

THĒMIS

Revista de Derecho



Violeta Bermúdez • Carlos Blancas • Pedro Morales
Aldo Panfichi • Valentín Paniagua • Jorge Peyrano
Aníbal Quiroga • Fernando Valdez Dal-Re

THĒMIS

Revista de Derecho

**Publicación trimestral editada por alumnos
de la Facultad de Derecho de la PUC.**

COMITE DIRECTIVO: Nathalie Díaz Silva, Fernando Hesse Alfageme, Eduardo Sotelo Castañeda, Ximena Zavala Lombardi.

MIEMBROS DE LA REVISTA: Juan Carlos Alvarado, Elizabeth Briones, Héctor Calero, José Ignacio Castro, Carlos Cornejo, Augusto Cauti, Juan Carlos Crisanto, Enrique Felices, Mauricio Gustín, Rosario Isasi, Juan José Martínez, Patricia Pow Sang, Sara Sotelo, Robinson Vásquez.

COMITE CONSULTIVO: Jorge Avendaño V., Manuel de la Puente L., Francisco Eguiguren P., Javier Neves M., Beatriz Ramacciotti C., Fernando de Trazegnies G.

Diagramación y Edición: Grafitextos S.R.L.

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

© Asociación Civil Thémis-Revista de Derecho.
Casilla Postal 110711 - Lima 11

Auspiciada por el Ministerio de Justicia:
Resolución Ministerial Nº 072-88-JUS del 15 de febrero de 1988.

Revista Presidenta del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas
dirigidas por Estudiantes - COLAPJE.

THEMIS

Revista de Derecho

PRESENTACIÓN

En el mes de abril, un acontecimiento inédito interrumpió el lineal devenir constitucional de nuestra nación. Una a una instituciones constitucionales fueron siendo desmontadas para proceder a lo que se ha denominado la reconstrucción del Estado. Si bien la necesaria condena y oprobio de parte de la comunidad jurídica y política del país no se hizo esperar, el discurso inmediato estuvo más bien recargado de una imprecación y de un cierto matiz desenfrenado, producto quizás de la cercanía temporal del suceso o, aun a veces, de la personal afectación de las medidas.

El espíritu profesional y analítico que debe guiar las apreciaciones y juicios de un estudiante de Derecho exige, por otra parte, una reflexión adicional a la meramente positiva o normativa. Se muestra necesario, luego, reflexionar sobre la vigencia y eficacia social de las instituciones, en su confrontación con el modelo democrático, y para ello, un cierto grado de autocritica es siempre indispensable. Sólo enriquecidos con los nuevos elementos de análisis que obtengamos de este ejercicio, nuestra opinión podrá ser más completa, y por lo mismo, más certera.

En la presente edición dos artículos a cargo del Sociólogo Aldo Panfichi, el uno, y del Dr. Valentín Paniagua, el otro, aportan cada uno su personal óptica acerca del suceso del 5 de abril.

Una muy especial contribución del eminente procesalista argentino Jorge W. Peyrano honra nuestro número con uno de los primeros artículos -o quizás el primero- ofrecido por un tratadista extranjero sobre nuestro novísimo Código Procesal Civil.

Los Doctores Carlos Blancas, Pedro Morales y Aníbal Quiroga comentan la Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en el caso de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios. Aparecen también, una entrevista al juslaboralista español Fernando Valdés Dal-Re, un interesante artículo sobre la Informática Jurídica que nos brinda Ricardo León; la Dra. Violeta Bermúdez hace lo propio con un artículo sobre los medios alternativos en la solución de conflictos y Alberto Rebaza con un trabajo, en la perspectiva del análisis económico, sobre el Derecho Ambiental.

Colabora además Francisco Barrón con un artículo sobre la anticoncepción y el Derecho. Otras novedades y primicias en nuestras secciones Cajón de Sastre y Reseñas de Tesis, y un comentario de jurisprudencia a cargo de Jorge Toyama, destacado alumno de nuestra Facultad, completan la presente entrega de la revista.

El Comité Directivo

La “performatividad” en el proceso contemporáneo. Su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano

Jorge W. Peyrano

Juez de Cámara de Rosario, Argentina.

Un agradecimiento muy especial al Dr. Juan Monroy Gálvez quien gentilmente cediera el presente artículo para su publicación.

“Cuando las respuestas que nos ordenaban el mundo se transforman en preguntas nuevamente”

I. INTRODUCCION

Estamos en las puertas del tercer milenio. En rigor de verdad, ya vivimos otro clima, ya percibimos y apreciamos otros valores. No existen compartimientos estancos porque todo está impregnado por una nueva forma de «ver y hacer las cosas». Ni mejor ni peor. Distinta. Congruo es que tampoco el proceso civil, como creación humana que es, pueda escapar a lo que es la constante de la hora actual. Así es que hoy se habla como de una realidad presente y operativa, del Derecho procesal postmoderno y de sus características, entre las cuales se destaca la «performatividad»¹. Sobre el particular, hemos dicho que «Típica entonces, es la preocupación actual por lo que se conoce como performatividad; vale decir interesarse sobremanera por la eficacia. A tal punto ello es así que suele decirse que la eficacia es el imaginario social central de la sociedad postmoderna, todo lo cual revierte en que hoy las argumentaciones valederas y realmente legitimantes carezcan de grandes palabras que son reemplazadas por datos objetivamente comprobables»². Una vez más debemos re-

cordar que el valor justicia funciona a modo de meta, de imán hacia el cual deben naturalmente tender todos los nobles esfuerzos (del legislador, de los jueces, de los curiales y de los justiciables) volcados en el campo procesal. Empero - claro está la justicia pareciera ser un valor estático que se deja adorar y desear pero nada más. Es decir que, por ejemplo, estimula el apetito de los sujetos del proceso (juez y partes), por alcanzarlo, pero no alumbrando el camino que debe seguirse en su procura. Precisamente tal función instrumental es cumplida por el valor jurídico eficacia que predispone todo (desbrozando y alumbrando el camino o aportando el carruaje que resulte más adecuado en el caso) en miras a hacer más llana y segura la siempre ríspida ruta que conduce al valor justicia. Los justiciables de hoy ya no se contentan con una justicia «pro forma» o con sentencias líricas. Hemos tenido oportunidad de señalar que apetencia de justicia real que impregna el ánimo del hombre de hogaño, dista mucho de la resignación del hombre de antaño que, habitualmente, bajaba su cerviz ante el hecho consumado de la injusticia perpetrada en su detrimento. Vivimos una época que resultaría del beneplácito de Ihering. Aquí y ahora se lucha por el propio derecho de manera casi encarnizada. Parece, entonces, que el imperativo de la hora consiste en reclamar nuevas herramientas y nuevas soluciones jurídicas, capaces de abastecer el valor «eficacia» para que así resulte en definitiva eficazmente surtido el valor «justicia»³.

1. Otras notas son: el fin de las ideologías procesales, el pragmatismo que ha florecido en la aparición de una «praxiología procesal», la pérdida de interés por los «grandes temas» (la acción, la jurisdicción y el proceso, por ejemplo) y el mayor énfasis puesto en encarar temas puntuales (acceso a la justicia, protección de los intereses difusos) menos especulativos y más rendidores en términos concretos, la crisis de la visualización de las resoluciones judiciales como silogismos «perfectos» propios de la Lógica Formal y la comprobación de que el razonamiento jurídico está gobernado por una Lógica Específica distinta de la Lógica Formal. Sobre el particular, puede consultarse «El Derecho Procesal Postmoderno» en «Procedimiento Civil y Comercial», por Jorge W. Peyrano, Rosario, 1991, Editorial Juris, Tomo I, págs. 6 y ss.

2. *Ibidem*, pág. 3.

3. PEYRANO, Jorge W., «El Valor Eficacia en el Proceso Civil Contemporáneo», En «Cuestiones de Derecho Procesal», Bs.As.1980, Editorial La Ley, pág. 19/20.

A punto tal ello es así, que algunos pensamos que -casi insensiblemente y como respondiendo a una convocatoria inarticulada- cada vez más autores se alistan en lo que se puede denominar Escuela Eficientista del Derecho procesal⁴, que supera, trasciende y es algo distinto de la Escuela procesalista que hasta ahora se consideró vigente y triunfante. Y si por algo se caracterizan los embanderados en la referida nueva «Escuela», es por abjurar de llevar a cabo especulaciones inconducentes y por tratar de tener presente, siempre, que el proceso no es un fin en sí mismo, sino tan sólo un instrumento para hacer realidad los derechos sustantivos prometidos por la ley de fondo.

Existen caminos alternativos para arribar a un proceso verdaderamente «Instrumental» y eficaz, y son de lo más variados. Veamos. Van desde practicar judicialmente -cuando corresponde- una interpretación por el resultado del ordenamiento aplicable⁵ para así descartar soluciones legales que a todas luces arrojan resultados que no pueden haber sido queridos por el legislador⁶, hasta hacer valer instituciones diseñadas para operar en otras áreas. En tal sentido, puede citarse el caso de las condenas «abiertas» o «de ejecución permanente»⁷, categoría afín pero distinta a la más conocida de las «condenas de futuro» en el juicio de desalojo⁸. Dicha clase de condenas de «ejecución permanente» resultan particularmente eficientes para ahorrarle al actor la tarea de repetir demandas idénticas ante previsibles futuros incumplimientos por parte de un demandado que se ha mostrado pertinazmente remiso a cumplir en tiempo y forma una prestación continuada (por ejemplo, tal categoría

podría tener aplicación en materia de defectuosa prestación de servicios telefónicos). Pero también los caminos alternativos de los que venimos hablando pasan, derechamente, por generar nuevas figuras jurídicas que permitan acceder más llana y rápidamente a que cada uno tenga lo suyo.

Desde ya, es menestar dejar establecido que el nuevo Código Procesal Civil peruano bien puede ser calificado como un código del «tercer milenio» en mérito de las múltiples innovaciones que incorpora y de la forma en que privilegia el valor procesal «eficacia». En efecto: ya desde el vamos anuncia que privilegia el derecho a la tutela judicial efectiva⁹ y se preocupa, además, por no dejar dudas acerca de que «la finalidad concreta del proceso es hacer efectivos los derechos sustanciales»¹⁰.

Pero no concluye todo en declaraciones, más o menos líricas, de buenos deseos, sino que el legislador peruano se «arremanga» y pone manos a la obra para plasmar concretos logros (especialmente en materia cautelar) que representan no sólo una innovación profunda en lo que hace al propio ordenamiento procesal civil peruano sino también un inusitado avance para la Procesalística moderna en general.

Así es que cuando leímos por vez primera el código que estamos comentando, comprobamos, alborozados, que se habían «materializado» legalmente la medida cautelar innovativa¹¹, el cateo del embarcado¹² y varios «poderes de hecho de los jueces»¹³, temas que nos son tan caros como el afecto del padre por el hijo. Verlos así plasmados, constituye el mejor

4. PEYRANO, Jorge W. y Julio O. Chippini, «El Cuarto Estadio de los Conocimientos Procesales: El Eficientismo Procesal» En La Ley, año 1984-A, pág. 884.
5. PEYRANO, Jorge W. «La Interpretación por el Resultado en general y con particular referencia a la Ley Procesal Civil», En «El Proceso Atípico» Bs.As.1983, Editorial Universidad, pág. 161 y ss.
6. Recientemente, hemos leído una resolución de la Sala IV de la Cámara Federal de La Plata, del 17 de marzo de 1992 (recaída en los caratulados : « DAPOTO, Marta Susana y Otros c. Presidente de la Univ. Nac. de La Plata s/amparo»), donde se descartó la aplicación legal que «prima facie» correspondía en materia de apelación (apelación con efecto suspensivo) aunque se tratara de tema cautelar, y así reputar operativa la apelación sin significar una frustración del adecuado servicio de justicia, especialmente inconveniente por la materia «sub-lite» (se trataba de un amparo).
7. Conf. «Condena de Futuro», por Carlos COLOMBO, En «Revista Argentina de Derecho Procesal» No. 1, Bs.As.1979, Editorial La Ley, pág. 60 y siguientes.
8. PEYRANO, Jorge W. y Julio O. Chipinni, «La Condena de Futuro en el Desalojo», En «El Proceso Atípico-Parte Segunda», Bs.As., 1984, Editorial Universidad, pág. 165 y ss.
9. Artículo I del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Civil de Perú: «Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso».
10. Artículo III del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Civil de Perú: «Fines del Proceso e Integración de la Norma Procesal.- El Juez deberá atender a que la finalidad abstracta del proceso es resolver un conflicto de intereses a través de una decisión justa que propicie la paz social y que su finalidad concreta es hacer efectivos los derechos sustanciales...».
11. Conf. Artículo 682 del Nuevo Código Procesal Civil de Perú.
12. Conf. Artículo 653 del Nuevo Código Procesal Civil de Perú.
13. Vide, entre otros, los artículos 662, 666, 667 del Nuevo Código Procesal Civil Peruano.

premio para quien ha observado, perplejo, que su ideas (y las de muchos que piensan parecido) triunfan en los estrados judiciales y también en los certámenes científicos pero sin alcanzar, todavía, una clara adhesión en el plano legislativo. No creemos que en lo dicho concorra una suerte de vanidad personal. Sí, un tanto de desconcierto por lo que nos parece una actitud desconectada de la realidad que golpea, infructuosamente, puertas ante oídos todavía sordos pero que, seguramente, se abrirán de multiplicarse emprendimientos como el representado por el nuevo Código Procesal Civil de Perú.

II. APRECIACION GLOBAL DEL NUEVO PROCESO CAUTELAR PERUANO

Los artículos 608 al 687 del novísimo cuerpo de procedimientos civiles peruano, encierran la regulación del proceso cautelar.

En líneas generales y excepción hecha de algunos supuestos aislados -de los cuales daremos cuenta «infra» y a cuyo respecto plantearemos «tercerías»- suscribiríamos, orgullosos, la susodicha normativa.

Se trata de una regulación moderna, prudente y al mismo tiempo audaz, al incorporar plurales innovaciones. Guarda así el delicado equilibrio que reclama el tema cautelar.

Seguidamente, efectivizaremos una sumaria visión global del contenido del título IV de la Sección Quinta del Libro Primero del Código Procesal Civil de Perú, producto de las leyes 25282, 25321 y 25735; sin perjuicio de examinar, por separado y más en profundidad, las instituciones incorporadas que se nos ocurren más salientes.

Como harto se sabe, tres son los recaudos de ordinario requeridos para el despacho de cualquier

diligencia cautelar: verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora y prestación de contracautela. Al respecto, hemos apuntado que: «Los presupuestos del despacho de cualquier medida cautelar son: verosimilitud o apariencia del derecho invocado (*fumus bonis iuris*), peligro en la demora (*periculum in mora*) y contracautela. Mientras los dos primeros hacen a su procedencia, el último atañe al cumplimiento de la medida precautoria de que se tratare»¹⁴.

Ahora bien: el moderno derecho es y debe ser «flexible»¹⁵ debiendo ponderarse que también en materia jurídica «las ideas rígidas y excluyentes ya no disfrutan de buen cartel»¹⁶. Cuantimás cuando se trata del ámbito de lo cautelar que es lo más instrumental¹⁷ de lo que ya es de por sí instrumental, es decir, del proceso en general que no posee una razón de ser autónoma sino en función de «hacer efectivos los derechos sustanciales»¹⁸. A la luz de todo ello, sólo puede suscitar complacencia el artículo 611¹⁹ donde, provisoriamente, se «flexibiliza» la necesaria concurrencia de un recaudo de procedencia de las diligencias cautelares y admite que pueda haber otras razones que el peligro en la demora, que justifiquen su despacho²⁰. Igualmente, pensamos que podría encontrar cabida en los anchos y nada pétreos pliegues del referido dispositivo lo que se conoce como «interdependencia» de los recaudos requeridos para obtener el libramiento de una diligencia cautelar. Conforme a tal concepto, el cumplimiento cabal y hasta si se quiere exagerado de algún recaudo en particular, puede, en algún caso, redundar en que el órgano jurisdiccional aligere un tanto la ponderación de la concurrencia de algún otro requisito²¹.

Particularmente elogiable es la exigencia de que se forme un «cuaderno cautelar»²², y también la aclaración postrera que se hace que apunta evitar posibles entorpecimientos de la marcha del principal con motivo de la confección de aquél.

14. PEYRANO, Jorge W., «Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial», Rosario, 1983, Editorial Zeus, pág. 69.
15. CARBONNIER, J., «Derecho flexible para una Sociología no rigurosa del Derecho», Madrid 1974, *passim*.
16. PEYRANO, Jorge W., «El Derecho Procesal Postmoderno», pág. 3.
17. PEYRANO, Jorge W., «Compendio de.....» pág. 69.
18. Vide artículo III, del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Civil Peruano.
19. De aquí en más, al mencionar artículos daremos por sobreentendido que estamos aludiendo a normas del nuevo ordenamiento Civil Peruano.
20. «Artículo 611 Contenido de la decisión cautelar.- El juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal».
21. Vide resolución de la Cámara en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto (Santa Fe), dictada en los caratulados «Cerealera San Gregorio S.R.L.- Inconstitucionalidad - Medida cautelar Innovativa» donde se declarara lo siguiente: «Los requisitos necesarios para la procedencia de una medida cautelar se hallan relacionados entre sí de tal modo, que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad, el rigor acerca del «*fumus bonis iuris*» se puede atenuar. En Zeus, boletín del 20 de marzo de 1992.
22. «Artículo 640.- Formación del cuaderno cautelar.- En un proceso en trámite, el cuaderno cautelar se forma con copia certificada de la demanda, sus anexos y la resolución admisorio. Estas se agregan a la solicitud cautelar y a sus documentos sustentatorios. Para la tramitación de este cuaderno está prohibido el pedido del expediente principal».

A través de los artículos 620 y 621²³ -que disciplinan la cancelación de la contracautela prestada y la fijación de responsabilidades por medidas precautorias obtenidas innecesarias o maliciosamente- el codificador peruano ha resuelto expresamente cuestiones que, de ordinario, quedan libradas al criterio judicial con el margen de inseguridad y de falta de certeza que ello involucra.

Resulta plausible la buena doctrina adoptada como regla en todo el ámbito cautelar de la apelabilidad «sin efecto suspensivo» (o con efecto devolutivo, lo mismo da), según surge de numerosas disposiciones²⁴. Eso sí: no compartimos el criterio del artículo 664²⁵ en cuanto otorga apelación sin efecto suspensivo contra una decisión judicial de clausurar el local de un negocio. Es que en algunos casos la clausura de un local acarrea la pérdida irreparable de clientela y de aptitud para producir beneficios. Piénsese, por ejemplo, en la hipótesis de una clausura de un local dedicado al esparcimiento nocturno ambiente tan sensible a todo aquello que pueda ser interpretado, aunque sea equivocadamente, como síntoma de la existencia de una clientela poco honorable o de la participación en negocios turbios. Por ello es que creemos que en la especie la apelación debería ser «con efecto suspensivo». Qué podemos decir nosotros de la incorporación de la medida cautelar innovativa²⁶, del cateo del embargado²⁷ y del respeto evidenciado hacia los poderes de hecho de los jueces²⁸, cuando hemos sido sus más fervientes defensores. Tanto es así que nos ocuparemos por separado y más en detalle de dichas incorporaciones.

Para concluir este análisis necesariamente sumario y provisorio, señalamos el acierto consistente en

haber regulado la prohibición de innovar²⁹ diferenciándola claramente de la medida cautelar innovativa.

III. PODERES DE HECHO DE LOS JUECES

Son el cúmulo de previsiones que debe adoptar un juez para obtener una ejecución eficiente de su mandato. Vaya como ejemplo el siguiente. No es suficiente con que el magistrado decreta un embargo sobre bienes muebles del demandado, sino, además, debe facultar al oficial de justicia interviniente a allanar los domicilios que fuera menester y a cambiar cerraduras (si se previera que tal necesidad pudiera presentarse). Es preciso subrayar que tan importantes cuestiones «de detalle» pueden también ser objeto de un mandato judicial posterior y «complementario».

Lamentablemente en este campo de la concreta ejecución de sus propios mandatos, nuestros jueces no se hallan cómodos³⁰ y congruo es que así sea porque tal incomodidad responde a toda una concepción del sistema procesal que, por ejemplo, los inhibe de requerir la colaboración del propio embargado para materializar el embargo decretado³¹, a diferencia de lo que ocurre en otros lugares. Ahora bien: no se piense, a raíz de lo que venimos diciendo que los poderes de hecho de los jueces sólo se ejercitan cuando de trabar embargo sobre bienes muebles se trata.

Así tanto para el dictado de una prohibición de innovar como de una medida cautelar innovativa, se prescribe una gran precisión en la resolución judicial correspondiente y también que la misma sea lo más circunstanciada posible³². Igual precisión se reclama

23. «Artículo 620.- Cancelación de la contracautela.- Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho».
- «Artículo 621.- Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa. Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará los costos y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez remuneraciones mínimas vitales y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados».
24. Conf. Artículo 617, 621, 637, 660.
25. «Artículo 664.- Conversión de la recaudación.- Si el interesado considera que la intervención es improductiva, puede solicitar al juez la clausura del local del negocio y la conversión del embargo de intervención a depósito. El Juez resolverá previo traslado al afectado por el plazo de tres días, y atendiendo al informe del interventor y del veedor, si lo hay. Contra la resolución que se expida procede apelación sin efecto suspensivo.»
26. Artículo 682.
27. Artículos 641 y 653.
28. Artículos 644, 652, 662, 666, 667, 671, 672.
29. «Artículo 687.-Prohibición de Innovar.- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hechos o de derechos presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley».
30. PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI Julio O., «Poderes de hecho de los jueces. Medida conminatoria», En *Tácticas en el proceso civil*, T.III, pág. 95, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1990.
31. PEKELIS, Alejandro, «Técnicas jurídicas e ideologías políticas» En *La Ley*, tomo 29, p.838.
32. PEYRANO, Jorge W. «Medida cautelar innovativa», Bs.As.1981, Editorial Depalma, pág.33.

cuando se trata de describir el «mal mayor persuasivo» propio de la medida conminatoria³³.

En realidad y como ya se ha expresado, cualesquier orden judicial puede ser objeto del ejercicio de los llamados «poderes de hecho de los jueces (concomitantemente, con su dictado o después y de modo «complementario»).

En la materia, el nuevo ordenamiento procesal civil peruano constituye un alarde de preocupación para, de alguna forma, «aliviar» a los jueces de la pesada y difícil tarea de imaginar (para prevenir las) situaciones a tener en cuenta durante el desarrollo de alguna diligencia procesal. Por supuesto que siempre la realidad supera a la imaginación y consiguiendo a cualquier previsión del codificador, por lo que, seguramente, muchas veces los magistrados peruanos deberán sacar, de todos modos, de su propia galera la solución (previsión) del caso. Como fuere, representa un avance evidente -y también una guía para perfeccionar previsiones pretorianas complementarias- la incorporación de tantas y tantas regulaciones expresas de «poderes de hecho del órgano jurisdiccional»³⁴. A modo de muestra de lo que venimos señalando puede citarse la institucionalización del «descerraje»³⁵ para ejecutar, llegado el caso, medidas cautelares ordenadas, e igualmente la muy circunstanciada manera de labrar el acta de embargo o secuestro que prescribe el artículo 644³⁶.

En suma: el codificador peruano no ha trepido en descender al terreno de las «instrumentaciones concretas» del proceso cautelar; temática por lo común harta descuidada y hasta diríamos que menospreciada por el legislador.

IV. CATEO DEL EMBARGADO

Tradicionalmente se ha interpretado por «catear» la acción de examinar -aun de modo compulsivo- las ropas del sujeto pasivo de una diligencia de embargo, con el propósito de descubrir bienes susceptibles de ser cautelados. Se trata, pues, de descubrir bienes «ocultos», debiendo entonces diferenciarse tal caso del representado por el hecho de que puede suceder que el sujeto a embargo lleve sobre sí y a la vista, verbigracia, alhajas. Es que en el último de los supuestos, hay consenso acerca de la embargabilidad de los bienes que el deudor lleva sobre su persona y a la vista³⁷. Aunque, también, se considera cateo tal como lo dispone el artículo 513 del Código Civil italiano de 1940 «...la apertura de puertas, escondrijos o recipientes» que pudieran ocultar bienes valiosos de pertenencia del embargado.

Curioso destino el del «cateo del embargado». Aceptado hasta por la doctrina más clásica -y valgan como ejemplos de lo expresado las opiniones de Alsina³⁸ y de De la Colina³⁹ - nunca disfrutó de buen nombre y, por consiguiente, el foro en general no se sintió jamás movido a echar mano a tan importante vía para, en casos extremos y cuando correspondiera, asignarle verdadera eficacia a un proceso destinado a frustrarse en los hechos a raíz de conductas obrepticias del deudor moroso. Ciertamente es que no existe en el ordenamiento procesal civil argentino una disposición que expresamente convalide el cateo pero tampoco incide una norma que lo prohíba.

En otra oportunidad⁴⁰, tuvimos ocasión de exponer nuestro convencimiento acerca de que la mentada resistencia a incluir entre las herramientas cautelares

33. PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. «Poderes de hecho de los jueces...» pág. 100.

34. Conf. artículo 652, 662, 666, 677, 671, 672.

35. «Artículo 641.- Ejecución de la medida.- La ejecución de la medida será realizada por el Auxiliar jurisdiccional en día y hora hábiles o habilitados, con el apoyo de la fuerza pública si fuese necesario. Puede autorizarse el descerraje u otros actos similares cuando el caso lo justifique. De esta actuación el auxiliar sentará acta firmada por todos los intervinientes y certificada por él. En su caso, dejará constancia de la negativa a firmar».

36. «Artículo 644.- Identificación de los bienes embargados o secuestrados.- En la ejecución del embargo o secuestro el auxiliar jurisdiccional procederá a precisar en el acta, bajo responsabilidad y con el auxilio de un perito cuando fuere necesario: la naturaleza de los bienes, número o cantidad, marca de fábrica, año de fabricación, estado de conservación y funcionamiento, numeración registral y demás datos necesarios para su cabal identificación y devolución en el mismo estado en que fueron depositados o secuestrados. Igualmente identificará a la persona designada como órgano de auxilio, certificando la entrega de los bienes a ésta».

37. FERNANDEZ, Raymundo, «Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina, concordado y comentado», Buenos Aires, 1932, pág. 300.

38. ALSINA, Hugo, «Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial» 2a. edición, Buenos Aires, 1963, Ediar, Tomo V, Pág. 51.

39. DE LA COLONIA señala que: «Si es lícita la fuerza para rescatar del ladrón la prenda hurtada, ¿Por qué no ha de serlo para que el deudor para que con los dineros o valores que lleva encima?», cit. por Alsina, Ob.cit, Tomo V, pág. 51 al pie.

40. PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. «Procede el cateo del embargado?», En «Tácticas en el proceso civil», Santa Fe 1983, Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 144.

al cateo del embargado, radica en la eventual existencia de lo que se conoce en doctrina como «ius hominis in re ipsum». Tal «derecho natural» (dejando por ahora de lado nuestro criterio personal acerca del mismo) no es otra cosa que un pretendido derecho sobre la propia persona, un derecho sobre el propio cuerpo, que permite no sólo disponer de él, sino también prohibir a los demás la ejecución de aquellos actos que menguen la potestad que le pertenece sobre su propio cuerpo y facultades físicas. Tal derecho es susceptible de ejercicio, a condición que no viole un derecho social o un derecho privado⁴¹. El precitado derecho, fue objeto de medulosos estudios en el siglo pasado, no faltando quienes parecen entender que su existencia inspiró Vélez Sarsfield el dictado de, por ejemplo, los artículos 65 y 78 del Código Civil⁴².

Pero a todo esto acontece de que estamos firmemente persuadidos que el «ius hominis in re ipsum» no es más que «una creación producto de un jusnaturalismo racional tardío, inspirado —eso sí— en el loable (por entonces) deseo de colocar más y más vallas entre el Estado (siempre amenazante) y el ciudadano (siempre amenazado). Pero de ahí a reconocerla raíces verdaderas y no adventicias, media un largo camino»⁴³, con lo que desaparece el único «aval» jurídico que vislumbramos en favor de la improcedencia del cateo.

De cualquier modo, lo cierto es que nuestras raíces latinas y nuestra herencia hispana contribuyen en mucho a que, equivocadamente, pueda considerarse al cateo como un avance sobre la persona o, más modernamente, sobre los derechos humanos.

Así es que resulta especialmente meritorio que el nuevo ordenamiento procesal civil peruano no haya vacilado en incorporar explícitamente al cateo al rímico de soluciones cautelares posibles. Y lo ha hecho de un modo amplio, sin retaceos. Repárese que el artículo

653 que lleva por título «cateo en el embargo en depósito» y que reza «Si al momento de la ejecución de la medida se advierte el ocultamiento de bienes afectables, o si éstos resultan manifiestamente insuficientes para cubrir su monto, podrá el auxiliar jurisdiccional, a pedido de parte, hacer la búsqueda en los ambientes que éste le indique, sin caer en excesos ni causar daño innecesario. Puede, incluso, atendiendo a circunstancias plenamente justificadas, proceder a la búsqueda en la persona del embargado, respetando el decoro de ésta» acepta todas las variantes conocidas en la materia.

V. MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

La medida innovativa es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar -a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el statu quo. Va más allá, ordenando sin que concurra sentencia firme de mérito- que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente⁴⁴. Dicha figura cautelar, a estas alturas cuenta con un robusto cuerpo doctrinario⁴⁵ y ya son múltiples los certámenes científicos donde se ha proclamado la necesidad de agregarla, expresamente, a la panoplia de útiles cautelares⁴⁶.

Y qué decir de las numerosas decisiones judiciales en las cuales, explícitamente, se ha invocado la doctrina pretoriana de la medida cautelar innovativa⁴⁷.

Sin embargo hasta ahora y excepción hecha quizás del texto del artículo 280 del Anteproyecto del

41. LOSSONA, Carlos, «Teoría general de la prueba en derecho civil», traducción de Enrique Aguilera de Paz, Madrid 1913 Editorial Hijos de Reus, Tomo IV, pág. 567.
42. ACUÑA, Alfredo, «La pericia ofrecida por el marido para comprobar la impotencia de la esposa. Obligación de que la mujer no resiste la prueba y detalles sobre su cumplimiento», En *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 50, pág. 949.
43. PEYRANO, Jorge W., en la Ponencia que lleva por título «La inspectio corporis en sede civil», presentada al XII Congreso Nacional de Derecho Procesal.
44. PEYRANO, Jorge W., «Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial», Rosario, 1983, Editorial Zeus, pág. 85.
45. Vide entre otros PEYRANO, Jorge W., «La medida cautelar innovativa: una realidad, una esperanza», En *Cuestiones de Derecho Procesal*, Buenos Aires 1980, Editorial La Ley. PEYRANO, Jorge W. «Recepción de la medida innovativa en sede jurisdiccional», En *Jurisprudencia Argentina* 1977-III pág. 63. CHIAPPINI, Julio O. «Adventicios alcances de la medida cautelar innovativa», en Zeus, tomo 29 J-45; PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI Julio O., «Voz medida innovativa» En *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo V, Aéndice pág. 476 PEYRANO, Jorge W. «Pasado y presente de la medida cautelar innovativa», En *Procedimiento civil y comercial*, tomo 1, Rosario 1991, Editorial Juris, pág. 45. PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. «la medida cautelar innovativa y los procesos conexos», En *Tácticas en el proceso civil*, Santa Fe 1983, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo 1, pág. 121.
46. El primero, el ya casi mítico X Congreso Nacional de Derecho Procesal de Argentina, Celebrado en Salta en mayo de 1979.
47. Conf. por ejemplo, la jurisprudencia espigada desde la página 55 de «Medida cautelar innovativa», por Jorge W. Peyrano, Buenos Aires, Editorial Depalma.

Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica⁴⁸, no conocemos ley adjetiva alguna que, sin tapujos, regule la medida innovativa. Merece, entonces, encomio la actitud del codificador peruano que no sólo ha hecho lo que otros no se han atrevido sino que ha acuñado para tal fin una fórmula propia y, en líneas generales, afortunada. Estamos hablando del art. 682 que dispone: «Medida Innovativa. Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración por el demandado es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley». A renglón seguido, lo analizaremos.

Plausible es la enfática aclaración acerca de que se trata de una diligencia «excepcional» y de naturaleza «subsidiaria». En tal sentido, cuadra traer a colación que hace ya once años decíamos que el tribunal requerido para que despache una diligencia cautelar innovativa debe -aparte de analizar si concurren en la especie los cuatro recaudos mencionados- verificar si se da la circunstancia extraordinaria que termina de justificar el dictado de aquéllas; circunstancia consistente en la inexistencia de otra providencia cautelar apta para obtener el fin perseguido. La medida innovativa comparte tal rol subsidiario con otras figuras cautelares. Así con la prohibición de contratar⁴⁹, la intervención judicial⁵⁰, la inhibición general de bienes⁵¹ y la prohibición de innovar⁵². Pero no sólo por lo antedicho reputamos excepcional la medida en estudio. Es que su despacho -cabe así reconocerlo- implica una muy seria responsabilidad para el magistrado, que si bien no compromete opinión definitiva puede con su dictado provocar un desequilibrio en la situación de las partes, tan negativo como el que pretende

paliar. «Calidad excepcional de su despacho» es entonces, también prudencia extrema por parte del tribunal requerido⁵³.

Del tenor del transcripto artículo 682 se colige que la medida innovativa peruana sólo procede cuando ha mediado una alteración por parte del demandado de lo que es «el sustento de la demanda». Con lo que nos parece que se ha tomado partido por la posición que estima que la referida diligencia sólo puede despacharse si previa o coetáneamente se ha interpuesto la demanda principal⁵⁴. Caso contrario, no podrá saberse cuál es «el sustento de la demanda» cuyo conocimiento reclama, tácitamente, la ley peruana para determinar si ha concurrido una alteración que justifique el dictado de la innovativa. Por nuestra parte reconociendo que la cuestión tiene ribetes cuestionables, hemos manifestado que: a) el principio general en materia cautelar no es otro que el de la posibilidad de postular diligencias cautelares antes de que se abra la faz contenciosa del entuerto. Normas como la contenida en el art. 289 de la ley procesal santafesina⁵⁵ son aisladas, y han merecido las justas críticas de la doctrina⁵⁶; b) resulta posible que el solicitante, de modo premioso, del dictado de una medida innovativa no cuente todavía con los elementos suficientes como para redactar adecuadamente su libelo de demanda, y sí, en cambio, se encuentra en condiciones de peticionar el despacho de aquélla. ¿A santo de qué, condicionar su pretensión cautelar al hecho de que redacte (imperfectamente en el caso) su escrito de demanda, quedando entonces a merced de su contrario?

Finalmente, debemos expresar que en coincidencia con nuestra opinión primigenia⁵⁷ el codificador peruano exige para su despacho la concurrencia de un

48. Art. 280 del Anteproyecto del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica: (...) podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipadas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a las partes, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo».

49. El Derecho, tomo 41, pág 756.

50. PODETTI, J. Ramiro, «Tratado de las medidas cautelares», Buenos Aires 1969, pág 307.

51. Ibidem, pág 289 y 294.

52. La ley, Tomo 123, pág 952 (13.776-s).

53. PEYRANO, Jorge W. «Medida cautelar innovativa», pág 29

54. Fue la posición minoritaria sustentada en el referido Congreso Nacional de Derecho Procesal.

55. Art. 289 del C.P.C santafesino ley 5531: « En cualquier estado del proceso anterior a la sentencia definitiva, a petición de parte y si a juicio del tribunal la medida fuere necesaria, podrá ordenarse la prohibición de innovar en lo que sea materia del pleito a todos los litigantes».

56. AQUILIO Jorge, «Prohibición de innovar», Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, pág. 54.

57. PEYRANO, Jorge W., «Medida cautelar innovativa», pág 27 : Este es el presupuesto propio y característico de la medida cautelar innovativa, consistente en que la situación (de hecho o derecho) que se pretende innovar ocasionaría (de subsistir) un «daño irreparable» al pretensor. Comenzamos con su análisis señalando que al sintagma «perjuicio irreparable» lo utilizamos con un enfoque estrictamente realista. No ignoramos que cualquier daño puede ser (en teoría) monetariamente resarcido. Pero también sabemos que no todas las veces el dinero repara adecuadamente, y también que no todas las veces el dinero del resarcimiento llega prestamente a los bolsillos del perjudicado. Veamos un ejemplo. Una publicación sensacionalista da a conocer, por entregas semanales, secretos de la vida privada de un político. Siquiera por un momento se puede pensar que al hombre público del ejemplo que ve arruinada su carrera a la cual ha dedicado su vida pueda interesarle que, de lentos y fatigosos trámites el órgano jurisdiccional le reconozca el derecho de percibir indemnización.

requisito propio y característico de la medida innovativa: el peligro que se concrete un «perjuicio irreparable». Ello nos parece congruo con el carácter «excepcional» de la diligencia innovativa, que recordábamos más arriba.

Sucede que la praxis tribunalicia argentina⁵⁸ ha borrado «de hecho» la exigencia del susodicho «cuarto recaudo», con lo que se corre el riesgo que -tribunales, partes y letrados- pierdan conciencia que se está ante una diligencia despachable «in extremis» y para cuyo dictado no resulta suficiente requerir el mismo nivel de exigencias que para el libramiento de otras cautelares. Lo dicho no implica un enjuiciamiento adverso de la nueva normativa peruana, sino más bien un llamado de atención para que no se incurra en la misma «situación de hecho» argentina, que no nos seduce.

