en las dispositivas o discrecionales campea la autonomía de la voluntad y el principio de irrenunciabilidad no actúa.

## 2. Intangibilidad, inderogabilidad, indisponibilidad

En torno al principio de irrenunciabilidad giran otros conceptos jurídicos cercanamente afines, al punto de que algunos de ellos son utilizados a veces como sinónimos.

### 2.1. Intangibilidad

Implica la inmutabilidad de las normas que consagran determinados derechos, vale decir, la imposibilidad jurídica de que sean dejadas sin efecto, no por cierto a través de actos jurídicos privados, sino incluso por otras normas de similar jerarquía<sup>(12)</sup>.

Es una especie de blindaje jurídico que va más allá del simple respeto a los derechos adquiridos y consagra para la normativa laboral un rumbo unidireccional, progresivo e irreversible.

La intangibilidad de los derechos laborales - un extremo absoluto de la inderogabilidad-, es harto infrecuente, aunque registra algunos casos de excepción.

La Constitución de Ecuador de 1998 dispone en su artículo 35, inciso 3, que “El Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y adoptará las medidas para su ampliación y mejoramiento”<sup>(13)</sup>. Este precepto, en opinión de Jorge Egas Peña, no ha sido suficientemente desarrollado por la doctrina, y los jueces lo “confunden o identifican con el de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador”<sup>(14)</sup>. Tal principio fue introducido por la Constitución de 1967, en el sentido de que “no podrá expedirse ley alguna que disminuya los derechos y garantías reconocidos a los trabajadores en la legislación actual, es decir, que tales conquistas de la clase trabajadora se volvieran intocables, sin que puedan modificarse en perjuicio de los trabajadores; pues, se partía del principio de los que los logros legislativos por aquellos obtenidos, generalmente luego de un duro bregar, no podían ser derogados por una ley posterior (...). Lo dicho importa reconocer a dicha garantía la calidad de un derecho objetivo, antes que subjetivo; es decir, se refiere a la normativa legal vigente y no a los derechos subjetivos de cada trabajador

(10) *Ibid.*; p. 451.

(11) CAMPOS RUIZ, Luis Miguel. *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del Trabajo*. ET. Colección tesis doctorales. Madrid, 1976. p. 119.

(12) La intangibilidad equivale a lo que Héctor Hugo Barbagelata (*El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales*. En: *El trabajo y la Constitución*. pp.380-382), a propósito de los derechos humanos laborales, denomina principio de irreversibilidad, que se complementa con el principio hermenéutico al que llama de progresividad.

(13) También consagra en el inciso 1 del mismo artículo que “La legislación del trabajo y su aplicación se sujetarán a los principios del derecho social”, el cual obviamente comprende el de irrenunciabilidad; y en el inciso 4, de modo explícito: “Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique su renuncia, disminución o alteración (...)”.

(14) EGAS PEÑA, Jorge. *El derecho del trabajo a través de las constituciones políticas del Ecuador*. En: *El trabajo y la Constitución*. p. 247.

(...). Por tanto, “no debe confundirse con el de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, que es de carácter subjetivo, ni con la aplicación de la condición más beneficiosa del principio de protección, que solo actúa frente a una nueva ley”<sup>(15)</sup>.

De modo menos intenso y con referencia a derechos previsionales pensionarios, la primera disposición transitoria de la Constitución peruana de 1993, aunque con penosa redacción, disponía que: “Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos (...)”. Aunque esta extraña norma en puridad estaría en la línea de resguardo de los derechos adquiridos y, por consiguiente, del principio de norma más favorable, en la práctica actuó como una fórmula de intangibilidad, ya que las leyes que se emitieron desde su vigencia no tuvieron vigencia práctica, puesto que no podían afectar a aquellos a quienes se dirigían<sup>(16)</sup>.

## 2.2. Inderogabilidad

Por inderogabilidad se asume un efecto menos intenso que el recién examinado, y se proyecta en realidad al impedimento para que una norma de un determinado nivel pueda ser afectada por otra de nivel inferior. En principio, ninguna ley se deroga, sino por otra ley y como tal la inderogabilidad es atributo de toda norma jurídica<sup>(17)</sup>. La expresión “inderogabilidad” como sinónimo imperfecto de la “irrenunciabilidad” o, al menos, como un efecto colateral de esta, aunque aparece con gran frecuencia en los estudios doctrinarios sobre este principio, constituye en nuestra opinión, en cierta forma un uso extensivo, analógico o un manejo muy laxo del vocablo “derogar”, que muchos autores utilizan para referirse

a la inaplicación de una norma por acto o contrato privado<sup>(18)</sup>. La inderogabilidad viene a ser así la eficacia de la norma por sobre la voluntad de las partes en un negocio sinalagmático, en la línea del aforismo “El contrato es ley entre las partes”; esta “ley privada” no puede “derogar” a la ley de orden público.

