

DERECHO

Compensación por tiempo de servicios

FERNANDO ALVAREZ RAMIREZ DE PIEROLA

Régimen matrimonial peruano HECTOR CORNEJO CHAVEZ

Autonomía de la voluntad en el Código Civil peruano
de 1984: comentario a los artículos 2095 y 2096

MARIA ANTONIETA DELGADO MENENDEZ
MARIA DEL CARMEN DELGADO MENENDEZ

La legislación delegada en la Constitución peruana
de 1979: algunos problemas y experiencias del
periodo 1980-1985

FRANCISCO JOSE EGUIGUREN

Cómo estudiar Derecho Constitucional

DOMINGO GARCIA BELAUNDE

Las normas regionales y el ordenamiento
jurídico nacional

CESAR LANDA A.

Constitución y economía de mercado

CESAR OCHOA C.

La falta grave laboral

MARIO PASCO COSMOPOLIS

Naturaleza jurídica del contrato Joint Venture

REYNALDO PASTOR ARGUMEDO

La interpretación constitucional

ANIBAL QUIROGA LEON

Concubinato y fertilización *in vitro*

ROGER RODRIGUEZ I.

Las condiciones objetivas de punibilidad
y su tratamiento procesal en el Perú

CESAR EUGENIO SAN MARTIN CASTRO

El tiempo como fenómeno jurídico

FERNANDO VIDAL R.



Suscripciones

Para las tarifas de suscripciones véase la última página de la revista.

El contenido de los artículos publicados en *Derecho*, es responsabilidad exclusiva de sus autores.

(c) Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial, 1986
Derechos Reservados

ISSN 0251-3412

**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL PERU**

DERECHO

**NUMERO 39
DICIEMBRE 1985**

CONTENIDO

De los Editores	5
Compensación por tiempo de servicios Fernando Alvarez Ramírez de Piérola	7
Régimen matrimonial peruano Héctor Cornejo Chávez	87
Autonomía de la voluntad en el Código Civil peruano de 1984: comentario a los artículos 2095 y 2096 María Antonieta Delgado Menéndez María del Carmen Delgado Menéndez	127
La legislación delegada en la Constitución peruana de 1979: algunos problemas y experiencias del periodo 1980-1985 Francisco José Eguiguren	139
Cómo estudiar Derecho Constitucional Domingo García Belaunde	177
Las normas regionales y el ordenamiento jurídico nacional César Landa Arroyo	191
Constitución y economía de mercado César Ochoa Cardich	229
La falta grave laboral Mario Pasco Cosmópolis	269
Naturaleza jurídica del contrato de Joint Venture Reynaldo Pastor Argumedo	313

La interpretación constitucional Aníbal Quiroga León	323
Concubinato y fertilización <i>in vitro</i> Roger Rodríguez Iturri	345
Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú César Eugenio San Martín Castro	355
El tiempo como fenómeno jurídico Fernando Vidal Ramírez	369

DE LOS EDITORES

Esta edición de la revista DERECHO está dedicada a diversos temas jurídicos de particular actualidad en el medio nacional. Dentro del ámbito laboral, los problemas de la Falta Grave y Compensación por Tiempo de Servicios, tratados por los profesores Mario Pasco y Fernando Alvarez respectivamente, vienen siendo materia de estudio y trabajo legislativo.

En el ámbito constitucional, los temas de regionalización y de legislación delegada han aparecido reiteradamente en la discusión, presentando aristas interesantes de debate. El Dr. César Landa Arroyo publica un trabajo sobre las dimensiones jurídicas y legislativas del tema regionalización, que no han sido sistemáticamente abordadas en la argumentación existente; y, el Dr. Francisco Eguiguren Praeli aborda una evaluación de la utilización de la legislación delegada durante el período de gobierno 1980-1985.

Nuestra revista da un espacio singular a los temas constitucionales y, dentro de él, en este número publicamos tres interesantes artículos: el Dr. Domingo García Belaunde, profesor universitario de larga trayectoria y connotado constitucionalista, se ocupa del estudio de esta disciplina. El Dr. Aníbal Quiroga León trata el tema de la interpretación constitucional, que tiene consecuencias prácticas en el proceso de institucionalización de la vida democrática del país; y, el Dr. César Ochoa Cardich se ocupa de la normatividad económica de la Constitución vigente, raramente abordada en estudios jurídicos.

Luego de varios años, nuestra revista publica un trabajo de Derecho Penal que, bajo el título Las Condiciones Objetivas de Punibilidad y su Tratamiento Procesal en el Perú, ha preparado el Dr. César Eugenio San Martín Castro, destacado profesor del área penal de nuestra Facultad de Derecho, y magistrado con largos años de vinculación a nuestro Poder Judicial.

El Código Civil de reciente vigencia concita la atención de los estudiosos y, tenemos cuatro trabajos vinculados a él: dentro del ámbito familiar, el Dr. Róger Rodríguez Iturri se ocupa del concubinato y la fertilización in vitro; el Dr. Fernando Vidal Ramírez, especialista en Acto Jurídico, analiza al tiempo como fenómeno jurídico; nuestras exalumnas y bachilleres, Srtas. María

Antonieta y María del Carmen Delgado Menéndez abordan un tema de Derecho Internacional Privado, disciplina sobre la cual existe reducida cantidad de publicaciones en el medio nacional; y, en el ámbito contractual, el Dr. Reynaldo Pastor Argumedo publica un trabajo sobre la naturaleza jurídica del contrato de Joint Venture, de particular vigencia contemporánea en nuestro medio.

La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú contribuye, de esta manera, al debate jurídico nacional de temas de significativo interés, con productos del trabajo de investigación de sus docentes y egresados.

El presente número ha sido preparado por el Consejo Editorial de la revista DERECHO nombrado por el Consejo de nuestra Facultad en 1985, y que está compuesto por el Dr. Miguel de Althaus Guarderas, profesor principal; el Dr. Marcial Rubio Correa, profesor asociado; el Dr. Iván Humberto Jara Flórez, recientemente incorporado a nuestra plana docente y que en años anteriores tuvo participación en este mismo Consejo como miembro estudiantil; y la Srta. Raquel Irigoyen Fajardo, miembro del Tercio Estudiantil de la Facultad y que ha sido nominada para representar a su estamento en la producción de esta publicación académica.

El Consejo agradece a los profesores y exalumnos que, generosamente, permiten editar este nuevo número de la revista DERECHO.

COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS

Fernando Alvarez Ramírez de Piérola

INTRODUCCION

La compensación por Tiempo de Servicios es una de las instituciones más antiguas y arraigadas en el ordenamiento jurídico-laboral peruano.

Sabido es que el Contrato de Trabajo puede terminar por causas imputables a la voluntad conjunta de las partes; por decisión unilateral del empleador o del trabajador; y por causas ajenas a la voluntad de las partes. En la legislación laboral del Perú, cualquiera que fuere la causa de terminación de la relación de trabajo, procede el pago de la Compensación por Tiempo de Servicios a cargo del empleador. Sin embargo, no todas las legislaciones laborales del orbe consagran este derecho a favor del trabajador. Algunas no la otorgan y otras la conceden, solamente, en los casos de ruptura del vínculo laboral por causas imputables al empleador, negándola en el caso de retiro voluntario del trabajador o por cualquier otra causa ajena a la voluntad del empleador.

La presente exposición está, pues, destinada al estudio y análisis de Compensación por Tiempo de Servicios y sus consecuencias jurídicas, tanto desde el punto de vista doctrinario, legislativo, jurisprudencial y convencional.

DENOMINACION

La Compensación por Tiempo de Servicios es conocida con diversas expresiones. No todas las legislaciones emplean el mismo nombre para denominarla. En Italia, donde tuvo su origen, la nueva ley la llama "Indemnización de Antigüedad". La legislación argentina, a través de las leyes Nos. 11729 y 17391, usa el nombre de "Indemnización por Despido o Antigüedad". En Chile, el Código de Trabajo de 1931, la llama "Indemnización por Tiempo o Años Servidos". En México, el Código de Trabajo de 1931, la identifica con el nombre de "Indemnización de Cesantía". El Código

de Trabajo del Ecuador usa el nombre de “Fondo de Reserva”. En Colombia se le conoce con el nombre de “Auxilio de Cesantía”. En Venezuela “Indemnización por Antigüedad”. En Bolivia se le conoce como “Indemnización por Tiempo de Servicios”. Otras legislaciones latinoamericanas emplean las denominaciones de “Indemnización por Tiempo Servido”, “Indemnización por Antigüedad en el Trabajo” (1).

En el Perú, se le conoce, indistintamente, con los vocablos “Compensación e Indemnización” por Tiempo de Servicios. Así, las leyes 4916, 6871, 10239, 13842, 23707, Decretos Leyes 14218, 21116 y 21396, así como el Artículo 44o. de la Constitución Política, emplean la palabra “Compensación”; en tanto que las leyes 8439, 9463, 12015, Decretos Leyes 22653 y 22658, así como los Decretos Supremos de 12 de mayo de 1950 y de 26 de mayo de 1962 usan el término “Indemnización”.

No obstante que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia aceptan, indistintamente y como sinónimos, los vocablos compensación e indemnización, estimamos que este último se ajusta, con mayor propiedad, a la naturaleza jurídica del beneficio social que venimos examinando.

En efecto, la denominación “compensación”, jurídicamente, constituye un medio extintivo de las obligaciones, consistente en el descuento de una deuda por otra entre personas recíprocamente acreedoras y deudoras. Considerada así, la compensación es una forma de pago, por cuanto una deuda sirve para el pago de la otra.

Por su parte, el término “Indemnización” está ligado a la idea de reparación o resarcimiento de un daño causado.

Adelantando nuestro criterio sobre el particular, creemos que la denominación “Indemnización” es más apropiada, por cuanto dicho vocablo importa, conceptualmente, la idea de resarcimiento o reparación y, precisamente, a nuestro entender, el fundamento jurídico de esta institución, es el resarcimiento a que tiene derecho

(1) Mario Deveali - Lineamientos de Derecho del Trabajo, pág. 349. Rafael Caldera - Derecho del Trabajo, pág. 395. Unsain - Empleados de Comercio, pág. 156.

el trabajador por el desgaste de energías experimentado durante la vigencia del vínculo laboral. Además, armoniza mejor con la nomenclatura empleada por las más avanzadas legislaciones laborales del orbe, conforme se ha expuesto líneas arriba.

Probablemente, la diferente terminología usada para denominar a esta institución, sea consecuencia del distinto concepto que cada legislación tenga sobre su exacta naturaleza jurídica. La experiencia nos demuestra que, muchas veces, la denominación de una institución, ejerce gran influencia sobre la determinación de su contenido jurídico, aplicación y solución de los casos prácticos que se presentan ante los Juzgados y Tribunales de Justicia.

CONCEPTO

Cabanellas la define diciendo “que se trata de la compensación económica que el empresario le abona al trabajador por el lapso de servicios prestados y por los perjuicios que le causa la ruptura del contrato sin motivo imputable al obrero o empleado” (2).

Para Barassi, la indemnización de antigüedad se puede considerar como una segunda garantía integrativa de la indemnización de pre-aviso, a favor del trabajador que se encuentra expuesto a los daños del despido (3).

Cabe advertir que la legislación argentina concede la indemnización por antigüedad o despido en favor del trabajador, sólo en el caso de ruptura injustificada del contrato de trabajo por iniciativa patronal.

En nuestro concepto, la indemnización por tiempo de servicios constituye una retribución independiente de la remuneración, a que tiene derecho el servidor anualmente por el desgaste de energías experimentado en dicho período, retribución que no les es pagada al término de cada año, sino diferida al momento de la terminación del contrato de trabajo y cuya cuantía se determina en función al monto del sueldo o salario y al tiempo servido por el trabajador.

(2) Guillermo Cabanellas - Compendio de Derecho Laboral, pág. 815.

(3) L. Barassi - Tratado de Derecho de Trabajo - Tercer Tomo, pág. 381.

Este beneficio, tiene una razón de justicia social en favor del trabajador y, en el Perú, se aplica en todos los casos de terminación del Contrato de Trabajo, cualquiera que fuera su causa, diferenciándose, sustancialmente, de la indemnización por despedido intempestivo o falta de pre-aviso; de la indemnización por despido injustificado de las mujeres, menores y trabajadores estables; y de la indemnización por lucro cesante en el caso de rescisión unilateral por el empleador del contrato de trabajo a plazo fijo.

NATURALEZA JURIDICA

Existen diversas teorías que tratan de explicar los fundamentos jurídicos de la Indemnización por Tiempo de Servicios. A continuación, exponemos, suscintamente, las principales opiniones sobre el particular.

1. Teoría que sostiene que este beneficio constituye un salario diferido, es decir, una parte adicional a éste que se descuenta durante la relación de trabajo y se entrega al trabajador en el momento de la resolución del Contrato de Trabajo. Se afirma que el trabajador percibe por su trabajo una remuneración y que, además, tiene derecho a una remuneración indemnizatoria por cada año de servicios, que queda en poder del principal para serle entregada al término de la relación laboral. Al respecto, el profesor Ernesto Krotoschin sostiene que “el pago llena, así, la función de remunerar, de modo adicional, los servicios prestados en el pasado, teniendo en consideración el desgaste producido, normalmente no compensado por la remuneración corriente. El hecho de que el monto de la indemnización se calcule por años de servicios, da apoyo a este concepto” (4).

Se objeta esta teoría con el argumento de que, teniendo el carácter de remuneración, debería ser percibida por el trabajador en todos los casos de terminación del vínculo laboral, incluso por causa de falta grave. Sin embargo, no pocas legislaciones, la reconocen solamente en el caso de despido injustificado del trabajador, negándola en cualquier otra circunstancia en que no medie un hecho imputable al patrono.

(4) Ernesto Krotoschin - Tratado Práctico de Derecho de Trabajo, pág. 530.

De otro lado, se afirma que siendo el Contrato de Trabajo un vínculo jurídico de carácter oneroso y conmutativo, vale decir, que cada parte recibe de la otra prestaciones proporcionales no sujetas a ninguna eventualidad, no se justifica la tesis que otorga al trabajador un salario adicional o complementario.

Finalmente, se aduce que si la indemnización por tiempo de servicios fuese un salario diferido, debería considerársele como tal para los efectos tributarios y jubilatorios, situación que no se presenta en la práctica por estar exenta del pago de tributos y no ser computable para el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores.

2. Teoría que sostiene que es un premio a la fidelidad, colaboración y antigüedad en el trabajo, debido a quien lo realiza (5). Su fundamento estriba en considerar a la indemnización por tiempo de servicios, como una recompensa al trabajador que ha laborado para un principal lealmente durante un tiempo apreciable (6).

Esta opinión tampoco satisface plenamente, por cuanto la indemnización por tiempo de servicios no constituye, en realidad, un premio o liberalidad del principal, sino un derecho reconocido en favor del trabajador, aparte de que, según la teoría expuesta, este beneficio correspondería únicamente a los trabajadores que han permanecido mucho tiempo al servicio de un empleador y que le hayan prestado sus servicios lealmente.

Además, esta tesis presupone, por parte del trabajador, un comportamiento honesto durante toda la relación de trabajo y un récord de servicios más o menos largo, siendo así que, casi todas las legislaciones, la otorgan independientemente de la conducta observada por el trabajador y de la duración del tiempo servido.

3. Teoría que propugna la tesis que la indemnización por tiempo de servicios constituye una participación del trabajador en el mayor valor de la empresa, que es consecuencia del trabajo y colaboración de sus servidores.

(5) Gallart y Folch - Derecho Español de Trabajo.

(6) Mario Deveali - Lineamientos de Derecho del Trabajo, pág. 355.

Sostiene que la remuneración cubre el trabajo directo o inmediato del trabajador, en tanto que la indemnización por tiempo de servicios constituye el derecho del trabajador a participar, proporcionalmente, en el engrandecimiento económico de la empresa.

Esta corriente, propugnada por Anastasi (7), tuvo gran auge en los albores de la institución, empero hoy día ha perdido valor y ha caído en desuso. En efecto, la indemnización por tiempo de servicios, no encuentra su razón de ser o fundamento jurídico en las utilidades de la empresa, ya que su otorgamiento procede incluso, a favor de los trabajadores que sirven en empresas que pierden valor en lugar de ganarlo o quiebran y aún en el caso de aquéllos que trabajan para entidades sin fines de lucro.

De otro lado, las legislaciones consagran el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas, independientemente del derecho a percibir la indemnización por tiempo de servicios.

Teoría que invoca como fundamento el hecho del que el servidor, en el curso de la relación de trabajo, adquiere un crédito sobre la empresa, cuyos fondos ha ayudado a formar y engrandecer (8). Similar a la anterior.

Esta teoría es objetable, por cuanto la remuneración que recibe el trabajador, es solamente aquélla que es pactada y pagada en relación al trabajo prestado. Por consiguiente, no existe ningún crédito pendiente en favor del servidor. Además, como ya se ha expuesto en líneas precedentes, la labor desarrollada por el trabajador en pro del engrandecimiento y prosperidad de la empresa, encuentra su justa y adecuada retribución en el régimen de participación en las utilidades.

5. Teoría que sostiene, como fundamento de la indemnización por tiempo de servicios, el daño a la antigüedad; o sea que el trabajador debe ser compensado por los beneficios acumulados que pierde al dejar el trabajo.

Se objeta esta teoría con el argumento que el pago de una so-

(7) Anastasi - La ley, Tomo 4, pág. 101.

(8) Adamastor Lima - Despedida Injusta, pág. 167.

la suma de dinero, no compensa el valor de los beneficios económicos o condiciones de trabajo que el servidor podría dejar de percibir al dejar el trabajo después de muchos años de servicios.

De otro lado, no procedería su pago en el caso que el servidor se retirara voluntariamente del trabajo, por cuanto es principio de Derecho que nadie puede invocar un hecho propio para responsabilizar a tercera persona.

6. Teoría que invoca como fundamento, el resarcimiento de daños que el empleador está obligado a pagar al trabajador en caso de resolver el vínculo laboral sin que medie justa causa. Viene a ser una sanción o penalidad al despido impuesta al principal. Tesis propugnada por Ramírez Gronda y Unsain. Se critica con los siguientes argumentos. En primer lugar, la indemnización por tiempo de servicios no toma en consideración la magnitud del daño que pueda sufrir el trabajador despedido, por cuanto su monto se relaciona con una situación pasada (la antigüedad) y no futura, siendo, así, que el pasado no permite determinar el daño emergente ni, tampoco, el lucro cesante. Además, el trabajador despedido puede encontrar nueva colocación inmediatamente, incluso mejor remunerada que la anterior, o demorar un largo tiempo para ello.

De otro lado, de conformidad con la teoría expuesta, la indemnización por tiempo de servicios solo procedería en los casos de despedida sin justa causa, siendo así que, la mayoría de las legislaciones, la otorgan tanto a los servidores que son despedidos sin justa causa, como a aquellos que lo son con justa causa y a los que se retiran voluntariamente por jubilación o enfermedad. Lo que es más, procede en los contratos de trabajo a plazo fijo, cuya resolución, en última instancia, es consecuencia directa de un consenso bilateral entre empleador y trabajador expresado al fijar el plazo de extinción del contrato.

7. Teoría que invoca como fundamento una razón de previsión y asistencia social, en el sentido que el trabajador despedido tiene derecho a percibir una suma de dinero que le permita subsistir sus necesidades mientras encuentra nueva colocación. Tesis seguida por Riva Sanseverino – De Litala y Deveali. La teoría en cuestión, confunde la indemnización por tiempo

de servicios, con la indemnización por falta de aviso de despedida, llamada, también, por despedida intempestiva. Esta última, tiene por objeto resarcir el daño que el empleador irroga al trabajador al resolver el vínculo laboral súbitamente y sin otorgarle el correspondiente pre-aviso de ley. Con ello, se evita que el trabajador pueda encontrarse, inesperadamente, sin trabajo y sin una remuneración que le permita hacer frente a sus necesidades vitales.

La indemnización por despedida intempestiva, repara el daño emergente causado al servidor a quien no se dió el pre-aviso de despedida, independientemente de la indemnización por tiempo de servicios que está relacionada directamente con la antigüedad del trabajador en la empresa.

8. Teoría que sostiene que se trata de un preventivo del paro forzoso o desocupación, desde que pone un freno económico al deseo del empleador de desprenderse del personal.

La tesis expuesta, fundamenta la indemnización por tiempo de servicios en una especie de apercibimiento o amenaza económica, dirigida a aquellos empleadores que tienen por costumbre cambiar el personal a menudo, sin motivo alguno que lo justifique, incluido el puramento arbitrario.

Tal concepción no satisface doctrinariamente, desde que la indemnización por tiempo de servicios constituye un derecho que no puede encontrar su razón de ser, su esencia misma, en medidas de carácter coercitivo, aparte de que no encuadra en aquellas legislaciones que la conceden no sólo en caso de despedida injustificada, sino, también, en caso de despedida justificada, retiro voluntario, término del contrato a plazo fijo, mutuo disenso, etc.

9. Teoría que propugna que la indemnización por tiempo de servicios, tiene un fundamento de justicia social, basado en el derecho que asiste al trabajador para que sus energías gastadas por el esfuerzo productor, en favor del empleador, tengan una retribución específica proporcionada al tiempo en que han trabajado por cuenta ajena.

A nuestro juicio, esta teoría expresa, con auténtica propiedad, la verdadera naturaleza jurídica de la indemnización por tiempo de servicios.

En efecto, constituye un hecho incuestionable, que la remuneración no retribuye totalmente el esfuerzo del trabajador. Con

el correr de los años, sufre un desgaste en sus energías que, en realidad, no es remunerado por el empleador; desgaste que se traduce en la disminución de su capacidad para el trabajo y que debe ser resarcido, al tiempo de la terminación del contrato de trabajo, en función a su antigüedad en el servicio, sin que, tal indemnización, sea ajena a otros objetivos de carácter social y moral como la de otorgar al trabajador seguridad económica durante el período de la desocupación o cesantía en el trabajo. En el Perú, ni la legislación ni la jurisprudencia ni la doctrina, han precisado, en forma clara y definitiva, cual de las teorías que explican la naturaleza jurídica de la Compensación por Tiempo de Servicios, es la que ha inspirado el derecho del trabajador a un pago por los años servidos a un empleador.

Resulta bastante difícil concluir cual de las teorías expuestas explica, con mayor propiedad, la real naturaleza jurídica de esta institución laboral. Sin embargo, podemos encontrar en ellas ciertos elementos predominantes que forman su común denominador, como son la reparación o resarcimiento del daño sufrido por el trabajador y la previsión social, lo cual nos lleva a pensar que la última de las tesis expuestas es la que se acerca más al verdadero fundamento jurídico de la indemnización por tiempo de servicios, ya que el resarcimiento o reparación de las energías perdidas por el trabajador en el diario laborar subordinado, a favor del empleador, constituye una verdadera indemnización en el estricto sentido de la palabra, cuya naturaleza jurídica es muy distinta a la del salario que es una contraprestación al trabajo realizado por cuenta ajena.

En efecto, la Ley 4916 creó la Compensación por Tiempo de Servicios pero no la definió, lo que sí hizo la Ley 6871, cuyo artículo 2º precisó su concepto al expresar que “es una remuneración que el principal hace al trabajo del empleado, sea el empeño por tiempo indeterminado o a plazo fijo y conste o no de instrumento público”

Del concepto enunciado por la Ley 6871, se pensó que nuestra legislación seguía la tesis del salario diferido. Sin embargo, tal apreciación no fue unánime ni definitiva, objetándosele que, tanto la Ley 4916 como la 6871, sólo otorgaban la compensación por Tiempo de Servicios en caso de despedida del trabajador siendo así que, de tener carácter remunerativo, su otorgamiento hubiera procedido en todo caso de terminación de la relación de trabajo y no solamente en el de despido.

Por tal razón, ulteriores disposiciones legales y reglamentarias,

adoptaron la denominación de “Indemnización por Tiempo de Servicios”, acercándose a la teoría de la reparación o resarcimiento del desgaste de energías sufrido por el trabajador durante su vida laboral, atendiendo a que el esfuerzo desplegado por los servidores subordinados es irrecuperable.

Finalmente, no han faltado en nuestro país algunos seguidores de la teoría que pretende justificar la Compensación por Tiempo de Servicios, en el derecho que asiste al trabajador a participar en el mayor valor de la empresa o de aquella otra similar que invoca como fundamento el crédito sobre la empresa que adquiere el trabajador en el curso de la relación de trabajo.

Así, el Dictamen de la Comisión de Legislación de Trabajo de la Cámara de Diputados, al informar el proyecto de la Ley 10239, expresó lo siguiente: “El derecho que tiene el empleado que se retira del trabajo o que es despedido de éste a que se le abone cierta cantidad de dinero, está basado en un concepto esencialmente económico y de justicia social. La compensación por tiempo de servicios, no significa otra cosa que la devolución, en parte, que hace el patrono al esfuerzo prestado por el servidor en el acrecentamiento del capital, o sea la co-participación del empleado en las utilidades del empleador” (9).

ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL PERU

La indemnización por tiempo de servicios, aparece en nuestra legislación laboral con la dación de la Ley 4916. Hasta su promulgación, la relación contractual entre los empleados particulares y sus principales, se regía por los dispositivos contenidos en el Título Segundo de la Sección Tercera del Libro Segundo del Código de Comercio, cuyo artículo 296 prescribía que, en los casos en que el empeño no tuviese tiempo señalado, cualquiera de las partes podía darlo por fenecido avisando a la otra con un mes de anticipación, sin más derecho, en cuanto al despido, que el sueldo correspondiente a dicha mesada.

En lo que respecta a los trabajadores obreros, no existía disposición legal alguna que les concediese el beneficio de la indemnización por tiempo de servicios, situación que subsistió aún con la dación de la Ley 4916, por cuanto ésta sólo comprendió dentro de sus alcances a los empleados de comercio.

(9) Napoleón Valdez Tudela - Legislación del Empleado, pág. 53.

El inciso b) del Artículo 1º de la Ley 4916, abrogando el Artículo 296 del Código de Comercio, instauró, dentro de nuestra legislación de trabajo, el beneficio de la indemnización por tiempo de servicios, estableciendo que en el caso de que la cesación del empeño o locación de servicio se realizara porque el principal o patrón lo determinara así, notificando de despedida al dependiente o empleado, éste tendría derecho a la compensación de sueldos según la escala siguiente:

Hasta 2 años	: 1 sueldo	De 10 a 20 años	: 8 sueldos
De 2 a 5 años	: 2 sueldos	De 20 a 25 años	: 10 sueldos
De 5 a 10 años	: 4 sueldos	De 25 a 30 años	: 12 sueldos

Con fecha 2 de mayo de 1930, se promulgó la Ley 6871, la misma que, modificando el Inciso b) del artículo 1º de la Ley 4916, dispuso en su artículo primero que el abono que debe hacer el principal a su empleado, en los casos de despedida previstos por las Leyes 4916 y 5119, se computaría a razón de medio sueldo por cada año de servicios o fracción de año no menor de tres meses, añadiendo que, dicho medio sueldo, se computaría sobre la base del haber de que disfrutaba el empleado en la fecha en que ponía término a sus servicios.

Con fecha 19 de mayo de 1931, se expidió una Resolución Ministerial, la misma que, solucionando un reclamo colectivo de los trabajadores de los asientos petrolíferos, incorporó a los obreros dentro del beneficio legal de la indemnización por tiempo de servicios, disponiendo que las compañías abonarían una indemnización de 6 ó 7 jornales, si trabajaban los domingos, por cada año de servicio al obrero que fuera despedido del trabajo.

El 20 de agosto de 1936, se promulgó la Ley 8439, la misma que, ampliando las Leyes 4916 y 6871, estableció que las empresas comerciales, agrícolas, mineras, instituciones de crédito, de seguro y todas aquellas cuyo capital fuera mayor de quinientos mil Soles Oro, abonarían indemnización por tiempo de servicios a sus empleados, la misma que sería computada a razón de un sueldo por año de servicios, además de los sueldos fijados por las leyes para los casos de retiro o despedida.

El artículo 3º de la Ley 8439, determinó que en las empresas mencionadas en el párrafo anterior, los obreros tendrían derecho

a una indemnización de quince días de salario por año de servicios, en caso de despedida del trabajo, añadiendo, en su Artículo 2º, que, en el caso de muerte del empleado u obrero, la indemnización correspondería a sus herederos y, en defecto de éstos, a la persona o personas que económicamente, dependen de aquéllos.

La Ley 8439, dejó subsistente el Artículo 1º de la Ley 6871, en la parte referente al cómputo de las fracciones de año no menores de tres meses.

El 27 de diciembre de 1945, se promulgó la Ley No. 10239, la misma que, modificando las Leyes Nos. 6871 y 8439, dispuso que las compensaciones que deben pagarse a los empleados de comercio en los casos de retiro o despedida, se computarán a razón de un sueldo por cada año de servicios, dejando subsistente la segunda parte del artículo 1º de la Ley 6871, referente al cómputo de las fracciones de cada año no menores de tres meses.

Por Ley No. 14069 de 1962 el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo para promulgar la ley sobre Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado. En cumplimiento de dicha autorización, el Decreto Supremo de 11 de julio de 1962, en su VII Disposición General y Transitoria, dispuso que el régimen indemnizatorio establecido por la Ley 4916, ampliatorias, complementarias y conexas, seguiría rigiendo sin modificación alguna para los empleados particulares que estuvieran prestando servicios a la fecha de promulgación de la referida Ley y que el régimen indemnizatorio para los empleados particulares que ingresen a prestar servicios con posterioridad a la fecha de promulgación de la misma ley, será de un sueldo por año de servicios en las condiciones siguientes:

- a) Cuando el sueldo que perciba el empleado sea inferior al sueldo mínimo asegurable que rija a la fecha de terminación del contrato de trabajo, la indemnización se calculará sobre dicho sueldo mínimo asegurable
- b) Cuando el sueldo que perciba el empleado sea superior al sueldo asegurable que rija a la fecha de terminación del contrato de trabajo, la indemnización se calculará sobre dicho sueldo máximo asegurable, pero sin incluir en este límite el monto de la bonificación establecida por la Ley Nº 13023.

A la fecha en que entró en vigencia el Decreto Supremo de 11 de julio de 1962, el sueldo máximo asegurable ascendía a S/. 7,000.00 mensuales.

El régimen indemnizatorio implantado por el Decreto Supremo de 11 de julio de 1962, modificó por delegación y mediante disposición administrativa, un sistema regulado por normas legales, atentando contra el principio jurídico de jerarquía de las normas legales. Esta situación anormal, se convalidó posteriormente con la dación del Decreto Ley No. 19990. Aparte de ello, significó un recorte al derecho de los empleados que ingresaron a trabajar a partir del 12 de julio de 1962, situación que se ha ido agudizando a medida que el proceso inflacionario se ha ido acrecentando en el país.

La décimo novena Disposición Transitoria del Decreto Ley No. 19990, dispuso que la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores empleados que hubieran ingresado a prestar servicios con posterioridad al 11 de julio de 1962, seguiría siendo computada hasta un máximo de S/. 12,000.00, en tanto se legislara específicamente sobre la materia, cantidad que no incluiría el 30o/o a que se refiere la Ley 11725.

El Decreto Ley 21116 de 11 de marzo de 1975, dispuso que la compensación por tiempo de servicios no se pierde en caso de despedida por falta grave de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Asimismo, estableció el cómputo de la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores empleados y obreros, a razón de un sueldo o 30 jornales, según el caso, por año o fracción de año mayor de tres meses, salvo en los casos de despedida por falta grave en que el período menor de un año será abonado de una dozavo por mes laborado.

El Decreto Ley 21396, reglamentado por Decreto Supremo No 09-77-TR de 15 de julio de 1977, elevó del 1o de enero de 1976, la compensación por tiempo de servicios para los trabajadores empleados ingresados con posterioridad al 11 de julio de 1962, hasta un tope de S/.300,000.00 por cada año legal de servicios. Asimismo, dispuso que la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores obreros, se calculará a razón de 30 jornales o su equivalente por año de servicios, con sujeción a la tasa pre-

vista en la Ley 13842, debiendo considerarse como un año más la fracción mayor de tres meses.

Por Ley 13842, reglamentada por Decreto Supremo de 26 de mayo de 1962, se elevó a 30 jornales por cada año de trabajo, a partir del 12 de enero de 1962, la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores obreros.

El Decreto Ley No. 22658, elevó a S/. 60,000.00 por cada año legal de servicios a partir del 1º de octubre de 1979, la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores empleados ingresados con posterioridad al 11 de julio de 1962.

Por Ley N° 23707, ratificada por la Ley 23766 y reglamentada por el Decreto Supremo N° 013-84-TR de 11 de abril de 1984, se han derogado todas las disposiciones legales anteriores sobre topes indemnizatorios para los empleados de la actividad privada ingresados después del 11 de julio de 1962. En sustitución, se han puesto en vigencia dos sistemas:

- a) Por cada año de servicios o fracción mayor de tres meses, prestados entre el 11 de julio de 1962 y el 30 de setiembre de 1979, una compensación que, sumada con los montos indemnizatorios anteriores, no exceda al sueldo mínimo vital de la provincia de Lima, vigente en la fecha en que se produzca la terminación de la relación de trabajo.
- b) Por los servicios prestados a partir del 1º de octubre de 1979 una compensación de acuerdo a la última remuneración que perciban los empleados por cada año de servicios o fracción de año mayor de tres meses, con un máximo mensual de diez sueldos mínimos vitales de la provincia de Lima, vigente en la fecha en que produzca la terminación de la relación laboral.

Tanto la Ley 23707 como su Reglamento, recibieron críticas de los sectores Gubernamental y Empresarial, especialmente en lo concerniente a la formación de reservas indemnizatorias para el ejercicio económico de 1983 y su consecuente influencia sobre el Impuesto a la Renta de Tercera Categoría, así como por su efecto inflacionario por significar una mayor carga para las empresas.

Tal es, en suscita y apretada síntesis, el desarrollo de la indemnización por tiempo de servicios en la legislación laboral peruana, sin que ello signifique que la exposición precedente abarca la totalidad de las disposiciones legales y reglamentarias que norman el instituto materia del presente estudio. Sólo se han consignado aquellos dispositivos vinculados estrechamente con la evolución de sus tasas, dejando los demás aspectos para ser comentados más adelante.

SERVICIOS COMPUTABLES

El Artículo 46 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 (Reglamento de la Ley 4916) dispone que “Gozarán de todas las indemnizaciones y beneficios establecidos por la Ley. todos los empleados que presten servicios en el Perú, cualquiera que sea su nacionalidad o el lugar de celebración del contrato”.

Del texto de esta norma, podemos extraer las siguientes consideraciones:

- a) Reitera el principio que, ante la Ley, todos los trabajadores tienen iguales derechos y obligaciones cualquiera sea su nacionalidad, principio que ha sido consignado en el Artículo 42 de la actual Constitución Política del Perú.
Sin embargo, este dispositivo constitucional de carácter general, incluye, en su último párrafo, una excepción preferencial en favor del trabajador peruano, al disponer que la ley señalará una proporción preferente para los trabajadores nacionales, tanto en el número como en el monto total de remuneraciones de la empresa. Consecuentemente, en el Perú, la contratación de servicios extranjeros, está sujeta a limitaciones originadas por la protección que la legislación otorga a los trabajadores peruanos.
- b) Menciona a los trabajadores empleados sin referirse a los obreros, motivo por el cual podría pensarse que estos últimos están excluidos de sus alcances. Sin embargo, tal exclusión es sólo aparente, ya que el principio constitucional de igualdad ante la ley es de carácter general.
- c) Debe entenderse que no sólo se refiere a las indemnizaciones y beneficios establecidos por la ley, sino, también, a aquellos

que se otorgan por pacto, convenio o contrato individual o colectivo.

El artículo 47 del Reglamento de la Ley 4916, señala que “sólo se computarán, para efectos de la ley, los años de servicios prestados en el Perú en forma ininterrumpida, salvo los casos de licencia concedida. También se computarán los servicios prestados en el extranjero cuando hayan sido contratados en el Perú”.

Esta norma ratifica el principio jurídico de la territorialidad de las leyes, como expresión de la soberanía de cada país. De su enunciado, podemos derivar los siguientes aspectos:

- a) Las leyes de trabajo, por ser de orden público, son esencialmente de aplicación territorial. Por consiguiente, la legislación laboral peruana es de aplicación a todo trabajador que preste servicios en el Perú, cualquiera que sea su nacionalidad y el lugar de su contratación.
- b) Expresa que sólo se computarán los años de servicios prestados en forma “ininterrumpida”. Sobre el particular, es necesario considerar que el Reglamento de la Ley 4916 fue expedido en el año 1928, vale decir, cuando aún no se había promulgado la Ley Nº 11772 de 20 de febrero de 1952, la misma que establece la acumulación de los períodos de servicios prestados por los empleados a un mismo empleador en caso que el empleado celebre nuevo contrato con su principal, subsistiendo su antigüedad para el cómputo final de la compensación por tiempo de servicios. Por lo tanto, los servicios pueden prestarse en forma interrumpida.
- c) Los trabajadores contratados en el exterior para trabajar en el Perú, tienen derecho a los beneficios de las leyes laborales peruanas, aún en el caso que se hubiera pactado que le corresponderán los beneficios sociales del país de su contratación, en virtud de los principios de territorialidad de las leyes y de irrenunciabilidad de los beneficios sociales. En tal supuesto, podrían válidamente, reclamar los beneficios sociales que conceden las leyes peruanas, en sustitución de los beneficios que otorgan las leyes extranjeras, por cuanto no sería dable el cobro de doble beneficio. Los tratadistas Mario de la Cueva y Guillermo

Cabanellas, admiten que la territorialidad constituye la regla general, pero que, sin embargo, pueden darse casos excepcionales dentro de los cuales se admita la aplicación de la ley extranjera, sobre todo cuando para el trabajador constituya la norma más favorable. En todo caso, el problema estará en que pueda invocarse la ley extranjera cuando ella ofrezca mayores ventajas para el trabajador. El juez respectivo, entonces, difícilmente podrá rehusarla (10).

- d) Aplica extraterritorialmente la ley peruana a los servicios prestados en el extranjero por trabajadores peruanos o extranjeros, siempre y cuando hayan sido contratados en el Perú. Conforme expresa el Dr. Fernando Elías Mantero, “este dispositivo permite asegurar la continuidad de los servicios y su protección por la legislación nacional de los trabajadores de las empresas que realizan sus actividades en el territorio de varios países, como sería el caso de las empresas de transporte aéreo o marítimo que deben desplazar continuamente a su personal de un país a otro para el control de sus actividades (11). A las empresas citadas por el Dr. Elías, habría que añadir aquellas entidades transnacionales petroleras, mineras, industriales, pesqueras, bancarias, financieras, aseguradoras, etc. que, constantemente, trasladan o rotan personal técnico y/o administrativo de sus centros de trabajo ubicados en el Perú a otros centros de trabajo de las mismas empresas ubicados en otros países. Conviene precisar que, para que proceda el cómputo de los servicios prestados en el extranjero por trabajadores contratados en el Perú, es necesario que el empleador tenga domicilio en este país, pues, de lo contrario, se aplicaría la legislación laboral del país extranjero en virtud del principio de territorialidad de las leyes, aparte que el derecho del trabajador en el Perú carecería de eficacia.

En relación con el tema de la territorialidad de la ley laboral, cabe hacer mención a los siguientes documentos de carácter internacional:

(10) Caldera Rafael - Derecho del Trabajo, pág. 198.

(11) Elías Mantero Fernando - Revista Actualidad Laboral - Octubre 1984, pág. 11.

- a) El Código de Derecho Internacional Privado Americano (Código Bustamante) aprobado por la Sexta Conferencia Panamericana en La Habana el año 1928, declaró territorial la legislación sobre accidentes de trabajo y protección social del trabajador.
- b) La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá el año 1948, en su Artículo 2o., inciso e) dispone que los Derechos consagrados en favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que lo reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros.
- c) El Convenio No. 19 de la Organización Internacional de Trabajo, en su Artículo 1o., expresa que “todo miembro de la Organización Internacional de Trabajo que ratifique el presente Convenio, se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro miembro que lo haya ratificado y que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél o a sus derechos habientes, el mismo trato que otorga a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo”.

En materia de jurisprudencia nacional, debemos citar las siguientes ejecutorias:

- a) “La condición de extranjero que ostenta el trabajador, no lo priva de sus derechos, siempre que haya sido contratado en el Perú o habiendo sido contratado en el extranjero preste servicios en el Perú” (Resolución del Tribunal de Trabajo de 08 de setiembre de 1981 - Expediente No. 2323-81-MEF, pág. 551).
- b) “Para alcanzar el beneficio de la jubilación, sólo debe computarse el tiempo de servicios prestados en el Perú” (Resolución de la Corte Suprema de 11 de Octubre de 1981 - Expediente No. 93/951).
- c) “Los beneficios sociales de un contrato celebrado en el Perú, no prescriben si el servidor, no obstante haber dejado de trabajar para su principal dentro del territorio nacional, continuó

al servicio de la misma empresa en sus filiales en el extranjero” (Resolución de la Corte Suprema de 23 de Abril de 1954 - Expediente No. 1303/54).

- d) “El tiempo de servicios prestados en virtud de un contrato celebrado y ejecutado en país extranjero, no es computable en el Perú para los efectos del pago de indemnizaciones por los servicios prestados en el país a la misma empresa” (Resolución de la Corte Suprema de 1947 - Expediente No. 2789). *

A los representantes diplomáticos y/o consulares acreditados en el Perú, así como a los trabajadores nacionales y/o extranjeros que presten servicios en las sedes de las embajadas y/o consulados de países extranjeros, no les son aplicables las leyes laborales peruanas sino las de sus países, por cuanto, de conformidad con los principios del Derecho Internacional Público, existe la ficción de considerar tales sedes como territorio extranjero. Aparte de ello, los agentes diplomáticos y/o consulares gozan de ciertas prerrogativas e inmunidades propias de sus cargos, entre las cuales se encuentra la exención a la jurisdicción nacional del país ante el cual se encuentran acreditados, ya que su sometimiento a ésta podría afectar la independencia que tienen en el ejercicio de sus funciones.

Caso distinto es el de aquellos trabajadores, nacionales o extranjeros, que presten sus servicios en los domicilios u oficinas particulares de los agentes diplomáticos y/o consulares extranjeros, sea como trabajadores del hogar o como servidores privados, en el supuesto de que tales agentes realicen actividades económicas en beneficio propio y aparte de las funciones propias de sus cargos, celebrando los contratos de trabajo directamente y a título profesional.

Los artículos 335 y 337 del Código Bustamante, prescriben que si el Jefe de Estado extranjero o sus representantes han actuado como particulares o personas privadas, serán competentes los Jueces o Tribunales para conocer de los asuntos en que se ejercitan acciones reales o mixtas, si esta competencia les corresponde conforme a este Código”.

* Citadas por Fernando Elías Mantero en la Revista Actualidad Laboral, Octubre de 1984, pág. 11.

Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales peruanos se ha pronunciado en el sentido de que no cabe ninguna acción judicial contra los agentes diplomáticos y/o consulares, por considerar que gozan de la excención de jurisdicción. Así lo ha considerado la Resolución del Tribunal de Menores y de Trabajo de fecha 14 de noviembre de 1967, añadiendo que la excención de jurisdicción civil está reconocida por el Perú en la Resolución Suprema de 16 de octubre de 1843, indirectamente confirmada por la R.S. de 21 de febrero de 1891, por Decreto Supremo de 19 de abril de 1932 y por el Artículo 1o. del Decreto Supremo de 20 de agosto de 1932.

- Período de prueba

El Decreto Ley No. 14218, perceptúa que el empleado u obrero que continúe prestando servicios a su empleador una vez superado el período de prueba de tres meses, gozará del régimen indemnizatorio y compensatorio que las leyes respectivas le acuerdan, a partir del primer día de su ingreso al trabajo. Ello quiere decir que, para los efectos del pago de la indemnización por tiempo de servicios, el cómputo del récord se inicia desde la fecha de ingreso del servidor al centro de trabajo y no desde la fecha en que supera el período de prueba.

El mismo Decreto Ley 14218, dispone que los empleados u obreros despedidos dentro del período de prueba, percibirán, por concepto de compensación por tiempo de servicios, un dozavo de su remuneración mensual por cada mes de labor. Ello significa que sólo en caso de despido dentro del período de prueba, los trabajadores tienen derecho al pago de un dozavo de su remuneración por cada mes completo de labor. No se computan las fracciones de mes ni funciona su pago en caso de que el vínculo laboral termine por cualquier otra causa diferente al despido.

Al respecto, la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Trabajo se ha pronunciado en el sentido que los trabajadores despedidos dentro del período de prueba, tienen derecho a percibir dozavos de sueldo por compensación por tiempo de servicios y por remuneración vacacional correspondiente al récord truncado.

- Despido por falta grave

Hasta el 11 de marzo de 1975, los trabajadores despedidos por

haber cometido falta grave laboral, eran sancionados, además de la rescisión del vínculo laboral, con la pérdida de la compensación por tiempo de servicios. Con la dación del Decreto Ley No. 21116, esta compensación ya no se pierde por ningún motivo. Sin embargo, el artículo segundo del citado Decreto Ley, permite pagarla en mensualidades consecutivas, iguales a la remuneración que estaba percibiendo el trabajador a la fecha de su despido por falta grave, hasta cubrir su importe. A su vez, el artículo tercero del mismo Decreto Ley, dispone que, en los casos en que la comisión de la falta grave hubiera ocasionado daños y perjuicios al empleador, el monto de la compensación por tiempo de servicios que corresponda al despido, será consignado por el principal en el Banco de la Nación en entregas mensuales y quedará a las resultas del juicio correspondiente, para responder por la indemnización o reparación a que hubiere lugar.

Finalmente, la segunda parte del Artículo Quinto del Decreto Ley 21116, establece que en los casos de despedida por falta grave, la compensación por tiempo de servicios, por período menor de un año completo de servicios, será abonada a razón de un doavo por mes laborado.

- *Reingreso al servicio del mismo empleador*

El artículo 1o. de la Ley No. 11772, dispone que las compensaciones que se paguen o que se hayan pagado a los empleados de comercio, en los casos de retiro o despedida de acuerdo con lo dispuesto por la Ley No. 10239, se considerarán solo como anticipos de los beneficios sociales, en el caso de que el empleado celebre nuevo contrato con su principal y subsistirá la antigüedad de su tiempo de servicios para el cómputo final de las indemnizaciones y los efectos de la jubilación que le acuerda la Ley No. 10624.

Esta norma legal establece el principio que el reingreso del empleado al servicio de su anterior principal, produce la renovación automática del contrato de trabajo, sin que para ello se requiera de contrato expreso, retrotrayéndose la fecha de inicio de los servicios al primer período trabajado. Al momento del cese definitivo, se acumulará al nuevo período de servicios el prestado anteriormente para el efecto del cálculo final de la indemnización por tiempo de servicios, considerándose como anticipo de ésta lo pagado por el primer período de servicios.

El citado dispositivo legal, atribuye efectos ultractivos a un contrato de trabajo terminado, resultando incongruente el hecho de que un contrato rescindido por voluntad unilateral de cualquiera de las partes pueda surtir efectos venideros, máxime si consideramos que, al tiempo de cesar el empleado en su cargo, se le han liquidado y pagado las indemnizaciones que le correspondan con arreglo a ley.

Al respecto, el tratadista Ramírez Gronda (12) sostiene lo siguiente:

“En caso de reingreso de un empleado, existe un nuevo contrato de trabajo distinto al anterior. No existe continuidad en el vínculo, desde que son dos convenios separados e independientes el uno del otro, aunque el trabajador reingrese al mismo puesto, con las mismas tareas y en condiciones análogas. Es que, al abonársele las indemnizaciones por tiempo de servicios por la forma primitiva, se ha extinguido aquella relación. En consecuencia, para calcular la indemnización, que se mide según antigüedad, al empleado que reingresa debe considerársele como si recién hubiese ingresado a la empresa”.

La Ley 11772 fue dada con el objeto de reprimir la transgresión que, ciertos empleadores, venían haciendo de la regla contenida en el artículo 20 de la Ley 6871. Disponiendo ésta que la indemnización por tiempo de servicios se computaría sobre la base de la remuneración vigente al tiempo de la cesación de servicios, optaron por seguir la política de despedir a cualquier empleado dándole el pre-aviso de noventa días, señalado en el artículo 1o. de la Ley 4916, procediendo, luego, a pagarle la indemnización por tiempo de servicios. Al cabo de un tiempo, el empleado reingresaba al servicio del mismo principal, el cual repetía el mismo procedimiento del despido cada vez que se presentaba el evento de aumentos de remuneración.

En esta forma, el empleador infringía la regla del artículo 20 de la Ley 6871, enriqueciéndose indebidamente a base del menos-cabo que sufrían los empleados en sus derechos indemnizatorios, pagándoles la compensación por tiempo de servicios en base al pro-

(12) Ramírez Gronda - El Contrato de Trabajo, pág. 558.

medio de las remuneraciones percibidas durante todo el récord de servicios y no sobre el último haber mensual.

La Ley 11772 modificó la norma contenida en el artículo 47 del Reglamento de la Ley 4916, que disponía el cómputo de los años de servicios prestados en forma ininterrumpida, para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios.

Cabe tener presente que el empleado ingresado al servicio de un principal con anterioridad al 12 de julio de 1962, que cese por cualquier causa y que, posteriormente, reingrese al servicio del mismo empleador, no está sujeto a la limitación del sueldo máximo para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios, debiendo computarse los períodos trabajados y efectuar el cálculo final sobre la base del último sueldo percibido sin tope alguno, con deducción de la suma pagada en la primera liquidación.

La acumulación de los períodos de servicios prestados por los empleados a un mismo principal, para los efectos del cómputo de las indemnizaciones a que se contrae la Ley No. 11772, procede cualquiera que sea el plazo de interrupción que medie entre uno y otro período de trabajo.

De otro lado, el Decreto Supremo de 15 de octubre de 1960, reglamentario de la Ley No. 11772, dispone que la acumulación de los períodos de servicios prestados por el empleado a un mismo empleador, procede cuando la interrupción entre uno y otro período no sea mayor de tres años. Sin embargo, la Corte Suprema de la República, por ejecutoria de fecha 23 de setiembre de 1971, ratificada por la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Trabajo, ha resuelto, definitivamente, que el citado Decreto Supremo reglamentario no señala un plazo de prescripción, sino que introduce una condición para el ejercicio del derecho que no exige la Ley No. 11772, con infracción de la norma contenida en el inciso 8) del Artículo 154 de la Constitución del Estado de 1933 que ratificó el principio jurídico de la jerarquía de las normas legales, norma constitucionales que ha sido reiterada por el inciso 11 del Artículo 211 de la Constitución Política de 1979.

Asimismo, añade que el derecho de acumular los períodos de servicios prestados, surge por expreso mandato de la ley al producirse el reingreso del servidor, por lo que es inaplicable el inciso 11

del Artículo 1168 del Código Civil que señalaba en tres años el plazo de la prescripción extintiva para reclamar el pago de los beneficios sociales que quedaron sin satisfacer al término de la relación de trabajo.

A su vez, el inciso a) del artículo 5o. del Decreto Supremo No. 013-84-TR de 11 de abril de 1984, reglamentario de la Ley No. 23707, contempla el caso de los empleados que reingresan al servicio de un principal, para el cual hubieren trabajado bajo el régimen de topes indemnizatorios, estableciendo dos situaciones:

- 1) Los empleados que se encontraren en condición de reingresantes a la fecha de promulgación de la Ley No. 23707 (06 de diciembre de 1983), acumularán ambos períodos de servicios, considerándose como pago a cuenta de la compensación, el monto que, por tal concepto, hubieran percibido al cese del primer período.
- 2) Si el cese del empleado se produce con posterioridad al 06 de diciembre de 1983 y reingresare posteriormente, el pago por concepto de compensación por tiempo de servicios, calculado de acuerdo a lo dispuesto en la Ley No. 23707 y su Reglamento, tiene carácter cancelatorio.

Cabe advertir que la regla contenida en la Ley 11772, sobre acumulación de tiempo de servicios para los efectos del cálculo de la indemnización por tiempo de servicios, es de aplicación solamente al caso de los trabajadores empleados y no al de los obreros, por tener éstos un régimen laboral y un estatuto legal distinto al de aquellos, rigiéndose por las disposiciones de la Ley No. 13842 y su reglamento el Decreto Supremo de 26 de mayo de 1962, dispositivos que no contienen referencia expresa al caso de acumulación de tiempos de servicios por reingreso de obreros al servicio del mismo empleador. Por consiguiente, en caso de presentarse tal eventualidad, la compensación por el tiempo de servicios del obrero reingresante deberá liquidarse separadamente por cada período trabajado, sin que sea procedente la acumulación de ambos.

Sin embargo, podría sostenerse, fundamentalmente, que, al no existir norma expresa en contrario, las disposiciones de la Ley 11772 y su Reglamento son de aplicación a los trabajadores obre-

ros por interpretación analógica y en virtud del principio “indubio pro-operario” consagrado en el Art. 57, *in fine* de la Constitución Política de 1979, el mismo que, en caso de interpretación o duda, sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, dispone estar a lo que sea más favorable al trabajador.

– *Obreros promovidos a empleados*

La Ley No. 24083 y su Reglamento el Decreto Supremo No. 006-85-TR de 12 de febrero de 1985, regulan la forma de calcular la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores obreros que hayan pasado o pasen a la condición de empleados en una misma empresa sin rescindir el contrato de trabajo.

De acuerdo a las mencionadas disposiciones, los trabajadores obreros que, en una misma empresa, pasaron o pasen a la categoría de empleado, tienen derecho a que, al término de su relación laboral, la compensación por tiempo de servicios como obrero les sea pagada sobre la base de la última remuneración percibida como empleado, vale decir, que si el obrero que pasó a la condición de empleado recibió el importe de su compensación por tiempo de servicios al momento de su promoción a empleado y continuó trabajando al servicio del mismo empleador sin solución de continuidad, el pago recibido no tiene efecto cancelatorio por el tiempo trabajado como obrero, debiéndose considerar solamente como pago a cuenta del monto total que le corresponda recibir al momento de cesar definitivamente al servicio de su principal.

Ahora bien, para la correcta aplicación de las disposiciones que comentamos, es necesario tener en cuenta las siguientes normas de aplicación:

- a.- Al momento del cese definitivo de un obrero promovido a empleado, la liquidación final debe efectuarse considerando por separado el tiempo trabajado como obrero y el período servido como empleado.
- b.- La compensación por tiempo de servicios de los trabajadores obreros que hubieran ingresado al trabajo antes del 11 de julio de 1962 y que hubieren pasado o pasen a la condición de empleados sin rescisión del vínculo laboral, se calculará en base a la última remuneración percibida como empleado al mo-

mento del cese definitivo, es decir, sin topes indemnizatorios por los períodos trabajados como obrero y como empleado. El importe de la compensación por tiempo de servicios, percibido por el trabajador obrero al pasar a la condición de empleado sin rescisión del vínculo laboral, será considerado como pago a cuenta del que pueda resultar al final de la relación laboral.

No obstante lo expuesto, hay quienes piensan que la liquidación correspondiente al período trabajado como obrero, debe efectuarse sobre la base de la última remuneración percibida como empleado, pero subsistiendo la equivalencia de 15 días de remuneración por cada año de servicios cumplidos hasta el 11 de enero de 1962 y 30 días de remuneración por cada año posterior a dicha fecha, es decir, aplicando la forma establecida por la Ley No. 13842 y su Reglamento el Decreto Supremo de 26 de mayo de 1962.

c.- Tratándose de trabajadores obreros ingresados con posterioridad al 11 de julio de 1962 y que hubieran pasado o pasen a la categoría de empleados después de la indicada fecha, la compensación por tiempo de servicios se calculará en la forma siguiente:

– Si la remuneración percibida en condición de empleado fuere igual o inferior al tope indemnizatorio previsto en la Ley No. 23707 (S/. 720,000.00 por año), la compensación por tiempo de servicios se calculará en base a la última remuneración percibida en la condición de empleado.

– Si la remuneración percibida en condición de empleado fuere superior al tope indemnizatorio establecido por la Ley No. 23707 (S/. 720,000.00 por año), deberá practicarse doble liquidación:

La primera por el tiempo de servicios prestados como obrero, en base a la última remuneración que estuviere percibiendo al momento del cese definitivo, vale decir, sin tomar en cuenta la forma establecida por la Ley No. 13842.

La segunda liquidación, por el tiempo de servicios prestados como empleado, en base a la última remuneración percibida al momento del cese definitivo, con sujeción al tope indemnizatorio establecido en la Ley No. 23707 (S/. 720,000.00).

- d.- Los préstamos o adelantos que obtuvieren los trabajadores ingresados con posterioridad al 11 de julio de 1962, con cargo a su compensación por tiempo de servicios correspondiente al período prestado en condición de empleado, se rigen por las normas contenidas en la Ley No. 23707 y su Reglamento el Decreto Supremo No. 013-84-TR de 11 de abril de 1984.
- e.- No están comprendidos en los alcances de la Ley No. 24083, los trabajadores obreros promovidos a empleados pero que hayan cesado en el trabajo con anterioridad al 24 de enero de 1985, no obstante haber estado comprendidos en ambos regímenes, tanto en el de obrero como en el de empleado. Ello por cuanto la Ley No. 24083, ha entrado en vigencia a partir del 24 de enero de 1985, día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano", por así disponerlo, expresamente el artículo 5o. de la misma.

CALCULO DE LA COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS.

Para determinar el monto de la indemnización por tiempo de servicios de los trabajadores de la actividad privada, es necesario distinguir el caso de los empleados del de los obreros.

En el caso de los empleados, se presentan dos situaciones: la de los ingresados al trabajo antes del 12 de julio de 1962 y la de los ingresados después de dicha fecha.

En la primera situación, el monto de la indemnización por tiempo de servicios se calcula sobre la base del último sueldo básico percibido por el empleado sin límite o tope alguno, multiplicándolo por cada año de servicios o fracción de año mayor de tres meses, sea en caso de retiro o de despido. Así lo dispone la Ley No. 10239.

En cambio, la indemnización por tiempo de servicios de los empleados ingresados al servicio del empleador a partir del 12 de julio de 1962, se calcula con arreglo a las normas contenidas en la Ley No. 23707 y su Reglamento el Decreto Supremo No. 013-84-TR de 11 de abril de 1984, las mismas que disponen lo siguiente:

- a.- Por el período comprendido entre el 12 de julio de 1962 y el 30 de setiembre de 1979, percibirán, por cada año de servicios o fracción de año mayor de tres meses, una compensación que no exceda al sueldo mínimo vital de la provincia de Lima, vigente en la fecha en que se produzca la terminación de la relación de trabajo. Actualmente, el sueldo mínimo vital de la provincia de Lima, es de S/. 72,000.00 mensuales.
- b.- Por el período comprendido entre el 1o. de octubre de 1979 y la fecha de cesación en el trabajo, percibirán, por cada año de servicios o fracción de año mayor de tres meses, una compensación de acuerdo a la última remuneración con el máximo mensual de diez sueldos mínimos vitales de la provincia de Lima, vigente en la fecha en que se produzca la terminación de la relación laboral. Considerando que el sueldo mínimo vital de la Provincia de Lima, asciende, actualmente, a S/. 72.000.00 mensuales, el máximo de la remuneración mensual indemnizable es de S/. 720,000.00 por cada año de servicios o fracción de año mayor de tres meses.

En el caso en que, por la antigüedad del empleado, deba practicarse doble liquidación, para el cálculo de las fracciones por tiempo de servicios se observarán las siguientes reglas:

- a.- Cuando en cada período a liquidarse existan fracciones mayores de tres meses, sólo se considerará como un año legal de servicios las fracciones correspondientes al segundo período.
- b.- Cuando la fracción sea mayor de tres meses en el primer período y menor de tres meses en el segundo período, la compensación se calculará con el tope previsto para el primer período.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 4 y 5 de la Ley No. 23707 y 8 de su Reglamento, el trabajador sólo podrá cobrar el importe de la compensación por tiempo de servicios, al término de la relación laboral.

Los empleados que, por convenio individual o colectivo, hubiesen pactado el cobro anticipado del importe de la compensación por tiempo de servicios o recibido adelanto de sueldo o cualquier otro tipo de préstamo con cargo a dicha compensación, sal-

vo el caso de los convenios sobre adelantos para vivienda previstos por ley o pactos colectivos de trabajo, podrán optar, en forma excluyente, entre:

- a.- Cobrar los mayores beneficios resultantes de la aplicación de la Ley 23707 antes del término de su relación laboral, en cuyo caso el pago tendrá efecto cancelatorio; o
- b.- Percibir la compensación por tiempo de servicios al término de la relación laboral.

En el primer caso, el pago total o parcial de la compensación por tiempo de servicios durante la vigencia de la relación laboral, tendrá efecto cancelatorio pero no pone término al vínculo de trabajo, manteniendo el trabajador su antigüedad para otros derechos y beneficios que pudieren corresponderle.

La indemnización por tiempo de servicios de los obreros, se rige por las normas contenidas en las Leyes No. 8439 y 13842 y en el Decreto Ley No. 21396. Como en el caso de los empleados, se presentan dos situaciones: la de los ingresados al trabajo antes del 12 de enero de 1962 y la de los ingresados después de dicha fecha.

En la primera situación, la indemnización por tiempo de servicios se calculará en dos períodos: el primero comprendido entre la fecha de ingreso al trabajo y el 11 de enero de 1962, a razón de 15 jornales o su equivalente por año de servicios, con sujeción a la tasa indemnizatoria prevista por la Ley No. 8439 y sin tener en cuenta el capital de la empresa, compensándose por dozavos la fracción de año existente a dicha fecha. El segundo período comprendido entre el 12 de enero de 1962 y la fecha de cese en el trabajo, a razón de 30 jornales o su equivalente por año de servicios, con sujeción a la tasa prevista en la Ley No. 13842, debiendo considerarse como un año más la fracción de año mayor de tres meses.

La indemnización por tiempo de servicios de los obreros ingresados al servicio del empleador a partir del 12 de enero de 1962, se computa a razón de 30 jornales por año o fracción de año mayor de tres meses, sin límite o tope alguno.

Es de desear que la forma de calcular la indemnización por tiempo de servicios de los empleados y obreros, se unifique bajo un régimen general común aplicable a todos los trabajadores, sin distinción por la naturaleza intelectual o manual de los servicios que prestan.

DETERMINACION DE LA REMUNERACION INDEMNIZABLE

El artículo 10 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, reglamentaria de la Ley 4916, y el Artículo Unico de la Ley 12015, perceptúan que las indemnizaciones de los empleados, a los cuales se refieren la Ley 4916, modificatorias y ampliatorias, se computarán sobre la base del sueldo y de toda otra cantidad que, por cualquier concepto, perciban de modo permanente y fijo, salvo aquéllas que tengan aplicación a determinado gasto y no sean de libre disposición del empleado, exceptuándose de estas últimas las que se refieren a gastos de alimentación que sí se acumularán al sueldo cuando se perciban en forma permanente y fija.

De otro lado, el artículo 50 de la citada disposición reglamentaria, prescribe que los derechos o beneficios concedidos por la Ley 4916, se computarán teniendo en cuenta, únicamente, el sueldo o cantidad fija de dinero que, mensualmente, reciba el empleado, con prescindencia de toda otra renta, gratificación, beneficio o interés que perciba, salvo en los casos a que se refieren los artículos 10., inciso h), (comisionistas) y 10 de dicho Reglamento.

Así, pues, la remuneración del empleado juega un papel preponderante dentro de nuestra legislación laboral. Como se ha expuesto en líneas precedentes, la indemnización por tiempo de servicios se regula y mide en función de la antigüedad y de la remuneración del servidor. También se toma en consideración en la indemnización sustitutoria del pre-aviso de despedida. Ello revela la imperiosa necesidad de determinar con exactitud, el concepto de remuneración que debe considerarse para los efectos del cómputo de la indemnización por tiempo de servicios o, lo que es lo mismo, precisar con certeza legal aquellas cantidades que deben incluirse dentro del sueldo básico para el cálculo de la indemnización en cuestión.

Según hemos visto al tratar de los antecedentes históricos de la

institución en el Perú, el otorgamiento de la indemnización por tiempo de servicios ocasionó dudas y confusiones en relación con el término “sueldo”, dando lugar a que ciertos empleadores, poco versados, entendieran que sólo la suma consignada como sueldo en los recibos o planillas, era la que debía servir de base para el cómputo de las indemnizaciones, sin considerar otras sumas provenientes de aumentos o cantidades percibidas en forma permanente y fija por razón de modalidades especiales de trabajo.

A efecto de evitar los conflictos que, sobre este particular, surgían, se expidió la norma contenida en el artículo 10 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, la misma que fijó el concepto de sueldo como cantidad percibida por el empleado de modo permanente y fijo.

La Ley 12015 de 2 de diciembre de 1953, reproduce, en términos generales, la disposición que ya contenía el artículo 10 del Reglamento mencionado. La mente del legislador no fue otra que la de darle fuerza legal, restableciendo su imperio. Por consiguiente, es el concepto de sueldo que señaló el artículo 10 del Reglamento de la Ley 4916, el que debe prevalecer.

En consecuencia, la indemnización por tiempo de servicios debe calcularse sobre la base del sueldo y otras formas de remuneración percibidas por el empleado durante la prestación de sus servicios, en forma permanente y fija y que, además, sean de su libre disposición, vale decir, todas aquellas cantidades que constituyen un sueldo suplementario, un aumento indirecto del mismo.

Sin embargo, el legislador no ha precisado el concepto de los términos “permanente y fijo”, así como, tampoco, ha determinado, expresamente, las cantidades provenientes de qué beneficios sociales, son las que deben incluirse dentro del sueldo para los efectos indemnizatorios, lo cual ha dado margen para que nuestros jueces, interpretando el sentir de la ley, hayan precisado sus alcances, aplicándolos a los variados y numerosos casos concretos que, en la vida judicial, se han suscitado.

Desgraciadamente, la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, no ha mantenido un criterio uniforme y constante respecto de los conceptos de permanencia y fijeza ni de los beneficios que deben adicionarse al sueldo básico para los efectos indemniza-

torios, incluyendo, dentro del ámbito de la Ley 12015, cantidades que, por la naturaleza del beneficio que la originan, no se ajustan al espíritu y letra de aquella y, lo que es más, ha dado solución diferente a casos análogos. Incluso la jurisprudencia ha sustituido los conceptos de permanencia y fijeza por los de periodicidad y regularidad.

Ello ha dado lugar a que, en la práctica, se hayan originado dudas acerca de la aplicación del artículo 10 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 y la de la Ley 12015, existiendo, en la actualidad, incertidumbre acerca de las sumas que deben computarse para el cálculo indemnizatorio.

Conviene pues, examinar de cerca el verdadero alcance de la voluntad legislativa, es decir, analizar los diferentes beneficios cuya inclusión o exclusión dentro del cómputo indemnizatorio se discute, no sin antes precisar que el concepto de lo permanente implica aquello que es estable, duradero, constante e incesante, en tanto que la idea de lo fijo entraña lo que es invariable, inalterable, inmutable y continuo.

Gratificaciones

Son aquellas sumas de dinero que los empleadores otorgan a sus servidores en ciertas épocas del año como Fiestas Patrias (28 de julio) y Navidad (25 de diciembre), en consideración a los gastos extraordinarios que los trabajadores realizan en dichas épocas del año. Generalmente, obedecen a actos voluntarios de liberalidad o generosidad del empleador. También pueden ser originadas por Contratos de Trabajo, colectivos o individuales.

En principio, las gratificaciones tienen carácter voluntario, pero se convierten en obligatorias si emanan de Contratos de Trabajo o si se otorgan durante dos años consecutivos, existan o no utilidades en la empresa.

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo, se ha pronunciado en el sentido de que, siendo obligatorio el pago de las gratificaciones ordinarias, éstas tienen carácter remunerativo o de sueldo complementario y su percepción es exigible en caso de terminación de la relación laboral, cualquiera sea la causal, en la proporción que

corresponda a los servicios prestados hasta el momento del cese, calidad que no tienen las gratificaciones extraordinarias por ser su otorgamiento esporádico.

Las gratificaciones ordinarias se incluyen en el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios, adicionando al sueldo básico del empleado un dozavo del monto de cada gratificación.

Las gratificaciones de montos variables, otorgadas voluntariamente por el principal a sus servidores, no forman parte del sueldo del empleado, razón por la cual no son acumulables al sueldo básico para el cómputo de la indemnización por tiempo de servicios (Ejecutoria Suprema de 13 de setiembre de 1949. Boletín Mensual de la Cámara de Comercio de Lima, No. 219, pág. 525).

Bonificaciones

Pueden ser legales o convencionales. Reiteradas ejecutorias de la Corte Suprema, primero, y del Tribunal de Trabajo, después, han resuelto que la bonificación de 30 o/o dispuesta por la Ley No. 11725 en favor de los empleados particulares con 30 o más años de servicios a una misma entidad, forma parte del sueldo para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios, por tratarse de un aumento indirecto de sueldo impuesto por la ley (13). Igual pronunciamiento, existe con respecto a la llamada bonificación por trabajo en altura.

Las Bonificaciones Especiales por Costo de Vida, por alza de la gasolina y por reajuste de tarifas de transporte urbano, que, periódicamente, otorga el Gobierno en favor de los trabajadores de la actividad privada, no son computables para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios, por así disponerlo, expresamente, los dispositivos legales y administrativos que las han otorgado, sin que por ello dichas normas limitativas transgredan la Ley 12015.

Las bonificaciones convencionales por trabajo en altura o en la selva, por turno, por manejo de fondos, etc. y, en general, to-

(13) Ejecutoria Suprema de 23 de julio de 1954.

das aquéllas que provengan de convenios de trabajo, individuales o colectivos, si integran el haber indemnizatorio del empleado, pero siempre y cuando reúnan los requisitos de permanencia y fijeza exigidos por el Artículo 10 del Reglamento de la Ley 4916 y por la Ley 12015.

Existen algunas bonificaciones que, en realidad, no tienen carácter remunerativo sino más bien condición de trabajo, como es el caso de la bonificación por casa-habitación. Obviamente, no son computables para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios.

Asignaciones

La Asignación Anual por Participación en las Utilidades que los empleadores comprendidos en la Ley No. 11672 y su Reglamento, el Decreto Supremo de 27 de diciembre de 1950 deben pagar a sus trabajadores proporcionalmente al tiempo de servicios, es acumulable al sueldo básico para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios divisible por dozavos, siempre y cuando se haya percibido de modo permanente y fijo.

Igual tratamiento debe seguirse con respecto a las llamadas bonificaciones por balance o por utilidades de fin de año, así como, también, con las participaciones contractuales inferiores al 5 % de las utilidades netas de la empresa (14).

Las disposiciones del artículo 10 del Reglamento de la Ley 4916 y del artículo único de la Ley 12015, no son de aplicación al caso de la participación líquida de los trabajadores en la utilidad neta anual de las empresas del Sector Privado Reformado, por constituir las Comunidades Laborales personas jurídicas distintas a la empresa.

Respecto de las Asignaciones Familiares, la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Trabajo ha resuelto que si bien, por naturaleza, son esencialmente variables por estar sujetas a las contingencias de mayoría de edad o muerte de los hijos, nacimiento de nuevos hijos, cambio de estado civil, etc., por lo que resulta difícil que

(14) R. del T. de T. de 16 de enero de 1980. Manual Laboral, pág. 5/5.2.

tengan fijeza y permanencia, el Juez no debe apreciar las circunstancias genéricas, sino tomar en cuenta si en cada caso específico se han dado los requisitos exigidos por el artículo 10 del Reglamento de la Ley 4916 y artículo único de la Ley 12015 (15).

Lo importante es, pues, que la asignación familiar respectiva, haya sido percibida por el empleado regularmente y en forma periódica, entendiéndose como tal el último año de servicios, en cuyo caso adquiere carácter remunerativo y se adiciona al sueldo básico para los efectos indemnizatorios. Además, hay que tomar en cuenta que se trata de sumas que son de libre disposición del empleado.

Asimismo, repetidas ejecutorias del Tribunal de Trabajo, han determinado que las asignaciones familiares provenientes de convenios colectivos, tienen los caracteres de fijeza y permanencia y, por lo tanto, son adicionales al sueldo básico para el pago de la compensación por tiempo de servicios, careciendo de efecto las cláusulas que las excluyen del cálculo de este beneficio, por contravenir el principio de la irrenunciabilidad de los derechos sociales y por tener la Ley 12015 mayor jerarquía que el pacto excluyente (16).

Horas Extras

En lo concerniente al cómputo para los efectos indemnizatorios, de las cantidades correspondientes a las labores realizadas en horas extras, nuestros tribunales se han pronunciado en forma diferente. Así, mientras en muchos casos han exigido, estrictamente, los requisitos de la permanencia y fijeza, en otros casos han resuelto que es operante su cómputo, bastando que se trate de cantidades permanentes aun cuando no sean fijas y que, como en estos casos, lo ganado por horas extras es variable, debe buscarse el promedio del último semestre para determinar la remuneración por horas extraordinarias.

(15) R. del T. de T. de 31 de octubre de 1980. Jurisprudencia del Trabajo, Tomo II, pág. 32.

(16) R. del T. de T. de 31 de octubre de 1980. Jurisprudencia del Trabajo, Tomo II, pág. 32.

Actualmente, el criterio jurisprudencial del Tribunal de Trabajo es que los pagos por horas extras son computables para el cálculo de la remuneración indemnizatoria, siempre y cuando el empleado los haya percibido en forma regular y permanente, aunque sus montos hayan sido variables. El monto computable, está dado por el promedio de los pagos percibidos por el trabajador el último año de servicios (17).

Alimentación

El artículo 10 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, reglamentaria de la Ley 4916, y el artículo único de la Ley 12015, prescriben que las sumas que se apliquen a sufragar gastos de alimentación de los empleados, son computables para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios, siempre y cuando reúnan los requisitos de permanencia y fijeza.

Tal disposición, constituye una excepción a la regla general de no considerar aquellas cantidades que tengan aplicación a determinado gasto y no sean de libre disposición del empleado, para los efectos del cálculo de la indemnización por tiempo de servicios. Tal excepción, encuentra su justificación en la concepción que considera la alimentación como una forma de remuneración o pago en especie, que puede recibir el empleado además de la remuneración en dinero.

Los gastos de alimentación pueden sufragarse de diversas maneras. Una primera forma, consiste en entregar al empleado una suma de dinero mensual adicional al sueldo, para que aquél pague directamente dichos gastos. Otra forma, consiste en que el empleador pague directamente al proveedor o concesionario, las sumas que representen los gastos de alimentación del servidor. Una última forma, está constituida por la prestación gratuita de alimentos a cargo del empleador. En este último caso, la fijación del valor de la alimentación, para los efectos del pago de la liquidación de beneficios sociales, deberá determinarse al valor en plaza que tenga a la fecha la liquidación, conforme a la regla del artículo único del Decreto Ley No. 18003 de 22 de noviembre de 1969.

“Comida” es el alimento principal que cada día toman las personas: desayuno, almuerzo, comida. Es indudable que la comida (alimento principal) juega un rol humano, fisiológico, económico y vital y que su entrega en especie o pago total o parcial por el empleador, constituye importante contribución a la economía del trabajador, desde que si no lo hiciera el empleador, el trabajador, necesariamente tendría que disponer de sus ingresos para satisfacer dicha necesidad primaria. Es por ello que los alimentos o su equivalente en dinero, integran la remuneración del trabajador. Así lo reconoce la legislación laboral, cuando dispone que se tenga en cuenta para el salario dominical, remuneración vacacional y cómputo de la compensación por tiempo de servicios (18).

Asimismo, el criterio jurisprudencial es uniforme en el sentido que los gastos de alimentación que se paguen al empleado en forma permanente y fija, forman parte del sueldo para los efectos del cómputo de la indemnización por tiempo de servicios.

Refrigerio

El Decreto Supremo No. 022-72-TR de 11 de diciembre de 1972, en su parte considerativa, precisa el concepto de refrigerio como corte alimento que sirve para reparar fuerzas, aclarando que no es asimilable al concepto de alimentación. Ello se debe a que, a diferencia de la alimentación, el refrigerio no tiene como objeto directo la subsistencia del trabajador, por lo que su otorgamiento no es significativo en su economía, siendo, además, de carácter prescindible, lo que no ocurre con la alimentación que, por ser comida principal, no es suprimible.

Por tal razón, la última parte del citado Decreto Supremo, excluye al refrigerio de la remuneración vacacional, sea que se otorgue directamente al trabajador o cuyo valor se pague a su concesionario.

En principio, el refrigerio debe otorgarse en especie, porque de hacerlo en dinero desnaturaliza su fin, aparte de que puede interpretarse que se trata de suma de dinero de libre disposición del

(18) Manual Laboral, Tomo I, Editorial Economía y Finanzas, pág. 8/1.4.

trabajador y, por ende, de carácter remunerativo computable para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios (19).

El Tribunal de Trabajo, en reiteradas ejecutorias, se ha pronunciado en el sentido que el refrigerio, siendo un alimento corto que se ingiere para reparar fuerzas, no deja de ser distinto al alimento principal, en razón de que sirve para nutrir, reforzando otros alimentos, cuando un mayor esfuerzo del trabajo así lo exige, por lo cual su percepción en metálico, en forma regular y continua resulta adicionable a la remuneración ordinaria para el cálculo indemnizatorio (20).

Es indudable que el valor del refrigerio otorgado en dinero efectivo, tiene carácter remunerativo por ser de libre disposición del trabajador, siendo procedente su cómputo para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios. No sucede lo mismo cuando el refrigerio se otorga en especie y en oportunidad distinta a la comida o alimentación que se toma a mediodía al interrumpirse la jornada de trabajo.

Otros casos

Las cantidades de dinero que reciben los empleados para gastos de movilidad con la obligación de rendir cuenta de los mismos: viáticos o gastos de viaje que incluyen transporte, alojamiento y alimentación; no son acumulables al sueldo para el cómputo de la indemnización por tiempo de servicios, por constituir cantidades que tienen aplicación a determinado gasto y no ser de libre disposición del empleado. La ley las excluye expresamente del cómputo indemnizatorio.

Lo que importe la casa amoblada, los gastos de servicio, zapatos, mamelucos, uniformes, lavado y planchado de ropa, casa-habitación o habitación en el centro de trabajo, ración de bebidas, etc., no tienen carácter de alimentos ni constituyen remuneración en especie, sino condiciones de trabajo que no son de libre disposición, por cuanto se otorgan para el uso o consumo directo y personal del trabajador. Por consiguiente, no son computables para el cálculo de la indemnización por tiempo de servicios.

(19) Manual Laboral, Tomo I, Editorial Economía y Finanzas, pág. 95.

(20) Jurisprudencia del Trabajo, Tomo II, pág. 176.

La Ley 12015 exige, expresamente, el requisito de la libre disponibilidad del concepto percibido, para que, legalmente, sea susceptible de adicionarse al haber básico para los efectos indemnizatorios.

Obreros Comunes

El cálculo de la indemnización por tiempo de servicios de los trabajadores obreros, se determina por las normas contenidas en las Leyes No. 13790 y 13842 y su Reglamento el D.S. No. 009-62-TR del 26 de mayo de 1962.

El Artículo 3o. de esta última disposición, establece que, para el cómputo de la compensación indemnizatoria, debe considerarse como remuneración el último jornal percibido por el trabajador antes del cese, la ración que le proporcione el principal y cualquier otra cantidad que percibiere en forma fija y permanente y que, por pacto o convenio, las partes hubieren acordado fuese incluido para tal efecto.

Del texto de la última parte de la norma mencionada en el párrafo anterior, podría inferirse que no basta que un trabajador obrero perciba una determinada cantidad de dinero en forma fija y permanente, para que proceda su cómputo en el cálculo de la compensación por tiempo de servicios, sino que, además, se requiere que, mediante pacto o convenio, el trabajador y su principal, previamente, que dicha cantidad sea incluida en el cálculo de la compensación indemnizatoria. En otras palabras, de no existir pacto o convenio previo, no se incluyen en la remuneración indemnizatoria aquellos conceptos que, además del salario básico, perciba el obrero, aunque tenga la calidad de fijeza y permanencia.

De aceptarse tal interpretación, llegaríamos a la conclusión que la norma contenida en el Artículo 10 del Reglamento de la Ley 4916 y en el Artículo único de la Ley 12015, de aplicación a los trabajadores empleados, no lo sería a los obreros por existir otra norma legal posterior y de aplicación específica a los obreros como es la Ley 13842 de 12 de enero de 1962 y, concretamente, el Art. 3o. de su Reglamento que, para su aplicación, exige acuerdo previo por pacto o convenio.

Recordemos que cuando existen normas legales específicas, que regulan, en forma expresa, una determinada situación jurídica y establecen con claridad el derecho que se otorga al trabajador, no son de aplicación los principios generales del derecho ni es necesario interpretar analógicamente otras normas legales, por no existir vacío, omisión o duda.

Sin embargo, recientes ejecutorias del Tribunal de Trabajo, se han pronunciado en el sentido que lo expuesto en la última parte del artículo 3o. del Decreto Supremo No. 009-62-TR de 26 de mayo de 1962, no limita ni condiciona, necesariamente, que haya acuerdo de voluntades para que se adicione al jornal o salario cualquier otra cantidad que percibiere el trabajador en forma fija y permanente, añadiendo que, para la aplicación de la última parte del aludido artículo 3o., debe considerarse que la letra “y”, como conjunción, sólo junta o enlaza dos oraciones, la primera parte textualmente referida al principio contenido en la Ley 12015, la que prima, y la segunda, subordinada a la primera, referente a cualquier otro derecho creado por acuerdo de voluntades para ser incluida en la remuneración indemnizatoria.

Se argumenta, además, que el Tribunal de Trabajo, en reiteradas y uniformes ejecutorias pronunciadas antes y después de la expedición de la Ley 13842 y su Reglamento, para el cómputo del salario indemnizable de los trabajadores obreros, aplicó el criterio legal contenido en la Ley 12015 y que, aún cuando el pacto o convenio pueda excluir algunas remuneraciones o bonificaciones que sí pueden ser excluidas, otras remuneraciones no pueden serlo en razón de que integran por la voluntad prevalente de la Ley.

Finalmente, sobre este tema se aduce que, al respecto, es de aplicación el principio contenido en el Artículo 57, segunda parte, de la Constitución Política de 1979, referente a que en la interpretación o duda sobre el alcance o contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se estará a lo que es más favorable al trabajador y que, además, en caso de incompatibilidad entre una norma legal y otra subalterna el Juez prefiere la primera. Que en este caso, la primera es la Ley 13842 que, en su artículo 1o. sólo precisa la elevación de 30 salarios o jornales la compensación por años de servicios.

De otro lado, tanto el Artículo 5o. del Decreto Supremo 009-62-TR como la Ley 13790, disponen que en el caso de salarios que se pagan parte en dinero y parte en especies, el valor de éstas se determinará por el que tengan en plaza en la fecha de terminación del contrato de trabajo, para los efectos de su inclusión en la remuneración indemnizatoria. Se entiende como salario en especie, la porción de artículos alimenticios que, en crudo, recibe el trabajador con el nombre de ración sin pago de precio alguno, como contraprestación por cada jornada de trabajo en adición a su salario en efectivo.

A su vez, el artículo 6o. del mismo Decreto Supremo establece que la Dirección Nacional de Estadística del Ministerio de Hacienda y Comercio (hoy Economía y Finanzas), deberá fijar, anualmente, el valor de los precios que hubieren alcanzado los artículos de consumo alimenticio que, por concepto de ración, reciben los empleados y obreros de las distintas circunscripciones del país. El justiprecio de la ración o salario en especie, para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios correspondiente al período anterior a la vigencia de la Ley 13842, será el señalado en el Decreto Supremo de 27 de setiembre de 1949.

Tratándose de obreros con salario a destajo o que tuvieran cualquier otra remuneración en forma imprecisa, para el cómputo de la compensación por tiempo de servicios, se calculará la retribución diaria sumando el total de lo ganado en el último semestre y dividiéndolo entre el número de días de trabajo efectivo. El cociente así obtenido, se multiplicará por treinta jornales. Así lo dispone el Artículo 4o. del Decreto Supremo de 26 de mayo de 1962.

La Resolución Suprema No. 117 de 24 de abril de 1964, establece el derecho de los trabajadores agrícolas de temporada, a percibir un dozavo del monto de 30 salarios en conceptos de indemnización proporcional por tiempo de servicios. Aquellos trabajadores agrícolas de temporada, cuya remuneración sea por unidad de medida, por tarea o a destajo, percibirán por cada 21 días efectivos de labor mínima, continua o discontinua, el 25 o/o del monto total de los salarios percibidos en los períodos correspondientes.

REDUCCION DE LA REMUNERACION

La Ley No. 9463 permite la reducción convencional de la remuneración del servidor, sin que ello afecte los derechos adquiridos por éste por los servicios prestados con anterioridad a la reducción aceptada. En tal eventualidad, la indemnización por tiempo de servicios del trabajador se computará sobre la base de la remuneración percibida al momento de la reducción y la correspondiente al tiempo de servicios posterior se computará de acuerdo con la remuneración rebajada.

Tratándose de empleados comisionistas, la indemnización por tiempo de servicios se computará sobre la base promedio de comisiones percibidas durante los 48 meses anteriores a la reducción de la remuneración.

De acuerdo a lo expuesto, la reducción de remuneración sólo procede en caso de aceptación por parte del trabajador, sin que sea admisible la reducción unilateral por parte del empleador. Ello, por ser consensual el Contrato de Trabajo y por prohibirlo, expresamente, el Artículo 3o. del Decreto Supremo de 24 de diciembre de 1948.

Si bien la norma contenida en el Artículo único de la Ley 9463 y en el Artículo 3o. del Decreto Supremo de 24 de diciembre de 1948 se refiere a los empleados particulares, nada impide que, por analogía, se aplique, igualmente, a los trabajadores obreros, por no existir disposición que lo prohíba expresamente.

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo ha resuelto que si el trabajador no reclama oportunamente de la rebaja de remuneración, unilateralmente llevada a cabo por el empleador, debe estimarse que el trabajador admitió tácitamente dicha reducción (21).

PAGO DE LA COMPENSACION

El Decreto Supremo de 12 de mayo de 1950, perceptúa que el empleador debe pagar la indemnización por tiempo de servicios.

(21) Resolución del Tribunal de Trabajo de 14 de marzo de 1980. Jurisprudencia del Trabajo, Tomo II, pág. 266.

y demás beneficios sociales que adeude al trabajador, dentro del plazo de 48 horas siguientes a la terminación del respectivo contrato de trabajo. Si el servidor no se apersonara a cobrar el monto de los beneficios sociales a que tenga derecho, vencido el plazo mencionado, el empleador deberá depositar las sumas que le adeude en el Banco de la Nación, dando aviso a la Autoridad de Trabajo de la circunscripción correspondiente.

Esta disposición tiene por objeto garantizar al trabajador la oportuna percepción de sus beneficios sociales y evitar que pueda verse privado de los medios de subsistencia necesarios para él y su familia. Sin embargo, es necesario actualizar esta norma a fin de que, en caso de incumplimiento, se sancione al empleador infractor no sólo con una multa adecuada al momento, sino, además, con el pago de los intereses legales correspondientes a favor del trabajador por cada día de atraso en el pago o empoce de la suma adeudada.