Se diga lo que se quiera, la retroactividad característica de la medida cautelar innovativa constituye una herramienta de justicia (porque actúa donde no puede actuar, a veces, la prohibición de innovar) que mira más bien hacia adelante. Así lo fue, en el «leading case», «Bortulé, Néstor c/ Jockey Club de Rosario», del cual daremos una breve noticia. El Jockey Club de Rosario inhabilitó, por cuatro años, al jinete Néstor Bortulé para desarrollar su actividad profesional específica. La sanción fue impuesta como corolario de un sumario preñado de irregularidades (así, por ejemplo, el sancionado no gozó del derecho a la defensa). El tribunal interviniente entendió que la magnitud de la sanción aplicada sumada al hecho que una inactividad tan prolongada acarrearía la pérdida de la aptitud profesional del sancionado, configuraban un atentado contra el derecho constitucional de trabajar. Máxime cuando, de prosperar en definitiva la demanda por nulidad de la medida que se había interpuesto, la eventual revocación (luego de largos años de trámite) de la corrección disciplinaria impugnada no borraría el «daño irreparable» ya consumado. En mérito de lo dicho, se levantó provisoriamente la sanción aplicada y a las resultas del juicio de nulidad en trámite; previa prestación de contra cautela⁵⁹. Pero también puede servir como una deleznable arma extorsiva para conseguir que la parte que obtuvo el despacho de la medida, quede emplazada en una posición privilegiada para imponer sus condiciones.

Acontece que a nuestro entender, el nuevo reglamento procesal civil peruano consagra dos variantes

de medida innovativa: una, la arriba reseñada, que procede despachar cuando previamente ha mediado por obra y gracia del demandado la alteración de lo que es «el sustento de la demanda» en lo principal (artículo 682); y otra que no parece sujeta a la susodicha cortapisa (alteración previa por la parte demandada, de la sustancia del principal) y que está regulada por el artículo 674 que norma lo siguiente: «Medidas temporales sobre el fondo.- Excepcionalmente por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta».

De tal guisa, el codificador peruano parece querer adoptar todas las hipótesis posibles en materia de innovativas aceptando así la posibilidad de librar medidas cautelares que exorbitan un tanto los moldes clásicos. Al discurrir sobre dicha nueva «raza» de diligencias cautelares, Morello se pregunta respecto, concretamente, de una de las referidas novedosas diligencias cautelares, lo siguiente «Ello replantea, en la experiencia concreta, la duda de si la misma se cobija, estrictamente, dentro de las fronteras que clásicamente delimitan el cuadrante de las providencias asegurativas (en función subsidiaria e integrativa al servicio de una posterior emanación jurisdiccional de mérito o fondo) o, por el contrario, muestra más bien el registro de un tipo mucho más radical, sustitutivo de la sentencia final y con verdaderos alcances, insistentes, generales. Una exorbitada manifestación garantística, «siempre traumática» y dentro de una «emergencia» involucrada en la naturaleza o carácter del asunto en sí»⁶⁰.

Lo inconcuso es que el ordenamiento que venimos comentando ha optado por una tesis amplia, y ello representa un significativo punto de referencia para interpretar otros aspectos de aquél que puedan suscitar dudas.

VI. MEDIDAS CONMINATORIAS

Nada más perjudicial para la «majestad de la justicia» que las desobediencias cometidas respecto de órdenes y mandatos judiciales⁶¹. De ello ha tomado -desde siempre- buena nota la doctrina norteamericana y a través del multifacético «contempt of court» ha intentado (y logrado) poner coto a tales desobediencias⁶².

58. PEYRANO, Jorge W., «Pasado y presente de la medida cautelar innovativa», En Procedimiento civil y comercial, tomo 1, Rosario, 1991, Editorial Juris, pág 46.

59. PEYRANO, Jorge W., «Medida cautelar innovativa», pág 56.

60. MORELLO, Augusto, «El per saltum en la Corte de Tucumán», En Jurisprudencia Argentina, Boletín del 1ero de abril de 1992, pág 19.

61. SOSA, Gualberto Lucas, «Desobediencias e impedimentos a la ejecución de órdenes y setencias judiciales», En Revista de Estudios Procesales Nro.4, pág 97.

62. MOLINA PASUEL, Roberto, «Naturaleza del «contempt of court» En Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo III, Nro 9, México, enero-marzo, 1953.

Ocurre que el susodicho intento no ha sido, en líneas generales, imitado por los legisladores latinoamericanos, quedando así un amplio margen de posibilidades para que las partes destinatarias de un mandato judicial se muestren remisas a acatarlo, sin mayores consecuencias desfavorables. Desde otro costado, es menester recordar que la figura de la ejecución en especie o «in natura» constituye un síntoma de madurez jurídica del sistema procesal donde se inserta⁶³.

Para completar el cuadro, debemos señalar que la especial problemática que plantean los supuestos en que es menester la ejecución «in natura» de los mandatos judiciales, en algunas hipótesis encuentran solución en el medio compulsorio «astreintes» como forma idónea para forzar la voluntad renuente del destinatario de una orden judicial. Pero puede acontecer que medien casos donde la amenaza de aplicar «astreintes» resulte ineficaz. Piénsese en el supuesto consistente en que la traducción económica de persistir en la desobediencia implica una mayor ganancia⁶⁴ que el desembolso correspondiente al pago de «astreintes» (para colmo de males, estas últimas siempre son susceptibles de morigeraciones, suspensiones y cancelaciones, según fuere la actitud del desobediente).

Además existe multiplicidad de casos donde las peculiaridades de la situación, determinan que lo mejor para el cabal cumplimiento de lo ordenado judicialmente pase por la satisfacción por obra y gracia del destinatario de la orden. Entiéndase bien: no se trata, estrictamente, que resulte absolutamente imposible conseguir una «ejecución por terceros» para cumplir en especie un mandato judicial, sino de obtener un más logrado y satisfactorio servicio de justicia. Al respecto, hemos consignado lo siguiente: ¿Y por qué interesa que el cumplimiento en especie del mandato judicial se logre mediante el concurso de la voluntad de su destinatario, cuando la ejecución por terceros sería, en la mayoría de los supuestos, factible? Ora por razones crematísticas (vgr. la ejecución por terceros implicaría ya un desembolso que no estaría en condiciones de afrontar el interesado), ora por motivos de otra índole (aquí el lector queda librado a su imaginación), atañe al mejor servicio de justicia que sea el propio destinatario de la medida que la cumple y en especie⁶⁵, y, también puede acontecer -ahora en el terreno de la imaginación que antes propiciábamos- que el cumplimiento cabal de lo

mandado judicialmente sólo pueda ser satisfecho mediante el concurso de personal (subordinado al destinatario de la medida) altamente especializado y muy difícilmente sustituible. La hipótesis (y existen tantas otras) no es improbable en la época de tecnología supersofisticada que nos toca vivir⁶⁶.

Todo lo apuntado -que es perfectamente aplicable a la realidad argentina- ocurre con bastante frecuencia en el ámbito de los procesos cautelares. Es decir que no se acatan diligencias cautelares que involucran, vrg., el cumplimiento de una obligación de hacer. Precisamente, la doctrina que se viene desarrollando nació como consecuencia de un incumplimiento de dicha laya. Veámos. Se inauguró en Rosario un negocio de confitería bailable en un subsuelo muy amplio, con capacidad para más de mil personas. El éxito de la explotación trajo como consecuencia una realidad no sospechada en un comienzo: la ventilación del local era deficiente. Ello determinó que, en forma unilateral, los propietarios del susodicho negocio instalaran unos enormes extractores de aire («forzadores») para hacer más respirable el ambiente. Con tal fin se practicaron grandes boquetes en la parte superior del subsuelo para dar cabida a los conductos de ventilación. Sucedió que dichos conductos arrojaban el aire extraído (que era una gran masa de aire caliente enrarecido) debajo de la puerta de acceso y de las ventanas (que debían permanecer abiertas durante la época estival por tratarse de un gran local que carecía de sistema de refrigeración) de un bar lindero. Con lo que esta última explotación resultaba perjudicada por encontrarse, repetidamente, invadido su interior por una masa de aire caliente que hacía desistir a potenciales parroquianos y que ahuyentaba a los asistentes.

Ante la situación referida, los perjudicados promovieron, a la sazón, los autos «Cuoco Esteban y Daniel Igareta (Sociedad de Hecho) C.A. -Medidas Precautorias- Demanda Sumaria», radicados en definitiva en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Tercera Nominación de Rosario, a cargo del doctor Hernán G. Carrillo.

Invocando lo dispuesto por el artículo 2618 del Código Civil, los promotores de los obrados solicitaron y obtuvieron el despacho de una medida cautelar innovativa consistente en ordenar el inmediato cese del funcionamiento de los «forzadores» -extractores de aire mencionados; con lo que, tácitamente, se estaba ordenando su adaptación de modo tal que su

63. TAPIA FERNANDEZ, Isabel, «Las condenas no pecuniarias», Palma de Mallorca, 1984, Editorial de Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, pág 57.

64. PEYRANO, Jorge W., «La medida conminatoria y el valor eficacia en el proceso», Jurisprudencia Argentina, boletín del 14 de octubre de 1987, pág 19.

65. PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. «La medida conminatoria», En el Derecho Tomo 125, pág 230.

66. *Ibidem* pág 830.

funcionamiento no ocasionara las molestias justificantes de la innovativa.

Dicha orden fue desobedecida y los «forzadores» siguieron funcionando como si nada hubiera ocurrido. Después (segunda orden judicial) el magistrado interviniente dispuso el inmediato acatamiento de la aludida innovativa, sin tampoco lograr éxito alguno.

Posteriormente -y habiendo ya transcurrido más de tres meses de haberse despachado y notificado la innovativa indicada y estándose ventilando un proceso criminal por la desobediencia de marras- se ordenó (tercera orden judicial) constatar si realmente los mencionados extractores de aire seguían funcionando en las mismas condiciones, y en caso afirmativo se autorizaba a recurrir a los servicios de un técnico para proceder a su desconexión y precintado. Esto fue incumplido: la contestación fue positiva y, por ende, los meneados aparatos fueron desconectados y precintados.

Empero aconteció que poco tiempo después se violaron los precintos y se pusieron en funcionamiento los extractores de aire sin repararlos debidamente. Enterados de ello los perjudicados propietarios del bar lindero, solicitaron del doctor Carrillo la comprobación de tal circunstancia y, en su caso, la clausura de la vecina confitería bailable, a lo que -el 1º de abril de 1986- se hizo lugar, ordenándose tal clausura hasta tanto se acreditara la desaparición de las molestias ocasionadas por el funcionamiento de los aludidos extractores de aire.

Pensamos que lo decidido por el magistrado interviniente no sólo fue acertado sino que abasteció, en buena forma, el valor «eficacia», en la emergencia.

Remarcamos que la amenaza penal demostró ser, en los hechos y una vez más, impotente para lograr la satisfacción de órdenes judiciales.

Nótese, asimismo, que si se le hubieren impuesto «astreintes» a los renuentes, quizás su importante hubiera sido compensado por las fuertes ganancias conseguidas con la prosecución -contra viento y marea- de la explotación de la confitería bailable. En cambio, al decretarse derechamente la clausura de la misma se privó a los destinatarios de la orden resistida, de la chance de especular con dicha «compensación».

Se podría argumentar con que, eventualmente, se hubiera podido lograr la ejecución del mandato judi-

cial desobedecido a través de un «tercero» y no, necesariamente, mediante el «forzamiento» de la voluntad de sus destinatarios. Pero nos preguntamos: ¿no irrita la sensibilidad jurídica que, verbigracia, los «perjudicados» del caso, por añadidura debieran desembolsar una gruesa suma (con la que podrían no contar) para afrontar el pago de las modificaciones de un sistema de ventilación de las características indicadas, para luego intentar su repetición, etcétera...?»⁶⁷.

A raíz de la emisión del susodicho decisorio y a causa de la percepción de que «algo faltaba» en el cuadro de los medios compulsorios procesales tendientes al debido respecto de las órdenes judiciales fue que se concibió la figura de la medida conminatoria. Pero antes de proseguir se impone «pronunciar» dos palabras sobre dichas vías compulsorias.

Las vías compulsorias en materia procesal, presuponen la desobediencia, por parte del destinatario, de un mandato relacionado con un proceso judicial; debiéndose tener presente que toda orden judicial genera una suerte de deber «erga omnes» de respetar y cumplir lo ordenado. Puede traerse a cuento que en el primitivo derecho romano (que no concebía el juicio «en rebeldía») se procuraba, a todo trance asegurarse la comparecencia a juicio del demandado. Con tal fin se podía, por ejemplo solicitar al pretor que pusiese al actor en posesión de los bienes del demandado (a cuya venta podía eventualmente proceder) si no se verificaba la comparecencia de éste, dentro de ciertos plazos⁶⁸. Así, en los hechos, el pretor venía, en esencia, a cumplimentar lo medular de cualquier medio compulsorio, es decir, la amenaza para el desobediente de sufrir un mal mayor.

También de modo análogo al señalado «ut supra» los medios compulsorios en derecho procesal se pueden dividir en reglados (que son los contemplados por el legislador) y no reglado. Entre los reglados, puede anotarse el caso de ciertos ordenamiento procesales que prevén, por ejemplo, la posibilidad de paralizar el proceso principal si el perdidoso no efectivizada el pago de las costas incidentales que adeuda⁶⁹ solución ésta opinable por algunas connotaciones que pueden resultar contraproducentes respecto del fin perseguido⁷⁰. Los «no reglados» son aquéllos producto de la inventiva pretoriana. Tal sería el supuesto que consigna Morello: «La jurisprudencia ha admitido como otros medios de compulsión, la paralización de los trámites del expediente principal (vrg., el proceso de divorcio) si el obligado (esposo, padre) no satisface la prestación de alimentos atrasados o el

67. Conf. «La medida conminatoria y el valor eficacia en el proceso», por Jorge W. Peyrano y Julio O. Chiappini, En *Tácticas en el proceso civil*, Santa Fe 1990, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 3, pág 76 y ss.

68. *Ibidem*, pág 60.

69. *Ibidem*, pág 61.

70. *Ibidem*, pág 61.

pago de litisexpensas⁷¹. Esta última actitud «creadora» de los jueces no puede sorprender ni alarmar. Observada desde la óptica que las facultades conminatorias son poseídas por los tribunales como consecuencia del elemento ejecutivo que hace a su potestad jurisdiccional⁷², o desde el ángulo que los magistrados cuentan con atribuciones implícitas para efectivizar sus facultades expresas⁷³, el resultado es el mismo: los jueces disfrutan de la referida aptitud.

Pero hay otra pauta clasificatoria de los medios compulsorios relacionados con un proceso. ¿Cuáles?. Pues la que los discrimina según sean los alcances «intraprocesales», es decir con consecuencias directamente vinculadas con la tramitación del proceso dentro del cual se insertan, categoría en el cual encuadran los dos ejemplos arriba aportados de medios compulsorios procesales «reglados» y «no reglados»; y también el desacato civil del derecho anglosajón conforme al cual, verbigracia, «si el rebelde es el actor carece de la facultad de proseguir con la tramitación del juicio... y el tribunal puede negarle al rebelde el privilegio de obtener resoluciones favorables cuando estas resoluciones sean facultad discrecional del juez»⁷⁴, o «extraprocesales», vale decir con repercusiones que no hacen derechamente al trámite del proceso en cuestión aunque indirectamente influya sobre la voluntad de la parte renuente⁷⁵.

Volviendo al hilo que veníamos desovillando, repetimos que ante la percepción del «vacío» al que antes aludíamos fue que propusimos el funcionamiento de lo que llamamos «medida conminatoria» a la que describimos como «cualquier orden de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales emanada de un tribunal de justicia que tiende a obtener el debido cumplimiento «in natura» de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo, y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que «prima facie» podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha actitud contumaz»⁷⁶. Sucede que dicha creación ha tenido ecos jurisprudenciales favorables⁷⁷, cuenta ya con el respaldo de numerosos estudios «ad hoc»⁷⁸ y ha recibido el espaldarazo de numerosos certámenes científicos⁷⁹, el más importante de los cuales es el XV Congreso Nacional de Derecho Procesal⁸⁰.

Debemos recalcar que la medida conminatoria no es una diligencia cautelar sino un «mandato derivado» que puede, entre otras cosas, propender a otorgarle eficacia a una diligencia precautoria desobedecida.

Ahora bien: ¿en función de cuáles argumentos se propugnó (y logró) introducir la medida conminatoria dentro de las instituciones recibidas?. Pues, principal-

71. MORELLO, Augusto y otros, «Códigos procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación», comentados y anotados, 2da, edición, Platense Abeledo Perrot, t.II-A, pág 710.
72. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, «El juez, sus deberes y facultades» Buenos Aires 1982, Editorial Depalma, pág 286.
73. PEYRANO, Jorge W. «Atribuciones implícitas del órgano jurisdiccional», En revista de la Asociación Internacional de Policía Nro. 2, pág 30.
74. PEYRANO, Jorge W. «Medida cautelar innovativa», pág. 118.
75. PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. «La medida conminatoria y el valor eficaz en el proceso», pág. 62.
76. Ibidem, pág. 74.
77. Conf. «Medidas conminatorias», En Procedimiento civil y comercial, t.1 por Jorge W. Peyrano, Rosario 1991, pág 31 y siguientes.
78. PEYRANO, Jorge W. «Poderes de hecho de los jueces. Medida conminatoria y el valor eficaz en el proceso», En Jurisprudencia Argentina 1987 IV 856; PEYRANO, Jorge W. y Julio O. CHIAPPINI, «La medida conminatoria», En El Derecho 125-828 y siguientes; PEYRANO, Jorge W. «Memorandum sobre la medida conminatoria» En Jurisprudencia Argentina 1989; BARACAT, Edgar «Poderes conminatorios legales y extra legales del juez para la actuación de mandatos «instructivos» y «cautelares» En Jurisprudencia Argentina 1988 III 669; PEYRANO, Jorge W. «Medidas conminatorias» En La Ley, boletín del 14 de noviembre de 1989.
79. Vaya como ejemplo la declaración formulada sobre el particular por el IV Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe, que tuviera lugar en Venado Tuerto, durante el curso de abril de 1988.
80. En el curso de XV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Córdoba-agosto de 1989), se declaró lo siguiente: «1.- Dadas ciertas circunstancias asegura un mejor rendimiento del Servicio de Justicia que las órdenes judiciales sean cumplidas in natura por los beneficiarios de las mismas y no a través del mecanismo de ejecución de terceros. Ello, por más que teóricamente la posibilidad concorra. Se advierte un vacío en las facultades judiciales expresas en cuanto a la inexistencia de medios compulsorios que tiendan a asegurar el cumplimiento en especie y por obra de sus destinatarios de las órdenes judiciales. La medida conminatoria intenta colmar el referido vacío. 2.- Medida conminatoria es cualquier orden -de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales- emanada de un Tribunal de Justicia, que tiende a obtener el debido cumplimiento in natura de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que «prima facie» podría ser de mayor entidad que el resultante de desistir de dicha actitud contumaz. Resulta procedente que tenga por destinatarios a terceros. 3.- El despacho de una medida conminatoria aun en defecto de disposiciones legales que la regulen, encuentra fundamento en el ejercicio de atribuciones judiciales implícitas y también en una válida interpretación extensiva en materia de astreintes. 4.- La medida conminatoria es siempre un mandato derivado que procura el debido respeto a órdenes judiciales (mandatos primarios) desobedecidos por sus destinatarios; 5- Resulta conveniente la incorporación expresa de la medida conminatoria en los textos legales aunque dicha recepción debe llevarse a cabo de modo tal que una excesiva reglamentación no interfiera su desarrollo.»

mente, en mérito de las llamadas «atribuciones judiciales implícitas», tal como se admitió en el seno del XV Congreso Nacional de Derecho Procesal⁸¹. Ciertamente es que hasta aquí hemos elogiado -merecidamente- el nuevo ordenamiento procesal civil peruano. Pero llegados a este punto y con motivo de la exposición de la figura de la medida conminatoria y de su ideario, también debemos señalar que nos parecen un tanto exiguas las «facultades coactivas del juez» incluidas en el artículo 53⁸². Es que, básicamente, contemplan como únicos medios compulsorios posibles a una suerte de «astreintes» y a una detención (afín al «contempt of court» pero de ribetes mucho más morigerados) harto breve en su tope máximo. Verdaderamente creemos que es demasiado escueto el referido arsenal compulsorio; pudiendo llegar a quedar, en algún caso y como se ha dicho, totalmente desprovisto de una compulsión efectiva el cumplimiento de mandatos judiciales que exigen su satisfacción «in natura» para que sea realidad un «proceso eficaz». Este último riesgo se ve confirmado por la lectura del artículo 706⁸³, que revela que nada específico se prevé para la hipótesis que la «ejecución por terceros» no sea posible por la naturaleza de la prestación adeudada.

Como fuere, pensamos que puede cubrirse la referida «laguna» que padecería la nueva ley procesal civil peruana mediante la ya citada doctrina de las potestades judiciales implícitas cuya invocación se conjuga adecuadamente con el contenido de los diez artículos del título preliminar.

VII. MANDATO PREVENTIVO

La nueva institución del epígrafe -que ha encontrado una buena acogida doctrinal⁸⁴ y jurisprudencial en la Argentina- también podría ser llamada «cautelar humanitaria»; esto último no tanto porque sea una

medida precautoria «stricto sensu» que siempre y en todos los casos apunta a evitar -por razones de humanidad y solidaridad sociales- perjuicios a «terceros» respecto de un proceso determinado sino más bien porque los dos primeros casos donde se la aplicó tendían, precisamente, a evitar nuevas víctimas, aparte de las que dieran lugar al juicio resarcitorio en cuestión. En el primero de ellos y, con motivo de una pretensión resarcitoria promovida por los padres de un menor que se accidentara en una acumulación de aguas formada en terrenos del ejército argentino, el tribunal interviniente «ex officio» (además de hacer lugar a las pretensiones del demandante) dispuso -advertido de la grave situación de peligro existente para la comunidad, por la posibilidad cierta que se repitieran accidentes análogos- la construcción de un cerco que aislara las excavaciones inundadas, la colocación de carteles bien visibles que indicaran el riesgo y el mantenimiento de un servicio permanente de vigilancia en el lugar, todo bajo apercibimiento de ser efectuado por la Municipalidad de Quilmes y a costa de la demandada. A tal creativa y adecuada solución arribó el tribunal interviniente -luego de fundar extensa e ilustradamente su postura- no obstante que nada pidió en tal sentido la actora⁸⁵. La segunda de las mencionadas resoluciones judiciales también se trataba de un proceso «de daños», donde, igualmente, el tribunal (aparte de satisfacer las pretensiones resarcitorias del actor) arbitró, oficiosamente, medidas encaminadas a impedir la repetición de siniestros análogos⁸⁶; haciéndose así, otra vez realidad la función preventiva de daños que hoy se reconoce como un poder y un deber de los magistrados⁸⁷.

Ahora, seguramente, el lector comprenderá mejor el calificativo de «cautelar humanitaria» que le hemos endilgado a la figura bajo la lupa, y también la razón de ser de su inclusión en el presente estudio dedicado al nuevo proceso cautelar peruano.

81. Vide nota anterior.

82. «Artículo 53.- Facultades coercitivas del Juez.- En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52, el Juez puede: 1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión. La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación y 2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia. En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este artículo. Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato.»

83. «Artículo 706.- Procedencia.- Si el título ejecutivo contiene una obligación de hacer, el proceso se tramita conforme a lo dispuesto para la ejecución de obligación de dar suma de dinero con las modificaciones del presente Sub-capítulo. En la demanda se indicará el valor aproximado que representa el cumplimiento de la obligación; así como la persona que, en caso de negativa del ejecutado y cuando la naturaleza de la prestación lo permita, se encargue de cumplirla.»

84. Se propugnó por la difusión del «mandato preventivo» en «Las Segundas Jornadas de estudio del Derecho Procesal», llevadas a cabo en Villa Mercedes (San Luis) del 22 al 24 de agosto de 1991; y también en el VI Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe que tuviera lugar durante los días 20, 21 y 22 de noviembre de 1991 en San Lorenzo (Santa Fe).

85. PEYRANO, Jorge W. «Escorzo del mandato preventivo» En Jurisprudencia Argentina, boletín del 7 de febrero de 1992. También puede consultarse sobre el particular «El mandato preventivo», por Jorge W. Peyrano, En La Ley, Boletín del 29 de noviembre de 1991.

86. Conf. decisorio de la Sala 3a. de la Cámara Federal La Plata, de agosto de 1988, En Jurisprudencia Argentina 1988-III.

87. VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, «Función de prevención de la responsabilidad por daños», En Zeus, boletín No. 3854, febrero de 1990.

Claro está que ninguna disposición del susodicho ordenamiento expresamente regula lo que denominamos «mandato preventivo» respecto del cual se ha declarado, describiéndolo, de paso, lo siguiente: «a título de diligencia oficiosa, se acepta como posible - en casos excepcionales- que el juez -superando los principios de legitimación y congruencia- decrete medidas -denominadas provisoriamente «mandatos preventivos»- tendientes a evitar la repetición de daños en perjuicio de terceros absolutamente ajenos al proceso respectivo, haciendo así realidad una deseada justicia preventiva»⁸⁸.

Empero, llegado el caso y la necesidad, pensamos que el juez peruano podría recurrir al amplio y sugerente texto de la última parte del art.III del título preliminar -que reza: «... En caso de vacío en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso»-, para encontrar apoyatura a su deseo de hacer realidad una «justicia preventiva» y no circumscripita solamente a reparar perjuicios que hubieran podido ser evitados. Asimismo la ya recordada doctrina de las «potestades judiciales implícitas» podría cumplir igual papel convalidante.

VIII. COLOFON

La frase utilizada como copete, grafica adecuada-

mente los tiempos procesales que nos tocan vivir; tiempos, por lo demás, que empalman adecuadamente con el «clima» general.

Qué lejanos parecen los días en que había respuestas para todo y en los que tales respuestas eran aceptadas y compartidas por todos. Hoy ya no es así. La certidumbre ha desaparecido y el imperativo de la hora es poner en tela de juicio aún a aquello que ayer nomás parecía indisputable. Y, en verdad, no puede reputarse como absolutamente malo que ello suceda. Por el contrario, el progreso en general y el jurídico en particular se asientan, de ordinario, en crisis transitorias donde los cuestionamientos proliferan, se derriban las imágenes hasta ayer veneradas y se reemplazan, a veces, irreflexivamente, por otras no demasiado probadas. Ciertamente, todo cierto. Pero también lo es que el tiempo ->ese gran escultor», como decía Margarita Yourcenar- someterá a su zaranda insobornable a las nuevas instituciones e ideas y sólo pasarán aquellos que realmente lo merezcan.

Creemos que el legislador peruano ha hecho algo análogo y así, prudentemente, ha dejado pasar por la criba de la experiencia ajena a figuras jurídicas nuevas pero «recibidas» y que han tenido oportunidad de mostrarse eficaces en la praxis. Ojalá que el balance de la propia e insustituible experiencia práctica peruana, coincida con el netamente positivo que formulamos respecto de su excelencia teórica.

88. PEYRANO, Jorge W. «Escorzo del mandato preventivo», pág. 15.

Algunas personas
ven así de lejos
la posibilidad de
tener una **IBM**®.



La verdad,
es que **IBM**® está
tan a la mano
como en este aviso.

L.T. 9105867

IBM®
IBM DEL PERU S.A.

El golpe del 5 de abril y el Sistema Constitucional Peruano

Valentín Paniagua Corazao.

Abogado. Profesor de Derecho de la PUC, U. de Lima y UNIFE.

"Pero ¿el Parlamento, los partidos, no tienen cómo defenderse? ¿Podrán ser barridos fácilmente? ¿Cómo?. Ya lo ha dicho el Presidente Fujimori: por medio del referendum o plebiscito popular.

A eso apunta la implacable campaña de descrédito contra organismos que están pasando -no sólo en el Perú sino en el mundo entero- por un momento de tremendo desprestigio. De nada valdrá que los partidos y el Parlamento aleguen, con los más sesudos argumentos y a gritos que el referendum es anticonstitucional y propongan el constitucional reemplazo del presidente por el vice presidente. Sus razones pasarán de una oreja a otra y sus gritos no se oirán. La fuerza de las bayonetas estará al lado del presidente "constitucional", del nuevo jefe del proceso revolucionario militar, del cabecilla del golpe ya producido. (...)"

Revista "Oiga", Editorial del 16 de diciembre de 1991.

INTRODUCCION.

La pasmosa precisión del vaticinio de "Oiga" revela que sólo con una enorme ingenuidad podría suponerse que el golpe del 5 de abril era o es consecuencia de los pretextos que se han esgrimido para explicarlo. Habría que ignorar las acechanzas permanentes al régimen constitucional desde 1980, la ahora indudable conspiración que se urdió en el Círculo Militar entre abril y julio de 1990 y hasta la pública propuesta de la estrategia a seguir que el general retirado Cisneros hizo (y no por coincidencia) en el diario "Expreso" el 7 de julio de 1990. El inmediato e inusual respaldo del Comando Conjunto de las Fuer-

zas Armadas al golpe de Estado no deja dudas al respecto.

Es ocioso, pues, poner a prueba los pretextos del golpe. Con o sin ellos, igualmente se habría producido. Desde una perspectiva de largo plazo, el problema de fondo radica en saber si es o no viable en el Perú un sistema constitucional (éste o cualquiera otro) teniendo en cuenta el aparente "fracaso" de todos los ensayados y, sobre todo, la reacción del pueblo y de sus instituciones frente a hechos como los producidos el 5 de abril. Este último aspecto resulta, en cambio, relevante.

¿Es inusitada o sorprendente la reacción del pueblo y de las instituciones del país?. En realidad, no. Responde a un patrón histórico de comportamiento. Fieles a su más antigua y conocida tradición, las Fuerzas Armadas cumplieron el rol protagónico que les cupo siempre en todos los demás golpes de Estado que se han producido en nuestra historia. Los empresarios, por su parte, con absoluta lealtad a sus intereses, hicieron su ya conocido itinerario marchando presurosos al "besamanos" de Palacio sin importarles el origen o propósitos del gobierno de turno. No fue ni es sorprendente, tampoco, que los medios de comunicación, con respetabilísimas excepciones, promovieran, de inmediato, fórmulas para legitimar y consolidar el régimen usurpador. Esa fue también su conducta frente a Velasco, durante casi seis años, hasta que, en julio de 1974, el dictador se hastió de la "autocensura". Finalmente, tampoco la reacción popular desentonó con sus antecedentes (Benavides en 1914, Odría en 1948 y hasta Velasco en 1968) excepto por dos circunstancias: la animosidad contra ciertas instituciones y el enmascaramiento irracional de problemas análogos a los que condenaba (corrupción e ineficiencia en el Poder Ejecutivo y en las Fuerzas Armadas y Policiales).

Esa reacción, en verdad, era fruto de una larga campaña desatada en 1987 por diversos sectores

(empresarios, nostálgicos de la dictadura militar y sobre todo, algunos medios de comunicación) que no obstante sus diferentes y hasta encontradas motivaciones, coincidían en un objetivo: sustituir a los Partidos y a los "políticos" en su función representativa y de intermediación. Era obviamente una sorda pero indisimulada disputa por el poder y por la instauración de un diferente régimen político. La campaña de los empresarios y de los medios de comunicación desbarató, intolerantemente, toda duda u oposición a la constitución del Fredemo e impuso la candidatura de Vargas Llosa, pero no logró su elección. Sin embargo, para ello, dañó grave e innecesariamente, a los Partidos, y a la democracia representativa.

Fujimori se limitó a continuar la campaña desde el gobierno con evidentes designios antidemocráticos. Después del 5 de abril, quedaron satisfechas, en cierto modo, las aspiraciones de los sectores comprometidos en esa campaña. Ha instaurado, en efecto, lo que para algunos sería una democracia "orgánica", es decir, tutelada por unas Fuerzas Armadas deliberantes y participantes en la política nacional. Pero, ha intentado simultáneamente una democracia "plebiscitaria" o "publicitaria", es decir, basada en las encuestas, diálogos, audiencias, consultas y mecanismos de pretendida democratización de las decisiones de gobierno en sustitución, naturalmente, del sufragio y de la representación y mediante la utilización sistemática de los medios de comunicación que así han asumido funciones de intermediación y ejercen sin duda, ahora, una suerte de representación de la opinión popular.

Todos esos hechos explican, en alguna forma, la reacción popular. Pero, ¿son, en verdad, las causas de la quiebra del orden constitucional? ¿Son suficientes para justificarla o, cuando menos, para explicarla?

I. CAUSAS DE LA QUIEBRA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

Explicar la quiebra del orden constitucional por las deficiencias de nuestra democracia representativa o de los Partidos es eludir, en verdad, el problema de fondo. Con o sin democracia, con o sin Partidos, el Perú no ha sido capaz de lograr un consenso básico que permita un racional juego de la "clase política" ni dentro de sus siempre efímeras e inestables democracias ni bajo regímenes despóticos. ¿Por qué ese comportamiento cerril que impide la estabilidad institucional? En otras palabras: ¿por qué no hemos sido capaces de aceptar y respetar, leal y duraderamente, un orden constitucional cualquiera como punto de partida para construir el régimen democrático que todos decimos desear?

Son muchas y desde luego muy complejas las causas que explican nuestra evidente dificultad para

percibir el valor del orden constitucional. Unas son de índole histórica (la precariedad de nuestras experiencias constitucionales); otras son, en cierto modo, ideológicas (la ausencia de "sentimiento constitucional" y la errónea concepción programática y no procesal de nuestro sistema político). Hay, por fin, causas "estructurales" o tendencias que obran a modo de fuerzas de impulsión o de inercia que "determinan" de algún modo, esas experiencias (el despotismo tradicional en las relaciones político-sociales, la concentración y centralización del poder en todas sus manifestaciones y la incongruencia entre los textos constitucionales y la realidad.).

(a) La historia:

La precariedad del régimen constitucional

Es muy corta y angustiosa la vida de nuestros regímenes constitucionales. Cubre apenas un lapso de 49 en 171 años de independencia contra 122 años de dictaduras (militares, 106 años y civiles, 16 años). Si se excluyeran los gobiernos de la República Aristocrática (1895-1919) y se contaran sólo aquellos de inobjetable origen electoral escasamente sobrepasarían los 20 años (unos cuantos meses en 1931; 3 años a partir de 1945, entre 1963-68 y entre 1980-92). Es obvio, pues, que el Perú carece de tradición constitucional. Tres causas parecen explicar este primer hecho: **la interdicción de hecho o de derecho del sistema constitucional, el enmascaramiento del despotismo, bajo apariencias, formalmente constitucionales y la impaciencia que termina en una suerte de asedio** que asfixia el sistema por el logro inmediato de objetivos que están fuera de su alcance. Esta última tiene mucho que ver con la índole programática de nuestras Constituciones y por ello se les examinará conjuntamente.

La "oligarquía militar" (nacida, según Basadre, en 1829 con la deposición de La Mar) violando, una y otra vez las Constituciones y la más elemental disciplina castrense, monopolizó el poder durante 71 años en el siglo pasado y lo ejerció en 43 de los 72 años corridos desde 1920 en la presente centuria ya directamente (1933-36; 48-56 y 68-80) ya como poder detrás del trono (1919-30, 1939-45). De no haber mediado las insurrecciones populares de 1872 y 1895 ni Pardo ni Piérola habrían accedido a la Presidencia como no pudieron hacerlo los inobjetables vencedores de los comicios de 1936 (Luis Antonio Eguiguren) y de 1939 (José Quesada).

Todos los gobernantes del siglo pasado, con las solitarias excepciones de Manuel Pardo y Nicolás de Piérola, prescindieron, **en los hechos**, de la Constitución. Simplemente la pusieron al servicio de su arbitrio personal. Esa fue también la conducta de Leguía entre 1919 y 1930. No fue menos precario el régimen constitucional en la República aristocrática (1895-1919) no obstante una clarísima diferencia de forma con los regímenes militares. Todos sus gobiernos,

con las excepciones ya anotadas, nacieron del fraude o de la imposición electorales, en mayor o menor proporción. Naturalmente, vivieron a horcajadas entre la formalidad constitucional y la arbitrariedad. Aludiendo, precisamente, a su origen, decía Manuel Vicente Villarán que, en el Perú, los votos "adornan al candidato pero no son indispensables para su elección". Por esa misma razón podrían contarse entre esos gobiernos el de Manuel Prado que fue elegido, en 1956, con un Estatuto Electoral que proscribía, formalmente, al APRA con cuyos votos, sin embargo, logró su nominación. Esa era la democracia "oligárquica" de que hablaba García Calderón, es decir, una democracia sin libertad ni verdad electorales, de "élites" que se "imponían" pero no se "proponían" al pueblo.

La **interdicción de "derecho"** (si cabe el término) nació con las dictaduras del presente siglo. La Ley de Emergencia Nacional, dictada en 1931 y perfeccionada bajo los Gobiernos de Benavides y Prado, permitió la expulsión del Congreso de los constituyentes apristas y sustituyó luego a la Constitución de 1933 durante 12 años (1933-45). En 1948, al cabo de un brevísimo paréntesis de tres años, Odría la supeditó a la Ley de Seguridad Interior durante 8 años y, por fin, el llamado Estatuto de la Fuerza Armada la suplantó a lo largo de 12 años entre 1968 y 1980. A pesar de todo ello, la Constitución de 1933 fue más afortunada que la Constitución de 1920: "sólo" quedó en suspenso 31 de sus 47 años de existencia.