Pero si la ley es por esencia abstracta y general, la derogación también tiene que serlo: la derogación de una norma legal solo es tal cuando surte efecto abstracto y general. Aún cuando se trate de una derogación parcial y no de abrogación, el efecto se extiende y aplica a todos, aunque beneficie o perjudique solo a unos cuantos.

En los actos que conllevan renuncia -válida o no- la norma sigue indemne, no se ve afectada; solo deja de ser aplicada a ese caso concreto. Ello, por tanto, no es en sentido estricto un acto derogatorio.

## 2.3. Indisponibilidad

Los términos indisponibilidad e irrenunciabilidad son claramente afines, casi sinónimos, aunque pueda establecerse alguna sutil diferencia. En realidad, indisponibilidad es un concepto más amplio, que guarda con el de irrenunciabilidad una relación género especie.

El derecho o facultad de disposición es uno de los atributos inherentes al derecho de propiedad, y comprende no solo la capacidad para renunciar, sino para transferir. Los derechos laborales, como todo derecho, son bienes que pertenecen al patrimonio del trabajador, el cual tiene respecto de ellos un derecho de propiedad<sup>(19)</sup>. Los derechos laborales son transferibles: un trabajador puede disponer de ellos, en tanto la transferencia sea onerosa y no conlleve renuncia. Así, por ejemplo, la legislación peruana, que confiere preferencia

(15) *Ibid.*; p. 248.

(16) La indicada norma ha sido dejada sin efecto recientemente por la Ley constitucional 28389, que restaura el principio universal de vigencia inmediata de la ley.

(17) Los ordenamientos suelen contener otros instrumentos jurídicos con fuerza derogatoria; en la Constitución peruana se contemplan, por ejemplo, los decretos legislativos, que son leyes promulgadas por el Poder Ejecutivo en uso de una facultad delegada por el Legislativo; los decretos de urgencia, que emite el Poder Ejecutivo en uso de facultad originaria, en materia económica y financiera; y las resoluciones del Tribunal Constitucional cuando declaran inconstitucional una norma de rango de ley.

(18) También se encuentra en el artículo 109 de la Constitución de la República Dominicana.

(19) A este respecto, es interesantísima la construcción teórica elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con los derechos pensionarios. Estos, curiosamente, no han sido nunca recogidos y ni siquiera mencionados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, lo cual no ha sido óbice para que la Corte se pronuncie en casos que se refieren a ellos, a cuyo efecto, a falta de norma expresa, ha acudido al concepto de violación del derecho de propiedad. Ver sentencia en el caso “CIDH 12.034 - 5 pensionistas”.

absoluta a los créditos laborales frente a cualquier acreencia contra el empleador, contempla que dicho privilegio se extiende a quien sustituya total o parcialmente al empleador en el pago directo de tales obligaciones (artículo 2 del Decreto Legislativo 856). Si los derechos laborales fueran indisponibles, tal posibilidad estaría cerrada.

Si la ley dispone la irrenunciabilidad de derechos, no excluye necesariamente la indisponibilidad de ellos, sino solo de aquellos actos de disposición que importen una renuncia. A la inversa, si la ley consagrara la indisponibilidad, implicaría en todos los casos la proscripción de la renuncia.

La renuncia es un acto de disposición gratuito: la renuncia es necesariamente gratuita. La disposición puede serlo, aunque por lo común es onerosa, como sucede sin más en una compraventa, por ejemplo.

Las legislaciones en general consagran la irrenunciabilidad, aunque algunas, como la española, se refieren a la indisponibilidad.

### 3. Alcances de la irrenunciabilidad

Cuestión que divide a la doctrina y arrastra consigo a los ordenamientos es si la irrenunciabilidad se contrae solo a los negocios constitutivos o si también a los liberatorios, esto es, si solo está vedada al trabajador la abdicación anticipada de los derechos abstractos y futuros que le confiere la legislación, o si también lo está la de los derechos devengados, esto es, ya concretados.

Respecto de lo primero, no hay vacilación alguna en la doctrina, dado que es de la esencia misma de la irrenunciabilidad, de su fundamento, de su razón de ser.

En cambio, respecto de lo segundo, sostienen algunos que, una vez incorporado el derecho al patrimonio del trabajador, este recobra su potestad dispositiva, en especial si ya ha cesado en el empleo y ha desaparecido, con ello, la carga subjetiva derivada de su condición de dependencia. De la Villa califica de “peligrosa doctrina” a la “que ha pretendido -suavizar- la protección de la ley al admitir la libre disposición sobre los derechos

consolidados, o, por así decirlo, incorporados ya al patrimonio del trabajador. Entiendo que se trata de una doctrina incorrecta, en sentido jurídico, al no valorar suficientemente los siguientes elementos: (i) un derecho indisponible no cambia de naturaleza por el transcurso del tiempo, aparte de que una opinión contraria remite al problema a la difícilísima determinación de la entrada del derecho en el patrimonio del trabajador; (ii) los derechos que pueden reducirse a una valoración económica dejan de ser derechos laborales y se convierten en partidas de su activo: la renuncia, pues, de estos no puede resolverse con las normas del Derecho del Trabajo; (iii) una cesión de estos derechos consolidados será nula en cuanto que así resulte de los límites generales del ordenamiento jurídico (...); y, (iv) si el trabajador pretende, con el abandono del derecho, un beneficio o una liberación para el empleador, no se tipifica un negocio jurídico de renuncia, y la nulidad derivará, en su caso, de la comisión de actos ilegales<sup>(20)</sup>.