El Decreto Supremo de 14 de noviembre de 1951, dispone que, cuando el empleador ha proporcionado casa-habitación al servidor, éste debe desocuparla dentro de los 30 días posteriores a la terminación del contrato de trabajo salvo pacto en contrario, en cuyo caso el plazo de 48 horas señalado en el Decreto Supremo de 12 de mayo de 1950 para que el empleado cumpla con efectuar el pago de la compensación por tiempo de servicios, se cuenta desde la fecha de la devolución de la vivienda por el trabajador.

El pago de la compensación por tiempo de servicios, debe hacerlo el empleador en forma directa y personal. Puede, también, efectuar el pago a los padres, cónyuges, hijos o hermanos del trabajador, siempre y cuando éstos cuenten con poder especial para ello, otorgado de acuerdo al monto de los beneficios sociales por cobrar. Así lo perceptúa el Artículo 2o. de la Ley 8683, el mismo que niega valor cancelatorio al pago realizado por el empleador a terceras personas distintas a las señaladas, aunque cuenten con poder especial para ello. Esta norma tiene por objeto cautelar el interés del trabajador y de su familia y evitar que los beneficios sociales caigan en manos de terceras personas inescrupulosas.

En caso de muerte del trabajador, los artículos 2o. y 3o. de la Ley 8439 disponen que el monto de la compensación por tiempo

de servicios corresponde a sus herederos legales y, en defecto de éstos, a la persona o personas que dependían económicamente del servidor fallecido, para cuyo efecto deberá cumplir con presentar al empleador testimonio del testamento correspondiente a copia certificada del auto judicial de declaratoria de herederos, ambos instrumentos debidamente inscritos en los Registros Públicos de Testamentos y de Intestados, respectivamente.

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo ha resuelto que, cuando el monto de la compensación por tiempo de servicios es pequeño, puede pagarse a los presuntos herederos sin necesidad de declaratoria judicial (22).

El monto de los beneficios sociales correspondientes a los hijos del trabajador fallecido, debe pagarse a éstos en partes iguales y si son menores de edad depositarse en cuentas de ahorros en el Banco Central Hipotecario del Perú.

De conformidad con lo prescrito por el Artículo 44, *in fine*, de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 –Reglamento de la Ley 4916– la indemnización por tiempo de servicios debe ser pagada por el principal en dinero, esto es, en efectivo y en moneda corriente, salvo aceptación por parte del trabajador de otra forma de pago o en cheque, vale, pagaré, etc.

El monto de la compensación por tiempo de servicios, debe ser pagada por el empleador al trabajador totalmente y en un solo acto. El pago fraccionado sólo procede en caso que el trabajador haya cometido falta grave, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 2o. del Decreto Ley No. 21116.

Sin embargo, el Artículo 43 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 (Reglamento de la Ley 4916) y la Resolución Suprema de 11 de junio de 1940, permiten al empleador pagar la compensación por tiempo de servicios en sumas parciales, quincenal o mensualmente, siempre que estas sumas no sean inferiores al sueldo que percibía el trabajador en dichos períodos y, únicamente, cuando a juicio de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la

(22) Resolución del Tribunal de Trabajo de 3 de junio de 1953. Derecho de Trabajo. R. Ferrero y C. Scudellari, 1977, pág. 106.

situación económica del empleado no le permita el pago inmediato del total de la indemnización referida.

VENTA - FUSION - TRASPASO - CAMBIO DE GIRO

Los artículos 49 y 69 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 (Reglamento de la Ley 4916), perceptúan que en caso de venta, fusión, traspaso o cambio de giro del negocio, los empleados conservan todos los derechos que la ley les acuerda y no podrán ser despedidos sino con el aviso anticipado de noventa días y el pago de las indemnizaciones, beneficios establecidos en la ley. Si los empleados permanecen al servicio del nuevo principal, éste calculará como servicios ininterrumpidos del empleado los años trabajados al servicio del anterior principal.

Los artículos 49 y 60 del Reglamento de la Ley 4916, han sido reglamentados por los Decretos Supremos de 27 de setiembre de 1957, 14 de abril de 1944 y 21 de noviembre de 1946.

De lo dispuesto por los artículos mencionados líneas arriba, podría entenderse que si, en los casos contemplados en los mismos, el principal en cualquier momento diera a sus trabajadores el aviso anticipado de despedida y les pagara los beneficios sociales correspondientes, se produciría la rescisión del vínculo laboral y el beneficio de la estabilidad en el trabajo quedaría frustrado para aquellos trabajadores con más de tres años de servicios ininterrumpidos al mismo empleador.

Si bien el artículo 10 del Decreto Ley 22126 contempla los casos de suspensión de labores, reducción de personal y rescisión de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, sin embargo no se refiere, expresamente, a los casos de venta, fusión, traspaso o cambio de giro del negocio, por lo que podríamos entender que las disposiciones de los artículos 49 y 69 del Reglamento de la Ley 4916 no han sido derogadas por el Decreto Ley No. 22126 y se mantienen vigentes.

Sin embargo, la Segunda Disposición Final del Decreto Ley 22126, ha derogado todas las disposiciones legales que se le opongan, siendo obvio que la norma contenida en los artículos 49 y 69 del Reglamento de la Ley 4916, al permitir al empleador la rescisión

sión unilateral del vínculo laboral mediante un simple pre-aviso y pago de beneficios sociales al servidor, atenta contra el principio de la estabilidad laboral, de lo cual resulta que existe una evidente oposición entre ambas disposiciones legales. Tal razonamiento, nos lleva a la conclusión que el Decreto Ley 22126 ha derogado, tácitamente, los artículos 49 y 69 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, reglamentaria de la Ley 4916.

SITUACION ECONOMICA DEL EMPLEADOR

Como se ha expuesto en párrafo precedente, cuando, a juicio de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la situación económica del negocio no permita el pago inmediato del total de la compensación por tiempo de servicios, el empleador podrá pagarla en sumas parciales, quincenal o mensualmente, siempre que éstas no sean inferiores al sueldo que, quincenal o mensualmente, percibía el empleado. Así lo disponen las Resoluciones Supremas de 22 de junio de 1928, artículo 43, y de 11 de junio de 1940, normas de las cuales se derivan las siguientes consideraciones:

- a.- Para que el empleador pueda pagar al trabajador el monto de la compensación por tiempo de servicios en sumas parciales, se requiere, necesariamente autorización previa de la Autoridad de Trabajo competente, la cual la expedirá siempre y cuando compruebe, fehacientemente, que la situación económica del empleador no permita su pago total e inmediato. Para ello, el empleador deberá acreditar, plenamente, su mala situación económica con los medios de prueba legalmente admitidos en la vía administrativa.
- b.- Si bien las normas pre-citadas autorizan el pago en forma quincenal o mensual, nada impide que pueda hacerse diaria o semanalmente ya que quien puede lo más puede lo menos.
- c.- El pago de la compensación por tiempo de servicios en sumas parciales, se aplica, también, al caso de los trabajadores obreros, por interpretación analógica de las citadas disposiciones administrativas.
- d.- Esta figura es diferente a la del pago fraccionado de la compensación por tiempo servido en caso de despedida del trabajador por falta grave, en el cual no se requiere autorización

previa de la Autoridad de Trabajo por imperio de la norma contenida en el artículo 3o. del Decreto Ley 22126.

Caso de Quiebra

La Ley No. 15485, modificatoria de la Ley Procesal de Quiebras No. 7566 y de la Ley No. 7607, dispone que los bienes de las empresas que tengan a su servicio empleados y obreros, están afectos al pago íntegro de los sueldos, salarios e indemnizaciones insolutos, con preferencia a cualquier otro crédito, teniendo las acciones judiciales correspondientes carácter persecutorio del negocio. Este carácter de preferencialidad de los beneficios sociales de los trabajadores, se encuentra ratificado por el artículo 49 de la Constitución Política de 1979.

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo ha resuelto que la acción persecutoria alcanza a las empresas que se sustituyan o subroguen en los derechos del anterior empleador, por razón de cesión, traspaso, venta o fusión de negocios (23).

A su vez, el Decreto Ley No. 19267 perceptúa que las tercerías que se interpongan para el pago preferencial de créditos por remuneraciones y derechos sociales, serán recaudadas con la copia certificada de la sentencia judicial o de la resolución administrativa, consentida o ejecutoriada en ambos casos. Por el solo mérito de dicha copia, el Juez que conoce de la ejecución ordenará el pago en favor de los terceristas con el importe del remate, pudiendo éstos solicitar, asimismo, la adjudicación de los bienes embargados de conformidad con el artículo 719 del Código de Procedimientos Civiles.

Las tercerías de pago preferencial de remuneraciones y derechos sociales, no dan lugar a la ordinarización del procedimiento, cualesquiera que sean los jueces ante los cuales se interpongan.

De otro lado, el Decreto Ley No. 19267, modificatorio del Decreto Ley No. 18816, establece que en los procedimientos ejecutivos o coactivos que sigan los Bancos Estatales contra personas naturales o jurídicas, llegado el estado de remate o venta de los

(23) Manual Laboral, Tomo I, pág. 8/1.7.

bienes que integran el activo o en el momento que creyeron conveniente, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, en coordinación con los bancos accionistas, procederá a determinar y liquidar el monto adeudado de las remuneraciones insolutas, vacaciones no pagadas, compensación por tiempo de servicios y demás derechos sociales de los trabajadores de la empresa demandada. En dicha liquidación, no se incluirá a las personas que tengan una participación accionaria o sean condóminos en una proporción no menor del cinco por ciento.

Los créditos laborales así liquidados o adeudados y los que sean declarados por sentencia judicial consentida o ejecutoriada, serán pagados preferencialmente con el importe de la venta o remate de los activos de la empresa o con el producto de la intervención. Los Bancos harán el pago directamente a los trabajadores, salvo que éstos continúen prestando servicios, en cuyo caso la persona para la cual sigan trabajando asumirá la obligación de pagar los beneficios sociales cuando la relación de trabajo termine.

Si el producto de la venta, remate o intervención, no alcanzase para pagar la totalidad de los créditos laborales, el Banco accionante comunicará este hecho al Ministerio de Trabajo y Promoción Social para que éste establezca la proporción que corresponda a cada trabajador, con cargo a que, una vez realizados los otros bienes, se pague el saldo de los créditos laborales (24).

El Decreto Ley No. 20212, prescribe que Seguro Social del Perú (hoy Instituto Peruano de Seguridad Social) gozará de preferencia sobre cualquier otro crédito, en el cobro coactivo de las aportaciones, recargos y multas que se le adeudare, cualquiera que sea su naturaleza, excepto, únicamente, sobre créditos derivados de remuneraciones y derechos sociales de orden laboral, que se harán efectivos en primer término.

Asimismo, el Decreto Ley No. 20614 establece que las compensaciones e indemnizaciones por beneficios sociales de los trabajadores de un predio rústico expropiado con fines de Reforma Agraria, serán pagados preferentemente y por su orden.

(24) Sistematización de la Legislación Laboral Peruana. Derecho Individual del Trabajo. CIAT, pág. 305.

No obstante que la declaración judicial de quiebra, trae como consecuencia inmediata que la administración de los bienes del fallido pasen a poder del Síndico de Quiebras hasta su total liquidación, existen normas expresas que, en forma excepcional, permiten la continuación de la actividad de la empresa quebrada.

Así, la Ley No. 16267 autoriza la celebración de convenios extrajudiciales de liquidación, autorizando al liquidador para que, en el proceso de liquidación, adopte el sistema de administración. Asimismo, el Decreto Ley No. 19525 autoriza al Poder Ejecutivo para disponer la continuación forzosa de la actividad comercial o industrial de una sociedad mercantil declarada en quiebra, si la considera de necesidad y utilidad pública para la economía nacional o para el interés social y si, vencido el plazo legal, no se ha levantado la quiebra. A su vez, el Decreto Ley No. 20016 comprende en las disposiciones del Decreto Ley No. 19525, los casos de quiebra de empresas dedicadas a la prestación de servicios públicos de transporte, sean naturales o jurídicas.

De otro lado, los Decretos Leyes Nos. 20023 y 20158 facultan al Síndico de Quiebras para encargar la administración de la empresa declarada en quiebra a la Comunidad Laboral, siempre que ésta lo solicite al Juez de la Quiebra, a fin de que la empresa quebrada continúe sus operaciones en forma provisional, pretendiendo con ello garantizar la estabilidad de los centros de trabajo y los derechos patrimoniales de las comunidades laborales.

Finalmente, el Decreto Supremo No. 018-74-TR de 26 de noviembre de 1974, permite a los trabajadores de un centro de trabajo en quiebra o liquidación, si el vínculo laboral estuviese vigente, solicitar a las Autoridades Administrativas de Trabajo la declaración de las sumas que, por remuneraciones y otros derechos sociales, les corresponda y les adeude el empleador, para que puedan hacer valer sus derechos como acreedores de éste. A este efecto, se seguirá el procedimiento a que se refiere el Decreto Supremo No. 003-71-TR del 12 de julio de 1971.

EMBARGABILIDAD

El artículo 7o. de la Ley 13906 sobre Abandono de Familia, modificando las leyes 2760 y 8562, permite el embargo en forma

de retención de hasta el 50 0/o de los sueldos, salarios, pensiones e indemnizaciones de los trabajadores y de los beneficiados, aunque haya pacto en contrario, siempre que se trate de deudas provenientes de pensiones alimenticias.

Para que el empleador pueda proceder a retener hasta el 50 0/o de la indemnización por tiempo de servicios del trabajador cesante, se requiere que, previamente, haya sido debidamente notificado con el mandato judicial respectivo ordenando la medida de embargo e indicando su origen, monto y el nombre de la persona o personas a quienes debe entregarse la suma retenida.

COMPENSACION

El Artículo 48 del Reglamento de la Ley 4916, ampliado por Resolución Suprema de 21 de octubre de 1941, perceptúa que las cantidades que debieran los empleados a sus principales por razón de adelantos de sueldo, ventas o suministros de mercaderías y préstamos para la adquisición o construcción de casa-habitación propia, se descontarán, necesariamente, de las sumas que perciban en caso de despedida.

Del contenido de las normas expuestas, podemos extraer las siguientes consideraciones:

- a.- La deducción de las cantidades recibidas, es también aplicable a los obreros por interpretación analógica de las citadas disposiciones administrativas.
- b.- Por interpretación extensiva, son, también, deducibles las sumas percibidas por los trabajadores por concepto de adelanto de la indemnización por tiempo de servicios, con el fin de adquirir, construir, ampliar, modificar o refaccionar casa-habitación o para la adquisición de terreno con el mismo objeto.

Cabe notar que los anticipos o adelantos del monto de la indemnización por tiempo de servicios para la adquisición de casa propia, se rigen por las disposiciones contenidas en las leyes 11365 y 13500 y en el Decreto Supremo de 31 de marzo de 1967.

- c.- Los conceptos indicados en las Resoluciones Supremas en co-

mentario, son los únicos cuya deducción procede de la indemnización por tiempo de servicios. No es permisible deducir otras obligaciones no laborales, como, por ejemplo, préstamos civiles, cheques, letras de cambio, vales, pagarés, etc., por tratarse de obligaciones de naturaleza jurídica distinta a la de los beneficios sociales, cuyo pago, en todo caso, corresponde demandarlo en la vía civil ante el fuero común.

Para que proceda la deducción de los préstamos para la adquisición o construcción de casa-habitación propia, el Decreto Supremo de 03 de noviembre de 1950, exige que el respectivo contrato de préstamo haya sido aprobado por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social y que no estipule un interés mayor del cinco por ciento (5 o/o)

De otro lado, el artículo 51 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 (Reglamento de la Ley 4916), prescribe que si el empleado, al ser despedido o posteriormente, recibe de su principal, a título de gracia, alguna cantidad o pensión, las sumas recibidas se deducirán de la que se le mande pagar a consecuencia de una reclamación del propio empleado o de su familia.

Del texto de la disposición reglamentaria enunciada, podría entenderse que la figura jurídica de la compensación procede únicamente en el caso de despido del empleado. Sin embargo, pensamos que, por analogía, se aplica, también, a los obreros y no solamente en caso de despedida, sino cualesquiera sea la causa de terminación del contrato de trabajo. Conviene aclarar que las sumas de dinero que el principal entregue al trabajador, deben tener el carácter de liberalidad o donación y no de pago, préstamo u obligación de devolver.

Si, posteriormente, el trabajador o sus herederos interpusieran demanda judicial contra su ex-empleador, solicitando el pago de algún reintegro o beneficio social y fuera declarada fundada por la autoridad judicial, del monto que se ordene pagar en la sentencia ejecutoriada, el principal podrá solicitar la compensación o deducción de la suma de dinero que hubiera entregado al servidor a título de gracia al término de la relación laboral.

La compensación puede hacerse valer en cualquier momento del proceso judicial sobre beneficios sociales, mientras el fallo no

esté ejecutado, es decir, que el empleador no haya cumplido totalmente con la sentencia ejecutoriada. Si el principal no hubiera hecho valer oportunamente la compensación en el proceso laboral, podrá hacerlo en la vía civil dentro del plazo de prescripción de la acción personal.

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo, en un principio, resolvió que la compensación de liberalidades otorgadas por el empleador, sólo es procedente en los casos de despedida conforme lo disponen los artículos 48 y 51 del Reglamento de la Ley 4916. Además, se requiere demostrar que el otorgamiento de las sumas entregadas, a título de gracia, por el empleador al trabajador, se produjo en forma modal, esto es que se haya dejado expresa constancia en el documento respectivo, que la entrega se efectúa de acuerdo con el artículo 51 del Reglamento de la Ley 4916 (25).

Sin embargo, recientes ejecutorias han flexibilizado la posición del Tribunal de Trabajo, en el sentido de aceptar, por interpretación analógica, la compensación de deudas del trabajador por conceptos no contemplados, expresamente, en el artículo 48 del Reglamento de la Ley 4916 (26).

Asimismo, el Tribunal de Trabajo ha resuelto que, habiéndose declarado sin lugar la reconversión deducida para que se compensen los beneficios sociales reclamados por el empleado con las sumas adeudadas en concepto de adelanto de sueldos, ventas o suministro de mercaderías por falta de pruebas, no puede oponerse, nuevamente, en la ejecución de la sentencia (27).

PRESCRIPCION

El artículo 49 de la Constitución Política de 1979, percipitúa que la acción de cobro de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores, prescribe a los quince años, contados a partir de la fecha de cese del trabajador.

(25) Jurisprudencia del Trabajo, Tomo II C.A. de la Torre Ugarte L., pág. 318.

(26) Manual Laboral. Tomo I, pág. 8/3.

(27) Codificación de la legislación del Trabajo, Jorge Ramírez Otárola, segunda edición, pág. 338, cita 125.

Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, cuando la relación mercantil sucede a la relación laboral para realizar las mismas actividades a través de la persona del mismo trabajador, es equiparable a la continuación de la relación laboral y, en consecuencia, el plazo de prescripción para el cobro de los beneficios sociales deberá computarse recién a partir de la conclusión de la relación mercantil (28).

Asimismo, en los casos en que, producido el cese, los beneficios sociales se paguen en armadas, el plazo de prescripción se cuenta a partir del último pago (29).

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo, ha resuelto que el nuevo plazo de prescripción de quince años señalado por el artículo 49 de la Constitución Política de la República de 1979, tiene vigencia para los trabajadores que, al 28 de julio de 1980, no haya transcurrido más de tres años de su cese en el vínculo laboral (30).

Asimismo, reiteradas ejecutorias del mismo Tribunal han precisado que el plazo de prescripción para el reclamo de beneficios sociales, se interrumpe en los siguientes casos:

- a.- Si se sigue acción penal al trabajador por la falta grave que motivó su despido, por cuanto la situación jurídica de éste no se define hasta el fallo de la Corte Suprema.
- b.- Con la interposición de la demanda dentro del término correspondiente, aún cuando la notificación del auto admisorio se realice con posterioridad, por no tratarse de un acto imputable al accidente.
- c.- Los actuados administrativos se consideran como interruptorios, por ser equiparables a los efectos que produce la citación judicial.
- d.- El pago hecho voluntariamente por el empleador por significar reconocimiento de deuda, lo que no es aplicable al caso de abono por ejecución de sentencia (31).

(28) y (29) Manual Laboral, Tomo I, pág. 8/11.

(30) Actualidad Laboral, Boletín No. 2, pág. 59.

(31) Jurisprudencia del Trabajo, Tomo II, Carlos A. de la Torre Ugarte, pág. 384.

Se entiende renunciada la prescripción ya adquirida, si el demandado reconoce el derecho del demandante aunque sea a uno de los extremos reclamados, a pesar de haber transcurrido el término de la prescripción extintiva.

La prescripción extintiva, debe ser deducida por el empleador demandado en vía de excepción y en el escrito de contestación a la demanda.

Así lo dispone, expresamente, el inciso d) del artículo 23 del Decreto Supremo No. 03-80-TR de 26 de marzo de 1980 normativo del trámite de procedimiento de las acciones que se sigan ante el Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales. Sin embargo, la parte final del artículo 28 de la citada norma procesal, permite deducir excepciones en el comparendo, en cuyo caso serán resueltas en la sentencia. Por consiguiente, podemos concluir que la excepción de prescripción extintiva puede ser deducida por el empleador en el escrito de contestación a la demanda o en el comparendo.

Esta disposición específica de la norma procesal laboral, debe entenderse como excepción a la regla general que rige en otros tipos de procesos, como el civil y penal, en los cuales se admite que la excepción de prescripción pueda oponerse en cualquier estado de la causa.

Ahora bien, la excepción de prescripción deducida por el empleador en el escrito de contestación a la demanda o en el comparendo, debe ser resuelta, necesariamente, en la sentencia, bajo pena de nulidad, estando prohibido al Juez fundar su fallo en la prescripción no alegada por el empleador demandado.

IMPUESTOS

El monto de la compensación por tiempo de servicios y el de los demás beneficios sociales de carácter indemnizatorio, están afectos al pago del Impuesto a las Remuneraciones sólo a cargo del trabajador beneficiado. Actualmente, la tasa del impuesto es del 2 o/o. El empleador está inafecto al pago de dicho tributo, por así disponerlo el Decreto Ley No. 19839 y demás disposiciones ampliatorias y modificatorias.

El monto del Impuesto a las Remuneraciones debe ser retenido por el empleador al momento del pago y ser posteriormente empozado en el Banco de la Nación.

REGIMENES ESPECIALES

Dentro de la legislación peruana, existen diferentes regímenes especiales sobre la compensación por tiempo de servicios, como consecuencia de la distinta naturaleza o modalidad de la relación de trabajo. A continuación, estudiamos, suscintamente, tales regímenes.

A. Trabajadores contratados a plazo fijo o para una obra determinada

El Decreto Ley No. 18138, permite celebrar contratos individuales de trabajo a plazo fijo o para una obra determinada, en aquellos centros de trabajo donde se realicen labores que, por su naturaleza, sean permanentes o continuas, sólo en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar. El respectivo contrato de trabajo, necesariamente, deberá celebrarse por escrito y ser aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo. Ello quiere decir, contrario sensu, que en aquellos centros de trabajo donde se realicen labores de naturaleza temporal o eventual, es posible celebrar, libremente, contratos individuales de trabajo a plazo fijo o para una obra determinada.

Conviene precisar que el Artículo 5o. del Reglamento de la Ley 4916, excluye del derecho a la compensación por tiempo de servicios a las personas que hayan sido contratadas para un servicio especial extraordinario, salvo que éste dure más de un año.

Podría pensarse que el Decreto Ley No. 18138 ha dejado sin efecto la regla consignada en el artículo 5o. del Reglamento de la Ley 4916, pero al no haberla derogado, expresa ni tácitamente, estimamos que esta última disposición reglamentaria continúa vigente.

Sin embargo, es necesario advertir que el Tribunal de Trabajo, por ejecutoria de fecha 13 de enero de 1976, ha resuelto que los beneficios de los trabajadores sujetos a contratos de duración determinada, son, fundamentalmente, iguales a los de los

trabajadores con contrato a plazo indefinido, salvo la estabilidad laboral, una vez vencido el plazo contractual, por lo que su condición no los priva de los beneficios que tuvieron los demás trabajadores por ley, pacto colectivo o costumbre(32).

B. Comisionistas

Los vendedores y cobradores comisionistas, son empleados y, por lo tanto, tienen derecho a todos los beneficios sociales otorgados por la Ley 4916, ampliatorias, modificatorias y conexas, siempre y cuando preste sus servicios exclusivamente a su solo empleador. En caso de percibir solamente comisión y prestar servicios para varias personas, naturales o jurídicas, se les considera comisionistas mercantiles sujetos a las disposiciones del Código de Comercio.

La comisión, como forma de remuneración, es, por naturaleza, esencialmente variable, estando su monto mensual directamente vinculado al volumen de las operaciones mercantiles que efectúe el empleado comisionista en dicho lapso. De ahí que esta modalidad de trabajo y de remuneración, exija un trato legislativo especial.

La forma de calcular la indemnización por tiempo de servicios de los empleados comisionistas, se encuentra prevista en el inciso h) del artículo 1o. de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 (Reglamento de la Ley 4916 y sus ampliatorias) y en el artículo 12o. de la Ley 6871, dispositivos que nos señalan las pautas siguientes:

- 1) El principal y el comisionista, fijarán el promedio mínimo para señalar la remuneración que servirá de base para el pago de la indemnización por tiempo de servicios. En caso de no producirse dicho acuerdo, el promedio mínimo lo fijará el prudente arbitrio del Juez.
- 2) Los Jueces de Trabajo siguen el criterio de tomar como base el monto de las comisiones percibidas por el empleado comisionista durante el último año de servicios, es decir, el promedio de los doce meses anteriores a la fecha de cesación en el trabajo.
- 3) Si el empleado comisionista, además de comisión, percibe sueldo fijo, la indemnización por tiempo de servicios se

(32) Sistematización de la Legislación Laboral Peruana, pág. 144.

calculará computando ambos conceptos, vale decir, acumulando al sueldo fijo el promedio anual de las comisiones percibidas.

C. Agentes Viajeros y Vendedores de Comercio Mayorista

El régimen laboral de estos servidores, se encuentra normado por las leyes 14218 de 30 de noviembre de 1962 y 16629 de 15 de junio de 1967, cuya nota más importante radica en admitir la pluralidad de servicios de un solo trabajador a varios empleadores, concediéndole el goce de determinados beneficios sociales, siempre y cuando preste sus servicios en forma regular y permanente.

En lo que respecta a la compensación por tiempo de servicios, la situación especial de los Agentes Viajeros y Vendedores de Comercio Mayorista, presenta las siguientes características:

- 1) Se computa sobre la base del promedio de las comisiones percibidas en los doce meses anteriores a la rescisión del contrato de trabajo.
- 2) El trabajador tiene derecho a la compensación por tiempo de servicios, en función de cada relación de trabajo que tenga en forma regular y permanente.
- 3) En caso que la relación laboral se hubiera iniciado con anterioridad al 11 de julio de 1962, no estará sujeta al límite de los topes indemnizatorios.
- 4) En caso que la relación laboral se hubiera iniciado con posterioridad al 11 de julio de 1962, estará sujeta al sistema de los topes indemnizatorios establecidos por la Ley 23707 y su Reglamento.

D. Trabajadores Destajeros

El artículo 4o. del Decreto Supremo No. 009 de 26 de mayo de 1962, reglamentario de las leyes 13790 y 13842, prevé el caso de los trabajadores obreros con salario a destajo o que tuvieran cualquier otra remuneración en forma imprecisa, disponiendo que la retribución diaria, para los efectos de la compensación por tiempo de servicios, se calculará tomando el total de lo ganado en el último semestre, dividiendo el resultado entre el número de días de trabajo efectivo y el cuociente así obtenido se multiplicará por treinta jornales.

El Tribunal de Trabajo, por ejecutoria de fecha 24 de mayo de 1960, ha resuelto que, cuando no se perciba salario fijo, el salario promedio debe obtenerse dividiendo entre 140 días de labor las ganancias del último semestre, para los efectos del cómputo de los beneficios sociales.

E. Trabajadores Agrícolas

Los trabajadores agrícolas pueden desempeñar labores permanentes o de temporada. Se denomina trabajadores agrícolas de temporada, a aquéllos que son contratados para desempeñar tareas temporales de siembra, riego, cosecha y otras de igual naturaleza. Pueden ser remuneradas a jornal o a destajo.

En el caso de los trabajadores agrícolas permanente, la indemnización por tiempo de servicios se calcula sobre la base de treinta salarios o de un sueldo mensual por cada año de servicios. Así lo establecen la Resolución Suprema No. 117 de 24 de abril de 1964 y la Ley 13842 de 12 de enero de 1962. Tratándose de los trabajadores agrícolas de “temporada”, el monto de la indemnización por tiempo de servicios es proporcionalmente igual a un dozavo de treinta salarios.

La Resolución Suprema No. 117 de 24 de abril de 1964, perceptúa que los trabajadores agrícolas cuya remuneración sea por unidad de medida, por tarea o a destajo, percibirán por cada 21 días efectivos de labor mínima, continua o discontinua, el 25 o/o del monto total de los salarios percibidos en los períodos correspondientes.

Conforme a lo dispuesto por el Decreto Supremo No. 73-70-AG de 07 de abril de 1970, ampliatorio del Decreto Supremo No. 269-69-AP del 19 de diciembre de 1969 que aprueba el Reglamento del Título IX de la Ley de Reforma Agraria, la liquidación de los beneficios sociales de los trabajadores agrícolas, se practicará por todo el tiempo de servicios, sea como obrero o como empleado, sin tomar en cuenta los cambios habidos en la condición del servidor, ni tampoco el régimen de pago, pero a condición de que la relación laboral haya sido mantenida sin interrupción.

Para los efectos de la indemnización por tiempo de servicios, se considera sueldo o salario el que resulte de la suma de las cantidades recibidas normalmente por planillas, los bonos alimenticios (raciones crudas o cocidas), otorgadas a título oneroso o gratuito o productos baratos, y las remuneraciones indirectas (aún sin carácter fijo y permanente) y concesiones gratuitas, siempre que no tengan carácter de asistencia social, al valor de la plaza a la fecha de liquidación del trabajador.

F. Trabajadores en Construcción Civil

En construcción civil, la relación laboral se caracteriza por ser de naturaleza esencialmente eventual o temporal, vale decir, que en ella no se da el elemento de la permanencia que tipifica al contrato de trabajo común, estando supeditada al comienzo y término de la obra. Tal característica, ha traído como consecuencia la imposición de un régimen especial para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios del trabajador en construcción civil, debido a que la eventualidad o temporalidad dificulta la aplicación del régimen indemnizatorio común.

El Artículo 2º del Decreto Supremo de fecha 02 de noviembre de 1953, dispone que el monto de la indemnización por tiempo de servicios de los trabajadores en construcción civil, es el 15º/o de las sumas que hubiesen percibido como remuneración por trabajos realizados en horas ordinarias, es decir, del total de los salarios básicos percibidos por el trabajador por labor efectiva. Por consiguiente, en la determinación del monto sobre el cual se aplica el 15º/o, no se incluye el salario dominical, pero sí el importe de la hora extraordinaria trabajada, sin el premio o sobretasa.

La Resolución Suprema de 15 de marzo de 1958, preceptúa que el propietario de la obra es responsable solidariamente con los contratistas, subcontratistas o destajeros que tome a su cargo para la ejecución de la obra o parte de ella, por el cumplimiento de las obligaciones salariales y económicas correspondientes. Los contratistas, sub-contratistas o destajeros deben ofrecer garantías suficientes que respondan, dentro de los términos de su respectivo contrato, del pago oportuno de los beneficios referidos.

A su vez, la Resolución Suprema No. 18-DT de 08 de noviembre de 1954, dispone que los constructores de obra, así como los contratistas, incluirán en los contratos que celebren cláusulas que garanticen el goce de los beneficios indemnizatorios y compensatorios de los obreros que trabajen con intermediarios o sub-contratistas, las mismas que serán aprobadas por la Autoridad de Trabajo, quien sancionará con multas a los constructores de obras y contratistas que no cumplan con tal obligación.

De otro lado, el Decreto Supremo de 04 de marzo de 1960 establece que las entidades de carácter oficial, no cancelarán el valor de las obras ejecutadas por las empresas constructoras o contratistas individuales, mientras éstos no acrediten haber pagado, íntegramente, el importe de los salarios y beneficios sociales devengados por los trabajadores que hayan laborado en dichas obras.

Las Resoluciones Directorales No. 46-71-DRTL de 13 de abril de 1971, No. 100-72-DPRTESS de 13 de abril de 1972 y No. 381-72-DPRTESS de 20 de octubre de 1972, obligan a las empresas constructoras, al inicio de la obra, a presentar a la Dirección General de Trabajo y a la orden de ésta, garantía o fianza solidaria otorgada por bancos comerciales, compañías de seguros o financiadoras, por un importe equivalente al 2.50% del costo total de la obra, la cual garantizará los beneficios sociales de los trabajadores. Esta fianza, entrará en vigencia en el momento que la obra alcance las dos terceras partes de su avance total, deduciéndose de su valor las liquidaciones y abonadas.

La referida carta fianza, será entregada directamente a las Direcciones Regionales de Trabajo contra entrega de una constancia y se mantendrá vigente hasta 30 días después de suscrita el acta de recepción de la obra pública o del cierre de planilla de la obra privada, hecho que el empleador deberá comunicar a la Autoridad Administrativa de Trabajo. Si, dentro de los treinta días, se presentara algún reclamo, el empleador podrá solicitar la devolución de la fianza, obligándose a presentar otra por el monto del reclamo. La fianza original, no se devolverá hasta la presentación de la segunda fianza.

La carta fianza, sólo podrá ser ejecutada en virtud de resolución consentida de la Autoridad Administrativa de Trabajo o de sentencia firme del Fuero Privativo de Trabajo y sólo por el monto de dicha resolución o sentencia, quedando vigente por el saldo de la misma que, en ningún caso, deberá exigirse por más de 2.50/o del monto de la obra. La Dirección Regional de Trabajo o el Fuero Privativo de Trabajo, entregarán al trabajador interesado la suma materia del reclamo.

Los empleadores están facultados para obtener, opcionalmente, la carta fianza o empozar mensualmente en el Banco de la Nación el monto de los beneficios sociales de sus trabajadores. Los beneficios sociales no reclamados dentro del término de quince años, pasarán a incrementar el Fondo de la Caja de Pensiones del Instituto Peruano de Seguridad Social (33).

G. Trabajadores Marítimos

En estricto sentido, trabajador marítimo es el que efectúa labores vinculadas con el mar, sea en trabajos pesqueros, de tripulación en buques comerciales o de embarque y desembarque de mercaderías en los puertos.

Sin embargo, en la práctica, se denomina trabajador marítimo al que realiza trabajos portuarios.

Las agencias marítimas y agentes navieros para quienes prestan sus servicios los trabajadores marítimos, son sus empleadores y, por ende, los responsables del pago de sus beneficios sociales. La Comisión Controladora del Trabajo Marítimo, es ajena a dicha responsabilidad.

El artículo 12 del Decreto Ley No. 21560 de 03 de agosto de 1976, legisla sobre la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores marítimos, postulantes y/o suplentes de los Puertos continuos o discontinuos, cuando cesan

(33) Bendezú Manrique, Mario, Derecho del Trabajo en Construcción Civil, páginas 146, 147, 148 y 149.

como tales, disponiendo que se calculará tomando como base la remuneración vacacional percibida en el último año de labor anterior al cese, multiplicada por cada año de servicios o fracción mayor de tres meses que hayan prestado en dicha condición, debiendo tenerse en cuenta que estos años se computarán, únicamente, a partir del 05 de agosto de 1976.

La compensación por tiempo de servicios de los trabajadores marítimos titulares del Primer Grupo, se calculará tomando como base la remuneración vacacional percibida en el último año de labor anterior al cese, multiplicada por el número de años de servicios que hayan prestado en dicha condición, debiendo tenerse en cuenta la doble liquidación prevista en la Ley No. 13842.

Las fracciones de año que resulten del cómputo de los años de servicios al 11 de enero de 1962, se abonarán por dozos de la remuneración vacacional que sirvió de base para el cálculo respectivo. La fracción mayor de tres meses que resulte del cómputo de los años de servicios a partir del 12 de enero de 1962, se pagará como un año más.

H. Artistas

La naturaleza eventual o temporal que caracteriza la prestación de servicios de los trabajadores artistas, justifica la imposición de una modalidad especial para calcular y pagar su compensación por tiempo de servicios.

A dicho efecto, el Decreto Ley No. 19479 y el Decreto Supremo reglamentario No. 010-73-TR, han creado el llamado "Fondo de Derechos Sociales del Artista", administrado por el Sistema Nacional de Pensiones del Instituto Peruano de Seguridad Social, al cual toda persona que contrate los servicios de artistas deberá aportar pagos proporcionales a la duración de la relación de trabajo.

La relación de trabajo de los artistas que prestan servicios remunerados a personas naturales o jurídicas, cualquiera sea el tipo de trabajo o número de actuaciones o reproducciones, se encuentra sujeta a la Ley del Artista N° 19479 y al Decreto Supremo N° 010-73-TR.

El empleador está obligado a aportar a dicho Fondo, dos dozavos de la remuneración del artista: uno en concepto de compensación por tiempo de servicios y otro en concepto de vacaciones. En caso de incumplir el empleador tal obligación, deberá asumir el pago total y directo al artista de la compensación por tiempo de servicios.

Cuando el trabajador artista decida retirarse de la actividad artística, el Fondo de Derechos Sociales del Artista le pagará las sumas acumuladas que le correspondan por concepto de compensación por tiempo de servicios, además de la cantidad adicional que le corresponda como consecuencia de las inversiones efectuadas por dicho Fondo.

El artista hará conocer al Fondo su retiro de la actividad artística, mediante carta entregada por intermedio de notario, Juez de Paz o Cónsul Peruano. En caso que el artista reingrese a la actividad artística, las sumas acumuladas le serán entregadas sólo cinco años después, salvo que cese definitivamente por incapacidad o por cumplir 65 años de edad.

1. Deportistas

La situación de los deportistas profesionales, es similar a la de los artistas, debido a la naturaleza esencialmente eventual o temporal al de la prestación de sus servicios.

La Ley No. 21241, obliga a cada empleador del deportista profesional a aportar al “Fondo de Derechos Sociales del Deportista Profesional”, administrado por el Sistema Nacional de Pensiones del Instituto Peruano de Seguridad Social, dos dozavos de la remuneración mensual pactada con cada uno de los deportistas profesionales de sus respectivos planteles. Estas aportaciones tienen carácter cancelatorio y se efectúan dentro del plazo y normas correspondientes para el pago de las demás aportaciones al referido Instituto Peruano de Seguridad Social.

El artículo 6º de la Ley Nº 21241, dispone que la compensación por tiempo de servicios que abonará el Seguro Social del Perú, con cargo al Fondo, a cada deportista profesional que cese en la actividad deportiva, será igual a la suma de las

aportaciones efectuadas a su nombre por las Asociaciones Deportivas Profesionales en las que haya prestado servicios, previa deducción de los gastos que demande la administración del citado Fondo.

La compensación referida, se incrementará con los intereses que generen los depósitos correspondientes.

Los efectos de la Ley No. 21241 son estrictamente territoriales y no alcanzan a los servicios prestados por el deportista profesional fuera del país.

J. Pilotos

La compensación por tiempo de servicios de los pilotos de aerofumigación, es una suma equivalente al sueldo máximo asegurable vigente a la fecha de terminación de los servicios. Así lo dispone el inciso a) y la última parte del inciso b) del artículo 2º del Decreto Supremo Nº 006-69-TR de 21 de julio de 1969. Este derecho rige a partir del 16 de diciembre de 1968.

Conviene aclarar que el sueldo máximo asegurable, se refiere al que sirve para el pago de aportaciones al Instituto Peruano de Seguridad Social.

K. Trabajadores Hoteleros

Este régimen comprende a los trabajadores de los establecimientos de hospedaje, restaurantes, casinos de juego, bares, chifas, centros nocturnos, sociales y ramos similares y de todas las empresas en general que se dediquen a prestar servicios de alojamiento y/o expendio de comidas y bebidas, efectuado en el establecimiento o fuera de él.

Estos trabajadores tienen una modalidad especial de remuneración, consistente en una suma fija que paga el empleador y un porcentaje o recargo obligatorio al consumo que paga el consumidor. Actualmente, este porcentaje o recargo obligatorio asciende al 10º/o del importe de las facturas que pague el público por concepto de alojamiento y/o consumo.

incluyendo los servicios de lavandería, estacionamiento, peluquería y sauna. Según jurisprudencia administrativa, el recargo del 100/o se aplica, también, al consumo de barra o bar (34).

El referido porcentaje, debe distribuirse obligatoriamente entre todos los trabajadores estables de la empresa, obreros o empleados, que presten sus servicios en forma real y efectiva, dentro del plazo de los primeros cinco días útiles del mes siguiente a aquel en que se recaude el ingreso bruto.

Las leyes Nos. 14701 y 16558 disponían la incorporación del porcentaje o recargo en el cálculo de la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores hoteleros y similares, pero el artículo 6º del Decreto Ley N° 23128 lo ha excluido expresamente por considerar que no tiene carácter remunerativo, al no provenir su percepción de la prestación de un servicio personal. Por igual razón, tampoco está gravado con el Impuesto a las Remuneraciones por Servicios Personales, aportaciones al Régimen de Prestaciones de Salud y al Sistema Nacional de Pensiones del Instituto Peruano de Seguridad Social y pago del Fondo Nacional de Vivienda "Fonavi".

L. Bomberos

El Decreto Supremo N° 008-85-TR de 12 de abril de 1985, ha aprobado el Reglamento del Régimen Laboral del Personal Administrativo Rentado del Cuerpo de Bomberos Voluntarios del Perú.

El artículo 67 del Capítulo XVI del citado Reglamento, norma, específicamente, la Compensación por Tiempo de Servicios de dicho personal, disponiendo que los trabajadores administrativos rentados que renuncien o se jubilen del Cuerpo de Bomberos Voluntarios del Perú, recibirán, al cese de la relación laboral, su compensación por tiempo de servicios calculada de la siguiente manera:

(34) Revista Actualidad Laboral. No. 5, mayo 1984, pág. 56.

- a) Empleados: Si hubieran ingresado con posterioridad al 11 de julio de 1962, percibirán por cada año de servicios o fracción mayor de tres meses, un sueldo sujeto a los topes indemnizatorios establecidos en la Ley No.23707 y su Reglamento. Los que hubieran ingresado antes del 12 de julio de 1962, percibirán su compensación por tiempo de servicios, calculada en base a la última remuneración percibida.
- b) Obreros: Percibirán por cada año de servicios o fracción mayor de tres meses, quince jornales por el período anterior al 12 de enero de 1962 y treinta jornales por el período posterior.

El pago de la compensación por tiempo de servicios, debe efectuarse dentro de las 48 horas de rescindido el vínculo laboral. Los casos no comprendidos en el mencionado Reglamento, se rigen por las leyes laborales vigentes.

LL. Domésticos

Servidores domésticos o trabajadores del hogar, son aquellos que, en forma habitual y continua, se dedican a las labores propias del hogar en casas-habitación particulares y al servicio de personas naturales, siempre que sus servicios no importen lucro para el patrón o sus familiares. Tales son los cocineros, limpiadores, mayordomos, amas, niñeras, amas de llaves, etc.

El trabajador del hogar que cesa sin pérdida de beneficios sociales, vale decir, sin haber incurrido en falta grave, tiene derecho a una compensación por tiempo de servicios equivalente a quince días de remuneración por cada año de servicios, siempre que se trate de servicios prestados a partir del 10 de marzo de 1970. Tratándose de servicios prestados con anterioridad a dicha fecha, la compensación por tiempo de servicios será equivalente a sólo una semana de remuneración por cada año de servicios. Si los servicios del servidor doméstico comprenden fracciones de año, éstas se compensan por dozavos si el cese se produce por despido del

trabajador. En cambio, si el cese obedece a renuncia del servidor, sólo se computan los años completos de servicios.

La compensación por tiempo de servicios, se computa sobre la base de la remuneración en dinero que perciba el servidor doméstico al momento del cese.

Así lo disponen el Decreto Supremo N° 23-DT de 30 de abril de 1957; la Resolución Suprema de 14 de diciembre de 1957; y el Decreto Supremo N° 002-70-TR de 10 de marzo de 1970.

El régimen de compensación por tiempo de servicios de los trabajadores del hogar, presenta diferencias sustanciales con el de los servidores del régimen común. Así, en primer lugar, la tasa que sirve de base para su cálculo, es inferior a la de los empleados y obreros de la actividad privada. En segundo lugar, el cómputo de la compensación se realiza por años completos en caso de retiro del trabajador y por dozavos en caso de despido sin causa justificada.

Tales diferencias, encuentran su justificación en el hecho de que el trabajo en el hogar está sujeto a realidades y circunstancias distintas a la actividad empresarial, tales como que el empleador es el jefe de familia y a que en la prestación de los servicios del servidor doméstico, no existe un beneficio económico directo por estar dedicada al mantenimiento del hogar que no importa fines de lucro.

M. Profesionales

Los profesionales que prestan sus servicios en forma subordinada o dependiente, encajan dentro de la figura del contrato de trabajo y, por lo tanto, gozan de los beneficios sociales propios de los empleados particulares del sistema ordinario o común.

En cambio, aquellos profesionales que prestan sus servicios en forma libre e independiente, vale decir, sin sujeción a subordinación o dependencia, sin obligación de asistencia al centro de trabajo del cliente ni de prestarle sus servicios un mínimo de horas diarias, encuadran su situación dentro del

marco del contrato civil de locación de servicios, que se asemeja mucho al contrato de trabajo en algunos de sus caracteres, pero que difiere de aquél, precisamente, por la ausencia del elemento subordinación o dependencia que es el rasgo fundamental que caracteriza a la relación laboral. Por consiguiente, sus efectos se regulan por las normas del Derecho Civil.

Sin embargo, dentro de la legislación laboral peruana, se ha instaurado un régimen especial aplicable sólo a determinados profesionales, a los cuales se les ha otorgado el derecho a ciertos beneficios sociales propios de los empleados. Este régimen, permite la pluralidad de servicios y exige como únicos requisitos de vinculación laboral, la prestación personal del servicio y la percepción periódica de una retribución, cualquiera sea la denominación que se le dé o la periodicidad con que se pague.

La primera norma legal que se dictó con respecto a este régimen fue la Ley N° 13937, la misma que exigía al profesional asistencia diaria al centro de trabajo del empleador y la percepción de un sueldo fijo, como requisitos indispensables para gozar de los beneficios sociales en ella indicados.

La Ley N° 13937 fue modificada por la Ley N° 15132 de 25 de agosto de 1964, la cual eliminó el requisito de la concurrencia diaria del centro de trabajo, disponiendo lo siguiente: “Compréndase en los beneficios de las Leyes Nos. 4916, 10624 y 11013, sus ampliatorias, modificatorias y conexas, a los profesionales abogados, médicos, odontólogos, farmacéuticos, ingenieros, obstetrices y veterinarios que presten servicios a personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea el objeto o fines de éstas o en instituciones sostenidas o dependientes de aquéllas, en el propio centro de trabajo o fuera de él, con o sin horario establecido y siempre que la remuneración que perciban por sus servicios sea periódica, quedando, en esta forma, ampliada y aclarada la Ley N° 13937”.

El régimen de la compensación por tiempo de servicios de los profesionales comprendidos en las Leyes Nos. 13937 y 15132, presenta los siguientes caracteres:

- 1) Se aplica, única y exclusivamente, a los profesionales que se encuentran enumerados, taxativamente, en los dispositivos legales antes citados por tratarse de normas de excepción. Ello determina que los profesionales no mencionados, expresamente, en dichas disposiciones, no tienen derecho a los beneficios que dicho régimen excepcional establece. Así, por ejemplo, no están comprendidos los psicólogos, economistas, relacionadores industriales o públicos, asistentes sociales y, en general, todas las profesiones específicas creadas con posterioridad a la fecha de promulgación de las leyes 13937 y 15132. No existen indicios que permitan su aplicación, por interpretación extensiva o analógica, a otros profesionales, en razón a que se trata de disposiciones que crean un régimen de excepción y, por consiguiente, deben interpretarse restrictivamente.
- 2) Un profesional puede prestar servicios simultáneos a varios empleadores, al no exigir la ley una duración mínima en la jornada de trabajo de la prestación laboral. Por consiguiente, el profesional tiene derecho al pago de la compensación por tiempo de servicios por cada prestación.
- 3) El sistema de topes indemnizatorios se aplica a cada retribución y no a la totalidad de ellas. En otras palabras, el profesional que tenga varias relaciones profesionales, estará sujeto al régimen de topes indemnizatorios por cada una de ellas, individualmente consideradas, pero no por el total de las retribuciones que perciba.
- 4) El profesional debe percibir la retribución en forma fija y periódica y no de modo variable y eventual o por períodos aislados.
- 5) Por no ser empleados subordinados sino profesionales sujetos de una relación jurídica de mutua confianza, no tienen derecho a percibir los aumentos de sueldos, ni las gratificaciones, bonificaciones y/o asignaciones dispuestas por el empleador o por el Gobierno o que provengan de convenciones colectivas de trabajo.

- 6) Solamente tienen derecho al goce de los beneficios sociales concedidos por la Ley 4916, sus ampliatorias, modificatorias y conexas (aviso de despedida, compensación por tiempo de servicios y seguro de vida) y a la jubilación. Consecuentemente, no gozan de estabilidad laboral ni del derecho al goce de vacaciones, por no prestar sus servicios durante un mínimo de cuatro horas diarias y de 260 días efectivos de trabajo al año calendario.
- 7) Los contadores no están comprendidos en las Leyes 13937 y 15132, razón por la cual no tienen derecho a los beneficios que dichas leyes otorgan. Sólo tienen derecho a la compensación por tiempo de servicios, si cumplen con asistir al centro de trabajo durante una hora diaria como mínimo. Así lo dispone la Ley N° 13266.

N. Empleados Públicos

Son empleados públicos, aquellos servidores civiles que prestan servicios al Estado en el llamado Sector Público Nacional (Ministerios, Institutos Públicos, Corporaciones, Municipalidades, Beneficencias Públicas, Organismos Autónomos, etc.). Dentro de la denominación de empleados públicos, no se incluye a los magistrados, miembros del Magisterio Peruano, Fuerzas Armadas y Policiales, empresas estatales de Derecho Privado y sociedades de economía mixta, quienes se rigen por normas legales propias.

Los derechos y obligaciones de los empleados públicos se encuentran contenidos, principalmente, en el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil (Decreto Ley N° 11377 de mayo de 1950), el cual ha sido ampliado y modificado por diversas normas complementarias.

En lo referente a la compensación por tiempo de servicios, el Decreto Ley N° 22404 (Artículo 18), el Decreto Supremo N° 018-79-EF de 16 de febrero de 1979 (Artículo 17) y la Ley N° 23509, disponen que los empleados públicos tienen derecho a este beneficio al cesar en sus funciones, a razón de medio sueldo básico por cada año de servicios o frac-

ción de año mayor de tres meses, para el personal con antigüedad menor de veinte años, y de un sueldo básico por año de servicios o fracción mayor de tres meses, para aquellos que cuenten con veinte o más años de servicios, independientemente de la pensión que les corresponda con arreglo a las disposiciones legales vigentes.

TRABAJADORES EXCLUIDOS

Dentro de la legislación laboral peruana, existen ciertos trabajadores que, no obstante tener la calidad de empleados u obreros, por razones puramente formales, se encuentran excluidos del derecho al goce de ciertos beneficios sociales como el de la compensación por tiempo de servicios. Veamos quienes son dichos trabajadores.

A. Período de prueba

De conformidad con lo preceptuado por el Decreto Ley N° 14218, los beneficios sociales indemnizatorios y compensatorios se gozan sólo después de superado el período de prueba de tres meses calendario. Sin embargo, dispone que los empleados u obreros despedidos dentro de dicho plazo, percibirán un dozavo de su remuneración mensual por cada mes de labor, en concepto de compensación por tiempo de servicios.

B. Empresas de duración limitada o eventual

El artículo 4º de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, dispone que no están comprendidos en la Ley 4916 y sus ampliatorias, las personas que prestan sus servicios en empresas que, por naturaleza de sus fines, son de duración limitada o eventual, como son las contratadas para prestar sus servicios en una construcción o en un espectáculo público de carácter transitorio.

Esta norma, aún vigente, no establece el plazo máximo para que una empresa sea considerada de duración limitada o eventual, así como, tampoco, precisa cuales son los fines u objetivos que, por su naturaleza, pueden ser aceptados como limitados o eventuales en su duración, lo cual, indudablemente,

produce dudas en su aplicación y puede llevar a la comisión de abusos.

En efecto, pueden constituirse empresas con fines u objetivos aparentemente eventuales y que, sin embargo, extiendan su duración a varios años, eliminando el derecho de sus trabajadores a la percepción de beneficios sociales. Incluso, puede darse el caso que una construcción civil dure varios años y que el principal se exima de la obligación de pagar beneficios sociales a sus trabajadores, lo cual, a no dudarlo, desnaturaliza la esencia jurídica del contrato de trabajo.

Urge, pues, precisar los alcances del artículo 4º de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928.

C. Servicio especial extraordinario

El artículo 5º de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, excluye del derecho a la percepción de beneficios sociales a las personas contratadas para desempeñar un servicio especial de carácter extraordinario, salvo que el plazo de duración del trabajo dure más de un año.

Esta norma, hay que concordarla con el Decreto Ley N° 18138 que permite la celebración de contratos individuales de trabajo a plazo fijo o para una obra determinada, sólo en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar.

El contrato individual de trabajo a plazo fijo, debe, necesariamente, constar por escrito y ser aprobado por la Autoridad de Trabajo. El incumplimiento de estos requisitos, dá lugar a que se tenga al contrato de trabajo como uno de duración indefinida o indeterminada. Su renovación está sujeta a las mismas formalidades.

Los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo a plazo fijo, no gozan de estabilidad laboral. Además, la compensación por tiempo de servicios se generan, únicamente, cuando la duración del contrato es mayor de un año, salvo que la naturaleza del servicio sea de carácter ordinaria, permanen-

te o continúa en el Centro de Trabajo. En caso de rescisión o resolución unilateral e injustificada del contrato de trabajo por parte del empleador, éste queda obligado a pagar al trabajador despedido el importe de las remuneraciones que se devenguen hasta la terminación del plazo estipulado en el respectivo contrato.

Cabe mencionar que el artículo 32 del Decreto Ley N° 22342, permite a las empresas industriales de exportación no tradicional, la contratación de trabajadores eventuales en el número que requieran, dentro del régimen establecido por el Decreto Ley N° 18138, antes comentado.

D. Trabajo inferior a 4 horas diarias

La continuidad o permanencia en la prestación de los servicios, es uno de los elementos esenciales del Contrato de Trabajo. Siendo éste de trato sucesivo y no esporádico o eventual, la exigencia legal de que el trabajador labore un mínimo de horas diarias para tener derecho al goce de beneficios sociales, resulta plenamente justificable. Sin embargo, nuestra legislación no es rígida y admite excepciones sobre el particular.

Así, en el Perú, el artículo 21 de la Ley N° 6871, exige a los servidores un mínimo de cuatro horas diarias de labor al servicio de sus principales, para estar comprendidos en las leyes que otorgan beneficios sociales a los empleados. Se exceptúan de esta regla general, a los empleados de las empresas periodísticas, a los profesores de colegios o universidades, a los profesionales comprendidos en la Ley N° 15132 y a los contadores que trabajen una hora diaria como mínimo, los cuales sí tienen derecho a percibir beneficios sociales, cualquiera sea el número de horas diarias que trabajen, con la única condición que reciban de sus principales un sueldo fijo. La razón de tal excepción, estriba en la naturaleza especial de dichos servicios que no pueden someterse a un tiempo de duración limitado.

En caso que el empleado preste sus servicios a empresas o negocios conexos y vinculados entre sí, se suman las ho-

ras de trabajo en cada uno de ellos para el cómputo del mínimo de cuatro horas diarias.

En el caso de los contadores, es necesario aclarar que el artículo 21 de la Ley 6871, les exigía una labor mínima de tres horas diarias para tener derecho al goce de beneficios sociales, pero el Artículo Unico de la Ley N° 10437 y el artículo primero de la Ley N° 13266, han modificado el primero de los dispositivos legales citados, al disponer que los contadores que trabajan por horas, cualquiera que fuere el número de éstas, están comprendidos en la Ley 4916 y sus ampliatorias.

La jurisprudencia del Tribunal de Trabajo, ha precisado que los contadores que prestan servicios por horas, requieren de, por lo menos, una hora de asistencia diaria al centro de trabajo, para tener derecho a percibir la compensación por tiempo de servicios y demás beneficios sociales (35).

E. Remuneración indirecta

El inciso d) del artículo 1° de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, excluye del derecho a la compensación por tiempo de servicios, a aquellas personas que reciban su remuneración directamente del público o de los clientes de sus principales y no de estos últimos.

La razón de tal exclusión es obvia, ya que si el trabajador no recibe la remuneración directamente de su principal sino de terceras personas ajenas al vínculo laboral, no estamos, propiamente, frente a una relación de trabajo, ya que uno de los elementos esenciales que caracteriza al contrato de trabajo, lo constituye, precisamente, la remuneración percibida por el servidor directamente de su empleador. Faltando dicho elemento, desaparece la calidad de empleado en tales personas.

F. Servicios profesionales

No tienen derecho a la compensación por tiempo de servi-

(35) De la Torre Ugarte, Carlos, *Jurisprudencia del Trabajo*. Tomo II, pág. 80.

cios, los profesionales no comprendidos expresamente, en las leyes 13937 y 15132, aunque presten sus servicios en el propio centro de trabajo por menos de cuatro horas diarias o fuera de él, con o sin horario establecido, y perciban remuneración periódica. Tampoco gozan de este derecho tales profesionales, si perciben honorarios profesionales variables, eventuales o extraordinarios y no fijos y periódicos.

También están excluidos del derecho a la compensación por tiempo de servicios, los servicios profesionales prestados por personas jurídicas, asociaciones y, en general, por entidades o agrupaciones dedicadas a las actividades propias de los profesionales considerados en la Ley 15132, aún cuando sus honorarios les fueran pagados en armadas periódicas y regulares, tales como estudios, consultorios, gabinetes, laboratorios, etc., de tipo asociado de dos o más profesionales. Así lo dispone el artículo 6º del Decreto Supremo N° 020 de 02 de noviembre de 1964.

G. Aprendizices

En la legislación peruana, no existe norma alguna que regule el Contrato de Aprendizaje. Solamente existen definiciones o enunciados sobre su concepto.

Así, el artículo 10 del Decreto Supremo de 18 de febrero de 1941, reglamentario de las leyes Nos. 8433 y 8509, lo define diciendo que “aprendiz es la persona que presta sus servicios a otra, para obtener su adiestramiento profesional. En ningún caso, se reputará aprendiz a la persona que perciba un salario de un Sol Oro o más por día o por jornada de trabajo”. Según esta definición, el contrato de aprendizaje, en esencia, debe ser a título gratuito.

Sin embargo, el artículo 37 del Decreto Ley N° 20151 define el Contrato de Aprendizaje en la Empresa, precisando que es el convenio mediante el cual “una empresa imparte información profesional, dentro de sus instalaciones u oficinas, a un aprendiz menor de edad, pagándole la remuneración correspondiente y demás derechos sociales; y el aprendiz presta servicios en dicha empresa durante el período de

Aprendizaje y sigue los cursos a que hubiere lugar, dentro o fuera de la empresa”.

Como puede apreciarse, esta definición admite onerosidad en el Contrato de Aprendizaje, limitándolo a los menores de edad. Además, habla de derechos sociales sin precisar cuales son estos.

El aprendizaje en centros externos, se realiza por intermedio del Servicio Nacional de Aprendizaje y Trabajo Industrial, en armonía con las normas pertinentes de la Ley General de Educación, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley N° 20151.

El Contrato de Aprendizaje no tiene la naturaleza jurídica del Contrato de Trabajo ni la del Contrato de Locación de Servicios, razón por la cual el aprendiz no está comprendido en las normas legales y reglamentarias que otorgan beneficios sociales a los trabajadores comunes y, por consiguiente, no tiene derecho a la compensación por tiempo de servicios.

H. Comisionistas

Los comisionistas libres del comercio minorista que, simultáneamente, sirven a varios empleadores, vale decir, que no trabajan en forma exclusiva para un solo principal, no están considerados, por nuestra legislación, como empleados con derecho a beneficios sociales. Así lo dispone el inciso h) del artículo 1° de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928.

Se estima que si el comisionista presta sus servicios para más de un empleador, se configura más el contrato de comisión mercantil que el de trabajo, por existir no una relación laboral dependiente sino, propiamente, una de comerciante independiente.

I. Partícipes en tarifas

La Resolución Suprema N° 117 de 07 de agosto de 1962, excluye del derecho a gozar de la indemnización por tiempo de servicios, a aquellos trabajadores que perciban el 30%/o

o más del importe de las tarifas que pague el público por los servicios que preste el establecimiento o negocio del empleador.

La razón de esta exclusión, se encuentra en la idea de considerar socio del negocio del empleador al trabajador que perciba un porcentaje considerable de los ingresos del principal, porcentaje que, en este caso, ha sido fijado en un mínimo del 30^o/o. Se considera, además, que el monto del porcentaje que perciban estos trabajadores, sustituye al importe de la indemnización por tiempo de servicios.

J. Cooperativas

El artículo 9^o del Decreto Legislativo N^o 85 de 20 de mayo de 1981, dispone que los trabajadores de las Cooperativas de Usuarios (Ahorro, Crédito, Vivienda, Consumo, Bancos, Seguros, Educación, etc.); los trabajadores no socios de las cooperativas de trabajadores que fueren contratados excepcionalmente por éstas; y los trabajadores de las organizaciones cooperativas de grado superior, tienen la calidad jurídica de trabajadores dependientes sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

El mismo artículo dispone que el Poder Ejecutivo establecerá mediante Reglamento especial, el régimen laboral correspondiente a las cooperativas de trabajadores y los beneficios a favor de los socios-trabajadores de ellas.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Trabajo se ha pronunciado al respecto, en forma contradictoria. En efecto, en algunos casos ha resuelto que los trabajadores-socios de las cooperativas que laboran bajo una relación laboral, tienen derecho a los mismos beneficios que corresponden a los trabajadores en general, en mérito al principio de la irrenunciabilidad de los beneficios sociales, en tanto que, en otros casos, ha resuelto que los socios cooperativistas no tienen derecho a la compensación por tiempo de servicios, por considerar que este beneficio ha sido sustituido por otros beneficios acordados en los estatutos, fondos de previsión

y de retiro, excedentes y dividendos por sus aportaciones.

K. Cooparticipación en las utilidades

El Artículo 6º de la Ley 4916, dispuso, textualmente, que en todo caso en que el dependiente o empleado fuera coparticipante en las utilidades de los negocios de su principal o patrón, no le alcanzarán los beneficios de esta ley.

Esta disposición legal, fue interpretada auténticamente por la Ley N° 5119 que, en su artículo 1º, precisó que para que la coparticipación en las utilidades a que se refiere la segunda parte del artículo 6º de la Ley N° 4916, prive de los beneficios que dicha ley concede a los empleados, debe haber sido expresamente estipulada en el contrato de empeño o locación de servicios y referirse, en forma personal y directa, al empleado beneficiario y constando el contrato de instrumento público.

Las participaciones otorgadas en forma general en los estatutos de las empresas industriales o mercantiles a favor de sus empleados en concepto de gratificaciones, en sustitución de éstas o de cualquier otra, no están incluidas en la segunda parte del artículo ya citado, ni privan de los beneficios de la ley.

Posteriormente, los artículos 40 y 46 de la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928 (Reglamento de la Ley 4916), aclararon que sólo se considerará como participación en las utilidades que excluye el empleo de los beneficios de la ley, a toda cantidad que no baje del 50/o en favor del empleado contratante, deducido este porcentaje de las utilidades netas del negocio.

La exclusión del derecho al goce de la compensación por tiempo de servicios de los empleados copartícipes en las utilidades de su principal, encuentra su justificación en la tesis que considera socio del empleador al trabajador que participa en las utilidades del negocio de aquél, encontrándose el

servidor estrechamente vinculado a su principal al participar en sus ganancias, situación que no se dá, normalmente, en el contrato de trabajo.

De lo expuesto, podemos concluir que, para que funcione la exclusión del trabajador de los beneficios sociales y, por ende, del derecho a la compensación por tiempo de servicios, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que el régimen de coparticipación en las utilidades del principal, no sea general para todos los trabajadores al servicio del empleador.
2. Que se estipule expresamente, en el Contrato de Trabajo, la coparticipación en las utilidades.
3. Referencia personal y directa a un determinado trabajador.
4. Contrato de Trabajo celebrado por escritura pública.
5. Aprobación del Contrato de Trabajo por la Autoridad de Trabajo, bajo pena de nulidad.

Consideramos que la exclusión del derecho a gozar de beneficios sociales es de aplicación, por analogía, al trabajador obrero que reúna los requisitos anteriormente enunciados.

En determinado momento, la jurisprudencia del Tribunal de Trabajo excluyó del derecho al goce de la compensación por tiempo de servicios, al trabajador propietario por cualquier título, de acciones en el negocio del principal, en proporción no menor al 5^o/o del capital social de la empresa, por aplicación analógica de la regla contenida en la Ley N^o 5119.

Sin embargo, la Resolución Suprema de 21 de setiembre de 1959, ha precisado que las utilidades que, por concepto de acciones, posea el empleado en el negocio, no le privan del goce de sus compensaciones e indemnizaciones sociales.

Actualmente, la tendencia es mantener la diferencia que existe entre ambas situaciones, vale decir, entre la de accionista y trabajador. En efecto, las personas que siendo accionistas de una empresa, fueren a la vez, empleados de la misma, ostentan una doble posición jurídica: la mercantil en cuanto a la percepción de dividendos y la laboral inherente a su contrato de trabajo. En consecuencia, el empleado en tal situación, sí percibe como remuneración más del 5^o/o de las utilidades, además del sueldo, no pierde sus derechos sociales.

El esfuerzo laboral, genera beneficios sociales que, por su propia naturaleza, le corresponden al trabajador por una relación de causa a efecto, en tanto que el aporte de capital, constituye una relación diferente que no tiene por qué interferir o recortar los beneficios propios de la prestación de servicios por parte del trabajador. De allí que sólo está excluido del derecho al goce de beneficios sociales, el trabajador copartícipe en las utilidades del negocio de su principal por contrato de trabajo y no por ningún otro título.

REGIMEN MATRIMONIAL PERUANO

Héctor Cornejo Chávez

Bajo este mismo título, el Presbítero señor Víctor Huapaya Q. ha escrito una interesante disertación para optar, en la Universidad de Navarra, España, el grado de doctor en Derecho Canónico.

Explícitamente, el autor se propone demostrar que el párrafo 2º del art. 5 de la nueva Constitución del Perú permite modificar radicalmente el sistema matrimonial existente desde 1930, en el sentido de que, junto a un matrimonio civil sujeto a la regulación y jurisdicción del Estado, es ahora posible, no sólo un matrimonio canónico, sujeto a la normación jurídica de la Iglesia Católica, sino tantos otros sistemas de matrimonio como confesiones religiosas existan, igualmente sujetas, cada una, al respectivo ordenamiento jurídico (si lo tienen) (o al del Estado si no lo tuvieron, según parece inferirse de los términos de la tesis).

Complementariamente, el graduando sostiene que el artículo 316 del proyecto de nuevo Código Civil (elaborado por el autor de la presente nota en su calidad de ponente del Libro de Familia de la Comisión Reformadora del Código de 1936, aprobada por esta Comisión y ratificada por la Comisión Revisora antes de la intervención del Episcopado) recortaba el amplio campo legíslable consagrado en la Constitución y aun infringía los principios en ella proclamados sobre libertad e igualdad religiosas, privacidad de las creencias y aconfesionalidad del Estado.

Sin mayor desarrollo, pero con alguna insistencia, la tesis sugiere, además, que dicha norma implicaba una intromisión indebida del Estado en una esfera de exclusiva regulación canónica.

En fin, implícita pero muy claramente a nuestro entender, el autor se esfuerza por explicar los motivos por los que el Episcopado peruano decidió intervenir formalmente en el proceso estatal de preparación del nuevo Código, exigiendo la eliminación de la norma en cuestión.

CONTENIDO Y ALCANCES DEL ARTICULO 5 DE LA CONSTITUCION

Como se observa, la tesis fundamental del disertante reposa por entero sobre el contenido del párrafo 2º del art. 5 de la Constitución de 1979, que él interpreta en un sentido y con unos alcances totalmente ajenos, a nuestro juicio, a los que tuvo en mente el legislador constitucional.

El mencionado artículo reza textualmente así:

“El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.

La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia”.

Tanto el autor de la tesis, como el director de la misma señor Fuenmayor, consideran que la expresión “las formas de matrimonio”, que usó el legislador constituyente, es equívoca y ambigua, pues lo mismo puede referirse a *clases* de matrimonio con ordenamientos jurídicos totalmente distintos, o como *accesos diversos* al matrimonio —dos formas: la civil y la religiosa— pero con un único régimen jurídico matrimonial, el del Estado.

El graduando asume plenamente la primera interpretación y sobre ella construye toda su tesis. De nuestra parte, creemos que, en efecto, hay cierta equivocidad en la expresión utilizada —y en eso radicó una de las razones de nuestro desacuerdo con ella en el seno de la Asamblea Constituyente—; pero nos inclinamos resueltamente en el sentido de que fue la segunda la que estuvo en la mente del legislador.

Pues bien, hay varios caminos por los cuales se puede llegar a averiguar cuál fue la intención del constituyente: el de la hermenéutica jurídica, el del *iter* legislativo del art. 5, y el que podríamos llamar de argumentación *ab absurdo*.

1. Interpretación jurídica de la expresión "formas de matrimonio"

La mayoría —si acaso no la totalidad— de los tratadistas entiende la forma como el signo o conjunto de signos por medio de los cuales se exterioriza la voluntad de realizar un negocio jurídico; y en tal sentido se ocupan de ella como uno de los elementos esenciales del acto o como uno de los requisitos de su validez.

“Forma —enseña Messineo (1)— es el medio o el modo con la que se pone en ser la declaración expresa de voluntad, o sea, es el aspecto exterior que esta última asume... La forma, por consiguiente, es un elemento indispensable que, en cierto sentido, se identifica con la declaración de voluntad, de manera que, sin una forma, la declaración de voluntad no podría emitirse... Las normas que imponen la observancia de una forma especial son de interpretación estricta... Prescindiendo de lo que pudiera ser el uso espontáneo de la forma escrita por el declarante, con finalidad probatoria, hay casos en que el ordenamiento jurídico la impone... El negocio sujeto a forma escrita esencial se denomina solemne... La imposición de la solemnidad de forma se explica por el propósito de la ley de llamar la atención del declarante sobre la importancia del acto que realiza y de garantizar la seriedad y madurez de todo lo que él decida hacer...; de hacer posible siempre el control del contenido de la declaración y de constreñir al declarante a la claridad. . .La forma solemne se exige. . .para los actos que se refieren al estado de la persona (considerada en sí y en su posición en la familia)... A veces, la forma escrita puede asumir una solemnidad más acentuada....Es acto público o auténtico aquél que ha sido redactado con las formalidades del caso... por un notario o por otro funcionario público (oficial de estado civil...)”.

“En cuanto a la forma, escribe León Barandiarán (2), todo acto debe revestir alguna formalidad, entendida ésta como la manifestación exteriorizada del consentimiento (la declaración de voluntad)...En caso de que la ley imponga una determinada forma (acto solemne), si el acto no reviste la misma, él no tiene validez...”

(1) Francesco Messineo. Derecho Civil y Comercial, t. II, p. 381. Buenos Aires, 1954

(2) José León Barandiarán, Manual del Acto Jurídico, p. 14. Lima, 1950

Ocupándose específicamente de la forma substancial del matrimonio, los autores del Diccionario de Derecho Privado, Casso y Cervera (3), se refieren a “un conjunto de actos que implican una forma externa, precisa y legalmente exigida para la prestación del consentimiento constitutivo de cada matrimonio”, que “por la importancia social del matrimonio y su trascendencia familiar... la importancia y trascendencia de las obligaciones y deberes matrimoniales” ... exige que “los contrayentes se den perfecta cuenta de la trascendencia del acto que realizan...” el mejor medio para lograrlo es rodear la celebración del matrimonio de solemnidades específicas y extraordinarias... ” “Implica, pues, este elemento legal todo un aparato técnicojurídico positivo, encaminado tanto a la solemnidad exigida por la trascendencia del matrimonio... como para preparar una fácil y hacedera prueba del mismo”...

Ocupándose del Código Civil de 1852, Toribio Pacheco (4) solamente utiliza la palabra “formalidades” al tratar de la celebración del matrimonio (que entonces era sólo uno: el canónico). “Respecto a la manera de celebrarlo —dice— es preciso llenar las formalidades que la ley impone”... “El matrimonio como contrato civil está fundado, entre nosotros, en la institución como sacramento; de manera que, para producir efectos civiles, debe ser celebrado... con las formalidades establecidas por la Iglesia”.

El significado que estos dos tratadistas, uno extranjero y el otro nacional, otorgan a la palabra *formas* del matrimonio es virtualmente universal.

Ruggiero (5) distingue, entre los requisitos para contraer matrimonio, los sustantivos —diferencia de sexo, pubertad, consentimiento libre... — los “requisitos de forma” y a ellos se refiere bajo el nombre de formalidades preliminares —publicación del proyecto, previa presentación de ciertos documentos... — y de formalidades referentes a la celebración misma del matrimonio —publicidad y oralidad de la interrogación que hace el oficial de estado civil,

(3) Casso y Cervera. Diccionario de Derecho Privado, t. I, p. 1971. Barcelona, Madrid . . . 1950

(4) Toribio Pacheco, Tratado de Derecho Civil, t. I, Lima, 1860, p. 184

(5) Roberto de Ruggiero. Instituciones de Derecho Civil, t. II, vol. 2º. Madrid. . . pp. 75 a 96

inequívocidad de la respuesta afirmativa de los pretendientes, suscripción del acta...

Jemolo (6) coincide enteramente con estas apreciaciones. Luego de ocuparse extensamente de la institución matrimonial (esponsales o promesa de matrimonio, capacidad para contraerlo, impedimentos, el problema del consentimiento...), dedica una sección completa a “La celebración”, distinguiendo en ella “las formalidades preliminares (sistema de publicación dispensa de ésta, penalidades...); la oposición; ‘la celebración’ (sus momentos, intervención de apoderado, pronunciamiento del oficial del estado civil...) y las pruebas de la celebración.

Por su parte, Enneccerus, Kipp y Wolff (7), bajo el epígrafe genérico de “Conclusión del Matrimonio” y haciendo referencia a la ley del Reich de 6 de febrero de 1875, señalan la presencia de dos testigos, la interrogación del funcionario a los pretendientes, la respuesta afirmativa de éstos y el pronunciamiento del funcionario del estado civil de haber quedado aquéllos unidos en matrimonio; añade que “además de estas disposiciones formales esenciales, cuya infracción hacía nulo el matrimonio, existían ciertas ‘disposiciones de orden (imperfectas)’ sobre la competencia del funcionario, las proclamas, las condiciones de los testigos y la inscripción del matrimonio en el registro de casamientos”; y luego enseñan que el Código civil mantiene el matrimonio civil obligatorio. Más adelante, al ocuparse de los vicios de la conclusión (celebración) del matrimonio, estudian en primer término los “vicios de forma” y detallan sus consecuencias.

Lacruz Berdejo (8) es aún más explícito, cuando, luego de utilizar como epígrafe el de “Matrimonio canónico y matrimonio civil; matrimonio en *forma* religiosa y en *forma* civil”, esclarece la cuestión que ahora nos ocupa expresando: “Distinto del binomio ‘matrimonio religioso-matrimonio civil’ es el circunscrito a la *forma*: ‘matrimonio en *forma* religiosa’ y en *forma* civil’.

(6) Arturo Carlo Jemolo. El Matrimonio. Buenos Aires, 1954, pp. 143 a 173

(7) Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff. Tratado de Derecho Civil, 4º tomo, vol. primero. Barcelona, 1953, pp. 111 y ss., 140 y ss.

(8) José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida. Derecho de Familia. Barcelona, 1982, pp. 130, 131

lidad tiene alcance institucional: se refiere a realidades jurídicas que, siendo matrimonios ambas, se estructuran en distinto ordenamiento tanto en lo referente a su constitución cuanto a sus efectos; se trata de dos *clases* de matrimonio. En cambio, la *forma* religiosa de celebración se limita a sustituir, con sus propios ritos, el régimen civil de emisión del consentimiento matrimonial y a permitir que lo reciba un ministro religioso en lugar del funcionario del Estado; pero en lo demás —requisitos de validez y régimen de la nulidad, impedimentos, dispensa, separación, disolución, etc.— el régimen único es el civil... ”

Esta opinión —sustentada precisamente por un jurista español, respetuoso de la Iglesia Católica o católico él mismo— tiene particular importancia para la cuestión materia del presente artículo, ya que, por una parte, diferencia con claridad las expresiones “formas de matrimonio” —que sólo se refiere al acto de celebración del casamiento— y “clases de matrimonio” —en que se trata de dos estatutos jurídicos diferentes. Según esto, es evidente que la fórmula contenida en el art. 5 de la Constitución Peruana —“formas” y no “clases”— no autoriza en modo alguno la coexistencia de dos o más regímenes matrimoniales diferentes, no sólo en su celebración, sino también en su contenido, efectos y eventual separación o disolución, sino únicamente la celebración del casamiento ante la autoridad civil o ante la o las religiosas (que es, exactamente, el alcance de la fórmula propuesta por el autor de esta nota en el seno de la Asamblea Constituyente y que el señor Huapaya desahucia).

Refiriéndose específicamente al Derecho Matrimonial Católico, Knecht (9) emplea la palabra *forma* sólo para referirse al acto de celebración del matrimonio; y distingue la forma ordinaria (en el Código de Derecho Canónico de 1917, recientemente sustituido), con intervención del párroco y asistencia de los testigos; y la forma extraordinaria de dicha celebración, en que el matrimonio se formaliza ante cualquier sacerdote y dos testigos o ante dos testigos solamente (Decreto *Ne Temere*).

Panorama semejante ofrece la doctrina jurídica latinoamericana en esta materia. Así:

(9) A. Knecht, Derecho Matrimonial Católico, Madrid, 1932, pp. 469 a 504

Rébora (10) analiza extensamente los “Requisitos y celebración del matrimonio”; distingue entre los primeros los “personales” y los “formales”; y entre estos últimos, que son los que interesan a este estudio, menciona la presentación de los interesados ante el respectivo oficial público, la manifestación verbal de su intención, la presencia de dos testigos y la suscripción de una nota; todo lo cual antecede a la celebración misma del casamiento, que tiene lugar con la comparecencia personal —o eventualmente por apoderado— ante el oficial del Registro Civil; “a puertas abiertas”; y que consiste en la ratificación de propósitos, el intercambio de declaraciones luego de la lectura de ciertos artículos pertinentes, el pronunciamiento de la unión y la extensión de un acta. Estas son las formalidades o formas del matrimonio.

A su turno, Belluscio (11), después de examinar los “requisitos intrínsecos del matrimonio” (impedimentos), desarrolla *in extenso* el tema de los “Requisitos extrínsecos: *forma* y prueba del matrimonio”; y luego de señalar la “importancia de las formas” en los antecedentes históricos y en el Derecho comparado, estudia las diligencias previas, que consisten básicamente en la expresión verbal de la intención de contraer matrimonio ante el oficial público encargado del registro civil, con asistencia de dos testigos y suscripción de un acta; y en la ceremonia misma del casamiento ante el oficial encargado del Registro Civil, en su oficina, públicamente, compareciendo personalmente los futuros esposos o eventualmente sus apoderados, en presencia de dos testigos y con las demás formalidades que la ley prescribe...

Borda (12) dedica el capítulo II de su obra a la “Celebración del Matrimonio” y divide la materia en tres partes: I. Impedimentos. II. Consentimiento. III. *Forma*; y en esta última, después de señalar la importancia de *las formas* en el matrimonio, a las que también denomina formalidades o solemnidad, comenta la ley argentina según la cual, suprimida la publicación de los avisos, el

(10) Juan Carlos Rébora. Instituciones de la Familia, Buenos Aires 1946, T. II pp. 51 y ss. y 96 y ss.

(11) Augusto César Belluscio. Derecho de Familia, Buenos Aires, 1979. T. I. pp. 311 y 570 y ss.

(12) Guillermo A. Borda. Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia, I. Buenos Aires, 1969, pp. 120 y ss.

matrimonio se realiza en un solo acto, públicamente, en la oficina del Registro Civil, con lectura de determinados artículos del Código referentes a las obligaciones más importantes de los cónyuges, la expresión del consentimiento por cada uno de los contrayentes y el pronunciamiento del funcionario en nombre de la ley en el sentido de quedar aquéllos unidos en matrimonio; de todo lo cual se deja constancia en acta. Precisa, en fin, las sanciones que se imponen según la ley por la inobservancia de *las formas*, según que de ellas dependa la existencia del acto o no.

Aludiendo a la legislación chilena sobre el particular, Somarriva (13) enumera, en primer lugar, los “requisitos de validez” y entre ellos menciona el consentimiento libre y espontáneo, la capacidad de los contrayentes (esto es, la ausencia de impedimentos dirimentes) y el cumplimiento de *las formalidades* exigidas por la ley. Luego analiza, bajo el nombre de “solemnidades” las formalidades que deben cumplirse en el acto de la celebración del casamiento (y que son semejantes a las exigidas en las otras legislaciones).

Coincidentemente, y aun con mayor claridad, Fueyo (14), explica que “así como *requisito* se refiere a los requisitos *de fondo...*, la expresión formalidad representa *las formas*, o formalidades o solemnidades *ad substantiam*”; y desarrollando este esquema clasifica en seguida las formalidades (o formas) en anteriores al matrimonio, coetáneas a su celebración y posteriores a ésta. Incluye entre las primeras la manifestación de voluntad por los pretendientes y la información de dos testigos; enumera entre las segundas el día y hora de la celebración, el lugar en que ésta se hace, la ceremonia propiamente dicha y los testigos del acto. Incluye, en fin, entre las terceras el acta del matrimonio, la inscripción de éste y la expedición del certificado. Aquí terminan *las formas* del matrimonio.

Emilio Valverde, en fin (15) —para no alargar indefinidamente las citas de autoridad—, con referencia específica al Derecho pe-

(13) Manuel Somarriva Undurraga. Derecho de Familia, Santiago de Chile, 1946, pp. 29 y ss. 59 y ss.

(14) Fernando Fueyo Laneri. Derecho Civil, t. VI, vol. I. Santiago de Chile, 1959, pp. 120 y ss.

(15) Emilio F. Valverde. El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano, t. I. Lima, 1942, pp. 211 y ss. y 242 y ss.

ruano, se ocupa de las *formalidades* al tratar de la celebración del matrimonio; formalidades de las que unas son previas —destinadas a fijar la capacidad de los contrayentes, y otras alusivas a la ceremonia misma.

Especial interés reviste en esta materia la lectura de las actas de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, cuyos trabajos dieron origen al de 1936.

Como es sabido, dicha Comisión estuvo integrada por cuatro de los más notables juristas peruanos de la época, los señores Oliveira —quien fue precisamente el autor de la ponencia sobre el Libro de Familia—, Juan José Calle, M.A. Olaechea y A. Solf y Muro. La Comisión debatió a fondo, con acopio de argumentos y a veces en términos caballerosamente polémicos e incisivos, precisamente los temas relacionados con el mantenimiento del matrimonio católico como el único obligatorio para los católicos —que eran, como siguen siendo, la inmensa mayoría de los peruanos— y del matrimonio civil para los no católicos, establecido por ley de 23 de diciembre de 1897; o la implantación del matrimonio civil obligatorio; en todas las implicaciones que el tema conllevaba. De hecho, la Comisión debatió exhaustivamente la materia a lo largo de doce intensas sesiones efectuadas entre 31 de octubre de 1923 y 16 de enero de 1924 (sesiones 52 a 63), y volvió sobre la misma en otras ocasiones, como en las de 23 de setiembre de 1925 y 31 de marzo de 1926.

Pues bien, la expresión formas del matrimonio fue utilizada no menos de diecisiete veces con los alcances que el autor del presente artículo atribuye a la fórmula del art. 5 de la nueva Constitución y no con la que les atribuye la interpretación del señor Huapaya. Con ese significado la utilizaron, desde luego, el propio ponente, y también los demás juristas de la Comisión; y sólo en dos ocasiones empleó el señor Calle expresiones equívocas al respecto.

Una nota puesta oficialmente al pie de la pág. 128 del volumen en que se registra la extensa Memoria presentada por el ponente del Libro de Familia en la sesión de 31 de octubre de 1923, consigna, además, la opinión vertida por el señor Manuel Vicente Villarán en el Senado de la República, según la cual debía permitirse la *celebración* del matrimonio religioso y del civil... dándose a

ambos matrimonios igualdad de efectos ante la ley”, lo que refuerza la interpretación de que la dualidad de formas hacía referencia, no a dos clases de matrimonio, sino a uno sólo que podría celebrarse en dos formas.

En cambio, no nos ha sido posible encontrar opiniones autorizadas que entiendan “formas de matrimonio” como “clases” o “tipos” de matrimonios. Cuando, eventualmente, algunos de los tratadistas nombrados quiere referirse a matrimonios diferentes utiliza precisamente las recién recordadas expresiones: clases o tipos o regímenes o estatutos jurídicos —no formas— matrimoniales.

En fin, resulta significativo que el mismo señor Huapaya y también el director de la tesis señor Fuenmayor empleen en ella repetidamente la expresión *las formas* en el sentido que defendemos, que es el correcto. Así, al referirse al sistema de matrimonio facultativo que existe en algunos Estados, precisa que en él “los novios tienen plena facultad para *contraer* matrimonio o en *forma* civil delante del ministro estatal, o en *forma* religiosa delante del ministro de culto competente” (p. 462); y poco más adelante, con específica referencia al tipo anglosajón de matrimonio facultativo, insiste en que en él “sólo existe la libertad en cuanto a que los contrayentes pueden manifestar su consentimiento delante del ministro de culto o delante del funcionario civil. Se trata, pues, exclusivamente de una libertad para elegir entre *dos formas de celebración*; correspondiendo al Estado...” etc. En cambio y en evidente contraste, cuando el autor quiere aludir a dos sistemas jurídicos matrimoniales distintos utiliza, como es correcto, la palabra *clases*. Así, en la página inmediatamente siguiente, señala que “en la modalidad latina o católica el Estado... ofrece la posibilidad de optar entre dos *clases* de matrimonio: el civil y el canónico...” “El complejo conjunto de *formalidades* y la misma ceremonia civil constituyen un ropaje jurídico con el que tiene que revestirse el matrimonio para obtener efectos en el ámbito del fuero civil” (p. 469). Y poco más adelante, al comentar el matrimonio *in extremis* que el Código de 1936 autorizaba en su art. 120, dice que “el hecho (de) que el Código Civil no autoriza a un funcionario civil para proceder en *forma* tan sumaria, indica... etc.” (p. 471, nota 29). Nuevamente, en la p. 502 utiliza la expresión *forma* de la *celebración* en el sentido correcto, es decir, vinculada a la ceremonia del casamiento (matrimonio como acto) y no como sinónimo

de régimen matrimonial (que comprende al matrimonio tanto como acto cuanto como estado, desde su principio hasta su terminación). Idéntica significación tiene la palabra *formas* en la tesis del señor Huapaya cuando comenta que por el primer párrafo (del art. 316 del proyecto presentado a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936) “el matrimonio religioso al que se reconoce efecto civil es el *contraído* según los cánones del Derecho de la Iglesia y no sólo el *celebrado* en la *forma* establecida por el “ordenamiento civil” (p. 405). Y como síntesis del criterio que subyace en el empleo correcto de la palabra *formas*, recuerda (p. 496) que “tanto el Derecho Canónico como el Derecho Civil construyen la teoría de la validez del matrimonio sobre estos tres elementos: sujetos hábiles, consentimiento y *forma*...