¿Qué régimen constitucional podríamos haber construido si hace apenas tres décadas que institucionalizamos la "verdad electoral" con la conquista del escrutinio en Mesa, público e irrevisable? ¿Qué aprendizaje constitucional podían haber hecho las Provincias y Distritos del Perú antes que Belaúnde "creara" la Municipalidad democrática, en 1963, ya que, medio siglo antes, sólo "elegían" Alcaldes y Regidores un puñado de capitales de Departamento? En fin, ¿qué experiencia constitucional podía lograr un pueblo al que se le ha impedido el más elemental ejercicio democrático que es la elección de sus gobernantes durante las tres cuartas partes de su historia? ¿Qué régimen constitucional podía nacer en una sociedad que consagró la impunidad (contra la que lucharon en históricos empeños Francisco de Paula González Vigil y José Gálvez) de los delitos contra la Constitución y la voluntad popular?

(b) Las tendencias estructurales

El despotismo en las relaciones políticas y sociales, la concentración y la centralización del poder en todas sus manifestaciones y la incongruencia entre los textos y la realidad, conforme se ha señalado ya, actuaron a guisa de fuerzas de impulsión o de inercia que han "determinado", de algún modo, la precariedad de nuestro régimen constitucional y han gravitado y condicionado su desarrollo.

Un régimen constitucional presupone una sociedad de hombres libres o, cuando menos, en aptitud de serlo. Ese era un presupuesto inimaginable en el Perú de la emancipación. Tampoco lo era tres décadas más tarde al producirse la manumisión de los esclavos y la supresión del tributo indígena (1854). No lo sería, en realidad, sino hasta 133 años después, es decir, en 1964, en pleno siglo XX. Hasta entonces subsistió la servidumbre indígena bajo su más ominosa expresión (el "pongueaje"). La ley 15037 le puso fin, formal y realmente, e inició el proceso de reforma agraria que transformó, en los años siguientes, la estructura de dominación social y económica que había subsistido, hasta entonces, prácticamente intocada, desde la Colonia.

Una estructura social y económica como la antes descrita tenía que estar signada por el despotismo también en las relaciones de gobernantes y gobernados. La explotación económica, la desigualdad social, la heterogeneidad, la desarticulación, la violencia, la discriminación social abierta o encubierta y la ausencia de identidad de los grupos y de la sociedad toda no eran, por cierto, el ambiente idóneo para la consolidación de un régimen constitucional. Las tendencias estructurales tenían que ser más fuertes que la aspiración de libertad que, por lo demás, sólo alentaban, genuinamente, sectores muy reducidos de nuestra sociedad. Por otra parte, la concentración y la centralización del poder (particularmente en Lima y el área costera) tenían que negar a las regiones y al pueblo un racional acceso a la cultura, a la riqueza y, desde luego, al ejercicio del poder político. La descentralización resultaba desahuciada ya como medio de difusión espacial del poder, ya como instrumento de democratización de la sociedad. Una vez más, las estructuras conspiraban (y conspiran aún, en ese aspecto) contra todo intento de subvertir un orden irracional e inconveniente además de injusto.

La subsistencia de estructuras intocadas durante la emancipación y la vida republicana, hacía inevitable, por fin, el divorcio entre los textos constitucionales y la realidad. Esta, como consecuencia, seguía su propio derrotero e impedía un sano desarrollo constitucional. Pero, la remoción de la mayor parte de los frenos estructurales, lejos de facilitar, ha comprometido, más agudamente aún, la viabilidad del sistema constitucional aunque por diferentes razones y de distinto modo. Gran parte de las tensiones que soporta hoy nuestra democracia derivan del hecho que la Constitución es, por fin, (si cabe el término) "justiciable", es decir, "exigible" jurisdiccional y políticamente. Sin embargo, la realidad una vez más no ofrece posibilidades suficientes para satisfacer las siempre crecientes y apremiantes demandas sociales.

Pero, esa incongruencia se manifiesta también en el error en la elección de los "modelos", o, en el diseño de algunas de nuestras instituciones. Así ha

ocurrido, por ejemplo, con la "forma de Estado" que no ha logrado aún una apropiada descentralización y también con la "forma de gobierno" en el que la mixtura y el exceso presidencial y parlamentario conspiran, simultáneamente, contra la estabilidad del régimen político. Dos razones explican ese hecho. Cada una de nuestras Constituciones pretendió ser una respuesta de circunstancia frente a los excesos del pasado inmediato sin tener en cuenta los requerimientos del futuro. El absolutismo presidencialista de Leguía explica la acentuación del parlamentarismo en la Constitución de 1933. El síndrome creado por las experiencias de 1945 y de 1963 inspiró el exceso presidencialista de la Carta de 1979. Ese hecho es también explicable. Al Perú casi siempre le fueron impuestas la "necesidad" y también la "oportunidad" de acometer sus procesos constituyentes. Y estos, por desventura, se han desarrollado en medio de indeseables tensiones con los mandones de turno (1839, 1856, 1860, 1867, 1920), en el fragor de procesos políticos cargados de enormes pasiones (1931-33) o apremiados por la urgencia de asegurar una pacífica transición a la constitucionalidad (1979). La situación actual tiene pues indeseables precedentes y es probable que sus resultados no sean distintos.

Es evidente que las causas estructurales antes mencionadas entorpecieron nuestro desarrollo constitucional pero, al mismo tiempo, hacían más imperiosa la necesidad de un orden constitucional que habría provocado o acelerado las transformaciones indispensables. La historia lo demuestra. Todos los grandes saltos en nuestra evolución política están asociados a nuestros procesos democráticos (la manumisión de los esclavos y la liquidación del tributo indígena, la organización administrativa, la preocupación por la descentralización y la educación popular, la creación del Estado "en forma", la legislación social y laboral, la conquista de la libertad y de la verdad electorales, la "creación" de la Municipalidad democrática, la expansión masiva de la educación y el inicio de la reforma agraria están asociados a los regímenes de los Gálvez (Pedro y José), de Manuel Pardo, Piérola, Billinghurst y Belaúnde). El proceso vivido en los últimos 12 años no es la excepción. En el curso de él se inició y se hizo el aprendizaje de lo que será, sin duda, nuestra futura "democracia de Partidos". Y ello es un indudable mérito de la Constitución de 1979 a la que tanto, y tan injustificadamente, se le ha criticado. Veamos.

Perpetrado el golpe del 5 de abril, la Constitución logró el primero y más extenso consenso que jamás hayan alcanzado los Partidos Políticos del Perú. No sólo los que se empeñaron en su dación, también los que rehusaron suscribir la así como quienes no participaron en su debate. Ese consenso (que no es un armisticio ni una reacción de circunstancia), trasciende, largamente, la anécdota penosa que hoy vivimos. Refleja, sin duda, una convicción colectiva y una voluntad inequívoca: la de construir la democracia

dentro y con sujeción a los límites del orden constitucional. Tal definición de principios sin ningún interés electoral inmediato no tiene precedente histórico.

Ese concierto de voluntades (inexistente en 1980) se funda en el reconocimiento del carácter plural de nuestra sociedad y del derecho de cada grupo a su propia identidad, en el rechazo de cualquier propósito de exclusión o interdicción del adversario y, por ende, en la aceptación del derecho de todos los actores del proceso político a coexistir en una relación dialogante y civilizada, en la necesidad del arbitraje popular para la solución de las disensiones recíprocas mediante una franca y leal competencia por su respaldo y en la aceptación del derecho de todos a acceder a la conducción social como consecuencia de una alternabilidad librada únicamente a la voluntad soberana del pueblo.

Un consenso de tal índole presupone, en primer término, un sentimiento de solidaridad en el común empeño por construir un nuevo destino para el país y, por ende, el respeto del derecho de cada quien a proponer al pueblo su propia opción excluyendo la violencia o la confrontación antidemocrática. Significa, en segundo lugar, una ética que, inspirada en la tolerancia y el respeto recíproco, impone la aceptación, previa y necesaria, de unas reglas mínimas que todos deben respetar como base de la coexistencia recíproca. Un consenso de tal índole (en parte certificado por 10 años de experiencia en un contexto erizado de enormes conflictos y tensiones) abre, sin duda, nuevos derroteros para el desarrollo de nuestro sistema constitucional. Y ese logro, inimaginable en 1980, es fruto del ejercicio democrático de la última década bajo la Carta de 1979.

(c) Los factores ideológicos:

La ausencia de sentimiento constitucional

¿Qué significaba la Constitución en el pasado y qué sentimientos suscitaba y suscita en gobernantes y gobernados?. En el pasado, sólo escepticismo en quienes debían soportar un sistema de dominación que los discriminaba y condenaba a la servidumbre y franca hostilidad, en quienes, por arraigados prejuicios ancestrales, no podían reconocer valor alguno a la libertad ni a la dignidad de los sectores y grupos sometidos a explotación. No podían concebir, simplemente, la ley como freno del poder ya que, devotos de la fuerza, confiaban, irracionalmente, en la virtud taumática de la arbitrariedad para resolver los problemas del Perú. No son diferentes, ahora mismo, los sentimientos en muchos sectores del pueblo.

La experiencia recurrente del militarismo, las desilusiones de los siempre efímeros ensayos constitucionales, la impunidad de los delitos contra la Constitución, las limitaciones de los Partidos y la incapacidad tradicional del Estado para resolver los problemas más

apremiantes que, hoy, nos agobian (crisis económica, violencia, narcotráfico, desorden institucional) han creado un hondo escepticismo en torno del valor y eficacia de la Constitución, de la democracia y hasta del propio Estado. La violencia, la informalidad, la organización popular frente a la defección del Estado (rondas, organizaciones populares de toda índole) expresan, en diferente forma, ese profundo desencanto o desconfianza de la sociedad respecto del orden formal.

A esos fenómenos se han añadido, en los últimos años, dos ingredientes específicamente políticos. Uno es el *sui generis* "liberalismo autoritario" de franca inspiración "pinochetista" que defienden con ardor algunos diarios y que naturalmente informa la política del gobierno; otro es la resurrección del militarismo que ha ido afirmándose a medida que se ha incrementado la violencia subversiva y el narcotráfico. Al primero sólo le interesa asegurar el éxito de un programa económico que implica dramáticas restricciones a la economía popular. Al segundo, liberarse de una siempre incómoda fiscalización en su difícil y no siempre comprendida tarea de lucha antisubversiva. Ambos requieren un "orden" despótico y arbitrario que el Congreso se empeñó en sujetar a elementales reglas de derecho. Ese intento, de inobjetable racionalidad y necesidad, era y es francamente impopular. Y es que la Constitución, la ley e incluso los derechos humanos o la libertad significan relativamente poco para vastos sectores de nuestra población que, naturalmente, no ha tenido oportunidad de disfrutar de sus beneficios.

A la luz de una experiencia y de una mentalidad como las antes descritas, es indudable que, en el Perú, carecemos de lo que Loewenstein llama "sentimiento constitucional" es decir, de una conciencia que, trascendiendo todos los antagonismos y tensiones existentes en la sociedad, integre a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio previsto en la Constitución. Es obvio. A diferencia de la Constitución americana cuya longevidad -según el mismo Loewenstein- ha contribuido a darle la fuerza simbólica y casi mística que posee, nuestras Constituciones, además de efímeras, apenas si tienen significado para nadie. Y es que en Estados Unidos -como lo ha hecho notar J.P. Mayer-, los principios fundamentales establecidos en la Constitución no se discuten; se dan por supuestos. Su interpretación, en cambio, es materia de lucha acerba y violenta. La importancia específica de la Corte Suprema deriva principalmente de este hecho. Esa unidad de criterio da estabilidad a la Constitución y permite que los norteamericanos presten mayor atención al modo concreto de aplicación de los principios mas que a los principios en sí.

Entre nosotros, en cambio, todo debate político y, naturalmente, toda agresión al orden democrático, desde el poder, concluye, inevitablemente postulando

la revisión constitucional. Y ésta, en puridad de verdades, no resuelve disensiones en torno de principios constitucionales o de su aplicación. Es casi siempre un pretexto o una coartada. Sirve para legitimar, garantizar la impunidad o cubrir la retirada del usurpador luego del ejercicio incontrolado del poder. Tal la razón de ser de las últimas 6 Constituciones que el Perú ha sido forzado a darse. Así ocurrió con Gamarra, Castilla (hasta en dos oportunidades), Mariano I. Prado, Leguía, Velasco y Morales-Bermúdez según lo prueban las Constituciones de 1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1979. Esos son los precedentes que inspiraron a Fujimori y que alentarán a cualquiera otro que en el futuro quiebre el orden constitucional.

En tales condiciones, ¿cómo pretender el nacimiento de un sentimiento constitucional?. ¿Cómo predicar o admitir la igualdad frente a una ley que unos pueden atropellar y otros deben acatar siempre?. Por eso mismo, casi ya no interesa debatir qué contenido debe darse a la Constitución. La única valedera será aquella que todos (incluyendo desde luego los militares) respeten. Esa será la Constitución ideal hasta que logremos entender que la ley no es el arma de la autoridad para asfixiar la libertad sino el escudo de ésta frente a la arbitrariedad del poder.

La concepción procesal del sistema constitucional

Nuestras tres últimas Constituciones, tributarias del "constitucionalismo social", son esencialmente programáticas. A diferencia de algunas antiguas (Estados Unidos) o modernas (Francia de 1958) no son meros "estatutos de poder". Son programas de un vasto quehacer histórico. Y en ello radica, por paradoja, otra de las debilidades esenciales de nuestro régimen constitucional. Una Constitución programática, por un lado, genera, expectativas, ilusiones y demandas sociales muy concretas. Esa circunstancia provee argumentos y permite el asedio de sus aparentes "defensores" que, en nombre de sus principios, cercan a los regímenes democráticos hasta la asfixia. Por otro, atribuye al Estado, esto es, a la autoridad, el rol protagónico que las Constituciones neutras suelen reservar a la iniciativa individual o social, es decir, a la libertad. Esas dos circunstancias han tenido entre nosotros, un efecto devastador.

La imposibilidad, la dificultad o la incapacidad de la democracia para dar vida al programa no sólo frustra la ilusión popular; menoscaba también su legitimidad. Esa defección se reputa (naturalmente por los adversarios de la democracia) como una suerte de "inconstitucionalidad por omisión". Más aún. Sirve, casi siempre, como uno de los pretextos con que se intenta justificar, cínica y desaprensivamente, los "mesianismos" despóticos que avasallan a la libertad. Tal la conducta de los regímenes de facto después de 1933: Todos ellos, incluyendo el nacido el 5 de abril

han intentado legitimarse en nombre y bajo las banderas del régimen constitucional que desconocían so pretexto de realizar, obviamente desde el Estado, el programa constitucional.

Así pues el carácter programático de la Constitución pone en cuestión la legitimidad del sistema y puede provocar su quiebre. En otras realidades, sería apenas un problema político que el sufragio y la alternabilidad de los Partidos resuelven con eficacia sin provocar conmociones ni sociales ni políticas. La solución no estriba, por cierto, en modificar lo que ya es, obviamente, un rasgo típico de nuestras Constituciones sino en comprender que el "programa" de una Constitución es una tarea hacedera en el tiempo y sujeta a las contingencias impuestas por la realidad.

II. LA VIABILIDAD DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL.

La democracia -ha dicho Hans Kelsen- es democracia de Partidos. La del Perú deberá serlo, tarde o temprano y, sin duda, sobre la base de los Partidos hoy existentes. No obstante sus deficiencias (que acusan las huellas de la crisis global que afecta a la sociedad peruana, además de las derivadas de su incapacidad para crear un sistema de diálogo y comunicación recíproca y con el pueblo y para definir su función de representación política o de intereses) deben cumplir esa fundamental responsabilidad. Requieren, sin duda, sintonizar, con mayor fidelidad el vertiginoso proceso de cambio que el Perú vive en los últimos tiempos y deben cumplir, desde luego, con mayor eficiencia sus funciones de intermediación y representación popular. La historia permite confiar en

que podrán hacerlo siempre y cuando se les dé la oportunidad de la que hasta ahora no han disfrutado. Recordemos que los llamados Partidos "tradicionales" (nacidos hace apenas 60 años como máximo) sólo han gobernado el Perú 15 años: 10 años Acción Popular y 5 el APRA que, además coparticipó en los regímenes de Bustamante y Rivero (1945-48) y de Prado (1956-62).

La democracia (tal como hoy la concebimos) no tiene más de 30 años de antigüedad en el mundo, según lo ha hecho notar Arend Lipphardt. El constitucionalismo, en cambio, es un logro ya secular en los países civilizados. Si el Perú fuera capaz de construir y mantener un régimen constitucional, es decir, un conjunto de normas que todos respeten y honren, saldría de la barbarie en que todavía vive e ingresaría al siglo XXI en aptitud de construir la democracia que fue, sin duda, la "promesa de la vida peruana" de que habló el Historiador. ¿Es indispensable modificar la Constitución para ello?. Desde luego que no. El problema no es jurídico sino ético: no es cuestión de normas sino de conductas. En realidad, basta solamente algo de "hombría de bien" y, naturalmente, de hombría "de la otra", o sea, buena fe y honestidad para respetar el derecho de los demás bajo cualquier circunstancia y, por supuesto, coraje y resolución para defender y hacer respetar la propia dignidad, y con ella, la libertad y los derechos que le son inherentes. Ese es, precisamente, el pacto implícito en el consenso logrado por los Partidos políticos como consecuencia del golpe del 5 de abril y ésa la razón que nos hace alentar fe en que la arbitrariedad, la mentira y la falsificación no prevalecerán nunca contra la libertad ni siquiera en el Perú.

***" No puede haber seguridad jurídica
basada en la inseguridad documental "***

Raúl García Coni

Registrador de la Provincia de la Plata.

***Tampoco la hay, sin documento
notarial auténtico.***

Alberto Flórez Barrón

Notario de San Borja.

EL FUJIGOLPE:

Salida autoritaria a una crisis de representación política

Aldo Panfichi.
Sociólogo.

El golpe contra el orden democrático constitucional dado por el presidente Alberto Fujimori el pasado 5 de abril, ha merecido la entusiasta aprobación de casi todos los sectores sociales del país. Este multitudinario apoyo, sin embargo, no es compartido por la clase política nacional que en su conjunto y sin distingo ideológico cierra filas en defensa de la Constitución de 1979, denuncia el establecimiento de una dictadura cívico militar, y exige su retiro inmediato. Las posiciones opuestas frente al golpe, tanto de la mayoría ciudadana como de sus líderes políticos, revela con claridad la profunda crisis en la que se encuentra la representación política en el Perú de nuestros días.

El presente artículo, enfatizando una perspectiva de análisis sociológico, busca llamar la atención sobre algunos procesos de cambio de larga duración de la sociedad peruana que estarían detrás de esta crisis de representación. Obviamente, dado lo reciente de los acontecimientos, ésta no pretende ser una interpretación acabada sino una propuesta parcial que incentive el debate académico y político. Tres son los procesos de cambio en nuestra sociedad que quisiéramos examinar: el creciente abismo entre el Estado y la sociedad; la consolidación de liderazgos carismáticos en contextos de crisis y desesperanza; y el pragmatismo como norte en los comportamientos sociales y políticos del pueblo.

I. EL PERÚ OFICIAL Y EL PERÚ REAL

La dicotomía entre el Perú oficial y el Perú real es una característica fundacional de nuestra sociedad moderna. Desde el momento mismo del establecimiento de la República peruana se inició un proceso de construcción de un Estado nación basado en un modelo de ingeniería social vigente en Europa en el siglo XVIII. Dicho modelo tuvo éxito en impulsar formas de identidad nacional en poblaciones con fuertes homogeneidades étnicas y lingüísticas. De lo que se trataba era de construir un conjunto definido de ideas, símbolos, sentimientos y costumbres con los cuales el conjunto de la población de un territorio determinado se sentirían identificados al punto incluso de ofrendar sus vidas en su defensa (Hobsbawm, 1990).

Con esta idea de construcción de nación, las élites peruanas yuxtapusieron sobre una masa indígena mayoritaria, una institucionalidad política y administrativa copia y calco de algunas experiencias nacionales europeas. Se pensaba que con el transcurrir del tiempo, y a fuerza de las repeticiones, el Perú se iría convirtiendo en una nación moderna. Entendida esto como un proceso de homogenización social y cultural mediante el cual irían desapareciendo las formas «atrasadas» de existencia y las identidades étnicas e indígenas, para dar paso a una sociedad que canalizara sus conflictos y representaciones a través de las instituciones políticas establecidas.

Lamentablemente, la historia reciente del país muestra que, a pesar del tiempo transcurrido, esta idea de nación sigue siendo un proyecto de difícil concreción. En efecto, si bien se ha avanzado en la construcción de ciertos símbolos nacionales y en la definición de algunos elementos característicos de «lo peruano», difícilmente podemos afirmar que somos una nación cohesionada. Por el contrario, amplios sectores del país continúan, en una u otra forma, reclamando se les considere ciudadanos con iguales derechos frente al Estado y, al mismo tiempo, reivindicando con entusiasmo o amargura sus diferencias étnicas o regionales.

Lo más grave, a mi criterio, es que con las rápidas transformaciones de la sociedad peruana de las últimas décadas (migración masiva del campo a la ciudad, cambios en el mercado de trabajo, informalidad, masificación de la educación, redefinición de expectativas y crisis económica), se ha acrecentado aún más la ya histórica disfuncionalidad entre el funcionamiento político y administrativo del Estado y la vida cotidiana de la mayoría de los peruanos. En efecto, pareciera que el Estado y la sociedad estuvieran gobernadas por lógicas de funcionamiento distintas y con pocas áreas consensuales de encuentro entre ambas. De ahí el hartazgo de la población frente a los «políticos» y su propensión por identificar a dos aparatos del Estado, el Parlamento y el Poder Judicial, como los causantes principales de los males del país.

* Candidato al doctorado en Sociología, The New School for Social Research, New York. Fue profesor en la Universidad Católica e Investigador de DESCO y del Instituto de Estudios Peruanos.

En medio de este desencuentro, en los últimos años han habido síntomas inequívocos que un amplio sector del país venía buscando, a tientas y por fuera de la clase política tradicional, su propia identidad y representación política. Fujimori no sería el primero sino el último de una serie de apuestas políticas en esta dirección. La primera habría sido por la izquierda marxista en las elecciones para la Asamblea constituyente de 1979, donde sorpresivamente obtuvo el 29.4% de la votación. Hugo Blanco, un ex-guerrillero vestido con ojotas y sogá al cinto, obtuvo casi sin propaganda la tercera votación detrás de Víctor Raúl Haya de la Torre y Luis Bedoya Reyes. Poco después, en 1983, Alfonso Barrantes, un tímido abogado provinciano fue el primer alcalde marxista de una capital latinoamericana elegido por voto popular. Blanco y Barrantes, no obstante sus opuestos estilos personales, tenían en común provenir de «afuera» de los círculos de la clase política tradicional. Eran además cholos, provincianos, marxistas, y con una base social de origen mayoritariamente andina (Degregori, 1991). Sin embargo, ambos fueron liderazgos efímeros debido a sus fracasos en convertir la simpatía ciudadana en un apoyo político más consistente.

En 1990, la sorpresa es aún mayor con la abrumadora victoria electoral del Ing. Alberto Fujimori. El «tsunami», al igual que en sus orígenes Blanco y Barrantes, también proviene de «afuera» de la clase política y su electorado inicial son los excluidos del país oficial: campesinos de las provincias más pobres, migrantes de los barrios populares de las ciudades, ambulantes e informales, dueños de pequeños talleres, y otros sectores de clase media empobrecida (Grompone, 1991). Doce meses más tarde, cuando el presidente Fujimori decide dar un autogolpe y reorganizar el sistema político y administrativo del Estado, muy pocos ciudadanos se sienten comprometidos en su defensa. Los representados no salen en defensa de sus representantes. No los «sienten» suyos. Esta es la naturaleza de la crisis de representación de las instituciones democráticas y de la clase política, que el golpe ha puesto al descubierto.

II. UN LIDERAZGO CARISMÁTICO

El derrumbe del sistema político democrático ha ocurrido por su incapacidad de responder a las exigencias ciudadanas que surgen de un contexto de crisis económica, violencia política y generalizada desesperanza. Una situación de esta naturaleza impacta extraordinariamente en la vida cotidiana y en las certidumbres básicas de las personas. Los cambios ocurren de manera imprevista y las respuestas de otrora han perdido la eficacia de antaño. En este vacío de alternativas se generan las condiciones para el surgimiento de líderes carismáticos o antihéroes con los cuales la población se identifica y que, al mismo tiempo, ofrecen soluciones expeditivas y muchas veces autoritarias a los entrampamientos sociales y económicos. Este pareciera ser el caso del presidente Fujimori y su abrumador respaldo ciudadano.

Tengo la impresión que la identificación de amplios sectores del país con Fujimori descansa en un sustrato de experiencias comunes vividas tanto por el líder como por las masas que lo apoyan. Quisiera señalar algunas de ellas. En primer lugar, tal como indica Carlos Franco (1990), se encuentra la experiencia de la migración que para muchos peruanos ha constituido la decisión psicológica, social y cultural más importante de sus vidas. No se trata de un mero traslado físico del campo a la ciudad sino de una suerte de inmigración a otro país. De un Perú rural, pobre, atrasado, provinciano, cholo e indio al Perú urbano, moderno, limeño y criollo. Desde el punto de vista de los migrantes éste ha sido un proceso a todas luces exitoso. Si pensamos en las disparidades en las condiciones de vida entre uno y otro polo del país, es indudable que la migración ha traído ventajas comparativas en términos de acceso a ciertos servicios y mayores posibilidades de sobrevivencia. No quiero decir que estos migrantes han dejado de ser pobres, aunque quizás sus hijos lo dejen de ser en el futuro. Pero una cosa es ser pobre en los Andes y otra en los barrios populares de Lima.

No debemos olvidar, además, que estos migrantes convertidos en pobladores han transformado completamente el rostro económico, social y cultural de las ciudades. Han creado instituciones donde no les era permitido. Han construido con trabajo colectivo sus propios barrios más allá de los límites de la ciudad moderna. Han informalizado la economía urbana al punto que el terreno comercial más caro de Lima se encuentra en el Jr. Gamarra, en los alrededores de la Parada, y no en los centros comerciales de La Molina o Monterrico. Todo esto acompañado de una dinámica presencia cultural que es visible en calles y plazas así como en los medios de comunicación de masas.

El presidente Fujimori, no obstante su origen asiático, tiene una historia personal muy similar a la de estos anónimos migrantes andinos. Sus padres fueron migrantes japoneses que trabajaron como peones en la agricultura costera para luego venir a Lima en busca de un futuro mejor. En la capital, trabajaron duro como porteros de un colegio fiscal en el distrito de La Victoria, al tiempo de iniciar pequeñas actividades comerciales que permitieron educar a sus hijos en colegios y universidades del Estado. Alberto Fujimori, al igual que muchos hijos de migrantes, tomó el mito de la educación como vía de realización personal. Fue a la Universidad, se recibió de Ingeniero Agrícola y luego se dedicó a la docencia. Un camino de logros sociales que lo aproxima a la experiencia personal de muchos ciudadanos de este país.

Una segunda experiencia común entre las mayorías ciudadanas y el presidente Fujimori es la discriminación étnica y el racismo. Este es un tema para los peruanos particularmente doloroso porque toca mucho de nuestra propia experiencia personal y familiar. No es extraño, entonces, que lo hayamos negado por mucho tiempo argumentando que el mestizaje habría borrado de la memoria colectiva consideraciones de esta índole. Sin

embargo, las circunstancias que rodearon la elección de Fujimori así como los ataques hacia él dirigidos por algunos líderes políticos que enfatizan su falta de «peruanidad», por no comportarse como un «caballero» ni hablar «bien» el español, revelaron de manera descarnada la asolapada vigencia de valores discriminatorios basados en consideraciones étnicas.

La persistencia de ciertos criterios culturales de exclusión social tiene que ver con lo que los sociólogos han denominado la herencia colonial de las élites peruanas. Es decir, la creencia que «lo mejor» viene de los países blancos desarrollados, que los indios y negros tienen una condición inferior, y que el camino al progreso exige asumir el universo cultural de las sociedades de occidente. Basta ver las imágenes que nos transmite la televisión así como los paradigmas publicitarios para entender que esto es así. La experiencia de discriminación, expresada cotidianamente en frases como «cholo de m...» o «indio igualado», tiene un sustrato común con las experiencias vividas por la comunidad japonesa en el Perú durante la primera mitad del presente siglo.

En efecto, tal como nos acaba de recordar el historiador Pablo Macera (1992), los migrantes japoneses llegaron al Perú a trabajar en los latifundios costeros como mano de obra agrícola. Luego de más de treinta años de arduo trabajo y paciente ahorro, estos migrantes estuvieron en condiciones de liberar a sus hijos del trabajo con la lampa. Para ello, se mudaron a las ciudades donde en base al esfuerzo familiar iniciaron pequeños negocios como peluquerías, restaurantes y bodegas de esquina. Sin embargo, con el estallido de la Segunda Guerra Mundial y el enfrentamiento bélico entre Japón y Estados Unidos, muchos de estos pequeños negocios fueron saqueados e incendiados con el objetivo político de quedar «bien» con los países aliados. Un numeroso contingente de peruanos de origen japonés, además, fueron deportados a campamentos de concentración en California. Y es que, en palabras de Macera, más allá de la incorporación de estas memorias en una persona individual, sea ésta Fujimori o no, estas experiencias unen a la comunidad japonesa local con la mayoría chola e india del país, al tiempo que la separan de la clase media alta y alta peruana. Me atrevo a pensar que esta situación ha estado presente desde un inicio en lo que se ha venido a llamar el fenómeno Fujimori.

Finalmente, en los últimos 20 años la sociedad peruana en su conjunto ha experimentado la ilusión, y el posterior fracaso, de una serie de intentos políticos de transformación del orden social. Con distintos estilos y contenidos, tanto Velasco, Morales Bermúdez, Belaúnde, y Alan García generaron ilusiones de progreso y justicia para luego retirarse dejando al país peor de lo que lo encontraron. Esta sucesión de fracasos, cuya punta máxima de desgobierno e ineficacia fue el descalabro económico del gobierno aprista, ha generado en todas las clases sociales y grupos étnicos un fuerte sentimiento de frustración y hartazgo con la política tradicional y los políticos. Por ese motivo, cuando la violencia terrorista y la inmoralidad amenazan seriamente la viabilidad del

Perú como nación, de esta frustración emerge en la población elementos de una cultura autoritaria que privilegia el orden y la mano dura como mecanismos de evitar la desintegración del país.

Los elementos autoritarios de la cultura peruana tienen diverso origen. Están presentes tanto en la cultura de las comunidades campesinas de los Andes como en los barrios periféricos de la Lima de hoy. Asimismo, en las clases medias y altas, perdura la tradición señorial de un hombre fuerte en la política que combina paternalismo con coerción. En uno u otro caso, cuando los problemas arrecian, la tentación de quebrar las reglas de convivencia democrática es muy fuerte en todos los sectores sociales. Más aún, cuando no parece existir en las mayorías una lealtad ideológica con el sistema, sino otra basada en cálculos pragmáticos de costos y beneficios. De esta manera, quizás podamos entender el consenso ciudadano frente al autogolpe del presidente Fujimori, y su entusiasta aceptación a que todos los poderes del Estado estén concentrados en un líder carismático autoritario que tiene la misión, una vez más, de intentar la reorganización del orden social y político del país.

III. PRAGMATISMO EN LA POLÍTICA

Si observamos con detenimiento el curso de la historia social del Perú durante el presente siglo, no podemos negar la existencia detrás del péndulo de dictaduras y democracias de una tendencia en el pueblo, de búsqueda incesante del progreso material y de sus propias formas de representación política. Siendo ésta la tendencia en la larga duración, las lealtades de la ciudadanía en las distintas coyunturas históricas, no han estado definidas por el compromiso ideológico con una determinada organización política, sino por el cálculo pragmático de los costos y beneficios que significaría el hecho de apoyar a uno u otro gobernante. Por ese motivo, las lealtades no han sido estables sino mediatas y provisionales, sujetas a una evaluación racional permanente en función de logros concretos.

En la primeras décadas del presente siglo, en ausencia de perfiles sociales más definidos, las prácticas políticas predominantes eran la búsqueda de compromisos clientelistas con caudillos populistas de viejo estilo, con el claro objetivo de obtener beneficios materiales tanto individual como colectivamente. Este sería el caso de los gobiernos de Leguía, Sánchez Cerro, y Odría entre otros. Décadas más tarde, cuando el desarrollo capitalista perfila mejor la estructura de clases en el país, los partidos políticos asumen formas más modernas (con programas, ideología, y formas de organización territoriales o funcionales), pero en el fondo continúan siendo partidos organizados para satisfacer clientelas mal llamadas «bases» partidarias. Estos partidos-clientela, llámense Apra, Acción Popular, PPC o Izquierda Unida, tuvieron capacidad de recibir apoyo popular mientras la situación económica era relativamente estable y el Estado tuvo recursos que repartir (Jaime de Althaus, 1992).

La situación cambia radicalmente con la crisis económica y el derrumbe del Estado. Los partidos-clientela, debilitados en su capacidad de lograr beneficios concretos, empiezan a perder las lealtades ciudadanas ganadas en períodos anteriores. La población «sabe» que ellas han perdido eficacia y con pragmatismo les retira su apoyo y representatividad. Los partidos también ponen lo suyo en este proceso de deslegitimación, al enfatizar una política de gestos inútiles, casos de corrupción, e ineficacias.

Sin apoyo ciudadano, estos partidos se convierten en cúpulas burocráticas, alejadas de la sociedad real y sin capacidad de liderar la política nacional.

De este divorcio entre representantes y representados, Fujimori recoge la fuerza social necesaria para intentar autoritariamente la transformación del país. El pueblo aspira a que la situación mejore, o por lo menos, a que se creen las condiciones para que sus hijos puedan mejorar. También a que la democracia funcione depositando sus esperanzas de reforma en el «chinito». No debemos olvidar, sin embargo, que ésta es también una apuesta pragmática con plazos determinados y no lealtades incondicionales. De la

capacidad de Fujimori de satisfacer estas necesidades dependerá la suerte de su gobierno.

Bibliografía

De Althaus, Jaime, 1992 «Por que se rompió la democracia?», Expresso, 12 de abril de 1992

Degregori, Carlos Iván, 1991 «El Aprendiz de Brujo y el Curandero Chino—etnicidad, modernidad y ciudadanía—» En Demonios y Redentores en el Nuevo Perú, Colección mínima 22, IEP.

Franco, Carlos, 1990 «Exploraciones en otra modernidad. De la migración a la plebe urbana», mimeo.

Grompone, Romeo, 1991 «Fujimori: Razones y Desconciertos», En Demonios y Redentores en el Nuevo Perú, Colección mínima 22, IEP.

Hobsbawn, Eric, 1990 Nations and Nationalism since 1780: Programme, Myth, Reality, Cambridge University Press, New York.

Macera, Pablo, 1992 «A propósito del Fujigolpe: Entrevista a Macera», En Debate, Edición Abril-Mayo, Apoyo S.A.

En anteriores oportunidades se ha acusado desde esta misma tribuna la deficiente actuación del Tribunal de Garantías Constitucionales a lo largo de sus casi nueve años de existencia, hoy interrumpida. Podría entonces cuestionársenos sobre el porqué abundar en una institución que ya no es; y nosotros, responder que, aunque hoy no es, el TGC muy probablemente vuelva a ser, y la experiencia del antiguo instituto debería ser aprovechada de manera tal que el renovado Tribunal cumpla por fin con la función para la cual fue creado.

Sirvan, pues, la triada de artículos siguientes para -a través del análisis de la última resonada sentencia emitida por el Tribunal- pasar una vez más revista a aquellos vicios y defectos que no debe repetir un nuevo TGC para de ese modo alcanzar el destino que le deparaba la Doctrina y la propia Carta Constitucional.

Comentario Sobre la Sentencia del T.G.C. Relativa al Decreto Legislativo N° 650

Dr. Carlos Blancas Bustamante

Abogado. Profesor Asociado de la PUC.

En el presente comentario se examinará, sucintamente, la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales expedida en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo 650, Ley de la Compensación por Tiempo de Servicios, tanto en el aspecto formal como en el de fondo o material, así como las posiciones que se formularon respecto a la pretendida ineficacia e inaplicación de la referida sentencia.

1. LA SENTENCIA DEL T.G.C.

A) El Tribunal declaró infundada la acción de inconstitucionalidad formal del D. Leg. 650, por considerar que la Ley 25327 sí otorgó facultades delegadas al Poder Ejecutivo para legislar sobre esta materia. Para el Tribunal, dicha facultad fue concedida «inequívocamente» al Poder Ejecutivo por la ley autoritativa y, por consiguiente, éste «ha legislado sobre materia asignada», motivo por el cual «el Decreto Legislativo número seiscientos cincuenta es notoriamente constitucional por la forma».

Es cierto que la Ley N° 25327 habilitó al Poder Ejecutivo, entre otras materias, para legislar con el objeto de «consolidar normativamente los beneficios sociales actualmente existentes». Entre ellos, no cabe duda, y así lo recuerda la sentencia, el más importante es la Compensación por Tiempo de Servicios, inicialmente regulada, en 1924, por la Ley N° 4916, y que después de numerosas y dispersas normas fue, en realidad, modificada mediante el Decreto Supremo N°

015-91-TR, dictado en marzo de ese año en calidad de «medida extraordinaria y de urgencia», esto es, al amparo de la facultad comprendida en el art. 211, inciso 20, de la Constitución.