Por ende, hoy la doctrina tiende a asumir que una y otra formas de renuncia son inválidas<sup>(21)</sup>.

### 4. Eficacia práctica de la irrenunciabilidad

La irrenunciabilidad requiere para su eficacia ir acompañada de la nulificación absoluta de los actos que la plasman. Por lo general, las normas que se refieren a aquella consagran este efecto como parte de la misma. Esto es natural y necesario, no solo porque si la renuncia no conllevara sanción, sería una recomendación, no un mandato imperativo, sino porque en muchos ordenamientos la nulidad de un acto jurídico solo opera cuando tiene carácter específico y expreso. Si la normativa consagrara la irrenunciabilidad como simple *desideratum*, el acto consagrador de la renuncia no podría ser invalidado, por falta de norma que así lo determinara.

### 5. Reglas procesales de garantía de la irrenunciabilidad

Hay instituciones procesales cuya validez, en el caso de derechos laborales, puede entrar en

(20) DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: *El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales*. En: *Revista de Política social*. Número 85. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970. p. 39.

colisión con la irrenunciabilidad, al menos en apariencia. Interesa por tanto precisar sus alcances.

### 5.1. Transacción y conciliación

En tanto que la renuncia pura y simple constituye un negocio jurídico de tipo abdicativo, porque no conlleva contraprestación, transacción y conciliación son negocios jurídicos de tipo conmutativo, esto es, con contraprestación.

Algunos diferencian ambas figuras en que en la transacción hay necesariamente concesiones recíprocas: ambas partes ceden algo y obtienen algo en reciprocidad, o como dice el artículo 1809 del Código Civil español. Es un contrato en el que las partes “prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”. Si hubiere cesión de algo solo de parte de una ellas hacia la otra, habría renuncia simple, o desistimiento o allanamiento si fuera *intra* procesal, es decir, habría abdicación.

La conciliación, en cambio, procura un ajuste de la pretensión dentro de un proceso judicial - que es por lo general exagerada o extrema, con un objetivo táctico- a la realidad manifestada en la capacidad efectiva para demostrarlos.

La transacción, entonces, desde esa perspectiva, solo podría contener de parte del trabajador concesión respecto de derechos disponibles (o no versar sobre derechos irrenunciables), en tanto que la esfera de la conciliación sería la de derechos inciertos, dudosos, aún cuando fueran de carácter irrenunciable.

En otras palabras, mientras la transacción operaría sobre la certidumbre de una cesión de derechos, razón por la cual estos tendrían que ser disponibles, la conciliación lo haría sobre la *res dubia* o litigiosa, que precisamente por carecer de certeza representa solo una aspiración, no un derecho cierto.

“La renuncia -dice Plá<sup>(22)</sup>- se refiere a un derecho cierto y existente, o por lo menos, futuro

pero cierto, y que no sea un derecho impugnado, porque nadie puede renunciar a una cosa cuya propiedad no le sea reconocida ampliamente”. La conciliación, en cambio, actúa sobre la *res dubia* o la cosa litigiosa, esto es, incierta y en gran medida improbable.

Hay quienes, con una óptica procedimental, diferencian transacción y conciliación solo en razón de que la primera puede darse y generalmente se da en una esfera privada, mientras que la segunda impone necesariamente la actuación de un tercero, el conciliador. Ambas serían, pues, figuras transaccionales sustantivamente iguales, diferenciadas únicamente en su comportamiento procesal<sup>(23)</sup>.

En todo caso, es muy certera la previsión de la Ley del Proceso Laboral (LPL) de España, cuyo artículo 84.1 admite la validez de la conciliación, salvo que “el órgano judicial estimare que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho, (en cuyo caso) no aprobará el acuerdo”, como también el artículo 245 de la misma que prohíbe la transacción sobre derechos reconocidos por sentencia judicial<sup>(24)</sup>.

### 5.2. Desistimiento

Es la abdicación del proceso o de la pretensión. En el primer caso -desistimiento del proceso-, no hay renuncia sino postergación: el trabajador se aparta del litigio iniciado pero sin mengua del derecho sustantivo, que puede ser ejercitado a través de una ulterior acción.

El desistimiento de la pretensión, en cambio, afecta al derecho mismo, razón por la cual no es admisible si tales derechos no han sido satisfechos cuando se trata de derechos irrenunciables.

Por eso, en salvaguarda de ellos, la normativa procesal exige en el desistimiento, como en la transacción y la conciliación, la presencia y participación activa del juez, cuya misión es comprobar que bajo ninguna de esas figuras puedan afectarse derechos irrenunciables ciertos, tangibles y demostrados.