Toda la confusión que, según parece, existe en la tesis en cuanto a los alcances de las expresiones formas y clases (o tipos o regímenes) podría, a nuestro juicio, desvanecerse si se recordara que la palabra matrimonio tiene en Derecho dos significaciones conexas pero claramente diferenciables: el *matrimonio como acto* y el *matrimonio como estado*. El primero se realiza a través de un trámite, que generalmente comienza con la declaración que hacen los interesados de su propósito de casarse, que suele seguir con la publicidad que se da a ese proyecto a fin de franquear la vía a eventuales oposiciones o denuncias de impedimentos, que suele continuar con una declaración formal del oficial respectivo en el sentido de haber quedado acreditada la capacidad nupcial, y que culmina en una ceremonia de realización del proyecto. A partir de ese momento, comienza el matrimonio como estado, el cual nace con una vocación de permanencia (vitalicia para los católicos y en todo caso duradera y no fugaz), se prolonga a través de un complejo de relaciones personales (“deberes y derechos que nacen del matrimonio”, les llama nuestro Código: fidelidad, cohabitación, asistencia, dirección del hogar, su representación ante terceros...) y patrimoniales (régimen de bienes y deudas...), que a veces decae (a través de la separación de cuerpos) y que un día se disuelve (sea por la muerte o, en los países que lo admiten, por el divorcio).

Ahora bien, el ordenamiento legal coge el matrimonio desde la declaración del propósito de casarse que hacen un varón y una mujer ante el oficial autorizado hasta que la muerte (o el divorcio) pone fin a la relación; y el complejo orgánico de normas que dicho

ordenamiento contiene se llama *régimen* matrimonial. Cada régimen regula, pues, una determinada *clase* de matrimonio. En este sentido, hay un régimen católico o canónico, uno judío, otro musulmán... y así más o menos indefinidamente. Un Estado cualquiera puede acoger una sola clase de matrimonio o puede acoger a varias. En este último caso, se dirá que el *sistema* matrimonial de tal Estado acoge varios *regímenes* matrimoniales (o varias clases o tipos de matrimonios).

Ahora bien, tratándose del matrimonio *como acto*, su validez exige, como cualquier otro acto o negocio jurídico, la concurrencia de tres elementos: sujetos hábiles (que son quienes no tienen impedimentos legales para casarse), objeto lícito (que es la unión matrimonial) y *forma* prescrita por la ley (o *formas*, como ocurre en otros actos jurídicos que pueden ser realizados en varias formas, como el reconocimiento de hijos extramatrimoniales o el otorgamiento de testamento...)

La palabra forma o formas (o formalidades) tiene, pues, un alcance mucho más restringido que la palabra clases (o regímenes o tipos), pues sólo se refiere a *uno de los elementos* del matrimonio como *acto*, mientras que el régimen matrimonial (y puede haber varios) regula todo el fenómeno matrimonial, desde que se proyecta hasta que se disuelve.

A la luz de este enfoque, resulta claro que la expresión *formas* de matrimonio que utilizó el legislador constituyente en el art. 5 no puede entenderse como sinónimo de *clases* de matrimonio, sino solamente como la admisión de varias formas de celebrarse el matrimonio (ante el funcionario del Estado, ante un párroco, o ante un rabino o ante un pastor... por ejemplo); pero que, una vez celebrado el matrimonio en una de esas varias formas, queda sujeto (y aquí se igualan todos los matrimonios) a un solo régimen jurídico, que es el del Estado Peruano, el cual además de precisar cuáles son esas diferentes formas de celebración, regula todo su contenido (condiciones necesarias para casarse válida y lícitamente –impedimentos dirimentes e impedientes y, por tanto, causales de nulidad, anulabilidad e ilicitud del matrimonio– relaciones personales entre los cónyuges, régimen patrimonial o regímenes patrimoniales, causales de decaimiento del vínculo y, en fin procedencia y en su caso causales de divorcio...).

Si se tiene a la vista este enfoque, resulta desconcertante que el autor de la tesis, no sólo confunda formas con tipos o clases, sino que llegue a atribuir a las primeras mayor extensión que a las segundas, cuando es exactamente al revés. Así, sostiene que “los debates posteriores (de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente) determinaron que la fórmula *amplia* contenida en la expresión *formas de matrimonio* prevaleciera sobre aquélla que defendía un sistema dualista de reconocimiento de dos *tipos* de matrimonio” (p. 479); todo ello sin contar con que la fórmula que reconocía efectos legales al matrimonio religioso en ciertos casos nunca propuso varios tipos de matrimonio, sino varias formas de celebrarlo.

Vale la pena señalar, en fin, aunque sólo sea en términos muy abreviados, que si se considera el problema desde el punto de vista, ya no de la doctrina jurídica, sino del Derecho positivo peruano, se podrá advertir que ni en el Código Civil de 1852, ni el de 1936, ni en el actual de 1984 utiliza el legislador la palabra *formas* cuando quiere aludir a clases o regímenes (Puede verse al respecto, como simple ejemplo, el texto de los arts. 295 a 302, 307, 318 a 320, 326, 327, 329 a 331, etc.); y, sobre todo, que la fórmula del art. 5 de la nueva Constitución tuvo originalmente una formulación más extensa, cuyo conocimiento esclarece aún más el asunto. “La ley regula las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución así como sus efectos”.

Pues bien, si la expresión *formas* hubiera sido utilizada como sinónima de *regímenes* o clases de matrimonio, habría sido ociosa y repetitiva la indicación de que también la ley habría de regular los efectos del matrimonio y las causales de decaimiento y disolución, pues el régimen abarca todo eso: celebración, contenido, decaimiento y disolución. Resulta, pues, evidente, también desde este punto de vista, que la palabra *formas* sólo cubría una parte del régimen, atinente a la ceremonia del casamiento, en tanto que el resto —efectos, decaimientos y terminación— también serían reguladas por la ley, *además* de regular las formas o formalidades de su celebración.

2. *Iter legislativo del párrafo 2º del art. 5 de la Constitución de 1979*

El segundo camino por el cual es posible, a nuestro juicio, esclarecer los alcances de la equívoca expresión usada por el constituyente es el histórico: consiste en seguir la pista o itinerario de la iniciativa, desde sus orígenes hasta la aprobación del texto final, en el seno de la propia Asamblea Constituyente.

Los documentos básicos para ello son los tomos I y II, referentes al trabajo de la Comisión Principal —encargada de elaborar el proyecto de la nueva Carta, sobre la base de los anteproyectos o ponencias de las comisiones especiales— y el tomo VI de los Debates del Plenario de la propia Asamblea Constituyente que debatió, aprobó y promulgó la Carta de 1979.

El autor de la tesis ha tenido, en efecto, a la vista esos volúmenes; pero, sea por insuficiente prolijidad o porque él mismo no participó obviamente en los trabajos de la Constituyente, ha perdido varios pasos de ese itinerario; y no ha logrado captar ni interpretar, entre otras circunstancias, una curiosamente significativa: la de que el seguimiento del *iter* legislativo, en este caso concreto, resulta más ilustrativo por sus silencios y omisiones, que por sus expresiones directas.

El itinerario en cuestión se puede sintetizar así:

1. El 27 de octubre de 1978 llega a la Comisión Principal, proveniente de la Comisión Especial N° 3 —encargada del anteproyecto sobre esta materia— un art. 4° , cuyo párrafo tercero reza: “La ley regula las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución, así como sus efectos” (Tomo II, p. 31, Anexos y Ponencias de la Comisión Principal), sin que en la brevísima exposición contenida en el oficio de remisión se diga una sola palabra acerca del fundamento y los alcances de aquella iniciativa.

2. El 19 de diciembre del mismo año, el señor Aramburú propone que se suprima en dicho texto la expresión: “La forma de...” (así, en singular) (T.I, p. 65);

3. En esa misma fecha y sesión se deja constancia de que el mencionado párrafo fue “retirado por la Comisión” (Conviene señalar que el artículo en cuestión, que llevaba originalmente el número 4, pasó después a tener el número 5, de lo que se deja constancia para evitar confusiones) (T.I, p. 66).

4. En la sesión de 28 de diciembre, el señor Cornejo Chávez pide que se ponga a discusión la adición presentada por él sobre el matrimonio religioso; pero no se llega a debatir (T. I, p. 82);

5. En sesión de 2 de enero de 1979, el señor Cornejo Chávez recuerda a la Comisión que hay dos adiciones pendientes de discusión: una sobre el matrimonio religioso y la otra sobre el servinaky (T.I, p. 85); y en la misma oportunidad se aprueba sin discusión ni objeción de nadie la adición propuesta por el señor Cornejo Chávez, cuyo texto es el siguiente: “Se reconoce efectos civiles al matrimonio religioso inscrito en el Registro del Estado Civil”. Luego, en la misma sesión, el señor Ramírez del Villar pide se reconsidere la decisión adoptada sobre el párrafo 3º del art. 5º (retirado antes, como se ha dicho, por la Comisión), y, en efecto, se aprueba ese párrafo.

6. Con fecha 30 del mismo mes de enero, la Comisión acuerda el ordenamiento de los incisos del art. 5, “incluyendo las adiciones de los señores Ramírez del Villar y Cornejo Chávez relacionadas con la regulación de la forma (sic: en singular) del matrimonio y los efectos civiles del matrimonio religioso inscrito en los registros de estado civil” (T.I, p. 165);

7. El 8 de febrero fueron aprobados los siete capítulos del Título de Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona (cuyo capítulo II se refiere a la familia) (T.I, p. 189);

8. En sesión de 8 de marzo se acuerda que la adición del señor Cornejo Chávez sobre reconocimiento de efectos civiles al matrimonio religioso, aprobado el 2 de enero, quede signado con el N° 4-A del capítulo II: Familia) (T.I, p. 265);

9. El 13 de marzo, el art. 4-A fue ratificado con ese número (T.I, p. 273);

10. Con fecha 27 del mismo mes de marzo de 1979, se remite al Presidente de la Asamblea Constituyente el proyecto final de la Comisión Principal sobre Derechos de la Familia, cuyo art. 4º, párrafo 3º dice que “el matrimonio religioso inscrito en el Registro de Estado Civil produce efectos legales” (T.II, p. 282);

11. En sesión de 9 de abril de 1979, el Presidente de la Comi-

sión Principal consulta a ésta acerca de los pedidos de reserva respecto del capítulo II (De la Familia). “Efectuado el procedimiento con relación a varios artículos del indicado capítulo, no se acordó reserva alguna” (T.I, p. 332);

12. El mismo día, por la noche, en el Plenario de la Asamblea Constituyente, el Presidente anuncia que al día siguiente, por la mañana, habría sesión de la Comisión Principal... para considerar las modificaciones sobre el capítulo II que surjan del debate de hoy”; y que habría sesión plenaria de la Asamblea el día subsiguiente por la mañana (T. VI, p. 4);

Se da entonces lectura al texto del capítulo II, cuyo art. 4º, párrafo final preceptúa que “el matrimonio religioso, inscrito en el Registro de Estado Civil, produce efectos legales” (T.VI, p. 10).

En ese momento, el señor Biaggi anuncia llanamente, sin expresar fundamento alguno ni dar ninguna explicación, que, por acuerdo de los dos partidos que formaban mayoría, propone que se suprima el indicado párrafo tercero (Además se refiere a otros puntos ajenos a esta materia). El señor Ramírez del Villar, sin referirse al anuncio del señor Biaggi, propone, en nombre de su grupo, otras enmiendas a otros artículos del capítulo II (T. VI, pp. 12-13)

Ante esta sorpresiva decisión adoptada fuera de sesión por los dos grupos de mayoría, el señor Cornejo Chávez manifiesta su sorpresa, pues ello significa dejar de lado la intención que se tuvo al constituir la Comisión Principal multipartidaria, integrada por los diez grupos políticos representados en la Constituyente y en cuyo seno debía buscarse las fórmulas de consenso (p. 17), señala que son esenciales las modificaciones acordadas extra-sesión por dichos dos partidos (p. 18), y hace notar que el asunto ha quedado virtualmente terminado, por lo que carecía de objeto entrar en mayores reflexiones (p. 19). Sigue, luego, un intercambio de ideas con intervención de otros dos señores constituyentes, cuando el asunto estaba ya clausurado y el debate carecía de objeto

13. Vuelto el asunto a la Comisión Principal, en sesión de 10 de abril de 1979, el Presidente da la razón al señor Cornejo Chávez en cuanto al procedimiento adoptado por los dos partidos de mayoría; y luego pone en debate el párrafo 3º del art. 4º sobre el matrimonio religioso “que estaba pendiente” (T.I, p. 333, Com. Principal).

El señor Cáceres Velásquez propone que se diga “matrimonio canónico”; y el señor Ramírez del Villar del Partido Popular Cristiano “se opuso a la idea de reconocer efecto civil al matrimonio religioso, así como al canónico”, posición a la que se sumó el señor Del Prado del Partido Comunista.

No obstante haberse aprobado un pedido del señor Cáceres en el sentido de que se reservara el párr. 3º “en vista de no estar presente el señor Cornejo Chávez”, se procede a aprobar la fórmula venida de la Comisión Especial N° 3 acerca de que “las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley” (pp. 334-336) y en relación a la propuesta del señor Cornejo Chávez se expresa que “después de un amplio y detenido análisis de las fórmulas y modificaciones presentadas, en la que los señores miembros de la Comisión hicieron conocer sus respectivos puntos de vista, se procedió a votar. Leída y puesta al voto la fórmula original, fue rechazada”. “Igualmente, no fue aprobada la nueva proposición sobre matrimonio canónico. En consulta la propuesta bipartidaria (sic) que reconoce efectos legales al matrimonio religioso o canónico, fue desestimada...”. “Consultada la redacción sustitutoria propuesta por el señor Ramírez del Villar, fue aprobada”. Sale así la fórmula definitiva del párrafo 3º: “las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley” (p. 336).

14. Vuelto el asunto al Plenario de la Constituyente en sesión de 11 de abril, a las 11.30 a.m. el Presidente anuncia que está cerrado el debate con respecto al capítulo II y, “de conformidad con lo acordado”, “la Comisión Principal... ha considerado las observaciones hechas al texto del indicado capítulo, que está en poder de los señores miembros de la Asamblea y sobre lo cual se va a votar” (T.VI, p. 39). El señor Cáceres pide que el artículo 4º se vote separadamente. La presidencia, una vez oída la opinión del señor Polar, rechaza ese pedido. Así se vota en bloque todo el capítulo II. “Sin debate y por unanimidad —dice el acta de esa sesión— fue aprobado el capítulo II”. Pero dejan expresa constancia de sus desacuerdos y reservas representantes que pertenecen a seis de los diez grupos políticos representados en la Asamblea.

Este es, a nivel de la Asamblea Constituyente, el *iter* legislativo del artículo 5º de la nueva Constitución.

Su lectura sugiere, desde luego, varias reflexiones, a saber:

a) La paternidad de la iniciativa aprobada nunca quedó averiguada. Desde luego, no correspondió al señor Ramírez del Villar, quien se limitó a promover alguna vez su debate y la defendió, porque la fórmula llegó a la Comisión Principal de la Comisión Especial N° 3, de la cual sólo formaron parte los señores Polar, Heysen, Roca, Ramos Alva y Valle Riestra (que suscribieron sin reservas el anteproyecto elaborado por dicha Comisión), la señora Magda Benavides (que no suscribió ese documento y anunció que después haría conocer sus discrepancias) y el señor Pedro Cáceres Velásquez (quien firmó el anteproyecto, pero anunció también observaciones y discrepancias).

El hecho de no saberse a quién o a quiénes correspondió la iniciativa no tiene sólo un interés anecdótico, sino uno muy importante: el de no poderse averiguar cuáles fueron los fundamentos y sobre todo los alcances de la expresión “las formas de matrimonio...” que utilizó, siendo así que ése fue el momento en que el problema se originó.

Formalmente, tal explicación pudo esperarse de quienes firmaron el anteproyecto o ponencia de la Comisión Especial N° 3; pero de ellos sólo los señores Polar y Valle Riestra integraron la Comisión Principal y nada dijeron al respecto, ni lo aclararon tampoco los demás en el Plenario de la Constituyente.

2. Otras dos ocasiones hubo para que el autor o los autores de la fórmula explicaran sus alcances: aquélla en que la Comisión retiró el párrafo respectivo (19 de diciembre de 1978) y aquélla en que el señor Ramírez del Villar obtuvo que se volviera a incluir (aparte de que tampoco queda clara la razón de readmitirse el 2 de enero de 1979 lo que se había retirado catorce días antes).

3. Tampoco aparece explicada la razón de que, dejándose en pie la aprobación de la fórmula del señor Cornejo Chávez, se aprobara luego la del señor Ramírez del Villar, que parecían ser alternativas excluyentes y no fórmulas complementarias la una de la otra.

4. La petición —si bien no aceptada— que formulara el señor

Aramburú en el sentido de que se suprimiera la fórmula en cuestión revela que ni aun dentro del mismo grupo político del señor Ramírez del Villar se tenía clara la idea de los alcances de la fórmula, pues aquél se refiere a la frase en singular (“La forma de matrimonio... ”), lo que altera radicalmente la figura.

5. Desde el 2 de enero de 1979 hasta el 9 de abril del mismo año, la Comisión Principal se pronuncia a favor de la fórmula del señor Cornejo Chávez hasta en siete oportunidades; y así llega al Plenario de la Constituyente.

6. Una nueva oportunidad en que se pudo explicar los alcances de la expresión equívoca o ambigua finalmente aprobada (“las formas de matrimonio... son reguladas por la ley”) fue aquella —9 de abril de 1979 en que el señor Biaggi, en nombre de su partido, el Apra, y del Partido Popular Cristiano, pidió —virtualmente anunció la decisión, porque esos grupos formaban mayoría— el retiro de la fórmula del señor Cornejo Chávez, con lo cual sólo quedaba precisamente la fórmula ambigua y equívoca finalmente aprobada. La ocasión fue nuevamente desaprovechada, pues el señor Biaggi no explicó y ni siquiera aludió a los alcances de la fórmula que quedaría.

7. Al interior de la Comisión Principal, al día siguiente, una cosa pareció esclarecida, a saber, que en opinión del Partido Popular Cristiano “las formas...” aludidas no podrían ser en ningún caso ni la canónica ni de ninguna otra religión, pues en ese sentido se pronunció el señor Ramírez del Villar, miembro de uno de los partidos de mayoría, a quien respaldó el señor Del Prado, del Partido Comunista.

8. La última oportunidad que se tuvo en la Constituyente para precisar el significado y alcances de la tantas veces mencionada expresión se perdió en la noche del 9 de abril de 1979, cuando se puso al voto, sin debate alguno porque la Presidencia anunció que ya estaba cerrado, la fórmula en referencia. No habiendo, en efecto, posibilidad de debatir el tema, los representantes que, por un motivo u otro, estaban en desacuerdo con el Capítulo II sobre la familia, tuvieron que limitarse a anunciar sus discrepancias y reservas sin poder explicarlas ni precisarlas. Como se ha dicho, esos representantes pertenecían a seis de los diez grupos políticos inte-

grantes de la Constituyente. Frente a sus declaraciones, resulta en verdad rectificada la afirmación oficial de que el Capítulo había sido aprobado por unanimidad.

El *iter* legislativo del párrafo segundo del art. 5 de la Constitución revela, pues, que en ningún momento se dijo ni se dio a entender que con ese párrafo se buscara y se fuese a operar en el Perú una cuasi-revolución en materia de matrimonio, porque esto, y nada menos, significaría admitir la tesis de que con la mencionada fórmula quedaba abierta en el Perú la posibilidad de admitir varios regímenes o clases de matrimonio, algunos de ellos fuera de la legislación y jurisdicción del Estado, como piensa el señor Huapaya.

“Cuasi-revolución” decimos, y no exageramos pues de ser exacta la interpretación que impugnamos, no sólo se habría puesto fin al sistema de matrimonio civil obligatorio vigente desde 1930, sino que, tratándose del matrimonio canónico, se habría ido más atrás —cronológicamente— que el Código de 1852. Este, en efecto, si bien remitió las solemnidades de celebración del matrimonio a lo establecido por la Iglesia en el Concilio de Trento y a la competencia de los tribunales eclesiásticos el conocimiento de las causas referentes a la nulidad del matrimonio y el divorcio (entendido sólo como separación de cuerpos), no sólo retuvo para el Estado el conocimiento de las demás causas —sobre esponsales, alimentos para los hijos, *litis expensas*, liquidación y devolución de bienes, las criminales sobre adulterio y en general sobre los efectos civiles del matrimonio—, sino que legisló extensamente sobre el propio matrimonio, en la Sección Tercera, a lo largo de diez títulos y casi cien artículos concernientes a esponsales, reglas generales sobre el matrimonio, personas incapaces de contraerlo, causas que impiden su celebración, consentimiento para el matrimonio de menores, deberes y derechos que nacen del matrimonio, divorcio (en la acepción limitada de simple separación de cuerpos), reglas a observarse en los juicios de nulidad de matrimonio y divorcio, y efectos de este último. Creó, además, los registros de estado civil.

Pues bien, si, después de varios siglos de vigencia del matrimonio canónico expresamente asumido por la ley civil, la sola dación de la ley de 23 de diciembre de 1897, que permitió el matrimonio civil a los no católicos, originó prolongada controversia; si el pro-

yecto de ley presentado en 1918 por el senador Angel Gustavo Cornejo, cuyo objeto se reducía a que las causas de nulidad de matrimonio fueran conocidas por los jueces civiles, suscitó un vivo enfrentamiento de pareceres; si la ley de matrimonio civil obligatorio y divorcio aprobada en las Cámaras en 1920 determinó tal reacción que el Ejecutivo hubo de vetarla; si en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, que habría de dar nacimiento al nuevo de 1936, el acuerdo de todos los juristas integrantes en el sentido de mantener la indisolubilidad del matrimonio, no pudo impedir que se efectuase una prolongada y por momentos incisiva polémica; si el ambiente nacional se conmovió nuevamente cuando, en 1930, el Gobierno levantó el veto a la ley de 1920; y cuando, en fin, la ley 8305 obligó a los miembros de la Comisión Reformadora antedicha a incluir en el nuevo texto el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular, el país volvió a asistir, y aun a participar, en un largo debate. ¿cómo suponer que, poco menos que subrepticamente, sin dar explicación ni fundamento alguno, a través del empleo de una expresión equívoca usando el simplísimo arbitrio de aumentar dos letras y suprimir una tercera, se hubiese podido modificar radicalmente todo el sistema matrimonial vigente por décadas, al punto de abrir el camino hacia una pluralidad indefinida de clases de matrimonios, regida cada una o varias de ellas por un estatuto jurídico distinto y ajeno al Estado? Si, en vez de escribir “las formas de matrimonio”, se hubiera escrito “la forma del matrimonio”, nadie habría podido interpretar esta última expresión sino como referida al conjunto de solemnidades o formalidades de su celebración. Añadir dos veces la letra “s” y suprimir una vez la letra “l”, ¿habría de tener la virtualidad de producir semejante cambio sustancial?.

En definitiva y a nuestro entender, la reseña del itinerario seguido por el párrafo 2º del art. 5 de la nueva Constitución no conduce a la conclusión que patrocina la tesis del señor Huapaya, sino a la que también conduce la hermenéutica jurídica: la expresión *las formas....*, usada en ese párrafo, se refiere solamente a las formalidades del acto de celebración del casamiento.

Terminando el *iter* legislativo del texto constitucional aludido tantas veces, comenzó otro proceso interesante a nivel de la Comisión encargada de estudiar la reforma del Código de 1936. En esa Comisión que inició sus labores en marzo de 1965, el autor de

la presente nota fue encargado de preparar la ponencia correspondiente al Libro de Familia; y en ese carácter, interpretando la norma constitucional en el mismo sentido que ahora sostenemos y en virtud, no sólo de su declarada profesión de fe católica, sino de consideraciones jurídicas, históricas y sociológicas, propuso la fórmula —que más adelante se analizará con algún detalle— siguiente: “El matrimonio religioso, celebrado con sujeción a los cánones de la Iglesia Católica, produce efectos civiles siempre que se inscriba en el Registro del Estado Civil”.

De momento, sólo desea el autor de este artículo referirse a un hecho que, a la postre, resultó decisivo: el Episcopado Peruano se dirigió por escrito, primero a la Asamblea Constituyente, y después, hasta en tres oportunidades —dos de ellas a través del Ministro de Justicia—, a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, objetando esa fórmula y pidiendo su retiro.

El autor de este comentario no conoció la existencia del primero ni menos su texto; pero sí, aunque muy tardíamente —esto es, cuando su intervención en la Comisión Reformadora y aun, eventualmente, al nivel de la Revisora, había concluido— el de los otros tres.

Lo que importa destacar en este punto del comentario es que, en ninguno de esos tres documentos oficiales, la Iglesia interpreta el art. 5 de la Constitución como lo hace el señor Huapaya. Más allá de razones “de orden práctico” principalmente, la Iglesia Peruana pudo entonces invocar, en respaldo de su pedido, el argumento de que la fórmula propuesta por el ponente del Libro de Familia recortaba los alcances de la norma constitucional; y exigir, por tanto, que el nuevo Código expeditara el camino hacia el restablecimiento del matrimonio canónico como clase o especie de matrimonio diferente del civil (salvo, obviamente, que la Iglesia esté en desacuerdo con la interpretación del señor Huapaya o con el apoyo que este explicita en favor de un sistema de pluralidad de regímenes matrimoniales).

La Iglesia no insinuó siquiera ese argumento.

El tipo de argumentación empleado por el Episcopado vendría así a añadir una razón más en contra de la interpretación que

se hace en la tesis que comentamos sobre el párrafo 2° del art. 5 de la Carta Fundamental.

Algo más se puede aún agregar en el campo del análisis histórico: la fórmula propuesta por el autor de este comentario a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 fue, primero, aprobada sin modificaciones por ésta, y luego, hasta antes de la intervención del Episcopado, por la Comisión Revisora.

La Comisión Reformadora estuvo integrada, sin duda, por los más ilustrados juristas del país. Ninguno de ellos podría ser calificado como desconocedor de la Constitución, y menos aún en asuntos cuyo desarrollo o implementación corresponde al campo del Derecho Privado. Pues ninguno de ellos objetó la fórmula del ponente.

Más significativamente todavía: la Comisión Revisora, que originalmente aprobó la misma fórmula sin modificación alguna, no sólo estuvo integrada también por juristas notables, sino que entre sus miembros figuraron precisamente los otros dos constituyentes que tuvieron intervención en la génesis y aprobación del párrafo 2° del art. 5 de la Carta: los señores Ramírez del Villar y Cáceres Velásquez. Es obvio que, de haber resultado la fórmula del ponente diminuta con respecto a la norma constitucional o contraria a ella, la habrían objetado. Y no lo hicieron.

En una palabra final: hasta antes de la tesis que comentamos, nadie había dado al art. 5 constitucional, que sepamos, la interpretación que le da el autor de la tesis, esto es, que la expresión *las formas de matrimonio* equivale a clases, tipos, especies o estatutos jurídicos matrimoniales diferentes, de los cuales sólo uno debiera estar sujeto por entero a la legislación y jurisdicción del Estado Peruano (que cuando más, sólo podría extenderse a matrimonios contraídos por adeptos a confesiones carentes de ordenamiento jurídico propio).

3. *La vía de la interpretación por el absurdo*

Por este tercer camino se puede, en efecto, llegar a la misma conclusión a que creemos haber llegado por las vías de la interpretación jurídica y del recorrido histórico de la norma en cuestión.

Desde luego, algunos de los argumentos antes reseñados ponen de manifiesto que la tesis que comentamos originaría ciertas situaciones lindantes con el absurdo. Pero hay otra circunstancia que, de ser exacta esa tesis, tendría que calificarse ciertamente como tal.

Sostiénese, en efecto, que, según el apartado 2º del art. 5 de la Carta, no sólo podría existir, junto al ordenamiento civil del matrimonio, otro regulado por el Derecho Canónico, sino tantos otros más como confesiones religiosas —con un ordenamiento jurídico propio— existan en el Perú. Si, entre esas otras confesiones, se tratara de la judía o la musulmana, ya el propio autor de la tesis se ve en el caso de apuntar algunas limitaciones (ciertamente discutibles, a menos que se reconozca al Estado el mismo derecho de ponerlas a la confesión católica); mas si se recuerda que, junto a esas confesiones, sin duda respetables y serias, existen —y contemporáneamente proliferan— muchas otras que no parecen merecedoras de igual tratamiento, la interpretación que el autor de la tesis da al principio constitucional de la igualdad religiosa, llevaría al Estado a admitir y reconocer efectos civiles (y aun, eventualmente, a respetar todo un ordenamiento jurídico del matrimonio si tales confesiones ya lo tienen o lo crean o inventan) a formas de unión no sólo exóticas sino aun moralmente inaceptables.

Ciertamente, el autor de la tesis podría afirmar —y lo insinúa claramente al tratar de las confesiones judía e islámica— que el Estado podría poner limitaciones o no aceptar ciertas normas en base al argumento del orden público; pero preciso será admitir que con el mismo criterio con que el Estado podría negarse a reconocer el repudio o la poligamia, podría también desconocer el principio de indisolubilidad del Derecho católico; y, en todo caso, la aplicación por el Estado, según su propio y soberano arbitrio, de restricciones fundadas en lo que él considera de orden público, introduciría un elemento de discriminación y hasta de subjetividad inaceptables.

De otro lado, aun si fuese exacta la afirmación del autor de la tesis, en el sentido de que, de todas las confesiones cristianas, sólo la católica tiene un ordenamiento jurídico propio, en tanto que las demás sólo tienen un conjunto de ritos, siempre quedará abierta la posibilidad de que esas confesiones se den a sí mismas un Dé-

recho matrimonial o de que sostengan que ya lo tienen. ¿Será el Estado quien decida qué confesiones religiosas tienen un ordenamiento jurídico y cuáles no?

Recuérdese, además, que entre las confesiones cristianas, las hay que son admitidas en el propio mundo cristiano como confesiones dignas de tal nombre y otras que son más bien rechazadas o desdeñadas (16).

Súmese todavía a ello la proliferación contemporánea de organizaciones de índole religiosa, que se autodenominan confesiones religiosas, cada una de las cuales se cree a sí misma la verdadera; y entre ellas, algunas cuyas actividades comienzan a preocupar a las autoridades policiales, que practican métodos de proselitismo que entrañan verdaderos secuestros, que sacralizan el desenfreno sexual o que han originado ya sucesos, otrora increíbles, de suicidio colectivo.

¿Debería el Estado reconocer a esas confesiones el derecho a organizar su propio ordenamiento jurídico matrimonial y respetarlo él mismo? ¿O podrá discriminar, a su juicio, a quiénes reconoce y a cuáles no? Y, de otro lado, ¿a partir de qué condiciones un grupo de personas puede pretender que se le reconozca como una confesión religiosa? ¿Qué organismo nacional o internacional será reconocido como competente para resolverlo? ¿Y qué criterios o elementos de juicio habría un tal organismo de tener en cuenta para decidirlo: el número de afiliados, la existencia de una jerarquía, un conjunto de ceremonias, ritos o solemnidades, un cuerpo de dogma, un ordenamiento jurídico... ?

Fácilmente se echa de ver la confusión, y aun la anarquía, que semejante criterio podría suscitar. Y nada hay, en nuestro concepto, ni en los debates de la Constituyente, ni en los textos de la teoría jurídica, ni en las normas habituales de la lógica que permita sostener que la expresión *formas de matrimonio* pueda tener se-

(16) En el número de enero-febrero de 1986, una publicación muy solvente --"Misión sin Fronteras" de los PP. Combonianos-- reproduce un cuadro según el cual la cristiandad se ha fragmentado en siete grandes bloques, con 156 tradiciones eclesíásticas y 20,800 denominaciones distintas y separadas.

mejante significación, ni que la tengan las proclamaciones constitucionales sobre libertad e igualdad religiosa, privacidad de las creencias religiosas, o a —confesionalidad del Estado.

Un último comentario se podría añadir —que, de algún modo, tiene que ver con los tres caminos de interpretación reseñados—; y es que, conforme al texto literal del párrafo 2° del art. 5 “las formas de matrimonio serán reguladas por la ley” (obviamente la ley peruana). Por tanto, aun suponiendo, sin admitirlo, que la palabra *formas* sea sinónima de *clases*, el Estado Peruano no podría ceder a otra ley la regulación de esas otras clases, sino que tendría que regularlas él mismo; y entonces no se trataría de varias clases de matrimonio (civil, católico o de otra confesión), sino de varias clases de matrimonio civil.

La fórmula alternativa presentada a la Asamblea Constituyente

Aunque el autor de la tesis sólo alude de paso a la fórmula del epígrafe, presentada por quien suscribe este comentario, no es ocioso referirse a ella, porque a la vista de su texto y teniendo presente cuanto se lleva dicho acerca de la fórmula aprobada, no se acierta a comprender, o al menos a justificar, que el señor Huapaya no la comparta.

Dicha fórmula, como se ha dicho, fue la siguiente: “El matrimonio religioso, inscrito en el Registro de Estado Civil, produce efectos legales”.

El texto no se refiere sólo al matrimonio canónico, sino a todo matrimonio religioso, por lo que todas las críticas adversas del señor Huapaya contra la fórmula más tarde presentada a nivel de La Comisión Reformadora del Código Civil —sobre pretendida violación de los principios constitucionales de libertad e igualdad religiosas, etc. resultan impertinentes respecto de la fórmula transcrita líneas arriba.

Aparentemente, las objeciones del autor de la tesis podrían ser:

a) La de que dicha fórmula era menos amplia que la finalmente aprobada;

b) La de que, para que surtiera efectos legales el matrimonio religioso, debía inscribirse en el Registro de Estado Civil; y

c) La de las consideraciones principalmente de orden práctico por las cuales el Episcopado se opuso a esa fórmula (en oficio de cuya existencia no se dio cuenta en la Constituyente y cuyo texto sigue siendo desconocido para el autor de este comentario) presumiblemente las mismas que después expresó ante la Comisión Reformadora del Código Civil.

En cuanto a lo primero, no es exacto que la fórmula de quien suscribe esta nota fuera menos amplia que la finalmente aprobada, pues es evidente que, además de la forma civil de celebrarse el matrimonio y de las formas de las diferentes confesiones religiosas, no se concibe ninguna otra.

Tocante a lo segundo, cabe recordar que el Código Civil de 1852, siempre defendido en esta materia por la Iglesia y entendemos que también por el señor Huapaya, también exigía la inscripción del matrimonio religioso en el Registro de Estado Civil para que se pudiera reclamar sus efectos (arts. 441 y 443) y que el art. 120 del Código Civil de 1936 preceptuaba que el matrimonio de urgencia —celebrado, según la interpretación tanto del señor Huapaya como del autor de esta nota, según las formalidades canónicas— no producía efectos civiles si se contraía entre personas civilmente incapaces y mientras no se inscribiera en el Registro Civil (art. 126), sin que durante casi medio siglo de vigencia de dicho cuerpo de leyes se objetara esa exigencia.

Con relación, en fin, a la tercera, cabe señalar que las razones de orden práctico invocadas no hacen relación con la doctrina religiosa ni con la teoría jurídica; y, en todo caso, el peligro de confusiones en los feligreses tendrían que afrontarse, no necesariamente cambiando las leyes, sino ejecutando una política eficaz de adoctrinamiento y aleccionamiento a cargo de la misma Iglesia.

Es pertinente, sí, precisar que las razones por las que se presentó esa fórmula en la Asamblea Constituyente fueron —y siguen siéndolo, a nuestro juicio— muy claras, a saber: primero, la ya comentada equivocidad de la expresión *las formas* usada por la Comisión Especial N° 3, segundo; porque esa fórmula constitucionaliza-

ba el divorcio; y tercero, porque dicha fórmula había sido retirada por la Comisión (aunque más tarde fue nuevamente incluida, suceso futuro que en ese momento no se podía vaticinar).

Sólo la segunda razón requiere alguna explicitación, por cuanto el autor de la tesis sostiene que, según aquella fórmula, el legislador ordinario, al formular el nuevo Código Civil, quedaba en libertad de mantener el divorcio o de abrogarlo. Semejante interpretación es, a nuestro entender, insostenible. Aquella fórmula sólo facultaba al legislador ordinario a establecer cuáles habrían de ser las causales del divorcio, y, por tanto, a aumentarlas —que, infortunadamente, es la tendencia universal y también en el Perú— o eventualmente a disminuirlas. El texto constitucional aprobado es muy claro al respecto: no se regula cuando se suprime... no cabe someter a reglas lo que no existe...

El autor de este artículo es consciente de que una recóndita razón que lo determinó a presentar aquella fórmula no ha de persuadir al señor Huapaya: la de que, católico de convicción como es y además de pública notoriedad, pensó que sería posible, con esa fórmula, devolver a la Iglesia una cierta presencia en la vida civil de los peruanos, acaso con una perspectiva de mayor vigencia en un futuro indeterminable. Al final de cuentas, no es de quienes separan su fe religiosa de su pensamiento jurídico ni de quienes se ruborizan de lo primero cuando expresan lo segundo.

JUSTIFICACION Y CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 316

En parte por las consideraciones ya expuestas y en parte por las que luego se indicará, la crítica que el autor de la tesis dirige contra el proyectado art. 316 de la Comisión Reformadora del Código Civil es, en nuestro concepto, asaz infundada y deleznable.

Acaso conviene comenzar por precisar las razones que indujeron al autor de esta nota a proponerla, las cuales razones son:

a) La de que, habiendo sido obstruida la fórmula presentada a nivel de la Constituyente (la que incluía a todas las formas religiosas), era forzoso procurar que al menos se aceptase otra menos amplia, no sólo para cumplir el mandato constitucional —que que-

daría incumplido si sólo se admitiese una forma, la civil, de celebrarse el matrimonio—; y por consecuencia con la doble convicción del autor como jurista —que no se satisfizo con un rechazo sin expresión de motivos— y como católico —que entonces no tenía noticia, ni entonces le habría parecido verosímil que la hubiera, acerca de una oposición de la Iglesia Peruana.

b) La de que, siendo el Perú declarada y mayoritariamente católico y debiendo toda ley positiva inspirarse y dirigirse a la realidad sociológica concreta que pretende regir, la admisión de la forma canónica de celebración del matrimonio tenía plena justificación (consideración ésta que a nivel de la Constituyente fue preciso posponer en favor de una fórmula más extensa, para evitar la calificación de sectaria en una Asamblea no todos cuyos miembros eran católicos).

c) La necesidad de ahorrar a los contrayentes una gravosa e innecesaria duplicación de trámites y gastos, al obligárseles a casarse sucesivamente en forma civil y en forma religiosa (17).

d) La de poner fin al absurdo y la injusticia de que las parejas casadas sólo por la Iglesia siguieran siendo tenidas por la ley como concubinarias, con todas las consecuencias que ello implica.

e) La de poner fin al abuso, registrado con alguna frecuencia en la práctica, de quienes contraen matrimonio canónico con una persona y matrimonio civil con otra, sin incurrir en un ilícito (18).

Modestas estas finalidades, en comparación con la de crear, junto al civil, otra *clase* de matrimonio, por las razones ya detalladamente expuestas, no dejaban de tener, sin embargo, una considerable importancia moral y legal.

(17) En promedio, el costo de un matrimonio civil es de unos l/. 250.00 y el del religioso (sin contar los de la “fiesta familiar o social”) de unos l/. 220.00. En un país de tan modesto ingreso *per capita*, esto explica muchos concubinatos y el éxito de los “matrimonios masivos” que organizan diversos concejos municipales.

(18) A estas razones, el autor de la tesis añade otra: la de que, según afirma, la Iglesia Católica es la única que tiene un verdadero Derecho matrimonial.

Pues bien, si se tiene en cuenta lo que se acaba de sintetizar, ninguna objeción cabe formular racionalmente contra el texto proyectado. Pero si se insiste —como insiste el autor de la tesis— en que la Constitución permite la instauración de varias *clases* de matrimonio sujetos a ordenamientos jurídicos diferentes y no sólo varias *formas* de celebrarlo—, entonces es posible, pero tozudo, formular todas las críticas que se contienen en la casi totalidad de la sección de la dicha tesis intitulada “El sistema matrimonial en el proyecto de la Comisión Reformadora”.

En realidad, lo único que se ajusta a los hechos y al contenido y fundamento del texto proyectado es lo que se refiere a la “Forma de celebración” (Apartado B-3, p. 502), sobre todo en su primer párrafo y los siguientes párrafos incluidos bajo el epígrafe “E. Calificación y valoración del sistema”: “La legislación y jurisdicción del Estado son las que regulan la institución matrimonial, y puestas así las cosas, no se podría hablar de dos institutos: matrimonio civil y matrimonio canónico. La concesión de efectos civiles al matrimonio religioso, celebrado con sujeción a los cánones de la Iglesia Católica, como manifestaba el art. 316 del proyecto, se reducía a la consideración de tal matrimonio como una simple forma de prestación del consentimiento matrimonial que, en lugar de manifestarlo ante el alcalde se declara ante el sacerdote. No se puede hablar, por tanto, de una dualidad de matrimonios sino de una única institución jurídica perfectamente definida: el matrimonio civil. Habría, pues, dos formas de celebrar el matrimonio civil: la forma civil y la forma religiosa”.

No obstante, hemos de referirnos, en párrafos aparte, a tres cuestiones importantes, que por ello exigen refutación: la pretendida intromisión indebida del Estado en una esfera privativa de la Iglesia; las observaciones que se formula contra el proyectado requisito de inscripción del matrimonio canónicamente celebrado en el Registro Civil para que produjera efectos civiles; y la tacha que se formula contra el texto proyectado de ser atentatorio contra los principios constitucionales de libertad e igualdad religiosas y a-confesionalidad del Estado.

a) Alegada intromisión del Estado en esfera de exclusiva competencia de la Iglesia

En términos conceptualmente confusos y bajo el título de “Competencia sobre las causas matrimoniales”, el autor de la tesis sostiene: 1º, que, al regular el art. 316 el fondo jurídico del matrimonio canónico violaba la competencia legislativa de la Iglesia; 2º, que, al guardar silencio sobre la separación, disolución y nulidad del matrimonio, quedaba claro, que el Estado pretendía asumir el conocimiento de las causas respectivas; 3º, que aceptar únicamente la forma y no tener en cuenta la restante regulación, era un atentado contra la libertad religiosa, y contra el mismo derecho de la Iglesia; y 4º, que es ilógico separar la parte sustantiva de la procesal del derecho.

Respóndase, acerca de lo primero, que el proyectado art. 316 jamás pretendió entrar a regular el fondo jurídico del matrimonio canónico; sobre lo segundo, que ese artículo no decía una palabra al respecto, pero es evidente que al Estado le correspondería conocer y resolver de esas causas, pues se referían a un matrimonio civil en todo su contenido (ya que sólo en las formalidades de la celebración se asumía la norma canónica); y acerca del cuarto, que, tratándose de una opinión del señor Huapaya, merece respeto como cualquiera otra, pero que no por ello es cierta.

En lo que atañe a la tercera afirmación —y también a la primera y la segunda— no habrá más remedio que repetir una vez más, y van cien, que el art. 316 jamás tuvo la intención de introducir en el Perú dos clases de matrimonios —porque ello habría ido más allá de lo que autoriza la Constitución—, sino únicamente aceptar dos formas de acceder a un solo matrimonio: la canónica y la civil. Y agregar que cuando un Estado soberano decide asumir —y aun copiar a la letra— una o muchas normas extranjeras y hasta un código entero, no comete ningún atropello (porque no hay en esto “derechos de autor”), sino que ejercita soberanamente su derecho de hacerlo; y que, en esa medida, incorporadas al Derecho nacional esa norma o conjunto de normas, se vuelven “sus” normas. De ello hay y sigue habiendo ejemplos por docenas; y ello se explica por el valor intrínseco de las normas asumidas. Durante el siglo pasado, por ejemplo, Bélgica adoptó el Código Napoleón, Ecuador y Colombia, el de Chile, Japón gran parte del Código alemán, aun antes de que éste fuera promulgado; y el Perú adoptó, sucesivamente, los Códigos de Comercio de España y, hasta antes de la dación del primer Código Civil, incorporó a su Derecho sobe-

rano normas de la metrópoli colonial y también del Derecho Canónico. Pero cuando esos Estados asumieron como suyas leyes extranjeras, nadie adujo que se apropiaban de lo ajeno, ni perdieron aquéllos la facultad de cambiarlas después en todo o en parte, y cuando asumieron sólo algunas normas de origen foráneo, nadie sostuvo que estaban violando la competencia legislativa ajena ni obligados a tomar el íntegro de aquellos ordenamientos.

No se pretendía, pues, invadir la esfera legislativa de la Iglesia, ni se trataba de una intromisión en ella del Estado. En otras palabras: si la pareja decidía efectuar la ceremonia de su casamiento ante la Iglesia, pero no inscribirlo en el Registro Civil, estaba casada para la Iglesia (y del todo sujeta a la regulación de ésta, sin intromisión alguna del poder civil) pero no para el Estado (situación que, en el fondo, se da ya desde 1930 en el Perú). Pero si decidía inscribirlo en el Registro Civil, además de estar casada para la Iglesia, (y para ella, por ejemplo, el matrimonio era indisoluble) pero también lo estaba para el Estado (y en este sentido enteramente sujeta al ordenamiento legal del Estado). El que esto pudiera causar confusión en los feligreses —que no engaño por parte del legislador— ello significa dos cosas: que la Iglesia debía esforzarse, por los medios a su alcance, para persuadir a los fieles a acatar las normas canónicas; y que el riesgo de confusión, emanada de una insuficiente formación o información de los católicos, constituía un inconveniente de orden práctico —como lo hizo notar el Episcopado— pero no un defecto de la ley civil.

Por último —aunque quizá muy importante—, el tema de la intromisión del Estado en la esfera de la Iglesia, mencionado por el autor de la tesis, obliga inevitablemente a recordar el riesgo contrario. Un hecho histórico viene a cuento a propósito de este delicado asunto; el de que, al mismo tiempo que el Estado peruano estudiaba y preparaba un nuevo Código Civil que sustituyese al de 1936, la Iglesia estudiaba y preparaba un nuevo Código de Derecho Canónico, en reemplazo del de 1917. Sería justo afirmar que el Estado Peruano habría incurrido en una inaceptable intromisión en la esfera privativa de la Iglesia si se hubiera permitido pedir o exigir el retiro de alguna de las normas proyectadas por ésta ¿Y qué habría, entonces, de afirmarse si se hubiera presentado el caso inverso? Pero ni se dio, por fortuna, el primer supuesto; ni, habiéndose dado el segundo, piensa el autor de esta nota que hubo

violación o intromisión indebida. Cree, eso sí, que el mismo resultado y aun más rápidamente pudo haberse obtenido a nivel del mismo ponente del Libro, sin el riesgo de introducir un innecesario ingrediente de adustez, felizmente momentánea, en las relaciones tradicionalmente cordiales entre la Iglesia y el Estado en el Perú.

b) El requisito de la inscripción del matrimonio canónico en el Registro del Estado Civil

El autor de la tesis plantea al respecto las siguientes objeciones:

1. Que la fórmula propuesta “parece indicar que la inscripción es la *conditio juris* para la producción de efectos civiles, lo cual estaría en contradicción con la primera parte (del mismo artículo 316) en la que el término *produce* referido al matrimonio religioso significa que el origen de los efectos civiles no es la ley estatal sino el matrimonio celebrado”; y que “una fórmula más acertada hubiera sido la siguiente: El matrimonio religioso produce efectos civiles. Para el reconocimiento de los mismos es necesario que se inscriba en el registro del estado civil”.

No, no es que la fórmula *parezca indicar* que la inscripción sea condición esencial para que el matrimonio religioso produzca efectos civiles: *es eso lo que indica* —y muy claramente por cierto— la fórmula del art. 316. Y no hay ninguna contradicción entre las dos partes de ella; como nadie podría válidamente encontrar contradicción en la ley cuando, por ejemplo, acoge una figura y acto seguido —en el mismo artículo o en otro— sujeta su validez o condiciona sus efectos a la inscripción en un registro público (arts. 1097 sobre la hipoteca, 496 sobre patrimonio familiar...); y en otro plano admite la condición suspensiva de los efectos de un acto jurídico con la generalidad en que lo hacen los arts. 171 y ss. del nuevo texto civil.

En cuanto a si la fórmula más apropiada es la que se utilizó en el proyectado art. 316 o la que sugiere el autor de la tesis, es pertinente recordar que, por ejemplo, el Código de 1852, declaró en un artículo (156) que el matrimonio se celebraba con las formalidades del Concilio de Trento, en otro (441) exigió el asentamiento de la partida en el Registro Civil, y luego, en el 443, preceptuó

que “para reclamar los efectos civiles anexos al matrimonio... (debía acompañarse) el certificado de la partida del Registro. El Código de 1936 utilizó otra fórmula: “No producirá efectos civiles el matrimonio celebrado conforme al art... 120 (*in extremis*) mientras no se inscriba en el Registro Civil” (art. 126) (En ninguno de cuyos casos, que sepamos, estimó nadie que esa exigencia atentaba contra nada).

¿Por qué la fórmula empleada en el proyectado art. 316 habría de ser menos técnica que la que propone el autor de la tesis?

Parece ser, por lo demás, que éste padece una cierta confusión: una cosa es la *partida* de matrimonio (que es un acta extendida en el Registro del Estado Civil, que integra las formalidades esenciales de la celebración del casamiento y que nadie puede extraer de allí sin incurrir en delito); y otra, el *certificado* de esa partida, que es una copia auténtica de ésta y que puede ser obtenida cuantas veces sea necesaria (el cual sirve para acreditar, dentro de juicio o fuera de él, el hecho del matrimonio). La primera se sitúa en el plano de lo esencial —y por eso se ocupa de ella el Código Civil—; lo segundo, en el de lo adjetivo (y por ello se ocupan de ello los reglamentos o el texto procesal).

2. Que el requisito esencial de la inscripción en el registro del estado civil “no dejaba de ser una evidente intromisión de normas civiles en el momento registral”.

Sin parar mientes en cuestiones como la de saber a quién compete precisar el lindero que separa el campo de la ley civil del “momento registral” o si la intromisión parecería más pertinente cuando una norma inferior incursiona en la esfera propia de otra superior, importa, sí, señalar que cuando la inscripción en un registro público viene exigida como requisito *ad substantiam*, del cual, por tanto, depende la validez —y, en consecuencia, la producción de efectos— de un acto jurídico, o cuando se trata de actos jurídicos inscribibles, entonces es la ley civil, la ley sustantiva a la que corresponde preceptuarlo, en tanto que la implementación de esa norma para asegurar su operancia y cumplimiento es materia que corresponde a los reglamentos del respectivo registro. Y así es, en efecto, como ocurre en todo nuestro ordenamiento legal: el Código Civil exige la inscripción de actos jurídicos (como el matrimonio, precisamente), la autoriza en muchos otros; y dedica a la ma-

tería, no sólo un Título íntegro para los registros del estado civil, sino todo un Libro, el IX, compuesto de ocho Títulos a los demás registros públicos, sin perjuicio de la implementación de detalle que es materia de las reglamentaciones de todos esos registros.

3. Que existía “pobreza legislativa” en el artículo propuesto pues no precisaba quiénes podían pedir la inscripción, a quién correspondía remitir la partida sacramental, dentro de qué plazos... etc.

A esta objeción es forzoso responder con dos argumentos: el de que hay contradicción entre ésta y la objeción anterior, y el de que la determinación de aquellos puntos era más propia del reglamento (que, por cierto, no llegó a darse, porque la fórmula fue retirada a pedido del Episcopado). Sólo el primero necesita alguna explicitación: la contradicción en que incurre el autor de la tesis nos parece flagrante: había sostenido que el proyectado art. 316 invadía el momento registral, o sea, que decía demasiado; y ahora sostiene que, por el contrario, le faltaba decir mucho.

4. Finalmente, que, al otorgarse a la mencionada inscripción una virtualidad suspensiva de los efectos civiles del matrimonio religioso, “la inscripción hubiera dejado de cumplir las funciones que le son propias, entre las cuales hay que señalar principalmente: a) Dejar constancia oficial de la celebración... y b) Procurar la armonía entre los ordenamientos canónico y civil... ”.

Es claro que las dos funciones que el autor de la tesis atribuye a la inscripción ni son las únicas —él mismo dice que son sólo las principales—; que la segunda de ellas representa el punto de vista, sin duda respetable, pero no infalible, del autor de la idea; y que nadie ni nadie impide a la ley peruana el derecho de atribuirle, como se buscaba en este caso concreto, una función aun más importante: la de conferir validez y reconocer efectos civiles al matrimonio canónico.

c) El pretense atentado contra la libertad e igualdad religiosas y la aconfesionalidad del Estado

Invocando el art. 2, 3º de la Constitución, el autor de la tesis sostiene que “la verdadera tutela del derecho fundamental de libertad de conciencia y de religión... supone que el Estado está llama-

do a reconocer el derecho subjetivo a contraer matrimonio canónico con efectos legales y a reconocer, asimismo, con auténtica tutela jurídica, la opción que haga cualquier ciudadano de contraer matrimonio según su conciencia... ” principio éste que “está en conexión con el art. 5 (“las formas de matrimonio... son reguladas por la ley”) “con la única limitación de que no se altere el orden público” (19).

De ser correcta la interpretación que se hace del art. 2, 3º de la Carta y teniendo muy en cuenta que, como se ha expresado ya, la expresión *formas de matrimonio...* equivale, según el señor Huapaya, a *clases* de matrimonio (cada una de ellas con su propio régimen jurídico), resultaría que toda persona puede, no sólo casarse según las formalidades o ritos de su confesión religiosa, sino que las normas que ésta tenga rijan la integridad del estado matrimonial (efectos, decaimiento, eventual disolución).

Ya nos referimos, y por tanto, no repetiremos, al desbarajuste que ocasionaría semejante heterogeneidad (en la que podría comprenderse regímenes que autorizan el repudio de cualquiera de los cónyuges contra el otro, el convenio de hacerse esterilizar u otros semejantes...).

Por cierto que el autor de la tesis sale, un poco superficialmente, al encuentro de la objeción al sostener que el Estado, invocando el orden público —lo que, en principio, es aceptable— pueda reconocer o autorizar a unas confesiones y no a otras. ¿No se diría entonces, que el Estado está discriminando, persiguiendo a unas y amparando a otras y atropellando el principio de la libertad religiosa tal como lo entiende el autor de la tesis?

Además, ¿qué órgano del Poder Público ha recibido de la Constitución la facultad de decidir cuándo se afecta el orden pú-

(19) Como es sabido —e infortunadamente— la expresión “orden público” suele usarse en dos alcances entre los que media una abismal diferencia de contenido y trascendencia: como el conjunto orgánico de principios y normas fundamentales sobre el que se construye y que enmarca todo el orden social; y como sinónimo de la tranquilidad callejera, susceptible de ser turbada por alborotadores inciviles. No obstante que los términos en que el autor de la tesis alude al orden público pudieran conducir a la impresión de que piensa en la segunda y subalterna acepción, debe suponerse que se refiere a la primera.

blico: acaso el Ejecutivo, por decreto, o el Legislativo por ley, o el Judicial por sentencia? ¿Acaso el Tribunal de Garantías...? ¿Y no se podría argüir, aun entonces, por la confesión afectada, que ese Poder u órgano está violando el principio de libertad religiosa, que, según el señor Huapaya, supone que el Estado está llamado a reconocer el derecho subjetivo de cada persona a contraer matrimonio según su conciencia?

De otro lado, el autor de la tesis extrae de la proclamación constitucional referente a la libertad de conciencia y de religión la conclusión de que ello obliga a tratar por igual a todas las confesiones. Pues bien, la Constitución de 1933 contenía en su art. 59 exactamente la misma proclamación, lo que no impidió que en el art. 232 declarara que el Estado protege a la Religión Católica, Apostólica y Romana. ¿Violó con esta última norma el principio proclamado en la primera? ¿Protestó la Iglesia por ello? Ciertamente no, en virtud de una consideración de índole sociológica que el autor de la tesis a veces apoya y a veces rechaza: la de ser católica la mayoría de la población: así, expresamente, lo indica el art. 232; y es perfectamente justificado que así sea, porque se legisla para un país determinado y es forzoso tener en cuenta sus peculiaridades. Pues... ésta fue precisamente la razón —o una de las razones— que justifican la fórmula del propuesto art. 316, que el señor Huapaya combate.

El verdadero alcance de la norma constitucional consiste en que todos tienen derecho a profesar las creencias, elegir la confesión religiosa o no elegir ninguna, sin que puedan ser perseguidos o acosados o discriminados por ese motivo; y la norma propuesta no lo hacía ni lo propiciaba. A nadie se le obligaba por ella a casarse en forma canónica, ni a inscribir ese matrimonio en el registro del estado civil.

Pregúntese, en fin, llevando el argumento hasta sus consecuencias finales: ¿para quién legislaría el Estado en materia matrimonial, si cada confesión religiosa tuviese el derecho de dictar su propio ordenamiento (20) ¿Solamente para los ateos? Y, al no

(20) El autor de la tesis afirma que sólo la Religión Católica, la hebrea y la islámica tienen un Derecho matrimonial. Hacemos plena fe en su afirmación; pero ello no autoriza a suponer que en el futuro otras confesiones no se darán el suyo.

recurrir éstos al régimen matrimonial de ninguna confesión, ¿estarían así declarando ser ateos? ¿Y la privacidad de las convicciones en materia religiosa, que también constituye una proclamación constitucional?

La tesis del señor Huapaya podría conducir, por vía lógica, a una situación en que el Estado Nacional abdicara de regular el matrimonio y transfiriera esa atribución a las distintas confesiones. ¿Es que el fenómeno matrimonial carece de importancia para el Estado, es un asunto exclusivamente encerrado en la conciencia de cada quien? ¿Por qué, entonces, habría de haber proclamado la misma Carta que el Estado protege el matrimonio y la familia?

Preguntas como éstas se contestan por sí solas. Acaso se deba añadir una sola consideración más: el art. 86 de la Carta declara que “dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante... etc.” (y acierta al reconocerlo, sin que con ello discrimine en contra de otras confesiones, que no han jugado el mismo papel en la formación histórica, cultural y moral del Perú, lo cual es un factor sociológico que no se puede ignorar al legislar a nivel de la Constitución y de la ley civil u otra); pero autonomía significa auto-normarse, dictar sus propias normas... ¿Se cumpliría este mandato si el Estado entregara a cada confesión religiosa la facultad de normar el matrimonio de sus miembros o fieles?

Otra observación cabría formular acerca de la libertad religiosa si ella implicase el derecho de cada confesión a normar el matrimonio de sus fieles. ¿Qué ocurriría si, después de casados, cambiaran de religión, en ejercicio de su libertad de conciencia y religión? ¿Qué régimen se aplicaría en adelante acerca del contenido, el decaimiento o eventual disolución del matrimonio? ¿Y si sólo uno de los cónyuges mudara de religión?

Varios de los argumentos reseñados valen también para impugnar la tesis del señor Huapaya en el sentido de que la propuesta norma 316 violaba el principio de la igualdad religiosa. Se puede, además recordar que el Código Civil de 1936 concedió a la confesión católica tres atribuciones que no extendió a ninguna otra confesión: la de que el matrimonio de urgencia pudiera ser celebrado ante un sacerdote —y con las formalidades canónicas, según la in-

terpretación común, esta vez sí, al autor de la tesis y al de esta nota— (art. 120); la de poder los misioneros católicos y capellanes de hospitales celebrar el casamiento civil por delegación del alcalde (art. 115); y la de autorizar al Obispo o al párroco para celebrar el matrimonio civil o facultar para ello a otro sacerdote (art. 124); obvia “discriminación”, en concepto del señor Huapaya, que acaso pudiera justificar éste recordando que la Constitución de 1933 declaraba la protección de la Iglesia Católica por el Estado, pero que aparecería injustificada desde que, en 1948, el Perú suscribió primero la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y luego la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las cuales prohíben la discriminación en sus arts. II y 1,2 y 3, respectivamente.

El art. 2, 2° de la Carta prohíbe toda discriminación por razón de la raza o el idioma. ¿Se violará a sí misma cuando en el art. 83 declara que el castellano es el idioma oficial de la República, en tanto que el quechua y el aymara son sólo lenguas de uso oficial, las demás lenguas aborígenes integran el patrimonio cultural de la Nación, y del chino o el alemán que hablan ciertos núcleos mínimos de peruanos no dice nada? ¿Atraerá la oposición del autor de la tesis el pedido que hizo el Episcopado Peruano al Ministro de Justicia, por oficio de fecha 8 de mayo de 1981 para que “en la Selva permanezcan las facultades para la celebración de matrimonio que tienen los Misioneros Católicos... en vista de la peculiar situación allí existente, y conceder el permiso para los matrimonios de menores en las poblaciones alejadas de los centros distritales? ¿Se desautorizará a sí mismo el autor de la tesis cuando, al tratar de la facultad que se concede al párroco o al Ordinario del lugar para celebrar la ceremonia del matrimonio civil de sus fieles, la justifica diciendo que “se debe al reconocimiento de las convicciones religiosas de la mayoría de los peruanos y a la formación histórica, cultural y moral de nuestro país?

Ciertamente ni la Constitución se negó a sí misma cuando “discriminó” el chino o el alemán al no declararlos idiomas oficiales, ni atentó el Episcopado contra el principio constitucional de la igualdad religiosa cuando pidió que los misioneros católicos en la Selva tuvieran ciertas facultades o que las tuvieran en las poblaciones alejadas de los centros distritales; ni se niega a sí mismo el señor Huapaya cuando justifica el mantenimiento de la facultad

del párroco o el Ordinario para celebrar la ceremonia del matrimonio civil de sus fieles. Lo que ocurre es que, como hemos ya dicho, la Constitución —aquí o en cualquier otro país— no se reduce a una declaración teórica de los grandes principios, sino que pretende fijar el cuadro fundamental dentro del que debe “vivir” una comunidad de hombres y mujeres concretos; por lo cual es forzoso que tenga muy en cuenta las características sociológicas que lo tipifican (raza, idioma, religión....). De lo contrario, legislaría utópicamente para un “país ideal”. Entonces, todos los países podrían tener una sola Constitución: al menos todos los que suscriben los mismos grandes principios. No es así, obviamente, porque cada país tiene su propia realidad, sus características tipificantes y la Constitución —y las leyes civiles o de otra índole— no traicionan su papel si las tienen en cuenta: faltarían a él si no las consideraran.

Cree el autor de esta nota que le asistía la razón cuando sostenía, al nivel de la Asamblea Constituyente, que ni había discriminación en hacer notar que la mayoría del Perú es católica y que el mencionarlo no se debía a consideraciones religiosas sino sociológicas (lo que es decir que, aunque el autor de esta nota no fuera católico, que lo es y al menos aquí nadie lo ignora, sino budista, habría defendido lo que luego habría de ser el texto del proyectado artículo 316; o que, si él fuese católico, pero la mayoría hubiera sido islámica, habría sostenido la misma tesis en favor de esa confesión religiosa en cuanto factor histórico o sociológico).

Dígase, en fin, que tampoco se violaba con esa propuesta el art. 5 de la Carta, pues éste no manda que la ley regule *todas* las formas de matrimonio. No incluye la palabra subrayada. Dice simplemente en plural *las formas* y el plural comienza —y puede quedarse— en dos, que son las que proponía el autor del tantas veces aludido art. 316.

Otras apreciaciones y opiniones existen en la tesis del señor Huapaya que, en el modesto concepto de quien suscribe la presente nota-comentario, están equivocadas o son inexactas; mas ni ellas son materia del comentario que termino, ni ellas, ni las que se ha comentado, privan al autor de la tesis del mérito de su trabajo, del esforzado empeño con que la ha elaborado y de la buena intención que lo ha guiado al concebirla y redactarla; todo lo cual justifica que nuestra palabra final sea de aprecio y agradecimiento.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL CODIGO CIVIL
PERUANO DE 1984: COMENTARIO A LOS ARTICULOS
2095 y 2096

María Antonieta y María del Carmen Delgado Menéndez

El libro X del Código Civil Peruano de 1984, dedicado al Derecho Internacional Privado contiene importantes y valiosas innovaciones. Sin embargo, es criticable la adopción por el legislador del sistema de la autonomía de la voluntad en toda su amplitud respecto a la ley aplicable a su contrato, sin limitación alguna (art. 2095). En consecuencia, no exige que la ley elegida por éstas guarde alguna vinculación objetiva (efectiva y verdadera) con la relación convencional (tal como el lugar del cumplimiento del contrato, o el de su obligación principal; el lugar de la celebración del mismo, el lugar de los negocios, el domicilio de las partes, etc.), a fin de que dicha elección sea válida y eficaz.

Esta omisión del nuevo Código Civil, como bien señala DELIA DEBAKEY (1), podría incitar a las partes a “internacionalizar” contratos naturalmente nacionales, al introducir en ellos algún elemento extranjero fácilmente obtenible, como es, p.e., la celebración del contrato en el extranjero, con el único propósito de lograr la aplicación de una ley extranjera más permisiva, o menos prohibitiva que la nacional, aun cuando dicha ley no tenga otra vinculación con el contrato que no sea el simple lugar físico de celebración. Además, es falta de una vinculación internacionalmente admisible, no podría reclamarse alegando “fraude a la ley”, pues, como explicamos en nuestra Tesis (2); si no hubo

-
- (1) DEBAKEY, Delia. *Exposición de Motivos de la Propuesta Sustitutoria al Título Preliminar del Proyecto de Código Civil Peruano de 1980*; en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Fondo Editorial de la P.U.C. Lima, 1980, pág. 270.
 - (2) En: DELGADO MENENDEZ, María Antonieta y María del Carmen. *Tesis para optar el Grado de Bachiller, LEY APLICABLE A CONTRATOS GENERADORES DE DERECHOS REALES SOBRE BIENES CORPORALES*. P.U.C., Lima, 1985.

mala fe de parte de los contratantes, si su objeto al escoger una determinada ley no fue al eludir las disposiciones imperativas de la ley o leyes razonablemente aplicables a la causa, sino, simplemente, lograr la aplicación de una ley más permisiva o que se adecúe mejor a sus propios intereses, y que tenga, además, una vinculación aunque sea tangencial con algún elemento del contrato.

Por otro lado, cabe añadir que la excepción de “fraude a la ley” sólo es comúnmente aplicada por el juez cuando el fraude se produce respecto a su ley, mas no cuando se produce respecto a la ley extranjera, que debiera ser la normalmente aplicable; y esto, en tanto que los jueces se han constituido en los “vengadores de la ley del foro” y no de la ley extranjera, guiados por el sentimiento que su ley es la única que expresa verdaderamente el derecho, y, por tanto, la que debe ser difundida, mientras que la ley extranjera debe serlo por los jueces extranjeros; aún cuando, en principio la excepción, de fraude a la ley debería funcionar tanto cuando la ley regularmente aplicable a la relación que el interesado ha eludido sea la propia del juez intervinente, como cuando ésta sea la de un Estado extranjero, según opinión autorizada de varios expertos en la materia. Sin embargo, como ya lo mencionamos, los jueces (y algunos textos legislativos como p.e., todos los Proyectos del Código Civil Peruano que regulaban expresamente esta institución) entienden que la excepción sólo debe funcionar cuando la maniobra afecta la aplicación de la ley propia.

No obstante la Convención Interamericana sobre Normas Generales de D.I.Pr. (CIDIP) celebrada en Montevideo en 1979 contiene una norma sobre “FRAUDE A LA LEY” que implícitamente está reconociéndole un campo de aplicación más amplio a esta excepción al establecer en su Artículo 6 que:

“No se aplicará como Derecho Extranjero el Derecho de un Estado parte, cuando artificioosamente se hayan evadido los principios fundamentales de **la ley de otro Estado Parte**”.

De la redacción de esta norma, empero, se advierte que la amplitud aludida respecto al campo de aplicación de la excepción de fraude a la ley es limitada puesto que si bien los jueces deberán dejar de ser los vengadores de la ley de su foro, no será sino para convertirse siempre en los vengadores de la “LEX FORI”

de los Estados que forman parte del Tratado.

De este modo, vemos como la falta del requisito de una vinculación internacionalmente admisible entre la ley elegida y el contrato, u otra relación jurídica, no puede ser suplida, en todo caso, por la excepción de “fraude a la ley”, puesto que para que esta última tenga viabilidad frente al juez deben reunirse normalmente tres elementos, que aun existiendo son de muy difícil probanza en su totalidad, a saber:

- a) Utilización voluntaria de las reglas de conflicto;
- b) Intención de evadir la ley normalmente aplicable;
- c) La ley fraudulentamente evadida debe ser la del foro (3)

En función de estos elementos, pues, para poder alegar fraude a la ley, en la práctica, debe probarse que las partes, en ejercicio de su autonomía han elegido una determinada ley, forzando los factores de conexión, con el único propósito de evadir la “lex fori”, naturalmente aplicable al contrato.

De la concepción de fraude a la ley recién mencionada fluyen varios inconvenientes, puesto que:

1. El fraude debe haberse producido respecto a la “lex fori”. En consecuencia, el juez no tendría por qué dejar de aplicar una ley elegida por la voluntad de las partes alegando fraude a una ley extranjera. El objeto de la excepción sería, por consiguiente, la no aplicación de la ley extranjera elegida para reemplazarla por la “lex fori”, fraudulentamente evadida.
2. La prueba de la intención de fraude se mueve dentro de un ámbito de muy difícil acceso para el juez; quien debe indagar en la voluntad interna de los sujetos por todos los medios posibles, puesto que la existencia de fraude debe ser fehacientemente demostrada por quien lo alega; y ello es, pues, en la mayor parte de los casos muy difícil de lograr.

(3) La propuesta Sustitutoria al Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1980, en su Art. 15 exige, además, la presencia de un cuarto elemento: “La existencia de un perjuicio probado a un tercero”.

De acuerdo a lo anteriormente expresado debemos preguntarnos: ¿Cómo podría obligársele al juez peruano a rechazar la aplicación de la ley elegida por medio de fraude a la ley extranjera, normalmente aplicable?

Debemos responder que la única vía existente ha sido descartada por el legislador del nuevo Código Civil Peruano: “la demostración de la ausencia de una vinculación internacionalmente admisible”. Es más, el contar con la presencia de esta arma es indispensable para el juez en todo caso de fraude a la ley peruana, puesto que, en tal supuesto, no tendría que recurrir a la penosa y la mayoría de veces imposible, prueba de la intención de fraude, pues bastaría con que se demostrara que la ley elegida no guarda vinculación con ninguno de los elementos del contrato; ya que, como anteriormente se expresó, para este efecto, no es necesario que exista fraude; y porque, además, la excepción de “fraude a la ley” sólo debe ser puesta en práctica ante la imposibilidad de impedir la aplicación de la ley extranjera por otro medio, al constituir ésta tan sólo un remedio excepcional.

Ahora bien, el legislador de nuestro nuevo Código Civil no ha establecido la necesidad de que exista una “vinculación internacionalmente admisible entre la ley elegida y el contrato”, pero el Código ha sido promulgado y ahora está en vigencia; entonces, ¿de qué arma se puede valer el juez para impedir la aplicación de la ley extranjera?

Las armas con las que cuenta el juez son dos:

- a) La excepción de Fraude a la Ley, y
 - b) La excepción de Orden Público
-
- a) Excepción de Fraude a la Ley.— Como anteriormente se expresó, en D.I.Pr. esta excepción constituye un remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción, en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley (4).

(4) NIBOYET, Jean Paul. *Principios de Derecho Internacional Privado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1928, pág. 441.

La excepción de “fraude a la ley” ha venido siendo utilizado por la jurisprudencia de distintos países, ya sea por mandato expreso de la ley o por propia iniciativa de los jueces. Así son varias las legislaciones que recogen en forma expresa esta excepción; entre ellas, la española (Decreto 1.8.36/1974 del 31/5/, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Código Civil, art. 12.4); y la portuguesa (Código Civil de 25/11/77 art. 21). Asimismo, otros textos legales que la recogen expresamente serían, p.e., el Proyecto de Código de D.I.Pr. argentino de 1974, (art. 4); el Proyecto de Código Civil Peruano de 1980 (presentado por la Comisión Reformadora del Código Civil, art. XVI del T.P.): la Propuesta Sustitutoria al Título Preliminar del Proyecto de Código Civil Peruano de 1980 (elaborado por Delia Revoredo de Debakey, art. 15); el Proyecto de Código Civil Peruano de 1984 (elaborado por la Comisión Revisora del Código Civil, art. 2008).

Cabe señalar que el Código Civil de 1984 incurre en la misma omisión que el Código Civil de 1936, puesto que tampoco recoge expresamente en ninguna norma legal la institución del “fraude a la ley”. La actitud de legislador del nuevo Código Civil no puede dejar de llamarnos la atención puesto que se trata de una institución fundamental sin la cual no concebimos el funcionamiento de una autonomía de la voluntad que sea conforme a nuestras normas de D.I.Pr. Además, la excepción de “fraude a la ley” ya venía siendo aplicada por los jueces peruanos en sus fallos, en el entendimiento que el hecho que no esté expresamente recogida en un texto legal no implica que ésta haya sido deshechada, puesto que la labor del juez debe ir más allá de la letra de la ley, supliendo las omisiones de ésta; en base a otros principios jurídicos, también fundamentales, más aún, cuando nuestro Código Civil señala en su artículo 2047 que:

“El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinen-

tes y, si éstos no lo fueran, conforme a las normas del presente libro.

Además son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la Doctrina del derecho internacional privado”.

En este orden de ideas, no nos explicamos por qué el legislador eliminó la norma sobre “fraude a la ley” que había sido establecida expresamente tanto por el Proyecto del Código Civil Peruano de la Comisión Reformadora (1980) y de la Revisora (1984), artículos XVI del T.P. y 2008, respectivamente; como por la Propuesta Sustitutiva al Título Preliminar del primero (art. 15). Esta norma hubiese venido a reconocer a nivel legislativo una institución que, desde antaño, venía funcionando en la “PRA-XIS” jurisprudencial. Así pues, la opción del nuevo Código Civil nos causa gran desconcierto puesto que no sólo no establece como requisito esencial de validez de la elección la existencia de una vinculación internacionalmente admisible” entre la ley elegida y la relación jurídica a regir, sino que tampoco dedica un solo artículo a normar esta institución tan importante como es el “fraude a la ley”. Por este motivo, algunos autores peruanos, han llegado a afirmar que la institución de “fraude a la ley” ha sido expresamente deshechada por el legislador del nuevo Código Civil, al no haberla incorporado a su texto, pese a que todos los proyectos que lo precedieron sí lo hacían; y que, por tanto, el juez peruano no puede servirse de ella para impedir la aplicación de la ley extranjera fraudulentamente elegida.

En nuestra opinión contraria a la recién mencionada, si bien el legislador de 1984 hizo mal en no incorporar una norma al respecto, sin embargo, no por ello vamos a negar la facultad y, más aún, la obligación que tiene el juez de suplir las omisiones del Código Civil, sobre todo cuando está de por medio una evasión fraudulenta de la ley peruana, ya que el mantenimiento de la autoridad y del prestigio de las leyes nacionales exige que se reprima el fraude a sus disposiciones. Debemos interpretar, en todo

caso, que el legislador no incluyó una norma semejante porque no lo consideró necesario, dada la aplicación de la cual había venido siendo objeto esta institución por la jurisprudencia, sin que, para ello, hiciese falta una norma expresa facultativa. En todo caso, será interesante revisar, en el momento oportuno, lo que la Exposición de Motivos del nuevo Código Civil señale al respecto.

Por último, respecto a este tema, debemos resaltar, una vez más, la importancia que tiene el establecer una limitación acerca de la naturaleza del vínculo que debe existir entre la ley elegida y la relación jurídica a regir; ya que, sin ella, los terceros interesados en el contrato no podrían prever el régimen del mismo. En efecto, si las partes pudieran elegir arbitrariamente la ley aplicable al contrato, sólo ellas sabrían a qué atenerse, no así la sociedad internacional, ante la cual se presentarían simultáneamente una variedad infinita de posibles combinaciones legislativas.

- b. La excepción de Orden Público.— Como su nombre lo indica se trata de “una excepción a la ley extranjera aplicable”, que es elegida por el juez cuando esta última atenta contra los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, ya sea en relación a las concepciones básicas del derecho, o a cierta política legislativa del mismo. Ahora bien, el efecto que tiene la utilización de esta excepción consiste fundamentalmente en descartar la aplicación de la ley extranjera para aplicar la “lex fori” en su lugar. Así lo establece, p.e., el artículo 2049 del nuevo Código Civil Peruano, artículo que, a su vez, impone otra limitación que consiste en que la disposición de la ley extranjera que pretende aplicarse no sea incompatible con las buenas costumbres.

Sin embargo, es menester resaltar que nuestro Código Civil en el artículo 2049 recién mencionado, hace uso injustificado, a nuestro juicio, del término orden público “internacional”, término que no era empleado en ninguno de los Proyectos legislativos consultados; ahora bien, decimos injustificado porque como bien señaló el Licenciado

JOSE LUIS SIQUEIROS en los debates de la Segunda Conferencia Interamericana sobre normas generales de D. I.Pr. celebrada en Montevideo en 1979. . . “El orden público (protegido) debe ser fundamentalmente el orden público interno, es decir el orden público predominante en el país donde está el juez que va a hacer operar esta cláusula de excepción” (5). Por tanto, . . . “No es posible hablar de un orden público común a todos los países sino de aquél que por la tradición, por la idiosincracia, por la tradición legislativa y jurisprudencial en ciertas materias, ha venido creando un fuero judicial o un estado en particular” (6). De este modo, el orden público, cuya protección debe consagrar el legislador es aquél que representa los principios básicos y fundamentales del país donde se plantea la cuestión, que no involucra a todas las normas imperativas o prohibitivas, sino simplemente a aquéllas que son fundamentales, cuya determinación queda, pues, evidentemente, a criterio del juez.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, lo que se está planteando es la aplicación del orden público como excepción “a posteriori”, que es aquélla que se da cuando nuestra ley se aplica despojando de su derecho a la ley que, según la norma de D.I.Pr., debía regular la relación, interviniendo tal excepción únicamente, según la doctrina tradicional, para impedir la aplicación de la ley extranjera regularmente aplicable a la relación. A su vez, esta excepción se justifica según la concepción clásica, si se tiene presente que las normas de D.I.Pr. son como cheques en blanco firmados por nuestro Estado, cuyo eventual contenido nunca se puede calcular de antemano; es preciso, entonces, que se tenga a la mano esta válvula de escape que permita eludir la aplicación del Derecho privado intolérable.

Asimismo, en lo que a nuestro Código Civil se refiere, de-

(5) PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. *Codificación de D.I.Pr. en América*, Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1982, pág. 469.

(6) *Ibíd.*, pág. 469.

bemos señalar que dentro de su texto se hacía más necesaria aún la incorporación de una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, constituida por el requisito de que exista una vinculación internacionalmente admisible entre la ley elegida y la relación jurídica a regir, puesto, que, de la redacción de su art. 2096 se percibe como ha obviado la necesaria sujeción que debe existir respecto a las normas nacionales, en todo lo relacionado a las normas imperativas aplicables al contrato y a los límites de la autonomía de la voluntad de las partes. Así, pues, el artículo 2096 establece que:

“La Ley competente (. . .) determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de voluntades de las partes”.

Al incorporar esta norma, el legislador se ha olvidado de que la ley nacional es la que posibilita, en todo caso, la elección por las partes de una ley que rija su relación contractual, ya que, la posibilidad de elección requiere siempre de una ley previa que a la vez de facultar le determine sus límites; es decir, de una ley que regule libertad de contratación dentro de este esquema, pues, la ley elegida no podría ni vulnerar las normas imperativas de la ley peruana, ni modificar el alcance de la autonomía de la voluntad concedida a las partes por esta última.

Más aún esto va a posibilitar que se produzca la figura del reenvío, prohibida en todas las legislaciones modernas en materia de contratos y en el Perú en todo ámbito del D.I.Pr. (Art. 2048). En efecto, al señalar nuestro Código Civil en su artículo 2096 que la ley elegida por las partes para regir su contrato regula asimismo los límites de la libertad de elección está obligando al juez a remitirse a las normas del D.I.Pr. del derecho elegido, derecho que puede incluso descalificarse a sí mismo cuando, por ejemplo, no permita a las partes elegir la ley aplicable a su contrato, y por el contrario les señale imperativamente una determinada ley como rectora del mismo. El juez peruano, pues, de acuerdo a lo establecido por el artículo 2048 del Código Civil, debe apli-

car únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana del D.I.Pr., no pudiendo remitirse, en ningún caso, a las normas de D.I.Pr. de dicha ley aplicable. Por tanto, la norma de conflicto del juez peruano que posibilita la elección debiera ser necesariamente, en principio, la única que determine los límites de la autonomía de la voluntad de las partes.

Resulta, entonces, un contrasentido ceder tal calificación a la norma que puede haber sido señalada como aplicable incluso por la propia elección de las partes, puesto que resulta ilógico establecer que las partes en el trance de elegir deban someterse a la ley que resulte por ellas elegida.

La aplicación de este artículo 2096 va a traer consigo serios problemas, pues, como antes ya se señaló, si se les deja a las partes la libertad de escoger la ley aplicable a su contrato, sin limitación alguna ¿a nombre de qué principios podremos criticar su elección? ¿cómo poder determinar la ley que ha sido burlada cuando la sola ley aplicable es aquella que las partes han elegido? Así, pues, si la ley extranjera elegida fuese la facultad para determinar la imperatividad de las normas, ¿qué sucedería si ésta permitiese ciertas cláusulas o convenciones prohibidas de manera imperativa en la ley peruana? p.e., si se celebrase un contrato de préstamo con intereses altísimos, pero permitidos por la ley “elegida” bastaría en tal supuesto, el someterse a una ley extranjera libre cambista, para desperdiciarse de las leyes peruanas sobre la materia? ¿podría, asimismo, pactarse, p.e., cláusulas de irresponsabilidad en los contratos de transporte? (7); ¿no habría acaso fraude a la ley peruana si se celebrasen pactos de esta naturaleza? (8).

(7) DEBAKEY, Delia. *Revista del Foro*, No. 1. Colegio de Abogados de Lima, año LXXI, Lima-Perú 1984, pág. 147.

(8) DEBAKEY, Delia. Exposición de Motivos de la Propuesta Sustitutoria al Título Preliminar del Proyecto del Código Civil de 1980. Op. cit., pág. 271.

Por consiguiente, una cosa es admitir la elección de una ley extranjera más permisiva y otra ceder al legislador extranjero la calificación de la imperatividad de las normas. Dicha calificación no debe corresponder, en caso alguno, a la ley elegida por los contratantes, de manera exclusiva, pues éstos, al elegir, deben observar tanto las normas imperativas impuestas por el derecho elegido como las impuestas por el derecho peruano (9).

Es, pues, a todas luces, evidente, como observa DELIA DEBAKEY, que la autonomía de la voluntad, concedida por el nuevo Código Civil a las partes contratantes en el ámbito internacional, es excesiva, pues rebasa ampliamente la libertad concedida a las mismas en los diversos cuerpos legislativos, que constituyen los antecedentes más inmediatos de este Código. Entre éstos cabe mencionar: Los Tratados Internacionales de Montevideo de 1889 y el de 1940, el de La Habana de 1928, así como el Proyecto de Ley de Normas de D.I. Pr. de Venezuela de 1965. En efecto . . . “ninguno de estos textos de D.I.Pr. otorga a las partes contratantes la facultad de elegir libérrimamente la ley del contrato y las normas de carácter imperativo” (10). Lo mismo ocurre con otros cuerpos legislativos que han adoptado una solución similar a la recogida en el Proyecto de Ley de Normas de D.I.Pr de Venezuela (arts. 29 y 30) entre estos se encuentra p.e., el Restatement Second Norteamericano 1971 (Nº 187), el Business and Commerce Code of Texas (art. 1005 a), el Código Civil Español (art. 10.5) y el Uniform Comercial Code de los Estados Unidos de Norteamérica (section i-105) (11).

Podemos concluir que, no obstante la redacción del artículo 2096 del Código Civil, el juez peruano no puede ceder al legislador extranjero la calificación de la imperatividad de las normas, pues ello equivaldría a abdicar ya no frente a una facultad

(9) *Ibíd.*, pág. 272.

(10) DEBAKEY, Delia. *Revista del Foro*, *Op. cit.*, pág. 147.

(11) DEBAKEY, Delia. *Revista del Foro*, pág. 148.

sino frente a la obligación que tiene de velar por el cumplimiento de nuestras normas imperativas y del orden público peruano. No cabe, pues, sino interpretar que lo que el legislador del nuevo Código Civil quiso establecer en el Art. 2096, pese a su deficiente redacción, fue que las partes al elegir una determinada ley no pueden vulnerar ni las normas imperativas del D.I.Pr. del juez peruano así como tampoco aquéllas que consagran principios de orden público, ni las normas imperativas impuestas por el Derecho elegido.

LA LEGISLACION DELEGADA EN LA
CONSTITUCION PERUANA DE 1979:
ALGUNOS PROBLEMAS Y EXPERIENCIAS
DEL PERIODO 1980- 1985

Francisco José Eguiguren

Uno de los rasgos predominantes en el constitucionalismo moderno, es la tendencia acentuada hacia el fortalecimiento del órgano Ejecutivo, quien ha visto notoriamente incrementadas sus atribuciones y funciones, asumiendo o compartiendo –según los casos– tareas que tradicionalmente fueron potestad exclusiva del Parlamento. El monopolio que detentaba el Parlamento en la elaboración de las leyes y en el desempeño de la labor legislativa –verdadero cimiento sobre el que se levantó buena parte de la estructura de la teoría constitucional– ha sufrido una limitación considerable, a consecuencia de la presencia cada vez más activa del Gobierno en el campo de la producción normativa.

Resulta fácilmente constatable que la función normativa del Gobierno ya no se restringe actualmente a la reglamentación de las leyes, a la dación de disposiciones administrativas o a la formulación de la mayor cantidad de propuestas legislativas que llegan al Parlamento, tareas que de por sí cumple de manera intensa. La realidad existente en los principales ordenamientos constitucionales, muestra la tendencia a delimitar el ámbito de la ley parlamentaria, reservándola sólo para aspectos considerados de especial trascendencia política, social o económica. Muchas materias que otrora se regulaban por ley del Parlamento –recargando y acentuando la conocida lentitud y burocratismo de los parlamentos– han pasado a ser directamente normadas por el Gobierno mediante disposiciones con fuerza de ley.

Pero esta creciente participación del Gobierno en la función legislativa no queda allí. La mayoría de las Constituciones son proclives a posibilitar que el Parlamento pueda delegar al Ejecutivo la facultad de dictar normas con fuerza de ley (ordenan-

zas, decretos legislativos) para regular materias reservadas a normación legislativa. Del mismo modo, se tiende a generalizar el admitir que el Gobierno pueda dictar medidas extraordinarias con rango legal, sin necesidad de requerir autorización previa del Parlamento y para afrontar situaciones de especial urgencia o necesidad.