La expresión «consolidar» o «consolidación» tiene en el Derecho una significación técnica, que importa tener presente. Cabanellas afirma que «por la consolidación de leyes se agrupan, por orden y numeración correlativa, las distintas leyes dadas sobre una misma materia, verificando también, a veces, la consolidación, una sistematización debida y suficiente de las leyes» (Tratado de Derecho Laboral, Tomo I, Volumen II, Parte General, p. 91). Este concepto coincide, aunque con formulación diversa, con uno de los supuestos previstos en la Constitución Española para la delegación legislativa al Gobierno, esto es, «cuando se trata de refundir varios textos legales en uno solo» (art. 82.2.)

Consolidar no es, por tanto, reformar o modificar textos vigentes, ni, menos aún, crear nuevas normas, sino tan sólo integrar y sistematizar los existentes. Tal fue, sin duda, el límite establecido por la Ley N° 25327 al Poder Ejecutivo para legislar sobre los beneficios sociales.

De dicho límite, podría nacer la única objeción posible al D. Leg. 650, pues éste, en buena cuenta, lo que hizo fue elevar a norma con rango de ley el D.S. N° 015-91-TR, el cual, a su vez, había integrado en un solo texto -pero, al mismo tiempo, había modificado profundamente- el régimen de compensación por tiempo de servicios.

N. de R.: Con posterioridad a la recepción por Thémis de los presentes artículos se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto Ley N° 25460, norma que pretende ajustarse a la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales con respecto a la inconstitucionalidad del artículo 2° del Decreto Legislativo 650 (Compensación por Tiempo de Servicios).

La objeción consistiría en considerar que el D.S. Nº 015 era inconstitucional, por no reunir los requisitos propios de un decreto extraordinario y de urgencia -por no tener duración transitoria y normar materia ajena a la económica y financiera- y no obstante haber modificado y, en la práctica, derogado leyes, sin tener rango para ello. En tal sentido, el D.S. Nº 015 no podría ser «consolidado», y, por la misma razón, el D. Leg. 650 no podría reproducir como propio el contenido de éste por cuanto respecto de la legislación anterior resultaba obviamente diferente, produciéndose, por tanto, no una «consolidación» sino una «reforma» para lo cual no estaba habilitado el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, por el hecho de que a la fecha de aprobarse la Ley Nº 25327 no existía pronunciamiento judicial que declarase la inconstitucionalidad del D.S. Nº 015 y que tampoco el propio Congreso, en vía de control parlamentario -que podía ejercer incluso sin haberse dictado la Ley sobre Control Parlamentario Nº 25397- lo hubiera derogado o declarado nulo, nos lleva a pensar que el Congreso, obrando con pleno conocimiento de la existencia y contenido del D.S. Nº 015, dispuso la consolidación normativa de las disposiciones sobre compensación por tiempo de servicios incluyendo a dicho decreto, con la finalidad de darle jerarquía legal y sanear cualquier vicio formal del que pudiera adolecer.

Desde este punto de vista, el D. Leg. 650 no es inconstitucional por la forma porque, efectivamente, se limitó a «consolidar normativamente» el D.S. Nº 015 que, previamente, había sido el instrumento empleado para reformar el régimen de la compensación por tiempo de servicios.

B) En cuanto al aspecto material o de fondo, la sentencia declara parcialmente constitucional y, asimismo, parcialmente inconstitucional el D. Leg. 650, en este último caso, «únicamente» la parte pertinente del artículo segundo que prescribe «el efecto cancelatorio del pago de la compensación por tiempo de servicios».

La declaratoria parcial de inconstitucionalidad es una posibilidad prevista expresamente por el art. 298, inciso 1, de la Constitución, pues una ley o norma de la misma jerarquía no tiene por qué ser incompatible en su totalidad con la ley fundamental.

El fundamento de la sentencia, inserto en una confusa argumentación como imprecisa redacción, es no obstante perfectamente identificable y no es otro que el principio protector afirmado en el art. 42, tercer párrafo de la Constitución. A juicio del Tribunal, este principio de rango constitucional resulta lesionado por el hecho que al otorgarse al pago semestral de la compensación por tiempo de servicios efecto cancelatorio se ha reducido o disminuido el beneficio económico que representaba para el trabajador el hecho de efectuarse una liquidación final, a base de su última remuneración, tal como lo establecían las leyes anteriores, derogadas por el D. Leg. 650.

La propia sentencia admite que el art. 44 de la Constitución, que reconoce el derecho a la compensa-

ción por tiempo de servicios, «no instituye ningún modelo o régimen» y que, por lo mismo, «el desarrollo normativo de ese derecho es materia de la potestad legislativa». No obstante, el mismo acápite afirma que la ley «debe consagrar un régimen que en la práctica garantice mejor, tanto la progresiva y real acumulación del capital como su carácter intangible e irrenunciable, a fin de que el trabajador al fenecer su relación laboral pueda recibir con toda oportunidad y preferencia ese capital acumulado».

El razonamiento del Tribunal consiste, por ello, en sostener que si bien de la Constitución no puede deducirse un determinado modelo o contenido para concretar la compensación por tiempo de servicios, la ley no puede tampoco, establecer un nuevo régimen que sea menos beneficioso para el trabajador que aquél que se encontraba vigente al dictarse ésta.

Es interesante destacar que el Tribunal, como expresamente lo señala, formula su análisis «teniendo presente la experiencia sobre la aplicación de la compensación por tiempo de servicios en el país». Es decir, que no examina la cuestión en un sentido puramente abstracto, como si el D. Leg. 650 legislara por primera vez la compensación por tiempo de servicios, es decir sin que existiera antecedente legislativo sobre la materia. Es indudable que en dicho supuesto, por no contener la Constitución modelo alguno, aquél que estableciera la ley en forma inicial, cualquiera que fuese, no podría devenir inconstitucional, en la medida que estaría haciendo efectivo el derecho constitucional enunciado genéricamente.

Pero, obviamente, la situación no era esa y el Tribunal no podía resolver la cuestión analizando in abstracto el D. Leg. 650, como si éste no hubiese derogado normas previas, que regulaban de forma diferente la compensación por tiempo de servicios. No podría haber actuado de esa forma porque, si bien la ley tiene la potestad de definir el modelo concreto de este importante derecho social, no es menos cierto que en aplicación del principio protector no es admisible que el cambio de modelo o sistema implique para el trabajador un beneficio menor o, dicho de otra manera, una desprotección respecto de aquélla que tenía.

Por esa razón es que el Tribunal apoya su sentencia en el art. 42 y no en el 44 de la Constitución, aunque, por cierto, pudo abundar en argumentos y referencias a otras normas constitucionales para dotar de mayor solidez y calidad la motivación de la misma. Por ejemplo, bien podría haber invocado el art. 57 de la Constitución, que traduce las manifestaciones concretas de aplicación del principio protector, comprendiendo dentro de su formulación genérica la regla o criterio de la «condición más beneficiosa» en virtud de la cual cualquier modificación o cambio de la norma que concede un derecho o beneficio, ha de respetar esos derechos o beneficios ya adquiridos por el trabajador.

En tal sentido, el fundamento del Tribunal es acertado y, sobretudo, ajustado al espíritu y letra de la Constitución. No es que el Tribunal pretenda sustituir

al legislador asumiendo la función de determinar el contenido de la ley; pero, tampoco, se le podía exigir que emitiera un pronunciamiento ignorando que el D. Leg. 650 no sólo establecía un «modelo» para la compensación por tiempo de servicios, sino que suprimía el anteriormente existente, que estuvo vigente durante los 11 primeros años de vigencia de la Constitución, sin que nadie lo impugnara como contrario a ésta. Si tal régimen era compatible con la Constitución, desde el punto de vista jurídico, y era considerado más beneficioso para el trabajador, desde el punto de vista práctico, es coherente, si aquél que lo sustituye lo es menos, concluir que la legislación modificatoria trasgrede el principio protector, que es consustancial al Derecho del Trabajo.

En síntesis, el criterio del Tribunal, que compare, es que la ley tiene la potestad de variar el alcance y diseño del derecho, en cuanto la Constitución lo enuncia de modo general -por lo que requiere de desarrollo legislativo- pero, en todo caso, para mejorarlo o hacerlo más beneficioso, pero no para disminuirlo o recortarlo. Así, pues, en esta materia, la sentencia del Tribunal sienta la interpretación según la cual la legislación peyorativa en materia laboral es opuesta al principio protector y, por consiguiente, inconstitucional.

Ahora bien, sabemos que en la doctrina actual se debate intensamente la cuestión de la procedencia y conveniencia de la legislación *in peius*, existiendo una fuerte corriente a favor de admitirla. No es, por cierto, éste el espacio apropiado para ingresar a ese debate, pero, no obstante, cabe dejar constancia que tampoco éste puede darse en forma abstracta o genérica, esto es, al margen de la consideración relativa a la jerarquía normativa de las normas de trabajo. En tal sentido, no puede ponerse en el mismo plano, respecto a la posibilidad de legislar *in peius* sobre la materia los derechos fundamentales, previstos como tales por la Constitución, y aquéllos que no tienen ese carácter por tener como fuente la ley u otra norma de rango inferior.

Lo que, a nuestro criterio, ha dicho el Tribunal, desentrañando un poco su tesis, es que la legislación sobre los derechos laborales fundamentales ha de ser progresiva, más beneficiosa o más protectora, no admitiendo la de carácter regresivo, menos beneficiosa o menos protectora. No ha dicho, en cambio, -no tenía motivo para decirlo- que sea inconstitucional toda legislación peyorativa.

Consideramos que se trata de un criterio válido, de una motivación que obedece no sólo a la finalidad del Derecho del Trabajo, sino al reconocimiento que los principios e instituciones esenciales de éste tienen en nuestra Constitución.

2. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA.

Se ha sostenido la tesis de que la sentencia es inaplicable, ineficaz e intrascendente porque al haberse derogado la legislación previa al D. Leg. 650 no existe norma alguna que disponga que el pago de la compensación por tiempo de servicios deba hacerse al terminar la relación laboral, sobre la base de la última remuneración del trabajador.

El razonamiento es una verdad a medias, porque, en efecto, la declaración de inconstitucionalidad de una norma y su ulterior derogación no significan que las normas derogadas por ésta recobren vigencia, a tenor de lo dispuesto por el art. I del Título Preliminar del Código Civil. Pero, no es menos cierto, que esta hipótesis se puede dar y, más aún, será la regla general en los casos en que se declare la inconstitucionalidad de una norma, por lo cual la propia Constitución ha arbitrado un sistema, inteligente y viable, que permita la rápida y eficaz cobertura del eventual vacío legislativo que pudiera producirse.

En efecto, abandonemos, por un instante, el campo laboral y pensemos, por ejemplo, en la materia electoral: si una ley electoral que suprimiese la representación proporcional, prevista por el art. 65 de la Constitución, es declarada inconstitucional, y se considera que dicha sentencia carece de eficacia porque las leyes electorales derogadas por la inconstitucional no recobran su vigencia, ¿el efecto será que no habrán elecciones? Si se declara inconstitucional, por ejemplo, la Ley Orgánica de Municipalidades, que derogó la precedente, ¿dejarían de funcionar los Municipios, al carecer de marco jurídico?

Precisamente por ello, la Constitución, art. 301, previó que la sentencia de inconstitucionalidad no se aplique de inmediato, sino que se comunique al Congreso de la República para que éste, en un plazo de 45 días, derogue la norma inconstitucional. Si no lo hace, la publicación en el diario oficial de la sentencia del Tribunal producirá los mismos efectos que la derogación formal, omitida por el Poder Legislativo. Obviamente, la finalidad de este procedimiento es permitir que el Congreso, si a consecuencia de la sentencia de inconstitucionalidad, advierte un vacío legislativo, proceda a llenarlo, ya sea disponiendo que recobren su vigencia las normas derogadas por la inconstitucional o, según la naturaleza del caso, aprobando nuevas disposiciones que regulen la materia sin colisionar con la Constitución.

Con el mismo propósito, el propio Código Civil en el Artículo X de su Título Preliminar establece que, entre otras instituciones públicas, el Tribunal de Garantías Constitucionales está obligado «a dar cuenta al Congreso de la República de los vacíos o defectos de la legislación».

De este modo, no puede imputarse deficiencia o ineficacia al fallo del TGC por el hecho que su sentencia origine una laguna legal, pues su misión se contrae a examinar y declarar la conformidad o incompatibilidad de una norma legal respecto del texto constitucional, careciendo de la facultad de disponer la reanudación de la vigencia de las derogadas o modificadas por aquélla ni, menos aún, la de dictar normas sustitutorias, pues tales cometidos corresponden en for-

ma exclusiva al Congreso, que, por ello mismo, y con buen criterio, que debe acreditarse a la Constitución, interviene en la etapa de ejecución y cumplimiento de las sentencias del Tribunal, no sólo para asegurar que se respete la decisión de éste -lo que también podría lograrse por otros medios- sino, sobre todo, para que pueda afrontar y resolver las consecuencias que en el plano de la legislación acarrea la anulación de una norma jurídica.



La Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en el D. Leg. 650: Análisis de la Defensa

Aníbal Quiroga León^{*}

Abogado. Profesor Asociado de la PUC.

"No se puede concebir la grandeza del trabajador, sin admitir la existencia de una gran empresa".

I. ANTECEDENTES.-

Cuando en diciembre de 1991, a iniciativa del entonces Señor Primer Ministro, Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Trabajo y Promoción Social, el Ministerio de Justicia expidió la Resolución Suprema No. 197-91-JUS en que se designaba al autor de estas líneas, conjuntamente con el Sr. Dr. **PEDRO G. MORALES CORRALES**, reputado Abogado Laboralista y Profesor Universitario, como Procuradores Públicos Ad-Hoc encargados de hacer la obligatoria defensa del D. Leg. 650 -**Ley de Compensación por Tiempo de Servicios**- en representación del Poder Ejecutivo (Art. 31, Inc. 2 de la Ley 23385, LOTGC), ante el emplazamiento efectuado por 20 Senadores de la República en el **Tribunal de Garantías Constitucionales**, sabíamos que el encargo se encontraba fuera de los límites comunes de una mera defensa judicial y que nuestra actuación funcional sería tan importante como ardua.

En efecto, el marco jurídico y político en el que se presentaba este **juzgamiento constitucional** era ciertamente especial, de modo que el resultado o respuesta del TGC también podía preverse de la misma magnitud.

Sin embargo, y hay que decirlo sin ambages, convencidos estábamos -y aún lo estamos- de la plena constitucionalidad del D. Leg. 650, así como de su bondad legislativa, por lo que en ningún momento dudamos en poner nuestro mejor esfuerzo en el empeño ni perdimos las esperanzas de ser

ciertamente **oídos** por el TGC a fin de lograr una sentencia absolutoria para este dispositivo legal a despecho de quienes nos señalaban desde un primer momento la absoluta politización de la mayoría de los integrantes de nuestro **Tribunal Constitucional** que les hacían predecir con facilidad un fallo previsiblemente adverso.

Al final, vistos los resultados con objetividad, creemos haber tenido razón. El fallo final terminó siendo un real triunfo a nuestra defensa, pese a lo que se pudiera considerar, como trataremos de expresarlo más adelante. Lo que se quiere decir es que si no hubiese habido una férrea defensa de esta norma legal, si la tozudez del TGC hubiese sido mayor, el daño hubiese sido probablemente irreversible. Nuestro resultado, por el contrario, creemos, ha sido una sentencia que en el extremo en que pretende ser condenatorio al sistema de la CTS previsto en el D. Leg. 650 (la palabra y significado "**cancelatorio**") resulta jurídicamente intranscendente, sin real efecto positivo y fuera del contexto de la competencia del TGC.

En efecto, si hacemos un poco de memoria, recordaremos que en el primer semestre de 1990, mediante el Proyecto de Ley No. 1026/90-S, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso de la República, por intermedio del Senado, la aprobación de la correspondiente Ley autoritativa para legislar mediante decretos legislativos (Art. 188 de la Const.) en cuatro normas específicas las materias relacionadas con la organización y funciones del Poder Ejecutivo, la actividad empresarial del Estado, **el fomento del empleo y de la inversión privada** y la pacificación y defensa nacional.

Luego del trámite parlamentario correspondiente y con el Dictamen favorable de las Comisiones de

^{*} Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Procurador Público Adjunto Ad-Hoc en la defensa de la constitucionalidad del D. Leg. 650 ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Especialista en Derecho Judicial, Procesal y Procesal Constitucional.

Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento de ambas Cámaras legislativas, el Proyecto de Ley fue aprobado, yendo el Congreso Nacional más allá de lo petitionado, pues en la ley autoritativa de la materia, No. 25327, se aprobaron las delegaciones de facultades en tres de las cuatro materias solicitadas (pacificación nacional, **fomento del empleo** y crecimiento de la inversión privada) en tanto que en la cuarta (reforma de la Administración Pública y de la Actividad Empresarial del Estado) se determinó el análisis de los proyectos de leyes que sobre ello presentara en el plazo de 90 días el Poder Ejecutivo. Pero en cuanto a lo delegado, no se limitó el número de decretos legislativos, a diferencia de la solicitud original, y se estableció un plazo de 150 días para ello y la obligación de una **vacatio legis** de 30 días con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial.

Para saber si la materia del D. Leg. 650 se encontraba dentro del **supuesto de hecho normativo** de la delegación de facultades (que como se sabe, exige tres requisitos: i) ley expresa, ii) materia específica delegada y, iii) plazo); bástenos revisar el inciso c) del apartado 2. **FOMENTO DEL EMPLEO** del Art. 1 de la Ley autoritativa No. 25327, que a la letra dice:

"(...)

2. FOMENTO DEL EMPLEO

(...)

c) Consolidar normativamente los beneficios sociales actualmente existentes;

(...)"

Y la doctrina del Derecho Individual del Trabajo, que los Laboralistas conocen muy bien, determina de manera unánime que el principal beneficio social en la relación individual de trabajo es el derecho a la **Compensación por Tiempo de Servicios**, concepto al cual la Constitución sólo dedica una mención en el Tercer Parágrafo del Art. 44, al precisar que "**Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios**", sin hacer ningún otro desarrollo conceptual del mismo, dejando, como era obvio, su desarrollo posterior al legislador.

De esta manera, la Claúsula Constitucional sólo preveía la CTS como un derecho laboral constitucional, inderogable, pero cuya regulación quedaba - como en la mayoría de los casos de las normas constitucionales que constituyen **Principios Informadores o Normas de Aplicación Diferida**- al criterio del desarrollo del legislador ordinario. El límite del legislador estaba en la imposibilidad de dejar de legislar o considerar esta materia, o regularla de manera tal que

sea en la práctica ineficaz, pero en modo alguno, fuera de tal supuesto básico, la Constitución señalaba, regulaba o determinaba criterio adicional alguno para dicha regulación.

Dejaremos para el analista especializado el desarrollo histórico de la CTS en el Perú, desde su génesis en la década de los treinta como una de las conquistas de los trabajadores, en una época económica ciertamente distinta de las actuales, hasta nuestra actual realidad. El hito se cierra en principio en 1962 cuando el régimen de la CTS sufre su primera gran detracción al establecerse **topes indemnizatorios** en el cálculo de la CTS por su impacto económico en las empresas desde un punto absolutamente realista y pragmático, en los inicios de la crisis inflacionaria que llega hasta nuestros días. Hoy nadie discute el valor económico de las relaciones laborales y la característica de **costo** que en la microeconomía tiene el rubro de salarios y beneficios sociales. Negar esto, en aras de un criterio jurídico o de una invocación constitucional, es negar la esencia misma de las relaciones factuales y de poder que gobiernan una sociedad y que dan contenido, precisamente, a los postulados constitucionales como principios y valores de naturaleza histórico, social, económico y político que, a su vez, dan contenido a la vida de una Nación¹.

Quizás la idea expresada magistralmente por Mauro CAPPELLETTI² sea la que condense de mejor modo este significado cuando sostiene que:

"En la concepción más moderna, la norma constitucional no es otra cosa que un ensayo, tal vez imposible, y casi calificado de 'faústico', pero profundamente humano y digno de ser intentado, de transformar en derecho escrito lo que hasta ahora han sido supremos valores, la pretensión de 'encerrar' y 'definir' en una norma positiva, lo que por su propia naturaleza es inasible e indefinible: lo absoluto"

II. EL ROL DEL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES.-

El principal tema que debe ser apreciado, antes de ingresar al análisis de la decisión misma del TGC en el presente caso, es la determinación de cuál es el verdadero rol que la Constitución de 1979 le ha definido.

Históricamente se reconocen dos modelos básicos de control constitucional, que la doctrina denomina tanto como de **Justicia Constitucional** cuanto de

1. QUIROGA LEON, Aníbal. La interpretación Constitucional, en: DERECHO No. 39; Rev. de la Fac. de Der. de la PUC del Perú, Lima, 1985; pp. 323 y ss. Véase también El Modelo de la Constitución de 1979; en: La Constitución 10 Años Después; Const. & Soc. y Fund. Naumann. Lima, 1989, pp. 27 y ss.

2. CAPPELLETTI, Mauro. El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado; Cit. por FIX ZAMUDIO, Héctor. Veinticinco Años de evolución de la Justicia Constitucional (1940-1965); Inst. de Inv. Jcas; UNAM, México, 1968.

Jurisdicción Constitucional. Uno es el sistema de la **judicial review** o Sistema Americano de Control de la Constitucionalidad o Sistema Difuso o de Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes. Otro es el **Sistema Europeo de Justicia Constitucional** o Sistema Concentrado o Sistema Ad-Hoc de Control de la Constitucionalidad de las Leyes³.

Se ha definido por la doctrina peruana el modelo de la Constitución de 1979 como un **Sistema Mixto** o **Sistema Dual**, en la medida en que el Constituyente, casi sin percibirlo, consagró a la vez para el caso peruano ambos sistemas de justicia constitucional como puede ser apreciado de la simple interpretación literal de los Arts. 236 y 296 de la Carta Política, y el desarrollo legislativo y doctrinario que cada uno de estos conlleva.

En el caso del presente análisis, tan sólo haremos referencia al **Sistema Europeo de Justicia Constitucional** que es en el que se encuadra la labor de nuestro TGC.

En efecto, de origen europeo, la creación de los Tribunales Constitucionales debe su impronta al genio de Kelsen y a la concepción mayoritariamente europea de la supremacía del Parlamento por sobre toda otra institución del Estado y, ciertamente, por sobre la del Poder Judicial en cuyos cimientos reposa la base del sistema de la **judicial review** en los Estados Unidos a partir del **Leading Case Marbury vs. Madison**, en 1803 bajo la augusta presidencia de la Suprema Corte Federal del **Chief of Justice John Marshall** en que por primera vez, por desarrollo jurisprudencial, se determinara el principio de la supremacía normativa de la Constitución y la labor judicial en el **Control de la Constitucionalidad** que no venía dada en la Constitución de 1787, y que en los medios jurídicos y políticos europeos dieran en llamar la **dictadura de los jueces**.

A contrapelo de ello, Kelsen presenta para la Constitución Austríaca, luego a la Checoslovaca, la de Weimar, y así sucesivamente, la necesidad de la creación de un gran **Arbitro Constitucional**, ajeno por igual al Parlamento, al Ejecutivo y al Poder Judicial, y que parafraseando la expresión de Carl Schmidt sirviera de **Guardián de la Constitución -Hüter der Verfassung-**; es decir, el modelo de una Corte Constitucional o Tribunal Constitucional que pudiera servir de intérprete auténtico de la Constitución, zanjando disputas a ese respecto, controlar la constitucionalidad de las leyes y dirimir los conflictos de competencias entre las territorialidades, nacionalidades y comunidades regionales que conforman la realidad europea.

Es este el modelo que, retomado de la Constitución Española de 1931 de la Segunda República -donde se le denominaba, precisamente, Tribunal de Garantías Constitucionales- recoge la Constitución Española de 1978 bajo la denominación de **Tribunal Constitucional**, y que nos sirve de impronta en el adoptado por nuestra Constitución de 1979.

Así, la doctrina del Derecho Procesal Constitucional considera al **Tribunal Constitucional** como un **Parlamento Negativo**, pues sólo legisla para derogar. Es decir, una de sus principales facultades es la de **derogar** normas legales en el sistema jurídico -en ningún caso puede darlas- y desde esa óptica, el valor normativo de una decisión del **Tribunal Constitucional** es el de una norma legal del mismo rango y jerarquía que puede dejar sin efecto, bajo el principio jurídico recogido por el Art. I del Título Preliminar del Código Civil de que sólo por una ley se puede dejar sin efecto otra ley.

Al lado de ello, surge para la doctrina la primera y más importante de las atribuciones de un **Tribunal Constitucional**, cual es: **la de ser intérprete auténtico de la Constitución**, como estaba ideado desde un principio por Kelsen en la Constitución Austríaca, y hoy aparece uniformemente en la Carta Fundamental de Bonn, en la Constitución Italiana y en la Constitución Española. En el caso peruano, tal facultad primera y primordial no aparece explícita, sino implícita, desde que la formulación del Art. 296 de la Constitución señala que el TGC es el órgano de control de la Constitución, y desde que la tarea de determinación de la inconstitucionalidad de una ley pasa, necesaria e inevitablemente, por una previa interpretación constitucional para determinar los límites conceptuales de la misma y así poder determinar si existe o no inconstitucionalidad, en una tarea de hermenéutica constitucional que recibe la denominación de **subsunición**.

Nuevamente será Mauro CAPPELLETTI⁴ quien retrate magníficamente la esencia y finalidad del **Tribunal Constitucional**, cuando sostiene que:

"El genio del hombre ha descubierto el instrumento más perfeccionado de la relativización de los postulados constitucionales, haciéndolos flexibles a una interpretación autorizada que permita su permanente adecuación al sistema político y a la realidad histórica a través de la justicia constitucional. Por medio de esta institución se confía a jueces imparciales la humanización de lo absurdo, la concreción de lo abstracto, la correcta aplicación y realidad históricamente actual de los valores supremos, que serían fría y estáticamente irrealizables si se consideraran ence-

3. QUIROGA LEON, Aníbal. Una Aproximación a la Justicia Constitucional: El Modelo Peruano; en: Sobre la Jurisdicción Constitucional; AAVV; Fondo Ed. PUC. Lima, 1990; pp. 153 y ss.

4. CAPPELLETTI, Mauro. El Control Judicial ...; Op. Cit.

rados y cristalizados en las fórmulas normativas de la Constitución. (...) ... el sentido de la justicia constitucional es la vida, la realidad y el porvenir de la Cartas Constitucionales de nuestra época"

En el caso del modelo peruano, dos son básica y taxativamente las facultades competenciales que la Constitución le confiere: i) declarar a petición de parte, y nunca **ex-officio**, la inconstitucionalidad total y parcial de las leyes (Resoluciones Legislativas, Reglamentos Internos de las Cámaras, Leyes Orgánicas, Leyes y Decretos Legislativos), Leyes Regionales y Ordenanzas Municipales; y, ii) conocer en casación las resoluciones judiciales denegatorias recaídas en las acciones de amparo y habeas corpus, que constituyen garantías constitucionales de los derechos fundamentales de las personas, incluyéndose por imperio del Art. 3 de la Constitución a las personas jurídicas, en lo que la doctrina del Derecho Procesal Constitucional reconoce como la Jurisdicción Negativa de la Libertad.

Fuera de dichas dos expresas competencias, no le están confiadas al TGC ninguna otra actividad de control constitucional, aunque ahora resulta fácil entender que en ambas dos la facultad de ser el intérprete supremo de la Constitución está implícita, pues resulta antecedente y necesaria para la determinación de una inconstitucionalidad o de una violación constitucional. ¿Cómo podría declararse que una norma es inconstitucional si antes y previamente no hemos definido los límites constitucionales supuestamente rebazados por la norma cuestionada? ¿Cómo podríamos determinar que un acto o un hecho es violatorio de un derecho constitucional si antes no hemos definido los márgenes de dicho derecho, valor o principio constitucional a través de una adecuada hermenéutica constitucional?

El TGC en la Constitución peruana de 1979 es, pues, una institución de capital importancia que tiene por finalidad el control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos y hechos que resulten violatorios de los derechos fundamentales de las personas. Pero al lado del reconocimiento de tal importancia, por esa misma importancia y por la preservación de los valores que se manifiestan defender, es igualmente fundamental determinar los ámbitos de competencia que no corresponde al TGC para evitar la tergiversación de sus altas funciones dentro de nuestra Nación. Sólo respetando y haciendo respetar los límites competenciales que la Constitución le ha otorgado, se puede afianzar el sistema dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico Nacional. No puede admitirse como válido, pues, que este límite de competencias sea incumplido por exceso, es decir, cuando es notoriamente rebazado. Si el TGC se define como un órgano de control de la constitucionalidad de las

leyes, pudiendo retirar del sistema jurídico aquéllas que juzgue inconstitucionales, en ningún caso ello puede ser desnaturalizado al punto de convertirse en un **legislador positivo**, pues tal posibilidad le resulta manifiestamente vedada en la Carta Constitucional y el sistema de división de poderes que consagra.

III. LA CAUSA CONSTITUCIONAL Nº. 008-91-ITGC

A las 09:45 hrs. del 11 de noviembre de 1991, la Mesa de Partes de la sede institucional del Tribunal de Garantías Constitucionales en Arequipa recibió una demanda de inconstitucionalidad suscrita por veinte Senadores con la correspondiente certificación del Oficial Mayor del Senado de la República.

Estadísticamente era la décimo segunda acción de inconstitucionalidad interpuesta en los casi nueve años de vida del TGC. Obviamente un resultado muy pobre, pues el TGC había resuelto un promedio de 1.33 acciones de inconstitucionalidad por año.

Los Senadores suscriptores de la demanda (que no pueden reputarse jurídicamente como demandantes, pues ellos sólo tenían la **legitimatio ad-procesum**, en tanto que la **legitimatio ad-causam** corresponde al propio TGC)⁵ provenían de tres sectores políticos: mayoritariamente del APRA, luego de los diversos grupos de la Izquierda y un Independiente. Juntos habían rubricado una demanda franca y jurídicamente insostenible, y entre ellos había connotados actores de la política nacional, algunos sin saber a ciencia cierta lo que habían firmado ni el propósito que tenía, como lo pudimos comprobar después.

Cuatro eran básicamente las premisas de la demanda: i) que el D. Leg. 650 era inconstitucional por haber sido expedido sobre materia no delegada, esto es, fuera de los alcances del Art. 188 de la Constitución; ii) que el D. Leg. 650 era inconstitucional por cuanto modificaba disposiciones legales con rango de ley, de manera tal que al tener un rango constitucional inferior al de la ley, colisionaba con el principio de jerarquía jurídica; iii) que el D. Leg. 650 atentaba contra el principio constitucional que garantizaba la existencia del Banco de los Trabajadores; y, iv) que el D. Leg. 650 violaba disposiciones constitucionales al establecer que el monto depositado por la CTS tenía efecto cancelatorio.

Admitida la demanda el 18 de noviembre siguiente, es corrida en traslado tanto al Poder Ejecutivo como al propio Congreso de la República de conformidad con lo dispuesto en la LOTGC (Art. 31, Inc. 2), por tratarse de un Decreto Legislativo, a fin de que por intermedio de la Defensa Judicial del Estado realicen el obligatorio **Alegato de Defensa**. Por Reso-

5. El Tribunal de Garantías Constitucionales ante el Dilema: Ser o No Ser; en: *Thémis*, Revista de Derecho, Segunda Epoca, No. 5; Lima, 1986, pp. 40 y ss.

lución Suprema No. 197-91-JUS de 27 de noviembre el Poder Ejecutivo designó a los Procuradores Públicos Ad-Hoc, en calidad de Ad-Honorem, para tal efecto, atendiendo a la importancia del caso y la necesaria especialización que esta defensa requería, en tanto que el Congreso Nacional nunca realizó la defensa a que estaba obligado por mandato de la Ley. Juramentados los Procuradores ante la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima y con la copia certificada del acta correspondiente, se apersonaron al proceso por recurso de 9 de enero siguiente, señalando domicilio legal tanto en Lima como en Arequipa, dada la dualidad del funcionamiento de las sedes del TGC, y solicitando desde un primer momento el uso de la palabra a la vista de la causa. Posteriormente, y dentro del término legal de 30 días hábiles posteriores al oficiamiento de la admisión de la demanda, el 17 de enero siguiente proceden a hacer el correspondiente alegato de defensa en documento de 60 páginas, con un necesario análisis constitucional, laboral e índice, explicando al TGC las razones por las cuales los fundamentos de la demanda son carentes de veracidad en un caso, e inconsistentes en los otros.

En efecto, como ya se ha explicado en el punto I. **ANTECEDENTES**, si existieron expresas y explícitas facultades delegadas que otorgaban el marco jurídico necesario a la expedición del D. Leg. 650. Es decir, sí hubo específica materia delegada que facultaba la promulgación del D. Leg. 650, cuando en la Ley 25327 autoritativa de las facultades delegadas, en su Art. 1ero., numeral 2, Inc. c) expresamente se consignó la facultad de normar la consolidación de los beneficios sociales existentes a dicha fecha, en directa referencia al D.S. No. 015-91-TR dictado sobre la misma materia al amparo de las facultades extraordinarias que reconocía el Inc. 20 del Art. 211 de la Carta Constitucional antes de la promulgación de la Ley 25397 de Control Parlamentario de los Actos Normativos del Presidente de la República.

En segundo lugar, es realmente clamoroso que se sostenga -en defensa de la Constitución- que un Decreto Legislativo tiene un rango jurídico inferior al de la Ley, cuando es una ley en sentido material y formal. Ley apoderada, Ley delegada, pero ley en todo el sentido de la expresión, de conformidad con la simple lectura de la segunda parte del Art. 188 de la Constitución.

En tercer lugar, el argumento de ser atentatorio el D. Leg. 650 contra la creación del Banco de los Trabajadores a que se refiere el Art. 53 de la Carta Constitucional es tan absurdo como impertinente, que no merece mayores comentarios.

Y en cuarto lugar, el "**concepto cancelatorio**" que el D. Leg. 650 determina respecto de los efectos de los depósitos semestrales de la CTS, pertenece al ámbito exclusivo de la discrecionalidad del legislador.

Es decir, en sí mismo, el "**concepto cancelatorio**" no es ni constitucional ni inconstitucional, es una opción legislativa y sólo bajo esa premisa puede ser enjuiciado. Esto es, si constituye un acierto o un desacierto legislativo -donde esto último, **per se**, no puede determinar en ningún caso un concepto de inconstitucionalidad-.

En efecto, del análisis sistemático de la Carta Constitucional no encontraremos en parte alguna referencia específica al concepto cancelatorio que da fundamento a la demanda. En consecuencia, su análisis debe hacerse sobre la base del concepto laboral de **Compensación por Tiempo de Servicios** enunciado por la Constitución para determinar si su incorporación en un régimen legal de CTS termina vulnerando algún principio constitucional.

Así, una de las razones legales que determinaron la desnaturalización del concepto inicial de la compensación por tiempo de servicios en 1962, dando origen a los **Topes Indemnizatorios**, fue precisamente en el diferente efecto económico que las **cargas pasivas** generaban sobre las economías de las empresas, sus balances, su provisión por beneficios sociales que detraían un importante capital que por otro lado quedaba en la entera disposición del Empleador, haciendo que el mismo muchas veces fuera sólo una mera referencia contable sin contenido real, determinando que desde el punto de vista económico las mismas resultarían impagables so riesgo de hacer desaparecer la empresa misma y con ello la fuente de trabajo, tornando el beneficio social en un elemento francamente pernicioso para la propia relación de trabajo, y para el trabajador por cierto. Y es que había cobrado fuerza un elemento macroeconómico que en 1930 -en que se genera este beneficio social- no existía, que era el flagelo de la **inflación**. ¿Debe el legislador, el operador jurídico, el intérprete de la Constitución tomar en cuenta esto para su conclusión final? La respuesta aparece pronta y afirmativa.

Pero lo que resulta obvio, es que más allá, o más acá, de la bondad legislativa que en uno u otro caso se adopte; y más concretamente, del acierto o desacierto que implique la consideración errada del legislador, ello no necesariamente nos debe arrojar un juicio de inconstitucionalidad positivo.

La inconstitucionalidad de una norma es la última de las consideraciones que el intérprete constitucional debe tener en cuenta al momento de realizar su **operación de subsunción constitucional**. Las normas nacen y se presumen legítimas y constitucionales en un sistema jurídico positivo. No existe, pues, la **inconstitucionalidad a raíz**.

En esto la doctrina norteamericana de la **judicial review** ha desarrollado requisitos y características para determinar una inconstitucionalidad, siendo ello un ejercicio último, una sanción última, cuando revisa-

dos todos los criterios de interpretación la norma en cuestión no pueda ser razonablemente salvada para el sistema. Dale F. FURNISH, profesor norteamericano vinculado un tiempo a la enseñanza del derecho en el Perú, con relación al sistema de la **judicial review** y el rol de la Suprema Corte Federal en el control de la constitucionalidad de las leyes, relata una anécdota sumamente ilustrativa:

"Una anécdota sobre el punto, quizá lo ilustre más claramente: el jurista Cooley, notó de acuerdo con la limitación bajo discusión «la razonabilidad para salvar la constitucionalidad de la ley», que un miembro del Congreso puede luchar contra un proyecto de ley y por fin votar en contra a su promulgación si estima que la propuesta entra en conflicto con la Constitución. Como legislador, su mera opinión propia le basta para determinar su voto. Nombrado subsecuentemente a la Corte Suprema la misma persona, si la misma ley se presentara para una determinación de su constitucionalidad el ex-legislador podría encontrar su deber judicial el sostener la validez de la ley, aunque no haya cambiado de ninguna manera su opinión personal sobre el asunto. Es que, como juez de la Corte Suprema, tiene que preguntarse objetivamente '¿Puede haber tenido alguna razón para creer en su constitucionalidad la mayoría legislativa que votó en favor de la ley? Si la respuesta es positiva, el juez tiene que fallar en favor de la validez de la ley'"⁶.