(21) La doctrina española es crítica de la jurisprudencia que excluye de la prohibición de renuncia aquellos derechos ya ingresados en el patrimonio del trabajador. Véase: ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y otros. *Derecho del trabajo. Fuentes y contrato individual*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. p. 184.

(22) *Op. cit.*; p. 152

(23) DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. 7ma. edición. México: Porrúa, 1963. p. 750.

(24) SALA FRANCO, Tomás. *Irrenunciabilidad*. En: ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y otros. *Op. cit.*; p. 183.

### 5.3. Abandono

El abandono es una figura con arreglo a la cual una pretensión, por vía de acción o excepción, decae si el proceso no es activado durante un lapso determinado; la inacción procesal acarrea perjuicio para el omiso, consistente en el archivamiento del caso.

La jurisprudencia peruana ha entendido que, al tener el juez en el proceso laboral una posición activa y promotora, de tinte casi inquisitivo, la responsabilidad por una paralización no es atribuible solo al trabajador, razón por la cual ha establecido el criterio de que en el proceso laboral no rige el abandono, que es propio del esquema dispositivo del proceso civil.

Hay exageración en esta posición, pues al eliminarse el abandono, que tiene un plazo, se cae en la ausencia de plazo alguno, lo que vendría a significar en algún caso que expedientes que llevan años y hasta décadas paralizados puedan ser reactivados, con grave mengua para la capacidad de defensa de la otra parte. Es razonable exonerar al trabajador de la sanción del abandono, mas no con carácter absoluto, sino transitorio, permitiéndole por ejemplo la reactivación, pero dentro de un plazo razonable, vencido el cual, y de persistir su omisión, se produciría el archivamiento definitivo.

### 5.4. Preclusión

La preclusión es, en una de sus acepciones, la extinción del derecho a un acto procesal por haberse dejado pasar la oportunidad para realizarlo. En tal sentido, cuando una sentencia es desfavorable y no se interpone en el plazo legalmente señalado el recurso impugnatorio pertinente -que en el proceso peruano es el recurso de apelación-, la sentencia queda consentida y asume de modo irreversible la calidad de cosa juzgada.

Si el perjudicado por la sentencia y por su omisión es el trabajador, es obvio que su derecho, cualquiera que fuere, queda extinguido.

Aunque infrecuente en las legislaciones, la colombiana contiene un principio de excepción a esta regla universal: el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone que cuando una sentencia de primera

instancia fuere totalmente adversa a las pretensiones del trabajador sin ser apelada, debe ser necesariamente consultada con respectivo tribunal superior del distrito judicial. Son claros el origen y el propósito de esta disposición: la irrenunciabilidad de los derechos y la protección del trabajador.

## 6. Irrenunciabilidad y prescripción

Uno de los temas más arduos que provoca la irrenunciabilidad de los derechos es la necesidad de compatibilizarla con las normas en materia de prescripción, razón por la cual consideramos necesario un análisis especial. Ya Plá<sup>(25)</sup> ponía énfasis en esta dificultad, indicando cómo algunos autores -De la Cueva, Sarthou, Nicolliello- expresaban su reticencia, aunque solo este último era irreductible al respecto, ya que todos los demás, incluido naturalmente el propio Plá, aceptan la prescripción como un elemento fundamental para la seguridad jurídica.

Como dice Vázquez Vialard<sup>(26)</sup>, en la figura de la prescripción “se enfrentan dos principios, uno del derecho del trabajo (el de la irrenunciabilidad) y otro del derecho común (el de la seguridad jurídica), al que normalmente la doctrina y las normas legales dan prioridad sobre el anterior. Consideramos que esa solución es razonable en la medida en que la inacción voluntaria del trabajador durante un lapso prudencial (...) demuestra su falta de interés para ejercer el derecho que la ley le reconoce. Por lo tanto, creemos que se justifica que transcurrido el plazo y en la medida en que la parte interesada oponga la defensa (ya por vía de acción -no es necesario que así lo haga- o de excepción, que debe hacerlo tempestivamente) (...), el trabajador pierda parte de la efectividad de su derecho, que se convierte así en una obligación natural”.

En nuestro criterio el conflicto entre irrenunciabilidad y prescripción no existe, desde una perspectiva estrictamente jurídica.

En primer lugar, la renuncia “es un negocio jurídico, individual o bilateral (...) a través del cual el trabajador expresa el abandono de su derecho (en la medida en que se lo admite, es total). En cambio, en la prescripción no hay renuncia, sino

(25) *Op. cit.*; pp. 186 y siguientes.

(26) *Op. cit.*; p. 235.

inacción, que en la medida en que se prolonga más allá del plazo fijado daña la efectividad de la acción”<sup>(27)</sup>.