La Constitución Peruana de 1979 ha tenido el acierto de acoger estas tendencias innovadoras, contemplando tanto la delegación de facultades legislativas al Ejecutivo (arts. 188 y 211 inc. 10^o) como las medidas extraordinarias de urgencia o necesidad (art. 211, inc. 20^o). Lamentablemente, la experiencia del período 1980-1985 ha servido para poner al descubierto algunas serias deficiencias técnicas y sistemáticas en que ha incurrido nuestra Constitución al normar (insuficiente o inadecuadamente) estas instituciones. Algunas de estas limitaciones se han visto acentuadas por el uso verdaderamente frecuente dado a ambas instituciones y por el predominio de interpretaciones del Parlamento y el Gobierno que han desnaturalizado la legislación delegada o las medidas extraordinarias, vulnerando la Constitución.

Somos conscientes que un Gobierno debe contar con los instrumentos normativos que le permitan ejercer adecuadamente las funciones legislativas que todo Estado Moderno demanda, sobre todo en realidades como la peruana, que requiere de medidas urgentes y cambios profundos. Pero también estamos convencidos de lo perentorio e irrenunciable que resulta el contribuir al afianzamiento de nuestra Constitución y de su supremacía. Es dentro de estas perspectivas que nos animamos a elaborar y ofrecer este trabajo sobre la legislación delegada, el mismo que se inscribe dentro de una preocupación más amplia a la cual nos encontramos abocados, en relación al fortalecimiento de las funciones legislativas del Ejecutivo en el Perú actual y a sus efectos en la estructura tradicional (ya ciertamente confusa y desarticulada) del ordenamiento normativo jurídico-constitucional peruano. Por evidentes razones de espacio, dejamos para una nueva ocasión el ofrecer un trabajo similar en torno a las medidas extraordinarias o decretos de urgencia.

Para desarrollar el tema propuesto, se ha considerado conveniente empezar presentando una visión general de las nuevas tendencias en la relación Constitución-ley-legislación delegada, im-

perantes en ordenamientos que han inspirado la labor de nuestros constituyentes en la materia, especialmente la normatividad constitucional francesa, española e italiana. Posteriormente realizamos un breve análisis de la forma concreta en que la Constitución Peruana de 1979 acogió la legislación delegada, para luego precisar algunos de los problemas fundamentales surgidos de su aplicación en el período 1980-1985. En este último aspecto, se privilegia el tratamiento de los casos de la delegación en materia de leyes orgánicas y legislación tributaria, así como las características y alcances del control parlamentario a los decretos legislativos dictados por el Gobierno en virtud de una habilitación del Congreso.

1. LEY Y DELEGACION DE FACULTADES LEGISLATIVAS AL GOBIERNO EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

1.1 *El Modelo Francés*

La potestad de dar leyes fue siempre reconocida como una atribución propia del Parlamento. No obstante, señala Burdeau (1), la idea de reservar al Parlamento ciertas cuestiones, descargándole de las que son menos importantes, venía siendo postulada por algunos especialistas del Derecho Público, como una forma adecuada de responder a la creciente necesidad de reglamentación que demanda todo Estado moderno. La fórmula propuesta consistía en establecer un listado de materias legislativas que permanecerían encargadas al Parlamento, mientras que los otros aspectos pasarían a ser normados directamente por el Gobierno por vía de reglamentos.

Resulta normalmente aceptado considerar que la ley, atendiendo a su contenido, se caracteriza por la generalidad, impersonalidad y permanencia. Sin embargo, al lado de esta concepción, existen quienes privilegian la forma en que se dicta la norma, considerando como ley a aquella que es votada y aprobada por el Parlamento, abstracción hecha de su contenido. De donde resultaría, también siguiendo a Burdeau (2), que para esta segunda con-

(1) BURDEAU, Georges: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*; Editora Nacional. Madrid, 1981. pág. 743.

(2) BURDEAU, Georges: Op. cit. pág. 739.

cepción no existirían materias estrictamente reservadas al campo de la ley; sería más bien el legislador quien imprimiría el carácter de ley a todas aquellas normas que dicta con forma de ley. Habría entonces normas que son leyes tanto por el fondo y contenido (normas generales) y por su forma (dictadas por el Parlamento), mientras que otras serían leyes en razón del órgano que las dicta (Parlamento) independientemente de su contenido.

Consciente de la inconveniencia de proseguir con el monopolio del Parlamento en la tarea legislativa, pero también de la supremacía jerárquica de la ley con respecto al reglamento, la Constitución Francesa de 1958 intentó zanjar estas dificultades. Y así estableció, en su artículo 34^o, un reparto de materias legislativas, entre el Parlamento y el Gobierno. En primer lugar, precisa que necesariamente serán normadas por leyes del Parlamento las materias referidas a: a) derechos y garantías de los ciudadanos, b) la nacionalidad, capacidad y estado de las personas, los regímenes matrimoniales y sucesorios, c) la determinación de los crímenes, delitos y penas (Derecho Penal) y la jurisdicción, d) la base tributaria, la tasa y modalidad de los impuestos, la emisión de la moneda, e) el régimen electoral de las asambleas parlamentarias y locales; f) la creación de categorías de establecimientos públicos, g) las garantías concedidas a los funcionarios civiles y militares del Estado, h) las nacionalizaciones de empresas y las transferencias de propiedad de empresas del sector público hacia el sector privado.

En segundo lugar, dicho artículo señala las materias en las cuales el Parlamento expedirá leyes que establezcan solamente los principios fundamentales, referidas a la organización general de la defensa nacional, la libre administración de las colectividades locales, a la enseñanza; al régimen de la propiedad en los derechos reales, las obligaciones civiles y mercantiles; al derecho del trabajo, sindicalización y seguridad social. En realidad, se trata de las denominadas “leyes marco” o “leyes de base” aprobadas por el Parlamento, las mismas que luego serán desarrolladas reglamentariamente por el Gobierno. En consecuencia, todas las materias legislativas distintas a aquellas en que el Parlamento las regula directamente o en las que fija los principios y marcos fundamentales (además de las leyes financieras y las que norman la acción social y económica del Estado) serán legisladas por el Gobierno a través de reglamentos (artículo 37^o).

Tenemos así que el Gobierno cuenta tanto con una función reglamentaria clásica, desarrollando las leyes-marco del Parlamento, como con una atribución reglamentaria autónoma, que le permite dictar decretos reglamentarios de carácter legislativo (pese a no tener forma de ley) para normar directamente aquellas materias que no están reservadas a ley del Parlamento. Pero además, fortaleciendo su tarea legislativa, el Gobierno cuenta con la facultad (art. 38º) de solicitar al Parlamento autorización para regular mediante “ordenanzas” (parecidas a nuestros decretos legislativos) y por un tiempo determinado, materias reservadas a la esfera de la ley parlamentaria.

Para que el gobierno pueda dictar ordenanzas referidas a materias propias de la ley parlamentaria, el artículo 38 establece los siguientes requisitos:

- El Gobierno debe —por propia iniciativa— acudir al Parlamento para solicitar y obtener una autorización de éste. El Parlamento no puede, entonces, aprobar una ley de delegación si ello no le ha sido pedido; tampoco puede modificar los términos de la autorización una vez conferida, ni regular dichos aspectos mientras la habilitación legislativa se encuentra vigente.
- El Parlamento debe definir el programa que el Gobierno quedará encargado de normar mediante ordenanza, pero la extensión y delimitación de la delegación queda sometida a discreción del Parlamento.
- La autorización debe señalar el plazo por el que se asigna la delegación al Gobierno, tanto para la promulgación de las ordenanzas como para la presentación al Parlamento del proyecto de ley ratificatoria. Y es que si bien las ordenanzas que expide el Gobierno son adoptadas por el Consejo de Ministros, previo informe del Consejo de Estado (Tribunal Administrativo) y entran en vigor el mismo día de su publicación, pueden caducar y perder vigencia si el Gobierno no cumple con presentar —dentro del plazo previsto en la ley de habilitación— el proyecto de ley ratificatoria ante el Parlamento, para que éste convalide o derogue la ordenanza.

Cabe por ello precisar que luego de publicada la ordenanza y hasta antes que expire el plazo autorizado, dicha norma puede modificar, derogar o reemplazar leyes vigentes, e inclusive dictar nuevas normas; sin embargo, mientras no sean ratificadas por el Parlamento carecen de fuerza de ley, siendo sólo actos administrativos. Si el Gobierno no cumple con presentar al Parlamento el proyecto ratificatorio de la ley, dentro del plazo establecido, la ordenanza caduca dejando de producir efecto. Lo mismo sucede en el caso de que el Parlamento se niegue a ratificar el proyecto presentado. Más bien, si el Parlamento ratifica el proyecto, entonces la ordenanza adquiere fuerza de ley.

1.2 *El Modelo Español*

Aunque la Constitución Española de 1978 reserva para las Cortes Generales (Parlamento) un rol preponderante en las atribuciones legislativas, no por ello deja de contener disposiciones concretas (art. 82) que facultan expresamente a que se pueda delegar al Gobierno la dación de normas (decretos legislativos), según el art. 85, dotadas con fuerza de ley.

Montero Gibert y García Morillo (3) señalan que “se trata de un mecanismo previsto para resolver legislativamente una situación normativa compleja, caracterizada ya por las dificultades específicas que presenta la normación de una materia acusadamente técnica, ya por la existencia de una pluralidad de fuentes normativas dispersas e incluso contradictorias, que se hace preciso unificar en un mismo cuerpo legal. En tales casos, se considera que la Administración está en una mejor situación para realizar la parte más técnica de la labor legislativa y se delega en ella a este respecto, imponiéndole unas directrices a seguir y unos límites, materiales y temporales, para su actuación”.

El propio artículo 82º de la Constitución Española, establece diversos requisitos y límites para la delegación de facultades legislativas al Gobierno y la utilización de las mismas. En primer lugar, la ley de delegación tiene que señalar —en forma expresa—

(3) MONTERO GIBERT J.R. y GARCIA MORILLO J. *El Control Parlamentario*. Editorial Tecnos, Madrid 1984; pág. 109.

la materia concreta y el plazo específico por los que se otorga la autorización. En segundo lugar, la delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno, mediante la publicación de la norma correspondiente. En consecuencia, la autorización no puede entenderse concedida de manera implícita ni por tiempo indeterminado; tampoco está facultado el Gobierno para modificar (dentro del plazo) las propias normas ya dictadas, ni para subdelegar a su vez dichas atribuciones en otras autoridades.

Cabe agregar que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos constitucionales, el modelo español confiere a las Cortes Generales un papel significativo y gravitante en el control parlamentario a la legislación delegada. Este control abarca tanto la indicación de los criterios básicos que desarrollarán y a los que deberán sujetarse los decretos legislativos a dictarse, como también la ulterior verificación de que la legislación expedida se adecúe a los términos de la delegación autorizada por las Cortes.

Cuando la delegación tiene por finalidad facultad al Gobierno para dictar o crear nuevas normas, será indispensable que la autorización de las Cortes se sustente en una “ley de bases” (ley-marco) que fije los criterios fundamentales a desarrollar por el decreto legislativo; así existe una relativa injerencia parlamentaria en el contenido concreto de la futura legislación gubernativa. La constitución es clara en señalar que “las leyes de bases determinarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio” (art. 82.4). Asimismo que la ley de bases no podrá, en ningún caso, autorizar a la modificación de la propia ley de bases por la vía delegada, ni a dictar leyes con carácter retroactivo.

Por el contrario, cuando la delegación no tiene por objeto que el Gobierno elabore nuevas normas, sino tan sólo que proceda a refundir varios textos legales en uno solo, la autorización de las Cortes será aprobada por una ley ordinaria. No obstante, dicha autorización deberá precisar si se refiere a la mera formulación de un texto único, o si también faculta a regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

Pero al lado de estas disposiciones constitucionales, que permiten a las Cortes establecer criterios y límites a que tendrá que sujetarse el Gobierno en el ejercicio de la habilitación legislativa

recibida, existen otras que están orientadas a garantizar un efectivo control parlamentario de los decretos legislativos dictados. Así, el art. 82.6 de la Constitución Española señala que "sin perjuicio de la competencia propia de los tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control". Precisar los alcances de este control parlamentario y el carácter de estas "fórmulas adicionales de control" reviste importancia medular, sobre todo para dilucidar lo referente al momento en que entran en vigor los decretos legislativos.

Pensamos que, de acuerdo a la Constitución Española, la legislación delegada dictada por el Gobierno es perfecta y entra en vigencia desde el mismo momento que es publicada por mandato de éste. Cabe preguntarse entonces por la constitucionalidad de una disposición contenida en la ley autorizativa, que impusiera como condición para la vigencia de un decreto legislativo su revisión o aprobación previa por las Cortes. Nos inclinamos a considerar que tal exigencia sería posible y plenamente admisible, pues se trata precisamente de una fórmula adicional de control, que puede ser usada discrecionalmente por el Parlamento en virtud de la norma constitucional. Naturalmente que a falta de este tipo de estipulaciones, la legislación delegada surtirá efecto desde su publicación, sólo pudiendo ser modificada por una ley parlamentaria propia de la función legislativa ordinaria de las Cortes y ya no en vía de control.

Es corriente que un mecanismo adicional de control parlamentario de la legislación delegada, sea el procedimiento establecido en el Reglamento del Congreso de los Diputados, cuya modalidad se asemeja bastante a la "resolución negativa" del sistema británico. Este procedimiento consiste en que una vez que el Gobierno elabora los decretos legislativos, debe remitirlos y depositarlos en el parlamento para su ulterior publicación en el Boletín Oficial de las Cortes. Se abre luego un plazo de un mes, para que diputados o grupos parlamentarios puedan formular objeciones a la utilización gubernamental de la delegación. De transcurrir el plazo sin que se planteen observaciones, el uso de la delegación se considera correcto; por el contrario, de haber objeciones éstas se tramitan dentro de la comisión parlamentaria respectiva, cuyo dictamen será debatido y votado por las Cámaras. Obviamente, este procedimiento adicional de control sólo rige a falta de que la ley autorizativa señale otro mecanismo específico.

Coincidimos con Montero Gibert y García Morillo en la conveniencia de que la ley autorizativa establezca la intervención parlamentaria antes de la publicación y entrada en vigencia de la legislación delegada, lo que impediría que ésta rija si las Cortes encuentran que el uso dado por el Gobierno a las facultades recibidas es contrario a los límites impuestos por la delegación. Compartimos también su parecer acerca de que nada se opondría a que las Cortes, disconformes con el texto aprobado por el Gobierno, puedan devolvérselo con las indicaciones de los aspectos a modificar para que el nuevo texto se adecúe a la voluntad legislativa delegada (4).

1.3 *El Modelo Italiano*

Si bien la Constitución Italiana de 1947 reserva para el Parlamento la titularidad de la función legislativa, en su artículo 76^o permite expresamente que se pueda delegar esta facultad en el Gobierno, pero siempre que la autorización cumpla con especificar los principios y criterios directrices, así como que la delegación esté únicamente referida a un plazo limitado y para objetos determinados.

Destacando la importancia de la legislación delegada para afrontar el tecnicismo que demanda la elaboración normativa en ciertas materias, así como su indiscutible sustento constitucional, Biscaretti di Ruffia (5) señala lo adecuado que resulta haber establecido ciertos límites y requisitos que impidan un uso excesivo de la delegación. Así, encuentra hasta cinco limitaciones a las cuales tendrá que ceñirse la autorización legislativa que el Parlamento confiera al Gobierno:

- a) La materia delegada debe ser sustancialmente legislativa, excluyendo por tanto aspectos de índole constitucional o administrativo.
- b) El destinatario de la delegación debe ser el Gobierno, entendido como el conjunto de ministros reunidos en Consejo de

(4) MONTERO GIBERT J.R. y GARCIA MORILLO J., op. cit. pág. 120.

(5) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos. Madrid 1973. págs. 488-489.

Ministros y no alguno de ellos en particular, ni órganos o entes distintos en el Estado.

- c) La forma a que se sujetarán las leyes-delegadas a dictarse, será la de los decretos presidenciales, dotados con fuerza de ley, que provienen de la deliberación y aprobación en el Consejo de Ministros y se someten a una formalidad de publicación similar a las leyes.
- d) El contenido de la ley de delegación deberá contemplar “objetos definidos”, lo que excluye el otorgamiento de “plenos poderes” (excepción hecha del caso en que se declara el estado de guerra) teniendo a su vez que establecer “los principios y criterios directrices” que el Gobierno está obligado a seguir y desarrollar en la elaboración de las normas. Se trata de las denominadas “leyes-cuadro” para la delegación, emparentadas con las leyes-marco y leyes de base ya referidas.
- e) El tiempo que dure la delegación será necesariamente limitado.

El propio Biscaretti (6) anota que dentro de los distintos objetos que pueden involucrar las leyes de delegación, existen dos tipos de autorización especialmente características y frecuentes en la tradición constitucional italiana: las delegaciones legislativas para redactar textos únicos y las para elaborar códigos. Con la denominación “textos únicos” (señala el autor citado) se indican aquellos actos del Gobierno encaminados a recoger y ordenar las normas legislativas (y a veces también reglamentarias) que se han ido dando en una materia determinada, eliminando las que se han visto derogadas o resultan innecesarias en virtud de la cambiante legislación positiva. Por ello se asume que esta tarea (similar a la de refundir textos del modelo español) no tendría un carácter innovador o creador de nuevas normas, aunque es frecuente que la ley autorizativa faculte expresamente al Gobierno para armonizar, modificar, completar y coordinar las normas a refundir, con el propósito razonable de lograr finalmente un texto legal verdaderamente coherente y articulado.

(6) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: op. cit., pág. 490.

Cuando se ha tratado de elaborar códigos, ha sido práctica continua en Italia delegar al Gobierno las facultades legislativas que lo habiliten para desarrollar esta tarea. Y ello porque se asume que las Cámaras no son competentes ni están configuradas para afrontar una labor legislativa tan extensa, minuciosa y técnica como la preparación de un código. Se opta entonces por encargar al Gobierno el desempeño de esta labor, para lo cual conforma comisiones de estudio y de trabajo integradas por juristas y magistrados especialistas en la materia.

1.4 *El Sistema Británico*

Conocida es la influencia que tuvo Inglaterra en el surgimiento de la teoría de la separación o división de poderes, al punto que la doctrina de la soberanía legislativa del Parlamento es un cimiento de su Constitución. Como refiere Cooper (7) “sólo el Parlamento es capaz de promulgar nuevas leyes generales y de revocar las antiguas, mediante su autoridad derivada de ese fantasma político-jurídico, la Constitución Británica. Los otros órganos estatales y particulares derivan su potestad legislativa del Parlamento (“legislación delegada”) que les permite este ejercicio limitado bajo su licencia”.

Dentro de la categoría “legislación delegada”, los ingleses involucran tanto las normas dictadas por el Gobierno en virtud de una autorización expresa del Parlamento, como aquéllas que provienen de su tarea reglamentaria administrativa ordinaria. Se trata, entonces, de una amplia gama de normas, independientemente de la naturaleza jurídica del organismo que las dicta, ya sean ministerios, funcionarios del Estado, empresas estatales, municipalidades o universidades.

Pero a diferencia de las leyes emanadas del Parlamento, cuya aplicación no puede ser enervada por el poder judicial, ni tampoco ser tildadas de inconstitucionales, la denominada legislación delegada si puede ser eventualmente sometida a control judicial, debido precisamente a su carácter subordinado. En consecuencia, podrá ser declarada judicialmente inválida, en caso de

(7) COOPER, H.H.A.: “La legislación delegada en Inglaterra”; en *Diez ensayos sobre el Common Law*. U.N.M.S.M., Lima 1967; pág. 133.

constatarse que no ha cumplido estrictamente con las indicaciones señaladas por el Parlamento o de no aparecer razonable su contenido, atendiendo a criterios de análisis asentados jurisprudencialmente.

Siendo el Parlamento el titular de la potestad legislativa, es indudable que desempeñe un control sobre estas normas subordinadas, dado que si tiene capacidad para crear, modificar o derogar leyes, con mayor razón puede fiscalizar la legislación delegada, tanto antes de su promulgación como después de su entrada en vigencia. Ciertamente es que ante la gran magnitud de aspectos involucrados en la legislación delegada, fue necesario el perfeccionamiento de sistemas de control y revisión parlamentaria, que garantizaran el cumplimiento de su cometido y corrigieran excesos derivados de la actividad normativa del Gobierno y la Administración.

Una primera delimitación ha estado referida a privilegiar la revisión parlamentaria sólo de ciertas categorías de la legislación delegada, especialmente los decretos o mandatos escritos expedidos por un Ministro o por altos funcionarios de su despacho, actuando en virtud de la autorización de una ley parlamentaria previa ("Statutory Instrument"). Tal precisión ha provenido tras la constatación de que la ley parlamentaria —cada vez más— sólo puede establecer los criterios o principios fundamentales, dejando al Gobierno y a la Administración la tarea de desarrollar y detallar dichas leyes. Entonces, los Statutory Instrument son remitidos para su estudio en el Parlamento, donde existen comités permanentes (en ambas Cámaras) que revisarán las normas y precisarán si algunos aspectos deben llevarse para su discusión en el pleno parlamentario.

Según Cooper (8) se han configurado siete causales por las cuales el contenido de un Statutory Instrument podría ser llevada a su debate en el Parlamento:

- a) Cuando el instrumento proponga una carga sobre los fondos públicos.

(8) COOPER, H.H.A.: op. cit. pág. 137.

- b) Que el instrumento haga un empleo inusitado o imprevisto de los poderes dados por ley especial.
- c) Que el instrumento excluya la jurisdicción de las cortes.
- d) Cuando tenga efecto retroactivo en caso no previsto por la ley principal.
- e) Por haber habido demora no razonable en la publicación del instrumento o en su exhibición ante el Parlamento.
- f) Cuando los requisitos referentes al aviso del Parlamento no hayan sido cumplidos.
- g) Cuando la forma o el contenido del instrumento no están claramente expresados.

Una característica de esta categoría de legislación delegada, es el alto grado de tecnicismo y especialidad que ha alcanzado, al punto que su lenguaje puede resultar incomprensible para quienes no son expertos en la materia tratada por la norma. En los casos que los comités parlamentarios no encuentren objeción alguna a estos instrumentos, ellos adquieren plena vigencia (sistema de convalidación por “resolución negativa”). Por el contrario, si dentro del plazo establecido (usualmente de cuarenta días) se inicia el procedimiento para la anulación de la norma, una vez que se expida la resolución parlamentaria que la anula, el Statutory Instrument tendrá que ser publicado íntegramente de nuevo, pero sin los aspectos observados por el Parlamento.

Pero existen otras amplias e importantes categorías de legislación delegada que, pese a ser dictadas en virtud de autorizaciones expresas conferidas por leyes del Parlamento, no son sometidas a una ulterior revisión o control parlamentario. Es el Poder Judicial quien asume la responsabilidad de invalidar —mediante los procedimientos judiciales suscitados— aquellas normas provenientes de entidades tan variadas como municipalidades, universidades, empresas estatales, instituciones privadas, cuando se encuentra que han sobrepasado o tergiversado la autorización o los criterios establecidos en la ley parlamentaria.

Mención especial dentro de este tipo de legislación delegada

merecen las denominadas “By-laws”, disposiciones promulgadas por las municipalidades para el gobierno de su región, en aspectos tales como la regulación de la salud pública, limpieza, iluminación, horarios comerciales, actuación policial, etc. Tales normas provienen de delegación expresa de leyes parlamentarias, pudiendo su invalidez ser reclamada por la vía judicial en caso de que alguien considere inadecuado o irracional su contenido en relación a los términos de la autorización recibida.

1.5 *El Sistema de los Estados Unidos*

El régimen político norteamericano ha sido siempre señalado como modelo de aquellos que, interpretando la teoría de la división de poderes, establecen una separación bastante drástica y tajante entre Parlamento y Gobierno, la rigurosa supremacía de la Constitución y el control de la constitucionalidad de las leyes asumido por la Suprema Corte. La posibilidad de que el Gobierno dicte normas con fuerza de ley, por autorización delegada del Parlamento, parecería a simple vista poco probable.

Sin embargo, el desarrollo del Estado Moderno, las crecientes necesidades en materia de una legislación cada vez más técnica y urgente, fueron cimentando las bases para que la delegación de facultades legislativas al Gobierno, pese a no estar prevista en la Constitución de los Estados Unidos (e incluso a ser su tradición constitucional reacia a esta posibilidad) empezara a instaurarse como algo relativamente inevitable. Claro está que estos factores determinan que la legislación delegada mantenga en el sistema norteamericano un carácter ciertamente excepcional y un uso no excesivamente frecuente, lo que aún así resulta importante si atendemos a los reparos que el constitucionalismo estadounidense podría ofrecer a esta institución.

El fortalecimiento indudable del poder del Presidente de los Estados Unidos y de su liderazgo político, pueden también haber contribuido al surgimiento de la delegación legislativa. Por efecto de prácticas parlamentarias y, especialmente, por el rol trascendental que cumple la jurisprudencia de la Suprema Corte, diversos autores destacan el establecimiento de ciertos criterios y requisitos rigurosos a que tendrá que someterse una (eventual y excepcional) autorización para que el Gobierno dicte normas con fuerza de ley:

- a) El objeto de delegación debe ser claro y terminantemente definido.
- b) La autorización deberá sentar y definir una política definida que tendrá que ser cumplida por la ley a dictarse.
- c) La ley autorizativa establecerá criterios que guíen y limiten la acción discrecional del Gobierno en la ejecución de las atribuciones recibidas.
- d) No puede autorizarse al Gobierno a crear o imponer sanciones penales.
- e) La delegación debe ser necesariamente temporal, pudiendo el Congreso reasumir su potestad legislativa, sobre la materia autorizada, en cualquier momento y pese a que esté vigente la delegación.

El ejercicio que hace el Gobierno de las facultades legislativas recibidas, ha dado lugar al desarrollo de diversos mecanismos de control al correcto uso de estas atribuciones, tanto en la vía judicial como en la parlamentaria. Merece destacarse el surgimiento —relativamente reciente— de una suerte de veto parlamentario (especie de correlato al veto presidencial) que le permite oponerse a la entrada en vigencia o lograr la derogación de aquellas normas dictadas en virtud de una delegación, por considerar que vulneran la constitución o los límites de la autorización conferida.

2. *LA LEGISLACION DELEGADA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO ACTUAL*

2.1 *Antecedentes*

La Constitución Peruana de 1933 no contenía ninguna disposición que permitiera expresamente al Parlamento delegar facultades legislativas en el Gobierno (“Poder Ejecutivo”). Pero la realidad cotidiana evidenciaba el creciente fortalecimiento del Ejecutivo, situación que, por efecto de las recurrentes dictaduras civiles o militares y por el afianzamiento del caudillismo presidencial, fue llevando a un rol cada vez más activo del Gobierno en la elaboración legislativa (principalmente a través de decretos-leyes).

Fue en las postrimerías del gobierno de Oscar R. Benavides, que se convoca a un plebiscito (por ley 8875 del 18 de abril de 1939) destinado a obtener la aprobación popular para introducir una reforma constitucional que otorgara mayores atribuciones al Presidente de la República. Una de estas atribuciones era, precisamente, la posibilidad de que el Parlamento pudiera delegar (mediante autorización expresa) facultades legislativas al Ejecutivo. Con el veredicto favorable obtenido en dicho plebiscito, cuyo sustento y desenvolvimiento resultan ciertamente cuestionables, se dicta la Ley 8929 (del 24 de junio de 1939) que reforma la Constitución. Para el caso que nos ocupa, se adiciona al artículo 123 constitucional, que regulaba las atribuciones del Congreso, un inciso 24) que autoriza la delegación de facultades legislativas al Ejecutivo, con la exigencia del cumplimiento de tres requisitos: 1) Debía concederse por ley autorizativa aprobada y votada por el Congreso. 2) Debía determinarse la(s) materia(s) objeto de delegación. 3) La delegación debía limitarse en el tiempo a los períodos de receso parlamentario.

Sin embargo, esta modificación constitucional sólo tuvo vigencia durante el primer gobierno de Manuel Prado (1939-1945) ya que, a poco de iniciado el mandato de José Luis Bustamante y Rivero, mediante ley 10334 (del 6.11.45) el Congreso aprobó la derogación de esta reforma. Conviene anotar que la ley derogatoria fue promulgada directamente por el propio Parlamentario, pues el Presidente Bustamante se opuso a hacerlo por considerar necesarias tales atribuciones del Ejecutivo.

No obstante a que, por dicha derogación, la Constitución del 33 volvió a quedar sin norma que autorizara la delegación legislativa al Ejecutivo, durante el primer gobierno del Presidente Fernando Belaúnde (1963-1968) se produjeron algunos casos en que se hizo uso de esta institución. Puede señalarse, por ejemplo, la ley 16403 (del 4.2.66) que autorizó al Gobierno a poner en vigencia –con fuerza de ley– los proyectos de Código Tributario y Código de Aduanas. Igualmente el caso de la ley 17044 (del 20. 6.68) que autorizó al Ejecutivo a dictar leyes de carácter extraordinario, para solucionar el equilibrio de las finanzas públicas y el fortalecimiento de la balanza de pagos, frenar el alza del costo de vida y establecer sanciones para quienes especulen con los precios. Al amparo de esta norma, el gobierno realizó una verdadera reforma tributaria, de donde surgieron disposiciones como el

famoso decreto supremo 287-68-HC del Impuesto a la Renta que, con algunas modificaciones, mantuvo vigencia durante buena parte del gobierno militar.

Merece especial referencia la argumentación esbozada por el Congreso de entonces, en su intento por justificar la constitucionalidad de las autorizaciones conferidas al Gobierno. Se interpretó que el inciso 23^o del artículo 123 de la Constitución —referido a las atribuciones del Parlamento— al establecer que éste podía “ejercer las demás atribuciones esenciales a la potestad legislativa”, dejaba abierta la posibilidad para que se delegaran tales atributos al Ejecutivo. Argumento de una base constitucional ciertamente deleznable, es verdad, pues resulta poco serio considerar que se está cumpliendo con ejercer aspectos esenciales de la función legislativa del Congreso, precisamente cuando se opta por delegar estas funciones al Gobierno. Pero la magnitud de la crisis que atravesaba el país y la ausencia de normas constitucionales que contemplaran expresamente la legislación delegada, llevaron a estas “salidas” poco consistentes, surgidas inclusive de un Parlamento controlado por la oposición al régimen belaudista, que había obstaculizado muy significativamente sus iniciativas legislativas.

Seguramente estas experiencias, así como la constatada necesidad de dotar al Ejecutivo de mayores funciones en el desempeño de la tarea legislativa (por delegación expresa del Parlamento, claro está) llevaron a los constituyentes a acoger dentro de nuestra nueva Constitución a la legislación delegada.

2.2 *La Constitución de 1979*

Aunque la actual Constitución prosigue reafirmando a la función legislativa como una prerrogativa propia del Parlamento (art. 186, inc. 1^o) ha tenido el acierto de considerar expresamente la posibilidad de que puedan ser delegadas facultades legislativas al Ejecutivo. La elaboración de las leyes constituye así una atribución (irrenunciable) del Congreso, siendo más bien la delegación legislativa al Ejecutivo una facultad del Parlamento, que éste puede o no usar discrecionalmente.

El art. 188^o de la Constitución establece que “el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, median-

te decretos legislativos, sobre las materias y por el término que especifique la ley autorizativa”. Dichos decretos legislativos tienen fuerza y rango de ley, estando sometidos para su promulgación, publicación, vigencia y efectos a las mismas normas aplicables a éstas. Por mandato expreso del inciso 10^o del art. 211 constitucional, el Presidente de la República está obligado a “dar cuenta al Congreso” del uso dado a las facultades legislativas delegadas y de las normas dictadas en virtud de la autorización recibida.

De la forma en que nuestra Constitución regula la delegación de facultades legislativas al Ejecutivo, cabría deducir algunas características y delimitaciones importantes:

- a) La delegación debe ser expresa y provenir de una ley autorizativa específica aprobada por el Parlamento. No cabrían —en ningún caso— delegaciones implícitas o tácitas. Pensamos, inclusive, que tampoco sería correcto conferir autorización legislativa mediante algunos artículos contenidos dentro de una ley que norma aspectos generales.
- b) La ley autorizativa debe precisar expresa, clara y necesariamente la materia o materias legislativas objeto de la delegación. La delimitación específica de la materia delegada es esencial, no considerando suficiente la mera referencia a “materia civil” o “legislación tributaria”, toda vez que éstas son verdaderas ramas o ámbitos legislativos extremadamente amplios. Lo adecuado sería mencionar, por ejemplo, legislación sobre el Impuesto a la Renta, dación del Código Civil, ley de Sociedades Mercantiles, legislación de promoción a la industria pesquera, etc., pues sólo así la materia delegada adquiere auténtica delimitación.
- c) La autorización debe conferirse necesariamente por un plazo o término determinado, dentro del cual tendrán que dictarse las normas objeto de la delegación. No cabe, por tanto, una delegación por tiempo indefinido o que omita precisar el término por el que se otorga.
- d) El Presidente de la República debe “dar cuenta al Congreso” del ejercicio de las facultades delegadas y de las normas dic-

tadas a su amparo (control parlamentario de la legislación delegada).

- e) La autorización que delega facultades legislativas al Ejecutivo, no tiene, en el caso peruano, un carácter extraordinario o excepcional. Ello quiere decir que puede ser conferida por el Parlamento cada vez que lo considere conveniente, sometiéndose —claro está— al cumplimiento de los requisitos establecidos por la Constitucional. Por esta misma razón, la ley autorizativa es realmente una “ley ordinaria”, cuya aprobación no requiere de mayorías calificadas ni procedimientos especiales; solamente su contenido tendrá que consignar las estipulaciones de materia y término que manda la Constitución.
- f) La delegación al Ejecutivo es plena, pues no existe imperativo constitucional de que tenga que dictarse una ley de bases del Parlamento. No existiría, sin embargo, impedimento alguno para que el propio Parlamento, cuando lo juzge pertinente, dictara una ley de bases que establezca los criterios o directrices fundamentales que orienten y circunscriban la legislación que elaborará el Gobierno.
- g) La Constitución no establece, dentro de la norma que regula la autorización parlamentaria para la legislación delegada, las materias que podrían ser objeto de delegación, de lo cual algunos deducen que cualquier materia reservada a su normación por ley sería delegable, criterio que —como veremos más adelante— consideramos equivocado.

Pero de esta enumeración de características, requisitos y delimitaciones a que queda sujeto la autorización y el ejercicio de la legislación delegada, se suscitan diversas interrogantes sobre aspectos ciertamente medulares: ¿Cabe delegar facultades legislativas para normar cualquier materia reservada a ley? ¿Existirían algunas materias indelegables? ¿En qué consiste y cuáles son los efectos del “dar cuenta al Congreso” de la legislación delegada dictada por el Gobierno?

3. LA LEGISLACION DELEGADA EN EL PERIODO 1980-1985 (9)

Durante estos cinco años hemos asistido a la utilización verdaderamente frecuente de la delegación de facultades legislativas al Ejecutivo. Unos 350 decretos legislativos han sido dictados al amparo de la legislación delegada, pero su elevado número no es el aspecto más relevante. En realidad, resulta fácil constatar como por esta vía se han normado materias cuya importancia y significación, dentro del ordenamiento jurídico vigente, superan —en mucho— a la temática tratada en buena parte de las leyes aprobadas por el Parlamento. Puede ser ilustrativo señalar que a través de decretos legislativos se han normado —entre otras— las siguientes materias:

- a) Leyes orgánicas referidas al Consejo de la Magistratura, el Ministerio Público y las Municipalidades (esta última luego sustituida por una nueva ley).
- b) Ley del Poder Ejecutivo (una verdadera ley orgánica) así como las leyes de organización (impropiamente denominadas orgánicas por parte importante de los decretos legislativos) referentes a todos o casi todos los Ministerios.
- c) Legislación normativa de la actividad empresarial del Estado, así como leyes de organización (también denominadas orgánicas por error) y de cambio de régimen legal de numerosas empresas estatales.
- d) Normas que regulan la organización, función y actividad de la banca de fomento y promoción (Banco Industrial, Agrario, etc.)
- e) Dación del nuevo Código Civil y modificaciones en los Códigos de Procedimientos Civiles y Penales, Código Tributario, Ley de Sociedades Mercantiles, etc.

(9) Para un análisis más detallado de la legislación delegada expedida en el período y su adecuación constitucional, puede revisarse el informe "Normas contrarias a la Constitución o la ley", FRANCISCO EGUI-GUREN P., en *Revista del Foro*, Año LXXI, 1984-No. 1, Colegio de Abogados de Lima, 1984, págs. 87 a 109.

- f) Nuevas leyes o modificaciones en ámbitos sectoriales de actividades productivas y económicas, como minería, telecomunicaciones, agropecuarias, pesquería, exportaciones, etc.
- g) Materia tributaria, con una auténtica alteración de la normatividad pre-existente en este campo, mediante la dación de nuevas leyes, establecimiento de modificaciones, exoneraciones y derogaciones, en impuestos como Renta Predial, Patrimonio Empresarial, Remuneraciones, Ventas, Mejoras, Alcabala y otros.
- h) Aprobación por decreto legislativo de la ley general de Endeudamiento, otorgamiento de delegación al Ejecutivo dentro del articulado de las leyes de Financiamiento y Presupuesto, así como autorización por decreto legislativo de transferencias de partidas y modificaciones presupuestales.
- i) Legislación aplicable a los órganos de prensa escrita diaria, empresas de radio y televisión.
- j) Legislación penal, como la tipificación del delito de terrorismo, Tráfico Ilícito de Drogas y otras.

Si consideramos que esta enumeración no es exhaustiva, constataremos con toda certeza la importancia de la legislación delegada en este período. Pero, lamentablemente, comprobaremos también los no pocos abusos cometidos por el Ejecutivo, al momento de dictar los decretos legislativos, y por el Parlamento, ante la reiterada delegación legislativa y la falta de control a las normas dictadas, todo ello en flagrante transgresión, de la Constitución o de principios constitucionales. En efecto, se han normado por decretos legislativos materias constitucionalmente reservadas a su regulación por ley parlamentaria, se han otorgado delegaciones que determinan de manera genérica e imprecisa las materias, el Ejecutivo ha procedido a modificar (dentro del plazo de delegación) los propios decretos legislativos dictados, el Parlamento ha dejado de fiscalizar el contenido de las normas expedidas y el uso de las facultades conferidas.

Dado que estas prácticas han contribuido a desnaturalizar y extender injustificadamente el uso de la delegación delegada, contradiciendo o burlando muchas veces lo dispuesto por la

Constitución, creemos conveniente analizar algunos de los problemas suscitados, priorizando aquellos de mayor relevancia y repercusión para nuestro ordenamiento constitucional.

3.1 *Delegación en materias "indelegables"*

Dijimos anteriormente que si nos supeditáramos a una interpretación literal del art. 188º de la Constitución, daría la impresión que la delegación de facultades legislativas otorgadas al Gobierno podría estar referida a cualquier materia susceptible de normarse por ley. Sin embargo, pensamos que tal interpretación sería equivocada, pues un análisis sistemático del texto constitucional lleva a la certeza de que existen materias verdaderamente indelegables. Se trata, por ejemplo, de la reforma de la Constitución (art. 306) la aprobación de la Ley del Presupuesto (art. 197) y la ley de Financiamiento (art. 199, seg. párrafo) las transferencias y créditos suplementarios del Presupuesto (art. 199) o la aprobación de tratados internacionales (art. 102) materias que tienen que ser normadas necesariamente por ley parlamentaria, atendiendo a los procedimientos especiales o mayorías cualificadas que la Constitución exige, en cada uno de estos casos, para su aprobación.

Pero al lado de estas materias, de ostensible carácter indelegable, existen otras a las cuales también consideramos incursas en prohibiciones absolutas o relativas (según las precisiones particulares de cada caso) para su regulación por vía distinta a la ley parlamentaria. Se trata de las leyes orgánicas, la legislación tributaria y la penal, materias generalmente indelegables en el constitucionalismo comparado. Dado que en el período 1980-1985 el Parlamento autorizó al Ejecutivo a normar mediante decretos legislativos estas materias, generando un importante debate acerca de la constitucionalidad de dicha habilitación, creemos oportuno abocarnos —dentro de las naturales limitaciones de este trabajo— a algunos de los principales temas involucrados en esta problemática.

3.1.1 *Las Leyes Orgánicas*

Nuestra Constitución establece expresamente que en los casos de las Fuerzas Armadas (arts. 274--277) Fuerzas Policiales

(art. 277) Ministerio Público (art. 251) Municipalidades (art. 258) Poder Judicial (disposiciones generales y transitorias décimoprimera y décimotercera) creación de Regiones (disposición general y transitoria novena) Tribunal de Garantías Constitucionales (art. 303) y de los Organos del Sector Público (art. 140), su estructura y funcionamiento específico serán regulados necesariamente por leyes orgánicas. Sin embargo, no define qué son las leyes orgánicas, limitándose a enumerar los casos en que se requerirá de esta clase de normas, así como a establecer que su aprobación requerirá de una mayoría cualificada (art. 194) compuesta por el voto favorable de más de la mitad del número legal de miembros de cada Cámara.

a) *Concepto y alcances de las leyes orgánicas:* Puede decirse que un antecedente de las denominadas leyes orgánicas, se encuentra en las recomendaciones que sobre este punto formuló el jurista Michel Decré, recogidas en la Constitución Francesa de 1958. Desde allí, la categoría “leyes orgánicas” ha sido acogida por constituciones como la española e italiana, siguiendo el ejemplo francés de no definir el concepto o carácter de estas normas. La actual Constitución Peruana, inspirada en dichos textos constitucionales, asume un comportamiento similar en este punto. Es por ello que cuando se busca definir las leyes orgánicas, resulta virtualmente inevitable acudir a la doctrina constitucional, no sin constatar que en ésta se encuentran opciones contrapuestas en torno a aspectos como las materias susceptibles de regularse mediante ley orgánica, el rango de dichas normas en la jerarquía del ordenamiento jurídico o su situación frente a las leyes ordinarias.

Se aprecia relativa uniformidad, dentro de la doctrina constitucional, en considerar como leyes orgánicas a aquellas que por mandato (expreso o tácito) de la propia Constitución, están destinados a desarrollar o concretizar algunos de sus preceptos o enunciados. Son leyes que pretenden dar aplicación inmediata a determinadas normas contenidas en el texto constitucional, cuya regulación por esta vía se reserva para materias de especial importancia (reserva absoluta de ley orgánica) imponiendo para su aprobación procedimientos que requieren de mayores formalidades y exigencias (mayorías cualificadas, dictamen previo de órganos de control constitucional, etc.)

b) *Ambito material de las leyes orgánicas*: Si nos atenemos a su propia denominación, las leyes orgánicas estarían destinadas a desarrollar preceptos contenidos en la parte orgánica de la Constitución, referidos a la estructura y funcionamiento de los órganos del Estado (Parlamento, Gobierno, Jurisdiccional) a órganos constitucionales autónomos (tribunales constitucionales, cortes electorales, etc.) a órganos de gobierno Regional y Municipal, a las Fuerzas Armadas y otros similares. Sin embargo, algunos textos constitucionales (como el español, por ejemplo) y un sector de la doctrina, admiten leyes orgánicas para desarrollar preceptos de la parte dogmática de la constitución, referidos a derechos fundamentales del ciudadano, libertades públicas, derechos y estatutos electorales.

Si nos remitimos al modelo Francés, Prelot y Boulouis (10) sostienen que el ámbito material reservado a las leyes orgánicas en la Constitución Francesa de 1958, abarca los campos siguientes: a) Modalidades de la elección del Presidente de la República (art. 6). b) Reemplazo de mandatos, funciones y empleos incompatibles de los miembros del Gobierno (art. 13). c) Régimen de las Asambleas (art. 25). d) Delegación de voto de los miembros del Parlamento (art. 27). e) Dominio de la ley (art. 34). f) Voto de leyes financieras (art. 47). g) Consejo Constitucional (art. 63). h) Estatuto de los Magistrados (art. 64). i) Designación de miembros del Consejo Superior de la Magistratura (art. 65). j) Consulta a dicho Consejo sobre el derecho de gracia (art. 65). k) Organización, funcionamiento y procedimiento de la Alta Corte de Justicia (art. 67). l) Composición y funcionamiento del Consejo Económico y Social (art. 71). Se trata pues tan sólo de doce materias que, atendiendo a su vinculación constitucional, tienen carácter indelegable.

El artículo 46 de la Constitución Francesa establece un procedimiento especial para la aprobación de las leyes orgánicas, requiriendo que luego de su presentación al Parlamento transcurra

(10) PRELOT y BOULOUIS, en "*Institutions politiques et Droit Constitutionnel*", sexta ed. 1972, págs. 593-594; citado por GARRORENA MORALES ANGEL, "Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica", en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 13, Enero-Febrero, Madrid, 1980, págs. 169 a 207.

un plazo de espera (reflexión) de 15 días antes de ser puestas al debate; que las leyes orgánicas referentes al Senado sean votadas en los mismos términos por ambas Cámaras (una suerte de veto en favor del Senado en esta materia); que en caso de que haya sido necesario recurrir a una comisión mixta, la ley sea aprobada por el voto favorable de la mayoría absoluta de la Asamblea Nacional; y que para entrar en vigencia haya obtenido la aprobación previa del Consejo Constitucional en cuanto a su constitucionalidad.

Las leyes orgánicas aparecen dotadas de racionalidad dentro del modelo francés. Y es que al haberse delimitado constitucionalmente el ámbito material de la ley parlamentaria y conferido amplias facultades legislativas al Gobierno (por vía reglamentaria, por el desarrollo de leyes-marco o por legislación delegada) se busca que las materias con reserva de ley orgánica sean dictadas necesariamente por el Parlamento, sometiéndose a un procedimiento especial y riguroso. Además, por estar referidas a materias estrechamente vinculadas a la Constitución, asemejándose a las leyes constitucionales, se exige la intervención confirmatoria del Consejo Constitucional para que la norma aprobada adquiera vigencia.

Asumiendo el uso excepcional y restringido que el modelo francés reserva para las leyes orgánicas, autores como Angel Garrarena cuestionan —con severidad y agudeza— la transposición mecánica y distorsionada de esta institución a la Constitución Española del 78. Se critica la profusa utilización de leyes orgánicas, para regular una amplia e indiscriminada variedad de materias, que van desde una veintena expresamente exigidas por el texto constitucional (en los casos del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, suspensión de garantías y estados excepcionales, etc.) hasta el mandato del art. 81 que otorga carácter y requisitos de leyes orgánicas a todas aquellas destinadas a desarrollar los derechos fundamentales, las libertades públicas, los estatutos regionales y electorales. Con ello el número de leyes orgánicas potenciales crece inusitadamente, cuestionándose a su vez que se haya prescindido del control previo de constitucionalidad impuesto por el sistema francés.

La Constitución Peruana, como ya hemos referido, señala

expresamente un conjunto de materias reservadas a su regulación por ley orgánica. Podría colegirse que sólo estas materias, todas ellas relacionadas con órganos del Estado y organismos constitucionales autónomos, requieren de leyes orgánicas. Para los otros casos, donde el texto constitucional manda que sus preceptos estén sometidos al desarrollo a través de “la ley” (situación de numerosos derechos constitucionales) se trataría tan sólo de leyes ordinarias en su forma, aunque dotadas de indiscutible contenido material constitucional.

No deseo terminar este punto, sin expresar mi discrepancia con la forma insuficiente y asistemática en que nuestra Constitución ha tratado las materias reservadas a su regulación mediante ley orgánica. Si nos sujetamos a una interpretación literal —acabamos de decirlo— sólo allí donde la Constitución dice “ley orgánica” cabría exigir su dación. ¿Pero cuál es la razón para normar la organización y funciones del Poder Judicial por ley orgánica y no haber previsto expresamente una exigencia similar para el caso del Poder Ejecutivo (aunque el D. Legislativo 217 tiene esa vocación) o para los reglamentos (que tienen fuerza de ley) que norman a las Cámaras del Parlamento? ¿Por qué —con razón— se plantean leyes orgánicas para órganos constitucionales autónomos, como el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura o el Tribunal de Garantías Constitucionales, y no se sigue similar criterio por otros órganos de aparente jerarquía equivalente, como el Banco Central de Reserva, la Contraloría o el Jurado Nacional de Elecciones?

Ya sea que se trate de omisiones derivadas del apresuramiento con que se elaboró la norma constitucional, o (lo que resultaría mucho más grave) por la existencia de consideraciones no explicitadas que sustenten este trato diferenciado, lo cierto es que el resultado es una regulación constitucional incoherente y asistemática en cuanto a las materias que se reservan a leyes orgánicas. Ello aporta poco a clarificar la naturaleza y el ámbito material de esta importante institución en nuestra Constitución.

c) *Jerarquía de las leyes orgánicas*: Atendiendo a que el contenido material de las leyes orgánicas se encuentra estrechamente vinculado a la Constitución (al desarrollar preceptos de ésta) y a las mayores formalidades que se suelen exigir para la aproba-

ción de estas normas, se ha afianzado dentro de la doctrina constitucional la tendencia a considerarlas como una categoría especial y autónoma dentro de las leyes. De ello han pretendido deducir algunos autores que las leyes orgánicas ocuparían una suerte de escalón intermedio dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, ubicándolas inmediatamente después de la Constitución pero por encima de las leyes ordinarias.

Somos conscientes del carácter especial que asiste a las leyes orgánicas, pero encontramos equivocado atribuirles por esta particularidad un rango superior a las leyes ordinarias. Como acertadamente señalan Angel Garrorena (11) y Enrique Alvarez Conde (12), existen diferencias de *competencia* y de *forma o procedimiento* entre las leyes orgánicas y las ordinarias, pero su jerarquía es similar: ambas son leyes y tienen dicho rango. En razón a la competencia, la Constitución reserva ciertas materias para su desarrollo y regulación a través de las leyes orgánicas; cualquier intromisión de leyes ordinarias en estos campos, devendría en inconstitucional por vulnerar dicha competencia. En cuanto a las diferencias formales, las leyes orgánicas tienen que someterse en su elaboración y aprobación a procedimientos especiales o a mayorías cualificadas, que demandan mayores niveles de consenso entre los parlamentos. En este punto, guardan alguna semejanza con las "leyes reforzadas" surgidas de la práctica constitucional italiana.

Acudiendo a la Constitución Peruana, el art. 194 dispone que las leyes orgánicas (si bien se tramitarán como cualquier ley) requerirán para su aprobación (léase también modificación y derogación) el voto favorable de más de la mitad del número legal de miembros de cada Cámara parlamentaria. Se trata pues de una mayoría cualificada, orientada dentro de las diferencias formales

-
- (11) Evidentes limitaciones de espacio impiden abocarse con mayor detalle a este debate verdaderamente importante y, a la vez, tan poco desarrollado entre nosotros. Por ello sugerimos consultar dos rigurosos trabajos de ANGEL GARRORENA MORALES: el artículo ya citado en la nota 10 y su libro "*El lugar de la ley en la Constitución Española*". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980.
- (12) ALVAREZ CONDE, Enrique: "*El régimen político español*". Editorial Tecnos, Madrid 1983, págs. 191 a 199.

ya aludidas, que busca que las leyes orgánicas cuenten con un refuerzo (mayor consenso) legislativo, en atención a la importancia y articulación constitucional de las materias para las que se establece una reserva de competencia para ser normadas mediante este tipo de leyes.

Más allá de esta reserva de competencia impuesta a ciertas materias y del imperativo que las leyes orgánicas cumplan con requisitos adicionales de orden formal para su aprobación, no existe dentro de la Constitución ningún precepto que permita atribuir a esta categoría especial de leyes una jerarquía superior frente a las leyes ordinarias. Una revisión de los arts. 87 y 194 por ejemplo, nos lleva a la certeza de que las diversas normas con rango de ley comparten un escalón similar dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

d) *La indelegabilidad de las leyes orgánicas:* No resulta casual que los ordenamientos constitucionales de Francia, España o Italia (inspiradores de la actual Constitución Peruana) coincidan en reservar para el Parlamento la dación de las leyes orgánicas y prohíban su delegación al Gobierno. La racionalidad que sustenta esta atinada decisión, es lograr que normas de indudable contenido constitucional surjan de la acción legislativa de los representantes elegidos por el pueblo, imponiendo inclusive mayores niveles de acuerdo para alcanzar su aprobación. Se busca también impedir que el Gobierno tenga injerencia en la regulación de aspectos vinculados a la organización y funciones de otros órganos del Estado o del desarrollo de los derechos fundamentales. Todos estos objetivos se verían frustrados si el Ejecutivo asumiera el dictado de leyes orgánicas.

En la Constitución Peruana no aparece disposición expresa que prohíba la delegación legislativa al Gobierno en materia de leyes orgánicas; sin embargo, un análisis conceptual y sistemático nos lleva a la convicción de que estas normas son indelegables en el Perú. La naturaleza de las leyes orgánicas, el tratamiento que reciben en los ordenamientos constitucionales de los cuales han sido tomadas por nuestra Constitución, así como la exigencia de una mayoría cualificada (art. 194) de los miembros del Parlamento para su aprobación, son argumentos que sustentarían su carácter de ley especial necesariamente parlamentaria.

Durante el período 1980-1985 la Ley 23230 (que otorgó delegación legislativa al Gobierno en numerosas materias) autorizó al Ejecutivo a dictar las leyes orgánicas del Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura y las Municipalidades. La mayoría oficialista que controlaba el Parlamento, argumentó que el artículo 188 de la Constitución no impedía esta delegación. Además, que se daba cumplimiento al artículo 194 si la ley autorizativa, en el numeral referido a las leyes orgánicas, era votada y aprobada con el acuerdo de la mayoría cualificada impuesta constitucionalmente para la materia.

No podemos sino expresar nuestra discrepancia de esta argumentación, a la par de poner en evidencia su carácter inconstitucional. Y es que resulta poco serio pretender que se cumple la racionalidad de una norma, cuya finalidad primordial es que el contenido de las leyes orgánicas surja del amplio consenso y la mayoría cualificada del número de parlamentarios, cuando se supedita el sometimiento a ésta formalidad simplemente para aprobar la ley de delegación más no para la ley orgánica misma. Por esta vía, ha sido el Gobierno quien determina el contenido de las leyes orgánicas referidas, renunciando el Parlamento a ejercer una atribución para la cual tiene competencia exclusiva. Aún en el supuesto negado de que se quisiera “salvar” la constitucionalidad de esta delegación, aduciendo que la ulterior revisión que hace el Congreso de los decretos legislativos dictados por el Gobierno, conlleva una intervención parlamentaria en el contenido de las leyes orgánicas, ésto tampoco sucede en el caso peruano. Ello porque (como veremos más adelante) hasta ahora no se ha otorgado carácter ratificadorio al control parlamentario de la legislación delegada.

De modo que la delegación concedida en materia de leyes orgánicas deviene en inconstitucional. Pero también ha contribuido a acrecentar la confusión que ya existe sobre el carácter de estas normas, surgida inicialmente por la forma insuficiente e inadecuada en que las ha regulado nuestra Constitución. Adicionalmente, el uso indiscriminado que el Gobierno ha hecho de la denominación “leyes orgánicas”, atribuyendo inapropiadamente esta naturaleza a verdaderas leyes de organización dictadas en más de treinta decretos legislativos referidos a ministerios y organismos públicos, sólo ha contribuido a desnaturalizar esta importante y necesaria institución que son las leyes orgánicas.

3.1.2. *Legislación Tributaria*

El surgimiento de los parlamentos se encuentra íntimamente vinculado al desempeño de funciones de tipo económico, al punto que sólo a partir de éstas pudieron luego acceder a detentar el monopolio de la atribución legislativa. Ya desde la lejana tradición británica y de algunos reinos europeos medievales, las asambleas parlamentarias eran reunidas por los monarcas para obtener recursos económicos. De allí hasta nuestros días, los parlamentos conquistaron como una de sus potestades primordiales el control de la aprobación del presupuesto público y de las medidas destinadas a generar tributos. Principios como el célebre “there are not taxes without representations”, siguen siendo asumidos por la mayor parte de parlamentos modernos, reservando para este órgano —integrado por los representantes elegidos por el pueblo— la adopción de disposiciones que crean o modifican impuestos.

Aunque nuestra tradición constitucional se enmarca dentro de esta tendencia, la actual Constitución no menciona expresamente dentro de las atribuciones del Congreso (art. 186) su titularidad exclusiva en materia tributaria, a diferencia de la reserva explícita que se hace para la aprobación parlamentaria del Presupuesto y la Cuenta General (art. 186, inc. 4o., concordado con los arts. 197 a 200). Sin embargo, el art. 139 dispone que “sólo por ley expresa se crean, modifican o suprimen tributos y se conceden exoneraciones y otros beneficios tributarios”, agregando luego el citado artículo que el *principio de legalidad* es uno de los que rige la tributación.

Apoyándose en lo dispuesto por el Art. 139 de la Constitución, en la titularidad legislativa que ostenta el Congreso (art. 186, inc. 1º) y en la tradición constitucional extranjera y peruana, algunos analistas nacionales señalan enfáticamente el carácter indelegable de la materia tributaria y su reserva exclusiva para la normación por ley parlamentaria. En la orilla opuesta, otras posiciones sostienen que cuando el art. 139 alude a “ley expresa” para regular la materia tributaria, debe entenderse tanto ley como otra norma con rango similar (decreto legislativo, por ejemplo) siempre que se trate —en ambos casos— de disposiciones cuyo objeto específico está referido a lo tributario.

Durante el período 1980-1985, un elevado porcentaje (cuando no el mayoritario) de los decretos legislativos dictados por el Gobierno, en virtud de autorización del Congreso, estuvo dedicado a crear, modificar o derogar tributos, así como a conceder o variar exoneraciones en este campo. Ello ha tenido importante incidencia en lo referente a los impuestos a la renta, a las ventas, predial, remuneraciones, vehículos, etc.; produciéndose una verdadera alteración de la legislación tributaria anteriormente vigente. Frente a esta situación, cabrían aparentemente tres opciones distintas:

a) Quienes postulan la indelegabilidad de la materia tributaria, tendrán que considerar como inconstitucional la multitud de normas dictadas en este período bajo la forma de decretos legislativos. Esta solución, “principista” y tradicionalista, pareciera devenir en insuficiente ante las constatadas limitaciones del conjunto de parlamentos modernos para normar, con la celeridad y tecnicismo deseables, los aspectos tributarios. Asimismo, perdería alguna solidez ante la propia realidad, donde priman la tendencia al fortalecimiento del órgano Ejecutivo; las indudables potestades que nuestra nueva Constitución le confiere en el manejo y conducción de las actividades económicas y financieras del Estado, así como en lo referente al gasto público, con clara disminución de las atribuciones tradicionales del parlamento en estas materias (elaboración del Presupuesto y de la Ley de Financiamiento por el Ejecutivo, aprobación del Presupuesto por decreto legislativo si el parlamento no lo hace en el plazo respectivo, supresión de la iniciativa de los representantes en materia de generación de gasto público, etc.)

b) Quienes admiten la delegación en materia tributaria, si bien considerarán constitucionalmente válidas las autorizaciones otorgadas, no pueden prescindir de un análisis particular de las habilitaciones conferidas por el parlamento, para apreciar si en cada caso se cumplió con las estipulaciones en materia de delegación legislativa. Y es allí donde cabe anotar la manera tan poco riguroso e inconstitucional (dicho sea de paso) en que Parlamento y Gobierno han manejado este aspecto. Es el caso de la Ley 23230, por ejemplo, cuyo segundo párrafo del art. 1º delegó para dictar simplemente “legislación tributaria”, denominación amplísima e inaceptable a cuyo amparo se expidieron decretos que configuran una real reforma tributaria, que está lejos de cumplir el imperativo

constitucional de que se delimite clara y precisamente la materia objeto de la delegación.

c) Existiría una tercera posición, en la cual nos ubicamos, que —antes que pretender una cómoda ubicación intermedia entre las dos primeras— persigue garantizar el cumplimiento de los objetivos fundamentales de la Constitución en materia tributaria, pero necesariamente adecuados a nuestra realidad concreta y sus posibilidades de aplicación. En tal sentido, forzoso es reconocer la exigencia constitucional de que las disposiciones que crean, modifican o supriman tributos, provengan de la aprobación del Parlamento. Y ello como protección a la ciudadanía y los contribuyentes, frente a la tentación (a menudo frecuente) de los gobiernos de cubrir con impuestos sus necesidades fiscales, lo cual no enerva la iniciativa del Ejecutivo para promover este tipo de medidas, pero si la somete a la aprobación de los representantes parlamentarios de las plurales opiniones del pueblo.

A la par de reservar al Parlamento la normación por ley de la materia tributaria, obligado es reconocer también las imposibilidades materiales y técnicas de dicho órgano para dictar leyes coherentes, adecuadas y prontas en el campo de la tributación. Por ello creemos que la “ley expresa” de que habla la Constitución, surgida necesariamente del Parlamento, sólo debe limitarse a establecer los principios y criterios fundamentales del tributo en cuestión (objeto, hecho imponible, sujetos obligados, exoneraciones, etc.) dejando a que el Gobierno, por delegación legislativa, expida los decretos que desarrollen esta ley de bases. Cabe recalcar que nada impide constitucionalmente que el Parlamento delegue dictando una ley de bases, situación que además se ha verificado, por ejemplo, en la vigente Ley de Municipalidades que al transferir el impuesto de alcabala a estos órganos, señaló sus aspectos centrales y delegó al Ejecutivo la expedición del decreto legislativo 303 que los norma y desarrolla.

3.2 *El control parlamentario de la legislación delegada*

Siguiendo la constante establecida por los diversos ordenamientos constitucionales, la Constitución Peruana —en el inciso

10^o del art. 211 – dispone que se debe “dar cuenta al Congreso” de los decretos legislativos dictados por el Ejecutivo. La racionalidad de esta exigencia resulta evidente, pues se busca que el Parlamento (titular de la atribución legislativa) cuente con mecanismos de control de la legislación delegada, no sólo a través de los términos y límites previos impuestos por la ley autorizativa o de una ley de bases, sino sobre todo mediante la verificación ulterior del uso dado por el Gobernante a las facultades recibidas.

Pero lamentablemente nuestra Constitución no dice en qué consiste o cuáles son los efectos derivados de esta intervención del Congreso. Dijimos al empezar este trabajo, que en la mayor parte de ordenamientos constitucionales el control parlamentario de la legislación delegada conlleva un efecto revisor o ratificador de las normas dictadas por el Gobierno. En unos casos, si el Parlamento considera que el Ejecutivo ha transgredido los términos de la autorización, tiene por esta vía el camino expedito para dejar sin efecto la norma dictada; en otros casos, se trate de una convalidación (expresa o tácita) del Parlamento, a efectuarse dentro del plazo fijado para hacer uso de su derecho al control de la legislación delegada.

Durante el período 1980-1985, nuestro Parlamento consideró que la obligación gubernamental de darle cuenta de los decretos legislativos dictados, consistía tan sólo en la remisión de un informe que hiciera referencia de éstos. Una suerte de comunicación directa, destinada a transmitir a los parlamentarios lo que luego conocerían por el diario oficial cuando se publicaran las normas. Discrepamos profundamente de este criterio, pues desnaturaliza y atenta contra el principio esencial del control parlamentario de la legislación delegada. Por esta vía, el propio Parlamento ha optado por incumplir la tarea que le compete para verificar el adecuado uso de las facultades legislativas que otorga.

Cierto es que esta desafortunada e inconveniente interpretación, se ha visto facilitada por la ausencia de un mayor detalle constitucional en la materia, a la par de la carencia de normas expresas en los Reglamentos de las Cámaras que regulen dichos pro-

cedimientos. Ello, sin embargo, no exonera de responsabilidad al Parlamento, por haber hecho prevalecer un criterio que esperamos sea definitivamente modificado en el futuro. Para lograr este cambio, cabrían diversos caminos por los cuales se establecería el auténtico sentido del control parlamentario de la legislación delegada:

- a) Una vía, quizás definitiva pero también poco inmediata por tediosa, sería introducir una reforma constitucional que detalle los aspectos centrales y alcances del “dar cuenta al Congreso”.
- b) Otra vía, muy eficaz, sería incluir dentro de los Reglamentos de las Cámaras (que tienen rango de ley) las normas que regulen este procedimiento de control y sus efectos.
- c) Mientras tanto, una tercera vía —la más expeditiva y sencilla— consiste en que el Parlamento señale la misma ley de delegación legislativa la necesidad de que los decretos a dictarse se someten a una ulterior revisión confirmatoria del Congreso. Nada impide en nuestra Constitución que el Parlamento siga este criterio y estipule dicha exigencia.

En cualquier caso, de lo que se trate es que el Parlamento cuente efectivamente con un mecanismo de control de la legislación delegada dictada por el Gobierno, mediante una revisión o confirmación (expresa o tácita) de los decretos legislativos dentro de un plazo pre-establecido. Todo ello puede ser previsto en la propia ley autorizativa o en los Reglamentos de las Cámaras.

COMENTARIOS FINALES

Consideramos positiva la incorporación de la legislación delegada en nuestro ordenamiento constitucional, no sólo porque recoge el predominio real que ostenta el órgano Ejecutivo en la conducción y decisión de las grandes políticas nacionales, sino además porque el desempeño de mayores funciones legislativas por el Gobierno puede servir, si se usan adecuadamente, para solucionar algunos de los serios impases que hoy encuentra la producción de las leyes en el Perú. Nuestro país requiere de normas téc-

nica y socialmente coherentes, pero, sobre todo, urgentes y oportunas, aspectos que podrían hallar cierta mejoría a través de decretos legislativos elaborados por el Gobierno, de acuerdo a los lineamientos y control impuestos por el Parlamento.

Lamentablemente, la forma en que la actual Constitución regula lo referente a la delegación legislativa adolece de diversas insuficiencias, algunas de orden sistemático y otras derivadas de una excesiva generalidad. Estas limitaciones se han evidenciado durante el período 1980-1985, acentuadas por las prácticas políticas impuestas por el Gobierno, contando con el respaldo de la mayoría parlamentaria que controlaba el Congreso. No sólo hemos asistido a una utilización injustificadamente frecuente de los decretos legislativos; lo más grave es que muchos de éstos han sido dictados con contenidos que contradicen la Constitución. Esta situación ha sido propiciada por defectuosas o imprecisas autorizaciones parlamentarias, por un órgano Ejecutivo que siempre estuvo dispuesto a sobrepasar los marcos de la habilitación, por un Congreso que toleró, con pasividad inexcusable, estas transgresiones de la norma constitucional.

Es a la luz de estas experiencias y de los problemas suscitados, que deben proponerse las alternativas e introducirse los cambios que posibiliten una utilización nacional, adecuada y positiva de la legislación delegada, preservando especialmente la supremacía de la Constitución. En esta perspectiva, nos animamos a formular algunas sugerencias:

a) Existe una acentuada confusión y un verdadero desborde en cuanto a las categorías jurídicas que conforman nuestro ordenamiento jurídico y su estructura jerárquica. La otrora sólida pirámide normativa Kelseniana y el principio establecido en el Artículo 87 de la Constitución, se ven del todo revasadas por los conflictos e indefiniciones suscitados entre leyes, leyes orgánicas, decretos supremos reglamentarios, resoluciones de órganos constitucionales autónomos, etc.

Por ello, estamos convencidos que las precisiones que se imponen en el caso de la legislación delegada (si bien urgentes y nece-

sarias) resultarán insuficientes si no forman parte de una redefinición integral del lugar, ámbito de competencia material y rango jerárquico de las normas al interior de nuestro sistema jurídico.

b) Dentro de la necesaria revisión del ámbito material (excesivamente amplio a nuestro entender) que la Constitución reserva para la ley, consideramos indispensable avanzar hacia una delimitación restrictiva de aquellos aspectos que, atendiendo a su importancia y repercusión, deben permanecer bajo la potestad legislativa específica del Parlamento. Inclusive algunas de estas materias podrían ser reguladas por leyes de base o leyes-marco del Congreso, luego desarrolladas por decretos legislativos del Gobierno. Finalmente, habría que ampliar las atribuciones reglamentarias del Ejecutivo, transfiriéndole competencia para normar algunas materias que actualmente corresponden a la ley parlamentaria.

Naturalmente que el adecuado funcionamiento de esta propuesta, tiene como correlato un efectivo y riguroso control parlamentario de la legislación delegada, a la par de un control jurisdiccional que vele por el respeto a los principios de constitucionalidad y legalidad. Conviene dejar en claro que no se está proponiendo algo muy alejado de lo que viene ocurriendo en la realidad. Por el contrario, se trata de reordenar, dar coherencia sistemática y racionalidad a la creciente función legislativa que ya ejerce el Gobierno evitando la informalidad y el desorden que vienen caracterizando a esta labor.

Esta redefinición de las funciones legislativas, puede permitir un uso racional de la legislación delegada, evitando la utilización exagerada que ha primado en estos últimos años. A la vez deberá velarse porque las autorizaciones que confiera el Parlamento cumplan rigurosamente los requisitos que le impone la Constitución en cuanto a la precisión de la materia y el plazo objeto de delegación.

c) En relación al funcionamiento de la legislación delegada, resulta perentorio que se establezca (sea en el propio texto constitucional, en leyes interpretativas o en la práctica parlamentaria) el carácter indelegable de algunas materias, dentro de las cuales tiene que considerarse a las *leyes orgánicas*, siendo éstas exclusivamente normables por ley parlamentaria.

En el caso de la *materia tributaria*, debe y tiene que ser regulada (en sus aspectos básicos) por ley parlamentaria, siendo recomendable la utilización de leyes de bases (perfectamente admisibles por nuestra Constitución) que luego sean desarrolladas por el Gobierno mediante decretos legislativos. Con ello se estará preservando el principio de legalidad que debe regir la tributación, pero a la vez se crearán mecanismos para la dación de normas técnica y sistemática satisfactorias, así como oportunas.

No puede alcanzarse un adecuado desarrollo de la legislación delegada, sin un efectivo y riguroso *control parlamentario*. Los decretos legislativos dictados por el Gobierno deben ser sometidos (dentro de un plazo previsto y razonable) a una revisión convalidatoria (expresa o tácita) del Parlamento, para garantizar el cumplimiento de las atribuciones conferidas y su adecuación a la Constitución.

Finalmente, conviene tener presente que en el período constitucional 1985-1990, que recién se inicia, nuevamente el partido de gobierno contará con mayoría parlamentaria (inclusive más amplia a la del régimen precedente). Ello determina que las prácticas Ejecutivo-Parlamento en materia de delegación legislativa, que hemos cuestionado, podrían perfectamente repetirse de no mediar una actuación seria, ponderada y respetuosa de la Constitución por parte de los representantes elegidos por el pueblo. Esperamos sinceramente que estas situaciones no se repitan y que, más bien, se introduzcan las precisiones y cambios que permitan el adecuado uso de la legislación delegada. De no ser así, seguiremos asistiendo a esta cotidiana y preocupante transgresión de nuestra aún incipiente institucionalidad constitucional.

COMO ESTUDIAR DERECHO CONSTITUCIONAL

Domingo García Belaunde

I

El tema que se propone este artículo puede parecer ocioso. En efecto, a quien pregunte cómo se debe estudiar una rama jurídica determinada, podríamos contestarle simplemente: estudiando y nada más. En este sentido, si queremos saber algo de contabilidad, lo más simple sería tomar un libro de introducción a la contabilidad y empezar a leerlo. Adicionalmente, trataríamos de seguir algún curso sobre el tema, conversar con entendidos y hacer alguna práctica profesional. Lo mismo podría aplicarse a otras ramas del saber, y salvando los casos de difícil intelección que nunca faltan, en principio cualquier disciplina puede estudiarse, más o menos fácilmente, aún cuando siempre sea necesario un mínimo de lecturas, de información y de trabajo sosegado.

Sin embargo, surge la pregunta de por qué es necesario decir esto sobre el Derecho Constitucional. La respuesta es simple: porque en nuestro medio, y en general en vastos sectores de América Latina, el Derecho Constitucional se da por sabido, generalmente por ósmosis o por ciencia infusa, lo que permite que cualquiera emita juicios u opiniones sobre la materia. Sucede así porque el Derecho Constitucional parece a primera vista muy sencillo, ya que es lo que todos podemos apreciar (cuando no hay gobiernos de facto) pues sin cortapisas vemos como funcionan los poderes del Estado, la maquinaria judicial, el aparato legislativo, los partidos políticos, el Ministerio Público, etc.; se adquiere así la sensación de lo fácil. Esta no sólo es una característica del hombre común y corriente, sino también del político, ya que la Constitución es, recordémoslo, un texto que regula jurídicamente fuerzas y relaciones políticas, que permite que el político se sienta autorizado, diremos mejor investido de autoridad, para hablar, si es posible ex-cathedra, sobre problemas constitucionales. La curul parece otorgar una sabiduría que podríamos llamar adhesiva: sentarse en el escaño es adquirir conocimientos. Claro que siempre existen excepciones, y nunca faltan parlamentarios que tratan de ir

más allá y obtener un mejor conocimiento sobre el problema: pero no es lo más frecuente. Esta tarea por lo general es dejada a las asesorías del Parlamento y de sus Comisiones, con el agravante de que si se carece de tales asesores, el problema queda sin resolver. Tema aparte es la utilización política de la Constitución, es decir, su instrumentalización, de la que no tratamos ahora, pues nos alejaría de nuestro propósito.

Adicionalmente, el hombre de derecho en general (jueces, abogados, notarios, estudiantes, etc.) incursiona con facilidad en el tema constitucional. Es interesante advertir que en nuestro medio —no tanto a nivel profesional, sino a nivel académico— existe un cierto respeto por las áreas. Así, si bien en principio cualquier abogado podría atender simultáneamente problemas de orden civil, mercantil o industrial, al momento de abordar tales temas en dimensiones mayores (políticas, académicas, etc.) tiene un cuidado especial, pues advierte que existen especialistas en diversas áreas cuyas opiniones es conveniente tener presente. Pero si ello no fuera posible, queda siempre el recurso de que el abogado acometa la tarea de estudiar él mismo el problema y buscar una solución a su inquietud. Pero, como repetimos, lo que se observa en las diversas ramas del derecho, no sucede en el Derecho Constitucional, en donde no se toman estas precauciones, sino que de frente nos lanzamos a emitir opinión. Si de aquí pasamos al mundo periodístico, es decir, a los periodistas especializados en la crónica política o parlamentaria, la cosa se agrava pues el desconocimiento es aún mayor.

II

Ahora bien, ¿a qué se debe este fenómeno?. ¿qué es lo que motiva en la gran mayoría de los casos, al hombre de derecho y al hombre común a hablar con desenfado, sobre temas y problemas constitucionales, sin base ni fundamento alguno...? Intentemos alguna explicación:

a) *Presencia de gobiernos de facto*: El gobierno más largo de nuestra historia, en sentido amplio, ha sido el gobierno militar (con sus dos fases incluidas) y que duró doce años (1968-1980). Por otro lado, si hacemos un recorrido histórico de nuestras ins-

tuciones, llegamos a la conclusión que salvo algunos contados períodos (sobre todo la llamada República Aristocrática que dura de 1895 a 1919) no hay tradición de estabilidad institucional. Sin entrar por ahora al detalle si tales gobiernos fueron eficaces o no, lo cierto es que nuestra historia republicana representa formalmente una discontinuidad y un desconocimiento de la legalidad vigente. En consecuencia, si esta legalidad está representada en su ápice, por la vigencia de la Constitución, ésta, desde un punto de vista histórico, no tiene mayor trascendencia. Y de aquí derivan varios hechos: desconocimiento de la realidad constitucional, actitud desvalorativa frente al texto constitucional, falta de hábitos y de manejo político-constitucional, etc.

b) *Sistema educativo*: Entre los múltiples problemas que afronta la educación en el país, la insuficiencia del elemento humano y lo exiguo de los recursos materiales (aulas, gabinetes, libros de texto, etc.) son los más apremiantes.

Desde esta perspectiva, podemos decir que la mala educación y los textos deficientes del curso de Educación Cívica que se imparte en los colegios, contribuyen a que el alumnado no tenga ni siquiera una noción de cuál es la estructura jurídica del poder en el Perú. Caso patente de lo que se afirma, son los manuales de Educación Cívica que para los dos últimos años escolares preparó, divulgó y promovió el destacado filósofo Augusto Salazar Bondy, que no obstante su sobria presentación, eran sumamente deficientes en la exposición y comentarios (no sólo no trataba problemas jurídicos, sino cuando lo hacía tomaba referencia de leyes en veces derogadas...) Similar problema se advierte en la Universidad, pues un curso sobre la Constitución debería enseñarse en todas las Facultades, y no sólo en las de Derecho.

c) *Ausencia de libros especializados*: Durante épocas de crisis (pensamos sobre todo en el docenio militar) se dictaron severas restricciones en las cuotas de dólares para importaciones, y fueron reducidas tajantemente las partidas destinadas a libros. De esta suerte, la escasa cuota de los libreros fue destinada a libros de rápida venta, sobre todo best sellers. En materia constitucional no se pasó de uno que otro manual, de manera tal que cuando se convocó a la Asamblea Constituyente en 1977, los futuros miembros de dicha Asamblea no pudieron encontrar nada en librerías.

Esta misma limitación tuvieron durante años los alumnos de Derecho, y sólo a partir de 1980 se ha ido salvando paulatinamente este vacío, aún cuando no de la manera como sería de esperar (sobre todo por el alto costo de los libros extranjeros). Por otra parte, en materia de doctrina general sólo existen dos libros nacionales, uno el de Raúl Ferrero R. (1975) y otro de Darío Herrera Paulsen (1970) que no obstante sus méritos, no han sido suficientes para cubrir esta carencia.

d) *Contorno de la crisis*: Aún cuando no vinculada estrechamente con la materia, es importante destacar el aspecto muy grave de la crisis por la que atraviesa el país, y de la que parece no nos libraremos en muchos años. Esto se refleja en una actitud realista en los estudiantes, que tratan de buscar asidero y apoyo en temas y cursos de orden “práctico”, como pueden ser laboral, civil o tributario. Es decir, hay un primado de la práctica sobre la teoría; lo constitucional no reporta dividendos, y en épocas de crisis no hay tiempo para lujos (*primum vivere, deinde philosophare*).

III

Las dificultades anteriores no son insalvables, pero son aspectos muy concretos y sirven para explicar muchas cosas. Indudablemente, en el futuro próximo tales limitaciones no van a desaparecer, por lo que bien podríamos estar haciendo una simple digresión sobre un consejo inútil. Pero ello no nos priva de pensar en su paulatina superación, exponiendo algunas cuantas ideas que nos han surgido del contacto con la experiencia universitaria, tanto nacional como extranjera.

Por de pronto señalemos algo que es elemental pero que no lo es para nuestro medio: no hay que confundir la Constitución con el Derecho Constitucional, como tampoco se pueden identificar el Derecho Civil con el Código Civil. Esto que es evidente, no siempre se respeta. Se lee la Constitución y se cree saber Derecho Constitucional, lo cual es no sólo una idea errónea sino incluso dañina, pues de aquí brotan un sinnúmero de errores.

Hay que tener presente que el Derecho Constitucional, como cualquier otra disciplina jurídica, tiene su propio origen y su trayectoria, y maneja diversos conceptos fundamentales o categorías que tienen un significado preciso, que no pueden ser modificados arbitrariamente. Así, por ejemplo, la interpelación que hace la Cámara a un Ministro es un concepto que refleja una institución con matices muy concretos, que obedece a una historia y una estructura muy definida. Podrá discutirse las formas de presentación, el tipo de preguntas en el hemiciclo y otros detalles más, válidos sólo desde la perspectiva previa del concepto o categoría en cuestión. Igual podría decirse de la casación que realiza el Tribunal de Garantías Constitucionales en materia de Habeas Corpus y Amparo... ¿cómo puede entenderse sus alcances ignorando el origen francés de la casación y su posterior desarrollo europeo? Y los ejemplos podrían multiplicarse, lo que demuestra que el núcleo o cuerpo central de una Constitución (y del Derecho Constitucional) hay que entenderlo desde estos esquemas o categorías. Sólo a partir de ellos es posible comprender el fenómeno constitucional y afrontar los delicados problemas de su interpretación y aplicación.

Ahora bien, el conocimiento de estos conceptos fundamentales se obtiene a través de una bibliografía que presente un panorama de la disciplina (1). En este sentido, lo más aconsejable es un texto o manual introductorio, lo que no es fácil, no sólo porque existen gran cantidad de textos de iniciación, sino porque muchos de ellos son parcelarios o tendenciales, cuando no excesivamente localistas (como casi todos los franceses).

En lo personal, me permito recomendar dos manuales que considero excelentes: el de P. Biscaretti di Ruffia (*Derecho Constitucional*) y el de André Hauriou (*Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*). El de Biscaretti tiene la ventaja de ofrecer

(1) Indudablemente que el conocimiento del Derecho Constitucional supone un previo contacto con el mundo del derecho, y éste a su vez, presupone un mínimo de cultura humanista (sobre todo sociología, historia, política, filosofía), que lamentablemente en muchos centros de estudios, no se desarrolla con amplitud en los primeros años de humanidades, e incluso en otros (caso de la Universidad de San Marcos), han desaparecido.

un gran panorama sobre la democracia constitucional europea, con algunas referencias a otros países, con gran manejo de fuentes y un cabal sentido de las instituciones. En cuanto al texto de Hauriou, es de gran valor pues combina, en nuestra opinión equilibradamente, la problemática no sólo jurídica, sino también política y tiene además un amplio tratamiento de los países en desarrollo. Si bien no existe manual perfecto y ambos son susceptibles de críticas, consideramos que aquél que lea cualesquiera de ellos, de principio a fin y sin saltarse páginas, tendrá una excelente perspectiva y podrá hablar con propiedad de esta materia.

Naturalmente que estos manuales no son los únicos ni los mejores, pero los mencionamos porque cubren un panorama amplio, son extensos sin llegar a ser excesivos, son fáciles de encontrar en nuestro medio, y adicionalmente están bien redactados y presentados (2).

Muy difundido entre nosotros y en general en el mundo hispano-hablante es el famoso manual de Duverger (*Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*) que ha tenido innumerables ediciones tanto en francés como en castellano (en francés 17 ediciones y en dos tomos, en castellano, un solo volumen y 6 ediciones). Siendo excelente el manual de Duverger, no lo encontramos adecuado como texto de introducción, ya que es una aproximación politológica al fenómeno constitucional. Muy útil para los politólogos o científicos sociales, e incluso para el jurista que previamente ha hecho una introducción jurídica al tema, pueda dar una falsa impresión al que recién se inicia.

Para aquel que desea buscar otros manuales, sea como introducción o como complemento, les señalamos algunos criterios que le pueden orientar en su elección. Ellos son:

-
- (2) Teniendo el presente trabajo un fin fundamentalmente didáctico, nos hemos limitado a señalar obras escritas directamente en nuestro idioma, así como aquellas que se encuentran traducidas (con una sola excepción, que se justifica dentro del contexto). Aclaremos que por ventura el castellano es idioma privilegiado en materia jurídica, ya que para sólo remitirnos al área constitucional, tenemos traducido el 90o/o de la obra básica publicada en otros idiomas.

- i) debe ser un solo volumen;
- ii) debe tener una perspectiva jurídica, y no social o política (que en todo caso es un complemento pero no un punto de partida);
- iii) debe ser posterior a la Segunda Guerra Mundial, y de preferencia con una antigüedad no mayor de quince años;
- iv) debe mostrar un panorama general, estudiando sobre todo los conceptos claves y los principales tipos de gobierno (URSS, Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Suiza).

Si tenemos presente estos criterios, al lector le será fácil escoger un texto jurídico que le suministre los rudimentos necesarios para adentrarse en el mundo jurídico-constitucional.

IV

El estudio de la Constitución no puede estar alejado del avatar político, ya que todo texto fundamental regula o pretende encausar los fenómenos políticos, motivo por el cual debe acompañarse la perspectiva jurídica con el necesario complemento político.

Ahora bien, en materia política la variedad, los diversos puntos de vista, las líneas tendenciales, la ideologización del análisis, es aún mayor que en el Derecho, ya que en éste tenemos al menos la norma como elemento referencial. De ahí la dificultad y el riesgo de señalar una bibliografía mínima, que debe ser cautelosa. Teniendo presente estas limitaciones, nos permitimos señalar la siguiente:

a) Para una aproximación teórica: Eduardo Andrade Sánchez *Introducción a la Ciencia Política*; Marcel Prélot *La ciencia política*; Robert A. Dahl *Análisis político moderno* y W. Abendroth y K. Lenk *Introducción a la ciencia política*.

b) Para los problemas políticos cotidianos: Maurice Duverger *Introducción a la política* y T. Bottomore *Sociología política*.

Lo anterior está relacionado con el aspecto general, que como ineludible correlato, debe aparejar igual criterio para la realidad constitucional peruana. Es decir, es necesario que nuestro constitucionalismo lo confrontemos con nuestra historia política reciente, para lo cual pueden ser útiles Julio Cotler (*Clases, Estado y Nación en el Perú*) y Enrique Chirinos Soto (*Historia de la República*). Si bien ambos cubren un panorama muy amplio, debe tenerse presente que la realidad político-social que nos interesa es aquella que surge a partir de la caída de Leguía, es decir, en pleno inicio de la década del treinta.

Por último, un análisis del desarrollo histórico del sistema constitucional, enmarcado dentro de coordenadas políticas, sociales y económicas, pueden verse en el libro de Maurice Duverger *Las dos caras de Occidente*.

V

Volviendo al plano constitucional, y ya en la ruta de conocer nuestro constitucionalismo, debemos pensar en un buen texto legal y en un buen comentario.

Lo primero es tener un texto fidedigno de la Constitución Política del Perú. Ediciones hay muchas (sobre todo de carácter popular), pero no todas son acertadas ni cuidadas. Una edición útil es la preparada por el Ministerio de Justicia, que es la oficial. Entre las realizadas por los particulares, es altamente recomendable por su fidelidad, índice y documentos insertados, el *Índice analítico de la Constitución Política del Perú*, debido a Jorge Power Manchego-Muñoz.

En cuanto a los comentarios sobre la nueva Constitución, hay muchos y algunos de gran valía. Retengamos por nuestra parte tan sólo los de José Pareja Paz Soldán (*Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, edición de 1984, completamente revisada) y la conjunta debida a Enrique Bernaldes y Marcial Rubio (*Constitución y sociedad política*). Si bien ambas obras presentan perspectivas y métodos distintos, ofrecen en conjunto un excelente panorama que enriquece la visión de nuestro constitucionalismo.

VI

Para quien superando el nivel del texto o manual de iniciación, quiera tener una visión más profunda de los mismos problemas, nos permitimos recomendarle algunos de los siguientes libros: Germán J. Bidart Campos *Derecho Constitucional*, 2 tomos; Segundo V. Linares Quintana *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 3 tomos; Carlos S. Fayt *Derecho Político*, 2 tomos; Pablo Lucas Verdú *Curso de Derecho Político*, 4 tomos; César Enrique Romero *Derecho Constitucional*, 2 tomos; Mario Justo López *Introducción a los estudios políticos*, 2 tomos; Hermann Finer *Teoría y práctica del gobierno moderno*, Juan Ferrando Badía *Estudios de Ciencia Política*.