Esto se expuso, obviamente en la defensa oral y escrita realizada ante el TGC en la causa referida a ventilar la constitucionalidad del D. Leg. 650. No sólo el más amplio alegato de defensa, las referencias doctrinarias y de Derecho Comparado, sino la abundante prueba instrumental que acreditaba el altísimo índice de aceptación del sistema de la CTS por parte de los trabajadores (70% aprox.), el monto detraído de las empresas como capital pasivo y aleatorio y trasladado al Sistema Bancario y Financiero en el tiempo de su vigencia (US \$200'000 aprox.), que no sirven para beneficiar a los banqueros, como la defensa de los Senadores sostuvo, sino en beneficio directo de la Comunidad Nacional en general que se hace económicamente sólida, y en particular de los trabajadores por los beneficios colaterales inmediatos que se han generado en su favor.

Dadas las actuales circunstancias, no está demás precisar que en la defensa oral llevada a cabo en la correspondiente audiencia pública en la ciudad de Arequipa, la defensa reiteró la innegable importancia

del sistema de la CTS en el D. Leg. 650, sino en el hecho de que cualquiera fuese su evaluación, la discusión -verdadera, honesta y sensata- estaba siempre por debajo de los valores constitucionales. Es decir, más allá de la opción política de cada quien o del distinto ángulo de análisis de la bondad legislativa del sistema, lo que en ningún caso aparecía tocado era alguno de los valores o principios constitucionales invocados o existentes en la Carta Constitucional de 1979. Se dijo y reiteró -y hay grabación videográfica de ello- que la decisión del TGC era capital e histórica y, en lamentablemente premonitory impetración, se dijo expresamente que de la sentencia del TGC dependía literalmente la vida constitucional de la Nación. ¡Y vaya si no terminó resultando así!"

IV. LA SENTENCIA DEL TGC.-

El TGC expidió sentencia en Lima, fechando la misma el 10 de marzo del año en curso, y dando cuenta que el fallo se había logrado en mayoría de 7/1 donde la mayoría -conformando la sentencia misma desde el punto de vista constitucional y jurídico- optaba por declarar **constitucional por la forma el D. Leg. 650**, y fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad, declarando **"inconstitucional únicamente la parte pertinente del Art. 2 que prescribe: 'el efecto cancelatorio del pago de la compensación por tiempo de servicio'"**. El voto discordante -nada menos que del ponente, su Vice-Presidente pretendía la declaración de inconstitucionalidad total del D. Leg. 650, por la forma y por el fondo. El fallo tiene una extensión de 8 páginas, correspondiendo propiamente cinco carillas a los fundamentos jurídicos, en tanto que el voto discordante (y no singular, como erróneamente se consignaba) tiene una extensión de veintisiete cuartillas. Debemos recordar que teniendo el TGC una composición de nueve miembros, al tiempo de conocer y resolver esta causa constitucional, sólo actuaba con ocho por encontrarse vacante y no cubierta una plaza correspondiente al Congreso Nacional.

En su fallo, la sentencia del TGC no es siquiera fiel con el texto legal del D. Leg. 650 en el artículo citado en la parte resolutive. En efecto, el texto del Art. 2 del D. Leg. 650, en su primer enunciado, señala específicamente que:

"... La compensación por tiempo de servicios se deposita semestralmente, con efecto cancelatorio, en la institución elegida por el trabajador..."

6. FURNISH, Dale. La Revisión Judicial de las Constitucionalidad de las Leyes en los Estados Unidos; en: Sobre la Jurisdicción Constitucional; Op. Cit. pp. 65 y ss.

7. En esto no hicimos otra cosa que recordar la experiencia y huella dejada por el Tribunal Constitucional español, y parafrasear al Prof. Eduardo GARCIA DE ENTERRIA 1 La Posibilidad Jurídica del Tribunal Constitucional; Rev. Española de Der. Constitucional, Vol 1, No. 1. CEC, Madrid, 1981; pp. 35 y ss., quien sostuvo que: "El tema del Tribunal Constitucional es posiblemente el tema central de nuestra Constitución; me atrevo a decir (...) que es aquél en que esa Constitución se juega, literalmente, sus posibilidades y su futuro. No obstante esta importancia, nuestro país va a entrar en el tema (...) como en tierra incógnita, porque carecemos de toda experiencia sobre el mismo, incluyendo la no muy brillante historia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la 2da, República.

El texto de su parte considerativa -en cuanto a la sentencia misma, no en el voto discordante- es muy pobre, falto de razonamiento y carente por completo de un mínimo análisis constitucional.

En efecto, si en la demanda se había argüido -como sólido fundamento jurídico- que el D. Leg. 650 era inconstitucional porque el Poder Ejecutivo había legislado con "**evidente picardía criolla**" (SIC), la sentencia no se quedaba atrás cuando sostenía que:

"... Sin embargo, teniendo en cuenta los otros aspectos y efectos positivos del nuevo régimen es razonable prever que el monto del reintegro a que hubiere lugar al cese en el trabajo no será una suma apocalíptica; ... (SIC)"

Pero la principal tarea del TGC no se hizo. Y esto es lo que nadie que defiende tal fallo ha mencionado con hidalguía. En ningún caso la sentencia del TGC hace referencia o desarrolla precepto constitucional alguno, ni hay desarrollo de interpretación de postulado constitucional ninguno. Lo que nunca se ha dicho es que en la sentencia del TGC en ninguno de sus extremos explica, expresa o razona por sobre cuál es el principio, postulado, valor o norma constitucional que el concepto "**cancelatorio**" terminaría vulnerando. Es decir, la noble y capital tarea de **subsunción constitucional**, en virtud de la cual el TGC, siguiendo el modelo del Tribunal Constitucional español, por ejemplo, debía desarrollar interpretativamente la constitución, en una interpretación auténtica de la misma, y luego poner a su trasluz la norma dubitada para determinar si se encontraba dentro o fuera de los límites constitucionales así interpretados, no se hizo. La sentencia, en sus escasas cinco páginas de fundamentación, se limita a desarrollar su particular interpretación legal de la bondad o deficiencia del régimen de la CTS creado por el D. Leg. 650, para concluir, en razonamiento francamente invertido, que al TGC **le parece, cree, considera razonable**, que el sistema es defectuoso en el punto y concepto cancelatorio; por lo que, siendo ello así, terminaría colisionando con la Constitución, no obstante que para ello haga una cita impertinente de la misma, sustentada en el Art. 42, tercer párrafo, de la Carta Constitucional, el mismo que se limita a enunciar lo siguiente:

"... El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato..."

El lector puede preguntarse con facilidad: ¿Qué tiene que ver este principio con el significado del efecto cancelatorio del D. Leg. 650? Es evidente, por lo menos para quienes hicimos esta defensa constitucional, que el TGC no sólo renunció a su principal tarea y función, de espaldas a los intereses de la Nación, en contravención con la Carta Constitucional, sino también obra en directo agravio de los propios

trabajadores manuales e intelectuales a los que dijo querer proteger.

El voto discordante excede de este análisis. Bástenos decir simplemente que es un fárrago de citas y de razonamientos tan alambicados como equívocos, para llegar a la generosa conclusión de que **todo el D. Leg. 650 resulta inconstitucional, por su forma y por su fondo**. Tampoco en este caso hay un análisis desarrollado de los preceptos constitucionales presuntamente violentados por el D. Leg. 650, limitándose a citar como afectados los Arts. 4, 42, 43, 44, 48, 49, 51, 53, 54, 57, 79, 101, 105 y 306 de la Constitución. Por supuesto, que no se toma la molestia de detallar en qué aspecto o bajo cual de sus conceptualizaciones. Y, finalmente, sabía perfectamente el Magistrado discordante que al opinar de dicho modo, por no tener la sentencia del TGC efecto retroactivo, el sistema legal vigente con anterioridad habría desaparecido por completo, no pudiendo darle la sentencia de TGC nueva vida, de conformidad con el principio contenido en el Art. I del Título Preliminar del Código Civil; por lo que ello y en caso de haber prosperado, sólo generaría un vacío legal mayúsculo y el mayor desconcierto y perjuicio para los trabajadores. Pero claro, quizás eso sólo era un aspecto menor, un riesgo calculado políticamente, con tal de sacar adelante la inconstitucionalidad. Este es otro aspecto sobre el que los defensores a rajatabla de la sentencia del TGC jamás se han pronunciado, limitándose al análisis interesado o la adjetivación superlativa.

Ha sido idea del TGC, y así razona su fallo en mayoría, que dicho efecto cancelatorio legislado en el D. Leg. 650 **"... constituye una relativa desprotección estatal; entonces, dicho 'efecto cancelatorio' es incompatible con la declaración tuitiva que contiene el 3er. párrafo del Art. 42 de la Constitución ..."** (SIC) Este es el único aspecto que el TGC ha terminado considerando como inconstitucional.

Se debe precisar que en su sentencia, el TGC no recoge ninguno de los argumentos de la demanda de los 20 Senadores, ni siquiera en lo concerniente al aspecto amparado del "**efecto cancelatorio**", sino que únicamente se pronuncia por sobre una "**relativa incompatibilidad**" de dicho significado cancelatorio, con lo que el TGC entiende resulta más beneficioso a los trabajadores. Por el contrario, el fallo del TGC sólo se pronunció y reprodujo los argumentos de la defensa de los Procuradores Públicos Ad-Hoc, que reconocen el rol de árbitro constitucional del TGC, su rol político y la capital importancia que su labor conlleva en una interpretación auténtica de la Constitución. El TGC se ha limitado a analizar la ley cuestionada para llegar a determinar de modo singular que, presumiblemente, puede constituir una relativa desprotección estatal, para concluir que ello colisiona con el 3er. párrafo del Art. 42 de la Constitución, el mismo que en ningún caso es analizado ni definido en modo alguno. De este modo, el fallo del TGC pretende ir contra toda la

corriente doctrinaria en la materia. Afecta a la vida nacional, al sistema jurídico-constitucional sin duda alguna, y a los trabajadores en particular.

Se ha pretendido retroceder en el sistema y el TGC le ha querido negar a los trabajadores el derecho a una relación de trabajo ciertamente moderna, ágil y económicamente más beneficiosa. Ha operado el criterio mezquino del partidismo, el facilismo y la conveniencia merecida antes que una real lealtad a los trabajadores del Perú. El daño era ciertamente mayúsculo, pero se agotó en sí mismo. Al no poder "legislar" el TGC por esta vía, su declaración de inconstitucionalidad se agotaba en sí misma, y por una elemental interpretación jurídica, el ordenamiento jurídico seguía siendo igual sin mayor alteración al no existir en el ordenamiento jurídico norma legal que

obligara al reajuste o recálculo, en contraposición al efecto cancelatorio. Ese quizás fue un cálculo no previsto para el TGC. Pero lo que sí resultaba obvio para la defensa, es que el efecto inmediato de generar incertidumbre en el sistema, de polarizar las condiciones de trabajo, de generar un debate político ciertamente estéril y poco auspicioso, fue logrado en demasía. Lo que jamás pudieron imaginar fue que su propio accionar fuera luego caldo de cultivo o pretexto para una involución constitucional total, como la que ahora vivimos. Frente a nuestra realidad actual el concepto "cancelatorio" suena lejano y minúsculo, casi imperceptible; en tanto que las estridentes invocaciones constitucionales del fallo del TGC ciertamente suenan a provocación

Lima, abril de 1992.

NOTARIO PUBLICO

J. ANTONIO DEL POZO V.

ABOGADO

Horario de Atención

Invierno: 9 am. – 1 pm.
2 pm. – 5.30 pm.
Verano : 8.30 am. – 12.30 pm.
1.30 pm. – 4.30 pm.

Las Begonias 656 Of. 29 "A" S. Isidro Telf: 422120, 408128, 420181 Fax 427232

La Compensación por Tiempo de Servicios y la Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales

Pedro G. Morales Corrales.
Abogado.

ANTECEDENTES

La compensación por tiempo de servicios surgió inicialmente con la Ley 4916 de 7 de Febrero de 1924 para limitar los despidos por decisión unilateral del empleador, pero antes de un año de su vigencia la Ley 5119 de 15 de Junio de 1925 amplió sus alcances configurándola como un medio que permite al trabajador hacer frente a la contingencia en todo caso de cese, aún cuando provenga de la voluntad del trabajador (renuncia); es decir, que lo ayude a subsistir en tanto encuentre otro trabajo, cumpliendo el rol de un seguro de desempleo; o como capital que le haga posible independizarse económicamente; o como complemento de la pensión jubilatoria; o, en caso de fallecimiento, como apoyo urgente al cónyuge y/o hijos supérstites.

Tratándose de trabajadores obreros, la Ley 8439 de 20 de Agosto de 1936 estableció el derecho a la compensación por tiempo de servicios equivalente a 15 días de salario por año de servicios. Posteriormente, la Ley 13842 de 11 de Enero de 1962 la elevó a 30 jornales por año. Lo cierto es que este beneficio para los obreros nunca estuvo sujeto a topes en su monto, tal vez porque los legisladores no imaginaron que algún día podrían percibir remuneraciones similares o incluso superiores a la de los empleados.

Con los empleados inicialmente sucedió lo mismo. Así, la Ley 6871 de 2 de Mayo de 1930, modificatoria de la Ley 4916, estableció que la compensación por tiempo de servicios fuera igual a medio sueldo por año de servicios o fracción mayor de 3 meses.

Posteriormente, las Leyes 8439, de 20 de Agosto de 1936, y 10239, de 10 de Setiembre de 1945 la incrementaron a un sueldo por año o fracción mayor de 3 meses. Este beneficio se amplió con la Ley 12015 de 2 de Diciembre de 1953 que incluyó en el concepto "sueldo básico", para el cálculo de la com-

pensación, a toda otra cantidad que por cualquier concepto pudiera percibir el trabajador al cese, de modo permanente y de su libre disposición.

El beneficio indudablemente creció, pero el legislador no previó la consecuencia del mismo, es decir, olvidó que como su pago había sido impuesto al empleador, la carga se hacía cada vez más onerosa en la medida en que el empleado acumulaba más tiempo de servicios.

La reacción para evitar contar con empleados antiguos fue recurrir al despido, incentivar las renunciar o a mantener sus remuneraciones prácticamente congeladas, ya que cada sol de incremento tenía incidencia en el monto de la compensación por su efecto multiplicador, retroactivo o retroalimentador. El beneficio comenzó entonces a perjudicar a su destinatario: el trabajador; no por culpa del empleador o de los trabajadores, sino por **el hecho real y objetivo que cada vez resultaba más difícil hacer frente al pago de una compensación sin límites**, que ponía en peligro la estabilidad de la empresa y con ella la de sus trabajadores.

Ante esta situación, se dictó el Decreto Supremo de 11 de Julio de 1962, que establecía para los empleados que ingresaban a prestar servicios con posterioridad a esa fecha, que su compensación, al cese, se encontraría limitada y equivaldría a un sueldo máximo asegurable vigente para el entonces Seguro Social del Empleado, por año o fracción de servicios mayor a 3 meses que en esa oportunidad ascendía a S/.7,000 (Soles antiguos).

Si bien con esta medida se atenúo el efecto negativo antes mencionado, el transcurso del tiempo y el proceso de inflación que comenzaba a cobrar fuerza, convirtió dicho tope en injusto para el trabajador y favorable para el empleador, haciéndose entonces nuevamente patente la imperfección del sistema.

Las soluciones posteriores fueron pendulares, beneficiando y perjudicando al empleador y trabajador, más al último que al primero.

Es de todos conocido que por Resolución No. 052-GG-67 de 2 de Noviembre de 1967 se incrementó a partir de Enero de 1968, el sueldo máximo asegurable a S/.12,000 (Soles antiguos), y posteriormente se incrementó a S/.18,000 (Soles antiguos).

Por Decreto Ley 21396 de 20 de Enero de 1976, el tope indemnizatorio aumentó a S/.30,000 (Soles antiguos) a partir de Enero de 1976; y por Decreto Ley 22658 de 27 de Agosto de 1979 se elevó a S/.60,000 (Soles antiguos) por cada año de servicios a partir de Octubre de 1979.

La Ley 23707 de 5 de Diciembre de 1983 modificó los topes indemnizatorios de tal modo que por el tiempo de servicios prestado por los empleados entre el 12-7-62 y el 30-9-79, les otorgaba derecho a una compensación no superior a un sueldo mínimo vital vigente a la fecha del cese, y por los servicios prestados a partir del 1-10-79, el tope llegaba hasta 10 sueldos mínimos vitales por año de servicio o fracción mayor de tres meses, igualmente vigentes al cese.

En la práctica ocurría que por efectos de la congelación del sueldo mínimo vital, la compensación por tiempo de servicios resultaba diminuta y absolutamente injusta para los empleados.

El perjuicio que sufría este sector de trabajadores empleados era pues evidente, resultando más injusto aún por discriminatorio, por cuanto el sistema de topes afectaba sólo a un sector de trabajadores empleados: los ingresados después del 11-7-62, ya que los que ingresaron antes, así como los obreros y los obreros que pasaron a condición de empleados, sea cual fuere su fecha de ingreso, no se encontraban sujetos a dichos topes.

Por Ley 25223 de 2 de Junio de 1990, se estableció que a partir del 1-1-90, la compensación por tiempo de servicios de este sector de empleados se calcularía sobre la base del último sueldo, sin topes; y en lo que se refería a los servicios prestados entre el 12-7-62 y el 30-9-79, la compensación no excedería de un (1) ingreso mínimo legal vigente a la fecha de cese, y por el periodo comprendido entre el 1-10-79 y el 31-12-89, este beneficio se calcularía sobre la última remuneración percibida con un tope máximo de hasta 10 ingresos mínimos legales vigentes a la fecha de cese.

Finalmente, el artículo 4to. de la citada ley establecía que el ingreso mínimo legal que sirve para el cálculo para la compensación por tiempo de servicios se indexaría a partir del 1-1-90 al Índice de Precios del Consumidor de la provincia de Lima, lo que

significaba que el ingreso mínimo legal que se tendría en cuenta sería el de Enero de 1990 que fue de I/.570,000 (0.57 Nuevos Soles), al que se agregaría el IPC acumulado calculado desde la indicada fecha hasta la del cese en el empleo.

EL REGIMEN ANTERIOR PROPICIO LA REDUCCION DE LA REMUNERACION COMPUTABLE.

Ya se ha mencionado que uno de los efectos negativos del régimen anterior consistió en la limitación de los aumentos de remuneraciones. También se ha visto que uno de los paliativos al efecto retroalimentador de los aumentos de remuneraciones consistió en los topes indemnizatorios. Sin embargo, todo ello resultó insuficiente.

Desde 1976 en que empezó la espiral inflacionaria, los gobiernos dictaron normas sobre incremento de remuneraciones, excluyendo parte o la totalidad del mismo, de la base de cálculo de la compensación por tiempo de servicios.

Con la política de estabilización económica aplicada en el país, la inflación producida en el mes de Agosto de 1990 que alcanzó la cifra de 397% y en tanto se resolvía global y técnicamente el problema que planteaba el entonces vigente régimen de compensación por tiempo de servicios, al Gobierno no le quedó más remedio que continuar con los mecanismos utilizados desde 1976. Así, dictó el D.S. 55-90-TR de 17 de Agosto de 1990, que autorizó a los empleadores a que todo aumento voluntario que pudieran otorgar hasta el 31-12-90 lo podían hacer bajo la modalidad de bonificación especial por costo de vida. Esta autorización se prorrogó hasta el 30-6-91, para las empresas privadas, y hasta el 31-12-92 para las empresas públicas (D.S. 080-90-TR de 28-12-90 y D.S. 028-91-TR de 26-1-91).

Para los trabajadores sujetos a negociación colectiva se estableció que los anticipos que voluntariamente pudieran otorgar los empleadores con cargo a futuros aumentos por negociación colectiva tampoco se incluirían como base de cálculo para la compensación por tiempo de servicios (D.S. 60-90-TR de 27-8-90), y por los DD.SS. 61-90-TR de 3 de Setiembre de 1990 y 80-90-TR de 28 de Diciembre de 1990, se facultó a que en las nuevas negociaciones colectivas a celebrarse y hasta el 30-6-91 los trabajadores y sus empleadores podían pactar el otorgamiento de bonificaciones transitorias, que durante la vigencia del convenio no eran computables para la compensación por tiempo de servicios; extendiéndose esta facultad a la Autoridad Administrativa de Trabajo cuando intervenía para resolver los pliegos de reclamos, a falta de acuerdo entre las partes.

Puede advertirse entonces de manera muy clara, que por privilegiar el incremento de las remuneraciones de los trabajadores, se les perjudicaba en sus

expectativas de obtener al cese, una adecuada compensación por tiempo de servicios, ya que diversos conceptos remuneratorios, que por su propia naturaleza debían ser considerados para el cálculo de este beneficio, por disposición legal se les excluía.

BENEFICIO DE CUMPLIMIENTO ALEATORIO

Además de las imperfecciones del régimen anterior, éste no garantizaba que al cese del trabajador, la empresa cumpliría con abonarle su beneficio dentro de las 48 horas que establece la ley; más aún en un proceso explosivamente inflacionario como el que sufrió el país desde 1976 hasta Diciembre de 1990, y el de recesión que actualmente afecta a las diversas actividades.

Cabe recordar, a modo de ejemplo patético, el drama que tuvieron que sufrir los ex trabajadores del Diario La Prensa, quienes pueden dar fe que las disposiciones vigentes en ese entonces sobre pago de compensación por tiempo de servicios carecieron de toda eficacia frente a una situación de iliquidez y aún de quiebra de su empresa.

Debe tenerse presente que la compensación por tiempo de servicios que no se abona dentro de las 48 horas de producido el cese comienza a perder sentido, es decir a desnaturalizarse porque va a dejar de cumplir con el objeto para el cual se creó.

EL NUEVO REGIMEN DE COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS.

El nuevo régimen de compensación por tiempo de servicios, vigente a partir de 1991, se basa en un sistema según el cual el empleador debe depositar, con carácter cancelatorio, **en el depositario elegido por el trabajador**, semestralmente el equivalente a media remuneración percibida en el semestre anterior. Así en el mes de Mayo de cada año debe depositarse seis dozavos de la remuneración computable percibida en el mes de Abril, y en el mes de Noviembre de cada año otros seis dozavos de la remuneración percibida en el mes de Octubre.

En esta forma, cuando el trabajador cesa, sea cual fuera la razón que lo origine, incluso la insolvencia del empleador, tiene garantizado el pago oportuno de su compensación por tiempo de servicios.

A ello debe agregarse que, por el hecho que la norma establece que es el trabajador quien libremente elige al depositario, ha traído como consecuencia que los depositarios oferten el otorgamiento de una serie de beneficios colaterales con el objeto de captar dichos depósitos.

Todos hemos podido leer en los periódicos, escuchar en la radio y ver en la televisión la profusa propaganda realizada ofertando acceso al crédito,

seguros de desempleo, de vida, de enfermedad, seguro escolar, intereses preferenciales, descuentos especiales en la adquisición de productos en tiendas afiliadas, etc.

Desde el punto de vista de la remuneración computable la ley estableció un periodo transitorio de un año para que las remuneraciones excluidas de la base de cálculo de este beneficio fueran incorporándose paulatinamente.

Así, las bonificaciones especiales por costo de vida otorgadas durante los meses de Junio de 1990 a Abril de 1991 se han incorporado a la remuneración básica en los respectivos meses de los años 1991 y 1992; y definitivamente lo estará el resto, en el mes de Junio de 1992 para las empresas privadas y en Diciembre del mismo año para las empresas de propiedad del Estado.

Otro tanto sucede con las bonificaciones transitorias, en el caso de los trabajadores sujetos a negociación colectiva, que han venido incorporándose al básico, al año de su otorgamiento.

Ambos tipos de remuneraciones no se otorgan más desde el mes de Julio de 1991 para las empresas privadas, lo que significa que a partir de la citada fecha todo aumento de remuneraciones resulta computable para la compensación por tiempo de servicios y, sucede lo mismo en las empresas del Estado a partir de Enero de 1992.

Asimismo la Remuneración Mínima Vital, que estaba compuesta por un Ingreso Mínimo Legal de S/.12.00 computable; una Bonificación por Movilidad de S/.8.00 no computable, y la Bonificación Suplementaria Adicional de S/.18.00, no computable, a partir del 1-1-92 se han transformado en un solo concepto: Remuneración Mínima Vital, **íntegramente computable**, en virtud de lo establecido por la Décimo Quinta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo 650. Actualmente dicha RMV se ha elevado a S/.72.00, íntegramente computable.

Las ventajas son pues evidentes: con el nuevo régimen de la compensación por tiempo de servicios la remuneración es real, efectiva y sin topes, y cuando concluya el periodo transitorio, para lo cual faltan apenas unos pocos meses, la remuneración computable será calculada en base al 100% de las percibidas por el trabajador.

Si a ello se agrega que los trabajadores en el Perú, por primera vez se han convertido en sujetos de créditos; son titulares de sus respectivas cuentas, en moneda nacional o extranjera, de acuerdo a lo que cada trabajador decida; que tienen acceso a beneficios colaterales que el nuevo régimen ha incentivado; y, la plena seguridad de cobrar al cese el importe de sus beneficios sociales sin riesgo alguno, resulta

evidente que el nuevo régimen es infinitamente más ventajoso para el trabajador.

EL FALLO DEL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Como se conoce el 11-11-91, veinte senadores de la República interpusieron ante el Tribunal de Garantías Constitucionales acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 650 -Ley de Compensación por Tiempo de Servicios-, pretendiendo la declaración de la inconstitucionalidad total de la norma, por la forma y por el fondo.

Los senadores fundamentaron su demanda en cuatro puntos. El primero, que el Poder Ejecutivo carecía de facultades para dictar el Decreto Legislativo 650; el segundo, que atenta contra derechos constitucionales adquiridos de los trabajadores, cuando el artículo 2o. del Decreto Legislativo 650 establece el efecto cancelatorio de los depósitos semestrales y porque deja sin efecto pactos colectivos que "son ley entre las partes". El tercer extremo consistía en que el Decreto Legislativo 650 "atentaba contra la concreción de la creación del Banco de los Trabajadores"; y finalmente el cuarto, que los Decretos Legislativos son normas de menor jerarquía que la Ley.

El Tribunal, mediante sentencia de 10-3-92, ha declarado la constitucionalidad por la forma del Decreto Legislativo, es decir que fue dictado en cumplimiento de la facultad delegada por el Congreso, según Ley 25327, que en su artículo 1ro., punto 2, literal c) autorizó al Ejecutivo a consolidar normativamente los beneficios sociales actualmente existentes", reconociendo el Tribunal que la compensación por tiempo de servicios "es uno de los beneficios sociales por excelencia".

En lo que respecta al fondo del asunto resulta interesante relevar que el Tribunal en el literal d.h) de los considerandos se han pronunciado en el sentido de que "para que un convenio colectivo sea ley entre las partes es necesario que, entre otros requisitos, no sea contra texto expreso de la Ley del Estado", quedando así definido un tema que era permanentemente utilizado por los sindicatos y políticamente para pretender enervar dispositivos gubernamentales.

En la demanda, por ejemplo, se mencionaba que con anterioridad al Decreto Legislativo 650 los sindicatos "por pacto" habían acordado el adelanto de hasta el 100% de la compensación por tiempo de servicios y que por ser "ley entre las partes" resultaba de obligatorio cumplimiento, desconociendo así que este beneficio es pagadero al cese porque cumple el objetivo de cubrir las necesidades o contingencias que origina el cese al trabajador y que ya la Ley 6871 había establecido en su artículo 11, que los derechos acordados eran irrenunciables "siendo nulo todo lo pactado en contrario". Debe entenderse, como con-

secuencia de la sentencia del Tribunal, que este tema ha quedado definido y que los pactos que disminuyen o trasgreden los derechos reconocidos por la legislación a los trabajadores son nulos, tal como expresamente lo establece el artículo 57 de la Constitución.

Del mismo modo resulta interesante, aunque era obvio, que el Tribunal en el literal d.i) de los considerandos establezca que el Decreto Legislativo 650 en forma alguna atenta contra la creación del Banco de los trabajadores, "ni menos se anticipa a prohibir al trabajador elegir ese banco si fuera creado. El Decreto Legislativo confiere al trabajador la posibilidad de elegir la entidad depositaria que sea solvente".

Si bien el Tribunal no hace mención expresa a que los decretos legislativos tienen el mismo rango que la ley, implícitamente al haber declarado infundada la demanda por la forma, ha rechazado el extremo de la demanda que sostenía lo contrario. El argumento es evidente; el artículo 211, inc. 10 de la Constitución establece que son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República "dictar Decretos Legislativos **con fuerza de ley**, previa delegación de facultades por parte del Congreso y con cargo de dar cuenta a éste" y eso es lo que hizo el Poder Ejecutivo.

Debe destacarse en cuanto al fondo, es decir el contenido del Decreto Legislativo, el Tribunal en el literal b) de su fallo declara en primer lugar la constitucionalidad de prácticamente todo el Decreto Legislativo. Únicamente declara la inconstitucionalidad del efecto cancelatorio contemplado en el artículo 2o. respecto de los depósitos semestrales. En otros términos, la declaración de inconstitucionalidad por el fondo sólo afecta a una parte de un solo artículo. Recuérdese que el Decreto Legislativo cuenta con 61 artículos, 18 Disposiciones Transitorias y 6 Finales, por lo que podría sostenerse válidamente que 60 artículos y medio, mas todas sus Disposiciones Transitorias y Finales han sido constitucionalizados por el Tribunal.

Se puede advertir entonces, que en orden de prelación, el Fallo declara la constitucionalidad del efecto cancelatorio de los depósitos de la compensación por tiempo de servicios acumulados al 31-12-90, que se regula la Sexta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo 650. Lo propio hace con los depósitos semestrales a cargo del empleador en virtud de los convenios individuales a que se refiere el artículo 36; y a los otros efectos cancelatorios contemplados en los artículos 3, 61, Décimo Primera, Décimo Segunda y Décimo Octava Disposiciones Transitorias. Todos ellos son constitucionales.

No puede argüirse que el artículo 40 de la Ley 23385 -Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales-, extiende la inconstitucionalidad a los efectos cancelatorios contemplados en normas distintas a la del artículo 2o. del Decreto Legislativo por

cuanto el propio Tribunal en su Fallo se ha encargado de precisar que la inconstitucionalidad está dada **únicamente en la parte pertinente del artículo segundo que prescribe el efecto cancelatorio de los depósitos semestrales.**

Además, el Fallo y la restricción o limitación de la declaración de inconstitucionalidad responde al extremo demandado que igualmente se limita a la supuesta inconstitucionalidad del efecto cancelatorio de los depósitos semestrales; y cuando el Tribunal comienza a desarrollar en la parte considerativa de la resolución las razones por las que estima inconstitucional dicho efecto cancelatorio, lo hace refiriéndose expresa y únicamente al empoce semestral. En efecto, literalmente inicia el desarrollo de su fundamento con los siguientes términos: "... e) **Si bien el empoce semestral del dinero,...**".

Finalmente, si al Tribunal le corresponde la función de intérprete auténtico de la Constitución y en base a dicha atribución ha resuelto limitar la inconstitucionalidad del efecto cancelatorio, sólo cuando se trata de los depósitos semestrales, debe entenderse que expresamente no quiso extender dicha inconstitucionalidad a los demás efectos cancelatorios previstos por el Decreto Legislativo. De ahí que utilizó el adverbio "únicamente".

En cuanto a las consecuencias que puede traer la declaración de inconstitucionalidad y consecuente derogatoria de la parte pertinente del artículo 2o. del Decreto Legislativo en la parte que otorga efecto cancelatorio a los depósitos semestrales, debe recordarse, en primer lugar que fue la antigua Ley 6871 la que en su artículo 20 estableció que la compensación por tiempo de servicios "se computará sobre el haber que disfruta el empleado en la fecha en que se pone término a sus servicios". Fue entonces esa norma la que instituyó el carácter retroalimentador del beneficio, que a futuro ocasionó los graves problemas antes mencionados.

Dicha ley, la 6871 y todas las posteriores que regularon la compensación por tiempo de servicios antes del Decreto Legislativo 650 fueron expresamente derogadas por la Quinta Disposición Final, que literalmente establece lo siguiente: "Deróganse las Leyes 6871, 8439, 10239, 11772, 12015... así como todas las disposiciones legales sobre compensación por tiempo de servicios,...".

La Disposición Final que derogó el régimen de calcular la compensación por tiempo de servicios con la última remuneración percibida por el trabajador al cese, ha sido declarada **constitucional** por el Tribunal, desde que, como se tiene dicho, sólo, es decir únicamente, dicho Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de una parte del artículo 2o.

Ahora bien, el Tribunal para declarar inconstitucional el efecto cancelatorio de los depósitos semestra-

les, se basa en que viola el tercer párrafo del artículo 42 de la Constitución, que establece que "el trabajo en sus diversas modalidades es objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato". No es difícil entender que se trata de una declaración de principios que de ninguna manera puede servir de sustento para semejante fallo, pues tal como lo reconoce el propio Tribunal en el literal b) de la parte considerativa "la Constitución no instituye ningún modelo o régimen para la aplicación de la compensación por tiempo de servicios, por eso, el desarrollo normativo de ese derecho es materia de la potestad legislativa,...". En efecto, la parte pertinente del artículo 44 de la Constitución se limita a reconocer que los trabajadores tienen derecho a la compensación por tiempo de servicios, por lo que corresponde a la legislación desarrollar el marco legal de este beneficio y dentro de él resulta perfectamente legal y constitucional que el legislador en base a un nuevo sistema otorgue efecto cancelatorio a los depósitos semestrales y un nuevo sistema, como es el establecido por el Decreto Legislativo 650, no puede ser analizado en base a uno de sus componentes, como lo hace el Tribunal, sino en forma global.

Además, no cabe explicación al argumento de la "relativa desprotección estatal" porque **hace treinta años** que para un sector importante de trabajadores empleados su compensación no se liquida con la última remuneración percibida al cese. Es el caso de los empleados ingresados con posterioridad al 11-7-62, que como se ha explicado estaban sujetos a topes indemnizatorios.

Igualmente, **hace dieciseis años** que a los trabajadores obreros o empleados, sin interesar la fecha de ingreso, tampoco se les liquidaba en base a la última remuneración, porque como se ha dicho, durante todo ese larguísimo tiempo, los gobiernos por alentar el aumento de remuneraciones, excluyeron de la base de cálculo diversos conceptos remunerativos, lo que a mediados de Marzo de 1991 significó casi el 80% de la remuneración total, lo que implicaba que el trabajador que cesaba requería prácticamente de cinco años de servicios para alcanzar una remuneración completa.

Sostener, como lo ha hecho el Tribunal contráfácticamente, que el efecto cancelatorio de los depósitos semestrales "constituye una relativa desprotección estatal" es un despropósito, porque dicho argumento es de un subjetivismo tal que bastaría que los magistrados del Tribunal a su solo criterio consideren que algo supone dicha relativa desprotección, para inconstitucionalizar cualquier dispositivo legal que dicte el Congreso o el Ejecutivo en base a facultades delegadas.

El otro argumento utilizado es absolutamente anti-jurídico, cuando basa su fallo en que, según el Tribu-

nal, "es razonable prever que el monto del reintegro a que hubiere lugar al cese en el trabajo no será una suma **apocalíptica**". Esto significaría que si el Tribunal la hubiera considerado "apocalíptica" entonces hubiera declarado la constitucionalidad del efecto cancelatorio de los depósitos semestrales.

EFFECTO DE LA DEROGACION DEL PODER CANCELATORIO DE LOS DEPOSITOS SEMESTRALES

Ahora bien, que se derogue el efecto cancelatorio de los depósitos semestrales, en la práctica no tiene trascendencia, porque cuando el trabajador cese, el depositario le entregará su compensación e intereses acumulados y en ese acto el pago tendrá efecto cancelatorio, **sin necesidad de ningún recálculo con la última remuneración, porque no existe ninguna disposición en el Decreto Legislativo 650 que establezca que al cese del trabajador el empleador esté obligado a calcular la compensación con la última remuneración y reintegrar la diferencia que podría existir respecto de los montos depositados semestralmente.** Para ello se requeriría de una ley y ella no existe, lo que hace de aplicación el artículo 20., inc. 20, literal a) de la Constitución, según el cual "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda".

Ningún juez podrá invocar los considerandos del fallo del Tribunal para obligar a un empleador al recálculo, porque dicho Tribunal no es normativo.