De otro lado y fundamentalmente, la prescripción no extingue el derecho, sino solo la acción para reclamarlo. El derecho como tal subsiste, aunque adquiera una diversa naturaleza: la de derecho natural. El trabajador no ha renunciado a él, aunque el ordenamiento no le ofrezca ya medios para hacerlo efectivo. Como expresa De la Villa<sup>(28)</sup>, al criticar a parte de la doctrina española que habla de renuncia pasiva y señalar dos notas diferenciales: “(i) en el no ejercicio falta el efecto típico de la inmediata pérdida o extinción del derecho como consecuencia de la manifestación, expresa o tácita, de la voluntad de renuncia; esto unido a que no interviene la voluntad en la pérdida o extinción del derecho por el no ejercicio; y, (ii) el derecho no puede proteger el no ejercicio forzando a una actuación concreta, y en cambio, sí limita activamente los actos de renuncia; incluso es posible que el sujeto realice un acto, expreso o tácito, de renuncia, y que, posteriormente, por el juego del principio de la irrenunciabilidad, llegue a ejercitar válidamente el derecho inválidamente renunciado. Admitido lo anterior, parece que tampoco podrá calificarse de renuncia el mero retraso en el ejercicio del derecho”.

Por ende, no puede objetarse la prescripción desde la perspectiva de la irrenunciabilidad, ya que el derecho, aunque en estado de latencia, sigue vivo y no ha sido objeto de renuncia. Tanto así que si es reconocido recupera instantáneamente su efectividad y vuelve a ser jurídicamente exigible, fenómeno que no existe en la renuncia, que destruye el derecho subjetivo y exonera de modo irreversible al obligado.

Cierto es, sin duda, que desde una óptica pragmática los efectos serán equivalentes, pero peores serían las consecuencias de una imprescriptibilidad absoluta y perpetua, que pudiera extenderse por décadas, transmitirse por generaciones y destruir todo atisbo de seguridad jurídica.

Porque si la irrenunciabilidad pudiera ser asumida en términos tan absolutos, también

tendría que serlo la imprescriptibilidad. Cualquier medida, cualquier plazo, toda limitación, aunque fuera desmesurada (30 años, 50 años, 100 años) recibiría la misma objeción que aquella moderada (un año, dos años, cuatro años). Es un problema de calidad, no de cantidad.

Por lo demás, si el fundamento de la irrenunciabilidad es el carácter imperativo de la norma, tal carácter existe en otras normas jurídicas ajenas al campo laboral, y en todas ellas impera el principio prescriptorio, sin que existe razón para dar a la normal laboral, por ese fundamento, una invulnerabilidad al paso del tiempo que contraría la necesidad de seguridad jurídica.

Y si se asume que hay también, en la sombra o a la espalda de la irrenunciabilidad, la idea de que el trabajador, cuando renuncia, lo hace compelido por la necesidad, sujeto a una ruda desigualdad jurídica, urgido por problemas económicos actuales, que lo pueden llevar a sacrificar parte de sus derechos, ninguna de esas situaciones es válida ni está presente frente a la prescripción, que revela por el contrario que el trabajador ya no está presionado ni por la urgencia ni por la necesidad, a tal grado que puede permitirse dejar pasar un tiempo, por lo general muy prolongado, y que en la mayoría de las legislaciones solo cuenta desde que el vínculo laboral se extingue, eliminando así también la presión psicológica implícita en el contrato de trabajo.

Lo expresa inmejorablemente Néstor de Buen<sup>(29)</sup>, “No cabe duda de que, si no estuviera debidamente reglamentada la prescripción extintiva, la vida de las relaciones laborales sería intolerable y no habría tiempo más que para atender a los conflictos, sin que existiera capital que pudiera hacerles frente. En ello, inclusive, se produciría un fenómeno pernicioso para la estabilidad de las empresas y, por lo mismo, para los propios trabajadores”.

## 7. El principio de irrenunciabilidad en el Derecho positivo

Es conocida la reticencia de Plá a la trasmigración de los principios en normas positivas.

(27) *Ibid.*; p. 236

(28) *Op. cit.*; p. 13.

(29) DE BUEN LOZANO, Néstor. *Derecho del trabajo*. Tomo I. 13era. edición. México: Porrúa, 2000. p. 653.

“Curiosamente -dice<sup>(30)</sup>- la experiencia histórica universal enseña que la concreción en la ley les quita fecundidad. Se ha señalado que en los países en que no se ha dado una advocación jurídica positiva a los principios del derecho del trabajo, estos se han abierto camino con mayor pujanza y decisión que en los restantes. La consagración en virtud de la ley cristaliza y, por eso mismo, congela la función que estos principios pueden tener”.

Tal objeción puede ser válida, sin duda, respecto de principios más abstractos como el protector, el de razonabilidad o el de buena fe, mas no, en nuestra opinión, para el de irrenunciabilidad, el cual, si no está plasmado en una norma legal, difícilmente podría ser invocado por el trabajador o aplicado por el juez. De allí que aparezca en gran número de constituciones, como soporte del carácter imperativo de las normas laborales.