Desde un punto de vista comparado, Manuel García Pelayo *Derecho Constitucional Comparado*; P. Biscaretti di Ruffia *Introducción al Derecho Constitucional Comparado* y Giuseppe De Vergottini *Derecho Constitucional Comparado*. Un complemento político puede encontrarse en Juan Ferrando Badía (coordinador). *Regímenes políticos actuales*.

VII

Dejamos constancia que aquí estamos tocando únicamente los aspectos generales y no los temas específicos del Derecho Constitucional, que exigen un tratamiento aparte. Temas concretos como el de los derechos humanos, regionalismo y centralismo, unicameralismo y bicameralismo, jurisdicción constitucional, entre otros, no son tocados aquí y tienen su propia bibliografía, aún cuando aparezcan en la exposición de todo manual o texto universitario.

Por otro lado, cuando del plano general pasamos a un nivel de sofisticación, el problema se complica, pues es preciso recurrir a monografías y libros especializados generalmente de difícil acceso.

Destaquemos que en ese estado superior de la investigación, cuando se abordan temas muy concretos en donde es necesario recurrir a la doctrina general y al derecho comparado, es imprescindible las revistas y poder leer en otros idiomas. En mate-

ria constitucional son idiomas útiles el inglés, y sobre todo el francés y el italiano (a este último idioma se traducen gran cantidad de textos alemanes, que de otra suerte serían inasequibles).

VIII

Un paso posterior que debe realizar sólo aquél que desea dedicarse a la docencia o a la investigación seria y prolongada, es meditar y estudiar los grandes libros escritos en materia constitucional. Como se sabe, cada disciplina tiene sus clásicos que siendo en rigor viejos por lo que contienen, son nuevos por los problemas que suscitan y sobre todo por la forma como abordan los problemas. Nos enseñan además a trabajar con humildad, en forma seria y pausada, y generalmente nos dan información de primera mano que no se encuentra en otras partes, o que otros han repetido en forma incompleta o errónea. El Derecho Constitucional tiene también sus clásicos y su lectura atenta y meditada es siempre fructífera, aún cuando a veces sea fatigoso hacerlo. Ellos son:

1) Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*. Publicada en 1900 y traducida casi de inmediato al castellano en España, ha tenido sucesivas reediciones en la Argentina, a cargo de la editorial Albatros. Puede decirse en rigor que el Derecho Constitucional como disciplina autónoma, si se quiera como ciencia, se configura recién con Jellinek. Antes había constitucionalismo y constitucionalistas (en la misma Alemania es ejemplar el caso de von Gerber), pero es Jellinek el que da armazón teórico adecuado a la disciplina, sienta las bases de su estudio y presenta un vasto cuadro histórico-jurídico que recogiendo todo lo válido del siglo XIX lo proyecta sobre el nuevo siglo. A fe cumplida, Loewenstein ha dicho de esta obra que no ha tenido digna sucesora ni dentro ni fuera de Alemania. Un segundo tomo dedicado a la "Teoría particular" del Estado no llegó a ser publicado por su autor; sólo han quedado algunos fragmentos, valiosos, pero sin el nivel de la ópera magna.

2) Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*. Publicada originalmente en Alemania en 1925, fue traducida por Luis Legaz La-

cambra en 1933 en España, y desde entonces reeditada numerosas veces en México. A fin de divulgar esta obra, el mismo Kelsen escribió un resumen que con el título de *Compendio...* circuló ampliamente precedido por un estudio preliminar de Luis Recaséns Siches. La obra significó en su momento, si bien siguiendo la huella trazada por Jellinek, la primera exposición orgánica y de conjunto de la Teoría Pura, aún cuando aplicada al Estado. Años después, el autor hizo un balance y recuento de su pensamiento en su obra *Teoría General del Derecho y del Estado* publicada en inglés en 1945 y traducida al poco tiempo por Eduardo García Maynez.

3) Harold J. Laski, *El Estado Moderno*. Publicada por vez primera en 1925 con el título *A grammar of politics*, es la obra más representativa de este autor, teórico del laborismo inglés, que ejerció una gran influencia en la década del 30 y que se considera un clásico en su género. El mismo Laski resumió su obra años más tarde en un opúsculo intitulado *Introducción a la política*.

4) León Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*. Obra maestra en cinco volúmenes, editada entre 1921 y 1925, sigue teniendo actualidad. De Duguit puede verse su *Manual de Derecho Constitucional* que contiene sus aportaciones básicas, traducido y publicado en Madrid en 1926. Junto con Maurice Hauriou son los más destacados representantes de la llamada Escuela sociológica del Derecho Constitucional.

5) Maurice Hauriou, *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Padre de André Hauriou, autor del manual ya citado, es constitucionalista y administrativista de renombre, creador de la teoría de la Institución que fue luego ampliamente desarrollada por el gran jurista italiano Santi Romano. Su obra en castellano es una adaptación de dos trabajos suyos (de 1923 y 1925) de gran interés.

6) Carl Schmitt *Teoría de la Constitución*. Libro clásico publicado originalmente en 1928, fue traducido en 1934 por Francisco Ayala y reimpresso innumerables veces. Si bien Schmitt ha sido muy cuestionado por su posterior adhesión al nazismo, lo cierto es que estamos ante un autor muy riguroso y de gran originalidad en todos sus escritos. Al igual que Hermann Heller, ha

estado vinculado con España, lee y habla el castellano, y una hija suya es casada con un jurista español.

7) Hermann Heller, *Teoría del Estado*. Publicado póstumamente en alemán en 1934, este autor murió en España huyendo de la persecución nazi. Aún cuando notable por la concisión con que trabaja los conceptos, es sólo una primera parte, muy teórica y elaborada, de un trabajo inconcluso. Representa la presencia del marxismo y del enfoque sociológico en el ámbito de la comprensión del Estado.

8) Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*. Publicada originalmente en inglés en 1957 y traducida al castellano poco tiempo después, Loewenstein, un emigrado alemán discípulo de Weber que acabó sus días en los Estados Unidos, representa la unión feliz de la tradición europea con el método saión. De gran originalidad, ha creado conceptos y esquemas de vasto alcance explicativo. Aún cuando su lectura es algo densa, se ve recompensada por el interés que despiertan sus ideas generales.

9) Carl J. Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia*. La primera edición de esta obra se hizo en los Estados Unidos y en 1937, la cuarta y última edición totalmente revisada es de 1968 (un solo volumen) de la que procede la última versión castellana en dos tomos.

Su autor logra una visión armoniosa entre el Derecho Constitucional y la política, que enriquece con datos históricos y filosóficos, amén de los correspondientes a otras ramas jurídicas. Es además publicista destacado en Ciencia Política y Filosofía del Derecho.

IX

Y con esto ponemos término a nuestro recorrido. No hemos querido —que quede claro— hacer observaciones, sugerencias o comentarios dogmáticos, sino simplemente volcar una experiencia de muchos años en el trato con la disciplina y con el modo de enseñarla. Presentamos además una guía de carácter abierto, que puede orientar al interesado en el torbellino de publicaciones existentes.

He pensado muchas veces que quizá lo que aquí he escrito era innecesario y seguramente era mejor no hacer nada y dejar las cosas como estaban. Pero como es mi deseo evitar que otros pierdan el tiempo en lecturas insustanciales como yo mismo lo hice en mis inicios, y como adicionalmente nadie en nuestro país —ni tampoco fuera de él— ha escrito lo que pretendo (3), es que he decidido poner en circulación estas cuartillas.

Lima, enero de 1985.

-
- (3) Notable para su época es la obra de Adolfo G. Posada (*Guía para el estudio y aplicación del derecho constitucional de Europa y América*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid 1894) que comprende textos constitucionales, comentarios y valiosas referencias bibliográficas. Sin embargo, el maestro español no roza los temas que son el objetivo de este artículo, sin contar por cierto su inactualidad, como consecuencia natural del paso de los años.

LAS NORMAS REGIONALES Y EL ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL

César Landa Arroyo

Desde que el Perú surgió como República y hasta nuestros días, se viene hablando del centralismo y la descentralización del país.

La creación de las Juntas Departamentales, su supresión, el establecimiento de los Consejos Departamentales, consagradas, respectivamente, en las constituciones descentralistas de 1823, 1828, 1856 y 1867; así como, la expedición de la Ley Orgánica de Municipalidades de 1873; y la Ley de Descentralización Fiscal de 1886, durante el siglo XIX, evidencian la preocupación y, a la vez, el fracaso por expandir la presencia del nuevo Estado en Formación, en todo el territorio nacional.

Durante el siglo XX el problema se agudizó, se intentó resolverlo creando Congresos Regionales y Consejos Departamentales, en las constituciones de 1920 y 1933, pero sin resultado positivo alguno. Posteriormente, a partir de la década del treinta, se implementaron Juntas de Obras Públicas o Rehabilitación y Corporaciones Departamentales de Desarrollo; sin embargo, durante los años setenta, se inició un proceso de desconcentración funcional y territorial administrativa; creándose para tal efecto, y en sustitución de las juntas, Comités Departamentales de Desarrollo y Organismos Regionales de Desarrollo, con menor resultado negativo que las experiencias del siglo pasado. Finalmente, hoy en día, la vigente constitución de 1979 establece la creación de Gobiernos Regionales, como un nuevo intento descentralista, pero más pleno e integral.

Cada una de las alternativas que se han propuesto, a lo largo de nuestra historia republicana, apuntaron a resolver el problema del centralismo del país, desde una óptica aparentemente distinta, pero con igual resultado negativo, es decir, que tanto los intentos

desconcentradores como descentralizadores en lo administrativo , fiscal o político fueron inocuos ante el centralismo secular de nuestro Estado.

No desconocemos que el manejo gubernamental de la cosa pública responde, en último análisis al patrón de acumulación de capital, el cual, mediante la organización del Estado, condiciona una institucionalidad jurídico, y político-administrativo, que encubre y sirve de modelo de acumulación capitalista. En consecuencia al Derecho le cabe o ejercer una cuota de resguardo al manejo gubernamental tradicional de la política pública o reorientar dicho manejo en función de los nuevos valores constitucionales y de las demandas sociales emergentes.

Asumiendo el rol del Derecho dentro de esta segunda perspectiva analizamos a continuación cómo se coordinan, jerarquizan y resuelven los conflictos normativos entre la comunidad jurídica nacional y las futuras comunidades jurídicas regionales.

1. El Ordenamiento Jurídico

En la Teoría General del Derecho ha sobresalido el concepto eselseniano en virtud del cual : “. . . el orden jurídico es un sistema de normas, cuya pluralidad constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. . .” (1974). Esta definición prevaeciente sobre el orden jurídico se ha reducido a afirmar que éste constituye un conjunto de reglas de conducta, dejando de lado otros elementos esenciales y por tanto constitutivos de dicho orden.

Si se quiere definir un ordenamiento jurídico en su totalidad —afirma Santi Romano— “No puede considerarse a este como la suma aritmética de leyes, códigos y reglamentos, sino por el contrario, como una unidad en sí mismo; por ello el ordenamiento jurídico es algo distinto a los elementos materiales que la integran; además, no se puede tener un concepto adecuado de las normas sin anteponer el concepto adecuado de ordenamiento jurídico” (1968). Más aún, el ordenamiento jurídico es susceptible de cambio sin que se incorpore a él nuevas normas, tan sólo por la modificación del ambiente social en que se desenvuelve.

El ordenamiento, así entendido, se mueve en parte según las normas, pero, sobre todo, se dirige a las propias normas, resultando finalmente el objeto de su actividad, antes que elementos de su estructura. En tal sentido, la modificación de una norma es más el efecto que la causa del cambio del orden jurídico.

Por otro lado, Díez Picazo afirma que: "El conjunto total de reglas o directivas a través de las cuales se prefigura la organización de un grupo social o partiendo de las cuales se realiza dentro de un grupo social una función de pacificación de conflictos y de satisfacción de pretensiones, recibe el nombre de ordenamiento jurídico" (1975).

Al respecto, si el ordenamiento jurídico no se piensa como pura normatividad o como mera suma aritmética del material normativo, el planteamiento, de lo que consiste el ordenamiento jurídico es distinto. En consecuencia, podemos señalar —como afirma Díez Picazo— que el ordenamiento es una tarea cotidiana, en la que está enmarcada una parte de la sociedad, o la sociedad entera y consiste en encontrar soluciones justas para los problemas y dar justas satisfacciones a justas pretensiones.

Aquí el material normativo que no es un elemento sustantivo sino instrumental; sin embargo, cabe señalar que, el ordenamiento jurídico nacional está constituido por el conjunto de normas legales y administrativas que regulan al Estado, las instituciones y las personas así, como canalizan los conflictos que se presentan entre las mismas o entre sí. Comprende, en consecuencia, no sólo la Constitución, los Códigos y Leyes, sino también los reglamentos las sentencias no sólo judiciales, los dispositivos de las autoridades administrativas y hasta la costumbre y los contratos. Como quiera que para efectos del presente estudio trabajaremos sólo el ámbito normativo, en principio, llamaremos ordenamiento jurídico nacional a lo que específicamente se denomina ordenamiento normativo estatal.

El ordenamiento jurídico así entendido, entonces, debe aspirar a ser racional, aunque en ocasiones no llegue a serlo. La racionalidad más que una realidad, es una aspiración y un propósito. Esta racionalidad como aspiración se plasma en la necesidad de que el ordenamiento jurídico posea coherencia interna. Coheren-

cia que no existe ni en el contenido lógico-axiomático del sistema de normas, ni en el referente social concreto que recoge el derecho. En tal sentido, si el ordenamiento jurídico es entendido como unidad exclusiva y excluyente debe concluirse a favor de su asistematicidad, y en consecuencia señalar que comprende a grupos de sistemas que unas veces se coordinan entre sí y otras se subordinan.

Por ello, resulta importante descubrir cuál es el actual ordenamiento jurídico nacional y, a su vez, cuál sería el futuro ordenamiento regional, a fin de coordinarlos entre sí o subordinar uno a otro, en su caso, de modo tal que se garantice la coherencia y sistematicidad del nuevo ordenamiento jurídico nacional, entendido como la búsqueda de soluciones justas y equitativas a los conflictos sociales y regionales que se presenten, y no como la exclusiva suma de normas.

1.1 Estructura jerárquica del Ordenamiento Jurídico Nacional

El ordenamiento Jurídico Nacional, tal como se le conoce tradicionalmente, no es producto de ningún mandato constitucional o legal expreso; más aún, podríamos afirmar que tiene una validez a-legal; sin embargo, resulta innegable su validez y eficacia jurídicas para regular el sistema legislativo peruano. Justamente, por el carácter jurídico —más no legal— del actual ordenamiento jurídico nacional es que se ha incorporado a la Constitución de 1979, algunos principios de ordenamiento normativo, como el de constitucionalidad y legalidad, pero de una manera desordenada e incompleta.

a. La Constitución

La Constitución es la primera norma o el grado superior de nuestro derecho nacional, entendida material y formalmente por cuanto establece los principios sobre los cuales se asientan los derechos, deberes y relaciones personales y sociales, la organización y fines del Estado, las vinculaciones entre ellos, así como los órganos y procedimientos para la creación de normas legales.

Si bien las normas constitucionales se originan en las demandas de la vida social, no es necesario que siempre haya una plena

concordancia entre las normas constitucionales y los hechos que regula, sin embargo, pierde su eficacia cuando deja de estar de acuerdo con la realidad. En consecuencia, las normas constitucionales deben ubicarse en un rango entre la regulación fáctica de los hechos jurídicos presentes y la proyección normativa que prevea los hechos jurídicos a futuro.

Existe pues relación entre la validez y efectividad de las normas constitucionales. la primera depende un tanto de la segunda; sin embargo, la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender un mínimo.

Ahora bien, para que el texto constitucional sea válido, es necesario que sea potencialmente eficaz, es decir que, los hechos jurídicos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Entonces la Constitución es válida cuando, de alguna manera, es eficaz. Pero bien podríamos hablar de fuerza en vez de efectividad, por cuanto la relación entre la validez y la eficacia de una Constitución, no es otra cosa que la relación entre el Derecho y el Poder. La Constitución no puede existir sin el poder, sin que por ello, sea siempre idéntico a ella. En consecuencia podría afirmar que la Constitución es un modo de organizar la fuerza, es decir, constituye un orden donde se expresa jurídicamente el desequilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado. Al respecto sin duda existe también el principio de la legitimidad, en virtud del cual la Constitución es producto de la pugna entre las distintas fuerzas sociales. En este sentido, el que tiene más poder, y no necesariamente el más justo o mejor, plasma su ideología jurídica en la Constitución, convirtiéndose dicha ideología, así, en dominante y, a su vez, en legítima. Es decir, que, la Constitución establecida por el Poder Constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. Este principio de efectividad se hace evidente, de modo inmediato, en la primera Constitución.

La actual Constitución Política, por ejemplo, introduce una serie de derechos e instituciones no reconocidas por la Constitución de 1933. La concepción tradicional del contenido constitucional ha variado. Hoy en día la Constitución Peruana, además de las clásicas normas sobre derechos civiles y políticos y de la organización y funciones del Estado, establece normas sobre el régimen económico y financiero, las prestaciones sociales del Es-

tado, las organizaciones y mecanismos de participación política, entre otras, todo lo cual refleja un modelo constitucional de organización social y estadual propios de una ideología jurídica modernista.

En la concepción moderna de la teoría constitucional, tal es el sentido que debe aportar una Constitución, no sólo limitarse a sancionar el orden existente, sino también a proyectarlo, incorporando instituciones de avanzada en el ordenamiento constitucional.

Las demandas políticas y sociales, al adquirir rango constitucional, se convierten de cumplimiento obligatorio, tanto para los ciudadanos como para el Estado. En caso de incumplimiento, la propia Constitución prevé las acciones a interponer y los organismos competentes encargados de resolverlas.

Al ser la Constitución la norma superior dentro de la jerarquía de normas de ordenamiento jurídico, material y fundamentalmente hablando, se le reconoce en principio, el carácter de norma fundante de todo dicho ordenamiento, tanto en su contenido, como en el proceso de su creación.

Sin embargo, es del caso señalar que de acuerdo con nuestra propia Constitución, las normas sobre derechos humanos, establecidas en los tratados internacionales y los tratados que normen materias constitucionales tienen rango constitucional, siempre y cuando, en el primer caso, hayan sido aprobadas por el Congreso y ratificadas por el Poder Ejecutivo, y, en el segundo, hayan sido aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

b. La Legislación

Inmediatamente después de la Constitución, se encuentra el segundo nivel jerárquico que es la ley, formalmente hablando, o las normas con rango de ley, materialmente hablando. En la mayoría de los casos, las normas generales son de naturaleza legislativa (Congreso) y administrativa (Poder Ejecutivo), pero con fuerza de ley.

Al respecto, conviene señalar que en su sentido material una ley designa a toda norma jurídica general, tales como: la ley propiamente dicha, la resolución legislativa, el decreto legislativo, ciertos decretos supremos y, como veremos en el siguiente acápite, los acuerdos regionales; asimismo, se podría mencionar a los decretos leyes emitidos por los gobiernos de facto que, al margen de su origen espúreo, resultan ser normas legales tan válidas y eficaces como cualquier otro. En su sentido formal, la ley designa a una norma general creada, de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución, según el cual el Congreso dicta las leyes a iniciativa de los Senadores, Diputados, Presidente de la República, así como de la Corte Suprema y el órgano de gobierno de la región en las materias que le son propias. Asimismo, el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo y en la Asamblea Regional, respectivamente, la facultad de legislar sobre las materias y por el término que especifique la ley autoritativa. Esta facultad altamente innovadora que trae la Constitución Política, responde al nuevo criterio de Estado y de Gobierno unitario, pero a su vez descentralizado, a partir de lo cual, no sólo el Poder Ejecutivo desconcentra y descentraliza ciertas atribuciones y competencias administrativas, sino también que el propio Poder Legislativo puede delegar atribuciones legislativas.

Las leyes, entendidas tanto en su aspecto material como formal, regulan el contenido de las normas reglamentarias y de las normas singulares e individuales que han de ser dictadas por las autoridades administrativas y judiciales, así como también establecen los órganos y procedimientos para la creación de las mismas.

Ahora bien, de acuerdo a la Constitución y sobre todo a la práctica legislativa, las leyes pueden clasificarse por su naturaleza en a) Ley de Bases, es la ley de orden más general, establece los lineamientos normativos sobre un aspecto o materia, pero sin entrar a detalle; en este sentido las especificaciones serán consignadas en otras leyes especiales, por ejemplo la antigua Ley de Bases de la Reforma Agraria; b) Ley General, regula una materia pero de manera general y su implementación se hace mediante reglamentos y actos ejecutivos, por ejemplo la Ley General de Educación; c) Ley Orgánica, es aquella cuya existencia deriva de remisiones constitucionales por ejemplo la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, y; d) Ley Ordinaria, es toda ley que no es

ninguna de las anteriores y que se usa para describir en forma corta y sencilla acerca de un tema específico y limitado. Al respecto, cabe tan sólo señalar que, como quiera que toda ley orgánica es aprobada con la mayoría calificada de los miembros de cada Cámara Legislativa, de acuerdo al Art. 194o. de la Constitución, la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, para regular materias que requieren de ley orgánica, deberá aprobarse con la mayoría legal de los miembros de cada Cámara Legislativa. Cualesquiera de estas leyes, entran en vigencia a partir del décimosexto día de su promulgación y publicación en el Diario Oficial, salvo disposición en contrario, en cuanto al plazo.

De otro lado, la Constitución les otorga rango legislativo a los tratados internacionales que no versen sobre asuntos constitucionales ni traten específicamente asuntos referentes a los derechos humanos, y siempre que hayan sido aprobados y ratificados de acuerdo a derecho; sin embargo, en caso de conflicto normativo entre un tratado y una ley, prevalecerá el primero, de acuerdo al mandato constitucional del artículo 101o. Asimismo, las normas de la Asamblea Regional dictadas al amparo de la delegación de facultades legislativas, tienen también rango legislativo, una vez promulgadas por el Poder Ejecutivo al amparo del artículo 267o. de la Constitución, y, a su vez, en caso de conflicto normativo entre una ley y una norma regional dictada en virtud de la delegación legislativa, debería prevalecer esta última, según lo analizaremos más adelante.

c. Los Decretos y Resoluciones

Si bien no se puede sostener fehacientemente que la jerarquía de las normas administrativas está normada en el Decreto Legislativo No. 217 Ley del Poder Ejecutivo, sí se puede señalar, más bien, que esta recoge de la doctrina y del uso cotidiano, ciertas reglas de jerarquización de dichas normas que emiten las distintas dependencias del Poder Ejecutivo.

Desde este punto de vista, las normas administrativas, se ordenan de la siguiente manera:

- i) Decreto Supremo.- Es la más importante norma administrativa, regula los actos de la administración destinados a organi-

zar y a hacer funcionar los servicios públicos o las actividades de dicha Administración; es firmada por el Presidente de la República y refrendado por uno o más ministros o incluso por el Presidente del Consejo de Ministros, de acuerdo a su naturaleza. En cuanto a su aprobación, puede requerir o no de la aprobación del Consejo de Ministros. Rige desde el día que el propio decreto indique; de no indicarlo, rige desde el día siguiente de su aprobación.

De otro lado, se puede decir, como señala Dale Furnish, que los decretos supremos constituyen normas de carácter general que por su naturaleza deben limitarse a interpretar y aplicar la legislación sin transgredirla, modificarla o desnaturalizarla; pero, se diferencian de la ley, en tanto que si bien por su naturaleza “. . . los decretos tienen que ver con un asunto tan extenso como la legislación, los actos del Ejecutivo tienen que ver medidas transitorias, y condicionadas a las circunstancias que las relativamente perdurables leyes del Congreso” (1973). En este sentido, un típico ejemplo de Decreto Supremo es el Reglamento.

- ii) Resolución Suprema.- No contiene normas ni derechos subjetivos de carácter general, es decir trata un asunto o caso concreto y, a su vez, es específico; todo lo contrario que un Decreto Supremo. Esta Resolución es rubricada por el Presidente de la República y firmada por el Ministro a cuyo sector corresponden, o por Presidente del Consejo de Ministros, según sea su naturaleza; rige desde el día en que es expedida, salvo los casos en que requiera ser modificada o publicada; en estos casos rige desde que tal requisito se cumple. La Resolución Suprema es dictada en Acuerdo Supremo entre el Presidente de la República y el Ministro del sector interesado.
- iii) Resolución Ministerial.- Es aquel dispositivo que sirve indistintamente para dictar normas generales de carácter técnico o para dictar actos administrativos.

La Resolución Ministerial constituye la máxima instancia del proceso administrativo, salvo en los casos que la ley exija Resolución Suprema, y lleva la firma del Ministro.

- iv) Resolución Directoral.- Resuelve conflictos administrativos y laborales, declara sobre derecho obligaciones, peticiones, asimismo, formula, propone y difunde las normas, procedimientos y otros dispositivos técnicos. La Resolución Directoral es promulgada por los directores generales de los Ministerios, Organismos Centrales e Instituciones Públicas.

Además de los decretos y resoluciones existen otros dispositivos legales de menor jerarquía, tales como las resoluciones sub-directorales, zonales, etc., sin embargo, para efectos del estudio sólo nos interesa acercarnos hasta el nivel directoral. Por el mismo criterio, no nos ocuparemos de las circulares, oficios, comunicados oficiales, entre otros.

1.2 Estructura jerárquica del Ordenamiento Jurídico Regional

Las normas componentes del ordenamiento jurídico regional se vinculan directamente con un correspondiente nivel administrativo del Gobierno Regional. De tal manera que, es conveniente señalar en primer lugar, cuáles son los órganos regionales encargados de expedir las normas en cada instancia de gobierno, y en segundo lugar, establecer la jerarquía normativa de las disposiciones regionales.

Tenemos así que, los órganos encargados del gobierno y administración regionales son la Asamblea Regional, la Presidencia del Consejo Regional y el Consejo Regional, a los cuales les compete en materia normativa lo siguiente:

- a) A la Asamblea Regional le corresponde emitir normas de carácter general, mediante la aprobación de acuerdos regionales sobre asuntos de su propia competencia y, acuerdos regionales sobre materias que son objeto de delegación de competencia legislativa.

Los acuerdos regionales son normas regionales de carácter general que tienen fuerza de ley en la región. En consecuencia, tanto los acuerdos regionales expedidos al amparo de la delegación de facultades legislativas, como a mérito de las competencias señaladas en la propia Constitución son normas con plena eficacia y validez en el ámbito de la región, al i-

gual que una ley nacional, debido a la naturaleza legislativa de las mismas. Asimismo, los acuerdos regionales sean en un caso u otro, tienen un rango jerárquico equivalente entre sí.

El inciso 3º del artículo 265º de la Constitución establece que el Poder Ejecutivo puede delegar, competencias administrativas en la Asamblea Regional; al respecto, consideramos inconsistente y engorroso adoptar una postura legislativa que implemente dicho postulado constitucional, en la medida que las atribuciones administrativas del Poder Ejecutivo no sólo son de orden normativo y resolutivo, sino también de gestión de los servicios públicos, todo lo cual escaparía del ámbito de competencia de las acciones y de la naturaleza propia de la Asamblea Regional; lo contrario haría no consistente, y por tanto vulnerable al modelo administrativo y de gobierno de los futuros Gobiernos Regionales. En consecuencia, se debe reservar como exclusiva y única función de la Asamblea Regional el expedir normas generales; ya sea en las materias que son de competencia propia establecida en la Constitución o sobre las materias que son objeto de delegación expresa de competencia legislativa.

- b) En cuanto a la Presidencia del Consejo Regional, le corresponde emitir normas de carácter general y dictar resoluciones sobre los actos administrativos de los órganos del ejecutivo regional. Los “decretos regionales”, en tal sentido, son normas generales que se deben circunscribir por ejemplo, a reglamentar los acuerdos regionales que emita la Asamblea Regional; asimismo, el Presidente del Consejo debe expedir.
- c) Finalmente, como quiera que los Secretarios Regionales son una suerte de Ministros Regionales, conformantes del Consejo Regional, les corresponde ejercer la conducción de uno o más sectores de actividad, y en consecuencia emitir “resoluciones sectoriales”, que son dispositivos técnico-normativos de carácter general que regulen los ámbitos funcionales de sus correspondientes sectores de actividad en la región; así como, resolver en segunda instancia administrativa, los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de las oficinas subregionales de la región, que a su vez resuelva los recursos

de impugnación y reconsideración, en primera instancia administrativa.

En base a este suscinto recuento de los órganos regionales, encargados de dictar normas y emitir resoluciones, se presenta a continuación lo que podría ser el ordenamiento jerárquico exclusivamente de las normas regionales:

- i) **Acuerdos Regionales.**- Estas normas expedidas por la Asamblea Regional ocupan el primer rango normativo en la región. Es decir que, tanto los acuerdos regionales ordinarios expedidos en ejercicio de competencias, propias, como los extraordinarios expedidos por delegación legislativa expresa, tienen el mismo rango normativo en sus efectos y validez, al igual que una ley de bases frente a una ley orgánica o general; sin embargo, cabría señalar que el acuerdo regional originado en la delegación de facultades legislativas, debería aprobarse con el voto de más de la mitad del número legal de representantes de la Asamblea Regional, en tanto que el acuerdo regional ordinario, se debería aprobar con la mayoría simple de la Asamblea.

En cuanto al objeto sobre el cual se normaría a los acuerdos regionales extraordinarios les debería corresponder la aprobación de las operaciones de crédito externo, la creación, modificación y exoneración de tributos, la creación de empresas e instituciones públicas, entre otras, previa delegación expresa de facultades legislativas; en tanto que a los acuerdos regionales ordinarios, les debería corresponder normar aspectos regulares tales como la aprobación del Plan Regional de Desarrollo, del Presupuesto Regional, del Programa Regional de Inversiones, de las operaciones de crédito interno y ejercer el derecho de iniciativa legislativa ante el Congreso entre otros.

Ahora bien, la entrada en vigencia de los acuerdos regionales, según establece la Constitución, se encuentra bajo exclusiva responsabilidad y competencia del Poder Ejecutivo, es decir del Presidente de la República y el Consejo de Ministros los mismos que deberían promulgar y mandar publicar o vetar, dichas normas, en un plazo no mayor de 15 días; y si no lo hiciesen dentro del plazo estipulado, le debería

corresponder a la Asamblea Regional promulgar y publicar dichos acuerdos regionales. La obligatoriedad de las mismas, en un caso u otro, debería establecerse, al igual que las leyes, a partir del décimo sexto día ulterior a la publicación en los medios de difusión oficial, salvo en cuanto al plazo, disposición contraria de los propios acuerdos regionales.

- ii) Decretos Regionales.- Estas normas de carácter general son expedidas por la Presidencia del Consejo Regional y se subordinan a los acuerdos regionales. En consecuencia, deben interpretar, aplicar y reglamentar los acuerdos regionales, sin transgredirlos ni desnaturalizarlos.

Como hemos señalado, la expedición de los decretos regionales, por parte del presidente del Consejo Regional, se hace con el voto aprobatorio del Consejo Regional, cuando la materia que se trata es de carácter multisectorial, o con el acuerdo tan sólo de un Secretario Regional, cuando el asunto a normar compete exclusivamente a su sector o sectores de actividad. Estos decretos regionales entrarían en vigencia a partir del día siguiente a su promulgación y publicación.

Dichos Decretos regionales con el voto aprobatorio del Consejo Regional o, si fuese un caso particular, en acuerdo con el Secretario Regional interesado. De otro lado, expide “resoluciones regionales” para resolver en última instancia administrativa, los recursos de revisión interpuesta contra los actos administrativos de las dependencias del órgano ejecutivo regional.

- iii) Resoluciones Regionales.- Estas normas expedidas por la Presidencia del Consejo Regional, resuelven en última instancia de la vía administrativa, los asuntos de carácter particular; así como declaran derechos subjetivos singulares. Así tenemos que, con la resolución regional se resuelven los recursos de revisión interpuestos contra las resoluciones secretariales, con lo cual se agota la vía administrativa, pero queda expedita la acción judicial ante el Fuero Común, salvo que la ley establezca que le corresponde resolver en última instancia a un órgano nacional competente en la materia: asimismo, se resuelven en última instancia adminis-

trativa, las impugnaciones que se efectúen contra los actos emanados de los Concejos Provinciales, Municipales o del Alcalde Provincial; luego de agotada la vía administrativa procede la correspondiente acción judicial. Por último, mediante resolución regional, el Presidente del Consejo Regional podrá nombrar y remover a los funcionarios del órgano ejecutivo del Gobierno Regional; con excepción de los Secretarios Regionales integrantes del Consejo Regional, quienes son elegidos y por tanto removidos por la propia Asamblea. Con la sola aprobación del Presidente del Consejo y su correspondiente notificación o publicación, dichas resoluciones entrarían en vigencia.

- iv) Decretos Secretariales.- Son las normas de carácter general expedidas por un secretario Regional, a fin de regular el funcionamiento de su Sector o Sectores de actividad, que están bajo su responsabilidad administrativa. Estas disposiciones técnico-normativas se ciñen a la orientación política y normativa del Gobierno Regional y se concuerdan con la política y legislación nacionales sobre la materia. Estos decretos secretariales deben ser expedidos por el respectivo Secretario Regional.
- v) Resoluciones Secretariales.- Estas normas de carácter particular expedidas por los Secretarios Regionales resuelven los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones subregionales; los cuales, a su vez, resuelven los recursos de impugnación y reconsideración que se interpongan contra los actos administrativos de los órganos ejecutivos del Gobierno Regional, cuando desconocen o disminuyen algún derecho de las entidades administrativas o el interés legítimo de las personas.
La vigencia de estas resoluciones secretariales se refuta a partir de que se notifica al interesado.

2. Adecuación de las Normas Nacionales y Regionales

Las normas tanto nacionales como regionales hasta ahora señaladas, requieren de una adecuación y armonización, no tan sólo a nivel de los contenidos normativos, sino también entre los órganos competentes de expedirlas.

Si bien la gradación de la normas resulta de los criterios de distribución de competencias entre el Gobierno Central y los Gobiernos Regionales, éstos no resuelven a plenitud los conflictos de competencia normativa que se dan en la práctica. Es por ello que existen ciertos principios de supraordinación que ordenan y jerarquizan las normas nacionales y regionales, sistematizando el ordenamiento jurídico estatal. No obstante, en caso de conflicto de dos normas de igual jerarquía del nivel Central y Regional, debería existir además de las garantías constitucionales de inconstitucionalidad y acción popular, otra a fin de resolver dichos impases, de acuerdos con la naturaleza descentralizada del Gobierno y el establecimiento a futuro de los Gobiernos Regionales.

En consecuencia, podemos establecer tres formas de adecuación de la normatividad regional con la nacional:

–Por la simple concordancia de las normas de carácter regional con las del nivel nacional.

–Por la aplicación de los principios de supra y subordinación legislativas, así como de los principios generales del derecho, en caso de conflictos normativos, y

–Por la interposición, ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Poder Judicial, de las acciones en principio de inconstitucionalidad y popular respectivamente, en los casos que normas regionales infringan la Constitución y las leyes, según analizaremos más adelante.

2.1 Jerarquía de las Normas Nacionales y Regionales

Aún cuando existen ciertos dispositivos constitucionales que regulan la prevalencia de unas normas sobre otras (art. 87º; 101º, 105º, 106º y 236º) la Constitución no ha establecido todavía un sistema normativo que jerarquice el ordenamiento jurídico nacional, según el tipo de normas; sin embargo, se infiere de los principios y doctrina del derecho, así como de las normas constitucionales la siguiente jerarquía:

a) Normas Constitucionales.— Aquí se ubican la Constitución

Política, las leyes que reforman la Constitución de acuerdo al procedimiento especial establecido en el Art. 306º de la misma, y los preceptos contenidos en los tratados internacionales relativos a derechos humanos, según lo establecido el Art. 105º de la Constitución.

- b) **Legislación Internacional.**— En este nivel se encuentran los tratados internacionales, que al igual que los que norman derechos humanos forman parte del derecho nacional, según lo señala el art. 101º de la Constitución. Pero a diferencia de las normas del nivel constitucional estos tratados sí se subordinan entre sí, en razón a la naturaleza o contenido de los mismos, así tenemos:
 - i) **Tratados de Integración Latinoamericana.**— Estos convenios colectivos o bilaterales con los estados latinoamericanos, prevalecen sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes, con excepción de los tratados sobre derechos humanos.
 - ii) **Tratados Ordinarios.**— Son los acuerdos o convenios internacionales de carácter común que regulan el normal desenvolvimiento de las relaciones y políticas internacionales de los países. Estos tratados, de acuerdo al Art. 101º de la Constitución, prevalecen frente a la ley.
- c) **Legislación Nacional.**— En este nivel no cabe hacer distinción alguno, con respecto a la subordinación parcial o relativa de un tipo de Ley sobre otro; debido a que en este rango se ubican todas las disposiciones legislativas, formalmente hablando, que expidan tanto el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo.

En consecuencia, tenemos las leyes generales, de base, orgánicas y ordinarias que expide el Congreso, al amparo del inciso 1º del Art. 186º de la Constitución, y los decretos legislativos que emita el Poder Ejecutivo, previa delegación de facultades del Congreso según el Art. 188º del texto constitucional. Si bien dentro de la doctrina del ordenamiento jurídico positivo no se contempla los decretos leyes por obvias razones, no se puede soslayar la importancia de los

mismos en nuestro actual mundo del derecho. Razón por la cual, y aún cuando al Congreso no los haya incorporado expresamente en nuestro sistema legislativo, consideramos importante y necesario contemplarlos dentro del nivel legislativo de nuestro ordenamiento jurídico, con los mismos atributos y requisitos de modificación o derogación que la ley común.

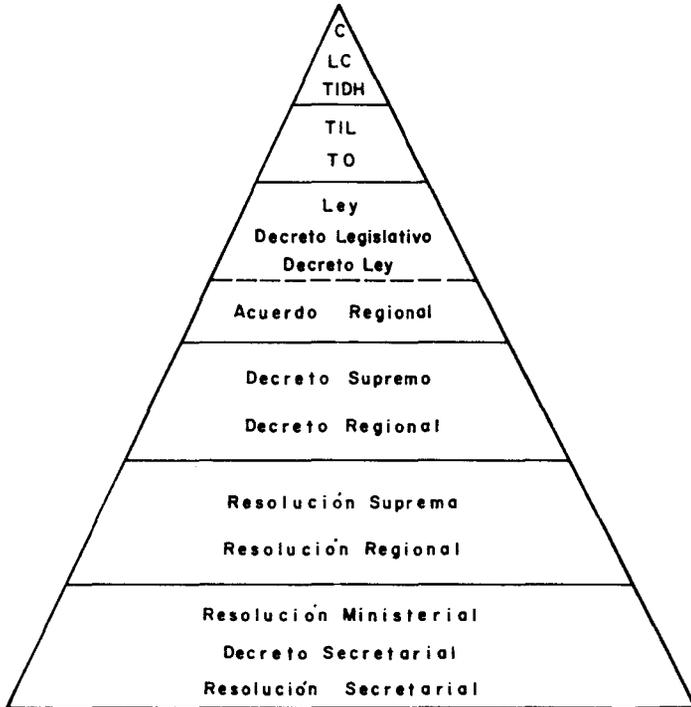
- d) **Legislación Regional.**— En este nivel debe considerarse a los acuerdos regionales extraordinarios y ordinarios expedidos por la Asamblea Regional y promulgados por el Poder Ejecutivo. Estos acuerdos extraordinarios y ordinarios, dada su naturaleza legislativa formal y material, respectivamente, tienen fuerza de ley en la región.

Si bien la Asamblea Regional aprueba acuerdos regionales extraordinarios, a mérito de la delegación de facultades legislativas del Congreso, y acuerdos regionales, por ejercicio de sus propias competencias, esto no significa que los acuerdos se jerarquicen entre sí, subordinándose uno al otro; por cuanto, la naturaleza, validez y eficacia de dichas normas, son similares entre sí, en la región aún cuando no por su origen; lo cual, a efectos de la jerarquía de normas, no invalida la tesis que: todos los acuerdos regionales deban tener el mismo rango jerárquico.

- e) **Normas Administrativas.**— Entre las normas administrativas deberá existir una sub-jerarquización de los decretos y resoluciones que emitan los órganos ejecutivos de los Gobiernos Nacional y Regional, respectivamente, los mismos que tendrían el siguiente orden:
 - i) **Decretos Supremos y Regionales:** Aquí se ubican, en primer lugar los Decretos Supremos y, en segundo lugar, los Decretos Regionales que son normas de carácter general, que regulan los actos de la administración, destinados a organizar y a hacer funcionar los servicios públicos o las actividades de la administración a nivel Nacional y Regional respectivamente.

Cuadro No 1

ORDENAMIENTO NORMATIVO CONSTITUCIONAL



NOTA... C= Constitución

LC = Leyes Constitucionales

TIDH = Tratado Internacional sobre Derechos Humanos

TIL = Tratado de Integración Latinoamericana

TO = Tratado Ordinario

- ii) Resoluciones Supremas y Regionales.— Aquí tenemos, primero, a la Resolución Suprema y, luego, a la Resolución Regional, que son normas que resuelven asuntos de carácter particular y declaran derechos subjetivos singulares a nivel Nacional y Regional, respectivamente.
- iii) Resoluciones Ministeriales y Secretariales y Decretos Secretariales.— En este nivel tenemos, en primer lugar, a las Resoluciones Ministeriales que en un caso son normas generales de carácter técnico, y en otro resuelven asuntos de carácter particular a nivel nacional, y, en segundo lugar, a los Decretos y Resoluciones Secretariales que son disposiciones técnico-normativas de carácter general y normas de carácter particular que resuelven sobre derechos subjetivos, respectivamente, a nivel regional.

Hasta aquí, se ha presentado la jerarquía de las normas, tanto nacionales como regionales, dentro de un sólo ordenamiento jurídico estatal. Esto implica, unas veces concordar el ordenamiento normativo regional con el central, y otras veces jerarquizarlos, como es el que hemos presentado. Sin embargo, no siempre el esfuerzo de coherencia y correspondencia normativa van a estar exentos de generar conflictos normativos al interior de algunos de sus niveles. En estos casos, la sola jerarquización de normas no basta para determinar fehacientemente, qué norma es la válida o aplicable y cuál no, sino que se debe apelar a los principios de resolución de conflictos normativos.

2.2 Principios de Resolución de Conflictos Normativos

La sistemática jurídica exige la consistencia y racionalidad de los dispositivos normativos de un sistema legislativo. Si bien la legislación nacional no contempla orgánicamente normas, a partir de las cuales se pueden resolver los conflictos normativos que se presenten en el acontecer normativo diario, la doctrina sí ha desarrollado principios y reglas de carácter general, conducentes a superar contradicciones internas en un ordenamiento normativo. Esto no significa que dichos principios y reglas de supra-ordinación y subordinación sean la “piedra de toque” que resolverá todos los conflictos normativos que se presenten con la expedición de normas por parte de los Gobiernos Regionales, por cuanto,

dada las características peculiares de la organización, funciones y competencias de estos, establecidas en la Constitución, se requiere: adecuar, reformular y establecer nuevos principios y reglas, si fuera el caso, para resolver los conflictos normativos y jerarquizar el ordenamiento normativo estatal.

Ahora bien, los principios y reglas de supra-ordinación y subordinación señalan, en caso de conflicto de normas, cuál es la norma que prima en el ordenamiento normativo y, por tanto, cuál es de aplicación; sin embargo, el conflicto normativo no será solamente el que se presente entre las disposiciones normativas de rango diferente, es decir, entre la legislación nacional y la legislación regional por ejemplo, sino también los conflictos que se den entre normas de un mismo rango, pero de distinto nivel; por ejemplo, entre normas de carácter general, como los decretos supremos, y decretos regionales, que son de nivel nacional y regional, respectivamente.

La propia Constitución ha establecido algunos principios y reglas de supra y subordinación, así como acciones constitucionales específicas para garantizar el derecho objetivo de las normas. Sobre el particular, cabe distinguir que en tanto los principios de supraordinación ordenan y disponen un conjunto de preceptos referentes a la organización normativa, las reglas de subordinación clasifican a las normas, a partir de los principios de supraordinación, como inferiores en orden o respecto a otras.

A continuación plantearemos los principios de supraordinación que se adecúan al nuevo ordenamiento normativo estatal, así como las reglas de subordinación que se derivan de dichos principios:

a) Constitucionalidad.— Este principio supra-ordinador, está contemplado en el artículo 87^o de la Constitución, de la manera siguiente: “La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. . .”. Al respecto, cabe señalar que este artículo que consagra el principio de constitucionalidad, abarca no sólo a las normas consagradas en la propia Constitución, sino también a las normas sobre derechos humanos contemplados en los tratados internacionales ratificados por el Perú; asimismo, contempla a las leyes constitucionales que reforman la Constitución, de acuerdo con el pro-

cedimiento especial contemplado en la misma Carta Política. Esto significa que cualquier dispositivo del ordenamiento normativo estatal siempre se subordina a las normas constitucionales.

En consecuencia se colige que, en caso que cualquiera otra norma, posterior o anterior, se oponga de alguna manera, por el fondo o la forma a la norma constitucional, se aplicará la norma constitucional sobre ella.

Esto implica que la Constitución le reconoce validez a la norma anticonstitucional en cuestión, hasta el momento en que sea dejada sin efecto por el organismo competente. Según esto, la norma legislativa que contenga algún vicio de inconstitucionalidad, podrá ser derogada por el Tribunal de Garantías Constitucionales, de acuerdo a lo establecido en los artículos 301^o y 302^o de la Constitución, tal como analizaremos en el siguiente acápite.

A partir del principio de supraordinación según el cual la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal (art. 87^o), el propio texto establece en su artículo 236^o la regla de subordinación o preferencia constitucional, cuando hay incompatibilidad entre una norma legal y otra constitucional; de tal modo que este dispositivo le ha otorgado rango de norma constitucional al artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil 1936 que señala: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”. Asimismo, el mencionado artículo 236^o establece como regla de subordinación que en caso de incompatibilidad entre una norma legal y cualquier otra norma subalterna, se prefiere la primera.

De otro lado, la Constitución ha consagrado en los artículos 295^o y 298^o las acciones constitucionales correspondientes, a fin de cautelar la vigencia del ordenamiento normativo. Así tenemos que, el artículo 295^o señala que hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expidan el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y Locales y demás personas de derecho público. En cuanto al artículo 298^o, este introduce una nueva acción, denominada acción de inconstitucionalidad, cuando alguna

ley, decreto legislativo, norma regional de carácter general u ordenanzas municipales contravengan la Constitución por la forma o por el fondo.

b) Legalidad.— Este principio supra-ordinador abarca no sólo a las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos y los decretos leyes, sino también a los acuerdos regionales ordinarios y extraordinarios y a los tratados internacionales, siempre que no versen sobre derechos humanos, en razón a que son normas con rango de ley, según señalamos oportunamente.

Nuestro derecho positivo contempla el principio de legalidad, en la segunda parte del artículo 87^o de la Constitución, que dice a la letra: “La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La Ley sobre toda otra norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica”. En consecuencia las normas de nivel inferior (decretos supremos o regionales, resoluciones supremas o regionales, resoluciones ministeriales y secretariales, así como decretos secretariales) se subordinan a la Ley (ley, decreto legislativo, decreto ley, acuerdos regionales extraordinarios y ordinarios).

Si bien el principio de legalidad es válido para ordenar los dispositivos legales en relación a las demás normas de nuestro ordenamiento normativo nacional, las normas con rango de ley también deben ordenarse entre sí, de acuerdo a ciertas reglas y pautas estatuidas en nuestro derecho positivo y otras recogidas de la doctrina jurídica.

Al respecto, todas las normas con rango de ley se rigen, entre sí, por las siguientes reglas:

- i) Una norma legal es válida hasta que otra norma de su mismo o superior nivel la modifique o derogue, salvo que su propio texto establezca plazo de validez. Esta regla se colige del mandato del artículo I del Título Preliminar del Código Civil de 1936, que señala lo siguiente: “Ninguna ley se deroga sino por otra ley”.
- ii) La norma legal posterior deroga a la anterior: en consecuencia si dos leyes del mismo nivel contienen mandatos contra-

dictorios o diferentes, primará la ley posterior. Como en el caso anterior, esta regla se infiere del artículo I del Título Preliminar del Código Civil de 1936.

- iii) La norma legal especial prima sobre la general. Cuando entre una ley especial y una general existan disposiciones contradictorias o alternativas, se aplicará la ley especial para el caso concreto. En consecuencia, si bien la ley general rige y es válida para un ámbito o espectro mayor de posibilidades, la ley especial también lo es, pero para un ámbito más restringido y particular; por lo que, esta última prevalecerá en caso de conflicto.

Aún cuando esta regla no está contemplada en nuestro derecho positivo, deviene, de la costumbre jurídica y de su incorporación a la doctrina jurídica, como una de las reglas o principios generales del derecho; de modo tal que, el carácter principal de estas reglas no descansa en la autoridad del Estado, sino que tiene su fundamento en la comunidad entera.

- iv) Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente. Este mandato ha sido recogido en el artículo 187^o de la Constitución.
- v) La ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo, en cuanto al plazo, disposición contraria de la misma ley. Dado que, la publicidad es esencial para dar validez a la ley y, como quiera que, el alcance de los medios de comunicación oficiales son limitados, se ha extendido la entrada en vigencia de la ley, de el día siguiente de su publicación al décimo sexto día ulterior a su publicación; lo cual ha sido contemplado en el artículo 195^o de la Constitución Política.

Si bien el principio de legalidad y las reglas que ordenan a las normas con rango de ley entre sí, dan las pautas de ordinación y subordinación de las normas legales propiamente dichas, existe la acción popular ante el Poder Judicial por infracción de la ley contra los reglamentos, normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Eje-

cutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público.

c) Autonomía Normativa Relativa.— Este principio supraordinador surge de la necesidad de reformular y adecuar los principios y reglas de supra y subordinación clásicos, que norman el ordenamiento normativo estatal, en función de la hipótesis jurídica que plantea el futuro ordenamiento normativo, nacional y regional, anteriormente descrito. No nos limitamos a declarar como supuesto válido el ordenamiento normativo estatal trabajado, sino que, por el contrario dicho esquema normativo estatal se ha construido a partir de un análisis orgánico y sistemático del texto constitucional. Es así que, este nuevo ordenamiento normativo afirma su validez en las disposiciones constitucionales.

En consecuencia, es en base al nuevo ordenamiento normativo estatal que, consideramos necesario plantear como otro principio supraordinador: la Autonomía Normativa Relativa. Este principio tendría su origen próximo, en la regla según la cual, la ley especial prima sobre la ley general; sin embargo, cabe recordar que esta regla del principio de legalidad, tiene un supuesto de naturaleza exclusiva y excluyente; en cuanto que presupone un sólo ordenamiento normativo (el Nacional) y no admite a ningún otro. Pero, en tanto que el ordenamiento nacional como el regional regirán coordinadamente, en un caso, (ordenamiento nacional y regional), o se conjugarán en uno sólo, en otro caso (ordenamiento normativo estatal), se rompe con el supuesto único del ordenamiento nacional y, en consecuencia, con la perspectiva única de analizar a las normas, que dicho ordenamiento comprende, de manera jerárquica y exclusiva.

En tal entendido, podemos afirmar que, el principio supraordinador de Autonomía Normativa Relativa, parte de una perspectiva de análisis horizontal de las normas del futuro ordenamiento normativo estatal. De tal forma que, podemos formular dicho principio de la manera siguiente: las normas regionales prevalecen sobre las normas nacionales, en su ámbito regional y en su respectivo nivel jerárquico.

Este principio, asimismo, presenta una serie de matices que configuran la llamada autonomía normativa relativa. De modo que, si tomamos las dos hipótesis del conflicto normativo, po-

dremos aplicar el principio de la autonomía relativa de la siguiente forma:

Hipótesis A

Se parte del supuesto que el ordenamiento normativo nacional y regional, se coordinan coherentemente. Es decir, cada gobierno respeta su ámbito de competencias normativas, uno la normatividad de nivel nacional y el otro la normatividad de nivel regional; sin embargo, se presenta conflicto normativo entre una norma regional y otra nacional del mismo nivel.

Por ejemplo, el Congreso dicta la Ley de Bases de Regionalización, la cual, como ley de ámbito nacional, regula la naturaleza, fines, organización, atribuciones, competencias, recursos y relaciones de los Gobiernos Regionales. De otro lado, las leyes orgánicas de los Ministerios no se adecúan intensamente al mandato de dicha Ley de Bases. No obstante esto, el Gobierno Regional "X" dicta un acuerdo regional, mediante el cual se norma la exploración y explotación petrolera en la región, al amparo de las competencias señaladas en la Ley de Bases, y como quiera que la normatividad ministerial sobre la materia aún estaría en vigencia, habría conflicto con el mencionado acuerdo regional.

Otro ejemplo, el Congreso dicta la Ley General del Tributo en la cual autoriza a los Gobiernos Regionales con frontera internacional a cobrar, anualmente y hasta por 10 años, entre el 10^o/o y 50^o/o del Valor del Patrimonio Predial Empresarial a las empresas productoras de bienes no esenciales, al amparo del inciso 5^o del artículo 262^o de la Constitución. Por otro lado, el Gobierno Regional con frontera internacional dicta "complementariamente" un acuerdo regional, mediante el cual establece un 5^o/o del arancel por la distribución y/o acopio en la región, de los productos no esenciales elaborados en la Región.

Para cualquiera de estos dos casos existen dos canales potencialmente sucesivos de resolución del conflicto:

- i El veto del Poder Ejecutivo, establecido en el artículo 267^o de la Constitución. Este veto sólo podrá ampararse en los

principios de constitucionalidad, legalidad, la ley delegatoria de facultades legislativas expresas y las demás condiciones que señala el artículo 266^o de la Constitución. Sin embargo, si el Ejecutivo no vetase la norma regional, queda aún la segunda vía.

- ii) La interposición de los recursos de acción de inconstitucionalidad y, si fuese el caso, popular.

En consecuencia, para el primer ejemplo, partimos del principio de unidad del Ordenamiento Jurídico Estatal para señalar que, si bien el acuerdo regional se encuentra arreglado a ley, no basta la Ley de Bases para reconocer su validez jurídica, sino que se requiere, otra ley complementaria que reglamente el proceso de transferencia de funciones de los Ministerios a los Gobiernos Regionales, a fin de que se de un coherente ejercicio normativo a nivel nacional y regional en materia de hidrocarburos. De lo contrario, podrían crearse islas normativas, en detrimento del principio base unidad de gobierno.

Asimismo, en el segundo ejemplo, normar sobre materia tributaria corresponde, en principio, al Gobierno Central y éste es un caso de esos. Porque le corresponde, al Gobierno Central ordenar la recaudación tributaria a nivel nacional, según los principios tributarios de uniformidad, justicia, legalidad y economía en la recaudación, entre otros, establecido en la Constitución y el Código Tributario.

Con estos ejemplos, se demuestra que cuando exista coherencia de ámbitos normativos entre el Gobierno Regional y el Gobierno Nacional, siempre se supeditará la norma regional a la norma nacional. De esta manera, se garantizaría el principio de unidad y descentralización del Gobierno Nacional y se armonizaría el ordenamiento normativo estatal.

Hipótesis B

Se parte del supuesto que exista yuxtaposición de normas regionales y nacionales, en razón a que ambos gobiernos trasgreden sus respectivos ámbitos de competencia funcional. Al respecto, tenemos dos posibles entradas al problema:

Que la norma nacional sea la que trasgreda la autonomía normativa del Gobierno Regional. Para este caso, tenemos el ejemplo del Presupuesto.

El Congreso aprueba el Presupuesto Nacional (inc. 4 del art. 186), el Gobierno Regional aprueba y se rige por su propio Presupuesto (art. 138º y art. 265º, inc. 5). Pongamos que la Ley del Presupuesto Nacional establece como una de sus fuentes de financiamiento interno, los ingresos provenientes de la renta que produce la explotación de los recursos naturales; además se dicta un Decreto Supremo que regula el cobro del llamado “canon”. Como quiera que este concepto es fuente de ingreso regional (inc. 8º del art. 262º) la Asamblea Regional consigna el llamado “canon”, en el acuerdo regional que aprueba el Presupuesto Regional y, a su vez, la Presidencia del Consejo Regional dicta un Decreto Regional que reglamenta la aplicación del “canon”.

En este caso el Gobierno Nacional ha infringido el principio de constitucionalidad; por lo cual, cabría interponer, en primer lugar, la acción de constitucionalidad. Sin embargo, también podría ser de aplicación la acción popular contra el Decreto Supremo o Decreto Regional por infracción de la ley y la Constitución. Pero, no es del caso aplicar uno ni otro, por cuanto esos principios y acciones responden a un orden normativo jerárquico pre-establecido distinto al que trae y sugiere la propia Constitución, en el entendido que esta parte de otro supuesto base, la coordinación de las normas y de los ordenamientos normativos nacional y regional.

No obstante eso, la Constitución y el principio de constitucionalidad sigue siendo el primero de los principios, pero esto, no significa que contra cualquier ilegalidad que afecta tanto el derecho objetivo como el derecho subjetivo, se recurra a la acción de inconstitucionalidad, sino que hay que establecer los principios y acciones propias para cada caso.

Es así, que para el caso del “canon” consideramos necesario señalar que no es, tampoco, el principio de legalidad el que mejor expresa lo señalado, sino el principio de autonomía normativa que postulamos: En el entendido que da un perfil propio al derecho normativo del Gobierno Regional.

Asimismo, sobre la base de este nuevo principio se puede establecer una acción constitucional de autonomía que garantice el derecho de autonomía normativa, como veremos más adelante. De este modo, se estaría salvaguardando la autonomía normativa relativa del Gobierno Regional en la expedición, no sólo de los acuerdos regionales ordinarios y extraordinarios, sino también de las normas y disposiciones administrativas, frente a las mismas que emita el Gobierno Nacional.

De otro lado cabe señalar que dicha prevalencia regional, se da sólo ante otra norma nacional de su mismo nivel o rango jerárquico; por ejemplo, entre un Decreto Supremo y un Decreto Regional. De modo tal que, nunca podrá plantearse el caso de que una norma nacional de rango superior se subordine a una norma regional de rango inferior o viceversa.

Que la norma regional sea la que trasgrede el ámbito o las materias de competencia del Gobierno Nacional. Frente a este supuesto cabe al Poder Ejecutivo accionar, a su vez, dos canales para resolver el conflicto:

Que, el Poder Ejecutivo en vez de promulgar y mandar publicar un acuerdo regional lo vete con arreglo a lo dispuesto en el art. 267 de la Constitución, siempre y cuando, dicho acuerdo trasgreda las disposiciones contenidas en el artículo 246º de la Constitución, es decir que no se subordine a la legislación nacional, altere el carácter unitario de la República el ordenamiento jurídico del Estado, se oponga al interés nacional o al de otras regiones.

Cabe aclarar que, la legislación nacional a la cual debe subordinarse las normas regionales, son las que expida el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo, en las materias y ámbitos que les sean propios de normar en el marco del nuevo modelo de gobierno unitario y descentralizado, tal como ya lo hemos tratado en el capítulo anterior. Asimismo, el Poder Ejecutivo podrá vetar dicho acuerdo regional; siempre que la Región rebase las facultades legislativas delegadas por el Congreso; las cuales se consignan en la ley habilitante del Congreso, que debe establecer, básicamente, la materia y el plazo a normar.

Así el Congreso expide una ley de delegación de facultades legislativas para regular el tráfico comercial y el tránsito migratorio y el Gobierno Regional aprueba un acuerdo regional que norma la materia, pero se reserva el derecho a autorizar el cierre del tráfico comercial y el tránsito de personas.

El Poder Ejecutivo, puede ejercer su derecho de veto; por cuanto, excede las facultades señaladas en la ley habilitante, con lo cual se garantizaría el principio de unidad de Estado y se armonizará el ordenamiento normativo nacional y regional.

Si el acuerdo regional violatorio de la Constitución o la ley no fuese vetado por el Poder Ejecutivo, cabe la interposición de esta segunda vía que, cautela los preceptos que se hayan violado, con la promulgación y publicación de dicha norma.

Este nuevo canal es la interposición de un recurso de acción popular o una acción de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 195º y 298º de la Constitución, respectivamente. De forma tal que, sin perjuicio del principio de autonomía normativa de la Región, se cautele los principios de constitucionalidad, legalidad y los requisitos normativos establecidos en el artículo 266º de la Constitución. Sin embargo resulta operativo, que el Congreso dicte una ley abrigando dicho acuerdo regional, siempre que contravenga (en el ejemplo que hemos puesto) la ley habilitante de facultades legislativas; en la medida que mientras se plantea y resuelve la acción de inconstitucionalidad, puede tener un alto costo político el mantener cerrada una frontera política.

De esta manera, hemos presentado los casos en los cuales la norma regional prevalece sobre la norma nacional del mismo nivel y los casos en que la norma regional será vetada por el Poder Ejecutivo o, declarado inaplicable o derogada por el Tribunal competente.

En consecuencia, el principio de la autonomía normativa no es pleno, sino relativo; lo cual, por otro lado, responde al modelo orgánico de **gobierno** consagrado en la Constitución de 1979, que

a nuestro entender rompe, a su vez, con el principio supraordinador clásico de la prevalencia de la norma que expidió el órgano de mayor jerarquía.

Por último, incorporar el principio de autonomía relativa, como un nuevo principio de supra y subordinación implica ordenar a los otros principios, de acuerdo a la siguiente priorización:

1. Constitucionalidad
2. Autonomía Normativa Relativa
3. Legalidad
4. Competencia

Donde el primero y el tercer principio responden a la necesidad de jerarquía de todo orden normativo y, el segundo y el cuarto principio responden a los requerimientos de un sistema coordinado de los órdenes normativos nacional y regional, pero al interior del Ordenamiento Jurídico Nacional.

Competencia y Jerarquía del Órgano.— Entre sí los decretos y resoluciones del nivel nacional y regional, respectivamente, se supra-ordinan, a base de los principios de competencia y jerarquía del órgano que expide la norma administrativa, además de los principios de constitucionalidad y legalidad.

En caso de conflicto de normas administrativas del nivel nacional y regional, es de aplicación, además del principio de autonomía normativa relativa, el principio de competencia, que no es sino una derivación de los principios de constitucionalidad y legalidad: en tanto que dichas disposiciones normativas contemplan competencias y funciones para cada nivel de gobierno. Este principio establece que la norma administrativa válida, es aquella que ha expedido la autoridad facultada para hacerlo.

A base de este principio de competencia es que se puede aplicar el principio supra-ordinador de jerarquía del órgano, pero sólo para el caso de un conflicto de normas entre entidades de un mismo nivel de gobierno.

El principio de competencia del órgano establece que prevalece la norma expedida por la autoridad y órgano superior sobre la norma emitida por el órgano o funcionario superior.

Según Rubio y Bernaldes (1981) existen otras reglas que rigen a estas normas administrativas, tales como:

- i) Salvo que la disposición señale lo contrario su validez es permanente.
- ii) Una disposición sólo puede ser modificada o derogada por otra de igual rango.
- iii) La disposición posterior del mismo rango, prima sobre la disposición anterior.
- iv) Estos dispositivos entran en vigencia desde el día siguiente a su publicación, salvo que se establezca lo contrario.
- v) La disposición especial del mismo rango prima sobre la general y cualquiera de ellas sobre la disposición particular.

Sobre esto último, es del caso señalar que la disposición especial no es la resolutive, sino que es aquella que aplicándose a grupos específicos, tienen carácter de normas generales y, por tanto, ingresan dentro de la legislación, por ser parte de la función normativa del Poder Ejecutivo.

3. Acciones Constitucionales

Los derechos, principios y demás normas sobre organización, atribuciones y competencias de los organismos del Estado, consagrados en la Constitución, se encuentran garantizados en su ejecución o reconocimiento, mediante la interposición de una serie de acciones constitucionales, tales como la acción de habeas corpus, acción de amparo, acción popular y la novísima acción de inconstitucionalidad, ante el Poder Judicial las tres primeras y ante el recién creado Tribunal de Garantías Constitucionales la última.

A partir de estos tres elementos: a) derechos, principios y normas de organización y funciones del Estado, b) acciones de habeas corpus, popular, de inconstitucionalidad y de amparo, y, c) Poder Judicial y Tribunal de Garantías Constitucionales, "podría señalarse que, por justicia constitucional debe entenderse el estudio (de la protección) de los aspectos sustantivos atingentes

a los valores que encierra el texto constitucional, y reservar el término jurisdicción constitucional al procedimiento que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución” (García Belaúnde, 1978).

Nuestra Constitución de 1979, si bien ingresa a la moderna corriente de la justicia y jurisdicción constitucional no abarca en su integridad a todos los valores constitucionales; por cuanto, se limita a proteger los derechos fundamentales (individuales y sociales) de la persona humana, así como a garantizar el respeto y/o vigencia de la constitucionalidad y legalidad de las normas (legislativas con rango de ley y administrativas) tanto de los Poderes Legislativo y Ejecutivo como de los Gobiernos Regionales y Locales, y de las personas de derecho público.

No obstante ello, la Constitución no asegura la protección de otros principios y valores constitucionales tales como: la resolución de los conflictos de atribuciones entre los poderes y organismos autónomos del Estado y los litigios entre los organismos de Gobierno del Estado (Gobierno Regional versus Gobierno Nacional y/o Gobierno Local).

Tan es así que la jurisdicción constitucional peruana abarca actualmente lo siguiente:

1. Acción de Habeas Corpus, para garantizar la libertad individual vulnerada o amenazada por cualquier autoridad, funcionario o persona (Artículo 295º).
2. Acción de Amparo para cautelar los demás derechos reconocidos en la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona (artículo 295º).
3. Acción Popular, para garantizar la constitucionalidad o legalidad de los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y locales y demás personas de derecho público (artículo 295º).
4. Acción de Inconstitucionalidad, para cautelar por el fondo o la forma de Supremacía constitucional de las leyes, decretos

legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales (inciso 1º del artículo 298º).

Por ello señalamos que, la Constitución no contempla jurisdicción para los conflictos entre los Poderes y organismos autónomos del Estado; así como, los litigios entre los Gobiernos Nacional, Regional y Local, respectivamente. En consecuencia, tampoco ha establecido las acciones constitucionales pertinentes que garanticen su respeto; lo cual otorgaría mayores seguridades a la vigencia al nuevo ordenamiento normativo estatal y a los ordenamientos jurídico-administrativos tanto de los Gobiernos Nacional como Regional.

A efectos del tema nos interesa plantear, la denominada “acción de autonomía” que cautelaría el ámbito de los valores constitucionales que la Constitución no garantiza actualmente,

Acción de Autonomía

Planteamos reformar la Constitución, introduciendo una nueva acción constitucional: la Acción de Autonomía. Esta acción se origina en el análisis, a futuro, del propio texto constitucional y de la insuficiencia de las acciones constitucionales establecidas en la Constitución (habeas corpus, amparo, acción popular y de inconstitucionalidad) para garantizar, a través de los órganos jurisdiccionales judicial y constitucional, los nuevos valores constitucionales, en materia, sobretudo, de organización y funciones del Estado (creación de los Gobiernos Regional) así como de las relaciones entre los mismos (alcance de la autonomía normativa regional).

En tal sentido, la Constitución debería establecer las garantías que aseguren el cumplimiento de estos nuevos derechos de naturaleza pública, de la siguiente manera:

1. Garantía del Derecho Subjetivo Público.— Otorgando al Tribunal de Garantías Constitucionales la facultad de pronunciarse, pre-jurisdiccionalmente, sobre las consultas de parte, en los casos de conflictos de derechos subjetivos públicos que se originen en el ejercicio de las atribuciones de los Gobiernos Central y Regional, en materia económica y político-

administrativa. Sin perjuicio de lo señalado, entendemos que previamente a la regionalización del país, se debería expedir una ley de Bases de Regionalización, que establezca las materias y ámbitos que serán de exclusiva competencia central y regional y las materias de necesaria concordancia.

2. Garantía del Derecho Objetivo.— Creando una nueva acción constitucional, que la denominamos acción de autonomía, que serviría para garantizar la autonomía normativa relativa de los Gobiernos Regionales, cuando el Gobierno Central infrinja o invada este nuevo principio del derecho objetivo.

Como quiera que el objeto de nuestro estudio es la resolución de los conflictos regionales y centrales, nos ocuparemos en estricto, de la propuesta de acción constitucional de autonomía, ante el Tribunal de Garantías Constitucionales: sin embargo, no queremos dejar de señalar la importancia que tendría la resolución de los conflictos extra-normativos del Gobierno Central con los Gobiernos Regionales, por parte del mencionado Tribunal, en mérito a la autonomía que gozarán estos últimos, en materia política, administrativa y económica fundamentalmente.

La acción de autonomía servirá para garantizar el principio supraordinador de autonomía normativa relativa; según la cual, las normas regionales prevalecen sobre las normas nacionales, en su ámbito regional y en su respectivo nivel jerárquico. Este nuevo principio del derecho objetivo se desprende del análisis del texto constitucional y requiere de una garantía constitucional que asegure, cuando menos su implementación. De aquí, la necesidad de establecer, expresamente, en la Constitución, tanto el principio de autonomía normativa, relativa, como la respectiva acción constitucional de autonomía.

Se cautela, entonces, el principio de autonomía relativa, mediante la llamada acción de autonomía que al igual que la acción popular y la acción de inconstitucionalidad, controlan, no la vigencia de derechos subjetivos, individuales o sociales, sino el respeto a la naturaleza objetiva de las normas.

En consecuencia, le debería corresponder al Tribunal de Ga-

rantías amparar o no, a petición de parte, la autonomía normativa relativa, cuando los Gobiernos Central y Regionales expidan normas legislativas y administrativas del mismo nivel jerárquico que se contradigan.

A partir de esta tesis, podemos desarrollar lo siguiente:

a) El organismo competente para conocer la acción de autonomía, debería ser el Tribunal de Garantías Constitucionales: en razón a que es el órgano de control de la Constitución, autónomo de los demás organismos del Estado y se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica Ley No. 23385.

b) El tribunal deberá resolver, mediante sentencia, si ampara o no la acción de autonomía, con carácter de cosa juzgada. Asimismo, la sentencia del Tribunal deberá especificar si ampara o no la autonomía de la norma regional en conflicto en todo o en parte; en cualquier caso, debería facultarse al Tribunal para declarar de oficio la autonomía normativa de las disposiciones conexas o subsecuentes a la norma regional amparada.

c) Como quiera que la acción de autonomía pretende cautelar el principio de la autonomía normativa, consideramos que tienen legítimo interés para solicitarlo el Gobierno Regional, la población regional y al Ministerio Público.

En el primer caso, podría incoar dicha acción el Presidente de la Asamblea y del Consejo Regional, como la máxima autoridad y representante regional.

En el segundo caso, por no menos del 10o/o de la población electoral regional; establecemos dicho margen arbitrario, en el entendido que si cualquier ciudadano regional estuviera facultado a demandar la acción de autonomía, se podría correr el riesgo político de congestionar al Tribunal de Garantías.

En el tercer caso, debería corresponder a los Fiscales Superiores del ámbito regional, defender la constitucionalidad y el ordenamiento jurídico nacional; lo que implica modificaciones legislativas al Decreto Legislativo No. 52, Ley Orgánica del Ministerio Público.

d) La acción de autonomía se deberá dirigir, exclusivamente,

contra las normas legislativas y administrativas que expida el Gobierno Central. Entendemos por norma legislativa, las leyes del Congreso y los decretos legislativos del Ejecutivo, así como las normas administrativas de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo y los Organismos Autónomos del Estado facultados para ello, según lo señalamos en el acápite anterior.

e) El Tribunal amparará la acción de autonomía cuando, existiendo una norma nacional y otra regional en conflicto, declare que la primera ha infringido la autonomía normativa relativa de la Región. En consecuencia, el Tribunal fundamentará su fallo en el principio de la autonomía normativa relativa, siempre que:

- i) Cuando el conflicto sea entre leyes o decretos legislativos y acuerdos regionales ordinarios o extraordinarios, estos últimos no contravengan la Constitución por el fondo o la forma, cumplan con lo preceptuado en el art. 266º de la Constitución y, en su caso, con lo establecido en la ley delegatoria de facultades legislativas.
- ii) Cuando el conflicto sea entre normas administrativas, Decreto Supremo, Resolución Suprema, Resolución Ministerial, etc. versus Decreto Regional, Resolución Regional, Resolución Secretarial, etc. correspondientemente* estas últimas no contravengan la Constitución, por el fondo o la forma, las leyes de carácter nacional y los acuerdos regionales ordinarios y extraordinarios.

f) La Sentencia del Tribunal que ampare la acción de autonomía, deberá señalar, expresamente, que a partir del día siguiente de la publicación de dicho fallo en los medios de comunicación oficial, quedan derogadas o sin efecto las normas legislativas y/o administrativas centrales incoadas. La derogatoria, a su vez, no debería tener efectos retroactivos o ex-tunc, en razón a que actos jurídicos originados en virtud de las normas centrales declaradas infractoras del principio de autonomía, fueron adquiridos y ejecutados legal y legítimamente.

Finalmente, queremos señalar que, si bien la acción de autonomía debe garantizar la aplicación del principio de autonomía

normativa relativa; el Tribunal de Garantías Constitucionales, también debería asegurar que la norma regional afectada esté conforme al principio de competencia y jerarquía del órgano, así como a las reglas y principios generales del derecho que rigen a las normas regionales con fuerza de ley y las normas administrativas señaladas.

Cuadro No 2

EL NUEVO ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL

NIVEL NORMATIVO	NORMAS	PRINCIPIOS DE SUPRA Y SUBORDINACION	ACCIONES CONSTITUCIONALES
1._ Normas Constitucionales	<ul style="list-style-type: none"> _ Constitución _ Leyes Constitucionales _ Tratados sobre Derechos Humanos 	Constitucionalidad	<ul style="list-style-type: none"> _ Acción de Inconstitucionalidad _ Acción Popular
2._ Legislación Internacional	<ul style="list-style-type: none"> _ Tratados de Integración _ Tratados Ordinarios 	(*)	(*)
3._ Legislación Nacional	<ul style="list-style-type: none"> _ Leyes _ Decretos Legislativos _ Decretos Leyes 	Legalidad	_ Acción Popular
4._ Legislación Regional	_ Acuerdos Regionales	Autonomía Normativa	_ Acción de Autonomía
5._ Normas Administrativas	<ul style="list-style-type: none"> a. Decretos Supremos Decretos Regionales b. Resoluciones Supremas Resoluciones Regionales c. Resoluciones Ministeriales Decretos Secretariales Resoluciones Secretariales 	<ul style="list-style-type: none"> a. Competencia b. Jerarquía del Organó c. Autonomía Normativa 	<ul style="list-style-type: none"> _ Acción Popular _ Acción de Autonomía

(*) Reservamos para otro trabajo el estudio de los principios y acciones que se aplicarán a la legislación internacional, dentro del futuro Ordenamiento Jurídico Nacional.

BIBLIOGRAFIA

1. Diez Picazo, Luis. "Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho". Barcelona, 1975.
2. Furnish, Dale. "La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano". Revista Derecho PUC; Lima, 1973.
3. García Belaunde, Domingo. "La Jurisdicción Constitucional en el Perú". Revista de la Universidad Católica. Nueva Serie 3; Lima, 1978.
4. Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho". Buenos Aires, 1974.
5. Romano, Santi. "El Ordenamiento Jurídico". Madrid, 1968.
6. Rubio, Marcial y Bernales, Enrique. "Perú: Constitución y Sociedad Política". Lima, 1981.

CONSTITUCION Y ECONOMIA DE MERCADO

César Ochoa Cardich

Dar libertad al fuerte para oprimir al débil de ningún modo asegura la mayor cantidad posible de libertad en el mundo.

Bertrand Russel

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El objetivo del presente trabajo es abrir al debate la determinación de los alcances del modelo económico constitucionalizado por el texto fundamental peruano de 1979: la denominada “Economía social de mercado”, sancionada en el artículo 115°. En base a una bibliografía multidisciplinaria se pretende describir y analizar las principales normas constitucionales que configuran el modelo económico de mercado. Se incorpora así a dicho análisis no sólo conceptos jurídicos recogidos de la legislación comparada sino también conceptos económicos. De este modo, se formulan nuevas apreciaciones no trabajadas aún en nuestro medio, con el fin de precisar el significado y alcances jurídicos de la denominada “economía social de mercado”. Se pretende así que la discusión en relación al polémico pero poco estudiado tema, deje de ser un terreno de nadie, que se preste a las más variadas interpretaciones. El trabajo se centra así en cuatro principios fundamentales que configuran y matizan el modelo económico constitucionalizado: el principio de subsidiariedad o supletoriedad del Estado, la libertad de iniciativa privada en una “economía social de mercado”, el principio de igualdad jurídica entre los competidores y el anti-monopolismo o sistema de concurrencia.

En relación al denominado principio de subsidiariedad que algunos epígonos del neoliberalismo económico consideran sancionado en nuestro texto fundamental mediante la concordancia en-

tre el artículo 112° —que define el rol empresarial del Estado— y el citado artículo 115°, nuestra investigación señala con precisión su origen e inspiración en la legislación comparada, así como se demuestra en base al análisis de otras normas del régimen económico como sustentar un enfoque alternativo a aquellas concepciones que pretenden restringir al máximo la actividad empresarial del sector público.

Respecto al artículo 115° que reconoce constitucionalmente al modelo económico de mercado, especificamos sus principales matices recogidos en la propia norma, a renglón seguido, como dispersas en el texto fundamental por la vía del concepto de interés social que limita la libre iniciativa y el derecho de propiedad y recogemos las principales críticas al uso de la ambigua expresión “economía social de mercado”. Tanto en el ámbito jurídico-formal como dentro del campo de las ciencias económicas y sociales. Así, se abre el camino para una interpretación alternativa al modelo económico sancionado en el artículo 115° que lo matice y se aporta al debate en la dirección de plantear las modificaciones constitucionales que sean necesarias para evitar el congelamiento en nuestro texto fundamental de conceptos que puedan ser utilizados para frenar o revertir las transformaciones socio-económicas que se deriven de las alternancias políticas en la conducción del Estado.

Nuestra investigación presenta un principio desconocido en la doctrina nacional: el de igualdad jurídica entre los competidores que encontramos sancionado en el artículo 114°, que reconoce la denominada “coexistencia democrática de las diversas formas de propiedad y de empresa”. Si bien este principio es reivindicado por los defensores de la libre competencia, pues estatuye un régimen de igualdad jurídica entre las diversas modalidades empresariales, estimamos que ese reconocimiento constitucional resulta positivo pues al precisar su significado y alcances demostramos que nuestra Constitución ha descartado el principio de subsidiariedad.

Sobre el antimonopolismo estatuido en el artículo 133° precisamos el sistema de competencia constitucionalizado tanto en base al estudio de los conceptos de la economía sobre la competencia, así como a la interpretación sistemática de la normatividad

fundamental en relación a la libre competencia para demostrar cual es el sistema de competencia constitucionalizado.

Antes de ingresar al estudio del significado del modelo económico constitucional debemos introducir como cuestión previa el concepto de “Constitución Económica”, Lojendio e Irure ha señalado que esta expresión tuvo su origen en Alemania de 1932 pues Beckrath usaba el término “Wirtschaftsverfassung” (Constitución Económica) en un trabajo sobre el particular (1). Este concepto se ha ido extendiendo para designar a “las concepciones fundamentales del Estado respecto a la propiedad privada, la libertad contractual, la libertad de comercio y de industria, la naturaleza y el grado de intervención de los poderes públicos en la economía, el grado de iniciativa individual de los participantes en el mercado y la protección jurídica de esta iniciativa” (2). Siguiendo esta línea cuando nos refiramos al concepto de Constitución económica peruana en el presente artículo, estamos aludiendo al Título III (“Del Régimen Económico”) de la Constitución peruana de 1979.

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD O SUPLETORIDAD DEL ESTADO

Las teorías ortodoxas reivindican los principios esenciales del liberalismo clásico de los fisiócratas. Estimamos que es preciso para comprender las tesis neoliberales revisar previamente las concepciones de los eminentes profesores Milton Friedman y Friedrich von Hayek sobre el rol del Estado. De este modo, demostraremos la herencia del pensamiento neoliberal de la clásica fórmula de asignar un contenido mínimo de intervención estatal (seguridad, libertad, propiedad: the less government, the better).

-
- (1) LOJENDIO E IRURE, Ignacio de María. “Derecho Constitucional Económico”, en la obra colectiva *Constitución y economía* (Transcripción de la mesa redonda organizada por el Centro de Estudios y Comunicación Económica) en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1977, pp. 82-83.
 - (2) JACQUEMIN, Alex y SCHARNS, Guy, *Le droit économique*. París, Presses universitaires de France, 1974, pp. 64-65.

Friedman recuerda las concepciones clásicas del Estado gendarme para oponerse tajantemente a todas aquellas políticas de planificación en la línea del Welfare State en los países industrializados y las del desarrollismo o cepalismo en los países periféricos. Friedman cita la siguiente concepción del Estado formulada por Adam Smith: “De acuerdo con este sistema de libertad natural, el soberano sólo tiene que atender a tres obligaciones que son, sin duda, de grandísima importancia, pero que se hallan al alcance y a la comprensión de una inteligencia corriente: primera, la obligación de proteger a la sociedad de la violencia y de la invasión de otras sociedades independientes; segunda, la obligación de establecer una exacta administración de justicia; y tercera, la obligación de realizar y conservar determinadas obras públicas y determinadas instituciones públicas, cuya realización y mantenimiento no pueden ser nunca de interés para un individuo particular o para un pequeño número de individuos, aunque con frecuencia reembolsan con gran exceso a una gran sociedad” (3).

El neoliberalismo monetarista de Friedman, heredero del *laissez faire*, concibe como roles del Estado: “En resumen, la organización de la actividad económica mediante el intercambio voluntario presupone que nos hemos encargado, a través del Estado, del mantenimiento de la ley y el orden para impedir el uso de la fuerza de un individuo sobre otro, para hacer cumplir los contratos contraídos voluntariamente, definir el significado de los derechos de propiedad, interpretar y hacer cumplir esos derechos y mantener la estructura monetaria” (4).

Por su parte, el profesor Hayek sentencia: “Ningún gobierno es probablemente indispensable para preservar la civilización. No debemos olvidar que el gobierno nunca ha creado la civilización, más aún, frecuentemente la ha destruido” (5), y más adelan-

(3) SMITH, Adam, Citado por Friedman, Milton y Rose en: *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*. Barcelona, Ediciones Grijalbo, 1980, pp. 49-50.

(4) FRIEDMAN, Milton, *Capitalismo y libertad*, Madrid, Rialp, 1966, p. 45.

(5) HAYEK, Friedrich A., *Democracia y Economía de mercado* (ponencias y debates del Simposio “Democracia y economía de mercado” realizado en Lima, noviembre de 1979), Instituto Libertad y Democracia, Lima, 1981, p. 234.

te, reivindicando el imperio de la ley y el orden, afirma: "... el gobierno debe efectivamente ser irresistiblemente fuerte para aplicar la ley, refiriéndome por ello a las reglas de conducta de los individuos entre sí" (6).

Para el pensamiento neoliberal, lo importante es quién es el mejor procesador de señales económicas. De este modo, se concibe al mercado como el mejor asignador de los recursos. Las metas de eficiencia económica se verían en peligro si en el sistema económico se produce un sobredimensionamiento de la iniciativa pública. Así, Sánchez Agesta señala que el Estado cumple una intervención coordinadora, integradora y supletiva en el sistema de economía de mercado (7).

Ariño explica claramente este pensamiento con estos conceptos: "Si es posible la vía del mercado, respetemos éste; sino (esto es, si las reglas y el mecanismo del mercado es incapaz de producir tales bienes o de producirlos en la cantidad deseable), demos entrada al Estado para la consecución de los mismos" (8). Guerrero señala que si "el Estado crece sin criterios de eficiencia económica y si por otra parte asume un rol que va mucho más allá de el papel subsidiario que naturalmente le debe corresponder, es obvio que se va deprimiendo la actividad del sector privado y que va repercutiendo en el crecimiento económico general de un país" (9).

En un sistema que hace del mercado la clave de la asignación de recursos, la gran motivación para la intervención del Estado se orientará a corregir las deficiencias de la competencia y se restringirá su iniciativa empresarial a sectores como servicios públicos sociales (salud, educación, asistencia social, etc.) y otros que por su baja rentabilidad no son atractivos a los inversionistas privados (tales como infraestructura vial y energética).

(6) Loc. cit.

(7) SANCHEZ AGESTA, Luis. Introducción a la obra colectiva: *Constitución y economía*, cit., p. 5.

(8) ARIÑO, Gaspar. "La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión", *Revista de la Administración Pública*, Madrid, núm. 88, 1979, p. 59.

(9) GUERRERO, Roberto. "La Constitución económica" *Revista Chilena de Derecho*, volumen 6, núms. 1-4, Santiago, 1979, p. 81.

Ariño define el principio de subsidiariedad en los siguientes términos: “En definitiva a la empresa privada se la regula, no se la sustituye; cuando es insuficiente se la suple. Estamos de nuevo ante el principio de subsidiariedad, que sigue vigente en una sociedad libre pese a todos los críticos” (10).

Según Ariño: “en una economía de mercado de una sociedad libre, la presunción debe jugar siempre a favor de la iniciativa privada, y la actuación del Estado deberá ser excepcional (por tanto, justificada en cada caso), ante la falta, inexistencia o fracaso de aquélla” (11).

Los economistas neoliberales asumen un enfoque incompatible, con cualquier modalidad o variante de dirección de la economía planificada o de intervención “extra-mercado”. Parten de puntos opuestos al enfoque socialista, que plantea nacionalizar todo aquello que ocupe una posición estratégica. Para los neoliberales lo “estratégico” es un concepto impreciso que puede incluir una amplia diversidad de sectores, abriendo el paso para un expansionismo estatal hipertrófico que intervenga arbitrariamente en la actividad económica y sustraiga recursos a la acumulación de capital.

Es interesante señalar que el principio de acción subsidiaria del Estado tiene sus antecedentes en el ordenamiento constitucional franquista. Serrano Carbajal recuerda que este principio tuvo su máximo exponente en el número 4 de la Declaración XI del Fuero del Trabajo, que “... desde 1947 formalmente forma parte de la Constitución española” (12). Esta norma declaraba que: “En general, el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación”.

El principio del Estado subsidiario puede ser expresado de manera implícita o explícita en las constituciones políticas. De nuestro estudio del Derecho Constitucional Comparado conclui-

(10) ARIÑO, Gaspar, *Op. cit.*, p. 75.

(11) *Ibíd.*, p. 76.

(12) SERRANO CARBAJAL, José. “Libertad de empresa y planificación en la Constitución española”, *Revista de Política Social*. Madrid, 1979, p. 45.

mos que la más elaborada manifestación de este postulado se encuentra en la Constitución chilena de 1980. La constitucionalización de la acción subsidiaria del Estado es implícita y se detrae de la aplicación de diversas normas que configuran esta concepción, que se encuentra incluida en la Declaración de Principios de la Junta Militar de Gobierno.