El Tribunal de Garantías Constitucionales, en materia constitucional, actúa como "parlamento negativo", es decir, que si encuentra alguna inconstitucionalidad, deroga la norma viciada, **pero jamás puede legislar, sustituyéndola.**

Tan cierto es lo dicho que el propio Tribunal, al referirse al cálculo de la compensación con la última remuneración percibida, expresa: "...que el efecto cancelatorio de dicho pago (art. 2) impedirá que el trabajador pida una liquidación final sobre la base de la última remuneración y de acuerdo al lapso que trabajó. **derecho que le reconocía el régimen SUSTITUIDO (ANTERIOR).**"

Adviértase que el propio Tribunal reconoce que dicho régimen "anterior" fue "sustituído" por el Decreto Legislativo 650. **En otros términos, no existe; fue derogado constitucionalmente, porque así lo ha declarado el propio Tribunal al no cuestionar la Quinta Disposición Final del Decreto Legislativo.**

En consecuencia si algún juez pretendiera basar sus fallos en la parte considerativa de la resolución del Tribunal, estaría incurriendo en prevaricato, porque estaría aplicando **una ley derogada.** El art. 418 del Código Penal establece que "el juez... que a sabiendas, ...se apoya en leyes supuestas **o derogadas,** será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años."

De otra parte, no compartimos el criterio de quienes sostienen que se habría generado un vacío legal y que los jueces ante una demanda concreta de que se recalculase la compensación en base a la última remuneración percibida al cese, estaría en la obligación de llenar ese vacío y disponer el recálculo en la forma solicitada. Si ésta afirmación fuera válida, implicaría reconocer que el Tribunal de Garantías Constitucionales tiene la facultad de legislar, de desarrollar el contenido del artículo 44 de la Constitución que sólo se limita a reconocer el derecho de los trabajadores a la compensación por tiempo de servicios, lo cual es inaceptable constitucionalmente.

Además, como se tiene dicho, hace varios lustros que no se liquidaba la compensación por tiempo de servicios en base a la última remuneración, lo cual evidencia el desconocimiento del Tribunal sobre tal hecho o que el Tribunal decidió por sí y ante sí que el Congreso tiene que legislar en tal sentido, lo cual en el primer caso implicaría un desconocimiento inaceptable y en el segundo una interferencia, igualmente inaceptable, en la autonomía del Poder Legislativo.

En el supuesto negado que existiera tal vacío, el numeral 6 del artículo 233 de la Constitución establece que "en tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente los que inspiran el derecho peruano"; texto que ha sido recogido por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

En cuanto a los principios generales del derecho, como son la libertad, la igualdad, la justicia y otros similares, no percibimos en que forma pueden servir de base para integrar el supuesto vacío y ordenar el recálculo final y abono de reintegros. En cuanto a los principios generales de naturaleza técnica como el de no contradicción del legislador, el juez tendría precisamente que resolver en el sentido inverso al deseado por el Tribunal, desde que diversas disposiciones del Decreto Legislativo 650 han dispuesto el efecto cancelatorio de depósitos y pagos, los mismos que han sido declarados constitucionales por el Tribunal.

Y si nos referimos a los principios propios del Derecho del Trabajo, como el protector (in dubio pro operario, norma más favorable y condición más beneficiosa); de la irrenunciabilidad de derechos; de la primacía de la realidad; de la razonabilidad, y de la buena fe, igualmente llegamos a la conclusión que ninguno de ellos podría llevar al juez a sentenciar ordenando el recálculo de la compensación por tiempo de servicios en base a la última remuneración y ordenando el pago de los reintegros correspondientes, porque tales principios se refieren a temas ajenos.

Sólo desarrollaremos, brevemente, los alcances de los principios in dubio pro operario y el de irrenunciabilidad de derechos, por que equivocadamente han

sido tratados por el Tribunal de Garantías Constitucionales en la sentencia bajo análisis.

PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO

El artículo 57 de la Constitución, en su segundo párrafo establece:

"En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido **de cualquier disposición en materia de trabajo**, se está a lo que es más favorable al trabajador".

El Principio In Dubio Pro Operario como el texto expreso constitucional lo indica, se aplica en **la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de una disposición en materia de trabajo**. Es decir que se aplicaría en caso de duda en la interpretación del Decreto Legislativo 650, **no para aplicar disposiciones derogadas**.

Américo Plá en su obra "Principios del Derecho del Trabajo" (Ediciones de Palma, Buenos Aires, 2da. Edición) señala las condiciones para su aplicación, que son dos:

"a) Sólo cuando exista una duda sobre el alcance de la norma legal; y"

"b) siempre que no esté en pugna con la voluntad del legislador."

Américo Plá sigue diciendo **"que sólo cabe aplicar la cuando realmente una norma pueda ser interpretada de diversas maneras, es decir cuando hay una verdadera duda. NO SE TRATA DE CORREGIR LA NORMA NI DE INTEGRARLA: sólo cabe utilizar esta regla cuando existe una norma y únicamente para determinar el verdadero sentido dentro de varios posibles."**

En consecuencia el principio de In Dubio Pro Operario, no puede aplicarse para pretender la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 650. Su uso sólo cabría si es que alguna de las normas del Decreto Legislativo 650 realmente fuera pasible de varias interpretaciones que originaría una verdadera duda en el juzgador respecto de su aplicación, que no es el caso.

Respecto de la segunda condición, citando a Deveali señala que:

"Deveali advierte que más que la interpretación literal debe preferirse aquella que parte de la voluntad del legislador, o sea la ratio legis o el espíritu de la ley. **Ello obliga a tener en cuenta muchas veces que la ley ha intentado no sólo contemplar los intereses de los trabajadores sino armonizar los intereses obrero-patronales con los de la colectividad; que prescinde a veces de la consideración de la situación personal para tener en cuenta la finalidad social...**"

"En todos estos casos -agrega el intérprete-, al investigar la ratio legis debe tener en cuenta que el legislador, al mismo tiempo que se ha propuesto otorgar un beneficio, se ha preocupado de evitar que la nueva norma ocasione ciertos inconvenientes. Solamente en esta forma -concluye- se interpreta fielmente la voluntad del legislador y se evita el peligro de que una norma deje de producir los efectos que se proponen, u ocasione perjuicios que el legislador quiso prevenir." (págs. 44 a 45)

Conforme a lo expresado por Américo Plá y Deveali, el Gobierno al **desarrollar** el derecho constitucional sobre la compensación por tiempo de servicios, optó de manera conciente y sin ninguna duda por el efecto cancelatorio de los depósitos de la compensación por tiempo de servicios, resolviendo así, los graves inconvenientes que ocasionaba el régimen anterior, y que han quedado solucionados satisfactoriamente para las tres partes con el nuevo sistema, de tal manera que conforme dice Deveali el juzgador tiene que tomar en cuenta, que, como ha ocurrido en este caso, "muchas veces la ley ha intentado no sólo contemplar los intereses de los trabajadores sino armonizar los intereses obrero-patronales con los de la colectividad." (p. 44)

PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

La primera parte del artículo 57 de la Constitución establece:

"Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo"

La renuncia es un acto jurídico unilateral. Por tanto se trata estrictamente de casos en los cuales el trabajador **INDIVIDUALMENTE SE PRIVA VOLUNTARIAMENTE DE UN DERECHO. DE NINGUNA MANERA SE REFIERE ESTE PRINCIPIO NI PUEDE SER APLICABLE A DISPOSICIONES LEGALES QUE MODIFICAN REGIMENES PREEXISTENTES.**

"La renuncia -según De La Villa- es un negocio jurídico unilateral que determina el abandono irrevocable de un derecho dentro de los límites establecidos por el ordenamiento. En virtud de ella, el trabajador se priva voluntariamente de una o más ventajas concedidas en su beneficio por la normativa."

"Se trata de un acto prohibido precisamente por el principio de irrenunciabilidad que es uno de los que tiene recepción expresa en nuestra Constitución" (Neves Mujica, Javier "Fuentes y Principios Laborales en la Constitución", en, Trabajo y Constitución, Editorial Cuzco, Lima 1989)

El fundamento de este principio se encuentra en la necesidad de proteger al trabajador frente a sus propios actos de disposición de los beneficios establecidos por la normatividad laboral.

La mayoría de normas de derecho laboral son de orden público, y es por esta razón que no pueden ser objeto de renuncia por acto individual de los trabajadores e inclusive por un pacto. De esta manera se explica el enunciado constitucional **que impide los pactos** en contra de los derechos reconocidos a los trabajadores.

Es obvio que este principio no está relacionado ni directa ni indirectamente con lo que establezca una normatividad legal como el Decreto Legislativo 650, que precisamente es una ley que reconoce derechos a los trabajadores.

El principio de irrenunciabilidad sería de aplicación en el supuesto que un trabajador, ya sea individual o mediante un convenio colectivo, pretenda renunciar a los derechos consagrados por la nueva ley de compensación por tiempo de servicios, pero en ningún caso puede invocarse este principio para aplicar disposiciones derogadas.

Como la norma constitucional expresamente lo establece, se trata de **la prohibición de la renuncia a los derechos reconocidos a los trabajadores** y por lo tanto se trata de actos de disposición efectuados por los propios trabajadores, y no por una norma legal como es el Decreto Legislativo 650, por lo que no es posible invocar este principio para declararla inconstitucional.

CONCLUSIONES

En conclusión, el Decreto Legislativo 650 permanece incólume, de plena y total vigencia y la declaración parcial de inconstitucionalidad carece de toda eficacia.

Sin embargo, lo que sí se tiene que reconocer es que la sentencia del Tribunal ha originado inseguridad jurídica y lo que es más grave, puede crear desconfianza en las relaciones entre empleadores y trabajadores, porque cuando éstos últimos soliciten el pago de su compensación calculada en base a su última remuneración y su consecuente reintegro, los empleadores podrán negarse sosteniendo que no existe ley que los obligue a ello; lo que a su vez generará el inicio de procedimientos judiciales de sentencias de pronóstico reservado.

Es por lo último expuesto que se hace necesario que se dicte una Ley que restablezca la seguridad jurídica, y que, respetando el sistema equilibrado que ha instituido el Decreto Legislativo 650, determine que los depósitos semestrales constituyen pagos a cuenta del monto total depositado más sus intereses, que existan a la fecha de cese del trabajador, con cuya entrega se entenderá pagada o cancelada, que es lo mismo, dicha obligación laboral.

Abril de 1992

Apuntes sobre Derecho Ambiental

Alberto Rebaza Torres¹

Bachiller en Derecho de la PUC.

El Derecho Ambiental ha cobrado preponderancia en el quehacer intelectual de nuestro medio debido, probablemente, a la promulgación del Código de Medio Ambiente. Sin embargo, el tema ambiental no es nuevo ni tampoco exclusivo del estudio jurídico. Muy por el contrario, desde hace muchos años disciplinas tan diferentes como la ingeniería, la medicina, la economía, etc. han venido realizando diversas aproximaciones al tema ecológico.

El objeto del presente trabajo consiste en esbozar cuáles son los principales mecanismos que puede utilizar el Derecho para llevar a cabo una eficiente política de protección al medio ambiente, sin que por ello se vaya a poner en peligro el desarrollo de la actividad económica.

Según el Dr. Fernando de Trazegnies² existen dos tipos de medidas para luchar contra la contaminación: Las medidas administrativas y las acciones provenientes de la responsabilidad extracontractual. Ambas no son necesariamente excluyentes.

Antes de comenzar, sin embargo, debemos señalar que las medidas mencionadas anteriormente -así como las que propondremos más adelante- tienen por objetivo conseguir que los agentes contaminantes asuman los costos que implica contaminar, los mismos que venían siendo trasladados al resto de la sociedad. En efecto, los costos de la contaminación son absorbidos, por ejemplo, por el padre que paga la curación de su hijo que sufre alguna enfermedad respiratoria producida por la contaminación de una fábrica, o por el campesino que pierde su cosecha como consecuencia de la eliminación de desperdicios de una fábrica vecina.

Al obligar a las empresas a incorporar los costos de la contaminación, se crean las condiciones para que ellas intenten reducirlos, lo que se traduce, obviamente, en menor contaminación.

La interrogante principal es decidir cuál de todas las posibilidades de control ambiental es la más eficiente. Y a ello apunta el presente trabajo.

LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

a) Las medidas administrativas consisten en licencias, autorizaciones previas, reglamentos de seguridad industrial, multas, sanciones, clausura de establecimientos, etc.

Un ejemplo de las medidas administrativas es nuestro novísimo Código de Medio Ambiente, en donde pueden encontrarse disposiciones tales como: presentación de Estudios de Impacto Ambiental -es decir el análisis de cómo la actividad de la empresa afectará el medio ambiente- de manera previa al ejercicio de la actividad económica; obtención de licencias para la utilización del alcantarillado; prohibición a la instalación de pequeñas empresas industriales en asentamientos humanos; y otras similares.

Lo positivo de las medidas administrativas es que tienden a prevenir la producción del daño mediante la prohibición de determinadas actividades. Lo negativo es su rigidez, la misma que se traduce en la dificultad de la administración para anticiparse a todas las formas de contaminación, en la resistencia para aceptar nuevas formas de prevenir la contaminación y en la dificultad para fiscalizar eficientemente el cumplimiento de las normas dictadas.

1. El autor es asistente de docencia en la PUC e investigador del ILD. No obstante, su opinión no compromete a ninguna de dichas instituciones.

2. Conferencia sobre Estrategias para una Defensa del Medio Ambiente por los particulares, publicada en 1988 por la Fundación Peruana para la Conservación de la Naturaleza.

Adicionalmente, las medidas administrativas crean costos artificiales a la sociedad pues imponen nuevas licencias o requisitos administrativos sin discriminar en muchos casos entre quienes, realmente, deben o no ser sujetos pasivos de tales obligaciones. De otro lado, al centralizar la potestad normativa y coercitiva en la propia administración se facilita, por un lado, la intervención de los grupos industriales de poder y se complica, por el otro, la fiscalización de la acción contaminante del propio Estado.

El fracaso de tales normas en los Estados Unidos ha sido evidente. El ambientalista Randal O'Toole da un claro ejemplo de ello. Mientras en 1980, O'Toole denunciaba al mercado y a las grandes empresas por «permitir que la contaminación se desborde sin control», exigiendo del Estado nuevas leyes, agencias federales de control, planificación «racional» etc.; actualmente, O'Toole propone otorgar a los agentes económicos los incentivos que permitan lograr un manejo apropiado de los recursos³.

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

b) La acción de responsabilidad extracontractual es «el derecho de todo aquél que sea víctima de un daño para exigir al causante que le pague los perjuicios que ha sufrido». Su ejecución no requiere de norma adicional porque el Código Civil lo contempla de manera general.

La diferencia con las medidas administrativas estriba en que éstas tienden a que el Estado controle todas las actividades propiciando rigidez en la normatividad vigente y defectuosa fiscalización -basta con pensar en toda la información que el Estado tendría que procesar para saber quién contamina, dónde, en qué nivel y luego para revertir tal situación y sancionarlo, si es el caso-.

La responsabilidad extracontractual, en cambio, es flexible pues tiene una sola regla fundamental: **quien daña al contaminar debe pagar**. Asimismo, tiene miles de agentes fiscalizadores, todos y cada uno de los ciudadanos- y no concentra la decisión final respecto al hecho contaminante en la administración.

Sin embargo, la responsabilidad extracontractual, como bien apunta Trazegnies, tiene varias dificultades, entre ellas: la determinación del principio de responsabilidad aplicable, la acción de paralización de la actividad dañina, y, la determinación de la relación de causalidad entre la contaminación y el daño producido.

Adicionalmente, la responsabilidad extracontractual contiene un defecto de orden práctico, y es que las

acciones derivadas de ella se ventilan en el poder judicial, lo que las condena a largos, impredecibles y onerosos procedimientos. De hecho, los procedimientos judiciales tal y como se llevan en el Perú son el mejor aliciente para que los causantes de daños no efectúen transacciones o acuerdos extrajudiciales.

LA ASIGNACION DE DERECHOS PATRIMONIALES.

Consideramos que existe un tercer tipo de mecanismos que pueden contribuir en la lucha contra la contaminación ambiental: la asignación de nuevos derechos patrimoniales.

Esta propuesta puede ser entendida mediante el siguiente hecho: Una mina utiliza un río para verter sus residuos (en buena medida la mina puede hacerlo porque el río al ser de todos no es de nadie y por lo tanto se ha entendido que no tiene que pagar por su utilización). Ante dicha situación, el Estado suele impedir que se viertan los desechos o vigilar que no se exceda ciertos niveles de contaminación.

Ahora bien, imaginemos que el Estado actúe de manera similar con cada mina y, en general, con cada una de las actividades contaminantes. Ciertamente, cumplir dicha misión de manera eficiente es muy difícil, sino imposible⁴.

Pero otra posibilidad consiste en asignar derechos patrimoniales al poblador o pobladores vecinos al río con respecto al río mismo, de tal suerte que puedan negociar su utilización por parte de la mina. En dicho caso, se podrá impedir que la mina realice contaminaciones excesivas o no tolerables y, además, se le cobrará por la contaminación considerada como tolerable por el pueblo. Incluso, se pueden establecer niveles de contaminación de modo tal que a mayor nivel mayor pago, teniendo un límite máximo.

Dentro de esta línea de pensamiento se han venido realizando considerables aportes en los Estados Unidos. Jo Ann Kwong en su libro «Market Environmentalism» describe los principales problemas que enfrentan las políticas de prevención de la contaminación y propone nuevas estrategias jurídicas.

La autora sostiene que al crearse derechos patrimoniales allí donde no existen, los individuos y las empresas podrán negociar con respecto a ellos. Como consecuencia de dicha negociación, la empresa podrá comprar el derecho a contaminar en cierto grado. En ese sentido, el Estado deberá actuar fundamentalmente para definir dichos derechos y protegerlos, como hace con el resto.

3. Randal O' Toole, "Learning the Lessons of the 1980s", Forest Watch, 6.

4. El caso de los Estados Unidos es un excelente ejemplo, pues las Clear Water Act, Clear Air Act, etc. han sido incapaces de proteger de manera adecuada el medio ambiente.

La ventaja de este mecanismo radica en que deja en las manos de particulares la decisión de qué cosa es tolerable y qué no, a diferencia de las medidas administrativas, en las que es un burócrata quien desde su escritorio lo decide. Por otro lado, se tiende a alcanzar el objetivo de la prevención, tan utilizado por los ecologistas, a diferencia de la responsabilidad extracontractual que actúa invariablemente luego de producido el daño.

Lo mismo se puede hacer con el aire. En efecto, el Estado podría vender -después de establecer la contaminación máxima permisible- certificados que permitan contaminar a las empresas, los mismos que a su vez serían transferibles. De esta manera si la fábrica «X» S.A. contamina con 25 toneladas de elementos químicos al año, comprará un certificado que le permita contaminar con 25 toneladas al año. Ello permitiría los siguientes resultados:

- 1) Las empresas tendrían los suficientes incentivos para disminuir la contaminación que realizan. En efecto, si la fábrica «X» reduce su contaminación a 20 tendrá un plus de 5 que no utilizará y que por lo tanto podría venderlo en el mercado. De esta manera se compatibiliza el interés de la empresa con el de la sociedad.
- 2) Grupos interesados en proteger el medio ambiente podrían comprar esos certificados y no utilizarlos. Así, se coadyuvaría en el mejoramiento del ambiente.
- 3) Se formarían entidades especializadas en reducción de la contaminación de las empresas -debido al interés de estas últimas de reducir sus costos-, lo que estaría favorecido en la medida que no se establece cómo las empresas deben dejar de contaminar. En efecto, esta flexibilidad permitiría que las empresas desarrollen sus propios sistemas de reducción de contaminación, haciendo mucho más dinámico el mercado.

El profesor Wallace Oates de la Universidad de Maryland⁵, ha diseñado un sistema de Certificados de Reducción de Emisiones que permitiría que la contaminación sea un costo más en el mercado y que los certificados que la autoricen sean un elemento más dentro de las transacciones que libremente se realizan en el mercado.

El sustento de todas estas propuestas radica en que el mercado es el que mejor asigna los recursos y que sus mecanismos no son incompatibles con los objetivos de control ambiental. Adicionalmente, como señalan Anderson y Leal, los derechos patrimoniales son los que mejor pueden compatibilizar el interés privado con el social.

En efecto, el mercado y el derecho de propiedad han venido siendo considerados como incapaces para proteger el medio ambiente, y por ello, se ha venido postulando que el Estado debe intervenir en la actividad económica.

Sin embargo, dos elementos han permitido refutar dichas afirmaciones. El primero es que los países socialistas han sido quienes -a pesar del absoluto control por parte del Estado- han soportado los mayores niveles de contaminación, poniendo en grave peligro a su población.

El segundo es que mediante el análisis económico se ha permitido calcular que los costos de una protección controlista al medio ambiente son considerablemente mayores a los que provienen de un autocontrol basado en los mecanismos que el mercado ofrece.

Como podemos ver, existen diferentes mecanismos que pueden coadyuvar en la protección de nuestro medio ambiente. Todos ellos parten de la misma preocupación. Sin embargo, nuestra preferencia es por los dos últimos en la medida que no establecen trabas y obstáculos artificiales a la actividad privada. Muchos de los problemas causados por la contaminación no son producto de fallas del mercado sino porque justamente el juego del mercado no se pone en funcionamiento.

Al funcionar el mercado, gracias a la creación de nuevos derechos patrimoniales, las empresas asumirán el costo de prevenir la contaminación y lo trasladarán al precio de su producto, como se hace con el resto de costos. Sin embargo, debido a la competencia, las empresas innovarán en sus procesos de producción de manera tal que puedan maximizar sus ganancias.

Como hemos visto, todas las posibilidades apuntan a lo mismo, el único análisis válido, por tanto, es cuál de ellas es la más eficiente.

5. Wallace Oates, «El mercado como agente de la descontaminación ambiental», en Estudios Públicos Nº 34, 1989.



UNA FORMA DE MEDIR UN BANCO ES POR SU DESARROLLO.

El Latino es uno de los bancos de mayor desarrollo en el país. En apenas diez años logró consolidarse como uno de los primeros del sistema (4 to. lugar al 31.12.91), y es hoy líder en banca electrónica y en servicios (desde el desarrollo de nuevos productos, contar con todas sus oficinas interconectadas, hasta atender más horas al público).

Venga al Latino, el banco que por su desarrollo
está a su medida.



Banco Latino

Donde usted exige.

Administración de Justicia y Mecanismos alternativos de Resolución de Conflictos:

Apuntes para una Reflexión

Violeta Bermúdez Valdivia.

Abogada. Coordinadora del Área Legal del Movimiento Manuela Ramos.

Nuestra Constitución vigente establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo. Esta se ejerce por Juzgados y Tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario (art. 232). De esta manera se precisa formalmente, cuáles son los órganos responsables de la administración de justicia en el Perú.

La realidad, sin embargo, nos demuestra que estos órganos formales vienen siendo cuestionados, cada vez con más fuerza, por una creciente opinión pública que percibe al Sistema de Administración de Justicia como una administración desacreditada, burocrática, ajena e insensible a los problemas y necesidades cotidianas de los seres humanos, integrado por autoridades "exentas" de responsabilidad y de todo tipo de control público o social efectivos.

Por otro lado, la evidencia que vastos sectores de nuestra población no tienen ninguna posibilidad de acceso a las instancias formales de resolución de conflictos, que incluso desconocen sus propios derechos y la forma de exigir su respeto; refuerza la concepción que nuestro sistema judicial está en crisis y que la "realización" de la justicia resulta un sueño para la mayoría de los peruanos.

Esta situación crítica del sistema, unida a la necesidad de contar con espacios eficaces de resolución de conflictos, ha ido generando el desarrollo de una serie de experiencias, tanto a nivel urbano como a nivel rural, tendientes a encontrar salidas que el sistema "oficial" no ofrece.

Precisamente, el presente trabajo pretende hacer un sucinto balance de la Administración de Justicia oficial e identificar algunos mecanismos alternativos de resolución de conflictos que vienen desarrollándose y sobre todo, siendo validados por las localidades y/o sectores en los que se desarrollan. Asimismo,

intentaremos ubicar estas experiencias dentro de nuestra legislación, de tal manera que podamos evaluar sus posibilidades de desarrollo dentro del marco de nuestra normatividad actual.

I. ESTADO Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

El proceso de desarrollo de los Estados ha conducido a una paulatina concentración de un conjunto de funciones esenciales dentro de las sociedades por parte de éstos. Una de ellas es el haber asumido el rol de "controlador social", en la medida que regula el desenvolvimiento de las relaciones entre los distintos sujetos sociales. En este contexto, el Estado aparece como un ente "neutral", es decir se ubica por encima de los diferentes intereses individuales o grupales en conflicto. Una de sus funciones consiste, precisamente, en resolverlos para garantizar el normal desenvolvimiento de la vida en sociedad, logrando mantener y preservar el orden social.

Esta función de resolución de conflictos por parte del Estado es lo que constituye la Administración de Justicia. Esta se expresa en la potestad del Estado de resolver los conflictos y de juzgar y sancionar conductas, de conformidad con las normas legales establecidas. De esta manera, la Administración de Justicia así como, las funciones y organización del Estado en general, están legalmente reguladas.

1. La Administración de Justicia en las Cartas Constitucionales.

Si hacemos un recorrido a través de todos nuestros textos constitucionales, incluyendo el Estatuto Provisional de 1821, el Reglamento Provisional de 1822 y el texto de las Bases de la Constitución Política de la República Peruana de 1822 hasta la Constitución vigente; podemos afirmar que en todos ellos se expresa claramente que es el Estado a través del Poder Judicial -Poder Judiciario o Poder Jurídico¹-

1. Tanto en el Estatuto Provisional del 08-12-1821 como en el Reglamento Provisional del 15-10-1822 y la Constitución Política de 1823 se hablaba de Poder Judiciario. En las Bases de la Constitución Política de la República Peruana del 17-12-1822 se hablaba más bien de Poder Jurídico.

quien ejerce el monopolio y la exclusividad de la función resolutoria de los conflictos en nuestro país. Esta disposición contenida en todos nuestros textos constitucionales y otros cuerpos normativos², es la que ha presidido el ordenamiento judicial en el Perú Republicano.

Este monopolio y exclusividad tiene como consecuencia que los conflictos no pueden ser resueltos fuera de los aparatos estatales; dicho de otro modo: todo conflicto que se resuelva fuera del aparato estatal no sólo carecerá de validez estatal sino, sobre todo, no podrá recurrir al monopolio de los medios de coacción estatal para poder implementar la decisión.

Sin embargo, nuestro derecho positivo no sólo se ha limitado a establecer el monopolio de la Administración de Justicia por el Estado. Se determina además, cuáles son los órganos de la función jurisdiccional y un conjunto de garantías y procedimientos para regular este poder exclusivo. Contamos pues, con un inventario de órganos facultados para el ejercicio de la función jurisdiccional y con un marco general de normas procesales que establecen garantías como la existencia de diferentes instancias, la publicidad de los juicios, la motivación de las sentencias, la prohibición de revivir procesos fenecidos, etc³.

2. Administración de Justicia: Legalidad vs. Realidad.

Corresponde ahora evaluar si el contenido normativo de nuestras disposiciones constitucionales se ha aplicado o se aplica tal como está formulado, o si por el contrario estas disposiciones han tenido poca o ninguna concreción en la realidad.

Podemos señalar que resulta difícil absolver nuestra interrogante de manera categórica, en la medida que la realidad nos demuestra que las disposiciones constitucionales aludidas anteriormente son aplicadas en forma relativa. Efectivamente, la realidad de la Administración de Justicia en el Perú nos presenta órganos e instancias extra-judiciales, estatales⁴ o no, que en la práctica ejercen funciones jurisdiccionales. La población y muchas veces, las propias autoridades formales buscan otras instancias y otros procedimientos para resolver los conflictos que se les formulan.

Evidentemente, esta actitud contradice de manera radical el principio constitucional de la exclusividad y

monopolio de la función jurisdiccional por parte del Estado.

Resulta fundamental, entonces, analizar las razones de esta suerte de "deslegitimación" del sistema formal de administración de justicia.

II. CRISIS DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA FORMAL.

La crisis de la Administración de Justicia es una expresión de la crisis estructural por la que atraviesa nuestro Estado Peruano. Es la expresión de "la incapacidad del Estado para poner las cosas en orden y encausar la vida del país dentro de un legítimo marco conceptual que satisfaga las nuevas aspiraciones nacionales"⁵. Podemos afirmar que nuestro Estado, a lo largo de su vida Republicana, no ha sido capaz de propiciar una integración y desarrollo nacionales. Para el ciudadano común, tanto el Estado como sus instituciones resultan inalcanzables y su posibilidad de acceso probablemente sólo será a través de autoridades de nivel subordinado.

Esta situación se evidencia claramente en lo que respecta al Sistema de Administración de Justicia donde las cifras muestran que para el grueso de los peruanos existe una "justicia a la mano", de segunda clase que sí le es accesible: la Justicia de Paz no Letrada, prevista en la formalidad pero que no se mueve dentro de ella pues trasciende sus límites⁶. Por otro lado, los conflictos vistos con mayor frecuencia por el Poder Judicial son aquéllos que implican sólo a sectores de ingresos medios y bajos: obligaciones alimentarias, pago de soles, desahucio por falta de pago y dentro de los procesos penales, aquéllos contra el patrimonio⁷. En una investigación realizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la P.U.C., de un total de 2,015 procesos examinados en 14 distritos Judiciales el 43.5% correspondía a causas por pensión alimenticia, 15.9% por cobro ejecutivo y 11.4% por desahucio⁸. Todos estos procesos tienen que ver con problemas sociales de fondo como la crisis económica, la escasez de vivienda, etc. En ese sentido, el Poder Judicial se presentaría como un espacio de confrontación de problemas sociales planteados por sujetos individuales. A nuestro entender, esto explicaría en cierta medida el hecho que el Poder Judicial no esté en capacidad de satisfacer muchas de las demandas que se le formulan, en razón que su solución trasciende a su capacidad resolutoria de conflictos entre particulares.

2. Ley Orgánica del Poder Judicial, arts. 1o., 25o.

3. Art. 233. y 237o. de la Constitución Política del Perú, 1979.

4. Vg. Las Comisarias constituyen, de hecho, para muchas poblaciones un "poder judicial".

5. MATOS MAR, José. "Desborde Popular y Crisis del Estado". IEP, Lima, p. 18. CONCYTEC, 7ma. Edición. 1988.

6. PASARA, Luis. "Perú: administración de justicia?", en La Administración de Justicia en América Latina. Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Lima, 1984. p.220.

7. Pásara, L. ob.cit. p.206

8. REALIDAD Y REFORMA JUDICIAL EN EL PERU. Informe final. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1978. Anexo Cuadro No. 2. s/p.

1. Imagen de la Administración de Justicia.

Dado que el tipo de conflictos más frecuentes tiene que ver con aquellos sujetos de los sectores menos favorecidos de la sociedad, veamos cuáles son los problemas más graves que han de afrontar al ingresar a la maquinaria judicial y cuál es la percepción que éstos, y en general la población peruana, tienen de ella.

La primera reacción de la población peruana ante la Administración de Justicia es la desconfianza. En general es percibida como "atentatoria a los intereses de los litigantes, o mejor dicho, contra el objeto mismo del litigio"⁹. Razones para ello sobran, son frecuentes las denuncias de "errores judiciales". El peruano sospecha que "el mero contacto con el aparato judicial importa un riesgo"¹⁰.

Por otro lado, existe una sensación de estar a merced de la voluntad de los funcionarios para que el procedimiento tenga, dentro de los márgenes temporales razonables, al menos, la posibilidad de ser tomado en consideración. En una investigación realizada por DESCO y en la que se entrevistó a 160 litigantes, la mayoría destacó "la gran distancia que existe entre lo que las leyes dicen defender y el modo como dichas leyes son interpretadas y aplicadas en las relaciones concretas"¹¹.

Vemos pues, que la administración de justicia en nuestro medio está prácticamente desacreditada por una manifiesta pérdida de confianza en el sistema. La percepción mayoritaria manifiesta tener una imagen negativa del Poder Judicial y evalúa a la administración de justicia como deplorable.

2. Problemas de la Administración de Justicia.

Si intentamos sintetizar sus problemas específicos podemos señalar que éstos son, fundamentalmente, la lentitud en la resolución de los conflictos, la mercantilización de la justicia, la corrupción, la dificultad de acceso y la discriminación.

En cuanto a la lentitud o demora en la administración de justicia, ésta ha destruido los criterios de temporalidad usuales: la duración de un juicio resulta hoy incierta. Se atribuye a la congestión la causa de esta "lentitud". La congestión es producto a su vez de la inadecuación entre el número de causas que ingresan y la real capacidad operativa del Poder Judicial. Asimismo, muchos de los procedimientos y normas bajo las cuales se tramitan los procesos no facilitan

su celeridad, por el contrario frecuentemente nos encontramos con disposiciones que obstaculizan el desarrollo regular de los procesos.

En este tópico también tienen su cuota de responsabilidad los litigantes y, más que ellos, sus abogados, quienes en muchos casos utilizan el "ardid de la demora" para conseguir las pretensiones de sus patrocinados.

La frase "la justicia tiene precio" resulta una realidad palpable en nuestro país debido a la imposición de pagos a las partes. Algunos de estos pagos tienen carácter legal y otros carácter ilícito (corrupción y coimas a los operadores del sistema judicial).

Luis Pásara considera tres elementos componentes del "precio de la justicia"¹²:

1. Los gastos directos que debe realizar quien comparece ante un juzgado.

2. Los gastos indirectos necesarios para trasladarse hasta el juzgado.

3. Los costos de oportunidad, constituídos a partir de la larga duración de los procesos, que da lugar a la reposición de derechos cuando su sola suspensión ha ocasionado ya perjuicios irreparables.

Definitivamente, quien no puede abonar los pagos directos (aranceles judiciales), no logra siquiera acceder al aparato judicial. Mas aún, quien no puede contratar los servicios de un abogado no contará con el intermediario -"traductor oficial"- que lo representará ante el Poder Judicial (dado el ritual de que éste se sirve, resulta casi imposible acercarse a él sin valerse de un abogado). Pudiera parecer que estos pagos sólo operan en las causas civiles donde además debe abonarse al Secretario por los trámites que realiza -a pesar que percibe una remuneración del Estado-, e incluso al Juzgado por ciertas diligencias; sin embargo, también en los procesos penales hay que efectuar desembolsos bajo el riesgo que el expediente se paralice o extravíe. Así, "quienes administran justicia aparecen como vendedores de justicia, al servicio de la capacidad de compra de las partes de un procedimiento judicial; y no como funcionarios neutrales al servicio de la justicia"¹³.

Ligado a este problema se encuentra el de la corrupción de parte de los operadores de justicia. Es usual que los litigantes y sus abogados consideren a la "coima" y la "corrupción" como los medios idóneos para garantizarse una administración de justicia rápida y eficiente. Esto trae como consecuencia obvia, la pérdida de legitimidad del Poder Judicial.

9. DESCO. "Percepción del Aparato Judicial". Lima, 1978. p.50.

10. Pásara, L. ob.cit. p.199.

11. DESCO. Ob. cit.p.86.

12. Pásara, L. ob. cit. p. 202.

13. CHIRINOS, Luis. "Notas sobre la Administración de Justicia y la Resolución de conflictos fuera del Aparato Estatal". Documento inédito. Lima, 1989. p. 16.

Esta mercantilización de la justicia tiene por resultado el establecimiento de un acceso diferenciado según los recursos económicos de las partes que resulta atentatorio del principio de igualdad. Ello coloca a la gran mayoría de la población en difícil situación si pretende iniciar o, peor aún, culminar, un proceso en el Poder Judicial.

De esta manera, "la justicia en el Perú no es un servicio al que se tiene derecho sino un bien escaso que se debe adquirir"¹⁴.

Pero el problema de "acceso" tiene que ver también con aspectos de tipo cultural, social e, incluso, lingüístico. Las formalidades del proceso judicial y el lenguaje utilizado convierten a la justicia en "inaccesible" para la mayoría ciudadana.

En este contexto es indudable que los sectores marginados de nuestra sociedad tienen escasas, o mejor aún no tienen, posibilidades de acceso a este sistema. Su carencia de recursos, asimismo, hace poco probable la contratación de un abogado que le sirva de "intermediario-traductor" en el complejo mundo judicial. Todo ello, definitivamente, constituye un conjunto de factores de distanciamiento de los sectores más desfavorecidos de nuestro país con respecto al Poder Judicial.

Con ello, el principio de igualdad ante la ley consagrado por nuestra Constitución vigente queda totalmente desvirtuado pues, de hecho, las posibilidades de acceso a la administración de justicia resultan discriminatorias en nuestro país.

Al plantearse todas estas dificultades en el ámbito formal de la Administración de Justicia, los conflictos buscan ser resueltos por otros mecanismos que garanticen una mayor eficacia y signifiquen un costo menor.

Los espacios alternativos de resolución de conflictos encuentran aquí una importante justificación. La letra de un huayno de la Comunidad Campesina de Hualgayoc ilustra mejor este hecho:

"Con las rondas campesinas la justicia que esperabas. Se acabaron los regalos y la plata que gastabas. Autoridades de luto se están vistiendo, ya no les alcanza el sueldo para pasar el día durmiendo"¹⁵.

III. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Hemos visto hasta aquí que la primera reacción de los ciudadanos frente a sus necesidades de resolución de conflictos y la inoperancia del sistema judicial, ha sido una paulatina pérdida de confianza en el mismo. Sin embargo, como este hecho no logra atender sus requerimientos reales, una segunda reacción ha sido el trasladar su necesidad de resolución de conflictos a otros espacios, distintos al Poder Judicial. De esta manera, los presupuestos constitucionales que establecen la "exclusividad" del ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado cuentan con una vigencia relativa en un país como el nuestro, donde finalmente la realidad social se confronta cotidianamente con el sistema normativo y lo trasciende.