Por eso Alfredo Montoya Melgar<sup>(31)</sup>, al examinar en conjunto las constituciones iberoamericanas y en especial la española, considera que para evitar la “inacabable polémica sobre si los principios del Derecho se encuentran ya como tales en la conciencia ético-jurídica de la comunidad o si, por el contrario, solo alcanzan tal rango cuando además los proclama el propio ordenamiento”, considera apropiado que las Cartas relacionen “los que ella misma considera principios inspiradores del orden socio-laboral, y a los que atribuye una determinada efectividad”. Dentro de estos cabe ubicar, en nuestra opinión y por lo arriba expuesto, el de irrenunciabilidad, que aparece en un elevado número de constituciones iberoamericanas.

### 7.1. En las constituciones

Un breve repaso sobre las constituciones iberoamericanas nos revela grandes coincidencias, algunas diferencias, todas muy leves, y alguna curiosidad.

Contienen referencia explícita a la irrenunciabilidad, en forma directa o inequívoca, las cartas de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú y Venezuela<sup>(32)</sup>. Es interesante una visión sinóptica de lo que expresan.

#### 7.1.1. Bolivia

“Los derechos y beneficios reconocidos en favor de los trabajadores no pueden renunciarse, y son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos” (artículo 162). La irrenunciabilidad abarca todos los derechos reconocidos, sin especificar su origen, de donde se colige que comprende tanto los nacidos de la propia Constitución y de la ley, cuanto los que tengan otro origen, como sería el caso de los que emanan de la contratación colectiva.

#### 7.1.2. Colombia

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales (...) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales” (artículo 53). Se aprecia que la irrenunciabilidad solo alcanza los mínimos legales, de donde queda claro que no se extiende, al menos en su formulación constitucional, a los de origen *infra* legal.

#### 7.1.3. Costa Rica

“Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional” (artículo 74). Aunque la formulación adolece de alguna imprecisión, es claro que la irrenunciabilidad, que es automática respecto de los derechos y beneficios de rango constitucional, requiere de explicitación cuando deriva de una norma de inferior rango.

#### 7.1.4. Ecuador

“Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique renuncia, disminución o alteración de ellos. Las acciones para reclamarlas prescribirán en el tiempo señalado por la ley, contando desde la

(30) *Op. cit.*; p. 34.

(31) MONTOYA MELGAR, Alfredo: *El trabajo en la Constitución. (La experiencia española en el marco iberoamericano)*. En: *El trabajo y la Constitución*. p. 483.

(32) MARCENARO, Ricardo. *El Trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas*. Lima, 2004.

terminación de la relación laboral” (artículo 31). No hay cortapisa respecto del origen de los derechos: son irrenunciables todos, cualquiera sea su origen. Es destacable el acierto técnico de colocar, en un mismo precepto constitucional, el principio de irrenunciabilidad y la norma en materia de prescripción, que elimina así de raíz toda duda acerca de la compatibilidad de ambos principios.

#### 7.1.5. El Salvador

“Los derechos consagrados en favor de los trabajadores son irrenunciables. La enumeración de los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere, no excluye otros que se deriven de los principios de justicia social” (artículo 52). No queda en evidencia la correlación entre los dos párrafos de este artículo: del primero parece claro que la irrenunciabilidad es general; del segundo, no se aprecia si esa irrenunciabilidad se extiende a los demás que deriven de los principios de justicia social, término este cuya amplitud puede generar ambigüedad.

#### 7.1.6. Guatemala

“Irrenunciabilidad de los derechos laborales. Los derechos consignados en esta sección son irrenunciables para los trabajadores, susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva, y en la forma que fija la ley. Para este fin el Estado fomentará y protegerá la negociación colectiva. Serán nulas *ipso jure* y no obligarán a los trabajadores, aunque se expresen en un contrato colectivo o individual de trabajo, en un convenio o en otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, en los tratados internacionales ratificados por Guatemala, en los reglamentos u otras disposiciones relativas al trabajo” (artículo 106). Y también: “Derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo. Son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales: (...) ñ) Fijación de las normas de cumplimiento obligatorio para empleadores y trabajadores en los contratos individuales y colectivos de trabajo (...)” (artículo 102). El primero de estos dos artículos es de una minuciosidad que no requiere comentarios. El segundo apunta a la determinación, por la legislación derivada, de las normas que limitan la autonomía privada.

#### 7.1.7. Honduras

“Las leyes que rigen las relaciones entre patronos y trabajadores son de orden público. Son nulos los actos, estipulaciones o convenciones que impliquen renuncia, disminuyan, restrinjan o tergiversen las siguientes garantías (...)” (artículo 128). El primer párrafo consagra de modo expreso el carácter de orden público de las normas laborales; en el segundo, la irrenunciabilidad es plasmada a través de la nulificación de los actos trasgresores.