Guerrero señala que con el principio de la acción subsidiaria o supletoria “... entendemos que el Estado debe enfatizar su acción en aquellas actividades propias de su naturaleza, y desatenderse de su papel de empresario en aquellas actividades que pueden ser desarrolladas con igual o superior eficiencia por los particulares” (13). Más adelante sugería la inclusión de las siguientes disposiciones en el orden público económico de Chile para concretar este principio (14): a) El establecimiento constitucional que cualquier creación de servicios públicos o empresas públicas debe hacerse por ley; b) La participación del Estado, en la gestión o en la propiedad de las empresas, ya sea mayoritaria o minoritaria, debe ser autorizada expresamente por ley; c) La actividad empresarial del Estado, debe recibir el mismo trato que la actividad privada, sin discriminación ni en favor ni en contra; d) La incorporación de una norma en virtud de la cual la entidad fiscalizadora sólo pueda proponer la aplicación de sanciones a la empresa privada, pero la aplicación de éstas debe quedar reservada al Poder Judicial; e) De sancionarse una ley que permita la posibilidad de intervención de las entidades fiscalizadoras en el sector privado, debe ésta incluir un mecanismo eficaz para que los afectados puedan recurrir al Poder Judicial a fin de poner término a dicha intervención, si ella fuera injustificada, por la indemnización correspondiente si fuera procedente.

Del análisis de la Constitución económica chilena encontramos que el principio de subsidiariedad aparece implícito en el artículo 19º, número 21. Esta norma declara que “el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado las autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común

(13) GUERRERO, Roberto. *Op. cit.*, p. 88.

(14) *Loc. cit.*

aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por razones justificadas establezca la ley, la que deberá ser, asimismo de quórum calificado”. Además la supletoriedad del Estado chileno fluye de una serie de normas que restringen el intervencionismo estatal y reconocen ciertos derechos a los particulares que no pueden ser violados en su esencia ni impedidos en su ejercicio.

De nuestro estudio de la Constitución económica peruana, consideramos que existe la posibilidad de propugnar una interpretación ortodoxa de la iniciativa pública. En última instancia, el rol empresarial del Estado dependerá de la programación política del régimen que esté en el poder.

De la lectura del texto del artículo 113° se desprende la intención del constituyente por establecer condicionamiento a la iniciativa pública en concordancia con el artículo 115° que consagra el ejercicio de la libre iniciativa privada en una economía social de mercado. Ariño describe a la economía de mercado como: “... un modelo de orden económico según el cual el protagonismo de la acción económica corresponde a la sociedad, a la iniciativa privada, y no al Estado; éste no actúa más que en aquellos casos o en aquellas circunstancias en las que la iniciativa privada no puede hacerlo, o no lo hace con la extensión y alcance que la sociedad necesita. La libertad de empresa (libertad de comercio e industria) comporta, como reconoce unánimemente la doctrina, una regla general de abstención de los poderes públicos en el ámbito empresarial por la sencilla razón de que dichas intervenciones masivas desplazarían fácilmente la iniciativa privada y acabarían, de hecho, con la libre competencia en razón a los superiores medios y las ventajas financieras de que goza la Administración” (15).

En armonía a la letra y a la inspiración ortodoxa del artículo 115°, la Constitución económica no otorga un reconocimiento genérico a la iniciativa pública. El Estado no aparece como un empresario más en el mercado, pues se delimitan expresamente condiciones para su accionar: “promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo”. Aunque el contenido de estos conceptos es impreciso, debe destacarse su

(15) ARIÑO, Gaspar, *Op. cit.*, pp. 88-89.

rigidez frente a otros textos fundamentales. Así, la Constitución española de 1978, que consagra en su artículo 38º como definición de su orden público económico a la economía de mercado, es más flexible en el reconocimiento de la iniciativa pública. Su artículo 128º, 2 simplemente “reconoce a la iniciativa pública en la actividad económica”, en forma genérica, sin condicionamientos.

La interpretación ortodoxa del rol empresarial del Estado es sustentada por Alayza Grundy, representante del PPC (Partido Popular Cristiano) que presidiera la Comisión que formuló el anteproyecto sobre la institucionalidad económica. Alayza al comentar el artículo 100º del Proyecto de Constitución elaborado por la Comisión Principal (16), que era más ortodoxo que el texto finalmente aprobado, sostuvo: “La promoción, como lo dice la palabra, no es hacer solamente; es fundamentalmente, y esto con diversos grados: estimular el que se haga, cooperar en la realización de obras y de servicios, y por último el hacer directo. Las tres formas están indicadas en el proyecto constitucional cuando se dice que la función del Estado estará principalmente, en intervenir en las obras y servicios que tengan efecto de promoción o de servicio público y cuando se le encarga formular la política general de conducción de la economía (17). Esta última le permite, de un modo particular, fomentar los servicios público, desconcentrar la inversión nacional, mediante las obras públicas de carreteras, de riego, de hidroeléctricas y de todo el equipamiento nacional que no se hace en las ciudades” (18).

Más explícitamente, Alayza interpreta el rol promotor del Estado “... según el principio de subsidiariedad de acudir allí donde

(16) El artículo 100º del Proyecto limitaba la iniciativa pública: “en los casos que lo requiera la seguridad nacional o cuando se trate de actividades con efecto en la economía nacional. Por razones de interés nacional el Estado puede reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios públicos de carácter fundamental o estratégico”.

(17) Esta última función estaba incluida en el artículo 98º del Proyecto de Constitución y actualmente está sancionada en el artículo 111º del texto fundamental.

(18) *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978*, T. VI, Publicación Oficial, pp. 387-388.

no va la iniciativa privada” (19). El componente “social” de la economía de mercado, en la versión socialcristiana alemana, está referido fundamentalmente a amplios sistemas de seguridad social que incluyen protección contra riesgos de vejez, enfermedad, desocupación, etc. (20), es descartado en un país como el Perú por Alayza: “Se puede ir a ellos, cuando ya se ha llegado a tener un país suficientemente equipado para poder caminar sobre sus propios pies; en cambio para nosotros la urgencia de la acción del Estado con el fin de desarrollar la seguridad (con minúscula), tiene una forma más simple y tradicional: obras públicas y servicios públicos” (21).

Asimismo, Bedoya Reyes es preciso en la definición de la acción subsidiaria del Estado: “Nosotros conceptuamos que el Estado tiene una función de subsidiariedad, de supletoriedad en el campo económico, para ingresar a él cuando por razones de volumen de capital o alto índice de riesgo el interés privado no puede ingresar” (22). Los peligros de un mercado no elástico debido a las superiores disponibilidades económicas del Estado, el origen de sus recursos financieros y el trato preferencial que sitúan a la iniciativa pública en una posición privilegiada hasta anular la competitividad del sector privado, motivan a Bedoya a rechazar cualquier ventaja en favor del sector público: “... porque la eficiencia en el caso del Estado sólo puede comprobarse a través de un sistema real de competencia en un mercado libre; de lo contrario, hay factores distorsionantes en la economía por razón de subsidio indirecto de la preferencia de la compra, de la colocación más rápida, de los créditos más solventes” (23).

(19) ALAYZA GRUNDY, Ernesto. Debate Político-Económico: “Alternativas para un sistema económico peruano” en *Economía Social de Mercado*, varios autores (Transcripción del coloquio organizado en Lima por la Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana) Lima, 1980, p. 313.

(20) TIETMEYER, Hans. “Las bases históricas de la economía social de mercado en la República Federal Alemana”. En: *Economía Social de Mercado*, cit., pp. 40 y ss.

(21) ALAYZA GRUNDY, Ernesto, *Op. cit.*, p. 314.

(22) BEDOYA REYES, Luis, “Poderes seleccionados: Privilegios” en: *Democracia y Economía de mercado*, cit. p. 355.

(23) Loc. cit.

En resumen, a nuestro juicio, la lectura del artículo 113° siguiendo una interpretación neoliberal, cuya guía se encuentra en el controvertido artículo 115°, que eleva como principio del ordenamiento económico fundamental a la economía social de mercado, permite que la ley que se dé sobre la iniciativa pública sufra modificaciones inspiradas en el principio de subsidiariedad.

La tercera orientación que fija el artículo 113°, la consecución de los objetivos de desarrollo es tan amplia que deja muy pocos campos en que el Estado no debiera intervenir. Empero, una concepción política ortodoxa que sostenga que la Constitución reconoce el principio de subsidiariedad podría interpretar esta orientación con un alcance restringido. Para aportar al debate defendiendo a la iniciativa empresarial pública de la concepción del Estado subsidiario es preciso tener en consideración otras normas del texto fundamental como los artículos 112° y 114°. El primero reconoce el principio de “igualdad jurídica entre los competidores”, que desarrollaremos más adelante, que establece “la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa”. De este modo, se estatuye un pluralismo empresarial que hace a todas las modalidades de empresas iguales jurídicamente, sin privilegio para ninguna. Pese a sus limitaciones esta norma constituye una evidente superación o negación de la concepción ortodoxa pues la actividad empresarial del Estado no es consecuencia de un deber de subsidiariedad sino producto de un derecho facultado por el reconocimiento de la igualdad jurídica de la iniciativa pública en la actividad económica. Al suprimirse todos los privilegios para cualquiera de las modalidades empresariales entonces se descarta expresamente el principio de subsidiariedad que sustenta que la presunción siempre debe jugar en favor de la iniciativa privada.

En relación al artículo 114° que establece que: “Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios” debemos precisar que, pese a la timidez de la norma, implica una exclusión en dichos casos de la actividad privada y por tanto la nacionalización de ésta. Así, pese a las posiciones en contrario de los abanderados del liberalismo más trasnochado, resulta concluyente que nuestra Constitución económica, aún con su marcada influencia neoliberal, ha desechado el anacrónico principio de subsidiariedad.

EL PRINCIPIO DE LIBRE INICIATIVA PRIVADA EN UNA “ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO”

La Constitución peruana de 1979, en su orden público económico incluye una norma polémica, que a su vez fué una fórmula de transacción entre los grupos mayoritarios representados en la Asamblea Constituyente, aquélla que adhiere al modelo económico de “economía social de mercado”, al declarar en el artículo 115° que “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado”. Esta definición pudo consagrarse por la imprecisión que encierra, y a cambio de una serie de transacciones configuradas en matices significativos que en el propio artículo 115° como en diversas normas de la Constitución económica, se establecen a la controvertida declaración que eleva a rango constitucional el ambiguo concepto de “economía social de mercado”.

El artículo 115° ha sido blanco de las más duras críticas de los sectores políticos opuestos al neoliberalismo. Así, Bernal y Rubio consideran que el modelo constitucionalizado “es un sistema que beneficia centralmente al capital extranjero, que secundariamente beneficia a los sectores intermedios (y minoritarios dentro del país), que impide el control del Estado y la promoción de un verdadero desarrollo en base a nuestros propios recursos y posibilidades, que empobrece cada vez más al país como conjunto frente a los países desarrollados y que, en nuestro medio, por las limitaciones financieras que el mismo modelo impone, es más una ‘economía de mercado’ que una ‘economía social de mercado’ ” (24).

A nuestro juicio, resulta inadecuado sancionar a nivel constitucional un modelo de organización socio-económica específico, pues rigidiza el texto fundamental, debilitándolo, ya que cada vez que se modifiquen las programaciones políticas sería necesario reformar la institucionalidad económica. Lucas Verdú al comentar el artículo 38° de la Constitución española de 1978 que consagra el modelo de economía de mercado señala: “Las formas políticas y los modelos socio-económicos evolucionan, de manera que su

(24) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique, *Perú: Constitución y Sociedad y Política*, Lima, DESCO 1981, p. 452.

petrificación en los textos constitucionales es una invitación a la revolución, o, por lo menos al quebrantamiento de la Constitución” (25).

El texto que consagra este modelo económico fué objeto de las más enconadas polémicas en el seno de la Asamblea Constituyente. Hemos recogido algunas de las más diversas posiciones allí representadas. Así, para Alayza Grundy, ex-presidente de la Comisión Especial: “Es un principio que se encuentra en todas las economías democráticas del mundo. En la reciente Constitución de España, aprobada el año pasado, se proclama este mismo principio en forma rotunda que no deja lugar a dudas sobre el particular” (26). Para Meza Cuadra, constituyente que representaba al Partido Socialista Revolucionario (PSR) la norma del artículo 101° del proyecto constitucional, que sancionaba la economía de mercado, siguiendo el texto del artículo 38° de la Constitución española, establecía “... un sistema anárquico de producción basada solamente en la posibilidad de mayor lucro y no en producir lo que el pueblo necesita” (27), para Paredes Macedo del sector comunista de línea albanesa: “No se puede hablar de justicia social cuando una Constitución como la que estamos aprobando, permite la explotación del hombre por el hombre, sanciona la permanencia de la empresa privada y de la economía de mercado que significa la explotación más brutal del hombre por el hombre...” (28). El grupo constituyente de Unidad Democrático Popular (UDP) sostuvo en palabras de Malpica Silva Santisteban: “... la economía de mercado que está defendiendo la Comisión Principal es una teoría caduca y no conveniente para el pueblo peruano” (29). Ante las críticas del sector izquierdista, el artículo es modificado introduciéndose el matiz “social” de la versión ale-

(25) LUCAS VERDU, Pablo. Citado por Font Galán, Juan Ignacio en *Op. cit.*, p. 211.

(26) *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978*, T. VI, cit., p. 387.

(27) *Ibíd.*, p. 390

(28) *Ibíd.*, p. 391.

(29) *Ibíd.*, p. 397.

mana, que es explicado por Torres Vallejo del grupo constituyente del Partido Aprista Peruano (PAP) en los siguientes términos: “La iniciativa privada es libre, si no lo fuera no sería libre, no sería iniciativa privada. Asegurar que ésta se desarrolla en una economía de mercado no es mentir, es una realidad; sin embargo, hemos preferido referirla a una economía social de mercado, para establecer el carácter social de el proceso de intercambio sea éste de bienes o servicios, porque donde hay intercambio hay mercado. En cualquier sistema económico, parece que el término no nos gusta, pues frecuentemente lo relacionamos con el imperialismo pero nos guste o no, la iniciativa privada es libre y actúa en una economía social de mercado, nótese que es economía social y no libre de mercado, por eso este artículo establece su armonización con el interés público” (30).

Respondiendo a las críticas de la bancada izquierdista, Alayza Grundy replicó: “Son la competencia y la iniciativa dejadas a su libre albedrío las que hacen la economía liberal, la economía del capitalismo liberal, al que también se ha referido el representante de la UDP. No estamos defendiendo esta economía, estamos proponiendo una economía social de mercado, en la cual el acento está en lo social” (31). Pero el constituyente de la democracia cristiana, Cornejo Chávez lanzó la crítica más incisiva: “¿Qué cosa dice el pensamiento social cristiano sobre la economía social de mercado y sobre el neoliberalismo en que se fundamenta? Empezaré por decir que en una publicación que todos los social-cristianos conocen y que se llama ‘Economía Social de mercado en la experiencia alemana’, escrito por Clapham, Kasteleiner y varios otros más, defendiendo la economía social de mercado, se lee esta frase: ‘Los trabajos científicos previos para esta concepción de la economía social de mercado, están muy ligados con las normas de Eucken, Röpke y Hayek (menciono con énfasis el nombre de Röpke) que se designan como representantes del neoliberalismo. Esto significa que se vuelve a la idea básica liberal, como por ejemplo la libertad del empresario, competencia, y al mismo tiempo, la responsabilidad que tiene el Estado para establecer un orden general....’ etc. Pues bien, ¿qué dicen del neoliberalismo los representantes autén-

(30) *Ibíd.*, p. 419.

(31) *Ibíd.*, p. 421.

ticos del pensamiento social cristiano?. Una vez más Pablo VI en **Octogésima Adveniens**: “Se asiste a una renovación de la ideología liberal. Los cristianos que se comprometen con esta línea querían un modelo nuevo más adaptado a las condiciones actuales olvidando fácilmente que en su raíz misma el liberalismo filosófico es una afirmación errónea de la autonomía del individuo en su actividad”. Es decir que desde esa altura nos viene una voz de alerta frente el neoliberalismo, cuando aludiendo a quienes pretenden revivir la clásica idea del liberalismo dice que entraña una afirmación errónea en su propia raíz filosófica” (32).

Se considera como origen histórico de la “economía social de mercado” a los planteamientos de la escuela de Friburgo, llevados a la práctica por el profesor Erhard (33). El neoliberal Röpke calificó a la política de Erhard como inicio de “... un capítulo de la historia de la economía...” (34).

Por su parte el padre de la escuela ortodoxa de Chicago, el profesor Friedman ha señalado como modelo de economía de mercado libre a la política aplicada por Erhard (35).

Los expositores del modelo de “economía social de mercado” venidos al Perú en 1979 han indicado a la radical reforma monetaria de 1948 como el origen histórico de esta política (36). Un economista crítico de este sistema, Ernesto Katz afirma que el denominado “milagro alemán” se debió a: 1) La mano de obra baratísima; 2) El obsequio de riqueza del Plan Marshall; 3) el gran negocio alemán de la guerra de Corea y 4) La inexistencia de gastos militares (37).

(32) *Ibíd.*, T. VII, pp. 20-21.

(33) SERRANO CARBAJAL, José. *Op. cit.*, pp. 439-440.

(34) ROPKE, Wilhelm. *Más allá de la oferta y la demanda*, Valencia, (España). Fomento de Cultura, Ediciones, p. 42.

(35) FRIEDMAN, Milton y Rose, *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, cit., p. 86.

(36) TIETMEYER, Hans, *Op. cit.*, p. 32.

(37) KATZ, Ernesto, “Acerca del orden económico de Alemania Occidental y de sus aspectos constitucionales y laborales”. *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1970, pp. 125 y ss.

Debe resaltarse que el origen de la expresión “economía social de mercado” no fue creada por Erhard, sino por el profesor Müller-Armack en su libro “Economía dirigida y economía de mercado” aparecido en 1947 (38).

Katz precisa que diversos economistas neoliberales utilizan la denominación acuñada por Müller-Armack para disfrazar a la economía del *laissez faire* (39). Esta afirmación parece confirmarse si leemos a Schwartz: “Ayer el Profesor Hayek y yo hablábamos sobre como se había añadido al concepto de economía de mercado este adjetivo de ‘social’. Y me afirmaba Hayek que el profesor Erhard, ex-Canciller de la República Federal y que instauró en su país el sistema de economía social de mercado fué quien añadió el concepto de ‘social’, no porque el sistema capitalista necesitara la corrección de hacerse más social de lo que es, sino porque el sistema capitalista o el sistema de mercado, lo consideraba Erhard un sistema social ya de por sí; es decir, un sistema que hace que los agentes económicos triunfen cuando satisfacen las demandas de los demás” (40). Y más adelante señala con ingenua transparencia: “Por eso, al ver que la expresión ‘economía de mercado’ se utiliza, siempre creyendo que debe corregirse con la idea de que debe ser más social de lo que es, prefiero emplear el nombre más duro, pero más franco de “capitalismo” (41).

Mestmaecker aclara el uso del término por los neoliberales: “La introducción del término ‘economía social de mercado’ tuvo ciertamente propósitos de estrategia política. Fué un intento y debo agregar que un intento exitoso de tender un puente para la aceptación de la economía de mercado por aquellos partidos políticos que habían sido tradicionalmente socialistas. La economía social de mercado les sugirió que la economía de mercado no era necesariamente incompatible con su tradición” (42).

(38) *Ibíd*em, pp. 131-132.

(39) *Ibíd*em, p. 128.

(40) SCHWARTZ, Pedro, “El derecho de propiedad como baluarte del hombre y el ciudadano”. En: *Democracia y Economía de Mercado*, cit. p. 150.

(41) *Ibíd*em, p. 151.

(42) MESTAECKER, Ernst, Debates en: *Democracia y Economía de Mercado*, cit., p. 226.

El eminente maestro del neoliberalismo Friedrich von Hayek no es muy afecto al término “social”. Así para Hayek, “social” es un concepto que “... se ha convertido en un término vago para permitir a los gobiernos atender asuntos que después de todo constituyen intereses muy especiales y particulares. Generalmente quienes están ansiosos por las funciones sociales del gobierno, pretenden interesarse sólo por las necesidades de los muy pobres e indigentes, pero si observamos los llamados ‘gobiernos sociales’, es muy dudoso que las clases más pobres y débiles se hayan beneficiado mayormente de sus actividades sociales” (43).

Resulta interesante señalar que hasta el ortodoxo profesor Milton Friedman utiliza el término para denominar su sistema. Así Friedman sostuvo: “... considero que Chile tiene hoy dos problemas básicos: el primero controlar la inflación; segundo, establecer una economía social de mercado vigorosa, que permita al país ‘despegar’ en un crecimiento económico sostenido, cuyos beneficios sean compartidos por todos los ciudadanos” (44).

En un interesante trabajo, Raúl Prebisch (45) ha desarrollado extensamente la más aguda crítica al modelo neoclásico en los países subdesarrollados. Hemos extraído algunas citas del profesor Prebisch para conocer una visión crítica al modelo económico de mercado. Prebisch señala que el mercado: “carece en rigor de horizonte social. En un sistema que tuviera ese horizonte, esto es, que resolviera con racionalidad colectiva el problema de acumulación y al mismo tiempo redujera progresivamente las grandes desigualdades distributivas de carácter estructural, el mercado podría llegar a ser un mecanismo eficiente... Por supuesto que no cabría dar al mercado ese horizonte cambiando su nombre tradicional. Discurren ahora ciertos economistas liberales de la periferia acerca de la economía social de mercado; nueva prueba de la dependencia intelectual que predomina en nuestras tierras, pues tal expresión se ha acuñado en países de grado muy alto de desarrollo

(43) HAYEK, Friedrich A., Debates en: *Democracia y Economía de Mercado*, cit., p. 150.

(44) FRIEDMAN, Milton, *Milton Friedman en Chile. Bases para un desarrollo Económico*, Santiago, Editorial Universitaria, 1975, p. 15.

(45) PREBISCH, Raúl. *Capitalismo periférico. Crisis y transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981.

donde se ha eliminado la pobreza —salvo en algunos reductos— gracias fundamentalmente a un dilatado período de acumulación de capital. Sin embargo, y aunque la pugna distributiva ha tomado un giro desconcertante, es allí muy elevado el contenido social del desarrollo. ¿Podría decirse lo mismo de la periferia?” (46). Y más adelante señala: “Lo que importa es saber qué hay en la estructura social, detrás del mercado” (47).

En un artículo publicado en la Revista de la CEPAL, Prebisch (48) resume sus principales críticas al enfoque neoclásico. De allí hemos resumido los cuestionamientos de Prebisch al modelo neoliberal de economía de mercado postulado por Milton Friedman y Friedrich von Hayek. Así, para Prebisch el modelo neoclásico es incapaz de interpretar al capitalismo periférico porque no toma en consideración al excedente económico, al:

1. Desconocer la heterogeneidad estructural que hace posible la existencia de excedentes.
2. Ignorar la estructura social y las relaciones de poder que explican la apropiación y distribución arbitraria del excedente.
3. No tomar en cuenta el mecanismo monetario productivo que permite la apropiación de los extractos superiores del excedente.
4. No evaluar el despilfarro de recursos que implican las formas actuales de uso del excedente económico.

Asimismo, Prebisch señala que el modelo neoclásico propone medidas que en los países periféricos producen los siguientes efectos:

1. No logran impulsar el desarrollo de la periferia.
2. Agravan y consolidan la distribución regresiva del ingreso.
3. Requieren como complemento político regímenes autoritarios para dominar el poder sindical, en franca contradicción con el ideal del liberalismo político.

(46) *Ibíd.*, pp. 16-17.

(47) *Loc. cit.*

(48) PREBISCH, Raúl, “Diálogo acerca de Friedman y Hayek. Desde el punto de vista de la periferia”. *Revista de la CEPAL*, núm. 15, 1981, pp. 161-182.

Limitándonos en este trabajo al análisis del artículo 115° debemos precisar que el modelo económico constitucionalizado, no surge directamente de la declaración contenida sólo en esa norma, sino de la interpretación sistemática del conjunto de principios que caracterizan el tipo de Estado de Derecho, los derechos que se asignan a los participantes de la actividad económica (Estado, sectores empresariales, trabajadores, consumidores...), las limitaciones que restringen estos derechos, la planificación, etc. Como hemos sostenido anteriormente, el intérprete y el legislador deben tener en cuenta los principios del Estado social y democrático de derecho para descifrar el matiz “social” del modelo económico de mercado. En esta dirección, Lucas Verdú comentando el concepto del *sozialer Rechtsstaat* alemán señala que éste “... no se concibe desde un punto de vista formal, que como se sabe, es rasgo del Estado liberal de derecho, sino que ha de entenderse en sentido material” (49). Según Lucas Verdú, los derechos sociales en los textos fundamentales alemanes “... concretan el carácter social del Estado, una línea de conducta en la que no debe apartarse” (50).

Debemos tener en cuenta que el constituyente no asumió el modelo de economía de mercado que sancionaba como suficientemente “social” por el simple uso de esta adjetivación, puesto que estableció expresamente su armonización con el interés general. Consideramos que la intención del constituyente fué la de acentuar el carácter “social” del modelo en concordancia con los principios y normas del constitucionalismo social que conforman el conjunto de la Carta Fundamental (51).

(49) LUCAS VERDU, Pablo, “Estado liberal de derecho y Estado social de derecho”, *Acta Salmanticensia*, Madrid, 1955, p. 68.

(50) *Ibidem*, p. 69.

(51) La Constitución peruana de 1979, se incorpora a esta corriente de la constitucionalización del Estado Social, como se aprecia en el contenido de su artículo 4° que incluye entre los derechos fundamentales aquellos que derivan del “Estado social y democrático de derecho”, así como del artículo 79° que define al Perú como “República democrática y social”. Es evidente el antecedente de estas declaraciones: el artículo 1°, 1 de la Constitución española de 1978 que proclama que España “se constituye en un Estado social y democrático de dere-

A nuestro juicio, una interpretación del artículo 115° en un sentido excluyente para aproximarlo a un determinado sistema económico y social —cuya denominación como hemos demostrado carece de sentido unívoco— deslegitimaría el modelo económico constitucionalizado pues impediría desarrollar diversas políticas socio-económicas de acuerdo a los cambios que se produzcan en la alternancia del gobierno.

En consecuencia, la expresión “economía social de mercado” debe ser interpretada en un sentido abierto que permita usos alternativos con diversos sectores políticos.

Otro límite importante al ejercicio de la libertad de iniciativa privada en el marco del modelo económico es la denominada función social de la propiedad. Este concepto, que asimismo limita el ejercicio de la libertad de comercio exterior reconocida en el artículo 117° y el derecho de propiedad reconocido en los artículos 124° y siguientes, es criticado por su ambigüedad y falta de precisión. Sin embargo, a nuestro juicio, es posible deducir algunos criterios de materialización de la función social de la propiedad privada y del ejercicio de la libre iniciativa que configuren técnico-jurídicamente el interés social. Analizando el modelo econó-

cho. . .” Es interesante destacar que para una importante corriente doctrinaria española la expresión “Estado social y democrático de derecho” tiene un significado próximo al de Estado social como instrumento de transformación socio-económico orientado hacia un socialismo democrático. A nuestro juicio, la declaración del Estado social contenida en el texto fundamental de 1979 debe impulsar al legislador hacia posiciones eminentemente sociales. La interpretación en esta dirección se refuerza por la lectura del Preámbulo de la Constitución que es fuente obligatoria de interpretación constitucional como precisa CHIRINOS SOTO, Enrique (*La nueva constitución al alcance de todos*, Lima, Editorial Andina, 1979, p. 21): “. . . , puesto que claro está que hay que leer en el Preámbulo la voluntad del constituyente”. El Preámbulo declara la intención de los constituyentes de “promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía. . .” Asimismo, el primer párrafo del artículo 110° declara que: “El régimen económico se fundamenta en los principios de justicia social orientados a la dignificación del

mico de la Constitución española de 1978, Font Galán (52) propone que la materialización de tales criterios puede conseguirse indirectamente mediante el estudio de la constitucionalización de determinados intereses cuya promoción y tutela es encomendada a los poderes públicos. Así, señala que estos criterios están especificados por el establecimiento y tutela de intereses sociales concretos, que se configuran como exigencias sociales, y por la subordinación de la titularidad y el ejercicio del derecho de propiedad y de la libre iniciativa privada a estas exigencias sociales. Siguiendo esta línea, proponemos inferir los criterios de concreción del interés social en la Constitución peruana de 1979 a través del análisis de las exigencias socio-económicas de desarrollo, contenidas en el artículo 110° (el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo, la distribución equitativa del ingreso, el fomento de los diversos sectores de la producción y la defensa del interés de los consumido-

trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana”. Estas declaraciones de constitucionalización del Estado social y democrático de derecho deben constituir criterios de interpretación del ordenamiento económico fundamental. LUCAS VERDU, Pablo (citado por Font Galán, Juan Ignacio en op. cit., p. 214) comentando el artículo 38° de la Constitución española que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, sostiene que los postulados del social-constitucionalismo plantean “. . . la necesidad de leer la famosa expresión economía de mercado, en sentido no restrictivo, no neocapitalista, sino socializante”. En esta dirección KATZ, Ernesto (op. cit., p. 136) señala que el principio del “Estado Social”, contenido en el artículo 20°, 1 de la Ley Fundamental de Bonn, se configura dentro del ordenamiento económico en el artículo 15° que establece que: “Con fines de socialización, el suelo y la tierra, los recursos naturales y los medios de producción, pueden por medio de una ley que regule el monto y medida de la indemnización, ser transferidos a la propiedad colectiva. . .” Siguiendo esta línea, sostenemos que la declaración del artículo 115° de la Constitución peruana de 1979, sancionando el modelo económico de mercado, debe ser matizada por los principios y normas del Estado Social y democrático de derecho para interpretarla como una economía de mercado socializada.

- (52) FONT GALAN, Juan Ignacio, “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978” *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, núm. 152, 1979, pp. 223-224.

res) y de las diversas exigencias sociales incluidas en el Título III (“Del Régimen Económico”). Estas exigencias socio-económicas vienen configurando un conjunto de intereses sociales cuyo reconocimiento y promoción es encomendado al Estado por la Constitución. De este modo, el Estado no puede interpretar el interés social conforme a sus propias concepciones ideológicas, sino de acuerdo con las exigencias sociales que vienen materializadas constitucionalmente mediante el reconocimiento y promoción de los intereses sociales mencionados anteriormente.

Para concluir el estudio de la libertad de iniciativa privada revisaremos su constitucionalización en algunos textos fundamentales contemporáneos que nos permitan una aproximación comparativa con el artículo 115° de la Constitución peruana.

Así la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 declara en el primer párrafo de su artículo 47° que: “La iniciativa económica privada es libre”, precisando a continuación que esta no puede desarrollarse contrariamente a la utilidad social o de manera que atente a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana. Debe resaltarse que el mismo artículo sanciona el control del Estado para orientar la actividad económica hacia fines sociales. Por último, es interesante señalar que esta norma no vincula a la iniciativa privada con ningún sistema o modelo económico determinado.

La constitución venezolana de 1961, en su capítulo de “Derechos Económicos” reconoce a la iniciativa privada pero fijando un fuerte rol intervencionista al Estado. De este modo, el artículo 98° proclama: “El Estado protegerá la iniciativa privada, sin perjuicio de la facultad de dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción, y regular la circulación, distribución y consumo de la riqueza, a fin de impulsar el desarrollo económico del país”.

En esta misma dirección, la Constitución colombiana en su artículo 32° reformado en 1968, garantiza “la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común....” A continuación este artículo encomienda la dirección general de la economía al Estado y reconoce diversas modalidades de intervencionismo estatal que pueden ser declaradas por ley.

La Constitución española de 1978 en el ya citado artículo 38º, dentro del Título I (“Derechos y Deberes fundamentales”) capítulo II (“Derechos y Libertades”), reconoce como tal derecho fundamental a “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. Esta libertad fundamental “vincula a todos los poderes públicos”, al menos en la esencialidad de su contenido, afectando el modo de actuación de éstos y proyectándose sobre la ley que regule su ejercicio, por mandato del artículo 53º, 1 (53). Ergo, ninguna ley puede violar el contenido esencial de la libertad de empresa pues si ello ocurre cabe interponer contra esa ley recurso de inconstitucionalidad al amparo de los artículos 53º, 1 y 161º, 1.a. La Constitución peruana de 1979 si bien ha reconocido a la iniciativa privada, adhiriéndola a la economía social de mercado, no le ha otorgado el grado de protección que ha conferido a esta libertad el texto fundamental español.

Por último, es interesante referirse a la protección de la libertad económica en la Constitución chilena de 1980, uno de los modelos neoliberales más coherentes en el Derecho Constitucional Comparado (54). En el artículo 19º, número 21 consagra a la libertad económica como un derecho de todas las personas “a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la mo-

(53) Esta norma establece que: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título (Primero) vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo a lo previsto en el artículo 161º, 1.a. Esta norma dispone que “el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español para conocer el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley”.

(54) Sobre las bases del modelo económico de la Constitución de 1980, el General Augusto Pinochet ha señalado: “Igual inspiración libertaria orienta la adopción de un sistema económico libre, fundado en la propiedad privada de los medios de producción y en la iniciativa económica particular, dentro de un Estado subsidiario. Crucial definición que el sistema anterior no contenía y que ahora se levanta como un sólido dique en resguardo de la libertad frente al estatismo socialista”, citado por BRAÑES BALLESTEROS, Raúl en: “Chile, la nueva constitución económica. Los modelos constitucionales neoliberales”, Comercio Exterior, vol., 32, núm. 1, México, 1982, p. 36.

ral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regule”. La protección a la libre iniciativa es subrayada al establecer en el artículo 19º, número 26 que la ley que regule sus restricciones no podrá afectarlas en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

LA IGUALDAD JURIDICA ENTRE LOS COMPETIDORES

Dentro del Título III, del Régimen Económico, Capítulo I (“Principios Generales”) se incluyen tres normas que en nuestro concepto reconocen implícitamente la libre competencia económica y constitucionalizan el principio de igualdad jurídica entre todos los competidores. En efecto, el artículo 112º al declarar que “El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y empresa. Las empresas estatales, privadas cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características”, está reconociendo implícitamente la libre competencia económica, en la medida que sanciona expresamente el principio de coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y empresa.

La libre competencia es regulada por el principio de igualdad jurídica entre todos los competidores. Este principio se basa, conjuntamente con la declaración contenida en el artículo 112º, en dos preceptos fundamentales: la actividad empresarial del Estado consagrada en el artículo 114º y el libre ejercicio de la iniciativa privada en una economía social de mercado sancionada en el artículo 115º. El reconocimiento de este régimen de igualdad de ejercicio por parte de sus titulares implica necesariamente que la Constitución económica peruana se fundamenta en el principio de libertad de competencia económica. Todos los participantes (sean públicos o privados) han de luchar entre sí para la obtención de sus fines económicos en régimen de igualdad, esto es, de competencia.

La doctrina mercantilista ha subrayado la igualdad entre los competidores como uno de los pilares del Derecho de competencia. Así, Ascarelli señala: “Precisamente porque la disciplina de la

conurrencia desleal concierne a determinados actos, no se resuelve en una tutela privilegiada del empresario, y precisamente porque la disciplina especial de estos actos encuentra, a su vez, justificación en la exigencia de disciplinar, y, en interés general, la concurrencia, permanece fiel aquel criterio de igualdad entre sujetos, que es fundamental en el Estado moderno” (55).

En el debate constitucional el representante Alayza Grundy definió claramente el principio de igualdad jurídica entre los competidores subyacente en la norma que consagra el pluralismo económico: “Esto significa que hay un principio de igualdad entre las formas de propiedad y empresa. No estamos reafirmando el pluralismo del cual se habló años atrás, que era la tolerancia para ciertas formas de empresa privada pero con clara prioridad, y aun hegemonía de las no privadas. Aquí se trata de pluralismo democrático que las hace a todas iguales, sin privilegio para ninguna” (56).

Más aún, dentro de la iniciativa privada reconocida en el artículo 115° se incluye a todas las modalidades empresariales no públicas que conjuntamente con la iniciativa empresarial del Estado deben someterse a las reglas de juego del mercado. Ante otro auditorio, Alayza formuló las siguientes precisiones “... privado no significa solamente individual. Privado es cualquier forma de cooperativa. Privadas son las fórmulas comunales, tanto las tradicionales en nuestro país, como las nuevas que se están formando y contra las cuales no tenemos enemistad ni oposición, sino que simplemente les pedimos eficiencia para que puestas en la misma línea de partida con cualesquiera de las otras entren también al mercado y demuestren allí su calidad. Me estoy refiriendo como bien saben los peruanos presentes, a las llamadas empresas de Propiedad Social” (57). Y más adelante señaló: “... y para nosotros la empresa autogestionaria tiene el mismo derecho a la vida y a luchar en la competencia del mercado que la empresa cooperativa, la empresa

(55) ASCARELLI, Tulio, *Teoría de la Concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, Bosch, 1970, p. 167.

(56) *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978, T. VI, cit. p. 386.*

(57) ALAYZA GRUNDY, Ernesto. Debate Político-Económico: “Alternativas para un sistema económico peruano”. En: *Economía social de mercado*, cit., p. 311.

privada, sea esta individual o societaria y la empresa pública” (58).

En nuestro concepto, este régimen de paridad o competencia, al que se someten tanto la empresa pública como la empresa privada, constituye una garantía para la empresa privada, puesto que la empresa pública ha de someterse a las reglas de juego del sector privado para sobrevivir en el mercado.

Desde el punto de vista marxista, el representante Malpica sostuvo que siendo el modo de producción dominante en el Perú el capitalismo, el pluralismo económico “... no tiene ninguna importancia ...” (59).

Debemos señalar que el principio de igualdad de los competidores está reconocido en diversos ordenamientos económicos fundamentales. Así, el artículo 41º de la Constitución italiana de 1947, si bien consagra la libre iniciativa no le atribuye la primacía sobre la iniciativa pública, como la hacía la Carta de Lavoro. El artículo 41º ha situado en un plano de igualdad tanto a la iniciativa privada como a la pública. En la Constitución española de 1978 se reconoce el principio de igualdad jurídica de todos los competidores en el artículo 9º, 2 que establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida ... económica” (60). La Constitución española reconoce en un régimen de paridad tanto la libre iniciativa económica privada (artículo 38º) como la libre iniciativa pública (artículo 128º, 2). Es interesante resaltar que la igualdad jurídica de ambas iniciativas ha superado el principio de subsidiariedad consagrado en la Declaración X de la ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de 1958. Así, el principio de igualdad jurídica de la competencia sitúa al Estado en un mismo pie de igualdad a la hora de intervenir en el mercado, salvo el caso

(58) Loc. cit.

(59) *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978*. cit., p. 394.

(60) FONT GALAN, Juan Ignacio, “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978”, cit., pp. 216-217.

de que mediante ley se reserve al sector público recursos o servicios esenciales como lo permite el artículo 128º, 2 (61).

Siguiendo esta línea, la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad de empresa es un principio constitucional que reconoce a la igualdad jurídica entre todos los competidores, pudiendo ser esgrimido para defender a la iniciativa pública de una concepción ortodoxa de Estado subsidiario. En última instancia, dependerá la aplicación de este principio de la opción programática o ideológica del gobierno en el poder.

Avendaño ha señalado que el principio de coexistencia democrática aludiría a una presencia espontánea pero a la vez regulada por el Estado mediante la planificación concertada (62). A nuestro juicio, es compatible esta modalidad de planificación con el régimen de libre competencia, pues la planificación puede utilizarse como un instrumento ordenador de las impurezas del mercado (publicidad falaz, dumping, etc.) así como para garantizar la coexistencia de las diversas formas de propiedad y empresa reconocidas en el artículo 112º.

LA LIBRE CONCURRENCIA Y LA POLITICA ANTIMONOPOLICA

El principio de libre competencia reconocido en el artículo 112º. es subrayado expresamente en el artículo 131º dentro del Capítulo IV (“De la empresa”) del Título III de nuestro ordenamiento fundamental. Esta norma proclama que: “El Estado reconoce la libertad de comercio e industria”. Y agrega que la ley determina sus requisitos, garantías, obligaciones y límites precisando finalmente que su ejercicio no puede ser contrario al interés social, a la moral, a la salud o seguridad pública.

Sin embargo, la libre competencia está regulada con imprecisión en lo referente a los monopolios, oligopolios, acaparamientos,

(61) *Ibíd.*, pp. 233-234.

(62) AVENDAÑO, Jorge, “Propiedad y empresa en la nueva Constitución”. En: *La nueva Constitución y su aplicación legal. Nueve ensayos críticos*, Lima, Centro de investigación y Capacitación (CIC) y Francisco Campodónico F., Coeditores, 1980, p. 152.

prácticas y acuerdos restrictivos a la actividad industrial y mercantil, etc. La Constitución económica incurre en contradicciones de carácter doctrinario al declarar en el artículo 133° que están “prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes”, dentro de un modelo económico de competencia imperfecta que el propio texto fundamental reconoce implícitamente como demostraremos.

Al no incluir una norma que precise lo que es el monopolio, el acaparamiento, las prácticas restrictivas de la actividad industrial y mercantil, ni definir el concepto de “normal actividad del mercado” parecería desprenderse que la Constitución económica peruana asumiría el esquema teórico de la competencia perfecta o pura basada en los principios de libertad y acceso al mercado, homogeneidad de los productos o servicios, atomismo y transparencia del mercado, ausencia de un poder de control sobre los precios, movilidad de los factores de producción, etc.

En realidad, la competencia perfecta o pura tal como ha sido definida por los economistas no se ha producido nunca. Samuelson señala sobre esta compleja cuestión lo siguiente: “Un cínico podría decir de la libre competencia lo que Bernard Shaw dijo, en cierta ocasión, del cristianismo: Que su único defecto consiste en que nunca ha sido puesto en práctica” (63).

La competencia pura constituye sólo un modelo teórico elaborado por los economistas para aplicarlo a una forma concreta de funcionamiento ideal del mercado. Samuelson señala que no es posible intentar crear un sistema de competencia perfecta por medio de la legislación y sostiene que “el problema estriba en crear una competencia razonablemente eficaz y practicable” (64).

Según Samuelson, la mayor parte de las situaciones del mercado están en realidad en algún punto que une dos extremos: el de

(63) SAMUELSON, Paul Anthony, *Curso de Economía Moderna*, Madrid, Aguilar, 1966, pp. 40-41.

(64) *Ibíd.*, p. 46.

la competencia perfecta y el del monopolio absoluto (65).

Por su parte, Galbraith subraya que el sistema capitalista está organizado como una estructura oligopólica basada en la presencia de pocos productores y muchos compradores. En un interesante libro Galbraith (66) describe una visión del sistema de mercado que difiere profundamente de la perspectiva neoclásica. Galbraith desmitifica a la teología del mercado, demostrando que su papel regulador de la economía ha sido superado por la decisión planificada de un pequeño número de grandes empresas que conforman el sistema industrial, decidiendo acerca de qué, para quién y a qué precios va a producirse.

A nuestro juicio, el antimonopolismo declarado en el artículo 133° ha sido relativizado por una serie de disposiciones contenidas en el ordenamiento económico fundamental que nos permiten concluir que el modelo económico constitucionalizado es el de la competencia imperfecta.

En esta dirección, Avendaño señala que no resulta claro si esta norma prohíbe también los monopolios públicos, pero siguiendo un criterio de interpretación al analizar el artículo 134° que prohíbe expresamente los monopolios estatales en los medios de comunicación, concluye que tales monopolios no estarían prohibidos para el resto de actividades industriales y mercantiles (67).

En todo caso, debemos señalar que al reconocer constitucionalmente el artículo 114° la reserva para el Estado de actividades productivas o de servicios por causa de interés social o seguridad nacional, está admitiendo los monopolios públicos.

En este mismo sentido, el artículo 127° permite que la ley, por razón de interés nacional pueda establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condi-

(65) *Ibidem*, p. 560.

(66) GALBRAITH, John Kenneth. *El nuevo Estado Industrial*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972.

(67) AVENDAÑO, Jorge, *Op. cit.*, p. 146.

ción o ubicación. Asimismo, debemos tener en cuenta al artículo 152° que permite implícitamente el monopolio público en las actividades bancarias, financieras y de seguros.

Las excepciones al antimonopolismo no se limitan al sector público, pues el artículo 129° garantiza los derechos de autor, inventor, nombres, marcas, diseños y modelos industriales y mercantiles. Chamberlin en su clásica obra “Teoría de la competencia monopolística” ha señalado, con claridad que no deja dudas sobre el particular, que las patentes, derechos de autor y marcas registradas son monopolios (68). Por su parte, Alayza Grundy, reconoció en el debate constitucional la tendencia monopólica de las marcas registradas (69). Debemos resaltar que Samuelson considera a las patentes y a las marcas como una manifestación de la competencia imperfecta denominada “diferenciación del producto” (70).

En el haz de todas estas excepciones reconocidas constitucionalmente, aparece con nitidez la regla general configuradora del sistema de concurrencia constitucionalizado: La competencia económica imperfecta.

Los economistas ha acuñado esta expresión para designar a la situación en que se encuentra la competencia en un modelo de economía en el que han penetrado determinados factores monopolísticos. Siguiendo a Font Galán (71), utilizaremos la expresión “competencia imperfecta” para aludir a una conformación del mercado en el que coexisten la libertad de competencia —como formulación de principio básico— y determinados factores interaccionistas que caracterizan al modelo por las siguientes líneas fundamentales:

1. Libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios.
2. Carencia de homogeneidad de los productos o servicios y carácter sustituible de los mismos.

(68) CHAMBERLIN, Edward Hastings, *Teoría de la competencia monopolística*. México, Fondo de Cultura Económica, 1956, pp. 66 y ss.

(69) *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978*, cit., p. 501.

(70) SAMUELSON, Paul Anthony, *Op. cit.*, p. 544.

(71) FONT GALAN, Juan Ignacio, *Op. cit.*, pp. 238-239.

3. Presencia en cada mercado de los denominados poderes económicos que manipulan, directa o indirectamente, la oferta, la demanda y los precios.
4. Tendencia a la concentración de grandes empresas que configuran situaciones monopolísticas.
5. Intervención del Estado en la economía para regular la vida económica de los distintos sectores y mercados, así como para desarrollar directamente actividades económicas.
6. Existencia de un determinado grado de competitividad entre las empresas.

Demostrada la inviabilidad de la competencia pura y el reconocimiento constitucional de la competencia imperfecta, debemos determinar los alcances de la política antimonopólica establecida en el artículo 133°. En nuestro concepto, el quid de la cuestión está en encontrar esa competencia “razonablemente eficaz y practicable” a la que alude Samuelson.

La base fundamental para la reforma del sistema de concurrencia es proporcionada por la escuela de Friburgo, cuyas líneas político-económicas centrales se inspiran en la necesidad de sustituir el liberalismo desordenado por el Ordoliberalismo o liberalismo ordenado cuyo objetivo es la promoción de la libre competencia. Después de un prolongado debate de más de una década, el 27 de julio de 1947 se impone finalmente la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (ley contra las prácticas restrictivas de la competencia, que denominaremos GWB), Tietmeyer (72), precisa que la GWB es considerada “la Constitución de la economía social de mercado” y distingue como sus principales aspectos a:

1. Una prohibición general de la formación de carteles con excepciones (tales como: cooperaciones de empresas pequeñas y medianas, carteles de racionalización, carteles para superar crisis estructurales, etc.)
2. El control de la fusión de empresas grandes para evitar la

(72) TIETMEYER, Hans, “Las bases históricas y el desarrollo de la economía social de mercado en la República Federal Alemana”. En: *Economía social de Mercado*, cit., pp. 42-43.

formación de una estructura de mercado oligopólica por la Oficina de Vigilancia de Carteles.

3. Una vigilancia contra los abusos que puedan cometer las empresas que ya tienen una fuerte posición en el mercado.

En la reforma de la GWB de 1973 se abandonó el concepto de la competencia perfecta, reemplazándolo por el principio de la competencia operativa: “Funktionsfähiger Wettbewerb” (73).

Erhard ha señalado que las diferencias de concepción en relación con los carteles y sus consecuencias culminan en un dualismo: legislación de prohibición o legislación de abusos (74). En esta segunda concepción, Roberto MacLean presentó con fecha 13 de mayo de 1980 un Anteproyecto relativo a los monopolios, oligopolios acaparamientos, prácticas restrictivas, etc. en base del artículo 133^o de la Constitución peruana de 1979, que fue la primera iniciativa para una legislación antitrust o antimonopolio moderna en el Perú.

El Anteproyecto denominado de “Libre Concurrencia en el Mercado” reunía a las diversas variantes restrictivas de la competencia, a la luz de la legislación comparada, así como las reconocidas en el Modelo de Ley para controlar las prácticas restrictivas del comercio para los países en vías de desarrollo preparado por el Secretariado de UNCTAD y publicado por Naciones Unidas en 1979. El Anteproyecto no prohíbe el monopolio u oligopolio y adopta el concepto moderno de “abuso de posición dominante en el mercado” (75). MacLean es preciso al señalar que la idea central

(73) Este tema está desarrollado en un interesante artículo de GALAN CORONA, E. . . . “La reforma de la ley alemana contra las restricciones de la competencia de 4 de junio de 1973” en Revista de Derecho Mercantil, núm. 132-133, Madrid, 1974, pp. 255 y sgtes.

(74) ERHARD, Ludwig, *La Economía Social de Mercado*, Barcelona, Editorial Omega, 1964, p. 183.

(75) Para los efectos del Anteproyecto se entiende: a) que una empresa goza de posición de dominio en el mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o en parte de él, o cuando, sin ser la única,

“no es condenar los monopolios en sí, sino en cuanto sean perjudiciales para el interés público. Esta es la interpretación que la Corte Suprema de Estados Unidos ha dado al Sherman Act. a través de su ‘Reglamento de la Razonabilidad’; o la solución inglesa que sólo combate los monopolios que atentan contra el interés público. Algunas legislaciones modernas, como los artículos 85° y 86° del Tratado de la Comunidad Económica Europea substituyen el concepto del monopolio por uno más adecuado, el de abuso de la posición dominante de mercado. Este es el concepto doctrinario que inspira el artículo 1° del anteproyecto, el que no condena los monopolios u oligopolios en sí, sino las prácticas abusivas al amparo de una posición de dominio” (76).

Debemos concluir precisando que la Constitución económica al reconocer como modelo de concurrencia a la competencia imperfecta ha relativizado los alcances del artículo 133°. Una interpretación sistemática del conjunto de normas sobre la concurrencia incluidas en el ordenamiento económico fundamental, nos lleva a sostener que no se ha optado por el esquema teórico de la competencia pura, sino por una competencia razonablemente viable, aunque se admite la prohibición de los monopolios, oligopolios, acaparamientos y prácticas restrictivas de la actividad industrial y mercantil en aquellas situaciones en las cuales se actúe de manera lesiva al desarrollo económico y social del país.

La Constitución económica incluye otras disposiciones que conforman la política antimonopólica fundamental. En esta dirección, el artículo 134° establece que la prensa, radio, televisión y demás medios de expresión y comunicación, y en general las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expre-

no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo; b) que dos o más empresas gozan de una posición de dominio en el mercado para un determinado producto o servicio cuando no existe competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional o en parte de él, (artículo 3°).

(76) Exposición de motivos del Anteproyecto de Decreto Ley regulando la libre concurrencia en el mercado, pp. 6-7. Texto inédito recogido en los anexos de la tesis de DE LA PIEDRA, Juan Manuel, *Iniciativa de base para una legislación sobre monopolios*, PUC., Programa Académico de Derecho, Lima, 1981.

sión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado.

En el debate constitucional, Cornejo Chávez criticó esta norma por no prohibir los oligopolios en los medios de comunicación social. Así, sostuvo: “considero que no debe prohibirse solamente el monopolio, sino el oligopolio, porque nunca se ha dado que yo sepa, en el Perú, el caso de que una sola empresa sea dueña de todos los periódicos; lo que si ha ocurrido y en mi concepto no deberíamos permitir que vuelva a ocurrir, es que un pequeño grupo de intereses oligopólicos, de tipo oligárquico o familiar, han acaparado la potencia editorial, como alguna vez llamó alguien a la influencia que tienen los órganos de prensa” (77).

Por último, debemos señalar como parte de la política antimonopólica el artículo 137° que establece que la autorización, registro y supervisión de la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología como complementarias de las nacionales están encomendadas al Estado, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional, y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración (78); al artículo 159°, 1, dentro del Capítulo VII (“Del Régimen Agrario”) que prohíbe el latifundio y el artículo 163° dentro del Capítulo VIII (“De las Comunidades Campesinas y Nativas”), que prohíbe el acaparamiento de tierras dentro de las Comunidades.

Concluyendo debemos referirnos a las normas en la legislación comparada que regulan los monopolios privados y las prácticas restrictivas de la libre concurrencia. De este modo, la Constitución brasileña de 1969 en su artículo 160° como principio de su ordenamiento económico sanciona la “represión del abu-

(77) *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978*, T. VI, cit., p. 518.

(78) Uno de los promotores de la política antimonopólica en el ámbito latinoamericano ha sido el Grupo Andino, básicamente en lo relativo a la transferencia de tecnología. Dentro de esta política el Perú ha sido firmante de las Decisiones 24 y 85.

so de el poder económico, caracterizado por el dominio de los mercados, la eliminación arbitraria de la competencia y el aumento arbitrario de los beneficios”. Nótese que no se prohíbe a los monopolios en sí mismos. La Constitución filipina de 1972 establece en su artículo 2º del título XIV, que “el Estado regulará o prohibirá los monopolios privados cuando lo exija el interés público” y agrega que “no se permitirán coaliciones restrictivas de la competencia o de competencia desleal”. Asimismo, es interesante destacar el artículo 81º, g) de la Constitución portuguesa de 1976 que encomienda al Estado como misión prioritaria: “eliminar e impedir la formación de monopolios privados, mediante la nacionalización o de otra forma, así como reprimir los abusos de poder económico y cualesquiera prácticas lesivas del interés general”.

CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

a) No ha sido desarrollado en nuestro medio jurídico el concepto de “Constitución Económica” de origen alemán y que alude a las concepciones fundamentales del Estado respecto de la propiedad privada, la libertad de comercio e industria, la naturaleza y el grado de intervención del Estado en la economía, el grado de iniciativa de los participantes en el mercado y la protección jurídica de esta iniciativa. La Constitución peruana de 1979 al dedicar el Título III al Régimen Económico, está sancionando, en forma sistemática, un conjunto de normas que conforman la denominada “Constitución Económica”.

b) El denominado principio de subsidiariedad o supletoriedad es sostenido por las tendencias neoliberales para restringir al máximo la intervención del Estado en la actividad empresarial. Este principio no corresponde necesariamente con el Estado de derecho liberal. Así, encontramos sus antecedentes históricos en el ordenamiento constitucional franquista —que se declaraba como Estado subsidiario— y recientemente en el derecho constitucional comparado encontramos la incorporación de este anacrónico principio en la Constitución chilena de 1980 impuesta por la Junta Militar de Gobierno de ese país, y que constituye uno de los modelos constitucionales neoliberales más coherentes del mundo.

En términos generales este principio afirma que la presunción

siempre debe jugar a favor de la iniciativa privada. A ésta se la regula, no se la sustituye y sólo cuando es insuficiente se la suple. De este modo, el Estado simplemente intervendría para hacer cumplir las leyes y administraría a aquellas actividades que por su baja rentabilidad no son atractivas para los inversionistas privados pero que son necesarias para apoyar o promover a las actividades de mayor rentabilidad.

En esta dirección, la interpretación en una línea neoliberal del artículo 115° que constitucionaliza el modelo de “economía social de mercado” y su concordancia con el artículo 113° que establece que el Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo permitirían sostener que la Constitución económica consagra el principio de subsidiariedad.

c) Para defender la iniciativa empresarial pública de la concepción del Estado subsidiario es preciso tener en cuenta otras disposiciones fundamentales como los artículos 112° y 114°. El primero de los mencionados sanciona el denominado principio de igualdad jurídica entre todos los competidores al establecer que la economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. De este modo, se estatuye un pluralismo empresarial que hace a todas las modalidades empresariales iguales jurídicamente sin privilegios para ninguna. Esta norma constituye una evidente negación del principio de subsidiariedad puesto que la actividad empresarial del Estado no es consecuencia de un deber de supletoriedad sino producto de un derecho que le atribuye el reconocimiento de la igualdad jurídica de la iniciativa pública en la actividad económica. La Constitución económica ha desechado así la concepción de que la presunción debe jugar siempre a favor de la iniciativa privada.

En cuanto al artículo 114° que establece que por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios, debe señalarse que pese a sus limitaciones implica una exclusión en dichos supuestos de la actividad privada y de hecho la nacionalización. De este modo, se ratifica que el ordenamiento económico fundamental no ha sancionado el principio de subsidiariedad.

d) La Constitución económica peruana incluye una norma polémica, que fué resultado de una transacción entre los grupos mayoritarios –Partido Aprista y Partido Popular Cristiano– representados en la Asamblea Constituyente, aquella que la adhiere al modelo económico de “economía social de mercado”, al declarar que la iniciativa privada se ejerce en ese sistema.

Esta polémica expresión más que empleada por las ciencias sociales, es propia de la programación política de diversos partidos europeos de orientación neo-capitalista, especialmente de la democracia cristiana alemana. Así, ignorando el significado y los alcances del concepto “social” dentro del ordenamiento constitucional alemán, economistas y políticos de orientación neoliberal denominan a su sistema pretendiendo tender puentes para su aceptación por los partidos socialistas europeos. Ni el estudio de los textos de los patriarcas de la economía de mercado (Hayek, Röpke, Müller-Armack, Erhard, Friedman) permite precisar de manera inequívoca este concepto. Empero, podemos resumir los principios centrales del programa neoliberal en:

1. El libre juego de las fuerzas del mercado sin interferencias, en un régimen de libre competencia, lleva a la más óptima asignación de recursos y a la remuneración de los factores productivos según su aportación a este proceso.
2. Para que ello suceda, es imprescindible evitar todas las restricciones a la libre competencia. Estas restricciones se manifiestan tanto en la combinación de las empresas para aumentar los precios, como en las de la fuerza de trabajo para aumentar sus salarios.
3. El Estado debe ser absolutamente subsidiario o supletorio. De este modo, hay que evitar un sobredimensionamiento estatal hipertrófico que intervenga arbitrariamente en la actividad económica y sustraiga a la acumulación de capital.
4. Por último, hay que frenar la inflación regulando la emisión monetaria y evitando el déficit fiscal de donde surge aquélla. Asimismo, surge la indispensable necesidad de controlar el aumento del gasto público.

En cuanto al componente “social” del modelo, éste sólo es posible en países con un alto grado de desarrollo, pues está referi-

do a un vasto sistema de seguridad social, que incluye prestaciones por desempleo, absolutamente inviable en países de capitalismo periférico como el Perú.

A nuestro juicio, la declaración del Estado social y democrático de derecho contenido en el texto fundamental de 1979 debe impulsar al legislador hacia interpretaciones eminentemente socializantes del concepto de “economía social de mercado”. Esta interpretación se refuerza por la lectura del Preámbulo de la Constitución que declara la voluntad de los constituyentes de “promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía...” Asimismo, el primer párrafo del artículo 110º declara que: “El régimen económico se fundamenta en los principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana”. Estas declaraciones constituyen traducción práctica del principio de Estado social y democrático de derecho y son criterios valiosos de interpretación del ordenamiento económico fundamental. De este modo, la expresión “economía social de mercado” no debe leerse en sentido neoliberal, sino en el sentido de economía de mercado socializada.

e) La Constitución de 1979 recoge un concepto ya reconocido en el texto de 1933 que, respetando la idea de propiedad privada, fetichizada por la burguesía, supere a la vez el individualismo y a la absolutividad como notas esenciales que hasta ahora se predicaban de ese derecho: la función social de la propiedad. Este concepto que es, asimismo aplicable al ejercicio de la libertad de iniciativa privada es criticado por su ambigüedad, que para muchos autores hace dudar de su validez. A nuestro juicio, es posible deducir algunos criterios de materialización de la función social de la propiedad privada y del ejercicio de la libre iniciativa que configuran técnico-jurídicamente el interés social y restrinjan así la libertad económica. Hemos propuesto en el presente trabajo inferir esos criterios a través del análisis de las exigencias socio-económicas de desarrollo incluidas en el artículo 110º (el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo, la distribución equitativa del ingreso, el

fomento de los diversos sectores de la producción y la defensa del interés de los consumidores) así como de las diversas exigencias sociales incluidas en el Título III (“Del Régimen Económico”).

f) La Constitución económica peruana en sus artículos 114º, 115º, 127º, 129º, 133º, 134º, 137º, 153º, 159º y 163º regula con imprecisión la libre concurrencia del mercado en lo relativo a los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos a la actividad industrial y mercantil.

El texto fundamental peruano no incluye norma alguna que explique los conceptos de monopolio, oligopolio, acaparamiento prácticas restrictivas de la actividad industrial y mercantil, ni defina lo que debe interpretarse por “normal actividad del mercado”. De este modo, parecería desprenderse que la Constitución económica peruana asumiría el esquema teórico de la competencia perfecta o pura que tal como ha sido definida por los economistas no se ha producido nunca. Este tipo de competencia sólo es un modelo teórico elaborado para aplicarlo a una forma concreta de funcionamiento ideal del mercado.

A nuestro juicio, el antimonopolismo declarado en el artículo 133º ha sido relativizado por una serie de disposiciones contenidas en el ordenamiento económico fundamental que nos permite concluir que la regla general configurada del sistema de concurrencia constitucionalizado es la denominada competencia económica imperfecta. Entre estas excepciones debemos señalar el reconocimiento de los monopolios públicos en los artículos 114º y 127º y de los derechos de autor, inventor, nombres, marcas, diseños y modelos industriales y mercantiles en el artículo 129º. En consecuencia, resultaría más coherente con el conjunto del texto constitucional la modificación del artículo 133º.

LA FALTA GRAVE LABORAL

Mario Pasco Cosmópolis

La falta grave laboral es tema importante del Derecho del Trabajo, pues aquélla constituye en casi todos los países la causa unánimemente aceptada por la terminación justificada del contrato de trabajo. Conceptualmente —en tanto incumplimiento contractual—, puede ser cometida por el trabajador como por el empleador, y autorizar a la contraparte a dar por concluido el vínculo. En su acepción más generalizada, empero, está referida a la conducta del trabajador y es, por lo tanto, el principal de los motivos para legitimar la más radical de las sanciones: el despido disciplinario.

El tema asume caracteres aún más trascendentes en los países como el nuestro donde existe estabilidad absoluta en el empleo, derecho que hace prevalecer la subsistencia del vínculo laboral sobre la voluntad del empleador y que somete la ruptura del mismo a la existencia de una causa justificada, causa que algunas veces es sólo la falta grave en el ámbito individual.

Definición

La falta grave puede ser definida como el incumplimiento contractual imputable al trabajador, a tal punto grave que no permite la continuación de la relación laboral; esto es, una lesión irreversible al vínculo laboral, producida por acto doloso o culposo del trabajador, que hace imposible o indeseable la subsistencia de la relación laboral y que autoriza al empleador a darle término sin necesidad de preaviso ni obligación de pago de indemnización por despido.

Américo PLA RODRIGUEZ la define como “conducta insoportable que hace imposible la continuación del vínculo laboral” (1); Carlos CARRO ZUÑIGA, como “incumplimiento contractual,

(1) En Fórum realizado en Lima por la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, en noviembre de 1982.

culpable y GRAVE del trabajador” (2) que es la fórmula del art. 54.1 del Estatuto de los Trabajadores de España; el D.L. 22126 peruano lo hace, de modo elíptico, en su art. 1º: “Casos en que, por acción u omisión, el trabajador incumple sus obligaciones en perjuicio de la producción, la productividad, la disciplina y armonía en el centro de trabajo”.

Todas las definiciones giran en torno a un concepto uniforme y claro: “Notoria mala conducta que justifica el despido”. En cuanto hecho es, pues, una infracción dolosa o de insalvable culpa que se produce en agravio de la empresa, de sus representantes o de la producción, y se la denomina también “injuria laboral”, “mala conducta” o “inconducta”.

Que sea grave es requisito sine qua non: Las faltas menores son sancionables, dentro de la órbita de las facultades disciplinarias del empleador, con amonestación verbal o escrita o con suspensión sin goce de haber por uno o más días.

La gravedad de la falta deviene por lo general de la naturaleza intrínseca del hecho, aunque a veces deriva de su reiteración, lo que hace que la aplicación de la sanción deba ejecutarse sobre la base de la evaluación de la infracción cometida y de los antecedentes del sujeto. Sin embargo, estos antecedentes en el caso laboral sólo tienen valor cuando corresponden al mismo ilícito; por ejemplo, en las ausencias consecutivas que constituyen abandono del trabajo o las discontinuas que se acumulan; en el desacato, tipificado como la reiterada resistencia al cumplimiento de las órdenes; en la embriaguez, que debe también ser habitual o, al menos, repetida.

No se agrava la falta por los antecedentes disciplinarios en casos diversos al que se pretende sancionar con el despido. En sentido estricto, tales antecedentes sólo operan subjetivamente para orientar la decisión de despedir, pero no objetivamente para valorar la falta; aunque como dice Alfredo J. RUPRECHT (3): “Hay

(2) “La falta grave como causa de despido”, en *El Derecho Laboral en Iberoamérica*, México, 1981, p. 299.

(3) “Contrato de Trabajo”, Buenos Aires, 1960, p. 407.

que tener un criterio cuantitativo y cualitativo. Una falta leve, reiterada, puede llegar a ser grave (cuantitativo); una falta seria puede perder ese carácter por haber sido cometida por un trabajador intachable, con muchos años de servicios (cualitativo)”.

Caracteres

Los caracteres de la falta grave, esto es, los requisitos para que una infracción laboral configure causa justificada de despido, son precisados de manera diversa por los autores.

Wagner GIGLIO (4) señala que para DORVAL DE LACERDA serían siete: previsión legal, perjuicio al denunciante, veracidad, actualidad, gravedad, vínculo etiológico y conexión con el servicio; para Mozart Víctor RUSSOMANO, tres: gravedad, actualidad e intermediación entre la falta y la rescisión; y para la mayoría de los autores: gravedad, actualidad y relación causa-efecto (nexo etiológico).

Para Manuel ALONSO OLEA son también tres: el incumplimiento del trabajador debe ser contractual, grave y culpable (5).

Para GIGLIO, “la gravedad es el único requisito; todos los demás son factores externos; importantes, pero extraños a la infracción en sí misma”. Desarrollando esta idea, cita a BORTOLOTTO en la definición del criterio de evaluación de la gravedad: “Sólo habrá acto faltoso suficiente para justificar el despido cuando se verifica una infracción, de tal modo grave, que impida la continuación, incluso provisional, de la relación de trabajo” (6), que es prácticamente la definición de la ley italiana (art. 2.119, párrafo 1º, del Código Civil).

La gravedad es consustancial al concepto; el adjetivo se enlaza de modo tan inseparable al sustantivo que, en realidad, forman un solo vocablo, una palabra compuesta: “falta-grave”

Como dice CARRO ZUÑIGA, “la causa de despido, en tanto

(4) “*Justa causa*”, Sao Paulo, 1981, p. 21.

(5) “*Derecho del Trabajo*”, Madrid, 1980, p. 300.

(6) *Op. cit.*, p. 23.

“justa”, debe ser de entidad notable y suficiente, capaz de generar en equitativo equilibrio y correspondencia, el serio acto potestativo de desvinculación unilateral del empleador” (7).

No es, sin embargo, la gravedad el único requisito, en nuestra opinión. También lo es la tipicidad, en particular en los países que han adoptado el sistema cerrado o de “*numerus clausus*” en su calificación. Si una infracción, aún manifiestamente “importante, intensa o grande”, no está expresamente señalada en la ley, siendo falta y siendo grave, no es “falta-grave” en el estricto sentido jurídico que a este término se le asigna, como motivo justificado de terminación de la relación contractual.

La hipótesis no es arbitraria, ni un mero ejercicio especulativo, sino que ha tenido y siempre puede tener concreción real. Es el caso auténtico del Decreto Ley 18471 peruano que omitió señalar como faltas graves el faltamiento de respeto, la agresión física (lo que permitió la reposición en el trabajo de personas que, por ejemplo, habían golpeado físicamente a sus superiores jerárquicos) y el sabotaje; y es también el de algunas faltas omitidas por el actual Decreto Ley 22126, que veremos más adelante.

Cabe siempre, por cierto, aducir que una infracción como el sabotaje importa una inexcusable violación de los deberes fundamentales que emergen y dan sustento a la relación laboral. Pero por este tipo de razonamiento, no existiría jamás una tipificación taxativa pues todo acto infractorio, de acuerdo a la perspectiva de quien lo juzgue, podría quedar incorporado en el concepto de falta grave.

Tipicidad y gravedad son, entonces, a nuestro criterio, los caracteres o requisitos esenciales para que una infracción laboral sea admitida como suficiente para justificar el despido disciplinario.

Hay, no obstante, principios que contornan a la falta grave y que condicionan su aplicabilidad. Tales principios, que configuran el marco jurídico en que se desenvuelve la facultad sancionada-

(7) Op. cit., p. 299.

ra del empleador, tienen especial relieve cuando se trata de la falta grave, que es el mayor de los ilícitos laborales, y del despido, que es su máxima sanción.

Sucintamente pueden ser enunciados como:

– *Inmediación*: La falta debe ser sancionada tan pronto es advertida o, en caso sea necesario, al culminar la investigación que la demuestra. La falta no sancionada oportunamente se reputa condonada.

GIGLIO opina al respecto que “no bien tome conocimiento de la práctica de un “acto faltoso”, el empleador debe proceder a la aplicación de la penalidad. No haciéndolo, el empleador mantendrá, por así decirlo, engatillada y apuntada contra el empleado el arma de que dispone: el poder de sancionar; viviendo sobre permanente amenaza de ser sancionado, el empleado no tendría libertad para manifestar su voluntad, transformándose en un semi-incapaz” (8).

Añade, sin embargo, al respecto:

“En caso de justa causa configurada por una serie de “actos faltosos” sucesivos en el tiempo, pero reiteradamente practicados (desidia, práctica de juegos de azar, etc.), la actualidad de la falta será considerada a partir del conocimiento de la última infracción” (9).

– *Demostración*: Aunque hay legislaciones que condicionan el despido a la realización previa de una investigación exhaustiva, es decir, que lo colocan como la culminación y no en el inicio de un proceso, lo más corriente es que la facultad de despedir sea ejercida unilateral y discrecionalmente por el empleador.

La exigencia de demostración de la veracidad de la acusación es posterior, y ocurre a consecuencia del reclamo que el servidor afectado pudiera hacer ante los órganos jurisdiccionales.

(8) Op. cit., p. 24.

(9) Ibíd, p. 28.

– *Imputación*: El despido es acto unilateral pero necesariamente recepticio. Es requisito para su validez el que la falta haya sido comunicada al trabajador; que éste sea emplazado con una acusación clara, directa, precisa, inequívoca.

Ello, en primer lugar, para permitir su adecuada defensa; pero, además, porque la falta no sancionada queda perdonada. No es válido argumentar en juicio, como justificación del despido, una infracción que no fué invocada expresamente en el documento formal en que la sanción fué puesta en conocimiento del trabajador.

– *Non bis in idem*

Otro principio fundamental que entorna necesariamente la sanción consiste en que al empleador “no le es permitido renovar la punición, por la misma falta. Su derecho de sancionar se agota con la aplicación de la penalidad escogida. En caso contrario, esto es, si fuese posible reconsiderar la penalidad para agravarla o repetirla, caería por tierra toda la estabilidad de las relaciones laborales, toda vez que el empleador gozaría de un poder dictatorial, manteniendo a sus empleados en una permanente y angustiosa incertidumbre, amenazando constantemente con una repetición de la pena, en el momento que mejor le aprovecharé” (10).

En cuanto a otros factores mencionados por diversos autores tales como vínculo etiológico, conexión con el servicio, perjuicio al empleador, entendemos que ello aparece involucrado en el concepto de tipicidad: la ley sólo admite como falta grave aquélla infracción que reúne tales características. Diversamente, si teniéndolas, la ley no la reconoce como tal, carece de la base jurídica indispensable para ser reputada falta grave.

Tipificación

Los sistemas usados para identificar la falta grave son: a) tipificación legal; b) tipificación jurisprudencial; y, c) mixto; a los que José MONTENEGRO BACA (11) denomina respectivamente:

(10) *Ibíd.*, p. 22

(11) En el Fórum de APERT (Lima, noviembre de 1982).

a) enumerativo o taxativo; b) abierto; y, c) enumerativo-ejemplificativo; y le agrega un cuarto, al que denomina "convencional".

a) *Tipicidad legal*: Se basa en el principio penal "nullum crime sine lege" y corresponde a lo que algunos autores llaman "sistema taxativo", de "numerus clausus" o de "ejemplificación cerrada"; "*Falta es lo que está escrito en la ley*".

El sistema es rígido y riesgoso, por la imposibilidad de prever todos los casos de probable infracción laboral y el peligro siempre latente de omisión en toda enumeración limitativa. Al decir de PLA (12), "del mismo modo que no hay un código penal laboral que enumere todas las conductas castigables y establezca la sanción que corresponda a cada una de ellas, tampoco hay un catálogo de actitudes que merezcan el calificativo de notoria mala conducta. A veces puede estar constituido por un hecho de suficiente cantidad como para merecer por sí solo ese calificativo. Otras veces se requiere la configuración de una serie de hechos que merezcan, en conjunto, esa apreciación. Incluso en aquellos establecimientos donde haya reglamentos internos, las normas son lo suficientemente amplias y elásticas como para comprender un ancho margen en el cual se mueve la apreciación individual".

b) *Tipificación jurisprudencial*, llamado por algunos "sistema de numerus apertus", se basa en una definición muy amplia, genérica, conceptual —una cualquiera de las definiciones propuestas a lo largo de este trabajo o señaladas en las diversas legislaciones—, siendo el juez el que interpreta cada caso, lo aprecia en conciencia y lo decide.

La acumulación constante de casos similares crea corrientes decisorias que se erigen en pauta jurisprudencial.

Como sistema es flexible, muy apto para adecuarse a las cambiantes necesidades sociales; salva los inconvenientes de la enumeración exhaustiva y prolija.

Pero el legislador abdica en favor del Juez, al que se otorga

(12) "Los Principios del Derecho del Trabajo", Buenos Aires, 1978, p. 299.

excesivo poder discrecional, por lo que conviene más a un esquema de “common law” que al legalista.

c) *Mixto*: Tipicidad legal suficiente y un cierto margen de interpretación jurisprudencial, capaz de ampliar la cantidad y calidad de las faltas. De “enumeración referencial” denomina a este sistema ROMERO; “adexemplum o enunciativo” CARRO ZUÑIGA.

Modelo de este sistema sería, precisamente, el Código de Costa Rica, que enumera taxativamente once faltas, pero en un último inciso agrega “cualquier otra falta grave a las obligaciones que impone el contrato”, abriendo así margen a la tipificación por vía jurisprudencial.

Este también sería el sistema peruano según MONTENEGRO, para quien las faltas contempladas en la ley vigente son muy genéricas; son grupos de enunciados en que hay más causas que faltas. Así, por ejemplo, en el inc. a) del art. 4º del D.L. 22126, el incumplimiento de las obligaciones laborales es casi una definición global que corresponde a todas las causales, que cobija a todas las demás faltas, puesto que todas ellas son, en el fondo, un incumplimiento de obligaciones laborales esenciales.

No comparto esta opinión. El sistema peruano es de enumeración tasada o cerrada, pues en la ley hay algo de generalidad pero mucho de precisión, como sucede frecuentemente con la ley penal. La ley peruana no define en abstracto el concepto de justa causa o el de falta grave; no abre la enunciación con una fórmula como la costarricense; no otorga facultad extensiva al Juez. Es más: La Constitución se refiere textualmente a “justa causa, señalada en la ley”, y eso cierra el debate.

d) En cuanto a la “tipificación convencional”, bastante infrecuente, aparece por ejemplo en el numeral 6 del artículo 63º del Código Sustantivo de Trabajo de Colombia, que permite considerar como falta cualquier violación grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas.

Sistematización

No concuerdan las legislaciones en la tipificación de las faltas

graves, ni aún aquellas que han adoptado el sistema cerrado o el enunciativo, pero hay evidentes analogías sustantivas que permiten ciertos criterios de clasificación u homogenización.

ALONSO OLEA (13), con referencia al Estatuto de los Trabajadores español, distingue: 1) Defectos en cuanto a la prestación básica (disminución continua y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado); 2) Defectos de disciplina (indisciplina o desobediencia en el trabajador); 3) Defectos de conducta de carácter general (trasgresión de la buena fé contractual y abuso de confianza, ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos); y de carácter especial (embriaguez habitual o toxicomanía).

Manuel ALONSO GARCIA (14), aunque referidas a la legislación española anterior, las clasifica en: 1) Incumplimiento (faltas de puntualidad y asistencia; disminución de rendimiento); 2) Insubordinación (indisciplina o desobediencia, malos tratos, faltas de respeto); 3) Infidelidad (fraude, deslealtad y abuso de confianza, concurrencia desleal); 4) Mala conducta (embriaguez habitual, falta de aseo, riñas y pependencias).

Francisco DE FERRARI (15), analizando la notoria mala conducta a que alude la ley uruguaya, considera que los quebrantamientos pueden afectar: 1) A las obligaciones que ha asumido el trabajador al ajustar el contrato.- 2) A la puntualidad y asistencia.- 3) A la diligencia y contracción al trabajo.- 4) A otros factores tales como el daño causado intencionalmente a los bienes, la negligencia grave y la inobservancia flagrante de las reglas establecidas por la técnica, las costumbres o la disciplina de la empresa.

RUPRECHT considera las siguientes: 1) Incumplimiento de la obligación contractual (abandono del cargo, abandono del empleo, aseo, cancelación de la licencia profesional, daños, desobediencia, disminución del rendimiento, huelga, impuntualidad, inasistencias, indisciplina, incapacidad o ineptitud, injuria, insubordinación, mala conducta, negligencia, prisión o condena criminal, riña, viola-

(13) Op. cit. 302 y ss.

(14) "Curso de Derecho del Trabajo", Madrid, 1971, pp. 584-585.

(15) "Derecho del Trabajo", Buenos Aires, 1962, Tomo II, p. 516 y ss.

ción del reglamento interno).- 2) Atentatorias a la fidelidad (delitos, divulgación de secretos, falta de confianza, negociación indebida).- 3) Motivos extracontractuales (agremiación, conducta privada, embargo, embriaguez, maternidad, matrimonio, personal en condiciones de jubilarse, proselitismo político o gremial) (16).

PEREZ LEÑERO (17) las clasifica en: 1) Causas económicas (inasistencia, impuntualidad, indisciplina, ineptitud, disminución del rendimiento).- 2) Causas morales-profesionales (fraude, concurrencia desleal).- 3) Causas morales-individuales (malos tratos, riñas y pependencias, embriaguez, falta de aseo).

Jorge Enrique MARC (18) las divide en: 1) Faltas de disciplina, distinguiendo entre la indisciplina propiamente dicha y la insubordinación.- 2) Contra los deberes de producción.- 3) Contra la administración (mal desempeño, incumplimiento de las disposiciones o reglamento).

Lupo HERNÁNDEZ RUEDA (19), no obstante que el Código de Trabajo dominicano contiene 21 faltas específicas y una genérica, en apreciable síntesis las clasifica en: 1) Inasistencia al trabajo.- 2) Faltas de diligencia.- 3) Desobediencia al patrono.- 4) Falta de fidelidad, competencia desleal y falta de probidad u honradez.- 5) Injurias y malos tratos.- 6) Actos o intentos de violencia.

En sistema cerrado, la ley peruana no clasifica las faltas, como no lo hacen tampoco la Consolidación brasileña, que consigna 12 faltas específicas y una causa adicional de despido (atentado contra la seguridad nacional), ni el Código boliviano: 9 faltas (algunas de las cuales han sido afectadas por leyes posteriores).

Dentro del sistema abierto el Código colombiano señala 15 faltas específicas, el costarricense 11, y el ya mencionado domini-

(16) Op. cit., p. 412.

(17) Cit. por RUPRECHT, Op. cit., p. 379.

(18) La facultad de dirección en la L.C.T. en **"Temas de Derecho del Trabajo y de la seguridad social"**, Tucumán, 1982, p. 318.

(19) **"Manual de Derecho Dominicano del Trabajo"**, Santo Domingo, 1976. p. 706 y ss.

cano 21 faltas, a las que añaden una falta genérica que permite ampliar la tipificación por vía jurisprudencial o convencional.

Falta Grave y Justa Causa

“La locución “justa causa de despido” —dice MONTENEGRO BACA (20)— no es sinónimo de la frase “during good behaviors” (mientras dure el buen comportamiento), usada por los norteamericanos, porque la estabilidad puede terminar no sólo por el mal comportamiento del trabajador, sino también por causales ajenas a la buena o mala conducta del laborante, como, por ejemplo, auténticas causas de fuerza mayor que obliguen a cerrar el establecimiento o a limitar sus actividades”.

En similar sentido, CABANELLAS refuta la identificación entre justa causa y falta grave. “Podría hablarse —dice— también de motivo legítimo, motivo imputable, causa legítima, causa imputable. A nuestro juicio no existe tal sinonimia; ya que el patrono puede tener justa causa para despedir al trabajador, una fuerza mayor que no sea la causa imputable a éste; puede igualmente el motivo ser legítimo y no existir falta grave” (21).

Falta grave y causa justa de despido no son, entonces, términos idénticos ni intercambiables. Causa justa es un concepto mucho más amplio y comprensivo; es género, mientras la falta grave es especie: Toda falta grave es causa justificada, pero no toda causa justificada es falta grave; o, dicho de otro modo, hay causas justificadas para la terminación del contrato por iniciativa o decisión del patrono que no constituyen falta grave.

No nos estamos refiriendo únicamente a las causales de ámbito colectivo, impersonales, no individualizables, como son la fuerza mayor, el caso fortuito, la situación económica de la empresa o el cambio tecnológico, sino a situaciones individuales, personales que también justifican esa terminación sin ser, necesariamente, un ilícito jurídico o ético.

(20) “La estabilidad en el empleo”, en “El Derecho Laboral en Iberoamérica”, México, 1981, p. 321.

(21) “Contrato de trabajo”, Buenos Aires, 1964, Vol. III, p. 307.

a) *¿Causa justa, justa causa o causa justificada?*

La doctrina usa frecuentemente la expresión “justa causa”; la Constitución Política del Perú, “causa justa”; el reciente Convenio 158° de la OIT, “causa justificada”.

Hay aquí un problema semántico más que jurídico. Pero lo semántico influye, por lo general, en lo jurídico. Como dice Efrén BORRAJO (22) “las cuestiones terminológicas tienen suma importancia al comportar siempre implicaciones conceptuales y no deja de ser lícito requerir del legislador se someta a una construcción técnica, en la que las palabras y las instituciones tengan un sentido unívoco y constante”.

Diferenciar entre “justa causa” y “causa justificada” no es sólo una sutileza de un jurista tan refinado como Emilio MORGADO (23) sino que tiene antecedentes en la doctrina y la legislación comparada. GIGLIO (24) señala que “causa justa” es un concepto genérico que debe entenderse como todo motivo válido que autorice a la terminación de la relación de trabajo, mientras que “justa causa” sería sinónimo de falta grave. Como sucede en la legislación italiana, en la que es definida como “causa que no consiente la continuación, ni siquiera provisional, de la relación” (art. 2.119, párrafo 1° del Código Civil).

Ello es explicable, sin embargo, en razón de existir otras causas que permiten la rescisión del contrato; tales son los llamados “motivos justos”, definidos como “notable incumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador o razones inherentes a la actividad productiva, a la organización del trabajo y al funcionamiento regular de la misma” (art. 3° de la Ley 604 de 15.7.66 italiana).

Comentando estas normas, Juan Antonio SAGARDOY dice: “El motivo justificado, aún cuando encierra analogías con la justa

(22) Cit. por Darío HERNANDEZ MARTIN: “Negociaciones prohibidas”, en *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, 1969, p. 185.

(23) En el Fórum APRT de Lima (noviembre de 1983).

(24) Op. ct., p. 48.

causa (una y otra se refieren a hechos imputables al trabajador), se separa necesariamente de ésta, asumiendo perfiles y rasgos propios. La diferencia esencial... consiste en la menor gravedad del “notable incumplimiento constitutivo del motivo justificado en sentido subjetivo. Mientras la justa causa entraña un hecho que hace imposible la continuidad, incluso provisional, de la relación laboral. en el motivo justificado el acto imputable al trabajador, a pesar de ser notable, permite que el contrato continúe hasta el vencimiento del término del preaviso” (25).

La legislación de los diversos países es pródiga en la concepción y denominación de las causas válidas para el despido. Así, el Código Civil alemán habla de “motivo grave y decisivo” (art. 626º del BGB); la ley belga, de “motivo grave” (art. 35º de la Ley de 3.7.78 relativa a los contratos de trabajo); el Estatuto de los Trabajadores español, de “incumplimiento grave y culpable del trabajador” (art. 52º); el Código de Trabajo francés, de “causa real y seria” (art. 122-14-3); el Código Civil holandés, de “motivo urgente” (art. 1.639); la ley sueca, de “justificación objetiva” (art. 7º de la Ley Nº 12 de 9.1.74, sobre protección del empleo); y el Código Suizo de las obligaciones, de “motivos justificados” (art. 337.2).

En América, la Ley de Contrato de Trabajo argentina habla de “incumplimiento que configure injuria” (art. 242º); la Consolidación de las Leyes de Trabajo brasileña, de “justa causa” (art. 482º), al igual que el Código de Trabajo de Costa Rica (art. 81º) y el de República Dominicana (art. 77º); la Ley sobre Contrato de Trabajo de Chile, D.L. 2.200, de “causa justificada de caducidad” (arts. 14º y 15º); el Código de Trabajo de Honduras, de “causas justas” (art. 112º); la Ley Federal de Trabajo Mexicana, de “causa justificada”, (art. 46º); la ley uruguaya (ley 14.489 de 1944, art. 4º) de “notoria mala conducta”, igual que la ley venezolana contra despidos injustificados.

Como se ve, algunas leyes aluden a conceptos muy genéricos (motivo grave, causa justificada); otras, a conceptos más específicos (injuria laboral, notoria mala conducta). Unas y otras, sin embargo y más allá de la nomenclatura, reconocen en la falta grave

(25) “La terminación del contrato de trabajo”, Madrid, 1980, p. 88.

el motivo más justificado, no el único pero sí el principal, para la terminación de la relación laboral por vía del despido punitivo.

Interesante es por ello la definición que muchas de esas leyes dan a la causa legal reconocida para generar tal efecto: El “motivo grave” de la ley belga es señalado como “toda falta grave que haga inmediata y definitivamente imposible la colaboración entre el empresario y el trabajador”; el “motivo urgente” holandés, como “actos, actitudes o comportamientos del trabajador que impliquen el que no se pueda pedir razonablemente al empresario la continuación de la relación laboral”; y el “incumplimiento que configure injuria” argentino, como aquél que “por su gravedad no consienta la prosecución de la relación”.

Grave, urgente, serio, decisivo debe ser siempre el motivo para ser suficiente a efectos de la terminación del vínculo laboral. En tal perspectiva, “causa justa”, “justa causa” y “causa justificada” resultan términos básicamente similares.

Toda ley tiene, en efecto, vocación, una aspiración esencial de justicia; apunta a ella; en ella se sustenta y afirma. Ley injusta, desde una perspectiva ortodoxa, constituiría una insalvable contradicción.

La justicia legal de que habla Tomás de Aquino se expresa, según palabras de Francisco Suárez (1548-1617), en la justicia como requisito intrínseco, esto es, esencialmente debido de la ley (26).