Sin embargo, es importante precisar que si bien un significativo sector de la ciudadanía opta por trasladar la resolución de sus conflictos a ámbitos "extra-legales", las alternativas que se presentan y se construyen son heterogéneas. Ello dependerá de una serie de factores que tienen que ver con aspectos relacionados con lo económico, lo cultural, etc.

En las siguientes líneas nos centraremos en el estudio de dos "modelos" alternativos que se dirigen a la resolución de conflictos que se producen en ámbitos territoriales que albergan a pobladores de escasos recursos: comunidades campesinas y comunidades urbano-marginales.

En el segundo rubro del presente estudio concluimos señalando que, en la mayoría de casos, las instancias formales de administración de justicia no han podido responder a las necesidades reales de la población peruana, lo que ha dado origen al surgimiento de instituciones paralelas a las oficiales creadas por iniciativa popular y cuyo objeto principal es fundamentalmente atender a sus necesidades de resolución de conflictos.

Estas iniciativas se caracterizan por estar legitimadas en las comunidades donde tienen vigencia, por ofrecer a sus usuarios procedimientos claros, directos, de resolución rápida de los conflictos y contar con un órgano de decisión que los resuelve.

La Comisión Mixta de Tierras en Villa el Salvador y las Rondas Campesinas en Cajamarca son dos experiencias nacionales vigentes que responden a estas características.

1. La Comisión Mixta de Tierras en Villa El Salvador.

Hace exactamente 20 años decenas de familias se asentaron en los arenales del cono Sur de Lima,

14. Pásara, L. ob. cit. p. 206.

15. Citado por ORIN STARN en "Noches de Ronda". Reportaje publicado en la Revista QUEHACER No.69 DESCO. Lima, enero-febrero 1991. p.84.

constituyendo posteriormente el Distrito de Villa El Salvador, hoy "Ciudad Mensajera de la Paz" con una población de más de 300,000 habitantes. Desde sus inicios esta población ha desarrollado un sentimiento de primacía de "lo colectivo" sobre "lo individual", así el sostén fundamental para su desarrollo ha sido la sólida organización vecinal que tiene su instancia máxima en la CUAVES (Comunidad Urbana Autogestionaria de Villa El Salvador). Habiendo sido pensado la CUAVES como un órgano de autogobierno, en el Proyecto original no estaba previsto el Municipio como Gobierno Local. Sin embargo, al crearse en 1983 el Distrito y su respectivo Concejo Distrital, ambos firmaron un Acta de Compromiso donde el primero reconoció la representatividad del segundo y lo legitimó. Para garantizar el respeto de los acuerdos de la CUAVES en el Concejo Municipal se crearon las Comisiones Mixtas, que constituyen instancias de gobierno que reúnen a funcionarios de la Municipalidad y a representantes de la Comunidad elegidos en Asamblea para coordinar acciones en distintas áreas. Entre ellas, la Comisión Mixta de Tierras es la más importante. Sus funciones tienen que ver con la asignación de lotes y los conflictos que puedan suscitarse en torno a los mismos.

En tales casos, la Comisión Mixta de Tierras "actúa como un tribunal, evalúa los casos, por ejemplo, en el que dos pobladores se disputan un mismo lote y falla en favor de uno de ellos".¹⁶

Según investigaciones realizadas, estas Comisiones constituyen un espacio de resolución rápida de los conflictos entre los pobladores y tienen entre ellos un grado avanzado de legitimidad. Las resoluciones que allí se emiten son, generalmente, respetadas por todos. "En muy pocos casos, si alguien está realmente empecinado recurre al sistema formal. Todos saben que esta vía es extremadamente engorrosa y muchas veces tendrán que coimear a alguien para obtener un resultado favorable".¹⁷

Vemos pues que el reconocimiento de la Comisión Mixta de Tierras en Villa El Salvador por parte de la población del Distrito, la ha legitimado como una instancia con potestad de administrar justicia en el ámbito del desarrollo urbano. A pesar de ello, como se ha indicado, aunque son pocos los casos en que alguna de las partes ha recurrido al Poder Judicial, lo cierto es que sus posibilidades ejecutivas dependerán fundamentalmente de la aceptación de sus decisiones por las partes en conflicto ya que sus resoluciones no constituyen "cosa juzgada".

2. Las Rondas Campesinas en Cajamarca.

Se ha debatido mucho acerca del origen de las Rondas Campesinas, algunos estudiosos sostienen que surgieron en la sierra durante el siglo pasado; sin embargo para efectos del presente trabajo nos interesa destacar la reiniciación de Las Rondas -principalmente en Cajamarca-, como consecuencia de los sucesivos robos y el incremento del abigeato en las zonas rurales durante las décadas recientes. Efectivamente su objetivo inicial de autodefensa se va ampliando con la experiencia hasta lo que los propios comuneros han denominado "Justicia Campesina". Precisamente en el Tercer Congreso Rondero organizado por la Federación Departamental de Rondas Campesinas de Cajamarca realizado en Cutervo en Octubre de 1990, definen a la Justicia Campesina como:

*"(...) , el entendimiento y práctica consecuente de la democracia directa de masas. Es válida para solucionar problemas internos del movimiento rondero como también para garantizar la autonomía y la autodefensa frente a los robos y abusos de los ladrones chicos y grandes. Es una necesidad de las masas campesinas frente a un Poder Judicial profundamente corrupto, marginatorio, incapaz y puesto de espaldas a los derechos y aspiraciones de las mayorías populares"*¹⁸.

Analizando esta definición, podemos afirmar que para los ronderos, la Justicia Campesina constituye una alternativa a la "Justicia Oficial" que "en vez de ordenar desordena, en vez de resolver, posterga y hace más complicados los juicios y litigios".

El descontento frente a la justicia oficial constituyó un factor clave para que las rondas del norte dieran un salto crucial de la vigilancia nocturna a la solución de conflictos. Al respecto, el investigador Orin Starn afirma:

"La ronda proporcionó una alternativa eficiente. En vez de procedimientos judiciales caros e interminables, los campesinos podían presentar su caso

16. En reportaje: "La otra cara de la justicia". Revista JUSTICIA año 1-No.2, junio 1990. p.28. Asociación Civil Justicia-Lima.

17. Ibid p. 48.

18. Documento del "Tercer Congreso Rondero", Cajamarca 1990. pp. 4 y 5.

para que sea debatido por la comunidad. No se cobran honorarios y el conocimiento íntimo que tenían los ronderos de los asuntos locales les daba una gran ventaja en la toma de decisiones efectivas, respecto a los magistrados urbanos"¹⁹.

En la práctica, la función de administración de justicia de la ronda consiste en hacer "arreglos". En asambleas a las que concurre toda la comunidad se resuelven "pequeñas pero agudas disputas, por ejemplo por linderos, herencias, agua y calumnias"²⁰. Casi siempre los litigantes firman un "Acta de arreglo".

Según una encuesta citada por Starn, en Ayabaca más del 85% de los entrevistados declararon que tienen mayor confianza en la ronda que en las autoridades gubernamentales para resolver los conflictos que se les presentan²¹.

3. Normatividad legal vigente.

Las Rondas campesinas, si bien han sido reconocidas por la Ley 24571 y reglamentadas por el D.S.012-88-IN, ninguno de estos dispositivos contempla la aceptación o negación de una administración de justicia paralela a la formal. Peor aún es el caso de las Comisiones Mixtas de Villa el Salvador que tienen su origen en un Convenio entre el Gobierno Local y la organización vecinal.

Sin embargo, y a pesar de lo dispuesto tanto por la Constitución como por la Ley Orgánica del Poder Judicial que establecen la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional -salvo el caso de la arbitral o la militar- (art.233o. inc.1); lo cierto es que, a pesar de estas prohibiciones, en la realidad se mantienen una serie de mecanismos alternativos de resolución de conflictos que, en la mayoría de situaciones, cuentan con mayor legitimidad social aunque no legal que nuestro sistema de administración de justicia formal, como los casos mencionados líneas atrás.

IV. A MODO DE CONCLUSION.

Los conflictos que enfrentan los sujetos de nuestro Estado Peruano, así como las formas cotidianas de su resolución, son tópicos de gran importancia si se pretende hacer un serio balance de la Administración de Justicia en nuestro país.

En el desarrollo de este estudio, hemos podido constatar que "la unidad y exclusividad" jurisdiccional

de que nos habla nuestra Constitución vigente y a la que han hecho alusión todas nuestras anteriores Cartas Políticas sin excepción, resulta siendo una formalidad que no tiene un correlato efectivo en la realidad social. Tanto las y los peruanos, así como las propias autoridades estatales, buscan otras instancias y "crean" procedimientos distintos a los establecidos a fin de resolver las diferentes problemáticas que se les presentan. El aparato formal resulta lejano a los intereses de sus posibles usuarios y no logra satisfacer las demandas reales de quienes acuden a él.

Esto trae como consecuencia evidente que los mecanismos no formales de solución de conflictos se presenten como reales alternativas para la población, por cuanto las posibilidades de acceso resultan más cercanas: la ubicación, la inexistencia de "ritos formales", el lenguaje, los costos y la simplificación de sus procedimientos. Incluso, el mismo hecho de carecer de mecanismo de coerción para exigir el cumplimiento de sus decisiones, propicia que estos espacios busquen una solución que resuelva con eficacia el conflicto.

Sin embargo, de los casos más conocidos y de los aquí tratados, se concluye que si bien estos espacios alternativos son utilizados por una cantidad considerable de ciudadanos, existe una heterogeneidad en el tratamiento de los conflictos, y sus posibilidades de "efectividad" dependen de la legitimidad local con que cuentan. Por otro lado, numerosos estudios muestran que el tipo de problemas que allí se ventilan resultan limitados y, en el caso de las poblaciones de escasos recursos, se refieren básicamente a problemas que la sociedad en su conjunto considera como de poca o escasa importancia. Quizá por ello la relativa "tolerancia" frente a la existencia de estas alternativas por parte del Poder Judicial Oficial. En cierta medida, en las poblaciones rurales y urbano-marginales, se trataría de una suerte de extensión del sistema de Justicia de Paz no letrada aunque, esta vez, propiciada por los propios pobladores.

La Constitución de 1979, optó por tener un Poder Judicial discriminatorio en lo que respecta al acceso a la Administración de Justicia, pues no ha establecido la gratuidad como una regla general, tan sólo se ha limitado al compromiso formal de "proveer defensa gratuita a las personas de escasos recursos" (art.233o., inc.9); declaración que en la práctica ni siquiera se cumple. De esta manera se mantiene el elemento discriminatorio para acceder a la Justicia, convirtiéndose ésta en una prestación asequible sólo a quien puede pagarla.

19. STARN, Orin. "Con los llanques todo barro". Reflexiones sobre Rondas campesinas, protesta Rural y Nuevos Movimientos Sociales. Colección Mínima/24. IEP. Lima, 1991.

20. STARN, Orin. Reportaje. Revista Quehacer No. 69. DESCO. Lima, enero-febrero 1991. p. 83.

21. Ibid p. 84.

Por otro lado, a nivel constitucional no existe una formulación que permita ordenar jurídicamente un sistema de administración de justicia de carácter plural pues, por el contrario, el art. 233o. inciso 1. establece "la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional". Esta exclusividad no permite la incorporación en nuestro sistema jurídico de la pluralidad de prácticas de control y de resolución de conflictos de los diferentes sectores de la población del país. Claro está que podemos identificar en nuestro texto político algunos referentes que podrían significar una cierta apertura del sistema a otros elementos como el idioma (art.83o.), la protección a la cultura y al folklore nacional (art.34o.), el derecho a la educación, en su propio idioma, de las comunidades nativas (art.35o.), etc.; sin embargo, todo este potencial es limitado con la prevalencia del sistema jurídico estatal (art.87o.) y la exclusividad del Poder Judicial (art.233o. inc.1).

Vemos pues, que nuestra Carta Fundamental excluye toda posibilidad de participación ciudadana en este ámbito, lo que significa un desconocimiento a las posibilidades de la resolución de conflictos desde

instancias de organización ciudadanas y, en cierta medida, una negación al postulado consignado en la primera parte del art. 232o., que a la letra dice: **"La potestad de administrar justicia emana del pueblo"**.

Consideramos que se hace necesaria una profunda revisión de la Administración de Justicia de manera integral que no sólo tenga en cuenta los problemas y necesidades presupuestarias evidentes de nuestro "desgastado" Poder Judicial, sino y sobre todo, que tienda a la democratización real y efectiva de la Administración de Justicia a través de instancias que garanticen el derecho constitucional de igualdad ante la ley y que incorporen en sus normas los principios de Justicia Local o Comunal, según el caso.

Debe pensarse, también, en formas de participación ciudadana dentro de márgenes que determine la ley, con el objeto que los futuros Organos de Administración de Justicia cuenten con la legitimidad y el apoyo social que necesitan para el cumplimiento efectivo de su función jurisdiccional.

AVIS



A la hora de viajar Avis Rent a Car

El Mejor Servicio Al Mejor Precio.

AVIS RENT A CAR

Nos esforzamos más.

Avis Rent a Car le ofrece a Ud. la mejor forma de empezar su viaje, nuestro servicio le proporciona el auto a su gusto en cualquiera de las siguientes ciudades del País: Lima, Arequipa, Cusco y Tacna. Contamos con más de 4,800 oficinas en 139 países.

Ponemos a su alcance la flota más completa y moderna de autos, desde un compacto hasta un 4x4, siempre con la seguridad y garantía de Avis Rent a Car. Viaje en un auto de Avis con las tarifas más convenientes, y el mejor servicio personalizado.

- LIMA -

Av. Camino Real 1278 - San Isidro
Telfs.: 40 9208 - 22 0229 - 41 9760
33 5966 - 33 5959

Fax: 40 2639 - 33 5966 - 33 6144
Hotel El Pardo - Miraflores
Telfs.: 47 0348 - 47 0283 (Anx. 229)
Fax: 44 2171

Aeropuerto Internacional
Telfs.: 52 9570 (Anx. 4155)
52 4774 (24 horas)

GRAF S.A.
Licenciatarios para el Perú

Informática Jurídica: Acercando la Informática al Derecho en las puertas del siglo XXI

Ricardo León Pastor.

Abogado. Profesor de Informática Jurídica de la PUC.
Miembro del Centro de Estudios en Derecho e Informática CEDEI.

Las relaciones entre dos disciplinas aparentemente tan distintas como son la Informática y el Derecho, tratando sus puntos de contacto y las influencias de la primera sobre el segundo, haciendo un balance y un esbozo de las posibles líneas de desarrollo de la informática jurídica, son materia de las siguientes líneas.

1. LA INFORMACION Y LA INFORMATICA

1.1 LA REVOLUCION DE LA INFORMACION

Cotidianamente oímos decir que nos encontramos viviendo en la "era de la información". La información es aquel conjunto ordenado de datos (representaciones de los hechos de la realidad) que nos resulta útil para tomar decisiones. Desde la aparición de la escritura, la información (anteriormente compilada y transmitida oralmente) adquirió perdurabilidad; ésta ya no se perdía en los límites de la memoria de cada hombre alimentada por la tradición, sino que adquirió independencia de quien la producía. Tal situación acarrió una doble consecuencia: por un lado, la posibilidad de hacerla duradera en el tiempo, siendo su comunicabilidad mucho mayor, y por otro lado, la posibilidad de su acumulación se ampliaba enormemente, con lo cual el acervo informativo humano crecería de manera insospechada. La aparición posterior de la imprenta socializaría la producción, el intercambio y la transmisión de información. La producción bibliográfica en masa y los avances en las políticas educativas de los países más desarrollados harían que casi la totalidad de sus poblaciones fueran alfabetas y, a su vez, grandes consumidoras de información escrita.

Sin embargo, actualmente asistimos a una época de "explosión de la información", dado que la

producción y el almacenamiento de ésta es superior a la capacidad humana para aprovecharla. Esta situación tiene como causa y consecuencia la aparición de las computadoras, sistemas automáticos de almacenamiento, procesamiento y recuperación de datos que gozan de una gran rapidez y precisión.

Es así que una de las principales consecuencias del uso de las computadoras es la "liberación de la información", dado que la misma ya no requiere de un soporte material que la contenga (como lo hacen las hojas del libro o la revista), sino que ésta puede permanecer en la memoria de las computadoras y ser transmitida de un extremo al otro del mundo en tiempo real, inmaterialmente, sin residir en soporte alguno.

1.2 ¿QUÉ SON Y QUÉ HACEN LAS COMPUTADORAS?

a. Aparición y evolución

La aparición de las primeras computadoras modernas, como la MARC I, data de la década del 40, y fueron empleadas para acelerar los cálculos que hicieron posible la construcción de la bomba atómica. Estas computadoras eran del tamaño de todo un laboratorio, pesaban varias toneladas y funcionaban a base de tubos al vacío, procesando la información a través de tarjetas perforadas. Realizaban fundamentalmente las cuatro operaciones básicas, tomándose segundos para calcular operaciones que ejércitos de matemáticos cubrirían en meses. Estos son los computadores denominados de primera generación, cuya presencia sólo era factible en los ámbitos militares y científicos².

La segunda generación haría su aparición junto al empleo de los transistores, que permitieron reducir ostensiblemente el costo y tamaño de los

1. FROSINI, Vittorio Informática y Derecho Bogotá: Temis, 1988. Cap. III.

2. EDICIONES OCEANO El mundo de la computación, curso teórico práctico Barcelona, 1988. T.I., pp. 18-60.

equipos, ganando no sólo espacio sino también velocidad en el procesamiento de la información, mediante la utilización de lenguajes simbólicos. La tercera generación está marcada por la presencia de los *chips*, circuitos integrados que reúnen una gran cantidad de transistores en un espacio muy pequeño, abaratando costos. En esta etapa aparecen los mini-computadores, máquinas con apariencia de consolas que servían como cerebro (*mainframe*) a una serie de "terminales" (monitores y teclados) manejados por diferentes operarios al mismo tiempo, lo que permitió el trabajo multiusuario y multitarea.

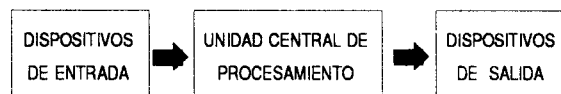
La cuarta generación data de la década de los 70 y se ha profundizado en la década de los 80, teniendo como elemento central el empleo del *micro-chip*³, una miniaturización de los *chips*, lo que traería como consecuencia más importante la aparición de las *Personal Computers* (PCs), computadoras personales, poderosas herramientas de trabajo e inclusive distracción en manos de usuarios cada vez más numerosos en todo el mundo. Estas computadoras se encuentran en diferentes presentaciones: *desk-top* (de escritorio), *lap-top* (portátil) e inclusive *hand-top* (de bolsillo). Estos equipos, también llamados "micro-computadoras", son capaces de realizar millones de operaciones más que aquellas grandes computadoras en sólo nonasegundos (millionésimas de segundo). Además, gracias a la telemática (telecomunicación de la información computarizada), vivimos en una "aldea global" donde cualquier información puede transmitirse, en todo el mundo, en tiempo real.

Desde el punto de vista teórico, la nueva disciplina que estudia las diferentes aplicaciones de las computadoras al manejo de información, se conoce con el nombre "informática". Este término proviene del vocablo francés *informatique*, el que a su vez debe su origen a la composición de dos palabras: información y automática. Así, desde el punto de vista etimológico, la informática no es más que el procesamiento automático de información, tratamiento que es sólo posible a través de la computadora (del inglés *computer*). Por lo mismo, el sinónimo más conocido del término "informática" es "computación", o tratamiento de información por medio de computadoras⁴.

b. Arquitectura: *Hardware* y *Software*

Las partes componentes de un sistema de cómputo son: la estructura física de las máquinas y,

por otro lado, su parte lógica. La estructura física se conoce como *hardware*, noción opuesta a la de *software* o parte lógica de la computadora, integrada por los programas (conjuntos de instrucciones) que hacen funcionar la estructura física. Sin embargo, toda computadora sigue la noción de "sistema", el cual está diseñado según el esquema simplificado que se detalla⁵:



En una computadora personal (micro-computadora), un típico dispositivo de entrada es el teclado; la unidad central de procesamiento, la C.P.U. (del inglés *Central Processing Unit*), es el "cerebro" en forma de caja, el que puede estar en disposición horizontal o vertical; y las unidades de salida por excelencia son el monitor y la impresora. Además, estos equipos cuentan con unidades de almacenamiento (disketteras o discos duros). Los medios de almacenamiento son los conocidos *diskettes* o cintas magnéticas que guardan la información medida en *bytes*.⁶

La gran versatilidad de las computadoras se debe precisamente a la sencilla estructura de su sistema, que reproduce la estructura física de todo ser vivo, según el esquema: Estimulo _ Procesamiento _ Respuesta. Una computadora puede recibir cualquier estímulo (si tiene el programa adecuado), procesarlo veloz y exactamente y emitir una respuesta controlada por el usuario. Lo que una computadora jamás podrá hacer es valorar, o manejar símbolos no estrictamente lógico-rationales. Podríamos redefinir, entonces, a la computadora como un "animal estrictamente racional", alejándonos del viejo concepto aristotélico, para concebir al hombre como un "animal simbólico", recogiendo la noción del filósofo alemán Ernst Cassirer⁷.

c. Funcionamiento

Una computadora es un rápido y exacto sistema de manipulación de impulsos electrónicos o datos, diseñado y organizado para aceptar y almacenar datos automáticamente, procesarlos y producir resultados de salida bajo la dirección de un programa almacenado de instrucciones paso a paso⁸. Para en-

3. Un centímetro cuadrado de silicio conteniendo micro-chips tiene la potencia de un millón de tubos al vacío.

4. EDITORIAL OCEANO, Ibis, p. 7.

5. SANDERS, Donald y Alan FREEDMAN Biblioteca McGraw-Hill de Informática México: Organización Editorial Novaro, 1983. V. 1, pp. 16-24.

6. Véase el punto c de este apartado.

7. CASSIRER, Ernst Antropología filosófica México: Fondo de Cultura Económica, 1945. pp. 45-49. Aquí el autor postula que el comportamiento humano no puede explicarse por el empleo de razonamientos cerrados, sino que existen una serie de conductas imprevisibles que no se ajustan a un esquema de razonamiento lógico formal. A todo este conjunto de elementos subjetivos no lógicos Cassirer lo denomina "símbolo".

8. SANDERS, Donald y Alan FREEDMAN, Ibid, p. 9.

tender esta definición técnica, tengamos en cuenta las siguientes nociones.

La computadora realiza un paso a la vez. Puede sumar y restar números, comparar letras para determinar secuencias alfabéticas y mover y copiar números y letras. Lo que es significativo es la velocidad con la que realiza estas operaciones. Así, las computadoras más lentas pueden ejecutar cientos o miles de sumas por segundo, mientras los sistemas más grandes pueden completar millones de sumas en el mismo período. La ventaja de esta velocidad para los hombres es que nuestra dimensión del tiempo "ha sido ampliada".

Respecto a su exactitud, comparativamente se estima que un hombre tendría un error en cada 500 operaciones de cálculo (usando una calculadora), mientras que los circuitos de una computadora pueden ejecutar cientos de miles o millones de operaciones cada segundo y funcionar sin errores por horas y días sin interrupción. Además de esto, las computadoras tienen como parte de su estructura la capacidad de autocomprobación que les permite verificar la exactitud de sus operaciones internas.

Todos los datos que ingresan a un computador son electrónicos, es decir impulsos de energía eléctrica conocidos como *bits*. Un bit es representado numéricamente por un 1 cuando el impulso es positivo (paso de electricidad), y equivale a un 0 cuando es negativo (no paso de electricidad). Las múltiples combinaciones de ocho *bits* forman los *bytes* o caracteres de un lenguaje universal de computación, el lenguaje ASCII (*American Standard Code for Information Interchange*, es decir el código americano estándar para el intercambio de información)⁹.

Las funciones de una computadora son de cuatro tipos, a saber:

- Operaciones de entrada y salida.
- Operaciones de cálculo.
- Operaciones de comparación y lógica.
- Operaciones de almacenamiento y recuperación.

Todas estas operaciones se relacionan con el procesamiento de datos, el que consiste en la recolección de datos primarios de entrada, que son evaluados y ordenados para ser colocados en la perspectiva necesaria para que se produzca información útil. Las 3 actividades básicas del procesamiento de datos son: la captura de datos de entrada, el manejo de datos (clasificación, ordenación, cálculo y sumari-

ción) y la administración de la salida resultante (almacenamiento y recuperación, comunicación y reproducción)¹⁰.

La computadora procesa los datos de la forma deseada siguiendo un "mapa intelectual" llamado programa. Así, un programa es un detallado conjunto de instrucciones preparado para dirigir a la computadora y que ésta funcione de manera que produzca el resultado deseado. Los programas se preparan en lenguajes especiales que traducen las instrucciones en reglas de lógica formal.

Una vez familiarizados con estas nociones básicas sobre informática, pasemos a descubrir cuáles son algunos de los puntos de contacto más importantes entre ésta y el Derecho.

2. LO SIMILAR EN EL DERECHO Y LA INFORMATICA

Discutir la "esencia del Derecho", su naturaleza y finalidad última, es un problema propio de la Filosofía del Derecho. Temas tópicos como el orden social, la justicia, la convivencia pacífica, el bien común, entre otros, entendidos como finalidades propias del Derecho, han inspirado las más encendidas polémicas. Al otro lado se encuentran los que no creen en valor alguno como finalidad intrínseca al Derecho, los seguidores del "positivismo jurídico", cuyo método consiste precisamente en "desaxiologizar" el Derecho. Estas cuestiones se vienen discutiendo desde la primera vez que los hombres decidieron darse normas de obligatorio cumplimiento y, aunque ya ha pasado mucha agua bajo el puente, podemos decir con Kant que todavía los juristas andan buscando su noción del Derecho.

Vemos entonces que la "razón filosófica" del Derecho no es fácilmente determinable, ni mucho menos... ¿Y qué hay respecto a su "razón histórica"?, tal vez podamos hallar constantes en las corrientes de pensamiento sobre el ser del Derecho que nos ayuden a esbozar una definición general... Pero nuevamente encontramos una gran diversidad de concepciones, cada una de las cuales responde a determinado período histórico que las tiñe del color de los tiempos... Iusnaturalismo, escuela de la exégesis, jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia de intereses, positivismo, escuela marxista, sociologismos... ¿Podremos encontrar el hilo de Ariadna que le otorgue sentido a este aparente "caos teórico"?; no lo creo. Cada corriente adquiere sentido y justificación en su contexto histórico y en el quehacer concreto de sus representantes. Al parecer, entonces, tampoco contaremos con una "razón histórica" del Derecho¹¹.

9. EDICIONES OCEANO, *Ibid.*, pp. 13-14.

10. SANDERS, Donald y Alan FREEDMAN, *Ibid.*, pp. 11-14.

11. Para una breve exposición de las diferentes corrientes teóricas sobre el ser del Derecho mencionadas aquí, véase la tesis que presentaremos para optar el grado académica de bachiller en Derecho ¿Forma la Universidad abogados investigadores, una aproximación socio-jurídica a las Facultades de Derecho de Lima: PUCP, 1991 (inédita).

Problemas tan arduos, discutidos a lo largo de la historia en varios millones de páginas no van a ser solucionados en estas líneas. Abandonando las discusiones filosóficas e históricas -no por irrelevantes, sino porque no ayudan a establecer las definiciones específicas que necesitamos-, adentrémonos a una perspectiva más "operacional" que defina tanto el Derecho como la Informática por la función que cumplen. La pregunta entonces es ¿qué hace el Derecho? y una respuesta operacional sería que el Derecho sirve para resolver los conflictos de interés en la sociedad, proveyendo tanto el aparato sustancial: las reglas que establecen qué intereses están jurídicamente protegidos, y el aparato procedimental: cómo actuar para proteger efectivamente tales intereses.

Desde un punto de vista igualmente operacional, la informática, como hemos visto, es una disciplina que estudia los procedimientos de cualquier área del saber humano para efectuarlos con mayores grados de velocidad y precisión.

Según lo dicho, podemos apreciar el carácter instrumental del Derecho y de la Informática, entendidos el primero como instrumento de regulación social y la segunda como instrumento de procesamiento automático de información. La consecuencia principal de esta relación es que el Derecho puede ser "informaticizado" en cuanto a sus procedimientos (derecho procesal)¹² e inclusive en cuanto a los razonamientos jurídicos rutinarios, siempre que estos sean uniformes, es decir, que sean lo suficientemente claros para evitar la interpretación jurídica.

Otra similitud importante entre las dos disciplinas la encontramos a nivel de sus lenguajes. El lenguaje jurídico es lógico, dado que se basa en normas que poseen -en su gran mayoría- una estructura lógica interna que consiste en un supuesto de hecho, un nexo y una consecuencia jurídica. Esta es una típica proposición lógica de la forma " $p \rightarrow q$ " (aunque también se presentan proposiciones de otras formas). Por otro lado, el lenguaje informático es estrictamente lógico, y sus proposiciones son transformadas a algoritmos -fórmulas matemáticas que indican cómo debe ser realizado determinado procedimiento- para la elaboración de programas informáticos¹³. Esta similitud en los lenguajes, ya la había entrevisto Norbert Wiener, el padre de la ciberné-

tica¹⁴, quien en 1948 al publicar la obra *Cibernética, o del control y la comunicación en los animales y en las máquinas*, menciona que uno de los terrenos de mayores posibilidades de aplicación de la nueva disciplina es el Derecho¹⁵.

Por lo dicho, la similitud del Derecho y la Informática en cuanto a su carácter instrumental y la estructura de su lenguaje hace que sus relaciones sean muy fluidas e impacten poderosamente en cada uno de sus campos particulares. Estas relaciones se dan en dos grandes sectores: por un lado, el de la **Informática Jurídica**, en la que se pretende estudiar las aplicaciones de las computadoras al Derecho y, por otro, el del **Derecho Informático**, en el que se estudia la regulación jurídica de los productos informáticos¹⁶.

3. LA INFORMÁTICA JURIDICA

La informática jurídica no es más que el procesamiento automático de información legal a través de una computadora. No obstante, esta noción ha tomado su tiempo para decantar. Hagamos algo de historia.

3.1 SURGIMIENTO Y RESEÑA HISTORICA

Como ya lo hemos mencionado más arriba, fue Norbert Wiener quien en 1948 relacionó los conceptos de cibernética y Derecho. En su obra, sostuvo que la cibernética, como ciencia del control de máquinas y animales, podría aplicarse al conocimiento y desarrollo del Derecho, concebido como un sistema de control social. Al año siguiente, Lee Leovinger de la Universidad de Minnesota, publicó su artículo "Jurimétrica: el siguiente paso adelante", donde reiteraba los conceptos desarrollados por Wiener y proponía que la nueva disciplina, encargada de la "medición" y control del Derecho a través de las computadoras, se llamara "jurimetría". Esta nueva disciplina de la "medición del Derecho", propondría tres grandes sectores de estudio: la aplicación de modelos lógicos a la normatividad vigente (modelística jurídica), la aplicación de las computadoras a las actividades legales (informática jurídica) y la previsión de futuras sentencias judiciales¹⁷. Los dos primeros campos de estudio rendirían frutos, mientras que el de la previsión de sentencias no prosperaría.

12. Un estudio interesante sobre la posibilidad de vincular la informática con el derecho procesal, además de ser el primer estudio sobre estas cuestiones en el país, es el de SALAZAR CANO, Edgar *Cibernética y Derecho Procesal Civil* Caracas-Lima: Ediciones Técnico-Jurídicas, 1979.
13. Más adelante explicamos las nociones de procesamiento y programa.
14. La cibernética es una coordinación de conocimientos provenientes de sectores científicos tan diversos como la fisiología, la lógica y la matemática. Tuvo en su origen como finalidad práctica la construcción de máquinas capaces de producir ciertas actividades humanas.
15. LOSANO, Mario *Curso de Informática Jurídica* Madrid: Técnicos, 1987. Cap. II.
16. El campo del Derecho Informático es vasto y ya se han realizado importantes avances en los países desarrollados. Sus principales ámbitos de aplicación en la actualidad son: el Protección Jurídica del Software, la Contratación informática y los Delitos informáticos. Por ser esta área novedosa y compleja, será materia de un próximo artículo.
17. LOSANO, Mario, *Ibid.*, Cap. III.

En 1962, Dreyfus difundió en Francia el término "informática" el cual tuvo una gran aceptación, acuñándose rápidamente la expresión "informática jurídica" para designar a la nueva disciplina. Hacia 1968, en Italia, Mario Losano acuña el vocablo Jusci-bernética, en el cual, recogiendo la división entre modelística e informática jurídica, define a la segunda como la *legal information retrieval* o procedimientos automáticos de recuperación de información legal (básicamente mediante el uso de las bases de datos legales). Al mismo tiempo, Vittorio Frosini escribe el libro *Cibernética, Derecho y Sociedad*, en el cual describe las relaciones entre el Derecho y la Informática en su doble sentido: de cómo el Derecho debía regular el campo de la informática y de cómo la informática debía apoyar el manejo de los enormes volúmenes de información legal. El mismo Frosini propondría después el término "juritécnica" para esta disciplina¹⁸.

Como podemos apreciar, los intentos por definir el contenido y la metodología de esta disciplina no son muy recientes. En la actualidad -pasados más de treinta años y con una bibliografía superior a los 12,000 textos¹⁹-, el término ampliamente empleado es el de informática jurídica (en oposición al derecho informático), en el que se distinguen tres sectores de estudio, a saber: la Informática Jurídica de Gestión, la Informática Jurídica Documental y la Informática Jurídica Decisional. Veamos brevemente de qué se trata cada uno.

3.2 SECTORES DE APLICACIÓN EN LA ACTUALIDAD

a. Informática Jurídica de Gestión

La informática jurídica de gestión es aquella cuyas aplicaciones consisten en la administración de la información "para-legal", es decir, toda aquella información de apoyo que es útil para la elaboración, seguimiento o trámite de cualquier asunto de carácter jurídico, sea a nivel personal o institucional. Sin embargo, esta "información de apoyo" no se relaciona directamente con las cuestiones de fondo del problema jurídico contemplado, ni con las fuentes del Derecho aplicables a su resolución. Como ejemplo de estas aplicaciones encontramos diversos programas de administración de expedientes en las Cortes de muchos países (EE.UU., Francia, Italia, entre otros), que posibilitan la gestión oportuna y exacta de los términos procesales, además de proporcionar información útil para la evaluación del trabajo de jueces, auxiliares y abogados. La lentitud y la corrupción en la Administración de Justicia se han reducido enormemente con la aplicación de estos sistemas. En el Perú existe el proyecto "Administración de Justicia" dirigido por la USAID-Perú (la oficina en el Perú de la Agencia

para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos) y la Corte Suprema de Justicia, el que persigue como uno de sus objetivos "informatizar" la tramitación de expedientes en el Poder Judicial. Lamentablemente, a la fecha, la Sala Plena de la Corte Suprema ha archivado tres proyectos sobre esta materia.

Existen muchos otros ámbitos de la informática de gestión como la aplicable en los Registros Públicos de una gran cantidad de países (en el ámbito latinoamericano se encuentran Argentina, Costa Rica, entre otros), que otorga una gran celeridad a los trámites de inscripción de títulos jurídicos, lo que redundará en la publicidad y la seguridad jurídica de las inscripciones. En el Perú existe un proyecto en elaboración, conducido por los mismos operadores de la Oficina Nacional de los Registros Públicos (ONARP-Lima) que, otra vez lamentablemente, se encuentra estancado por dificultades burocráticas. Los Presupuestos Nacionales de muchos países se elaboran con el auxilio de las "hojas de cálculo electrónicas", programas que permiten realizar infinidad de cálculos y ajustes matemáticos en períodos muy cortos. También la informática de gestión se viene empleando en los Congresos Nacionales para la elaboración técnica de las normas jurídicas; sin embargo, en el país aún no se ha pensado en el diseño de estos sistemas de apoyo al trabajo legislativo, lo que hace imposible una técnica legislativa coherente, sistemática y de calidad.

En el ámbito privado, existen una serie de "paquetes" (programas) comerciales que sirven para gestionar automáticamente operaciones de contabilidad y administración (las llamadas "hojas de cálculo"), para gestionar bases de datos con información propia de personal, clientes, y diversos tipos de datos (los llamados gestores de bases de datos), para gestionar diferentes tipos de documentos administrativos, correspondencia, formatos de escritos jurídicos ya sean propios de un procedimiento judicial o de un acto jurídico (los llamados procesadores de textos), para calcular los resultados de encuestas e información estadística para investigación (los llamados paquetes estadísticos), para elaborar diferentes clases de gráficos que permitan la mejor comprensión de información numérica (los llamados paquetes gráficos). Todos estos paquetes se encuentran en el mercado peruano, y cada vez es mayor el número de abogados y demás operadores del sistema jurídico que caen en la cuenta de las grandes facilidades que estos paquetes brindan para acelerar las operaciones rutinarias del trabajo legal y mejorar ostensiblemente su calidad de elaboración y presentación.

b. Informática Jurídica Documental

La informática jurídica documental es aquella

18. FROSINI, Vittorio Ibid., Cap. III.

19. Ibid.

que se encarga del almacenamiento y recuperación de información propiamente jurídica, es decir, almacenamiento y selección automática de las principales fuentes del Derecho, como la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. Existen dos formas de almacenamiento de esta información: una a través de sumillas (resúmenes de las normas jurídicas, fallos judiciales u opiniones de los autores) y el otro mediante el almacenamiento del texto íntegro de cada documento (norma, sentencia o párrafo)²⁰. La gran ventaja de esta aplicación informática que posibilita los "bancos de datos legales", consiste en la velocidad y la precisión de recuperación de la información jurídica, la cual significa un ahorro de tiempo inapreciable para los operadores del sistema legal. Existen grandes e importantes bases de datos legales en los Estados Unidos de Norteamérica y diversos países europeos (entre los cuales destaca Italia) que brindan sus servicios telemáticamente, por lo cual las consultas de los suscriptores son realizadas desde sus propias oficinas, a través de un dispositivo llamado Modem.