#### 7.1.8. México

“Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato: a) Las que estipulen una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva, dada la índole del trabajo; b) Las que fijen un salario que no sea remunerador a juicio de la Juntas de Conciliación y Arbitraje; c) Las que estipulen un plazo mayor de una semana para la percepción del jornal; d) Las que señalen un lugar de recreo, fonda, café, taberna, cantina o tienda para efectuar el pago del salario, cuando no se trate de empleador de esos establecimientos; e) Las que entrañen obligación directa o indirecta de adquirir los artículos de consumo en tiendas o lugares determinados; f) Las que permitan retener el salario en concepto de multa; g) Las que constituyan renuncia hecha por el obrero de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidente de trabajo y enfermedades profesionales, perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato o por despedirse de la obra; h) Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio de los trabajadores” (artículo 123, fracción XVII). En sentido estricto, bastarían los dos últimos incisos; los demás responden a circunstancias propias del momento histórico en que la famosa Constitución de Querétaro fue adoptada.

#### 7.1.9. Panamá

“Son nulas y, por lo tanto, no obligan a los contratantes, aunque se expresen en un contrato de trabajo o en otro pacto cualquiera, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, adulteración o dejación de algún derecho reconocido a favor del trabajador. La Ley regulará todo lo relativo al contrato de trabajo”

(artículo 67). Y así mismo: “Los derechos y garantías establecidos en este Capítulo serán considerados como mínimos a favor de los trabajadores” (artículo 75). Solo llama la atención que un solo artículo regule la nulidad de la renuncia y disponga que la ley regule el contrato.

#### 7.1.10. Paraguay

“La ley protegerá el trabajo en todas sus formas y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables” (artículo 86). Es coherente la regulación conjunta de la protección al trabajador y la irrenunciabilidad de los derechos.

#### 7.1.11. Perú

“En la relación de trabajo rigen los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley” (artículo 26). La Carta norma tanto este principio como otros, pero precisa que la irrenunciabilidad se refiere a derechos nacidos de norma legal.

#### 7.1.12. Venezuela

“Son irrenunciables por el trabajador las disposiciones que la ley establezca para favorecerlo o protegerlo” (artículo 85). Claro y conciso, este artículo solo refiere a las normas de carácter legal y de contenido protector<sup>(33)</sup>.

### 7.2. En la normativa laboral común

La ausencia de una norma que constitucionalice la irrenunciabilidad no es óbice para que esta se dé a nivel legal. Países en los que tal principio está plasmado a ese nivel son, entre otros, la República Argentina (artículos 15 y 277, párrafo 2, de la Ley del Contrato de Trabajo), España (artículos 3.1 c y 3.5 del Estatuto de los Trabajadores) y Uruguay (artículo 13 de la ley 16.074 sobre accidentes de trabajo, artículo 15 de la Ley 12.590, sobre vacaciones, y otras), por citar solo países en los que no hay norma constitucional al respecto.

### 8. La irrenunciabilidad del convenio colectivo

La existencia de una instancia de intermediación entre el empresario y sus trabajadores, constituida por el colectivo de los trabajadores, organizados en sindicato o simplemente coaligados, provoca un juego dinámico de relaciones que hacen que los conceptos de autonomía y heteronomía adquieran significados variables.

Así, la contratación colectiva es la manifestación suprema de ejercicio de la autonomía colectiva, y su fruto -el convenio colectivo-, el instrumento arquetípico de esa autonomía. Pero el convenio, a su vez, no puede ser dejado sin efecto por acto o contrato individual y actúa, por ende, como fuente heterónoma respecto del trabajador individualmente considerado. Para este (como para el empleador) el convenio es norma imperativa, y como tal, fuente heterónoma.

El convenio colectivo tiene fuerza vinculante entre las partes que la adoptaron. La ley peruana sobre la materia agrega: “La convención colectiva de trabajo (...) modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador (...)”<sup>(34)</sup>.

El impedimento se refiere a la afectación por un contrato individual del contenido del convenio, cuyo estamento como fuente de derecho es superior, mas no a la posibilidad de modificación por otro convenio colectivo, aun cuando lo extinga, reduzca o altere en forma desventajosa para los trabajadores, en lo que se conoce como *reformatio in pejus*.

En tal sentido, las legislaciones en general, y entre ellas la peruana, optan por la teoría de la modernidad “conforme a la cual opera una incorporación o adaptación provisoria del convenio

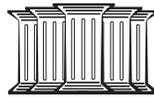
(33) Marcenaro (*Op. cit.*; p. 112) entiende que el principio está recogido en el artículo 48 de la Constitución de República Dominicana, que dice: “Las Leyes relativas al orden público, la policía, la seguridad y las buenas costumbres, obligan a todos los habitantes del territorio y no pueden ser derogadas por convenios particulares”, refiere a las normas laborales”. HERNÁNDEZ RUEDA Lupo. *El Derecho del Trabajo en la Constitución dominicana*. En: *El trabajo y la Constitución. Op. cit.*; p. 354, considera, por el contrario, que la actual Carta dominicana suprimió el principio de irrenunciabilidad laboral que había en la precedente, aunque subsiste en el Código de Trabajo.