Lo aparentemente injusto desde una perspectiva individual puede ser justo en una perspectiva social. No son valores absolutos sino que refieren a la equidad entendida como la justicia —valor abstracto e inmanente— aplicada al caso o hecho concreto. Justo es, entonces, lo que la ley así declara, lo que la ley reconoce como tal. Ello, por cierto, desde un ángulo ideal al que no se le oculta la realidad fáctica de leyes injustas.

Dentro de un cuadro razonable debemos asumir como justo

(26) Ver Luis RECANSSENS SICHES: “Filosofía del Derecho”, México, 1961, pp. 484-485.

aquello que una ley socialmente equilibrada justifica. Justo y justificado guardarían entre sí la misma relación que legítimo y legitimado: siendo términos distintos, surten los mismos efectos. operan como sinónimos.

b) *La justa causa de despido*

Clasificando los motivos justificados del despido, PLA RODRIGUEZ (27) señala que existen tres tipos de razones: a) las relacionadas con la conducta del trabajador; b) las relacionadas con la persona del trabajador; c) las relacionadas con la empresa. Respecto de las primeras precisa que “alcanzan exclusivamente a los trabajadores que hayan incurrido en un comportamiento incorrecto. En cambio, los motivos relacionados con las empresas pueden afectar jurídicamente a todos –o casi todos– los integrantes del personal”.

A grandes rasgos, las causas pueden ser individuales o colectivas. Estas últimas, vinculadas a la realidad o situación de la empresa, suelen ser económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, y, más que a un despido, autorizan a solicitar o negociar la terminación de los contratos. Son causas impersonales, generales, no individualizables por lo común; no conllevan nada denigrante para el trabajador ni se originan en una inconducta. Son situaciones ajenas a la voluntad de ambas partes que no conducen a la terminación del contrato laboral por decisión unilateral del patrono sino, a lo sumo, por su iniciativa. De allí que la legislación española, concretamente el Estatuto de los Trabajadores, no las denomina despido sino extinción del contrato por causas objetivas.

El despido individual puede tener dos tipos de causas: disciplinarias o de conducta (falta grave) y personales o de capacidad.

El que algunas leyes como la peruana hayan prescindido de éstas últimas ha hecho nacer la falsa identidad entre causa justa y falta grave, inhibiendo la aptitud para describir y precisar otras

(27) “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador...”; en “Derecho Laboral”, Montevideo, T. XXV, N° 128, pp. 715-716.

causas posibles y válidas de terminación del contrato de trabajo por razones de tipo individual que no constituyan falta grave.

Se deben contemplar necesariamente otras causas de terminación del vínculo laboral que no mancillen ni agraven al trabajador, que no se originen en dolo o culpa de éste, pero que sean justificatorias de la terminación del contrato, no como sanción ni por vía disciplinaria, pero sí como reconocimiento de una realidad social que el Derecho no puede ignorar.

El reciente Convenio 158° de la OIT las denomina “causas justificadas relacionadas con la capacidad del trabajador”; o con la persona de éste, dice PLA, y “deben obstar al cumplimiento regular del contrato. Las expresiones utilizadas son varias: ineptitud, incapacidad, inhabilitación, imposibilidad de realización de las tareas, pérdida o reducción de eficiencia” (28).

En realidad, la falta de capacidad puede tener dos ángulos o perspectivas: personal, y funcional o formal.

Capacidad personal es sinónimo de idoneidad, de calificación: Una persona puede carecer de ella o, lo que es más comprensible, haberla perdido.

Dentro de este grupo de causales podrían comprenderse:

- La invalidez absoluta, causal obvia que la ley peruana insólitamente ignora, creando así un enorme vacío normativo.
- Invalidez parcial o pérdida de facultades específicas, como sería el caso de la artritis deformante en la mecanógrafa o el glaucoma en el chofer.
- Reducción de la eficacia, por causa de edad principalmente, situación que se presenta en el cirujano o el piloto de aviación, por ejemplo.
- La edad avanzada en sí misma, con todo lo que representa de pérdida de la capacidad laboral.
- La jubilación ordinaria o normal, cuando se ha alcanzado el tope máximo legalmente posible. Sin violentar el principio de vo-

(28) *Ibíd.*, p. 716.

- luntariedad de este beneficio, cabe estudiar, sin embargo, el mejor derecho de una persona que recién acude al mercado laboral.
- La desadaptación “social”, imposibilidad de relacionarse razonablemente con los compañeros de trabajo.
La enfermedad muy prolongada, contagiosa o repugnante, de que hablan algunas legislaciones.
 - La falta de adaptación a nuevas condiciones técnicas y la imposibilidad real de un aprendizaje serio.
 - La inhabilidad, desadaptación al puesto, ineptitud, sin connotaciones dolosas o culposas.
 - La falta de *capacidad funcional o formal* es la pérdida de un requisito indispensable para ejercer un cargo o puesto.
Curiosamente, dada la falsa identidad entre causa justificada y falta grave en que incurre la ley peruana, y como excepción a ella, se contempla esta situación en el inc. i) del art. 4º del D.L. 22126.

Art. 4º.-Inciso i): “igualmente es causal de despedida justificada la sanción de inhabilitación impuesta al trabajador por la Autoridad Administrativa o Judicial para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si lo es por tres meses consecutivos”.

El adverbio “igualmente” denota asimilación, no identificación. Este inciso, que actúa de modo similar que los demás, no es igual a ellos porque se refiere a una situación ajena a la relación laboral, a algo sucedido fuera del entorno del contrato de trabajo, aunque indirectamente se refiera a él para impedir su ejecución.

¿A qué situaciones se refiere este inciso? Un análisis casuístico ayudará a la comprensión: al chofer que le requisan el brevete; al piloto que le suspenden la licencia; al abogado, al médico, al profesional en general cuya patente es retenida, impidiéndole desempeñar su profesión u oficio. Si dicha profesión u oficio es determinante en la ocupación del trabajador y la inhabilitación impide su ejercicio, se autoriza la rescisión del contrato por imposibilidad de cumplimiento.

Pero, y aquí está lo importante, la infracción que determinó la sanción judicial o administrativa debe haber sido cometida ex-

tra-laboralmente, ser ajena a la relación de trabajo. Si perteneciera a ésta configuraría otra falta. Al no referirse a la relación, no es falta grave laboral, aunque su efecto fundamental se le asimile.

Falta Grave y Estabilidad Laboral, Los Efectos de la Falta Grave

El efecto más importante y universal de la falta grave es autorizar el despido. El despido disciplinario o punitivo está contemplado en todas las legislaciones; lo contrario sería un despropósito, pues implicaría virtual impunidad para la comisión de faltas graves.

La ruptura del vínculo laboral es la sanción capital, por lo que se reserva para la infracción más grave. Este efecto es fundamental en legislaciones que, como la peruana, consagran la estabilidad absoluta como derecho del trabajador a no ser despedido sin justa causa, contemplada en la ley y debidamente comprobada.

Para BARASSI, el despido debe reunir tres requisitos fundamentales: justa causa, culpa grave por parte del trabajador, y que la valorización de la misma sea hecha, no con criterio absoluto, sino teniendo en cuenta “el medio ambiente en que se efectiviza el trabajo” (29).

CARRO ZUÑIGA considera que son muchos los factores objetivos y subjetivos que juegan rol importante en la calificación, y que entre ellos debe atenderse: “El tipo de contrato de trabajo, la índole del cargo; la jerarquía, el deber del empleado; la especialidad laboral, el uso de ciertas clases de materias primas; el grado de confianza, orden y moralidad, y las razones de disciplina y obediencia que demandan las funciones; el acatamiento a disposiciones legales inherentes a éstas; el riesgo en potencia —no necesariamente efectivo— que pueda llegar a lesionar el prestigio, la seriedad o la solvencia moral de la empresa, para no citar el económico; la antigüedad en la prestación de los servicios; los antecedentes disciplinarios del empleado, etc. (30).

(29) Cit. por MARC, Op. cit., p. 324.

(30) Op. cit., p. 300.

Esta enumeración pone de relieve un hecho fundamental: el despido no es un acto automático o mecánico sino deliberado, voluntario; consiste en una decisión expresa del empleador, adoptada en base al análisis del caso y a sus múltiples implicancias.

Lo importante es, de otro lado, como dice SAGARDOY, que el despido por falta grave “se deberá limitar a aquellos casos en que no esté justificada otra conducta distinta del empleador” (31).

Otro efecto de la falta grave es autorizar que el cese se produzca en forma intempestiva o inmediata, vale decir, sin preaviso.

Aún las legislaciones que no prohíben la capacidad de despido sin causa sino que sólo la limitan al requisito de un preaviso, conceden la posibilidad de prescindir de éste ante la comisión de falta grave.

Este efecto es de obvia justificación: No puede prolongarse la permanencia de quien por sus propios actos está determinando la ruptura del vínculo, actos que, por cierto, son de suyo de tal naturaleza que, como dice la legislación italiana, no consienten la continuación, ni aún provisional, de la relación.

Finalmente, la falta grave genera la pérdida de ciertos beneficios.

En primer lugar, de la indemnización por despido incausado, que es, la mayoría de las veces, un requisito alterno, sustitutorio del preaviso.

En algunas legislaciones ésta pérdida puede extenderse a otros beneficios sociales como compensación por tiempo de servicios, vacaciones devengadas, indemnizaciones especiales acordadas a mujeres y menores, o por embarazo, etc.

La Falta Grave en la Ley Peruana

a) Del Código de Comercio a la estabilidad laboral

La falta grave laboral tiene en nuestro país antigua data.

(31) Op. cit. p. 21.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, no aparece como correlato de la estabilidad laboral, con el Decreto Ley 18471 en 1970, sino que fue introducida y sancionada por el Código de Comercio promulgado en 1902, lo que revela, de paso, que su existencia conceptual es anterior.

No hay, sin embargo, paralelo alguno entre la realidad laboral que regía el Código de Comercio y las normas modernas. El solo hecho de ser un Código para regular la actividad comercial es revelador de la evidente diferencia: legislaba en atención a la personalidad del empleador, del comerciante, en tanto que el derecho laboral es un derecho de la clase trabajadora.

No se ligaba entonces a una idea de estabilidad laboral, sencillamente porque tal idea no existía. Ni existió en nuestro país sino hasta su abrupta aparición con el ya citado D.L. 18471, salvo la protección que la ley daba al empleado con inminentes expectativas jubilatorias.

¿Cuál era la función de la falta grave en el Código de Comercio? Operativamente, actuaba igual que hoy como justificatoria del despido intempestivo, sin aviso. Aunque, por cierto, el patrono no estaba impedido de despedir sin expresión de causa; por el contrario, estaba autorizado a ello con el simple requisito del preaviso de 90 días o el pago de una indemnización equivalente (3 sueldos), en el caso de empleados; y sin preaviso ni indemnización alguna, en el caso de obreros.

La invocación de la falta grave exoneraba al empleador de ese requisito alternativo, pero —y esto era lo sustancial, lo verdaderamente importante— acarreaba la pérdida de los llamados beneficios sociales: compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacación no gozada, etc. Este efecto quedó suprimido con la dación del D.L. 21116.

Es útil esta retrospectiva para poder comparar someramente y compulsar la magnitud del cambio producido, ángulo sobre el que volveremos más adelante.

La tipificación de la falta grave en el Código de Comercio era simple en el enunciado, breve en la enumeración (sólo 3 faltas

expresas) y amplía en su aplicación. Esto último por haber dado la Ley No. 4916 (art. 2º) al juez la facultad de interpretar por vía analógica e incorporar nuevas infracciones de génesis jurisprudencial, tratándose de situaciones cuya naturaleza grave las hiciera asimilables a las expresamente contempladas en la ley.

Apreciamos aquí otro cambio sustantivo: Las normas que regulan la falta grave en relación con la estabilidad –DD.LL. 18471 y 22126– son rígidas en la tipificación, que responde al principio penal “nullum crime sine lege”.

El art. 294º del Código de Comercio decía: “Serán causas especiales” para que los comerciantes puedan despedir a sus dependientes, no obstante no haber cumplido el plazo de empeño:

- 1) El fraude o abuso de confianza en las gestiones que les hubiere confiado.
- 2) Hacer alguna negociación de comercio por cuenta propia, sin conocimiento expreso y licencia del principal.
- 3) Faltar gravemente al respeto y consideración debidos a éste o a las personas de su familia o dependencia.”

A ellas se añadió posteriormente el abandono de trabajo (ausencia injustificada por más de 3 días consecutivos: D.S. de 4.6.51) y la impuntualidad reiterada.

¿Dónde encontrar las principales diferencias entre el régimen anterior al D.L. 18471 y el que nos rige, con las variaciones introducidas por el D.L. 22126, a partir de aquél? El cuadro siguiente ayudará a visualizar esas diferencias.

El cuadro que antecede sólo persigue señalar algunas, las más importantes diferencias entre los regímenes que se han sucedido en nuestra evolución laboral. Requiere para su desarrollo general explicaciones que exceden los límites de este trabajo. Aún así, es útil para apreciar la evolución producida.

b) *Del D.L. 18471 al D.L. 22126*

Antes de examinar al detalle el art. 4º del D.L. 22126, que hoy nos rige, interesa una vez más una comparación evolutiva; en este caso, concretamente en lo que va del D.L. 18471 al 22126.

		C. de Comercio Ley 4916/8439	D.L. 18471 3 meses o más	D. L. 22126	
				3 meses a 3 años	3 años o más
Empleados	Preaviso, sin expresión de causa.	3 meses	NO	3 meses	NO
	Indemnización (alternativa a preaviso, a decisión del empleador)	3 sueldos	NO	3 sueldos	NO
	Reposición	NO	SI	NO	SI
	Indemnización (alternativa a reposición, a decisión del trabajador)	NO	3 sueldos	NO	12 sueldos (con tope)
	Pérdida de beneficios (por falta grave)	SI	No, desde el D.L. 22116	No, desde el D.L. 22116	No, desde el D.L. 22116

		C. de Comercio Ley 4916/8439	D.L. 18471 3 meses o más	D. L. 22126	
				3 meses a 3 años	3 años o más
Obreros	Preaviso, sin expresión de causa.	NO	NO	3 meses	NO
	Indemnización (alternativa a preaviso, a decisión del empleador)	NO	NO	3 sueldos	NO
	Reposición	NO	SI	NO	SI
	Indemnización (alternativa a reposición, a decisión del trabajador)	NO	3 sueldos	NO	12 sueldos (con tope)
	Pérdida de beneficios (por falta grave)	SI	No, desde el D.L. 21116	No, desde el D.L. 21116	No, desde el D.L. 21116

En primer lugar, el D.L. 22126 amplía las causales, considera faltas que el anterior no contemplaba. En tal sentido es una norma más flexible y realista, pues el D.L. 18471 adoleció precisamente de lo contrario. Discriminando una a una las faltas enumeradas, puede decirse que el D.L. 18471 señalaba 9 faltas que, en realidad, eran más pues algunas de ellas son susceptibles de subdivisión; por ejemplo, utilización y disposición de los bienes son conceptos distintos, que la ley asimila entre sí. El D.L. 22126 amplía el número a por lo menos 12 (subdividibles también algunas de ellas).

En segundo lugar, una curiosidad: No obstante lo dicho en el párrafo anterior, el número de incisos contenidos en los artículos equivalentes de los dos decretos es igual; se tipifican en la norma actual más faltas, pero en el mismo número de incisos. ¿Cuál es la explicación?: Muy sencilla. Los que antes eran incisos autónomos han sido convertidos en simples párrafos en la ley posterior; muchos incisos de ésta subsumen, involucran varios incisos de la anterior.

Esta fue una manera —más ingeniosa que jurídica— de dar la impresión que no se estaba ampliando el número de faltas, y no provocar un rechazo automático de parte de los trabajadores.

Lo cierto es que, más allá de sutilezas legislativas, el D.L. 22126 abrió la gama de faltas, incorporando algunas que no lo eran anteriormente, como es el caso del acto de violencia o la grave indisciplina que absurdamente la norma derogada ignoraba.

Aún así, se quedó corto. Primero, por haber omitido la tipificación de infracciones importantes, y segundo, por haber mantenido la falsa identidad entre falta grave y causa justa.

El cuadro siguiente puede ser explicativo del cambio productivo:

D.L. 22126	D.L. 18471
<i>Norma actual</i>	Norma equivalente
Art. 4º: Constituyen faltas gra-	Art. 2º: Constituye falta frave

ves que dan lugar a la despedida justificada e inmediata del trabajador, las siguientes:

Inc.a(1) El incumplimiento injustificado de las obligaciones.

Inc. a(2) La reiterada resistencia a las órdenes de sus superiores relacionadas con sus labores.

Inc. b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de su labor, sea del volumen y/o calidad de producción, salvo los casos no atribuibles al trabajador, tales como falta de insumos, obsolescencia de maquinaria, mala calidad de la materia prima y otros análogos; No será exigible el requisito de la reintegración cuando se trate de una decisión colectiva, en cuyo caso el

que da lugar a la despedida inmediata del trabajador, las siguientes:

Inc. a) Descuido u omisión en el cumplimiento de las obligaciones de trabajo que ocasionen daño grave o creen riesgo igualmente graves, contra las personas, los bienes o la seguridad del centro de trabajo;

Inc. f) La reiterada resistencia a cumplir las órdenes de sus superiores en relación con sus labores.

ejercicio de licencia representativa no impedirá la aplicación de esta causal;

Inc. c) La utilización o disposición de los bienes del centro de trabajo o de los que se encuentren bajo su custodia, en perjuicio del empleador y en beneficio propio o de terceros.

Inc.d(1) El uso o entrega a terceros de procedimientos de fabricación considerados secretos, así como informaciones de igual naturaleza;

Inc.d(2) La realización de actividades idénticas a las que ejecuta para el empleador atrayéndose la clientela sin su autorización escrita.

Inc.d(3) Proporcionar intencionalmente información falsa al empleador causándole perjuicio.

Inc. c) La utilización o disposición de los bienes del centro de trabajo en perjuicio del empleador y en beneficio propio o de terceros.

Inc. e) El uso o entrega a terceros de procedimientos de fabricación considerados secretos, así como informaciones de igual naturaleza, que ocasione perjuicio al empleador.

Inc. d) La realización en provecho propio o de terceros de actividades idénticas a las que ejecuta para el empleador, atrayendo la clientela de éste, causándole grave perjuicio.

Inc. b) Las informaciones falsas proporcionadas intencionalmente al empleador, o sus superiores que ocasionen perjuicios graves a la empresa.

Inc. e) La concurrencia reiterada al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes y aunque no sea reiterada, cuando por la naturaleza de la función o del trato que desempeña revista excepcional gravedad.

La Autoridad Policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos lo que hará constar en el atestado respectivo. La negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento.

Inc. f) Las ausencias injustificadas por más de tres días consecutivos.

Inc.f (2) Las ausencias injustificadas no consecutivas por más de cinco días en un período de treinta días calendarios.

Inc.f(3) Más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario.

Inc. g) La concurrencia reiterada al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos, y aunque no sea reiterada, cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad.

Inc. h) Las ausencias injustificadas por más de tres días consecutivos; e

Inc.i (1) Ausencias injustificadas por más de cinco días al mes.

Inc.i (2) Ausencias injustificadas por más de 15 días al semestre.

Inc.g) El incurrir en acto de violencia, en grave indisciplina o en reiterado faltamiento de palabra en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de sus compañeros de labor, dentro del centro de trabajo o fuera de él, en este último caso siempre y cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral;

Inc. h) El causar intencionalmente daños materiales en los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes, de propiedad de la empresa o en posesión de ésta; e.

Inc. i) Igualmente es causal de despedida justificada la sanción de inhabilitación impuesta al trabajador por la Autoridad Judicial para el ejercicio de la actividad que desempeña en el centro de trabajo, si lo es por tres meses consecutivos.

c) *La falta grave en el D.L. 22126*

Contempla el D.L. 22126, en los nueve incisos de su art. 4º, 14 faltas y una causal de despido que no constituye falta laboral.

Inc. a) “*El incumplimiento injustificado de las obligaciones, la reiterada resistencia a las órdenes de sus superiores relacionadas con sus labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo y de Seguridad Industrial, debidamente aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, que ocasionen daño o perjuicio, o creen riesgo grave al empleador, a personas, bienes o a la seguridad del centro de trabajo*”.

En este inciso se reúnen, en realidad, tres faltas de naturaleza y contenido distintos.

a.1) La primera es el *incumplimiento injustificado de obligaciones*. Por la forma de construcción utilizada, debe entenderse que se complementa con el párrafo final del inciso; en consecuencia debe leerse: “El incumplimiento injustificado de las obligaciones que ocasione daño o perjuicio o cree riesgo grave al empleador, a personal, a bienes o a la seguridad del centro de trabajo”.

Ello es así por el uso del verbo “ocasionar” en plural (en el texto legal), que obviamente lo refiere a las tres faltas contempladas en el inciso. Dentro de la especificidad de la ley, ésta es una falta muy genérica pues, de alguna manera, engloba a todas las demás. Por su naturaleza es, además, muy grave pues importa la violación de los deberes fundamentales del trabajador.

1.2) A la *resistencia a cumplir las órdenes del empleador* se la conoce como desacato o desobediencia; si es reiterada o contumaz, insubordinación.

Sobre su naturaleza, DE MEZQUITA la considera falta contra la disciplina, mientras MARC la reputa contraria a los deberes de subordinación jurídica o de colaboración jerárquica (33), lo que

(33) op. cit., p. 318.

concuera mejor con la legislación en análisis, que coloca la indisciplina en otro inciso.

No es precisa la ley en cuanto al concepto de reiteración. En primer lugar, porque no se infiere el número de veces en que debe repetirse la infracción para que se considere reiterada. En segundo, porque no señala un término temporal. Finalmente, porque no indica si debe tratarse de órdenes distintas impartidas en diferente momento o si puede ser la misma orden repetida de inmediato, en forma sucesiva.

Puede suceder, por ejemplo, que se invoque una desobediencia cometida varios años atrás, como, inversamente, que se invoque la cometida minutos antes; esto, cuando a la negativa inicial sigue una nueva exigencia de cumplimiento de la misma orden.

a.3) *La inobservancia del reglamento de trabajo y de seguridad industrial* es falta sólo si el instrumento normativo se encuentra formalmente aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo. Su gravedad depende del daño, perjuicio o riesgo creado al empleador, a personas, a bienes o a la seguridad del centro de trabajo.

No es, pues, cualquier infracción reglamentaria, sino sólo aquella que reviste particular importancia.

Debe repetirse, sin embargo, que la gravedad de la falta por sus efectos es factor común a los tres casos tipificados en el inciso a) y no sólo a este último, como parecería de una lectura superficial.

En conjunto, las tres faltas se refieren a las facultades privativas del empleador: normativa —plasmada en los reglamentos de trabajo y de seguridad; directriz— que se manifiesta a través de órdenes que deben ser cumplidas; y a la propia esencia contractual de la relación de trabajo - que se concreta en las obligaciones que el trabajador asume en cuanto tal.

Inciso b): "La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de su labor, sea del volumen y/o calidad de producción, salvo los casos no atribuibles al trabajador, tales como falta

de insumos, obsolescencia de maquinaria, mala calidad de la materia prima y otros análogos;

No será exigible el requisito de la reiterancia cuando se trate de una decisión colectiva, en cuyo caso el ejercicio de licencia representativa no impedirá la aplicación de esta causal”.

Precepto de los más controvertidos del D.L. 22126, éste tiene por objeto prevenir el sabotaje velado a la producción que podría llevar a cabo, individual o particularmente, un trabajador, cuyas motivaciones no vienen al caso.

Es clara la exigencia de que la disminución en el rendimiento laboral sea reiterada, aunque más preciso sería, quizás, decir continuada o frecuente; pero, sobre todo y fundamentalmente, deliberada, intencional, dolosa.

La disminución puede ser cuantitativa (volumen) o cualitativa, y salva los casos no atribuibles al trabajador: falta de insumos, obsolescencia de la maquinaria, mala calidad de la materia prima, etc.; salvedad innecesaria, por cierto, pues excluye la intencionalidad, pero útil para clarificar y precisar la intención legislativa.

En sentido estricto, esta falta individual o aislada resultaría comprendida en la primera parte del inciso a). El haberla separada le da vigor y precisión a la tipificación.

La verdadera envergadura del inciso aparece en su segunda parte, que elimina el requisito de la reiterancia (reiteración, más bien) cuando se trata de una decisión colectiva.

Algunos han querido encontrar en ello una limitación al derecho de huelga consagrado por la Constitución. No hay tal, sin embargo. La huelga es una abstención pacífica y voluntaria del trabajo que debe ser total y, por consiguiente, ejercerse fuera del puesto y del centro de trabajo.

El tortuguisimo, el trabajo a ritmo lento, a desgano o a reglamento, los brazos caídos, son modalidades irregulares de acción directa que las legislaciones normalmente reprueban.

La razón es simple para esta prohibición: La huelga es un arma de los trabajadores frente al patrono que implica una autolesión, un sacrificio; es un enfrentamiento abierto y leal, por el que se busca imponer condiciones a través de una coacción, que la ley legítima precisamente por esas características.

El sabotaje pasivo, en cambio, persigue provocar el daño al adversario sin correr riesgos ni asumir responsabilidades ni sufrir privaciones. Quien trabaja a desgano, quien boicotea la producción, simula trabajar pero en realidad no lo hace; su acto de presencia es puramente formal; no hay prestación porque el trabajo, para ser tal, debe prestarse en las condiciones de calidad y cantidad comprometidas.

Quien así actúa pretende estar cumpliendo, para reclamar, en su momento, la remuneración correspondiente, remuneración que el que está en huelga real no percibe por razones obvias.

Hay, pues, en estas modalidades irregulares una deslealtad y una falsía que la ley no puede cohonestar; y por eso las prohíbe.

Otro aspecto crítico es que no señala pauta alguna acerca de quién puede ser despedido. Ello abre paso a una discrecionalidad rayana en la arbitrariedad.

Pero sí está en caja la ley en no privilegiar o inmunizar al dirigente sindical que, por estar de licencia, aparentemente no sería partícipe de la acción.

El inciso b) del art. 4º debe ser examinado, procesalmente, en concordancia con el art. 8º.

A diferencia de todas las demás faltas —todas ellas de naturaleza estrictamente individual, que autorizan la ejecución del despido a la sola decisión del patrono—, en ésta, de contenido colectivo, se le impone un trámite previo.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 8º del D.L. 22126, el empleador no puede despedir al trabajador que comete la falta tipificada en la segunda parte de este inciso, en tanto no se expida por la Autoridad Administrativa de Trabajo la resolución autorita-

tiva que declare fundada la petición del empleador. Este trámite previo ha tenido la virtud de evitar excesos en la aplicación de esta sanción, pero por otro lado, ha constituido prácticamente una barrera infranqueable para su utilización, pues hasta el momento no se conocen o son poquísimas las resoluciones de la Autoridad de Trabajo que autoricen dichos despidos.

Inciso c) "La utilización o disposición de los bienes del centro de trabajo o de los que se encuentren bajo su custodia, en perjuicio del empleador y en beneficio propio o de terceros".

Robo, apropiación ilícita, uso indebido, todo ello aparece envuelto en las expresiones "utilización o disposición de los bienes, en beneficio propio o de terceros".

Sobre la justificación de la norma no es necesario casi hablar: es obvia.

Los bienes pueden pertenecer al empleador o estar bajo su custodia. Se refiere esto último fundamentalmente a dos situaciones: bienes de clientes o proveedores, y bienes de los propios trabajadores, dado que el empleador tiene, entre sus obligaciones, el deber de vigilancia de los mismos.

La ley no señala cuantía. Hace bien. La jurisprudencia ha sido, hasta ahora, estricta en la sanción.

Ello también influye en la exigencia del perjuicio al empleador, que puede ser económico o material, pero también moral y disciplinario: Un robo tolerado por su baja cuantía puede ser estimulante para otros futuros.

El uso indebido es falta normalmente menor. Aquí sí debe estar presente y de modo claro el perjuicio al patrono: si no lo hubiere, debe ser sancionado con menor dureza.

Inciso d): "El uso o entrega a terceros de procedimientos de fabricación considerados secretos, así como informaciones de igual naturaleza: la realización de actividades idénticas a las que ejecuta para el empleador, atrayéndose la clientela sin su autoriza-

ción escrita, o proporcionar intencionalmente información falsa al empleador causándole perjuicio”.

d.1) *La infidencia* o, más punible aún, *el espionaje industrial* constituyen faltas de inocultable gravedad. El D.L. 18471 anterior al actual la tipificaba bajo la exigencia de que causara perjuicio. En nuestra opinión, aunque con redacción anfibológica, la norma vigente también lo exige, pues el inciso es uno solo y, aunque hay mal uso de las comas, la condición parece obvia.

d.2) *La competencia o concurrencia desleal* es también falta injustificable.

Atraer la clientela del patrono ofreciendo o dando servicios o bienes idénticos es, ética y legalmente, una seria infracción.

Son proclives a ella algunos trabajadores que, aprovechando la difícil fiscalización de actos realizados fuera del centro laboral, pueden promover ventas ajenas. También lo son los operarios de algunos servicios, que ofrecen los propios a un costo inferior al de los precios que cobra su empleador.

Resulta curiosa pero posiblemente necesaria la exigencia de que la autorización sea escrita. Ello coloca la carga de la prueba del lado del presunto infractor, lo que no significa presumir la culpabilidad dado que, antes que él deba demostrar nada, el patrono deberá alegar y probar la competencia desleal, por lo que aquélla actúa de contrapueba.

d.3) No es fácil encontrar casuística sobre *informaciones falsas*. Algunas la aplican, por ejemplo, a los datos proporcionados en la solicitud de ingreso que, siendo declaración jurada, podrían inducir a un injustificado buen concepto sobre el postulante y determinar su contratación.

Al respecto CABANELLAS señala que “el hecho de que el trabajador, en el momento de celebración del contrato, induzca a error al patrono, dando equívocas referencias o haciendo falsas declaraciones, o pretendiendo, por ejemplo, poseer cualidades o llenar las condiciones que constituyen unos de los puntos esenciales del contrato, en caso de descubrirse aquellas, o de no poseer o no

llenar éstas, constituye causa de justo despido. Este motivo deriva de la ineptitud del trabajador para la tarea pactada; pero si por parte del trabajador hubiera habido dolo para lograr el consenso del patrono, más que encontrarnos con una causa de despido, estaríamos frente a la nulidad del contrato por vicio del consentimiento” (34).

Otros consideran, por ejemplo, que la comete quien afirma estar cumpliendo una labor aunque no la esté realizando (caso del visitador médico que no cumple con el rol de visitas establecido) o quien se reporta enfermo o quien informa haber concurrido a atención clínica, no obstante gozar de perfecta salud.

Lo cierto es que se presta para variadas interpretaciones, a la vez que muchas de las situaciones invocadas a su amparo podrían resultar tipificadas en otros incisos.

En lo que sí hay que reparar es en la exigencia del perjuicio, cuya aplicación expresa a esta falta es semánticamente inequívoca. No obstante, debe tenerse presente lo afirmado por SAGARDOY cuando sostiene que “es preciso acudir a la presunción, con carácter de *juristantum*, de modo que el hecho de trabajar en actividad análoga o idéntica a la de la empresa principal, presupone un perjuicio para la misma” (*).

Inciso e): “La concurrencia reiterada al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes y aunque no sea reiterada, cuando por la naturaleza de la función o del trabajo que desempeña revista excepcional gravedad.

La Autoridad Policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos, lo que hará constar en el atestado respectivo.

(34) CABANELLAS, cit. por Jorge Ortega Torres: **Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo de Colombia concordando y comentado**, Bogotá, Ed. Flores, 1972, p. 136.

La negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento.

El D.L. 18471 hacía referencia a “narcóticos”. Más preciso y actual, el D.L. 22126 habla de “drogas o sustancias estupefacientes”.

Se exige la reiteración. No se indica qué se entiende por tal concepto, vaguedad que la jurisprudencia debe precisar casuísticamente. Una vez más habría sido preferible otra expresión como “frecuente o constante”.

No se señala tampoco un grado para la embriaguez, que es susceptible de medición a través del llamado “dosaje etílico” (proporción del alcohol en la sangre). Tendría que recurrirse al concepto médico de embriaguez, que generalmente está referido a la pérdida de aptitud o habilidad para la conducción de un vehículo.

Precisamente al caso de los conductores se refiere, casi directamente, la parte del inciso que prescinde del requisito de la reiteración cuando, por la naturaleza de la función o del trabajo, el estado de inecuanidad adquiriera esencial gravedad. Es indudable que para el chofer de un autobús, de cuyo control depende la vida de decenas de pasajeros, transeúntes y otros conductores, y la integridad del vehículo y otros bienes, la embriaguez o el uso de drogas es falta gravísima desde la primera vez que se comete. No es necesario esperar a su repetición. En tal sentido dice bien José SERRANO CARVAJAL cuando afirma que “...la regla general de la gravedad del incumplimiento en el caso de la embriaguez no tiene porqué centrarse sólo sobre la habitualidad, sino que, en muchos casos, viene agravada por circunstancias que hacen de justificante del despido” (35). Por lo demás, si ubicamos la embriaguez como integrante de lo que ALONSO OLEA califica como “deber genérico de buena conducta”, debemos admitir con el mismo SERRANO que “...está en las características de cada contrato de trabajo la medida en que la inobservancia de lo dispuesto de modo general en las normas sean causas justas de despido” (36).

(35) **El despido: la embriaguez y falta de aseo**, en **Dieciséis lecciones sobre causas de despido**, Madrid, Universidad de Madrid, 1969, p. 196.

(36) Cf. José SERRANO CARBAJAL, Op. cit., p. 195.

La intervención de la autoridad policial está justificada por ser ella la llamada, normalmente, a verificar el mal estado, máxime si es en las dependencias policiales donde se practica el dosaje.

Se ha criticado el acápite final, pero parece necesario. Sucede que muchas veces la persona, víctima ella misma de su descontrol, opone resistencia al examen. Es prudente, entonces, no forzarla sino dar valor de evidencia a la propia negativa. Lo contrario sería convalidar la frustración de la prueba por acto propio y en el propio provecho.

Inciso f): "Las ausencias injustificadas por más de tres días consecutivos o las ausencias injustificadas no consecutivas por más de cinco días en un período de treinta días calendarios o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario".

f.1.) *Es el abandono de trabajo.* Sobre su naturaleza y justificación no es necesario abundar. Quien deja de concurrir a sus labores por un lapso continuo está demostrando con hechos su desapego a las mismas, su voluntad tácita de incumplirlas, de romper el contrato.

No autorizar al patrono a despedir sería lo mismo que equiparar el retiro voluntario al abandono o dejación intempestiva del puesto. Ninguna ventaja tendría quien se ajusta a la ley frente a quien la viola.

Más de tres días consecutivos es, por lo demás, un término ya profundamente enraizado en la práctica laboral peruana, desde siempre.

f.2.) *Las ausencias no consecutivas por más de 5 días en un mes fueron, como falta grave, una novedad del D.L. 18471.*

Antes, el D.S. de 4 de junio de 1951 la había contemplado pero con carácter restringido (justificando el despido sin indemnización pero no la pérdida de beneficios, por lo que eran una falta grave menos grave que las demás) y sin la precisión matemática de la norma actual.

El D.L. 22126 mejora al 18471 al indicar "un período de 30

días calendarios” en vez de “mes”, como anteriormente decía, racionalizando el cómputo al señalar un período que equivale a un mes, pero no lo es en estricto sentido, infiriéndose que se computa desde la fecha de la primera inasistencia.

f.3.) Lo dicho en el punto anterior es exactamente aplicable al caso semestral. El D.L. 18471 decía imprecisamente “más de 15 días al semestre”. El D.L. 22126 dice “en un período de 180 días calendario”.

Inciso g): “Incurrir en acto de violencia, en grave indisciplina o en reiterado faltamiento de palabra en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de sus compañeros de labor, dentro del centro de trabajo o fuera de él, en este último caso siempre y cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral”.

La violencia no tiene que ser grave, basta con que sea violencia. La indisciplina sí debe serlo. El faltamiento de palabra debe ser reiterado, lo que no se exige en los casos anteriores.

GARCIA MARTINEZ comenta sobre el tema: “Siempre hay que tener presente que, cuando se trata de indisciplina o insubordinación, más que el daño material que el hecho haya podido ocasionar al negocio, debe prevalecer el pacto moral, porque los actos de esta naturaleza, cuando adquieren gravedad, atentan contra las bases fundamentales de toda organización comercial o industrial” (37).

El agraviado con cualquiera de estos hechos puede ser el empleador, sus representantes, el personal jerárquico o los compañeros de labor. La falta es igual quienquiera sea el perjudicado.

Hasta aquí no cabe discusión. La falta es clamorosa en todas sus manifestaciones. Clamorosa fué, por ello, la gruesa omisión en que incurrió el D.L. 18471 peruano, que no contempló ningun-

(37) GARCIA MARTINEZ, cit. por Jorge Ortega Torres: **Código Sustantivo del Trabajo, y Código Procesal del Trabajo de Colombia concordado y comentado**, Bogotá, Ed. Temis, 1942, p. 136.

na de estas infracciones. Crasa ignorancia de la naturaleza del contrato de trabajo, que impone no sólo obligaciones materiales sino, en su dimensión ética, respeto, consideración, lealtad, fidelidad, valores cuyo quebrantamiento es tan grave o más aún que el simple descuido u omisión que aquella norma sí sancionaba.

Este contenido ético no queda circunscrito dentro de las paredes del taller ni limitado por las ocho horas de la jornada; las trasciende en el tiempo y en el espacio. De allí que la falta existe aunque se cometa fuera –temporal o espacialmente– del centro de trabajo y a condición que los hechos deriven directamente de la relación laboral. Lo contrario habría dado margen a que los incidentes pudieran ser provocados deliberadamente en un lugar o en una hora ajenos a los de la labor, con impunidad.

Inciso h) : “El causar intencionalmente daños materiales en los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumento, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la Empresa o en posesión de ésta”.

Este es el *sabotaje*, falta de las más graves que es posible concebir. La destrucción del centro de trabajo o de lo que en él es necesario para la producción, constituye no sólo una falta laboral, sino –como en muchos otros casos– un delito.

Curiosa o sintomáticamente, el D.L. 18471 peruano no lo contemplaba ni sancionaba. Algún suspicaz podría pensar que fue una omisión deliberada.

Las faltas omitidas

Pese a que el D.L. 22126 representó en el Perú un considerable avance sobre su predecesor, el D.L. 18471, y aún admitiendo que la enumeración de faltas que aquél consigna es amplia y casi exhaustiva, aún así se ha incurrido en algunas omisiones.

– Faltas de puntualidad

La impuntualidad es distinta de la inasistencia y menos grave, pero su reiteración puede convertirla en un hábito nocivo.

No basta para combatirla el no remunerar el tiempo no laborado efectivamente, porque la proporción salarial de unos pocos minutos diarios no surte ningún efecto ejemplarizador.

Puede el empleador, por cierto, transformar una tardanza en ausencia si, vencido un periodo de prudencial tolerancia, deniega el ingreso al servidor. Pero la medida peca por exceso y perjudica la producción.

La ley peruana tiene un correctivo muy eficaz, aunque quizás demasiado drástico: Para los obreros la remuneración del día de descanso semanal, llamada “salario dominical”, está condicionada al requisito de asistencia y puntualidad en la respectiva semana; la ausencia y aún el simple retardo determinan su no percepción.

El obrero, entonces, “pierde” con su impuntualidad la retribución de un día completo, lo que es decisivo para estimular su presencia oportuna, temprana. No sucede igual con el empleado, cuyo haber mensualizado no está sujeto a condicionamientos de ese tipo; la impuntualidad en este sector es enormemente alta.

No cabe duda que al ser una tardanza menos grave que una ausencia, para que la acumulación de aquéllas pudiera justificar un despido se requeriría de un número considerablemente alto, capaz de demostrar la existencia de un vicio o hábito pernicioso.

– Inasistencias reiteradas o sistemáticas

La ley peruana contiene una evaluación cuantitativa de las ausencias: más de tres consecutivas, o más de cinco en un lapso de 30 días, o más de 15 en un lapso de 180 días.

Hay ausencias, sin embargo, que tienen valor cualitativo: las subsecuentes al descanso semanal o a los días festivos o a las vacaciones anuales.

La repetición de ausencias de ese tipo, reveladora de una conducta sistemática, debiera permitir la sanción aunque no se alcanzara el número exigido cuantitativamente.

El camino es indirecto u oblicuo. Preferible es una norma explícita, que no sólo haga posible el despido sino que revele un respaldo social y moral para el mismo.

Debe mantenerse el principio de que la prisión provisional o preventiva, en cambio, no es suficiente en tanto no haya condena, pues al encausado se le presume inocente hasta que la sentencia sancione lo contrario. Tal coyuntura a lo que debe conducir es a una suspensión temporal del contrato, como dispone el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores español.

– *Inmoralidad*

La conducta deshonrosa, reñida con las normas éticas o de convivencia social; los actos deshonestos, que atentan contra la moral, o las buenas costumbres; las prácticas indecentes o indecorosas o bochornosas; son expresiones de inmoralidad que pueden dañar irreparablemente las relaciones humanas que rigen un contrato de trabajo.

Es más: Resultan lesivas a las relaciones horizontales del trabajador y sus compañeros de trabajo, pues rara vez o nunca consisten en un hecho aislado o circunstancial y sí, por el contrario, un comportamiento habitual.

No es necesario abundar en ejemplos, pero sí señalar, con SAAVEDRA ACEVEDO, que “para que se dé la falta grave de respeto por realizar actos contrarios a la moral, es necesario que haya conexión entre el acto y la situación laboral, sea por el lugar o por las personas” (38).

Finalmente, es necesario recalcar que la omisión en la tipificación de esta falta grave dio pábulo a que en cierta ocasión, en el Perú, se anulara el despido de un trabajador que fue sorprendido en prácticas homosexuales con un cliente en el lugar de trabajo y dentro de la jornada de labor. Ese es el riesgo de la tipificación taxativa y ése el efecto de una omisión.

(38) SAAVEDRA ACEVEDO, Op. cit, p. 108.

El profesor DEL PESO Y CALVO afirma que "...el porcentaje medido de faltas justificativas del despido supone (....) sometimiento a factores externos, sin valoración de cuánto de humano existe en el trabajador", concluyendo que "...la determinación a priori del número de faltas que deben exigirse para estimar como justa la sanción de despido (es) peligrosa" porque en unos casos las faltas, aún rebasando el número de las exigidas, pueden no alcanzar límite alto de gravedad, y en cambio, en otros casos, aunque las faltas son mínimas, por la forma en que se han cometido, pueden justificar el despido, lo que supervalora ese factor humano al que nos venimos refiriendo (39).

– *Condena Penal*

Debe tratarse de condena por actos ajenos o extraños a la relación laboral. Si derivaran de ésta, es obvio que, además del ilícito pasible penalmente, serían falta grave sancionable como tal directamente.

La condena debe, de otro lado, conllevar pena privativa de la libertad, por dos razones: porque tal pena está reservada a los delitos dolosos y porque la ejecución de la misma resulta incompatible con la prestación de los servicios.

Si la ejecución fuera suspendida, esto es, si la condena tuviera carácter condicional, ello sería revelador de que el delito no es socialmente peligroso. De otro lado, la propia suspensión haría viable la libre y normal concurrencia a las labores habituales.

Cabe advertir que en la práctica laboral peruana, la prisión definitiva es sancionada como abandono de trabajo; la ausencia forzosa por más de tres días es, en este caso, reputada como injustificada, por entenderse que lo que la motiva la explica pero no la justifica.

(39) Carlos DEL PESO Y CALVO, "Las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo como causa justa de despido", en *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, Universidad de Madrid, 1969, pp. 62-63.

-- Abuso de confianza

Abuso de confianza es, en buena cuenta, la trasgresión de la buena fe contractual, el fraude, la deslealtad.

El contrato de trabajo, a más de las obligaciones objetivas de prestación del servicio, tiene un contenido ético que se expresa en los deberes de fidelidad y lealtad. Su quebrantamiento es falta, de cuya gravedad depende su sanción.

La trasgresión más frecuente a este respecto es la competencia o concurrencia desleal, la negociación por cuenta propia en perjuicio del empleador, pero no la única. Su importancia determina que se la tipifique expresamente. Pero el hacerlo así, clarificando el concepto, trae como consecuencia que, dentro del sistema de falta tasada o limitativa, lo que constituye quebrantamiento de los deberes éticos no constituya falta grave por no estar explícitamente mencionada.

Fue la legislación española la que consagró el tríptico "fraude-deslealtad-abuso de confianza".

GONZALES ENCABO (40) considera que tales expresiones pudieran quedar reducidas "a la sola de deslealtad ... o, quizás, hubiera sido mejor, por contraposición a 'fidelidad', enunciar la 'infidelidad' como causa de despido".

- Falsificación de documentos

Preparar un documento falso o utilizarlo a sabiendas es no sólo ilícito laboral sino penal.

No obstante, es necesario tener presentes el motivo y la intención, así como la naturaleza del documento. Si lo que se persigue es una ventaja; si el documento es decisivo para la contratación o permanencia de la persona; si, en suma, la adulteración tiene caracteres serios y trascendentes, la falta es clarísima.

(40) Julián GONZALES ENCABO, "El fraude, la deslealtad o el abuso de confianza", en "Dieciséis lecciones sobre causa de despido", Madrid, 1969, p. 135.

Como infracción, podría estar comprendida en el concepto de "informaciones falsas": el documento apócrifo informa falsamente; pero en un sistema de rígida enumeración es preferible la tipificación directa y expresa.

No es posible agotar el repertorio de posibles faltas. Siempre habrá riesgo de omisión. Los criterios sociales y los principios morales no son tampoco inmutables, y deben soportar el embate del tiempo y las costumbres.

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE JOINT VENTURE

Reynaldo Pastor Argumedo

A efectos de iniciar la redacción del presente artículo debemos definir primeramente el concepto del contrato en mención:

“El Joint Venture es un contrato de carácter asociativo, mediante el cual dos o más personas ya sean naturales o jurídicas convienen en explotar un negocio en común por un tiempo determinado, acordando participar en las utilidades resultantes del mismo, así como responder por las pérdidas en forma solidaria e ilimitada”.

De la definición expuesta se pueden advertir los elementos del contrato así como las características del mismo, las cuales detallo a continuación:

a) *Pluralidad de sujetos*: Este elemento tipificante del contrato es requisito *sine qua* del mismo, en vista de que para la formación de cualquier acto jurídico, en especial el de los contratos, se requiere la concurrencia de dos o más voluntades, las cuales una vez exteriorizadas a través de la palabra o por medio de actitudes determinan el nacimiento del acto, cuyo fin último será para el caso específico la creación de una figura de carácter asociativo.

b) *Affectio Societatis*: Si bien este elemento es propio e inherente de las personas que integran el contrato de sociedad, cuyo efecto directo e indirecto es el otorgamiento de la personería jurídica una vez inscrito el mismo en los Registros Públicos, es a su vez constitutivo del contrato de Joint Venture.

Este elemento es constitutivo del Joint Venture en vista de que los miembros que celebran el contrato, tienen la intención de

asociarse (1) reuniendo en común capitales y conocimientos a efectos de explotar un negocio determinado por un tiempo limitado.

Los factores constitutivos de la *affectio societatis* para el presente caso vienen a ser la intencionalidad de asociarse, la explotación de un objeto determinado y el período de tiempo que van a emplear los co-asociados para la prosecución del fin propuesto.

c) *Fin de lucro*: Este elemento es a su vez determinante para considerar a la presente figura con carácter asociativo en vista de que las partes al explotar en común un negocio determinado persiguen como fin el generar utilidades derivadas del mismo y distribuirlas posteriormente.

d) *Participación en las pérdidas*: Este elemento es considerado de gran importancia a efectos de determinar si la figura creada es o no un Joint Venture. La obligación de responder por las pérdidas en forma solidaria e ilimitada, constituye un factor decisivo para distinguir esta figura respecto de las demás.

e) *Carácter personal*: Comúnmente llamado *intuitio personae*, constituye un elemento imprescindible para la existencia de la figura asociativa en vista de que los co-asociados al gozar de un igual derecho de control, dirección, representación así como responder solidaria e ilimitadamente frente a terceros por las pérdidas que pueda ocasionar el negocio, es necesario que se tome en cuenta las calidades morales e intelectuales de cada uno de ellos. Para el caso de una persona jurídica co-asociada, se analizará la reputación de la misma en la vida mercantil o industrial según sea el caso.

Estos cinco elementos vienen a ser en síntesis los más importantes dentro del contrato de Joint Venture.

(1) El concepto de asociación para el presente artículo es atribuido a la intención de los co-asociados de explotar un negocio común, afectando capitales y/o servicios para la prosecución del fin propuesto. No se le debe confundir con el concepto que le atribuye el Código Civil.

No obstante lo expuesto, debo ser preciso en señalar que estos elementos no deben confundirse con los requisitos para la validez del acto jurídico. Son dos conceptos totalmente distintos. Mientras los elementos del contrato de Joint Venture se encuentran dentro del mismo una vez exteriorizada la voluntad de los co-asociados, los segundos deben estar presentes para la validez del acto, cuyo efecto inmediato es la formación del mismo.

Habiendo expuesto los elementos del contrato, paso a analizar las características del mismo, las cuales detallo a continuación:

1) *Plurilateral*: Esta característica es entendida como la concurrencia de varias declaraciones de voluntad. Vienen a constituir un conjunto de manifestaciones de voluntad dirigidas hacia un solo objetivo, el cual es explotar un objeto común y distribuirse las utilidades del mismo, a diferencia de constituir mediante el acuerdo de voluntades, obligaciones contrapuestas como en todo contrato bilateral.

Esta característica es bastante discutible e induce a pensar si el Joint Venture viene a ser un contrato o simplemente un acto colectivo, es decir una pluralidad de voluntades dirigidas en su conjunto a explotar una actividad mercantil determinada y por ende crear una figura asociativa.

No obstante lo expuesto considero personalmente que al Joint Venture se le debe atribuir la calificación de contrato, en vista de que al adolecer de personalidad jurídica y por ende no formar un ente distinto al de las personas que lo conforman; dichos miembros se encuentran en una situación conjunta de acreedor y deudor al mismo tiempo. Es decir, al obligarse a afectar un bien a la comunidad de intereses se constituyen en deudor frente a los demás co-asociados hasta no cumplir con la entrega del bien y éstos a su vez en acreedores al exigirle al co-asociado moroso la entrega del mismo. Asimismo al responder un co-asociado por la totalidad de las pérdidas del negocio frente a terceros, se convierte automáticamente por subrogación activa en acreedor de sus demás co-asociados y estos a su vez en deudores de aquel.

Es en base a la argumentación expuesta, por la cual consi-

dero al Joint Venture como un contrato y *no* como un acto colectivo o complejo.

2) *Conmutativo*: El contrato de Joint Venture posee esta característica en vista de que las prestaciones a cargo de los co-asociados son equivalentes. Es decir el carácter equivalente no siempre atribuido al valor económico del bien materia de afectación, sino también atribuido a la obligación de cada co-asociado de afectar un bien, ya sea en dinero o en especie.

3) *Tracto Sucesivo*: En base a que las obligaciones a cargo de los co-asociados (las cuales se encuentran pactadas en el contrato) se van renovando en el transcurso del tiempo de duración de la explotación del negocio a diferencia de los contratos plurilaterales de ejecución instantánea.

En cuanto al carácter sinalagmático que gozan los contratos en general debo ser preciso en señalar que en el Joint Venture no existe reciprocidad de prestaciones en vista de que la obligación de afectar un bien a la comunidad de intereses si bien sitúa al co-asociado como deudor frente a sus demás co-asociados, los mismos no se obligan frente a aquel con una determinada prestación. El efecto inmediato de la afectación de un bien a la comunidad de intereses es precisamente adoptar la calidad de co-asociado y con ello gozar de los derechos que le atribuye la figura asociativa.

Como conclusión y en base a lo expuesto en los párrafos precedentes debo señalar que el Joint Venture es un contrato asociativo *sui generis*.

LA ADMINISTRACION EN EL JOINT VENTURE

Partiendo de la premisa de que la figura en análisis exige de los sujetos intervinientes en el contrato el carácter personal (*intuito personae*) a efectos de explotar la realización del fin propuesto, se advierte que el control y dirección del negocio se encuentra a cargo de todos y cada uno de los co-asociados.

Cada co-asociado actúa como principal y representante de los demás frente a los terceros con quienes celebra negocios ju-

rídicos. Es por ello que los actos que realiza un co-asociado en nombre del Joint Venture obliga a los demás miembros integrantes frente a los terceros.

No obstante existir esta regla general mediante la cual la administración del negocio se encuentra controlada y dirigida por la totalidad de los miembros que conforman el Joint Venture, quepa la posibilidad de celebrar pactos entre los co-asociados a efectos de delegar dicha función en uno o en varios de ellos.

De presentarse esta situación deberá existir un acuerdo escrito mediante el cual las partes manifiesten su voluntad de delegar el mencionado derecho, de lo contrario podría prestarse a una serie de actos dolosos por parte de los co-asociados representantes, del tercero con quien celebran negocios jurídicos o de ambos en su conjunto.

Esta delegación de facultades en uno o varios de los co-asociados se encuentra fundamentada en el principio del libre albedrío entre las partes. Es precisamente la legislación americana la que fomenta el referido principio.

De otro lado la delegación de facultades de representación, control y dirección a uno o varios co-asociados puede encontrarse cimentada en función del aporte efectuado por dicha persona a la comunidad de intereses (2).

Si bien es cierto que el grado de valorización del bien afectado a la comunidad de intereses no es considerado comúnmente como elemento apreciativo para que se determine un porcentaje en la dirección y control del negocio, cabe señalar que en algunos acuerdos de Joint Venture este constituye un factor primordial. Asimismo el grado de experiencia en el negocio propuesto así como la capacidad empresarial constituyen factores decisivos para que una persona natural o jurídica según la situación que se presente, pueda ser considerada por los demás co-asociados como

(2) Ver Tesis: **El Joint Venture y la Asociación en Participación**. Reynaldo, Pastor Argumedo Publicada: Setiembre 1982. Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cap. II.

la encargada de la dirección, representación y control de la empresa (3).

Habiendo expuesto la regla general, así como las diferentes hipótesis de delegación empresarial que se pueden presentar en la práctica mercantil, paso a continuación a desarrollar un breve análisis de las diversas relaciones que se generan entre los co-asociados y el co-asociado representante así como frente a terceros y la responsabilidad que se deriva de las mismas.

A efectos de iniciar la segunda parte del artículo, debo señalar que los co-asociados al poseer como regla general un igual derecho de control, dirección y representación, los actos que celebren en forma individual frente a terceros obligan a sus demás co-asociados. Dichos actos deben encontrarse encaminados única y exclusivamente a explotar el fin del negocio. Sin embargo si el co-asociado actor se extralimitó en sus facultades, obligará solamente a sus demás co-asociados, si el tercero con quien celebró el negocio jurídico desconocía la extralimitación de facultades.

A *contrario sensu* no obligará a los demás co-asociados si el tercero conocía de la extralimitación de facultades, sin embargo ello no constituye un impedimento para que quede obligado única y exclusivamente frente al mismo.

Otra situación que podría presentarse en la práctica mercantil es que el gestor del negocio (4) actúe frente a terceros dolosamente (el dolo atribuido a la inejecución de obligaciones y no en cuanto al nacimiento del acto jurídico), causando en la ejecución del contrato un perjuicio a sus demás co-asociados.

En este caso si bien el gestor no se extralimita en sus facultades, tiene la intención de causar un daño al negocio, ya sea no

(3) El término "empresa" debe considerarse análogo al término negocio. No se le debe atribuir el concepto de persona jurídica para la lectura del presente artículo.

(4) Gestor: Co-asociado a quien se le ha delegado las facultades de representación, control y dirección de la empresa.

cumpliendo con la prestación debida o buscando una ventaja económica personal.

De presentarse esta situación, al poseer la representación del negocio y ser co-asociado, obliga con el mencionado acto a sus demás co-asociados frente al tercero contratante. Pero ello no implica que los co-asociados no le inicien una acción de daños y perjuicios (amparándose en el Art. 1320^o del Código Civil y no en el 1136^o del referido cuerpo de leyes) por mala gestión. Esta situación me induce a reflexionar que dentro del contrato asociativo que genera el nacimiento de la figura del Joint Venture, se encuentra inmerso un contrato de mandato, el cual se manifestará a la luz de los hechos en forma conjunta o separada según sean gestores de la empresa los co-asociados en su totalidad o uno solo.

Otra situación que se puede presentar en la práctica mercantil es que el gestor del negocio no sea propiamente un co-asociado. El Derecho Anglosajón, en especial la legislación norteamericana, permite que los co-asociados deleguen sus facultades de representación en un no asociado. Esta situación es poco común en la práctica mercantil pero no implica que no sea objeto de un análisis jurídico el cual detallo a continuación:

(a) Si el gestor no asociado se extralimita en sus funciones frente a los terceros, no obligará con sus actos a los co-asociados en la medida que dicho gestor sólo posee la calidad de un simple mandatario y no de co-asociado.

Para esta situación específica se trae a colación el principio jurídico de que “quienes no están autorizados debidamente para ejercer la representación no obligarán con sus actos y contratos a la sociedad, aunque los ejecuten a nombre de ésta y bajo su firma”.

(b) La segunda hipótesis consiste de que el gestor no asociado actúe dolosamente en la ejecución de un negocio jurídico. En este caso el gestor no asociado obligará a los co-asociados frente a terceros, en base a su mala gestión y no por concepto de extralimitación de facultades. Pero ello no implica que los co-asociados no le inicien una acción de daños y perjuicios por su mala gestión, recuperando con ello el daño económico sufrido.

Habiendo analizado las situaciones expuestas en los párrafos precedentes, describo la responsabilidad que se genera como consecuencia de las mismas.

(a) En el caso de que los co-asociados queden obligados frente a los terceros, los primeros responderán solidaria e ilimitadamente frente a los últimos.

(b) En el caso de que sea solamente el gestor co-asociado o no asociado el responsable frente a terceros, responderá con su patrimonio personal.

Al haber terminado de escribir el presente artículo quiero hacer partícipe a los lectores de mi especial agradecimiento al Dr. Manuel De la Puente y Lavalle, quien con su apoyo moral e intelectual me condujo por el buen camino del Derecho.

LA DISOLUCION EN EL JOINT VENTURE

A efectos de iniciar la redacción del presente artículo, debemos formularnos la pregunta siguiente: ¿El Joint Venture puede ser objeto de disolución a pesar de no gozar de personalidad jurídica?

La respuesta a la pregunta es compleja, en vista que de acuerdo a nuestro ordenamiento legal (jurídico) no se puede concebir la disolución en contratos asociativos que no gocen de personalidad jurídica, a no ser que la sociedad sea considerada como irregular, en cuyo caso la ley de Sociedades Mercantiles la contempla bajo el título único.

Sin embargo, no obstante lo expuesto en la legislación americana, el Joint Venture es objeto de disolución, en vista de que la figura posee rasgos característicos de la *Partnership* y ello determina que al finalizar el negocio o incurrir en causales ya sean contempladas en el contrato asociativo o en la Uniform Partnership Act, pueda acogerse a la disolución.

Ahora bien, cabe preguntarnos cuáles son las causales que se presentan en la práctica mercantil americana.

La primera de ellas se genera como consecuencia del vencimiento del término de duración del negocio que los co-asociados pactaron en el contrato.

La segunda causal viene a ser aquella mediante la cual la explotación del negocio termina e induce a las partes a finalizar el mismo.

La tercera se genera como consecuencia del fallecimiento de uno de los co-asociados y ello determina que al ser indispensable la presencia de dicho miembro para la prosecución del fin social, origine un acuerdo de disolución.

Sin embargo, si en el contrato se pactó que de producirse el caso en mención, las partes continuarían la explotación del negocio, el Joint Venture seguirá surtiendo efectos.

Asimismo, no obstante no haberse pactado el mencionado acuerdo, los co-asociados sobrevivientes, por decisión unánime, una vez producido el hecho, pueden acordar la explotación del negocio de dos maneras:

- a) Con los herederos del causante, o
- b) Continuar ellos mismos la explotación del negocio.

La cuarta causal se genera como consecuencia del advenimiento de un impedimento físico por parte de uno de los co-asociados. En esta situación se aplicará la misma regla contemplada para la causal tercera, es decir, se podrá o no continuar con el representante legal del incapaz.

La quinta causal se determina como consecuencia de la quiebra de uno de los co-asociados. En el presente caso, a efectos de salvar el negocio, puede pactarse que el co-asociado quebrado sea excluido del mismo y continúe sin la participación de aquel.

La última causal se genera cuando el negocio deviene en contrario al interés social, así como prohibido por ley. En este caso no hay pacto que pueda convalidar la eficacia del negocio, ya que en el supuesto de producirse, se estaría celebrando un nuevo contrato asociativo y no una convalidación del mismo.

En buena cuenta, estas vendrían a ser las causales que con frecuencia aparecen en la vida diaria de un Joint Venture.

Habiendo expuesto, las causales de disolución, cabe formularnos otra pregunta: ¿cuáles son los efectos que genera la disolución en el Joint Venture?

El efecto inmediato es la terminación del negocio, y ello implica que los co-asociados se vean impedidos en continuar la explotación del mismo. El presente efecto determina que única y exclusivamente se continúe con las obligaciones pendientes del negocio y las dirigidas a la terminación del mismo.

Una vez acordada la disolución del negocio, los co-asociados designarán en la persona de uno de ellos o de un tercero liquidador. Será el liquidador la persona encargada de hacer efectiva las obligaciones pendientes del negocio, con el único fin de dar por terminado el mismo.

El segundo efecto que genera la disolución, es que la comunidad de intereses sea objeto de división y partición, una vez cumplido con las obligaciones del negocio frente a terceros.

Habiendo terminado de pagar las deudas del negocio, se procederá a la distribución entre los co-asociados de los bienes afectos a la comunidad de intereses para luego repartir entre los mismos las ganancias resultantes de la explotación de aquel.

Finalizado este proceso, el Joint Venture se extingue.

LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Aníbal Quiroga León

INTRODUCCION

El presente es un trabajo preparado sobre la base del Capítulo del mismo título de la obra *Grundzüge de Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* del tratadista Konrad Hesse (1). Tradicionalmente se ha entendido que siendo la Constitución la norma jurídica de más alto rango, la hermenéutica que le es aplicable es la tradicional para la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico. Y ello se refuerza con el postulado de jerarquía normativa que sitúa, con preeminencia, a la Constitución en el vértice superior del ordenamiento jurídico, como se desprende de la concordancia de los artículos 87 *ab initio* y 236 de su texto legal, y de los artículos XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963.

Sin embargo, en las modernas corrientes sobre interpretación en la aplicación y jurisdicción constitucional han cambiado estos tradicionales conceptos que fueron inicialmente sistemati-

(1) Traducción del capítulo correspondiente de la obra de KONRAD HESSE *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 12., neubearbeitete Auflage. Heidelberg, Karlsruhe, C.F. MULLER Juristischer Verlag, 1980, pp. 20-34, efectuada por CARMEN VILLAR y JAIME NICOLAS MUÑIZ, versión fotocopiada para el Curso Monográfico de Doctorado, *Interpretación de la Constitución*, del Dr. ENRIQUE ALONSO GARCIA, 83/84, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Dejo expresa constancia de que el presente trabajo constituye una adaptación de la obra citada, donde las modificaciones y adiciones son de mi exclusiva responsabilidad. Dicha obra está también publicada en *Escritos de Derecho Constitucional - Selección*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 33-57, con la traducción y la Introducción a cargo del Prof. PEDRO CRUZ VIDALON.

zados por Von Savigny y después profusamente desarrollados por tratadistas como Francesco Messineo (2). En efecto, ya no se considera sólo a la Constitución como ese vértice superior del ordenamiento jurídico, sino que además de norma jurídica es, y por sobre todo, *norma política* continente de principios y postulados fundamentales para la organización política, social y económica de la Nación, los que por su propia naturaleza y finalidad han de tener una vigencia históricamente dinámica, cambiante con el desarrollo del país. De allí que los esquemas de interpretación que aporta la dogmática jurídica tradicional resulten estrechos y ampliamente superados por una necesidad mucho mayor de aprehender las esencias constitucionales de las que dependerá la estructuración de la Nación (3). Porque aquello de que por la sola redacción, aprobación, promulgación y vigencia más o menos formal de las instituciones básicas de la Constitución se obtenga como matemático resultado el que nos encontremos con la plena efectividad constitucional es falso y no pasa de ser simple literatura.

La Constitución moldea los pilares básicos de un país, y la realidad de éste a su vez condiciona la vigencia constitucional en una interacción constante que es importante descubrir y mane-

-
- (2) MESSINEO, Francesco. *Conocimiento, interpretación e Integración de las normas. La obra del intérprete: técnica, dogmática y sistemática del derecho. Aplicación del derecho.* Mimeo, PUC, Lima, 1977.
- (3) FRANCISCO RUBIO LLORENTE sostiene, a propósito del cambio operado en la Teoría de la Interpretación que ha pasado de ser patrimonio de los civilistas a instrumento de uso corriente de publicistas, constitucionalistas y administrativistas; que se presenta una nueva estructura relacional entre la Constitución y la Ley que se pone de relieve con la expresión *la Constitución como norma jurídica*. Sin embargo, acota que esta expresión, retóricamente afortunada, implica no sólo una licencia sino una incorrección teórica no exenta de riesgos, “pues ni la Constitución es *una* norma, ni es elemento necesario del concepto de norma la generación de obligaciones cuyo cumplimiento pueda ser forzado por los Tribunales de Justicia, ni, por último, tienen la misma naturaleza o los mismos efectos las normas contenidas en la Constitución. . .”; en: ENRIQUE ALONSO GARCIA, *La Interpretación de la Constitución*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; Prólogo del Prof. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, pp. XVIII-XIX y cit. (4).

jar con acierto de modo permanente. Y también la Constitución obliga imperativamente a todos, pero la eficacia de su normatividad se caracteriza por *principios informadores o inspiradores*, antes que por mandatos directos, los que contienen dos aspectos básicos: *diferidos*, por lo general, el desarrollo de sus postulados por medio de la ley; y, excepcionalmente, *directos* con relación a derechos concretos (como en el caso de los derechos fundamentales).

La hermenéutica tradicional resulta incompleta pues no distingue aquello, por lo que se ha generado una nueva visión de lo que debe ser la interpretación constitucional, y como se intenta esbozar en el presente trabajo (4). Y esto se ha generado en países con control *ad-hoc* de la constitucionalidad, es decir de justicia constitucional, como en los casos de Austria, Suecia, Italia, España y Alemania, con sistemas similares al adoptado por nuestra Constitución de 1979 con la implementación del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Así, alrededor de la segunda mitad de la década de los años cincuenta, aparecen los denominados *principios neutrales* como base de la interpretación constitucional, donde se determina que los derechos fundamentales que la Constitución consagra *in-abstracto* deben también estar presentes en las relaciones intersubjetivas, de modo que la solución del caso concreto no resulte divorciada de los principios fundamentales por un apego al legalismo, al formalismo, donde el resultado puede ser positivamente ajustado a ley pero moralmente injusto. Y es que en materia constitucional el texto tiene un valor formal menor que en los demás textos normativos debido a su necesaria ambigüedad o generalidad que requiere de una adecuada interpretación y del uso de instrumentos de determinación no necesariamente jurídicos. La interpretación ha de hacerse desde la situación concreta hacia la norma constitucional y no en sentido inverso. No es, por tanto,

(4) “Se ha dicho, (. . .) y (. . .) es (. . .) expresión de una idea muy generalizada, que la Teoría de la Interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución. Valdría añadir que en la medida en que el Estado contemporáneo es precisamente Estado Constitucional, el problema de la interpretación es también el problema central de la Teoría del Estado e incluso, me atrevería a decir, en alguna medida, de la Teoría del Derecho”. Op. Cit., p. XVII.

un razonamiento de lógica jurídica lo que debe imperar en la hermenéutica constitucional, sino una apreciación *valorativa*, donde la norma es el marco de valoración ascendente. Por eso es que el tradicional sistema de lógica jurídica como fuente de interpretación deviene inadecuado desde que puede llevar a resultados fallaces por obviar aspectos de valor del caso concreto en contra de la propia Constitución a la que se pretende servir bien.

Es con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial en que el positivismo cede paso al derecho natural, y se impulsa la axiología como fundamento de la Filosofía del Derecho. Así, los valores se ubican históricamente y se aplican al caso concreto determinado una justicialidad temporaria, pero real. En Alemania se desarrolló esto aún más gestándose la teoría del *Contrapeso de los Valores* (Güterabwägung) que determinaba la elaboración de un juicio abstracto en la labor interpretativa.

De acuerdo con el 1er. inciso del artículo 186 de la Constitución Política del Estado, es facultad privativa del Congreso Nacional la interpretación de leyes y resoluciones legislativas; pero, es evidente que también los Tribunales de Justicia y, por excelencia, el Tribunal de Garantías Constitucionales han de interpretar con carácter definitivo la Constitución en el cumplimiento de sus funciones, al resolver los conflictos que se sometan a su conocimiento. De una adecuada labor interpretativa no sólo dependerá el que estas instituciones sean efectivas, sino la real vigencia constitucional y, por ende, la mayor adecuación de nuestro modelo de Estado a las estructuras democráticas que los Constituyentes de 1978 perfilaron. La tarea es, pues, un verdadero reto histórico del que dependerá en mucho el afianzamiento de nuestra democracia.

1. NECESIDAD, SIGNIFICADO Y FINALIDAD DE LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

La interpretación constitucional en su sentido estricto que aquí se expone, se convierte en necesaria y llega a constituirse en problema cuando hay que responder a una cuestión jurídico constitucional que no puede decirse de una manera unívoca atendiendo sólo a la Constitución. Donde no hay dudas no se practica —ni es necesaria— ninguna interpretación en sentido estricto del término. No en toda traslación a la realidad de las norma-

tividades jurídico-constitucionales supone *interpretación*, en tanto que el proceso de interpretación constitucional siempre la Constitución resultará actualizada.

Así, no constituye interpretación, en el sentido estricto del término, sino más bien actualización, cuando se lleva a la práctica el contenido de las normas constitucionales sin que surjan dudas sobre la constitucionalidad de esa actividad y sin que del proceso de aplicación acaso siquiera se tome conciencia. Tampoco es precisa la interpretación cuando las prescripciones constitucionales son unívocas, a pesar de que aquí se trate de un proceso de *comprensión* estructuralmente sencillo, y por ende, de una interpretación *lato sensu*.

Para el Derecho Constitucional la interpretación es de importancia decisiva porque en vista de la apertura y amplitud de la Constitución, aparecen problemas interpretativos con mayor frecuencia que en otros campos jurídicos, cuyas normatividades suelen introducirse más en el detalle. Esta importancia aumenta en los casos de ordenamientos con *jurisdicción constitucional* desarrollada, como nuestro caso con la implantación del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Si el Tribunal de Garantías Constitucionales interpreta la Constitución de modo definitivo para todos (vinculando *erga omnes* con su decisión), entonces el espíritu de esta definitividad de todos los poderes públicos para con la Constitución se funda y legitima en dicho sometimiento a sus decisiones, y sólo puede hacerse realidad en la medida en que las decisiones del Tribunal expresen el verdadero contenido de la Constitución, por más que lo hagan en virtud de su particular óptica interpretativa. A pesar de que el Tribunal está facultado para imponer obligatoriamente este contenido a través de sus fallos, no se sitúa por encima de la Constitución, a la que debe su existencia. Para el cumplimiento de las tareas del Tribunal y para la vida de la Constitución, es esencial la forma en que se supera la problemática de la interpretación constitucional (5).

(5) Es de anotar que existe una diferencia muy importante entre, por ejemplo, la Constitución peruana y la de la República Federal Alemana hacia la cual está escrita la obra de HESSE (op. cit.). En el primer

Finalidad de la interpretación es encontrar a través de un proceso racional y controlable el resultado *correcto* adecuado a la Constitución, fundamentar dicho resultado y de este modo crear una previsibilidad y una certidumbre del derecho, y no tan sólo decidir por el amor a la propia decisión.

Esta tarea aparece en el presente sin duda menos dominada que nunca. En la judicatura y en amplia parte de la doctrina, un positivismo practicado de modo acrítico e inconsecuente junto, asimismo, con los esfuerzos realizados para combatir mediante un *recurso a los valores*, igualmente acrítico, han llevado a una creciente inseguridad. La crítica que reacciona contra todo esto, es, pues, acertada. Sin embargo, en la medida en que se pretende responsabilizar de esta situación de inseguridad a la expansión del llamado *método de las ciencias del espíritu*, —que en modo alguno puede identificarse con aquel pensamiento acrítico jerárquico valorativo— y busca salida en un retorno a las reglas interpretativas tradicionales, no se percata de la complejidad del problema de la interpretación constitucional de nuestros días.

2. LA INTERPRETACION TRADICIONAL

2.1 *Contenido*

La doctrina tradicional de la interpretación pretende en todas sus reglas descubrir la voluntad objetiva de la norma directamente o a través de la voluntad subjetiva del legislador, tomando como consideración para ello el tenor literal, los antecedentes históricos, la coherencia sistemática, y el sentido y finalidad —el *telos* y la *ratio*— de la norma (6). De este modo, sin tener en cuen-

caso, el Art. 186 inc. 1.º. señala que corresponde al Congreso la atribución de interpretar las leyes (por ende la Constitución, dejando de lado la evidencia de que el Tribunal de Garantías Constitucionales y los Tribunales ordinarios de justicia deben efectuar tal ejercicio en el cumplimiento de sus funciones. En el caso alemán (como en el español; Art. 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 1979, de 3 de octubre —B.O.E. 5-X-79) es el Tribunal Constitucional el intérprete supremo de la Constitución con fuerza vinculante para todos.

- (6) En este sentido rebasa los elementos de la interpretación de la ley formulados por VON SAVIGNY y calificados como clásicos por FOR-

ta el problema concreto sujeto a decisión, los hechos de la vida deben ser casados con el contenido de la norma de acuerdo con las claves silogísticas, y así ha de encontrarse la decisión. En teoría, la interpretación —también la interpretación constitucional— consiste fundamentalmente en la simple ejecución de una voluntad subjetiva u objetiva preexistente en la norma, que a través de aquellos métodos, puede descubrirse con certidumbre objetiva, con independencia del problema a resolver.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán se ha asentado expresamente sobre la base de esta doctrina. Aunque no inequívocamente opta por la *Teoría Objetiva* de la interpretación: “Decisiva para la interpretación legal es la voluntad objetivada del legislador que en ella se expresa, tal y como resulta del tenor literal de la norma y de su sentido en conjunto. No es decisiva por el contrario la opinión de que en el proceso legislativo sostengan los órganos o sus miembros individuales sobre el significado de la disposición. Los antecedentes de una norma cobran importancia en la medida que corroboran la exactitud de la interpretación averiguada según los principios indicados, o bien, cuando dichos antecedentes solventen dudas que simplemente por el camino indicado no podrían ser disipadas”.

A esta meta interpretativa sirven, según ha sentenciado el Tribunal: “La interpretación surgida del texto literal de la norma (interpretación gramatical), la surgida de su contexto (interpretación sistemática), la derivada de su finalidad (interpretación teleológica), y finalmente, la procedente de los materiales legislativos y antecedentes (interpretación histórica)”. Ello no es óbice, además para que estos diversos elementos interpretativos interactúen recíprocamente, complementándose unos en defecto de otros, siguiendo su orden prelativo (7).

THOFF en *Umbildung* (. . .) y *Zur Problematik der Verfassungslegung* (. . .), p. 39, a saber: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático; A. HOLLERBACH. *Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung*; AöR. 85, 1960, pp. 241; cit. por HESSE, op. cit. p. 38, cit. (6).

- (7) BVORFGE 1, 299 (312); confirmado en BVORFGE 6, 55 (75); etc.; Cit. por HESSE; Op. Cit., cit. (7).

2.2 Limitaciones

Ya esta inicial aproximación muestra a primera vista las limitaciones de la doctrina tradicional.

La meta de la interpretación sólo en ciertas condiciones puede consistir en el descubrimiento de una voluntad subjetiva u objetiva previamente dada en la Constitución. Prescindiendo radicalmente de las limitaciones de los fundamentos de esta tesis —que se basa, en última instancia, en el dogma jurídico de la voluntad, desarrollado por la pandectística del Siglo XIX y asumido por la ciencia del Derecho Público de aquel momento, un dogma que por sí mismo no posibilita una adecuada comprensión de la Constitución moderna— semejante punto de partida no supone otra cosa que el encubrimiento de la situación real. Pues en casos para cuya solución la Constitución no contiene regla alguna, es decir, en todos los casos de interpretación constitucional, la Constitución o los constituyentes no han tomado en realidad una decisión, sino que simplemente han dado puntos de apoyo más o menos numerosos e insuficientes para la decisión. Donde no se ha buscado lo inequívoco, no se puede extraer una voluntad real, sino en todo caso una voluntad presumida o ficticia, sin que por encima de estos límites puedan valer de algo cualesquiera fórmulas de conveniencia como, por ejemplo, la del *sometimiento reflexivo* del intérprete (*denkender gehorsam*). Considerar la averiguación de la pretendida voluntad objetiva de la Constitución o la subjetiva del constituyente como meta de interpretación, significa, por tanto, querer acometer la consecución de algo que no tiene una preexistencia real y con ello malograr la problemática de la interpretación de la Constitución ya desde el principio. La interpretación sólo puede ser de modo relativo ejecución y no puede ser por entero una subfunción. Debe, ante todo, partir de que su *meta* no tiene una existencia real y previa.

Tampoco los distintos *métodos prelativos* de interpretación tradicional ofrecen pautas de orientación suficientes. A menudo el texto no precisa nada sobre el significado de las palabras y hace emerger el problema del cómo se puede precesar dicho significado. La interpretación sistemática puede ser manipulada en forma distinta según se atienda al contexto formal de la ordenación de la norma en un determinado punto de la ley o de su contexto mate-

rial. La interpretación teleológica apenas es algo más que una concesión o carta blanca al intérprete, pues con la regla de que debe cuestionarse el sentido de un precepto legal, no se aporta nada al problema decisivo de cómo ha de interpretarse ese sentido. Finalmente, es también imprecisa la relación entre los métodos particulares. Queda abierta pues la cuestión de determinar cuál de ellos ha de seguirse en cada caso y tampoco está claro el orden de precedencia que tradicionalmente se le ha atribuido, especialmente cuando para un mismo caso de métodos pueden conducir a resultados disímiles. Una prueba evidente de la cuestionabilidad de la interpretación tradicional —y que refuerzan las objeciones planteadas— es la observancia de la praxis de la interpretación constitucional donde a menudo el Tribunal de Garantías Constitucionales ha de alejarse de las reglas de interpretación reconocidas por la práctica judicial. Al abandonar, total o parcialmente, los métodos tradicionales de interpretación, sobre la base y necesidad de recurrir a principios básicos de referencia objetiva e índole jurídica funcional o material, como, por ejemplo, la división de poderes y funciones de las distintas instituciones del Estado, o el principio general de la unidad de la Constitución, en la medida en que en la consideración de los contextos políticos, sociológicos e históricos y de criterio de adecuación de resultados, se podrán lograr mejores determinaciones de la norma constitucional.

Las reglas de interpretación tradicional ilustrarán sólo relativamente sobre el modo en que el Tribunal de Garantías Constitucionales ha de tomar sus decisiones. Si en lugar de esto emerge una larga serie de diversos criterios y sólo de modo relativo pueden expresarse principios firmes de su utilización, las razones de ello no residen en la falta de corrección jurídica sino en el frecuente fracaso de aquellas reglas. La principal limitación de la interpretación tradicional radica en su insuficiencia para reconocer la meta de la interpretación constitucional, pasando por alto la estructura interna y las limitaciones del proceso interpretativo; de ahí que sólo con ciertas reservas pueda llevar a cabo la tarea de una interpretación correcta según principios firmes.

Si frente a estas reglas, la práctica evidencia una inclinación hacia una interpretación vinculada a hechos y a problemas, ello no sucede por mero azar, sino que será expresión y consecuencia de esta misma situación objetiva. Por eso es tanto más necesario

rendir cuentas sobre el propio quehacer, no postular un procedimiento de formación de la decisión judicial que no sea posible observar, sino apegarse a las condiciones, posibilidades y limitaciones *reales* de la interpretación constitucional.

3. LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL COMO DETERMINACION

La interpretación constitucional es determinación, “concretización” (*konkretisierung*). Precisamente aquello que no es unívoco como contenido de la Constitución debe ser determinado con inclusión de la realidad que ha de ser ordenada. Por ello, la interpretación jurídica conlleva un carácter creador: *el contenido de la norma interpretada se completa* en la interpretación (8); si duda, el carácter creador lo ostenta solamente en esa medida: el quehacer interpretativo permanece ligado a la norma.

3.1 *Condiciones de la interpretación de la Constitución*

La determinación normativa supone una *comprensión* del contenido de la norma a determinar. Esta *comprensión* no se puede separar de la idea previa que el intérprete lleve a su labor ni del problema concreto que hay que resolver en tal tarea.

3.1.1. El intérprete no puede concebir el contenido de la norma desde un punto arquimédico fuera de la existencia histórica subyacente, sino sólo desde la concreta situación histórica en que él se encuentra, en cuyo desarrollo se han ido acuñando sus contenidos de pensamiento y se han concretado su saber y sus prejuicios. El intérprete asume el contenido de la norma desde su idea previa, que le posibilita contemplar la norma con expectativas concretas, extraer un sentido de la totalidad y llegar a un esbozo previo necesitado, en un adentramiento de confirmación, corrección y revisión, hasta que se fije de manera inequívoca la unidad del sentido como resultado de una aproximación permanente a la realidad y al caso concreto.

(8) Pese a toda la diversidad de los planteamientos y de los modos de trabajo de la moderna hermenéutica científico-social y de la específicamente jurídica, en esto consisten los puntos en común a una y otra. Ver H. G. GADAMER; *Wahrheit und Methode*, 1965, p. 307; cit., por HESSE, op. cit. p. 43, cit. (21).

A causa de esta pre-juiciosidad de toda comprensión, de lo que se trata es no de ejecutar simplemente las anticipaciones de la idea previa, sino de tomar conciencia de ella y fundamentarla para satisfacer así la exigencia fundamental de toda interpretación: precaverse contra la arbitrariedad de las ocurrencias y contra el carácter limitado de hábitos de pensamiento imperceptibles y dirigir así la mirada *a las cosas mismas*.

3.1.2. Sólo conceptualmente, pero no en la realidad podemos distinguir una nueva condición de la interpretación de la Constitución diferenciable de la que acabamos de ver: el *comprender*, y con él la determinación, sólo es posible a las vistas de un problema concreto. El intérprete debe referir a este problema la norma que pretende comprender, si quiere precisar *hic et nunc* su contenido normativo. Esta precisión y la aplicación de la norma en el caso concreto suponen un proceso unitario, no la aplicación *a posteriori* de algo previamente dado y de carácter general, que en principio se entiende por sí mismo, a un supuesto fáctico abstracto que se hace casar (*fattispecie*). No hay ninguna interpretación constitucional independiente de problemas concretos.

También la captación del problema concreto implica en sí una *comprensión* que depende igualmente de la idea previa del intérprete y que requiere por su parte una fundamentación teórica-constitucional. La Teoría de la Constitución se convierte, por todo ello, en condición tanto para la comprensión de las normas como de los problemas (9).

3.2 *El procedimiento de determinación de las normas constitucionales*

El vínculo de la interpretación con la norma a determinar, y a su vez con la idea previa del intérprete y con el conflicto que en el caso concreto ha de resolverse, significa, desde una perspectiva negativa, que no puede haber ningún método de interpretación autónomo desligado de estos factores; desde una perspectiva positiva, que el proceso de determinación viene dado por el

(9) Expuesto así, expresamente, por HESSE, Op. Cit. p. 45.

objeto de interpretación: la Constitución y el correspondiente conflicto en cuestión. Estos criterios deben hallarse por la vía de *inventio*, se han de utilizar sopesando sus pros y sus contras y han de fundamentar la decisión con el grado máximo de evidencia y convicción (*topoi*). Al contener estos criterios fértiles y objetivamente adecuadas premisas, posibilitarán la extracción de conclusiones que conduzcan a la solución del conflicto, o que al menos, colaboren con ello. No obstante, no queda al arbitrio del intérprete qué *topoi* de todos los posibles ha de traer a colación. Por una parte, solamente debe utilizar a efectos de determinación aquellos criterios que estén relacionados con el conflicto. De otro lado, se encontrará avocado a la captación de aquellos elementos determinadores que proporciona, en su *programa y ámbito normativos*, la norma constitucional de cuya determinación se trata y de aquello que la Constitución comprende como directivas para la utilizabilidad, la asignación y la valoración de esos problemas con vistas a la solución de los conflictos.

3.2.1. Puesto que el *programa normativo* se contiene esencialmente en el texto de la norma que hay que determinar, por la vía de la interpretación literal lo que se ha de captar es un significado determinante para la solución del conflicto. En este contexto, cobran vigencia los tradicionales métodos interpretativos: la literalidad, la historicidad, la autenticidad y la sistematicidad hacen posible la destilación de los elementos determinadores, pudiendo particularmente los criterios históricos, auténticos y sistemáticos ayudar a precisar las posibles variaciones de sentido dentro del margen de jalonamiento que da el tenor literal. El criterio teleológico acierta en verdad a señalar una dirección cuestionadora esencial, pero por sí solo no posibilita ninguna respuesta suficiente ya que el sentido y el fin del precepto sólo pueden fijarse inobjetablemente en la medida en que pueden justificarse con ayuda de otros elementos.

3.2.2. Habitualmente la sola interpretación del texto no posibilita una determinación suficientemente exacta. Aquí es insoslayable la valoración de criterios acerca del ámbito normativo referido al problema en cuestión: puesto que en las normas constitucionales de lo que se trata es de la realidad de hechos concretos, hay que concebir a estos últimos, de acuerdo con el planteamiento fijada por el programa normativo, en su forma y peculiaridad

objetiva —y con frecuencia también en su forma y particularidad jurídicamente moldeada—. Este procedimiento no sólo proporciona elementos adicionales de ulterior determinación y de fundamentación racional y controlable, sino que garantiza dentro de los límites de la interpretación constitucional— una solución adecuada de los problemas en grado muy importante; significa, pues, lo contrario a un normativismo unilateral, frecuentemente convertido en objeto de reproche hacia los juristas.

3.2.3 Una significación directriz y delimitativa en lo que concierne a la traída a colación, ordenación y valoración de los criterios de solución de problemas a elaborar conforme a lo apuntado corresponde a los *principios de la interpretación constitucional*.

3.2.3.1. Entre estos, figura en primer término el *principio de la unidad de la Constitución*. El contexto y la interdependencia de los elementos particulares de la Constitución fundamentan la necesidad de no poner las miras sólo en la norma particular, sino siempre también en el contexto global en el que hay que situarla; toda norma constitucional debe interpretarse de modo tal que se evite su contradicción con otras normas constitucionales. Con este principio sólo es compatible una solución que mantenga en armonía las decisiones fundamentales de la Constitución y libre de toda limitación unilateral.