(34) Artículo 43 inciso a del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR.

colectivo al contrato individual de trabajo, limitada a la vigencia de aquél<sup>(35)</sup>, y no la teoría de la incorporación, conforme a la cual las cláusulas del convenio se insertan de manera indisoluble e indelible en el contrato individual, por lo que no resultarían afectadas por las modificaciones que se produzcan en aquél, que es la expresión radical del principio de condición más beneficiosa.

#### 9. Derechos nacidos del contrato individual

No hay controversia al respecto. Hacemos nuestra la posición de la doctrina española en el sentido de que “La prohibición (...) no afecta a los derechos nacidos del propio contrato, que serán disponibles en todo caso por el trabajador a efectos de modificación o supresión por acuerdo individual, salvo, naturalmente, de la eventual presencia de vicios en la prestación del consentimiento”<sup>(36)</sup>.  $\square$



MUÑIZ · RAMÍREZ  
PÉREZ-TAIMAN & LUNA-VICTORIA  
A B O G A D O S

Las Begonias N° 475, Sexto Piso, San Isidro, Lima 27, Perú  
<http://www.munizlaw.com>  
Phone (51-1)611-7000  
Fax (51-1) 611-7010 / 611-7020  
[postmast@munizlaw.com](mailto:postmast@munizlaw.com)  
Lima -Trujillo-Arequipa-Quito-Guayaquil

(35) FERRO DELGADO, Víctor. *El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional*. En: *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano*. p. 134.

(36) SALA FRANCO. *Op. cit.*; p. 184.

# ESTUDIO OLAECHEA

---

1878

Bernardo Monteagudo 201, San Isidro, Lima 27, Perú  
Teléfonos: (51-1) 264-4040 (51-1) 264-3620 Fax: (51-1) 264-4050 (51-1) 264-3080  
E-mail: [postmaster@esola.com.pe](mailto:postmaster@esola.com.pe) Web site: <http://www.olaechea.com>

**PUBLICIDAD  
ABACO  
FILM**

**PUBLICIDAD  
WONG  
1/2 PAG FILM**

# Reflexiones sobre tutela preventiva

Enrique Palacios Pareja<sup>(\*)</sup>

Comúnmente se ve al proceso como una herramienta para acudir al órgano jurisdiccional buscando se reparen derechos vulnerados o lesionados. Esto significa que el Estado, a través de su brazo jurisdiccional, entra en acción luego de producido el incumplimiento y la afectación de los derechos del demandante, a fin de que estos derechos sean reconocidos y efectivamente satisfechos. En otras palabras, la judicatura actúa como el médico frente a la enfermedad ya manifiesta, a fin recuperar la deteriorada salud del paciente. Nos encontramos entonces frente a la tutela ordinaria.

De otro lado, así como ante la presencia de determinados síntomas acudimos al médico para tomar medidas preventivas y evitar que la enfermedad se produzca, podemos dirigirnos al órgano jurisdiccional para que entre en acción evitando que se lesionen los derechos. Estamos entonces frente a la tutela jurisdiccional preventiva.

Como veremos, la tutela preventiva tiene varias manifestaciones, tales como la condena a futuro, las pretensiones meramente declarativas y las pretensiones inhibitorias. En las páginas siguientes nos aproximaremos a este tema para analizar su origen, características, importancia y razón de ser, deteniéndonos en algunas situaciones que nos parecen de interés.

## 1. La tutela preventiva

Si revisamos la definición que la doctrina nos proporciona sobre la jurisdicción, desde un punto de vista funcional y general, encontramos que esta es “la soberanía del Estado, aplicada por conducto

del órgano especial a la función de administrar justicia, para la realización o garantía del Derecho, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos, y en forma obligatoria y definitiva”<sup>(1)</sup>.

El fin principal de la jurisdicción es entonces la satisfacción del interés público, realizando o garantizando el Derecho frente a su incumplimiento o a la posibilidad de su inobservancia. La jurisdicción está dirigida por tanto a obtener paz, armonía y convivencia sociales. Secundariamente, la jurisdicción tiene por finalidad solucionar conflictos de intereses o esclarecer incertidumbres jurídicas.

Concordante con estos postulados, el Código Procesal peruano establece en el artículo III del Título Preliminar, que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica; y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. El Código Procesal se refiere al proceso y no a la jurisdicción, lo cual no constituye inconveniente alguno, pues el proceso no es otra cosa que la herramienta para el ejercicio de la jurisdicción. Como sabemos, solo se puede ejercer función jurisdiccional a través del proceso.

Para el logro de tan elevada función, la jurisdicción no puede limitarse tan solo a reaccionar ante la violación o lesión de un derecho, colocándose en medio de los justiciables ya enfrentados en una relación de conflicto, para intentar solucionarlo. Se trata entonces, además,

(\*) Profesor de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Instituciones Generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar Ediciones, 1966. p. 70.