3.2.3.2. En estrecha relación con este principio se halla el *principio de concordancia práctica*: los bienes jurídicamente tutelados por la Constitución deben coordinarse de tal manera entre sí que cada uno de ellos alcance efectividad. En caso de colisión no debe realizarse uno a costa de otro como producto de una *ponderación de bienes* precipitada o, incluso, de una ponderación de valores de signo abstracto (10). Al contrario, el principio de la unidad de la Constitución plantea una tarea de optimación : am-

(10) Es por completo, dice HESSE, inadmisibile dar prioridad a los *bienes socialmente superiores* no protegidos constitucionalmente —cuya presencia puede fundamentarse discrecionalmente— y eludir con ello no sólo la unidad de la Constitución, sino la Constitución misma. En la medida en que las valoraciones verificadas en una *ponderación de bienes* están determinadas exclusivamente desde el plano de la Constitu-

bos bienes deben ser limitados para que así puedan llegar ambos a una virtualidad óptima. La fijación de límites debe ser siempre proporcionada al caso concreto, sin ir más allá de lo necesario para generar la concordancia de uno y otro bien jurídico. *Proporcionalidad* designa, en este contexto, una relación de dos magnitudes variables, aquella que responda mejor a dicho cometido de optimación, y no una relación entre un *fin* constante y uno o varios medios variables. Esta proporcionalidad se hace clara, por ejemplo, en la *interacción* (11) de libertad de expresión y la ley que regula la misma (12). La concordancia práctica se establece mediante la correspondencia proporcional de la libertad de expresión, por una parte, y de los bienes jurídicos tutelados por las leyes generales, de la otra. Más allá de lo que sea proporcional en el caso particular, el principio no dice nada; sin embargo, en cuanto directiva contenida en la Constitución y, por ende, obligatoria, señala la dirección y determina el procedimiento conforme a los que se ha de buscar una solución conforme a la Constitución. La ponderación de bienes está falta de una directiva semejante para sus valoraciones; no le falta sólo un punto de apoyo, sino que también incurre en el peligro de abandonar la unidad de la Constitución. Lo mismo se puede decir cuando la relación de las concesiones y limitaciones de libertades formuladas constitucionalmente se determina en el sentido de una presunción de partida en favor de la libertad (*in dubio pro libertate*), por lo que no es posible vislumbrar en esta presunción un principio de interpretación constitucional) (13).

3.2.3.3. Otro principio de interpretación constitucional lo constituye el de la *corrección funcional*. Si la Constitución ordena

ción, un *principio de ponderación de valores* así entendido se aproxima al principio de concordancia práctica; MULLER, *Normstruktur und Normativität*, pp. 207 y ss.; cit. por HESSE, *Op. Cit.*, p. 48, cit. (31).

- (11) Equívocamente llamado "*efecto recíproco*" (según resulta de la traducción literal al español) al decir de HESSE; *Op. Cit.*, p. 49.
- (12) Se refiere al Art. 5to. de la Ley Fundamental alemana.
- (13) P. SCHNEIDER. *Indubio pro libertate*. Hundert Jahre deutsches Rechtsleben Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages II, 1969, pp. 263 y ss., cit. por HESSE. *Op. Cit.*, cit. (34).

de un determinado modo la correspondiente tarea y la acción conjunta de los titulares de funciones públicas, el órgano a quien incumbe el cometido interpelatorio debe mantenerse dentro de las funciones encomendadas. Por otra parte, a través de la forma y del resultado de su interpretación, tampoco debe inducir desplazamientos en el sistema de distribución de las funciones. Esto es especialmente válido en lo que atañe a la relación entre el legislador y el Tribunal de Garantías Constitucionales: puesto que al Tribunal de Garantías Constitucionales, frente a lo que ocurre con el legislador, sólo le corresponde una función de control, le está vedada una interpretación que llevaría a una restricción de la libertad creadora del legislador que excedería de los límites marcados en la Constitución o a una creación a través del propio Tribunal en su tarea interpretativa.

3.2.3.4. Es también un principio de valoración de la relevancia de los puntos de vista elaborados *el criterio de la eficacia integradora*: si de lo que se trata, en lo que concierne a la Constitución, es de la realización y el mantenimiento de la unidad política, ello significa entonces la necesidad de, a la hora de resolver los problemas jurídico-constitucionales, otorgar preferencia a aquellos criterios que operan positivamente en el sentido de establecer y preservar dicha unidad. Sin duda este éxito no puede ser decisivo si sólo se pudiera alcanzar *por conductos no estrictamente constitucionales*; pues con ello se enervaría la eficacia interpretativa y la labor del intérprete al traspasarse los límites de la interpretación constitucional.

3.2.3.5. Otro criterio de interpretación constitucional —contenido, sin duda, en buena medida en lo ya anotado— lo constituye, finalmente, la *fuerza normativa de la Constitución*. Puesto que la Constitución debe ser *actualizada*, donde las posibilidades históricas de esa actualización son dinámicamente cambiantes, ha de darse preferencia a la hora de resolver los problemas jurídico-constitucionales a aquellos criterios que, dadas unas circunstancias concretas, procuran a las normas de la Constitución una eficacia óptima en su mejor medida.

3.2.3.6. Un modo de proceder que corresponda totalmente a la peculiaridad de la Constitución, que represente una referencia a los conflictos, que este guiado y limitado normativamente

y que sea consciente de la significación de la *idea previa*, habrá de llegar con mayor facilidad a resultados sólidos fundamentables y controlables en términos racionales. En verdad, tampoco en el Derecho Constitucional la decisión jurídica se deja racionalizar hasta sus últimas consecuencias, pero eso puede significar tan sólo que de lo que se trata es de lograr una racionalidad *factible, posible*, no un resultado que sea superfluo a la metodología aplicada. La *corrección* de los resultados obtenidos en los métodos de determinación de las normas de la Constitución antes expuestos no es, pues, una demostración exacta al estilo de las ciencias naturales; en el ámbito de la hermenéutica jurídica esta demostración nunca pasará de ser más que una ficción y una mentira vital del jurista, tras la que se ocultarían inexpressados y sin control, los verdaderos motivos de la decisión o tal vez, incluso, una decisión táctica. Frente a la expectativa de una absoluta corrección que no se puede demostrar y que a menudo ni siquiera la *ratio decidendi* parentiza, cobra valor una *relativa corrección* que ceda a lo limitado de su expectativa pero que, en esta limitación, pueda tornarse translúcida, convincente y, al menos hasta cierto punto, previsible. Y lo que se procura no es, ciertamente, tan solo una pieza de discurso político, sino también, antes que un *quantum* de honestidad jurídica, aún cuando sea de modo limitado, certidumbre del derecho o seguridad jurídica.

3.3 *Límites de la interpretación constitucional*

La interpretación siempre se halla vinculada a algo legislado. Por ello los límites de la interpretación constitucional se encuentran allí donde no existe ningún mandato obligatorio de la Constitución, donde terminan las posibilidades de una comprensión plena de sentido del texto de la norma o donde una solución entraría en clara contradicción con dicho texto.

Pero también aparecen mandatos imperativos que pueden contenerse en el Derecho Constitucional no escrito. Puesto que de todos modos el derecho no escrito no puede entrar en contradicción con la *constitutio scripta*, hay aquí el primer e infranqueable límite de la interpretación constitucional. Este límite es presupuesto de la función reacionalizadora, estabilizadora y delimitadora de la Constitución, comprendiendo la posibilidad de una evolución constitucional operada por vía de interpretación. Pero

se excluye una ruptura constitucional —el apartamiento frente al texto en el caso concreto— y una reforma de la Constitución por vía interpretativa. Allí donde el intérprete salta por sobre la Constitución, ya no interpreta sino que cambia y transgrede la Constitución, cosas ambas que le están vedadas por el derecho vigente. Aún en el caso de que un problema no se pueda resolver adecuadamente por vía de la determinación, el juzgador, obligado como está a la Constitución, no dispone de una libre elección de los *topoi* (14).

Es esta la situación fáctica que limita al *pensamiento* tópico en el Derecho Constitucional, pensamiento que tiene su punto de partida en la primacía del problema, y que por ello sólo puede ver el texto del precepto jurídico en el marco de *topoi* intercambiables por principio, así como prescindir de él llegado el caso a la hora de la solución de los problemas, con lo que se está rebasando ya los límites de la interpretación. Para la interpretación constitucional se parte de la primacía del texto, éste representa el límite irrebalsable de su actividad. El abanico de las posibilidades de comprensión del texto jalona el campo de sus posibilidades válidas. En el marco de la interpretación constitucional el método tópico, pues, sólo puede jugar un papel limitado; y por ello tanto más cuanto que el derecho constitucional —entendido como el fundamento del orden de su conjunto y que apunta al establecimiento de un orden conjuntado— no puede ser comprendido puntualmente, a partir del problema aislado, tal y como sucede en el derecho privado al cual la moderna doctrina jurídica de la interpretación debe el retorno a la tópica.

4. INTERPRETACION CON ARREGLO A LA CONSTITUCION

En el reciente desarrollo y evolución del Derecho Constitucional ha ido surgiendo de modo creciente un principio interpretativo, que si bien no presupone ciertamente la existencia de una jurisdicción constitucional, debe su formación y su configuración práctica en todo caso a la instalación de la justicia constitucional

(14) Sin embargo, dice HESSE, así se manifiesta abiertamente EHMKE, para quien el Tribunal puede apartarse del texto de la Constitución cuando no se ofrece ningún apoyo para una solución racional del problema. Op. Cit., p. 52, cit. (40).

en la Constitución Política del Estado: *el principio de la interpretación con arreglo a la Constitución*. (15).

4.1 *Contenido y fundamentos jurídico-materiales*

Es fundamento de este principio, el que una ley no ha de ser anulada si se la puede interpretar en consonancia con la Constitución. Esta *consonancia* no existe únicamente en el caso de que la ley admita, sin necesidad de recurrir a puntos de vista jurídico-constitucionales, una interpretación compatible con la Constitución; cabe también señalar que esta consonancia en el caso de que un contenido ambiguo o indeterminado de la ley pueda ser determinado por el contenido de la Constitución.

En el marco de la interpretación con arreglo a la Constitución, las normas constitucionales no son, pues, únicamente *normas de aprobación*, sino también *normas materiales* para la determinación del contenido de las leyes ordinarias. Por el contrario, la interpretación con arreglo a la Constitución no es posible *contra el texto y sentido* o *contra el fin propuesto por el legislador*. La voluntad subjetiva del legislador no debe ser determinante en este sentido, se trata más bien, solamente de que se mantenga al máximo de lo que por aquél se pretendió. En ningún caso puede anularse una ley cuando no es evidente su anticonstitucionalidad y sólo existen dudas a este respecto, por graves que puedan ser.

La idea de hacer valer el principio de interpretación con arreglo a la Constitución está únicamente condicio nada a la hora de interpretar leyes ordinarias a la *observancia del orden y valores de la Constitución*. El principio encuentra su raíz sobre todo en el principio de la *unidad del ordenamiento jurídico*: por medio de esta unidad, las leyes que se han promulgado bajo la vigencia de la Constitución han de aplicarse en consonancia con ésta, del mismo modo que el derecho precedente —y que continúa vigen-

(15) H. SPANNER, *Die verfassungskonforme Auslegung in Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*. AÖR 91, 1966; (. . .) citado por HESSE. Op. Cit. p. 53, cit. (42).

te— ha de ser adecuado a la nueva situación constitucional. En la medida en que el juzgador decida en torno a estos extremos, ha de revisar la determinación de la Constitución llevada a cabo por el legislador sobre la base de su propia interpretación y de la de la ley.

4.2 *Límites jurídico-funcionales*

Debido a esta situación, la interpretación con arreglo a la Constitución reviste especial significación jurídico-funcional. Se requiere una coordinación de las funciones de los órganos que toman parte en el proceso de determinación, cometido este que guarda consonancia con el otro cometido de índole jurídico-material. Esto es válido, por una parte, para la relación de la jurisdicción constitucional con la legislación y, por otra, para con las restantes jurisdicciones.

4.2.1. En la relación de la jurisdicción constitucional con la legislación se plantea la cuestión de quién es el llamado, en primer lugar, para la determinación de la Constitución. Si la interpretación con arreglo a la Constitución trata de mantener en la medida de lo posible la validez de la ley, el principio general se muestra desde el punto de vista jurídico-funcional como un principio de reserva judicial frente al legislador y como un principio de prioridad del legislador a la hora de determinar la Constitución. *El legislador democrático disfruta de la presunción de constitucionalidad de su voluntad y su actuación; a él se le encomienda en primer lugar la conformación jurídica de las relaciones sociales.*

Al Tribunal de Garantías Constitucionales le está prohibido disputar esta prioridad al legislador provocando con ello un desplazamiento de las funciones de las funciones que les han sido asignadas constitucionalmente. En todo caso la prioridad del legislador democrático se adquiere al precio de una reinterpretación del contenido de la ley por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales; y esta prioridad puede llegar a no tener ningún valor si el precio es demasiado alto, si el contenido que le da a la ley en una interpretación con arreglo a la Constitución ya no contiene un *minus* sino un *aliud* frente al contenido originario de ley. En este caso, el Tribunal interviene en las competencias del legislador con más fuerza incluso que en una anulación, desde el mo-

mento en que él mismo conforma positivamente su contenido, mientras que en la anulación, la nueva configuración de la ley queda a cargo del legislador. Cuanto más corrija el Tribunal al legislador, tanto más se aproximará a los límites jurídico-funcionales de la interpretación con arreglo a la Constitución, límites que, como es obvio, difícilmente pueden trazarse con precisión.

4.2.2. En la relación de la jurisdicción constitucional con las restantes jurisdicciones se plantea la cuestión de quién es el designado en primer lugar a la determinación de las leyes. Tampoco aquí es posible una precisión exacta: con el establecimiento de los órdenes jurisdiccionales se han de determinar de diversa manera las normas del ordenamiento jurídico para la solución de los conflictos. Si el Tribunal de Garantías Constitucionales se ve impelido a pasar por sobre la interpretación que la Corte Suprema de Justicia ha otorgado a la ley, esto es algo que aparece justificado en atención a la *conservación de la norma*. En todo caso, resta la cuestión de hasta dónde puede llegar esa primacía en la hermenéutica del Tribunal de Garantías Constitucionales sin hacer del mismo, constituido como la más alta instancia del control de la constitucionalidad en la privativa justicia constitucional, una Corte Suprema también en el orden civil, penal o administrativo.

4.3 *Incidencia en la interpretación constitucional: interpretación de la Constitución con arreglo a la Ley*

La *interpretación con arreglo a la Constitución* no plantea sólo la cuestión respecto del contenido de la ley a analizar, sino también la cuestión respecto del contenido de la Constitución por la cual se va a medir la ley. Exige, pues, tanto una interpretación de la ley como una interpretación de la Constitución. Como quiera que tanto el contexto jurídico-material como el jurídico-funcional apuntan en el sentido de una conservación de la ley, la interpretación con arreglo a la Constitución interpretará la norma constitucional en cuestión, en la medida de lo posible, en el sentido en que el legislador la ha determinado. La interpretación de la ley con arreglo a la Constitución supone, por tanto, en su repercusión de modo reflejo sobre la interpretación constitucional, una *interpretación de la Constitución con arreglo a la ley*. De esta manera se manifiesta como un principio adicional –mediato, se

podría decir— de la interpretación de la Constitución por los tribunales. A un mismo tiempo, esta eficacia confirma la estrecha interacción de la Constitución y ley y, con ello, aquella idea de unidad del ordenamiento jurídico.

Madrid, mayo de 1985.

CONCUBINATO Y FERTILIZACION *IN VITRO*

Roger Rodríguez Iturri

A propósito de la dación del nuevo Libro de Familia del Código Civil, después de su lectura, se nos ocurre hacer dos reflexiones distintas, sobre aspectos, creemos, de la mayor importancia para el ámbito del derecho familiar.

Uno de ellos versa sobre concubinato. Problema difícil, de data muy antigua, y frente al que la excepcional tarea evangelizadora de la Iglesia, ayer y hoy, no ha podido conseguir erradicación.

De otro lado, la fecundación extra-uterina, que ha de provocar y provoca graves conflictos de moral, es un fenómeno nuevo, con variadas modalidades. Aunque experimentado en animales (como inseminación) hace siglos, hoy (como fecundación extra-uterina) obtiene impactantes éxitos científicos, que colocan al hombre frente a un futuro filial sin duda impresionante.

Veamos ambos asuntos

Científicos sociales sostienen que no están confirmadas las teorías que discuten la aparición de la familia.

En esa línea, la Escuela Evolucionista Clásica, afirma que la primera etapa de interrelación privada del hombre, la del “vagus concubitus”, estuvo marcada por un hetairismo tal que, hombre y mujer satisfacían sus apetencias sexuales, sin que exista conciencia alguna de la interrelación entre la fornicación, la cohabitación y el parto.

Que la “voubeergende paarung”, tampoco constituyó familia a nuestro estilo. Por ella el padre quedaba excluido del vínculo práctico-filial; en tanto que la relación madre-hijo sólo operaba hasta el destete.

La teoría evolucionista clásica afirmó que fue el matriarcado el tercer momento. La ginococracia (autoridad de la mujer), aparejada al poliandriso fueron las características de esta etapa. Sólo después habría aparecido, se dice, la huella de la familia patriarcal y con tendencia monogámica. Así se apreció en las tribus bárbaras y en los pueblos de Oriente.

Mas todo lo dicho, no es sino una manera de concebir el proceso y génesis de la familia en la historia. La teoría evolucionista moderna, se encarga de presentarnos otro proceso, distinto, en el que luego de la “voubeergende paarung”, tuvieron cabida la familia consanguínea (relaciones sexuales entre familiares), la punalúa (en la que se prohíbe la unión de sexos entre parientes), y la sindiásmica (un hombre opta por una favorita, sin perjuicio de tener varias mujeres), para arribar luego a formas matriarcales y patriarcales.

Todo ello, sin embargo, se contrapone con el análisis que la Escuela Histórico-Cultural, ha hecho en el mundo respecto a la familia. Foy Koppers entre otros, sostiene el origen monogámico y patriarcal de la familia, pero admite que la firmeza del patriarcalismo perdió solidez en la historia, a través de las fórmulas nucleares de la “sociedad familiar inestable” y la “familia estirpe”, en las que la implicancia económica no deja de tener efecto en el seno de la familia, para concluir tal proceso en tipos parentales de gobierno matriarcal.

Todos estos estudios no constituyen ilusión; no son parte de una suerte de ficción sociológica. Constituyen realidad en el mundo.

Existen no unidades, sino decenas y más formas para conceptualizar la familia en el mundo. No se trata de exotismos. Se trata del hombre y de su propia concepción, de su cosmovisión de lo social y lo vital.

Ralph Linton, el destacado analista de estas materias, en un estudio de la época, nos dice tratando el tema y recogiendo una muestra:

“Hay incluso sociedades que han excluido totalmente de las funciones de sus unidades de familia la satisfacción de las necesidades sexuales. Por ejemplo los nayares, no conceden lugar alguno en su sistema social a los esposos o padres.

Sus mujeres se casan, de acuerdo con la ley hindú, pero lo hacen con un extranjero y el matrimonio se da por terminado a los tres días, por medio de un divorcio formal.

El marido no vuelve a aparecer en escena. La satisfacción de las necesidades sexuales y la perpetuación del grupo se llevan a cabo por medio de una serie de amoríos informales que, aunque socialmente reconocidos, no establecen lazos permanentes entre los amantes o entre el hombre y sus vástagos. Si existe afinidad entre los amantes, las relaciones durarán mucho tiempo, pero siempre podrán darse por terminadas sin previo aviso. La mujer tiene un control absoluto de la situación, y puede despedir a su amante con el simple acto de devolverle su último regalo. Es libre de tener varios amantes simultáneamente, y tampoco exige al hombre mayor fidelidad. La verdadera unidad de familia en esta sociedad está compuesta por una mujer y sus hijos e hijas... La racionalización que los nayares dan para este sistema es la de que, siendo una casta guerrera, y viviendo sus hombres principalmente como mercenarios, es mejor para ellos no establecer hogares ni asumir los deberes de la paternidad ” (1).

No se trata de resaltar hechos sociales que resientan la seriedad del análisis. No. Todas estas, las mencionadas, y muchas más, son concepciones que el hombre practica en su grupo. No sólo porque responden a una, para él, muy valiosa tradición, sino porque inclusive, tantas veces, son consecuencia de su propia moral, y de su religión, presentes en la composición de la familia.

En nuestro caso, para el Código Civil recientemente promulgado, creemos que se ha hecho bien. Se ha regulado jurídicamente un tipo de familia en el Perú. Pensamos tal vez, el tipo familiar más importante, pero decididamente no el único.

Claro está nosotros respondemos, somos producto de un proceso. La familia que no es característica, la de la urbe local, es la

(1) “Estudio del Hombre”, Ralph Linton.

occidental, la cristiana y por ende monogámica. A nuestro derecho no le resulta históricamente extraña.

Pero algunos estudiosos del derecho, se sienten renuentes a legislar en una sola forma jurídica para variados conceptos y fenómenos familiares:

“No puede ser más profunda la base sociológica del derecho de familia que llega, como dice Saleyes, ‘al corazón mismo de las tradiciones populares’ cuya existencia, variantes y matices, se deben a factores económicos, políticos, culturales, religiosos y cuantos constituyen el ambiente dentro del que se forma y desenvuelve. Por ello parece lejano, si es que, como algunos estiman, insuperable, la unificación de esta parte del derecho civil...” (2)

Bevilaqua, sobre esta materia, y citando a Ihering, sostiene que “es tan imposible un solo remedio para todas las dolencias como un derecho único para todos los pueblos”.

La experiencia norteamericana, iniciada en 1892, a favor de la unificación del derecho privado, concluyó abruptamente en materia familiar, cuando el Presidente de dicha Comisión, Blunt, exclamó: “Nosotros no ensayaremos uniformar el derecho de familia”. Rey ocupándose de la misma cuestión agregó: “Ninguna de las diversas leyes sobre el matrimonio y el divorcio han sido adoptadas en más de cinco Estados. La organización de la familia es, en efecto, un punto que interesa más especialmente a las comunidades locales. Ella está, además, basada sobre tradiciones muchas veces muy antiguas, que conservan una fuerza considerable, a pesar de la evolución de la civilización...” (3)

El Perú no escapa a esta realidad. El fenómeno del *servinaky* existe comprobada y estadísticamente. Y responde, para cada caso, a reglas tradicionales, sociológicas, sino también morales y religiosas.

(2) “El Derecho de Familia en el Código Civil peruano”, Tomo I, Emilio Valverde.

(3) “El Derecho de Familia en el Código Civil peruano”, Tomo I, Emilio Valverde.

“Señálese, por lo demás, que este nombre (*servinakuy*), aunque es el más conocido como referencia en el Perú occidental, no es unánimemente utilizado por quienes practican esa forma de unión marital. La denominación varía según la región: se llama *warmichakuy* en el Cusco; *Ujtaña* y *servinakuy* en parte de Puno; *uywanakuy*, *serinaki* o *rinaykukuy* en Ayacucho; *phawaytinkuska* en Apurímac; *Ch'ampatigraqchay* en Huancavelica; *muchada*, *civilsa* o *civilia* en Junín; la *pañaca servinakuy* o *servicia* en Huánuco; *musiapanakrai*, *tinkunakuspa*, *wataynakuy*, *taatsinakuy*, *mansiba* o *servinakuy* en Ancash. No está, a nuestro juicio, suficientemente esclarecido si se trata sólo de diferentes nombres de un mismo fenómeno, o si aquéllos esconden fenómenos diferentes en aspectos esenciales”, dice el maestro Cornejo Chávez (4).

“A la pregunta: ¿cuántas personas conoce usted en la comunidad que se han separado durante el *servinakuy* sin llegar a casarse?, los informantes de Patabamba hablaron de 6 casos, los de *Kaluyo* de 2 y los de *Quisuni* de ninguno (Puno, prov. Melgar), y dieron los nombres de las personas e información complementaria que prueba la fidedignidad de la misma. Aunque no pueda hacerse una comparación por falta de datos estadísticos exactos, es indudable que es un porcentaje muy inferior al de los divorcios o separaciones en los matrimonios definitivos de la sociedad urbana”, nos dice el antropólogo Marzal en *Religión Campesina*”. (1977). (5).

E. Mayer y R. Bolton, han hablado, en 1980, con claridad y particular dedicación científica, sobre el parentesco y el matrimonio andino.

Mas no se vaya a imaginar que esta distinta forma de concepción matrimonial y familiar ubíquese sólo en la sierra y en parte de la costa peruana.

En nuestra amazonía se estima la presencia de unos 67 grupos etnolingüísticos que generaron el reconocimiento de aproximadamente 623 comunidades nativas, hasta ahora. Y se cuentan,

(4) “Derecho familiar peruano”, Tomo I, Héctor Cornejo Chávez.

(5) “Estudio sobre religión campesina”, Manuel Marzal.

sin precisión, 328 sin reconocer aún. Así dicese que la principal etnia de la amazonía está compuesta por la nación-tribu de los jíbaros, divididos en los grupos aguarunas, ashual y huambisas. Pues bien, a título de muestra digamos que los jíbaros son de tendencia poligámica, tienen 3 o más mujeres, y en sus guerras, muchas veces buscan apoderarse de más de ella (6).

Puesto en pocas palabras, hay en todo lo dicho, una circunstancia histórico-cultural arraigada y afirmada a través de los tiempos, que por su permanencia, su autenticidad, su nutrido valor sociológico, su genuina expresión de cultura mediante la riqueza de su manifestación vital, no puede ser soslayada por el derecho, a riesgo de merecer severa interpelación.

Y así como hay asuntos que siendo raíz en nuestra historia social, merecen la atención del Estado y su aproximación a la legalidad familiar, hay otros que ya se dibujan dentro del marco de la fenomenología social, y frente a los cuales el derecho no puede permanecer inerte a riesgo de parecer inútil. Veamos el fenómeno de la fertilización *in vitro*.

Largo es el tiempo desde que Hunter primero, 1790, después Sims, 1866, iniciaron, ambos en Inglaterra, sus experiencias de inseminación artificial humana para eliminar las condiciones de infertilidad de los cónyuges.

Hace ya 6 años que nació Luise Joy Brown. La primera niña-probeta. Está viva; tiene su familia; y camina las calles de Londres, capital del país donde nació.

Es consecuencia de la fertilización *in vitro*.

La fertilización *in vitro*, ha producido desde 1978 aproximadamente la existencia de 700 bebés-probeta en el mundo. Se estiman en 17 los países que tienen ya instaladas clínicas especializadas sobre la materia.

Al margen del delicado cuestionamiento moral que la materia

(6) "Amazonas", Tomo IV, responsable Pedro Cortázar.

implica, (“repútese inmoral la fecundación obtenida fuera del matrimonio; dentro de él, inmoral, la producida con elemento de tercero, y, en todo caso, resultará el juicio, de la naturaleza de los medios empleados”), los experimentos científicos siguen avanzando ágil y sofisticadamente.

El procedimiento de fertilización *in vitro* básicamente consiste, en la extracción del líquido folicular para aliarlo mediante complicados procedimientos al esperma masculino, uniendo los dos gametos para su posterior desarrollo en la cavidad uterina. La prueba ha alcanzado hoy algo más del 10o/o promedio de viabilidad, contra el 3 ó 4o/o de hace corto tiempo.

Estas investigaciones no son exclusividad de los llamados países científicamente desarrollados. Si bien algunos de ellos están marcando las pautas fundamentales, países tercermundistas vecinos, como Colombia y Chile, avanzan en las experimentaciones. Se afirma que a fin de año nacería en Colombia el primer bebé-probeta sudamericano.

El Perú ingresa por la puerta de estas experimentaciones. A fines de setiembre e inicios de octubre, ha sido sede del I Congreso Latinoamericano de Esterilidad y Fertilidad y del III Congreso de Reproducción, ambos eventos necesariamente vinculados a la materia. 600 médicos concurrentes de 20 países en un momento, escucharon las palabras de científicos latinoamericanos pioneros, en experimentación *in vitro*.

Dentro de las variadas conclusiones del evento, especialistas peruanos que incursionan en esta línea de la actividad científica, han afirmado públicamente que en un año (fines de 1985), Perú contemplaría el primer alumbramiento de un bebé-probeta en el país.

Al lado de legislaciones que como la noruega, sueca, danesa, portuguesa audazmente contemplan ya el caso, Costa Rica y Venezuela, también han dictado en forma de ley, incipientes pero interesantes principios jurídicos sobre la materia (7). Entretanto en

(7) “Inseminacao artificial humana as descobertas científicas ao direito brasileiro”, Arthur de Castilho Neto.

Londres, una comisión de expertos oficialmente designados por el Gobierno, acaba de recomendar su primer conjunto de normas jurídicas para el tratamiento de la materia. Paralelamente el Congreso norteamericano en el curso de los primeros diez días de agosto pasado, ha anunciado que se dispone al estudio jurídico y deontológico sobre la fertilización artificial.

No se trata sólo de agresivas experimentaciones científicas. De novedosas elucubraciones jurídicas y graves disquisiciones morales. El asunto ha ido a más.

Este año un tribunal parisino ha sido remecido por una petición. Corinne Parpalaix ha solicitado judicialmente al CECOS (Centro de Estudios y de Conservación de Esperma) devuelva el esperma congelado a su marido Alain, muerto en 1981 de cáncer a los testículos. A los 3 años de fallecido el cónyuge, la viuda ha decidido alumbrar un hijo de su marido muerto.

El juez Daucy, ha debido enfrentar variados problemas jurídicos. Entre ellos, analizar para el caso planteado, el régimen y efecto de la presunción “*pater is est quest nuptiae demonstrant*”, tipificada en el artículo 315 del Código Civil francés (*).

Sin posibilidad de eludir el pronunciamiento legal, luego de construir una interesantísima arquitectura jurídica para el caso, el pasado 1o. de agosto el Tribunal ha ordenado al CECOS, entregue el sujeto del litigio a la mujer reclamante. CECOS ha apelado de la sentencia, y se espera con expectativa no común la nueva decisión judicial.

Se presentan para un futuro pronto nuevos caminos a recorrer por el derecho de familia.

Al margen de la crucial pregunta: ¿tiene un científico, en nombre de la ingeniería genética, derecho a crear por laboratorio un embrión humano, y destruirlo luego según el imperio de la investigación?, surgen otros palpitantes cuestionamientos.

(*) “Art. 315: La legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio podrá ser impugnada”.

¿Si una mujer infértil da a luz el óvulo apto y procesado de una tercera, quién es la verdadera madre?

¿Tendrá personalidad jurídica un embrión congelado si los padres mueren?

Y si los padres de este embrión se divorcian, ¿cuál es el régimen de esas laminillas congeladas que entrañan vida?

¿Si como acaba de ocurrir en Australia, dos embriones congelados quedan “huérfanos” de una pareja acaudalada, podrán ser implantados en tercera mujer, para evitar una herencia vacante?

¿Cómo funcionará el régimen sucesorio?, etc.

Y debemos admitir que la ancestral institución de la adopción que podría enfrentarse como neutralizando a las fertilización *in vitro*, no siempre posee características que la identifiquen con ella, ni en el aspecto humano ni jurídico. Así, admitimos que, mientras el hijo adoptivo es biológicamente siempre un extraño, en uno de los supuestos más comunes de la fertilización *in vitro*, el hijo inseminado por tercero es *filius biológico* de la madre.

Estas experimentaciones *in vitro* pues, no sólo remecerán el derecho de familia y sus vínculos naturales con el derecho de las personas, de los menores y sucesiones. También la moral y la medicina deberán dialogar con el derecho penal, para evitar la posibilidad, tal vez remota, de que un científico enloquecido provoque la aparición de criaturas humanoides; y para que no se cumplan las palabras del profesor emérito de Ginecología por la Universidad de Glasgow, Ian Donald,: “sólo es cuestión de tiempo para que un bebe se desarrolle fuera del vientre materno. Podrían utilizarse animales. Puedo ver el día en que un bebe humano nazca de un chimpancé, algo que podría ocurrir dentro de unos años”.

Todo esto, lo primero y lo último, expuesto en este artículo, debe ser materia de análisis detenido para los juristas de la especialidad.

Primero, es imprescindible emprender a través del Estado y del intelecto particular, los más fluidos esfuerzos, para con inteli-

gencia y prudencia, incorporar al Estado de derecho y protección de la ley, las formas comunitarias de vida que con entera autenticidad prueban la sinceridad de sus costumbres. Comisiones oficiales y permanentes de juristas, antropólogos, etnólogos, sociólogos, religiosos y demás debieran abocarse pertinazmente a este tema.

Respecto al otro ámbito, el de las experimentaciones científicas y el derecho familiar de mañana, se requiere actuar con diligencia. Debemos esforzarnos para que el futuro no nos avasalle. Médicos, juristas y moralistas oficialmente designados, deben ya iniciar metodológicamente el seguimiento de los avances, de modo que pronto nuestro derecho se encuentre en condiciones de dar respuestas dignas a las nuevas circunstancias. La voz de la moral, respecto a fertilización *in vitro*, debe ser escuchada con toda atención y detenimiento.

En ambos casos, para el concubinato y para la fertilización artificial, las acciones del Estado en pro de soluciones adecuadas, no serán sino expresiones de respeto a la vida humana.

LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU TRATAMIENTO PROCESAL EN EL PERU

César Eugenio San Martín Castro

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Ya en los años 50 el profesor Edmund Mezger, de la Universidad de Munich, expresaba respecto a las condiciones objetivas de punibilidad que “se trata de un punto muy confuso y debatido” (1958: 241). Inclusive, mucho antes, en el año 1931 Jimenez de Asúa hacía mención o recordaba la confusión reinante en este asunto (1970, VII: 47). De igual forma, en el Perú el Dr. Peña Cabrera haciéndose eco del estado de la dogmática sobre el particular advertía que el tema “es borrascoso” pues la doctrina no ha determinado (su exacta estructura jurídica” (1977: 208). Sin embargo, contemporáneamente gracias a los avances de la dogmática alemana se va imponiendo gradualmente un consenso doctrinario acerca de su naturaleza jurídica, su necesidad y su radiación definitiva en el derecho penal material (Jeschek, Stratenwerth, Schmidt, Bemann, Bockelmann, ... etc).

Igualmente, en forma paralela a esa institución, el debate doctrinario se ha centrado a delimitar la naturaleza y efectos jurídicos de las condiciones de perseguibilidad o procesabilidad, distinguiéndolas con ayuda del concepto de los presupuestos procesales, estudiados precursoramente por Oscar Bulow en 1868, de las condiciones objetivas de punibilidad.

Esta última tiene especial trascendencia práctica en nuestro ordenamiento procesal por cuanto a partir de la promulgación del D.L. 21895, del dos de agosto de 1977, se reconoció a las “cuestiones previas” como medio específico de defensa técnica, aunque ya la jurisprudencia suprema las admitía, tendiente a cautelar la correcta perseguibilidad de la acción penal, pero otorgándole el carácter equívoco de cuestión pre-judicial o excepción de naturaleza de juicio (García Rada, 1980: 28; Del Valle, 1966: 101-102).

La total autonomía, unánimemente reconocida, que tiene el Derecho Procesal Penal obliga pues a un análisis muy puntual respecto a sus relaciones con el Derecho Penal Material, y en especial entre condiciones de punibilidad y de procedibilidad, porque de su exacta definición y concreción metodológica dependerá concluir si existe igualdad esencial entre ambos conceptos, como postulan Hilde Kaufmann en Alemania y Zaffaroni en Argentina, entre otros, o si —por el contrario— son instituciones diferentes y diferenciables, cuyo tratamiento procesal en cuando medio de defensa se realizará como cuestión previa, siguiéndose los dictados de la jurisprudencia y de la doctrina nacional, o como excepción de naturaleza de acción, que es el punto central de nuestra sugerencia.

Por consiguiente, la óptica del presente trabajo es eminentemente práctica y tiende a tratar de esclarecer, en lo que es posible, si la ausencia de una condición objetiva de punibilidad determina la proposición con éxito de una cuestión previa o, más bien, obliga a la deducción de una excepción de naturaleza de acción. Para ello es menester estudiar, de modo muy conciso, todas las instituciones que de uno u otro modo se relacionan con el tema en cuestión; esclareciéndose como corolario final si la condición objetiva de punibilidad es una institución procesal y por ende debe relacionarse directamente con la cuestión previa.

B. CONDICION OBJETIVA DE PUNIBILIDAD

El maestro Jiménez de Asúa, dando cuenta del inicio de esta institución, explicaba que aquéllas "... surgen como excepción del párrafo 59 del Código Penal Alemán", correspondiendo su tratamiento orgánico como institución autónoma al profesor Ernst Von Beling en el año 1906 (1976: 417). Actualmente el Código Penal Italiano de 1930, en su Art. 44, tiene consagrada dicha institución, no así nuestro Código Penal de 1924, ni los sucesivos proyectos modificatorios que se han venido publicando a partir del año pasado; situación que obliga a un tratamiento exclusivamente dogmático sin referencia a la parte general de nuestro Código.

Stratenwerth nos dice que la culpabilidad jurídico-penalmente captable no justifica por sí sola la pena y que en todos los

casos deberá agregarse todavía la necesidad práctica de hacer uso de la pena para la protección del orden social (1982: 72). Es decir, que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad no son suficientes para imponer una pena, y que hay determinados comportamientos en que la imposición de una sanción resultan fundamentadas por circunstancias externas a esos elementos.

Se define las condiciones objetivas de punibilidad, siguiendo a Jeschek, como “las circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo de injusto ni al de culpabilidad” (1981, II; 763). Como tal el autor no es punible si no se realiza la condición de punibilidad, ni siquiera en grado de tentativa, porque ella supone necesariamente la verificación de la condición (Maggiore, I: 282).

Como las condiciones de punibilidad son causas de restricción de pena que se exigen en determinados casos por razones de política criminal, estatuidas expresamente por el legislador, es que no pertenecen al tipo de injusto y son externas a él. Es por ello que actualmente es inatendible la afirmación que en 1931 diera Jiménez de Asúa en el sentido que aquéllas no existen pues son elementos normativos o modalidades del tipo cuya ausencia destruye la tipicidad; posición que por lo demás el Maestro español varió radicalmente en 1970 al publicar el Tomo VII de su monumental Tratado de Derecho Penal. Las condiciones objetivas de punibilidad son otros de los presupuestos de la punibilidad, de tal suerte que no es preciso que sean abarcadas por la culpabilidad y su producción es indiferente al lugar y tiempo de la acción.

La vigente doctrina alemana distingue dos grandes grupos de casos: las condiciones de punibilidad propias y las impropias. Las primeras son puras causas de restricción de pena: al injusto y culpabilidad se niega la sanción en la medida en que no se adiciona otra circunstancia que afecte al hecho, otorgándole una mayor significación en su relación con su entorno. Las segundas, sobre las que existen serias objeciones y cuya conceptualización debe abordarse tentativamente, se dividen en dos sub-grupos: a) causas de agravamiento encubiertas, que si bien pertenecen al tipo de injusto, para apartarlas de las exigencias de culpabilidad se consignan como tal; y, b) circunstancias de hecho enmascaradas que fundamentan la pena.

Dentro de la dogmática nacional ni Bramont ni Peña han cuestionado su existencia. Bramont las trata dentro de los elementos del delito y menciona que “constituyen hechos externos desvinculados de la acción típica, pero necesarios para que pueda aplicarse la pena” (1966: 18). Peña anota que la condición objetiva de punibilidad es una consecuencia del delito y no un elemento constitutivo del mismo, y —siguiendo a Etcheberry— la define como “determinados acontecimientos ajenos a la acción misma del hecho, y por lo común no dependientes de su voluntad, pero que tocan a ese hecho de la relevancia jurídica que la ley considera indispensable para que se justifique la sanción” (1977: 208-209).

Aclarando el problema anotado entre ambos autores nacionales, es decir entre elemento y consecuencia del delito, diremos siguiendo a Stratenwerth que la punibilidad de un comportamiento depende de las exigencias de la legalidad de la amenaza penal, de la limitación al comportamiento reprochable y del principio que sólo es justificable la pena en cuanto aparece político-criminalmente como ineludible, punto último donde se encuentran las condiciones de punibilidad; que estos tres grandes rubros articulan los presupuestos de la punibilidad y que ordenados sistemáticamente en sí constituyen la estructura del delito.

El profesor Zaffaroni expresa, por su parte, que la punibilidad no pertenece a la esfera del delito y que, en rigor, las condiciones objetivas de punibilidad son elementos del tipo objetivo que, como tales, deben ser abarcados por el conocimiento (dolo) o por la posibilidad de conocimiento (culpa); en su *Manual de Derecho Penal* trata esta institución denominándola “condiciones de operatividad de la coerción penal” (1980: 557 y ss.)

Sobre el particular ya nos hemos pronunciado párrafos atrás, debiendo agregar que un concepto descriptivo-normativo del delito referido a nuestro Código Penal, como lo resalta Hurtado Pozo, obliga a hacer mención a la punibilidad (1978: 199-200). Jiménez de Asúa resalta que el estar penado es una característica específica del delito, pues aquél no se completa aunque esté perfecto el tipo si es que no se configura la condición extrínseca a él exigida por la ley en determinados casos (1970: VII: 49).

Analizando nuestro ordenamiento penal y correlacionándola

con la parte especial de esta institución, tenemos las siguientes condiciones objetivas de punibilidad:

- a) Artículo 5 inc. 2o. del C.P.: delitos cometidos por peruanos en el extranjero.
- b) Artículo 212 del C.P.: exigencia de divorcio por razón de adulterio en el delito de adulterio.
- c) Artículo 252: exigencia de la declaración de quiebra en el delito de quiebra fraudulenta.
- d) Artículo 157: castigo de la incitación al suicidio cuando se consume o intente.
- e) Artículo 310: necesidad de que la conspiración sea descubierta antes de ponerse en ejecución.
- f) Artículo 311: exigencia que la rebelión o sedición lleguen a tener efecto para la punibilidad agravada de la seducción de tropas.

Bramont, al igual que Soler (1983, II: 199), da cuenta en contraposición a lo afirmado por Peña, que las exigencias de los artículos 212 y 252 del C.P. son meros presupuestos procesales. Sobre este punto nos pronunciaremos más adelante.

C. CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD

Partiendo de la premisa esencial de la independencia del Derecho Procesal Penal frente al Derecho Penal Material, dado que vive en la realidad con normas propias y principios rectores (Clariá Olmedo, 1960, I: 56), se debe puntualizar que aún cuando éste sirve para la realización del derecho penal material vista su accesoriidad, no puede confundirse con aquél y por ello no puede haber trastrueque entre sus instituciones, como sería entre las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones de perseguibilidad o procedibilidad.

La premisa para abordar las condiciones de procedibilidad es el estudio de lo que Oscar Bulow denominó “presupuestos proce-

sales”. El profesor Alzamora Valdez define los presupuestos procesales como “aquéllos que se requieren para que exista válidamente la relación procesal, que son: la competencia del Juez, la capacidad de las partes y el cumplimiento de los requisitos de forma y presentación de la demanda” (1974: 236). Ahora bien; como tal, comprende la totalidad de las condiciones de las cuales depende que un proceso puede obtener una sentencia sobre el fondo respecto a un determinado objeto del mismo; y, siguiendo a Schmidt, aquéllos resultan, en parte, en relación a los sujetos procesales, y, en parte, de las relaciones del objeto del proceso con el procedimiento concreto cuya admisibilidad como camino para la sentencia se pone en cuestión (1957: 82-83).

La distinción, por tanto, es muy marcada entre condición objetiva de punibilidad y presupuesto procesal. La primera pertenece a los presupuestos de la punibilidad y la segunda son circunstancias que se oponen a la instauración de una relación procesal válida. Cuando falta una condición objetiva procede la absolución y cuando falta un presupuesto procesal el proceso se detiene (Jescheck, II, 1981: 767).

El artículo 4º, 2do. pf., del C.P.P., mod. por el D-Leg. 126, hace mención expresa a la cuestión previa y precisa que ésta procede cuando la acción penal se ejerce no concurriendo un requisito de procedibilidad; siendo así, dentro de nuestro ordenamiento procesal penal este medio de defensa incide en el presupuesto procesal relativo a la forma y presentación de la denuncia, a las condiciones de admisibilidad del acusador y a la forma del planteamiento de la denuncia. Como expone Schmidt “se trata de establecer si una acción conforme a las condiciones de admisibilidad, abre la vía para una sentencia” (1957: 91).

El profesor García Rada, citando a Leone precisa que las condiciones de procedibilidad son “aquéllas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promover o proseguir la acción penal”. (1980: 29). Bajo ese orden de ideas, Maggiore nos dice que “son aquéllos sucesos que sobrevienen al hecho y que sin influir en la punibilidad o existencia del delito, constituyen un obstáculo para comenzar o proseguir la acción penal (1972, I: 282).

Siguiendo esos conceptos el propio García Rada se contra-

dice al afirmar que la realidad de la condición de procedibilidad fluye de los requisitos del delito, por cuanto —como ya se dejó sentado— aquél incide en la validez de un proceso penal y no en la punibilidad de una conducta. De igual manera incurren en error, de un lado, Urtecho Benites al afirmar que “extraprocesalmente la cuestión previa está contemplada como condición objetiva de penalidad en las normas de la parte especial del Código Penal, o en otra ley especial” (1978: 145); y, de otro lado, Del Valle al sostener que “la cuestión previa se plantea cuando al hecho le falta un elemento objetivo de punibilidad” (1966: 103). En efecto; la cuestión previa como institución procesal no cabe describirla en tipos determinados del Código Penal, además no se puede identificar o confundir condiciones de perseguibilidad y de punibilidad. Las primeras son: “condiciones para la iniciación del proceso” (Bramont, 1964: 38); y, las segundas, circunstancias ajenas o exteriores al delito, independientes de la voluntad del agente, que determinan la punibilidad del mismo (Cuello Calón, 1961: 522).

Tratándose de concretos presupuestos procesales para la iniciación de la acción penal, tanto el Código Penal como el Código de Procedimientos Penales, regulan las siguientes:

- a) Querrela Penal: tratándose de los denominados ‘delitos privados’ (art. 2º del C.P.P., art. 18 inc. 2º, del C.P.). Como ejemplos tenemos: determinados casos de delitos culposos (art. 168 C.P.), delitos contra el honor personal (art. 195 C.P., art. 302 C.P.P.) determinados delitos contra el honor sexual (art. 205 C.P.), delitos de adulterio (art. 212 C.P.), delitos de amenaza (art. 224 C.P.), delitos de someter a una persona a situación análoga a la servidumbre (art. 225 C.P.), delitos de violación de domicilio (art. 230 C.P.), delitos de violación del secreto de correspondencia (art. 235 C.P.) y delitos de violación del secreto de empleo y profesión (art. 363 C.P.). En las leyes especiales tenemos los delitos de autor (Ley 13714) y delitos de abandono de familia (art. 4º de la Ley 13906).
- b) Autorización para proceder: fijada en determinados delitos contra el honor sexual. Se requiere ratificación de la denuncia ante el Juez para el procedimiento del autor con intervención del Ministerio Público (art. 313 del C.P.P.).

- c) Ante Juicio Constitucional tratándose de Parlamentarios, Ministros, Miembros de la Corte Suprema y del Tribunal de Garantías Constitucionales (arts. 183 y 184 Const.), así como Fiscales Supremos (art. 15 del D—Leg. 52).
- d) Delitos de función cometidos por Fiscales, Jueces y Vocales: art. 66 incs. 2 y 4 del D—Leg. 52. La Ley establece un trámite especial.

D. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Uniformemente la Jurisprudencia ha estimado tratándose del delito de adulterio que es cuestión prejudicial la dilucidación previa de la acción civil por causal de adulterio (Ejecutorias Supremas de fechas siete de abril de 1941, veintiuno de setiembre de 1942, cuatro de mayo de 1945, ocho de abril de 1946 y 20 de Mayo de 1950); claro está que esas resoluciones supremas se expidieron antes de la promulgación del Decreto Ley 21895, y no hemos encontrado resoluciones posteriores a esa norma legal, de modo que desconocemos cuál es el temperamento actual del Tribunal Supremo al respecto, debiendo relievase que a raíz de la vigencia del Decreto—Legislativo 124 del mencionado delito está sujeto al trámite sumario y ya no puede ser de conocimiento del Tribunal Supremo.

En lo atinente al delito de quiebra la Corte Suprema ha amparado las excepciones de naturaleza de acción deducidas por los imputados ante la ausencia de la resolución declaratoria de quiebra (Ejecutorias Supremas de fecha nueve de junio de 1937 y veinticinco de julio de 1964), aunque igualmente dichas resoluciones se dictaron antes del Decreto-Ley pre-citado, por lo que al no conocerse ejecutorias dictadas durante su vigencia no es posible precisar la opinión actual de los Jueces Supremos.

Como ya lo hemos anotado, esas exigencias relativas al juicio civil pertinente constituyen condiciones objetivas de punibilidad y no de procedibilidad, por lo que no pueden resolverse en vía de cuestión previa, como apuntan —entre autores nacionales recientes Urtecho Benites (1978: 146 y 149), Villagaray Hurtado (1981: 100-104) y Mixán Mass (1984, III: 122-125), donde es palmaria la confusión entre ambos conceptos.

El profesor Roy Freire aún cuando da cuenta que la exigencia del divorcio civil es condición objetiva de punibilidad, precisa que “en el proceso penal su denominación técnica es la de cuestión previa” (1975, II: 198); y, en cuanto a la quiebra, acota que es una condición previa de procedibilidad (III, 1983: 288); de tal suerte que, a fin de cuentas, en cuanto al tratamiento procesal de aquéllas, concuerda con Bramont al considerar esas dos exigencias como condiciones de procesabilidad o presupuestos de procesabilidad (1966: 18).

Las resoluciones del fuero civil materia de ambos delitos no obstaculizan el ejercicio de la acción penal, sino que son puras causas de restricción de pena, que se hallan fuera del injusto y de la culpabilidad. Esta opinión concuerda con la reciente dogmática alemana citada por Jescheck, la española citada por Mir Puig (traducción de la obra del autor antes mencionado, páginas 770 y 771), y la Italiana citada por Maggiori; en igual sentido se pronuncian Cuello Calón, (1961: 523) y Schmidt (1957: 104). Jimenez de Asúa al sostener que “nos hallamos, pues, en presencia de una de esas condiciones extrínsecas, independientes del tipo penal de las que la ley punitiva ha hecho depender la efectividad de la pena (1970, VII: 60 y 67), las considera conceptualmente como condición objetiva de punibilidad; empero, adopta una clasificación un tanto discutible, pues nos dice que existen auténticas condiciones de punibilidad y condiciones de perseguibilidad que actúan como condiciones objetivas de punibilidad, consignando los dos delitos estudiados dentro de estas últimas; dudosa clasificación pues pretende homologar un instituto de derecho procesal penal dándole efectos de uno de derecho penal material, aún cuando en rigor, por el concepto que arriba de ellas y por su colocación dentro del amplio campo de aquéllas, no puede a mover a interrogantes sobre su real naturaleza jurídica.

Respecto al delito de estafa en la modalidad de giro de cheques sin fondos, en la que siguiendo la ley de la materia (Ley No. 16587, art. 165), se exige el protesto o constancia del Banco de no pagado por falta de fondos, el Supremo Tribunal ha considerado que su ausencia determina la inexistencia del delito, por lo que uniformemente ha declarado fundada las excepciones de naturaleza de acción deducidas (Ejecutorias Supremas de nueve de julio de 1938 y de quince de febrero de 1973). Igualmente, no exis-

ten resoluciones dictadas con posterioridad al D.L. No. 21895, de consiguiente, se desconoce si la Corte Suprema podría considerar ese supuesto como presupuesto procesal o condición de perseguibilidad. García Rada (1980: 29), así la considera; y, Urtecho, Villagaray y Mixán, le dan un tratamiento procesal de cuestión previa.

Nosotros, en cambio, siguiendo a Jiménez de Asúa (1970, VII: 97) y a Roy Freire (1983, III: 163), estimamos que ese requisito es una condición objetiva de punibilidad, pues se trata de una circunstancia anexa exigida por la ley para hacer funcionar la penalidad. No se trata de un obstáculo a la iniciación de la acción penal sino de una exigencia para penar una conducta típica.

En lo concerniente al delito de abandono de familia (art. 5º de la Ley 13906), en que se exige una resolución que señale asignación provisional de alimentos o sentencia en el juicio correspondiente, el Tribunal Supremo ha estimado que si ello falta no cabe abrir instrucción y, en su caso, ha declarado la nulidad de lo actuado en la instrucción (Ejecutorias de fechas veintiuno de noviembre de 1966 y de dieciseis de enero de 1976). Por tanto, es claro que le da el carácter de condición de perseguibilidad, concordando en ello los tres autores antes indicados.

Bajo la misma línea conceptual que en los artículos 212 y 252 del C.P. (delitos de adulterio y quiebra fraudulenta), creemos que estamos ante una propia condición objetiva de punibilidad, por cuanto se condiciona el castigo al autor a la existencia de un juicio civil de alimentos y al requerimiento respectivo, al igual que en los prenotados es necesario una sentencia de divorcio y un auto declarativo de quiebra. En puridad ello no significa que no se ha incurrido fácticamente en abandono de familia, adulterio y quiebra fraudulenta, sino que para imponer una sanción la ley por razones de limitación de pena exige una circunstancia externa, esto es, un *QUID PLURIS* como dice Alemena.

Por último, en los delitos de falso testimonio derivado de un proceso penal (art. 334 del C.P.), el art. 257 del C.P.P. estatuye que con la sentencia se establecerá si procede abrir instrucción contra él. La Jurisprudencia se ha limitado a sostener que la declaración judicial es la que da pie al proceso por perjuicio

y mientras ello no suceda no procede iniciar la acción penal (Ejecutoria de fecha 28 de agosto de 1905). Empero, como no define su real naturaleza jurídica, ha dado pie a interpretaciones que consideran ese requisito como condición de perseguibilidad (Villagaray, 1981: 100 y Mixán, 1984: 145). Nosotros juzgamos que toda exigencia anexa al tipo y que condiciona la penalidad fijada en la ley constituye una condición objetiva de punibilidad; en el presente caso, no habrá delito que sancionar mientras que en otro proceso no se decida la apertura de instrucción contra el testigo por lo que en puridad estamos ante una condición objetiva de punibilidad.

En resumen, la jurisprudencia y la doctrina nacional no han diferenciado con todo rigor las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones de procedibilidad, procesabilidad o perseguibilidad; y, en el grueso de los casos, a nivel procesal se les ha dado un tratamiento errático al identificárselas. En este punto la doctrina ha avanzado más que la jurisprudencia, que no se ha esforzado en los casos que tuvo a su conocimiento en definir y clarificar ambos conceptos. Los estudios de la materia han intentado realizar una sistematización de las condiciones objetivas de punibilidad, no obstante lo cual, equivocadamente a nuestro criterio, le han dado un sitio dentro de los presupuestos procesales que condicionan el ejercicio de la acción penal.

Por consiguiente, habiéndose delineado con la claridad que nos ha sido posible la naturaleza y diferencias entre ambas instituciones, cabe afirmar de modo rotundo que el medio de defensa técnico a proponerse cuando se abre instrucción incumpléndose la realización de la condición objetiva de punibilidad prevista expresamente en la Ley no es la cuestión previa sancionada en el segundo párrafo del artículo 4º del C.P.P., modificado por el D—Leg. No. 126, que está referida exclusivamente a la falta de una condición de perseguibilidad de la acción penal, más no a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad.

Consideramos que tratándose del incumplimiento de una condición objetiva de punibilidad lo procedente es deducir una excepción de naturaleza de acción, prevista en el tercer párrafo del art. 5o. del C.P.P. Dicha excepción procede en dos casos: a) cuando el hecho denunciado no es justificable penalmente. Bramont señala que el primer caso se presenta cuando falta de modo

absoluto la descripción típica; y, el segundo caso, cuando no concurre en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en la Ley penal (1982: 28). Respecto a este último caso, Mizán Mass sostiene que se trata de un acto meramente típico pero al que la propia ley penal le quita expresamente la punibilidad (1984, III: 46-47).

Siguiendo este último concepto, que guarda estricta armonía con el texto de la Ley, nos inclinamos a sostener que, como la condición objetiva de punibilidad afecta la sanción del hecho delictuoso, el medio de defensa viable es precisamente la aludida excepción en su segundo extremo, esto es, que el hecho denunciado no es justiciable penalmente. Concordamos con Mixán Mass en el concepto que propone por cuanto los elementos del tipo se tienen que dar en su integridad para que exista *prima facie* delito, de tal suerte que no habría diferencia fundamental que justifique la división de la Ley en dos casos distintos en la fórmula de Bramont. En ese orden de ideas, la penalidad, a que se refiere el texto de la Ley, se afecta tanto por las condiciones objetivas de punibilidad como por las excepciones personales a la punibilidad, divididas en causas personales de exclusión de la pena y de levantamiento de la misma, denominadas en el derecho español siguiendo a Silvela “excusas absolutorias”, terminología que ha sido recepcionada por nuestro derecho.

BIBLIOGRAFIA

1. Edmund Mezger: Derecho Penal, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.
2. Luis Jiménez de Asúa: Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1976.
3. Luis Jimenez de Asúa: La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, 7a. Edición, Buenos Aires, 1976.
4. Raúl Peña Cabrera: Derecho Penal Peruano - Parte General, Editorial Sesator, Lima, 1977.
5. Domingo García Rada: Manual de Derecho Procesal Penal. 6a. Edición, Editorial Sesator, Lima, 1980.
6. Luis del Valle Randich: Derecho Procesal Penal - Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas, excepciones. Imprenta Liurimsa, Lima, 1966.
7. Günter Stratenwerth: Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Editorial EDERSA, Madrid, 1982.
8. Hans-Heinrich Jescheck: Tratado de Derecho Penal - Parte General, Volumen II, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.
9. Giuseppe Magiorre: Derecho Penal, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1971.
10. Luis Bramont Arias: Código Penal Anotado, Editorial "El Ferrocarril", Lima, 1966.
11. Luis Bramont Arias: Revista *Advocatus*, Año 3, Número 3, Lima, 1964. "Las excepciones procesales penales".
12. Luis Bramont Arias: Revista *El Magistrado*, 1º Semestre,

Lima, 1982. "Significado de la excepción de naturaleza de acción en el proceso penal".

13. Eugenio Raúl Zaffaroni: Manual de Derecho Penal - Parte General, Editorial EDIAR, 3a. Edición, Buenos Aires, 1982.
14. José Hurtado Pozo: Manual de Derecho Penal - Parte General, Editorial Sesator, Lima, 1978.
15. Sebastián Soler: Derecho Penal Argentino, Tomo II, 9a. Reimpresión, Editorial TEA, Buenos Aires, 1983.
16. Jorge Clariá Olmedo: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Edición, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1960.
17. Mario Alzamora Valdez: Derecho Procesal Civil - Teoría del Proceso Civil, 5a. Edición, Editorial Sesator, Lima, 1974.
18. Eberhard Schmidt: Derecho Procesal Penal. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
19. Santos Urtecho Benites: la cuestión prejudicial en el proceso penal, Imprenta Universidad Nacional de Trujillo, 1978.
20. Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, Tomo I, 9a. Edición, Editorial Nacional, México D.F., 1961.
21. Raúl Villagaray Hurtado: Cuestiones prejudiciales y previas en la jurisprudencia nacional, Editorial Sesator, Lima, 1981.
22. Florencio Mixán Mass: Derecho Procesal Penal, Tomo III, Ediciones Jurídicas, Trujillo, 1984.
23. Luis Roy Freire: Derecho Penal Peruano, Tomo II, Editoriales Unidas. S.A., Lima, 1975.
24. Luis Roy Freire: Derecho Penal Peruano, Tomo III, Editoriales Unidas, S.A., Lima, 1983.

EL TIEMPO COMO FENOMENO JURIDICO

Fernando Vidal Ramírez

1. *Premisa*

El tiempo, o más precisamente su transcurso, está indeliblemente vinculado a la existencia humana y, por ello, constituye un hecho jurídico —o jurígeno— de capital importancia. Además, todos los hechos jurídicos tienen lugar en el tiempo y éste, con su transcurso influye gravemente en las relaciones jurídicas, dando lugar a la constitución de derechos subjetivos, como en el caso de la prescripción adquisitiva o a extinguirlas, ya a la acción, como en la prescripción extintiva, ya a aquella y al derecho, como en la caducidad.

2. *Noción Genérica del tiempo*

Vinculado, como está, el tiempo a la existencia humana, todos tenemos la sensación de su transcurso. Sin embargo, establecer una noción genérica resulta tarea ardua y difícil, pues lo entendemos para nosotros mismos pero no para explicarlo. El vocablo tiempo (del latín, tempus) es uno de los más ricos en acepciones en la lengua española.

Ahora bien, indagar sobre la esencia del tiempo y trazar su noción genérica es más una tarea de la Filosofía que del Derecho. Acierta, por ello García Amigo (1) cuando afirma que el Derecho recibe la idea del tiempo del mundo extrajurídico, acoplándola a sus exigencias y tomando en consideración notas peculiares: la necesidad de su acaecer; la de ser un hecho permanente, continuo y constante; y, la de ser un fenómeno cuantitativamente medible y computable, por unidades convencionales.

El tiempo deviene, pues, en una realidad jurídica en cuanto que el Derecho Objetivo lo reconoce como un factor de modi-

(1) Instituciones de Derecho Civil. I. Parte General, pág. 883.

ficación de las relaciones jurídicas y lo aprehende mediante las normas para el cómputo de su transcurso.

3. *El tiempo como hecho jurídico*

Los hechos jurídicos que constituyen la causa generatriz del nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas son fenómenos que se localizan en el tiempo, lo que conduce a preguntarse si cuando el Derecho se refiere al tiempo alude en realidad al tiempo en sí o lo hace respecto de los acontecimientos temporales, es decir, de los sucesos que ocurren en el tiempo. La respuesta sólo puede ser de que se trata del tiempo en su transcurso. Esta es la idea dominante en cuanto al tiempo como hecho jurídico.

Sin embargo, en la doctrina se discute si sólo el tiempo en su transcurso constituye hecho jurídico o si se hace necesario que concurra en unión de otros hechos para generar consecuencias jurídicas. Por ello, resulta imprescindible detenerse en el hecho jurídico en general, y luego analizarlo en función del tiempo como hecho jurídico.

3.1. *El hecho jurídico*

La noción doctrinaria del hecho jurídico se remonta a Savigny, para quien es el hecho que produce una adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos. De ahí, la generalizada noción de que el hecho jurídico es todo hecho que produce consecuencias de derecho, a la que se le agrega, como lo hace León Barandiarán (2), como un vocablo más propio, el de hecho jurígeno, y que esta locución vaya tomando acogida en la doctrina. Hecho jurídico, pues, en la concepción generalizada de la doctrina, es el hecho que por sí o junto con otros produce efectos jurídicos y se constituye, mediata o inmediatamente, en fuente de toda relación jurídica.

Como puede ya colegirse, no todo hecho es hecho jurídico. Hecho, en general es todo suceso o acontecimiento generado con

(2) Comentarios al Código Civil Peruano, T. I, pág. 9.

o sin la intervención de la voluntad humana y puede o no producir consecuencias jurídicas. El hecho es jurídico en la medida en que sea así calificado por el Derecho y produzca consecuencias jurídicas. No existe el hecho jurídico *per se* sino en cuanto merece esta calificación por influir o afectar relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, un deslizamiento de tierras no es un hecho jurídico sino en cuanto afecte el derecho de propiedad de alguien o cause la muerte de una persona. Son las consecuencias, pues, las que determinarán el carácter jurídico del hecho y por eso puede hablarse de una causalidad jurídica, en cuanto que, para que se produzca el efecto jurídico, es necesario que exista un nexo entre el hecho jurídico y el efecto mismo. Esta relación de causalidad contribuye, por lo demás, a que resulte más apropiado hablar de hechos jurídicos que de hechos jurídicos.

El hecho jurídico es, como lo hemos advertido, a su vez, resultado de una calificación del Derecho Objetivo y, por eso, sus efectos tienen el carácter de jurídicos. León Barandiarán (3) explica el hecho jurídico señalando que todos los hechos tienen la virtualidad de interesar al hombre, sea el nacimiento de un semejante o la vibración de la brizna de paja agitada por el viento, pero que le interesan desde diferentes puntos de vista y que cuando lo aprecia en relación a un sistema de normas determinadas que forman el Derecho, el hecho es subsumido dentro de la categoría de lo jurídico. Nosotros participamos de las ideas del maestro y con esta misma adhesión ratificamos la noción que ya hemos expuesto (4) y que explicamos citando a Albaladejo (5), para quien el hecho jurídico es todo acontecimiento o estado —en general todo suceso o falta del mismo (ya que también hay hechos negativos)— al que por su sola realización, o juntamente con otros, liga al Derecho Objetivo la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto dispuesto por el Derecho Objetivo.

No puede, pues, concebirse el hecho jurídico como algo puramente fáctico, desligado de una calificación jurídica de la que resulta el carácter de sus efectos. Ya hemos visto que entre el hecho

(3) *Ibidem*, pág. 7 y 8.

(4) *Teoría General del Acto Jurídico*, pág. 26.

(5) *El Negocio Jurídico*, págs. 5 y 6.

jurídico y sus efectos existe una relación de causalidad, por lo que es necesario precisar que no es suficiente el hecho sino la calificación de jurídico que el ordenamiento jurídico le reconoce. Nosotros estamos con el criterio doctrinal que considera que tanto el hecho como la norma son igualmente necesarios para la producción del efecto jurídico y, como razona Albaladejo (6), la norma, al atribuir efectos a determinados hechos crea una serie de causas jurídicas, por lo que sin norma que lo disponga, no se daría el efecto y si el hecho lo produce es porque existe la norma: ésta no es la causa sino la creadora de una relación de causalidad entre hecho y efecto.

3.2. *Hechos jurídicos naturales y hechos jurídicos humanos*

La noción del hecho jurídico que hemos desarrollado permite concebirlo como un género, pues resulta más comprensivo que como su enunciado lo presenta. Resulta así que el hecho jurídico puede estar derivado de un acontecimiento de la naturaleza y también de sucesos originados por la intervención humana. Es atendiendo a su origen el criterio dominante en la doctrina para su clasificación y es el que nosotros vamos a considerar para la determinación del tiempo como hecho jurídico.

Los hechos humanos, que son los que se producen por intervención de la voluntad humana y que por esta sola intervención son hechos jurídicos, sólo los mencionamos referencialmente, por su contraposición con los hechos naturales, pues siendo el tiempo un fenómeno físico y su transcurso independiente de la voluntad humana, detenernos en su estudio resulta ajeno a la finalidad que perseguimos.

Los hechos naturales son los que se producen independientemente de la voluntad humana radicando su causa en fenómenos de la naturaleza. La causa de su producción debe ser considerada necesariamente para la calificación del hecho como jurídico, así como los efectos que se producen.

La cuestión que debe plantearse en torno a los hechos naturales es si son relevantes o no para el Derecho. Cuando el hecho da

(6) *Ibídem*, pág. 10.

lugar a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica, será necesariamente un hecho jurídico. Por el contrario, será irrelevante al Derecho si no influye de manera alguna en una relación jurídica. En el primer caso, será jurídico el hecho natural que, como un movimiento sísmico, produzca la destrucción de cosas y, con ella, la extinción de la relación jurídica en torno a ellas; y, en el segundo, no lo será si no genera consecuencias como la señalada, como puede ser un alud en un lugar desértico, no ocupado por seres humanos.

Pero debe advertirse que no basta la generación natural del hecho, pues los hay en cuya producción se presenta, se manera mediata o indirecta, la intervención de la voluntad humana, como puede ocurrir con una onda sísmica originada por un experimento atómico. En estos casos, el hecho jurídico será humano o natural según la causa principal que lo genera y esta identificación es imprescindible para la determinación de los efectos, pues siendo jurídicos pueden dar lugar a una imputabilidad de responsabilidad. Por eso, también es necesario señalar que no existen criterios absolutos para distinguir entre hechos naturales y humanos. Así, por ejemplo, la muerte, considerada por sí sola, es siempre un hecho natural, pero que puede configurar un hecho humano cuando se causa un homicidio. Para el Derecho, recogiendo ideas de Albaladejo (7), el hecho natural es un acontecimiento de la naturaleza o es una unidad formada por varios acontecimientos de la naturaleza, mientras que el hecho humano consiste en la realización por la conducta humana de un resultado, aún cuando la conducta sea omisiva.

3.3. Noción del tiempo como hecho jurídico

El tiempo y su transcurso es un hecho jurídico natural que en sí mismo o en concurrencia con otros hechos genera efectos de trascendental importancia. Para Messineo (8), el tiempo es hecho jurídico en su transcurrir, o sea, el sucederse en sus diversos momentos, enfatizando que desde el punto de vista jurídico es un hecho de orden natural que se contrapone (y aquí está su significado) a los hechos humanos.

(7) *Ibíd.*, pág. 21.

(8) *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. II, pág. 328.

El tiempo como hecho jurídico tiene que ser considerado, pues, en su transcurso, ya que la influencia que ejerce sobre las relaciones jurídicas y, en general, como fenómeno jurídico, se da con su devenir. Es el transcurso del tiempo el que se recoge en la normativa jurídica para precisar sus efectos, máxime si todos los hechos jurídicos tienen lugar en el tiempo. Resulta, por ello, necesaria la precisión que formula Messineo (9), en cuanto que no debe confundirse el tiempo, como período o espacio, esto es como intervalo entre dos momentos: a) con el término, que es un determinado momento o punto del tiempo (instante), en que un determinado efecto se produce (término inicial), o se agota (término final); b) ni con la fecha, entendida también ella como punto cronológico en el cual madura una cierta situación, o acaece un cierto hecho.

4. RELEVANCIA JURIDICA DEL TIEMPO

Precisada la noción del tiempo como hecho jurídico y en consideración a todo lo ya expuesto, sería ocioso destacar la relevancia jurídica del tiempo. Sin embargo, estimamos que es conveniente hacerlo, en la consideración de que la incidencia del tiempo se da tanto en el Decreto Objetivo como en los derechos subjetivos y las relaciones jurídicas, ya que la importancia de los hechos en el Derecho viene de su verificación en un momento preciso o dentro de un espacio de tiempo determinado.

Así, en lo que al Derecho Objetivo se refiere, es de destacarse el principio de la temporalidad de las normas, según el cual las leyes y demás normas legales entran en vigencia en un plazo determinado (art. 195 de la Constitución) y a partir de entonces se hacen obligatorias hasta su derogación (art. I del Título Preliminar del Código Civil). El tiempo condiciona también el denominado derecho transitorio, constituido por las normas que realizan el engarce entre las que se derogan y las que entran en vigencia (arts. 2114 a 2122 del Código Civil).

En lo que a los derechos subjetivos se refiere, el tiempo, vinculado como está en la existencia misma de la persona —sea natural o jurídica—, es un factor determinante y decisivo. Así, tra-

(9) *Ibidem.*

tándose de las personas naturales, las relaciones jurídicas y sus derechos se fijan en el tiempo de la concepción y el momento de su nacimiento (art. 1 del Código Civil); la edad corre con el transcurso del tiempo y la ley fija el necesario para adquirir la capacidad de ejercicio (art. 42 del Código Civil); el transcurso del tiempo por el plazo de ley puede llevar a la declaración de ausencia del desaparecido (art. 49 del Código Civil). En la persona jurídica, como en la natural, su existencia es también temporal y hasta puede preverse en el acto constitutivo. La influencia del tiempo en las relaciones jurídicas, como lo es con los derechos subjetivos, es también gravitante y decisiva. No sólo porque puede afectar la eficacia de un acto jurídico, como cuando se le inserta como una modalidad, sino porque su transcurso puede extinguir la relación jurídica, ya porque dé lugar a la constitución de una nueva, como en la Prescripción Usucupativa, sino también porque puede extinguir la acción, y aún el derecho como ya lo hemos señalado.

Para terminar habría que indicar que el concepto de *Prius* —la prioridad en el tiempo— es decisiva en ciertas situaciones jurídicas y en la defensa de los derechos. Por eso los romanos proclamaron la máxima: *Prior tempore potior in jus* (para la defensa es necesario probar si los hechos jurídicos se produjeron antes, simultáneamente o posteriormente a otros).

5. COMPUTO DEL TIEMPO

Constituyendo el tiempo un fenómeno jurídico y su transcurso un factor decisivo de influencia en las relaciones jurídicas, los Estados se han visto precisados a adoptar normas para su cómputo en base al Calendario que, en todos los países de cultura occidental y cristiana, es el denominado Calendario Gregoriano, por haber sido creado por el Papa Gregorio XIII, en 1582.

La historia del calendario se remonta a épocas primitivas, cuando el ser humano va dejando de ser nómada y comienza a asentarse como agricultor, surgiendo la necesidad de poder establecer la duración de las estaciones pues los períodos de siembra y cosecha se vincularon a los fenómenos solares y lunares. Con el avance de la civilización se pudo ir determinando la duración del período anual hasta poder hacerlo con exactitud.

El calendario usado en la actualidad está basado en el que usaron los romanos, el que fue objeto de múltiples cambios. Fue el emperador Julio César quien ordenó la adopción de un año solar de 365 días y un cuarto de día adicional, disponiendo que el año 46 anterior a la era cristiana tuviera 445 días para hacerlo concordar con el año solar. Los años posteriores habrían de tener 365 días, excepto cada cuatro años, en que el año habría de tener 366 para absorber el cuarto de día que no se incluía en los tres años anteriores. Este es el Calendario Juliano.

En el siglo XVI la Iglesia Católica decidió la reforma del Calendario Juliano, con la finalidad de adaptarlo a las festividades religiosas. El Papa Gregorio XIII ordenó que se suprimieran diez días del año 1582, y para mantener los fundamentos de la reforma del Calendario Juliano, dispuso, además, que dejara de ser bisiesto el año final de cada siglo a menos que el número correspondiente a tal año fuera múltiplo de 400. A este sistema de computar el tiempo es el que se conoce como Calendario Gregoriano.

En base al Calendario Gregoriano, la doctrina ha hecho varias distinciones en relación al tiempo. Se habla, así de un tiempo fijo y un tiempo móvil y de un tiempo útil y un tiempo continuo.

Para hablar de un tiempo fijo basta hacer referencia al Calendario, mientras que el tiempo móvil está referido a un período de tiempo, sea de años, meses, semanas, días u horas, transcurrido el cual debe verificarse un determinado efecto. Messineo (10) considera que el tiempo fijo escapa de la doctrina del tiempo y que más bien el tiempo móvil es el tiempo en sentido técnico, posición con la que estamos de acuerdo.

Es el tiempo móvil el que requiere del establecimiento de reglas para determinar los momentos o instantes del tiempo, medido en su transcurso. En su cómputo se han formulado dos sistemas: el de la computación natural (*computatio naturalis*) y el de la computación civil (*computatio civilis*). Por la computación natural se procede de momento a momento (de una hora determinada a otra hora determinada, dentro de un día, una semana o un mes), mientras que por la computación civil no se procede de momento

(10) *Ibidem*, pág. 329.

a momento, sino que se adopta el día por entero entre las cero y las veinticuatro horas (por ejemplo, si una obligación debe cumplirse en un plazo de 30 días, debe esperarse el transcurso del trigésimo día para establecer el incumplimiento) y si se trata de meses, se consideran todos los días que efectivamente tengan; en cambio, en el sistema de cómputo civil se consideran como que todos los meses tienen 30 días. Por último, ambos sistemas se contraponen en cuanto que, en el natural, se excluyen los días hábiles, mientras que en el civil se incluyen.

El tiempo útil es aquel en que fuera del cual, como indica Messineo (11), no es posible ejercitar un derecho subjetivo y, por ello, no son de cómputo los días inhábiles. El tiempo continuo es aquel en que son de cómputo tanto los días hábiles como inhábiles, aún aquellos en los que no es posible ejercitar un derecho subjetivo.

La codificación civil en general ha adoptado reglas para el cómputo del tiempo. Así, por ejemplo, el Código Francés se refiere al tiempo al legislar sobre la Prescripción, el Argentino lo hace como “modo de contar los intervalos del derecho” en el Título II de los Títulos Preliminares, el Alemán al legislar sobre Plazos y Términos, el Italiano al legislar sobre la Prescripción y la Decadencia y, el Boliviano, conjuntamente con la Prescripción y la Caducidad.

6. LAS REGLAS DE COMPUTO EN NUESTRO CODIGO CIVIL

Nuestro Código Civil legisla sobre las reglas de cómputo al tratar sobre el plazo como modalidad del acto jurídico, continuado, de este modo, el tratamiento que les dispensó el Código de 1936. La idea del plazo, como es obvio, está indisolublemente vinculada al transcurso del tiempo o tiempo móvil y por ello, las reglas de cómputo que contiene el Código Civil son de aplicación, por lo menos supletoria, a todos los plazos legales o convencionales, según el art. 184.

Las reglas de cómputo están contenidas en el art. 183 que, al igual que el art. 1116 del Código de 1936, las somete al calendario gregoriano. Establece las siguientes reglas: 1. El plazo seña-

(11) *Ibidem*.

lado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles; 2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes; 3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2); 4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento; 5. El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.

Según el inc. 1. del art. 183, si el plazo está señalado por días, estos deben entenderse como días naturales, esto es, “días calendarios”, tanto hábiles como inhábiles, como un tiempo continuo. No significa que el Código haya adoptado el sistema de la **computatio naturalis**, sino que la referencia a los “días naturales” implica a los días enteros, a las 24 horas de cada día. Por ello, por el carácter supletorio de la regla, el inc. 1 deja librado a que “la ley o el acto jurídico” establezcan un tiempo útil, que sólo incluye en el cómputo los días hábiles. Lo que el Código quiere es que se aplique la **computatio civilis** y es con este criterio que el inc. 4 excluye del cómputo el día inicial e incluye el día del vencimiento del plazo y si éste, según el inc. 5, es inhábil, vence el primer día hábil siguiente. Pero, como ya lo hemos señalado, dado el carácter supletorio de las reglas, nada obsta para que convencionalmente se aplique criterio distinto, sea el de la **computatio naturalis** o el del tiempo útil.

Cuando el plazo se fija por meses, se cumple el plazo en el mes del vencimiento, y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial y, si en el mes del vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes, según lo establece el inc. 2, aplicándose estas reglas cuando el plazo es señalado por años, según el inc. 3 del art. 183. El Código ratifica su filiación al Calendario Gregoriano al ponerse en las hipótesis de que en el mes o año de vencimiento faltase el día, lo que puede ocurrir en los meses que no tienen 31 días o en el mes de febrero que sólo tiene 28, cada cuatro años, 29.

Por último, si bien el Código no ha previsto el plazo por semanas, ello no implica que la semana no puede tomarse como unidad de cómputo. Los plazos menores a un día o los pactados por horas, pueden ser computados a momento **ad momentum**.

LOS AUTORES

El Dr. Fernando Alvarez Ramírez de Piérola es profesor asociado del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y enseña en el área de Derecho Laboral.

Las señoritas María Antonieta y María del Carmen Delgado Menéndez son exalumnas de esta Universidad y publican un trabajo sobre el tema de su tesis conjunta de bachillerato, sometida y aprobada por nuestra Facultad de Derecho.

El Dr. Francisco Eguiguren Praeli es profesor ordinario a tiempo completo de nuestro Departamento de Derecho. Enseña los cursos de Derecho Constitucional General y Temas de Derecho Constitucional en el área respectiva.

El Dr. Domingo García Belaunde es profesor asociado del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y enseña diversos cursos del área de Derecho Constitucional.

El Dr. César Landa Arroyo es exalumno de esta Facultad de Derecho y actualmente sigue un doctorado en universidades españolas. El trabajo que publica es parte de su tesis de Bachiller en Derecho, sometida y aprobada a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El Dr. César Ochoa Cardich es exalumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ha preparado para este número un trabajo en base a la tesis de bachiller que aprobó en esta universidad dentro de la carrera de Derecho.

El Dr. Mario Pasco Cosmópolis es profesor principal de nuestro Departamento de Derecho y miembro de su Consejo Asesor. Dicta diversos cursos en el área de Derecho Laboral.

El Dr. Reynaldo Pastor Argumedo es abogado en ejercicio del Estudio Ernesto Alayza Grundy-Manuel Diez Canseco-Reynaldo Pastor B. abogados. Exalumno de nuestra Facultad de De-

recho, actualmente ejerce profesionalmente en los Estados Unidos de Norteamérica.

El Dr. Aníbal Quiroga León es profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y, actualmente, desempeña el cargo de Secretario Académico de nuestra Facultad de Derecho, luego de haber cursado estudios de postgrado en España.

El Dr. Roger Rodríguez Iturri es profesor ordinario del Departamento de Derecho de esta Universidad y Director de Estudios de la Facultad de Derecho. Enseña los cursos de Derecho de Familia.

El Dr. César Eugenio San Martín Castro es profesor del Departamento de Derecho de nuestra Universidad, juez instructor del Distrito Judicial de Lima, y enseña dentro del área de Derecho Penal.

El Dr. Fernando Vidal Ramírez es profesor asociado del Departamento de Derecho de esta Universidad y enseña el curso de Acto Jurídico dentro del área de Derecho Civil.



TITULOS DE DERECHO DE NUESTRO CATALOGO

GARCIA BELAUNDE, Domingo

Conocimiento y Derecho (Apuntes para una filosofía del Derecho). 1982. 88 p.

Es una guía para aquellos interesados en la problemática teórica del Derecho y también para difundir en nuestro medio las últimas tendencias y perspectivas de esta disciplina.

LEON BARANDIARAN, José

La sucesión hereditaria en la jurisprudencia suprema. 1980.
767 p. AGOTADO

Contribución al conocimiento del Derecho Sucesorio en nuestro medio, en lo que atañe a la praxis judicial.

LLERENA QUEVEDO, J. Rogelio

Universidad y estudiante. Naturaleza de la relación estudiantil. Hacia un derecho universitario. 1976. 216 p.

Se trata de un enfoque nuevo de sistematización y esclarecimiento jurídico de la realidad universitaria. La naturaleza, los hechos y las relaciones transpersonales de la Universidad son analizados desde la perspectiva jurídica en un esfuerzo por aislar los cauces específicos del Derecho Universitario.

MAC GREGOR, S. J., Felipe E.

Sociedad, ley y Universidad peruana. 1981. 168 p.

Intenta analizar sociológicamente la legislación universitaria peruana desde 1851 a 1972 y la Constitución de 1979.

En el Perú la Universidad ha estado más ligada al Estado que a la Sociedad, por eso la sucesión de gobiernos ha traído nuevas leyes universitarias.

La hipertrofiada relación Universidad-Estado es causa de la acentuación de *búsqueda de poder* en la relación Universidad-Sociedad: poder para conducir y transformar la Sociedad. Por eso la política partidaria busca dominar la Universidad.

AGOTADO

RUBIO CORREA, Marcial

Para leer el Código Civil. III. Título preliminar. (En prensa).

RUBIO CORREA, Marcial, y otros

Para leer el Código Civil. I. Presentación por Fernando de Trazegnies Granda. 241 p.

Sexta edición: Junio de 1986

Presenta estudios a profundidad sobre determinados puntos fundamentales de los diversos libros del Código, que por su importancia, transformaciones, novedad o complejidad, merecen un estudio especial de parte de los profesionales del Derecho. Los trabajos elaborados recorren todo el Código Civil, contribuyendo a su comprensión integral.

Participan: Marcial Rubio Correa, Fernando Vidal Ramírez, Héctor Cornejo Chávez, Jorge Avendaño V., Carlos Cárdenas Quirós, Felipe Osterling Parodi, Manuel de la Puente y Lavalle, Jack Bigio Chrem, Fernando de Trazegnies Granda.

RUBIO CORREA, Marcial, y otros

Para leer el Código Civil. II. Presentación por Fernando de Trazegnies Granda. 171 p.

Participan: Marcial Rubio Correa, Carlos Fernández Sessarego, Shoschana Zusman Tinman, Felipe Osterling Parodi, Max Arias-Schreiber Pezet, Carlos Cárdenas Quirós, Lorenzo Zolezzi Ibárcena.

Primera edición: Junio de 1985
Segunda edición: Agosto de 1985
Tercera edición: Junio de 1986

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de

Ciriaco de Urtecho: litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia tácita del razonamiento jurídico. 1981. 213 p.

El autor intenta reencontrar el gesto, la expresión, el tono de voz de los autores que se ocultan entre las líneas del expediente de una contienda judicial acaecida el año de 1782, en una ciudad de las sierras del Virreinato del Perú.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de

La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX. 1979. 383 p.

Importante contribución a la historia de la idea de Derecho en una época llena de conflictos y contradicciones para la formación de nuestra República. AGOTADO

ZOLEZZI IBARCENA, Lorenzo

Derecho y desarrollo (Perspectivas de análisis). 1978. 172 p.

Es un esfuerzo de elaboración de un modelo para estudiar la manera en que los fenómenos jurídicos reciben la impronta de la realidad social, no sólo en su forma de producto terminado, es decir, de ley o decisión judicial, sino a través de todo un proceso que va desde el problema social hasta la respuesta del sistema político, parte del cual es el sistema legal. AGOTADO

ZOLEZZI IBARCENA, Lorenzo

La profesión de abogado en Lima; una aproximación empírica. 1982. 140 p.

El análisis se basa se basa en 217 entrevistas realizadas a un

grupo de egresados y pretende ofrecer una descripción del ejercicio de la profesión de abogado.

COLECCION DE TEXTOS JURIDICOS

RUBIO CORREA, Marcial

El sistema jurídico (Introducción al Derecho). VII + 389 p.

Es un manual universitario y resultado de doce años de enseñanza del curso respectivo en el primer ciclo de los estudios profesionales de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Primera edición: 1984

Segunda edición: 1985

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (y) RUBIO CORREA, Marcial

Derecho constitucional general. 1986. 608 p.

Esta obra es una recopilación de lecturas sobre el tema propio del curso de Teoría del Estado, o Derecho Constitucional General, que se dicta en los primeros ciclos de la carrera de Derecho.

Recoge textos seleccionados de los mejores libros de consulta disponibles en el medio, y cuenta con introducciones y guías metodológicas de estudio, preparadas por los compiladores, que son profesores del área de Derecho Constitucional en el Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

INFORMES Y PEDIDOS:

Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel
Apartado 1761. Lima, Perú
Tif. 62-2540. Anexo 220



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

REVISTAS

EDICIONES ANUALES

Anthropologica
Boletín del Instituto Riva-Agüero
Derecho
Debates en Sociología

Suscripción : US\$ 6.50 más por envío aéreo (***)
Número suelto : US\$ 8.00 más por envío aéreo (***)

EDICIONES SEMESTRALES

Economía
Histórica
Lexis

Revista de la Universidad Católica / Nueva serie
Revista de Psicología

Número suelto : US\$ 8.00 más por envío aéreo (*)
Suscripción : US\$ 13.00 más por envío aéreo (**)

- (*) América Latina US\$ 1.00/U.S.A.-Canadá US\$ 1.50 / Europa US\$ 2.00 / Asia-Africa US\$ 2.50
- (**) América Latina US\$ 2.00 / U.S.A.-Canadá US\$ 2.50 / Europa US\$ 3.50 / Asia-Africa US\$ 4.00
- (***) América Latina US\$ 3.00 / U.S.A.-Canadá US\$ 4.50 / Europa US\$ 6.50 / Asia-Africa US\$ 9.00

INFORMES Y SUSCRIPCIONES

Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú
Apartado 1761. Lima, Perú
Telf. 62-2540. Anexo 220

Derecho, N° 39, 1985, se terminó de imprimir el mes de junio de 1986 en los talleres de Editorial e Imprenta Deso, General Varela 1577, Lima 5, Perú. La corrección de pruebas estuvo al cuidado de **Jorge Antonio Ramos**.