Al parecer, la única forma de mantenerse actualizado en la jungla normativa que diariamente produce el Estado a través de sus diferentes órganos, es consultando este tipo de bases de datos jurídicos. Resulta imposible continuar manejando la información legal manualmente a través de los archivos de papel. Sin embargo, en el Perú son tímidos los intentos de generación de estas bases de datos. A nivel estatal, ha existido una experiencia en el Ministerio de Economía, el sistema denominado BADALE, relacionado a normas de tipo administrativo, económico y tributario. El intento empezó hacia 1980 como un esfuerzo de ingenieros de sistemas y se mantuvo actualizado hasta 1990. Lamentablemente las limitaciones de los equipos (*hardware*) y de personal hicieron que la base quedara desactualizada, lo cual resulta gravísimo para su eficiencia y confiabilidad.

En el campo privado, existen en el país diferentes servicios de bases de datos jurídicos, dentro de los que destacan MULTILEX, INFOLEX y CONSULTORIA LEX. Estas bases de datos trabajan con los sistemas de sumillas de normas jurídicas. Sin embargo, ninguna de ellas contiene la totalidad de la normatividad vigente en el país (esfuerzo gigantesco que no están en la capacidad de cubrir) y lamentablemente los derechos económicos por el uso de sus servicios no están al alcance de la mayoría de los operadores jurídicos, paradójicamente, porque se carece de equipos y el número de suscriptores es reducido, lo que provoca el encarecimiento de dichos servicios.

A su vez, existen dos proyectos en curso sobre bases de datos legales mediante el sistema de texto íntegro, uno en la Universidad de Lima y otro en la Universidad Católica.

Para la elaboración de bases de datos personales, existen diferentes paquetes en el mercado (gestores de bases de datos) de manejo sencillo, que posibilitan estas aplicaciones.

c. Informática Jurídica Decisional

El terreno de la informática jurídica decisional está integrado por los denominados Sistemas Expertos Legales (S.E.L.). Estos sistemas, aunque poco desarrollados en el mundo, pretenden imitar el razonamiento de un experto en Derecho, para dar soluciones a problemas planteados, configurando el amplísimo y fascinante espectro de la Inteligencia Artificial²¹. Esto sólo es posible si las normas jurídicas de un área determinada del Derecho son traducidas a proposiciones lógicas por un programador (para lo cual los términos empleados en cada proposición deben ser unívocos, es decir, no deben ser materia de interpretación); el programador debe elaborar también determinados circuitos lógicos para conectar las diferentes proposiciones (esto se ha denominado "motor de inferencias"). Una vez terminado el diseño del programa, alimentado con los conocimientos del experto en Derecho, el S.E.L. está en capacidad de "responder" determinadas consultas... ¿Esto significa la desaparición del trabajo para los abogados?. De ninguna manera, por tres razones. La primera se refiere al escaso desarrollo de este sector de la informática jurídica, dada la complejidad y anarquía terminológica y técnica en la que se encuentran los ordenamientos jurídicos en la actualidad. La segunda consiste en que los S.E.L. siempre le deberán su existencia a los abogados, quienes automatizarán su "razonamiento rutinario" (el más simple y primario), para darse el tiempo de acometer los razonamientos más complejos y creativos. La tercera ya se había anunciado arriba: las computadoras sólo pueden razonar, no son capaces de valorar, y en el trabajo legal hay valoración, hay humanidad.

En los EE.UU. y algunos otros países europeos se han desarrollado prototipos del S.E.L.S en Derecho Tributario y responsabilidad civil por accidentes de tránsito. En el Perú sólo se conoce una experiencia de investigación en el terreno de la inteligencia artificial en el campo jurídico, la que ha sido desarrollada por el abogado Daniel Fernández Peña, quien presentó como tesis de magister en informática por la Universidad Católica, un proyecto de S.E.L. en el área de Derecho de Sucesiones.

20. LOSANO, *Ibid*, Cap. XVII.

21. MARTINO, Antonio "Sistemas Expertos Legales" EN: ALTMARK, Daniel (Director) Informática y Derecho, aportes de doctrina internacional Buenos Aires: Depalma, 1987-88. V.1. pp. 135-176.

3.3 ¿DÓNDE APRENDER "INFORMATICA JURIDICA" EN EL PERU?

Actualmente, esta área del conocimiento está muy poco desarrollada a nivel de enseñanza. De las facultades de Derecho del país, sólo dos cuentan con cursos al interior de sus planes de estudio, a saber: la Universidad de Lima y la Universidad Católica. En la primera se hace mucho énfasis en el campo de Derecho Informático (en lo que a protección jurídica del *software* se refiere), tocándose también aspectos prácticos del manejo de algunos paquetes comerciales aplicables al trabajo legal. En la Universidad Católica existe el curso enseñado en la Facultad de Derecho, que importa un trabajo teórico-práctico en la enseñanza del contenido y sectores de la informática jurídica, acompañado de prácticas que entrenan a los estudiantes en la operación del sistema operativo D.O.S., un procesador de textos y un gestor de base de datos. También existe en esta universidad el curso de extensión, dirigido a personas que no pertenecen a la comunidad universitaria, con un contenido similar. Los cursos mencionados están referidos al manejo de micro-computadoras.

Existe gran interés en otras facultades de Derecho de Lima y provincias para desarrollar cursos de informática jurídica; sin embargo, las principales limitaciones son la carencia de equipos y la escasa disponibilidad de bibliografía sobre la materia.

3.4 "SITUACION LIMITE" DE LA INFORMATICA JURIDICA

Como hemos podido apreciar, el desarrollo de la informática jurídica ofrece grandes posibilidades no sólo para el tratamiento y recuperación automática de información legal a través del computador, con la correspondiente ganancia en tiempo, dinero y esfuerzo, sino que, inclusive, puede asistir a los operadores jurídicos en el propio trabajo de razonamiento jurídico. Es este campo, el de la inteligencia artificial en Derecho, el que ofrece mayores posibilidades para la

investigación y el avance de la disciplina²². Una vez resueltos los problemas de gestión de información legal (expedientes, informes, comunicación personal y comercial, entre otros asuntos propios de la Ofimática²³, y de recuperación automática de fuentes del Derecho (a través de las bases de datos legales que contengan legislación, jurisprudencia e inclusive doctrina), los S.E.L.s apoyarán a los abogados en la toma de decisiones respecto a la solución de los problemas jurídicos bajo estudio.

La pregunta que nos inquieta sobremanera es: ¿podrá finalmente la computadora programada "inteligentemente" reemplazar al juez, al litigante, al consultor, al investigador, al profesor de Derecho?. La respuesta es no, por lo menos, por ahora... Para hacer esta negación, nos apoyamos en una verdad de perogrullo: las computadoras harán lo que el abogado decida que hagan, y para esto el abogado y el programador tendrán que traducir los conocimientos del experto en Derecho en un "programa" perfectamente lógico de proposiciones formales. Por lo tanto, procedimientos y razonamientos simples y rutinarios podrán ser automatizados. Sin embargo, los razonamientos complejos que requieran una mayor dosis de conocimiento y destreza serán difícilmente formalizados. Inclusive, formalizados estos razonamientos complejos (superando ambigüedades e interpretaciones), quedará el contenido ideológico, político o moral de las normas, quedará la intencionalidad de defender los intereses concretos de las personas o los grupos sociales, quedará todo ese mundo humano al que el computador no tendrá acceso, porque, como decíamos más arriba²⁴, estas nociones no son estrictamente racionales, sino presentan un carácter simbólico.

Así, la situación límite del desarrollo de la informática jurídica será justamente ésta, su imposibilidad de determinar qué sea lo conveniente o lo justo. Esta tarea es irreductiblemente humana.

Lima, marzo de 1992.

22. Ibid.

23. Gestión automática de la oficina legal.

24. Véase punto b del apartado 1.2

PRO-DERECHO

Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria s/n Pueblo Libre

A nuestros amigos:

En 1992 la Pontificia Universidad Católica del Perú cumplirá 75 años de vida. Para esa importante fecha ya contaremos con un moderno Pabellón y nos gustaría tener también el Auditorio terminado. Es nuestra meta inaugurar el Auditorio con un evento internacional que se realizará con motivo de dicha celebración.

Hace dos años, cuando se inició la construcción del nuevo local, pusimos todas nuestras esperanzas en ustedes y, a pesar de la difícil situación que atravesaba nuestro país, juntos logramos culminar la obra. Hoy, aún sabiendo que la situación no ha variado sustancialmente, volvemos con la misma fe a solicitar su ayuda. Sabemos que sin ustedes nuestros objetivos no serán alcanzados y confiamos como la primera vez en que juntos podremos dar el ULTIMO PASO.

Sin perjuicio de otras contribuciones que nuestros amigos benefactores nos puedan brindar, Pro-Derecho ha considerado oportuno que cada butaca del auditorio sea un testimonio del esfuerzo y del apoyo de sus colaboradores.

Por ello se ha establecido un mecanismo mediante el cual existan donaciones para la "compra" de las 350 butacas.

En reconocimiento del presente esfuerzo, el nombre de cada donante aparecerá simbólicamente en las propias butacas del auditorio.

El valor de cada butaca es el siguiente:

Butaca "Sección A"	US\$ 500.00
Butaca "Sección B"	US\$ 350.00
Butaca "Sección C"	US\$ 200.00

El Derecho Humano a la Planificación Familiar y la Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria.

A propósito de los artículos 5º y 6º del Código Civil de 1984

Francisco Barrón Velis.
Bachiller en Derecho de la PUC.

«Quizá sea falso decir que la vida es una elección perpétua. Pero es cierto que no se puede imaginar una vida privada de toda elección».

Albert Camus

Los derechos humanos, concepto ampliamente difundido a partir de la segunda mitad del presente siglo, no son sino una ampliación conceptual de lo que entre los siglos XVIII y XIX se conociera como «Derechos del Hombre» y con anterioridad, desde una perspectiva teológica, como «Derecho Natural».

La corriente más difundida en nuestro medio sobre la naturaleza jurídica de los derechos humanos es, en sus distintas vertientes, la llamada corriente jusnaturalista que, como se desprende de su propia denominación, encuentra los derechos fundamentales del hombre en la esencia de la naturaleza humana. Esta teoría intenta una fundamentación absoluta de los derechos humanos en base a la asunción de la existencia de verdades inmutables, lo cual lleva no sólo a conclusiones tautológicas en las que el fundamento pasa a depender de lo fundado, sino también a conclusiones divergentes si esas verdades inmutables de las que partimos son diferentes.

Contrariamente a esta teoría, las corrientes doctrinarias modernas postulan que los derechos humanos, en tanto modernas expresiones normativas, constituyen expresiones históricas que corresponden a la interrelación entre un sistema ético que los acoge y una realidad que los genera¹. Así, la mutabilidad histórica en sus dimensiones técnica y científica, con-

diciona una realidad que debe permanentemente interactuar con el sistema en que se inserta.

En ese sentido parece manifestarse Domingo García Belaúnde, cuando sostiene que:

«Los derechos naturales o los derechos del hombre en su versión moderna no son factibles de tener un argumento racional..., sino que por el contrario aparecen cambiantes según las épocas»².

Afirmando a continuación, que:

«Lo que cabe frente al derecho natural (y en consecuencia a los derechos humanos) no es una función discursiva (que conduciría al pensamiento a rodeos inútiles), sino una actitud volitiva, de adhesión a determinados valores, que racionalmente no pueden ser conocidos...»³.

Ocupémonos de un ejemplo concreto: El derecho a la vida. En su forma primitiva, todas las culturas lo postulan; pero el concepto «vida» se enriquece constantemente con el devenir histórico. Este derecho, con ser inmutable en el sentido de permanente, es por definición variable en contextos históricos determinados. Así, en la edad moderna se le añade el concepto «calidad de vida», siendo éste el que de alguna manera permite toda la evolución posterior de lo que actualmente conocemos como derecho a la vida.

1. Sobre este tema leer «Fundamentos filosóficos de los derechos humanos» de Paul Ricoeur y otros. Unesco/Serbal 1985. También Vasak Karel, Dimensiones Internacionales de los derechos humanos. 3 tomos, Unesco/Serbal 1982.

2. GARCIA BELAUNDE, Domingo; Los derechos humanos como ideología, en Revista DERECHO Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 36, diciembre de 1982. p. 107.

3. Ibid p. 107.

Podemos implicar, en consecuencia, que los derechos humanos son experiencias históricamente determinadas de valores inherentes al ser humano, y que por ello se encuentran sujetos a una evolución.

Ahora bien, es claro que la libertad se aprende como un valor distintivo y evidente a cualquier especulación ética o jurídica. La libertad -entendida como albedrío- no es una energía, una cosa, o una facultad, sino que es la expresión del tipo de inserción del hombre en el mundo que lo rodea y por tanto, es la situación esencial en la que se encuentra, en su proceso de vida frente a éste. El justilósofo Luis Recasens Siches afirma que esta situación consiste en:

«...hallarse siempre ante una pluralidad limitada y concreta de posibilidades, esto es, de caminos a seguir y, por lo tanto, en la necesidad de decidirse por sí mismo, por su propia cuenta, bajo su responsabilidad, a elegir una de estas vías»⁴.

Su desenvolvimiento histórico, su expresión en la esfera normativa es un derecho: **el derecho a la libertad**; se lo considera fundamental y, por argumentación lógica, le antecede existencialmente sólo el derecho a la vida. Así pues, la **libertad valor**, deviene en el derecho a la libertad. La forma histórica que asume este derecho varía, acrecentándose acorde a las variaciones que el desarrollo histórico presenta. Pero, cabe preguntarse aquí ¿Cuál es la dirección de ese desenvolvimiento histórico?, y también, ¿cómo debe expresarse en la esfera normativa, en el Derecho?

Cuando nos referimos a la expresión desenvolvimiento histórico, apelamos a un sentido de unidad o continuidad en el cambio, comprendiendo toda la actividad humana. Comprende por lo tanto, el aspecto material, llámese ciencia o técnica, y el aspecto inmaterial, es decir, sistemas conceptuales y tendencias sociales.

¿Qué podemos extraer como constantes de nuestro desenvolvimiento histórico que tenga relación con la libertad?

En primer lugar, el consensual respeto por el individuo. Libertad sí, **pero no en abstracto**, sino expresada en oportunidades de ser ejecutada; y allí llegamos a la segunda constante: La focalización del problema político contemporáneo en la relación del individuo con la voluntad colectiva, entiéndase, el Estado. Una concepción moderna hace del Estado un permanente interlocutor entre los individuos que lo conforman y los intereses comunes a la colectividad.

Ubicamos así **al individuo**, sujeto concreto de los derechos humanos, a quien por su derecho a la libertad, **le es lícito ejercer sus potencialidades en tanto no vulnere el derecho ajeno**. Nada puede serle más propio al ser humano que sus capacidades biológicas y psicológicas.

El ejercicio de la razón, el pensamiento, es una capacidad, una potencialidad biopsicológica y se acepta universalmente su libertad, el derecho que tiene un individuo de ejecutarla. No son en esencia diferentes otras potencialidades humanas; **la capacidad procreadora es otro ámbito para la libertad**. Al igual que otras potencialidades es individual, y la conjunción de voluntades la hace efectiva. A pesar que el hombre desde los inicios de la historia ha manifestado su necesidad de regular su capacidad reproductiva, ha sido necesario un desarrollo científico que nos permita conocer a fondo esta capacidad humana, y un desarrollo técnico que nos permita controlarla, ponerla a disposición de la voluntad, es decir, hacerla sujeto de la deliberación, de la libertad de ejecutarla. La rémora es un aparato conceptual que aún no ve clara la relación entre libertad y expresión de potencialidades. Se fundamenta la elección reproductiva en los beneficios que puede conllevar al individuo, a la familia y a la colectividad. Estos son ciertos y dignos de considerarse, pero la verdadera fundamentación estriba en la libertad humana individual, de expresarse o no con los medios de su contexto sociohistórico en un despliegue de potencialidades.

Consideramos así a la elección reproductiva, llamada comúnmente planificación familiar, como una expresión histórica del derecho a la libertad, que permite al ser humano ser dueño de su vida reproductiva, separando de manera consciente y voluntaria a la sexualidad como medio de comunicación y relación humana, como manifestación de unión, amor y como medio destinado a la reproducción.

En el plano positivo, este derecho ha sido materia de reconocimiento por diversos instrumentos internacionales, por constituciones y legislaciones nacionales.

La Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos llevada a cabo en la ciudad de Teherán en el año de 1968, con ocasión del 20º Aniversario de la fundación de las Naciones Unidas, aprobó por unanimidad una Proclamación de los Derechos Humanos, cuyo artículo 18º consagró el derecho de los padres a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.

Posteriormente, la Conferencia Mundial de Población de la Organización de las Naciones Unidas, llevada a cabo en 1974 en Bucarest, Rumanía, aprobó por consenso de 136 gobiernos, un Plan de Acción

4. RECASENS SICHES, Luis; Vida humana, Sociedad y Derecho, p. 74.

Mundial sobre Población, el cual en su párrafo 14 (f) declaró que:

«Todas las parejas e individuos tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para ello; la responsabilidad de las parejas e individuos en el ejercicio de ese derecho exige que tengan en cuenta las necesidades de sus hijos vivos y futuros, y sus obligaciones hacia la comunidad».

Por otro lado, la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, proclamada en el año de 1979, prescribe en su parte IV, artículo 16^º, inciso 1, numeral (e), lo siguiente:

«Article 16: 1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations and in particular shall ensure, on a basis of equality of men and women: (e) The same rights to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and to have access to the information, education and means to enable them to exercise these rights»⁵.

A nivel constitucional, tanto la Constitución mejicana, de modo explícito en el segundo párrafo de su artículo 4^º, como la Constitución peruana, implícitamente en la primera parte de su artículo 6^º, amparan el derecho de los padres a elegir el modo y espaciamiento de sus hijos.

De modo que no se trata de recomendaciones sobre políticas de gobierno ni de normas de comportamiento social que contrarían normas morales, sino de derechos humanos, explícitamente consagrados en instrumentos vinculantes de la Organización de las Naciones Unidas y en diversas Constituciones Políticas y dispositivos legales de diversos Estados como el peruano, que a través del Decreto Legislativo N^º 346 «Ley de Política Nacional de Población», artículo

VI, numeral 3, garantiza como derecho de la persona humana, el de la libre determinación del número de sus hijos.

Ahora bien, es tan importante para un sistema jurídico la existencia positiva de un derecho, como la delimitación de los modos por los cuales la persona puede ejercerlo. Soy de opinión que la libertad de elección sobre el número y espaciamiento de los hijos propios incluye también la elección de modos de ejercicio de esta libertad, dentro del más absoluto criterio de conciencia y respeto por la intimidad y convicción personal, libre de presiones de agentes sociales, sean estatales o eclesiales.

El ejercitar el derecho a la elección reproductiva, implica una intervención humana en un proceso biológico. Desde el momento que el hombre asume la dirección y finalidad del acto sexual está optando por un manejo consciente de los procesos biológicos reproductivos⁶.

Así, por ejemplo, los métodos llamados «naturales», implican un manejo fisiológico, mientras que los métodos «de barrera» implican un manejo físico, ambos concientes y voluntarios.

Ningún método que faculte al ser humano, hombre o mujer, a decidir sobre el momento de procrear, es en sí mismo moral o inmoral. La utilización de los medios anticonceptivos, libremente elegidos por la persona, puede tener como propósito el procurar una mejor comunicación con la pareja o un sano y válido propósito de no procrear. Asimismo, puede tener fines egoístas, pudiendo llegar a extremos utilitarios y manipulativos de la otra persona involucrada en la relación, para la consecución de un fin no querido o ignorado por ésta.

Como lo sostiene Bernhard Haring, eminente teólogo alemán que lidera una amplia corriente al interior de la Iglesia Católica que busca un cambio de enfoque respecto de esta materia:

«Personalmente pienso que no puede negarse que toda regulación consciente de la natalidad incluye procesos manipuladores. Pero el problema que interesa a los moralistas no es si hay o no manipulación, sino si se trata de manipulación que va más allá de los límites trazados por la dignidad del hombre»⁷.

5. Convention on the elimination of all formes of discrimination against women. Proclaimed by the United Nations in 1979.

6. Sobre el tema, leer Haring, Bernhard; *Ética de la manipulación*. Ed. Herder, 1978. También SAI, T.; *Aspectos éticos de la planificación familiar*. IPPF, 1985.

7. Ver HARIN supra nota 6, p. 25.

En última instancia, la moralidad de los medios de elección reproductiva está indisolublemente ligada a la motivación del sujeto, a la cual el derecho no puede ingresar sin violar su intimidad. El deber del hombre de ser fecundo hasta que su salud o la de sus hijos lo permita, proclamado como posición oficial de la Iglesia Católica, constituye un precepto religioso, que tiene su ámbito propio reconocido en la libertad de culto⁸. Quienes se adhieren al culto, son los únicos obligados, moralmente, a cumplir con este precepto. Independientemente, conjuntamente con los demás mortales, siguen siendo sujetos de derecho y ciudadanos de un Estado libre, regido por normas propias y seculares que protegen la libertad en todas sus formas.

Dentro del conjunto de medios por los cuales un ser humano, hombre o mujer, puede ejercer su derecho de elección reproductiva se encuentran los medios quirúrgicos, que se conocen comúnmente como «esterilización».

Es necesario dejar claramente establecido que no es materia de este artículo ni la esterilización eugenésica, ni la socio económica ni la médica o terapéutica, sino la estrictamente voluntaria, que nace de una manifestación libérrima del individuo, y que es denominada en el ambiente médico internacional como Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria (AQV).

Esta se ejecuta modernamente mediante una intervención en los conductos por donde se trasladan ya sea los óvulos o los espermatozoides, produciendo un bloqueo de las trompas de Falopio o de los conductos deferentes, para el caso de la AQV femenina o masculina respectivamente.

La vasectomía es un procedimiento quirúrgico que tiene por finalidad impedir la fecundación mediante el bloqueo de los conductos deferentes, que son los canales por donde se expulsan los espermatozoides al producirse la eyaculación. Hay condiciones locales que pueden impedir o dificultar la vasectomía, tales como el hidrocele, varicocele, cirugía previa; también afecciones generales que requieren de precauciones especiales tales como desórdenes del sangrado y otros.

La técnica es simple. Se localiza el conducto deferente, se aísla y se fija firmemente y se realiza la incisión para seccionar y ligar, quedando de esta forma impedido el paso del espermatozoide. Hay variaciones y simplificación en la técnica para hacerlo menos traumático, inclusive sin escalpelo, mediante pinzas especiales que no requieren sutura de la piel. Las complicaciones son mínimas si se utiliza la técnica adecuada, la asepsia y los cuidados pertinentes. El tiempo de la intervención dura de cinco a diez minutos, pudiendo deambular el paciente casi inmediatamente después de la operación.

La ligadura de trompas es el procedimiento quirúrgico por el cual se realiza el bloqueo de los conductos o trompas de Falopio, que van a impedir la fecundación. Las técnicas de abordaje pueden ser por vía abdominal o por vía vaginal.

En el primer caso, se utiliza diferentes técnicas, siendo dos las principales: la Laparoscopia y la Minilaparatomía. En ambos casos, se realiza una incisión muy pequeña. En la primera, se efectúa una incisión por debajo del ombligo (aproximadamente de dos centímetros) por donde se introduce un aparato, el Laparoscopio, que tiene por objeto visualizar los órganos pélvicos. Una vez localizadas las trompas se realiza la oclusión mediante anillos de plástico especiales.

En el caso de la Minilaparatomía, se realiza una incisión de dos a tres centímetros por encima del pubis, por donde se penetra a la cavidad pélvica, se localiza las trompas, se exponen y se realiza el bloqueo, mediante anillos de plásticos especiales o se seccionan «a cielo abierto» y se ligan. En ambos casos, el procedimiento dura aproximadamente de cinco a diez minutos.

Por la cavidad vaginal también se puede penetrar por el fondo del saco posterior de la vagina, que está en contacto con los órganos pélvicos. Se hace la Colpotomía en la pared vaginal posterior, penetrando a la cavidad pélvica. Se localiza las trompas, se seccionan y se ligan. Este procedimiento no es de mucha utilización, porque supone la penetración por la vagina, que es un conducto séptico.

Hasta hace poco estos medios eran considerados totalmente irreversibles. Sin embargo, el avance de la tecnología médica ha hecho posible su reversibilidad mediante la recanalización de los conductos. Esta alternativa, aún onerosa y con un porcentaje de éxito aún bajo, debe llevarnos a replantear ya el concepto de la AQV como medio irreversible, por el de la AQV como medio **con ánimo de permanencia**.

La AQV implica, dentro de las opciones que puede tomar una persona en el ejercicio del derecho de dirigir su procreación, una decisión válida, radical y con ánimo definitivo de no procrear.

¿Resulta cuestionable esta decisión?

Hemos sustentado que el hombre, como ser libre, tiene derecho a elegir distintos medios para controlar su propia fecundidad. Y los medios que puede tomar, de una decisión definitiva en un sentido u otro. Hemos defendido permanentemente a la libertad como un valor jurídicamente tutelable. ¿Existiría alguna razón para que en este respecto dejemos de razonar como lo hemos hecho hasta ahora?

8. Sobre la posición oficial de la Iglesia Católica en este tema, leer Carta Encíclica «Humana Vitae» de su Santidad Paulo VI. Asimismo se recomienda LE CLERQ, Jacques; La familia según el derecho natural. Leclercq da una visión histórica de la posición de la iglesia sobre temas de moralidad familiar y sexual.

Si razonáramos como determinados sectores conservadores que consideran, dentro de la más firme tradición agustiniana, que el acto sexual es intrínsecamente malo y sólo se justifica por su fin reproductivo, o como los que consideran que el impulso sexual humano es tan fuerte que sólo el riesgo del embarazo le impide comportarse con promiscuidad, quizá.

Pero realmente no la existe.

La anticoncepción quirúrgica voluntaria ha sido profundamente tratada en la legislación comparada durante el último siglo. Y las tendencias jurídicas actuales, que vienen superando paulatinamente distintos criterios que la habían impedido, apuntan hacia un afianzamiento de la libertad humana.

En 24 países, entre los cuales se encuentran Austria, Dinamarca, El Salvador, Filipinas, República Alemana, Islandia, Indonesia, Italia, Luxemburgo, Mozambique, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, Gran Bretaña, Singapur, Suecia, Túnez y Yugoslavia, se permite expresamente la anticoncepción quirúrgica voluntaria⁹.

«En 52 países, la anticoncepción quirúrgica voluntaria es legal por no existir ninguna ley que la prohíba, fundándose en el conocido principio de libertad personal por el cual «nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe»¹⁰.

Existen 29 países en los cuales la situación legal de la AQV no es clara, constituyendo sólo un pequeño grupo, otros 29 países, en los cuales ésta se encuentra taxativamente prohibida¹¹.

Muchas son las legislaciones que han dejado de considerar a la esterilización como una lesión corporal grave que implica la mutilación de los órganos genitales, llamada también **castración**.

Así, el Acta de Esterilización Voluntaria de Singapur, vigente desde el año 1974, declara en una de sus secciones, que:

«La esterilización sexual efectuada por un médico registrado (bajo esta acta) no constituirá una «lesión de gravedad» dentro del significado del Código Penal»¹².

Por su parte, el Acta Criminal de Nueva Zelanda, de 1961, prescribe que:

«61A (1) Toda persona está protegida de responsabilidad criminal por efectuar con cuidado razonable cualquier operación quirúrgica sobre cualquier persona, si la operación se hace con el consentimiento de esa persona, o de cualquier persona con derecho legal de consentir en su nombre a la operación y para un propósito legal.

(2) Sin limitar la expresión «propósito legal» contenida en la subsección (1) de esta sección, una operación quirúrgica que se hace con el propósito de dejar a un paciente estéril es hecha con un propósito legal»¹³.

Dentro de lo expuesto, podemos afirmar que las legislaciones nacionales se han ido orientando progresivamente hacia la validación legal de la AQV, bajo el criterio que dicha opción no lesiona el derecho a la integridad física del individuo.

En lo que se refiere a esta materia, el caso peruano contrasta con las posiciones adoptadas por las modernas corrientes legislativas. Si bien el artículo 121^º de nuestro Código Penal, Decreto Legislativo N^º 635, no incluye expresamente a la AQV, el Decreto Legislativo N^º 346, Ley de Política Nacional de Población, a pesar de constituir una norma relativamente reciente y que respalda decisivamente al derecho a la elección reproductiva, prohíbe en el artículo VI de su Título Preliminar a la AQV como medio de libre elección ya sea para el hombre o la mujer. La legislación sí permite la esterilización, si median graves motivos médicos o quirúrgicos, lo que en términos médicos se denomina **«riesgo reproductivo»**.

Algunos sostienen que la AQV se encuentra también prohibida por la disposición genérica contenida por los artículos 5^º y 6^º del Código Civil, Decreto Legislativo N^º 295.

Estos artículos prescriben la irrenunciabilidad y la invalidez de la limitación voluntaria de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y las demás inherentes a la persona humana, salvo

9. IPPF; Manual de planificación familiar para médicos. Ed. 1989, p. 390.

10. Ibid p. 390.

11. Ibid p. 391.

12. PAXMAN, John; Leyes, políticas y planificación familiar, p. 41.

13. Ibid p. 41.

para el segundo de los nombrados, en el caso de estado de necesidad de orden médico o quirúrgico, o por motivos humanitarios.

El Dr. Carlos Fernández Sessarego sostiene que:

«La esterilización voluntaria, cuya práctica como medio anticonceptivo va en aumento en el mundo actual, en tanto comporta una disminución grave y permanente de la facultad procreativa de la persona, lesiona el derecho a la integridad psicosomática»¹⁴.

A pesar de la autoridad que le concede el haber sido ponente del Libro de las Personas de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, nos permitimos disenter de la opinión de tan versado autor. En nuestra opinión, no existe lesión al derecho a la integridad psicosomática consagrados en los precitados artículos.

El primer argumento utilizado por el Dr. Fernández Sessarego para sustentar su posición, es atribuir a la AQV la naturaleza de «disminución grave» de la facultad procreativa.

Sin embargo, no existe tal. El derecho a la planificación familiar, por su naturaleza, comporta una decisión positiva o negativa de ejercer la facultad de procrear. La facultad procreativa del ser humano no se ve disminuída, ni grave ni levemente, cuando existe un no ejercicio voluntario amparado por ley. Si el derecho ampara el ejercicio voluntario de una facultad, ampara igualmente su no ejercicio voluntario, y por tanto, siendo la esencia del derecho la facultad, el ejercicio de una opción no puede considerarse violatorio de la ley. Debe considerarse, adicionalmente,

que los otros medios de ejercicio de elección reproductiva se rigen por el mismo principio sin por ello ser cuestionados.

La gravedad podría no referirse sin embargo a la disminución de la facultad procreativa sino a la lesión física, es decir al daño físico, verificable fácticamente, causado al organismo humano. Sin embargo, toda vez que tanto para el hombre como para la mujer se trata de obturaciones de conductos que requieren de pequeñas incisiones y que para el primer caso pueden ser realizados de modo ambulatorio sin requerir sutura de la piel.

Más aún, el principal criterio utilizado por las modernas legislaciones sobre la materia para salvar la gran confusión que ha existido entre esterilización y castración ha sido el considerar que los medios quirúrgicos modernos no implican el corte o cercenación de los órganos reproductivos, sino la oclusión de un par de tubos, ya sea en el hombre o en la mujer, para impedir el encuentro entre espermatozoide y óvulo. En ese sentido se pronunció, por ejemplo, la Secretaría de Justicia de Filipinas al aclarar el artículo 262º de su Código Penal, que sancionaba a cualquier persona por la mutilación total o parcial de algún órgano esencial para la reproducción¹⁵.

Dentro de lo expuesto anteriormente, tenemos que concluir que la esterilización voluntaria es un modo de ejercicio del derecho a la elección reproductiva, y por tratarse de un medio con ánimo de permanencia no debe ser prohibido, recortando la libertad de elección de la persona, sino que, en la medida que no presenta conflictos sustantivos con otros derechos personales, debe ser dotado de todas las seguridades para que exista la certeza que el consentimiento que la persona está prestando sea válido, informado y sin coacción de ninguna clase.

14. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; Derecho de las personas. p. 43. Studium 1986.

15. Ver PAXMAN supra nota 12, p. 52.

Entrevista al Dr. Fernando Valdés Dal-Re

En el mes de noviembre del año pasado, el prestigiado jusbaboralista español Fernando Valdés Dal-Re visitó el Perú invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y el Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales.

Nuestra Facultad se honró con su presencia siendo testigo de un aleccionador y exitoso ciclo de conferencias destinado tanto a catedráticos como a alumnos. Asimismo, el doctor Valdés Dal-Re accedió a conceder una entrevista a Thémis, la misma que les ofrecemos en las páginas siguientes.

La entrevista fue preparada y realizada por María Eugenia Trujillo y José Ignacio Castro.

Thémis: *En el Perú del año 1986, por razones de crisis económica y con la finalidad de disminuir el gran porcentaje de desempleo existente, se creó el PROEM (Programa Ocupacional de Emergencia), por medio del cual se permitía la contratación temporal de trabajadores para la realización de labores ordinarias, como un modelo paralelo al contrato de trabajo típico de duración indeterminada. Entendemos que en España existen los contratos de fomento de empleo, también como modelo contractual paralelo. ¿Responde la existencia de dichos contratos a estas razones?*

Dr. Valdés Dal-Re: El contrato de fomento de empleo, tal como fue concebido inicialmente en España, efectivamente responde a la necesidad, percibida por el Gobierno, de facilitar al máximo la creación del empleo. Esa fue la razón básica por la que desde el año 1977, en que se inicia el proceso de facilitación de la contratación temporal, hasta 1984, cuando definitivamente se normaliza esa figura contractual, por la que, al margen de los contratos temporales de carácter estructural, aparece este contrato de carácter coyuntural. Inicialmente, estos últimos pretenden responder a una situación de crisis, pero como en otras tantas instituciones, los problemas que enfrentan versan sobre sus límites. ¿Hasta cuándo deben mantenerse? ¿Puede acaso instalarse indefinidamente un contrato que nace para atender una situación de crisis, de manera tal que constituya una alteración de los principios de la contratación temporal ordinaria?. Esa es realmente la verdadera cuestión de este tipo de contratos tanto en España como en el Perú.

Thémis: *En todo caso, ¿cree Ud. que debe mantenerse en épocas de crisis el contrato típico a plazo indefinido, o es recomendable la adopción de modelos paralelos de contratación, como es el caso del PROEM en el Perú y el Contrato de Fomento de Empleo en España?*

Dr. Valdés Dal-Re: Para limitar la respuesta a la situación española, creo que tras casi doce años de

aparición de la contratación de fomento de empleo hoy se hace necesaria una profunda revisión del mismo, sobretudo si se tiene en cuenta los efectos perversos que ha generado, efectos que esquemáticamente se resumen en una formidable precarización de la mano de obra, a tal punto que en España, en 1990, más del 90% de los trabajadores fueron contratados a través de alguna de las figuras atípicas, y sobretudo la de fomento de empleo, y en estos momentos el total de los puestos de trabajo precarios en España es del 25%, porcentaje éste que supera con mucho los estándares medios de la Comunidad Europea. Yo creo que una vez alcanzada la estabilidad económica en España, y coincidiendo con propuestas sindicales, resulta necesario proceder a la revisión del contrato de fomento de empleo.

En momentos de crisis puede ser recomendable la introducción de formas atípicas de contratos de trabajo, es decir, formas que atenúen o suavicen el carácter indefinido del contrato, procurando trabajo de carácter temporal. Pero en todo caso debe entenderse que ésta es una situación de emergencia, coyuntural, cuya finalidad es intentar romper la tendencia al desempleo, y en consecuencia, cuando la situación cambia ha de volverse a la situación anterior, o cuando menos establecer mayor rigor en la permisión de la contratación temporal para impedir la precarización del empleo.

Thémis: *Esas perversiones que mencionó antes, ¿podría explicarlas?*

Dr. Valdés Dal-Re: Bueno, lo que decía, un alto porcentaje de precarización que se da en España.

Thémis: *¿Y un uso abusivo de la modalidad?*

Dr. Valdés Dal-Re: Bueno un uso abusivo no. Los contratos temporales se usan en los momentos de crisis económica en Europa con una finalidad: permitir la creación de empleo. Sin embargo, se observa que

con los contratos temporales, si no con todos al menos con una gran parte de ellos, se produce lo que los economistas califican como "el efecto de sustitución". En lugar de crear empleo, y consiguientemente propiciar un incremento neto en la tasa de empleo, los empresarios utilizan la contratación temporal para sustituir trabajadores fijos por trabajadores inestables o precarios. En otras palabras, los empresarios utilizan o pueden utilizar estas fórmulas de contratación temporal para fines alejados de su proyecto inicial, como puede ser el rejuvenecimiento de sus planillas, la eliminación de los trabajadores sindicalmente más combativos y la obtención de una planilla sindicalmente domesticada. Estos son los efectos perversos sobre los que los gobiernos y los sectores que hacen culto a la temporalidad tendrían también que reflexionar cuidadosamente.

Los contratos temporales producen además dos efectos perversos cuando su uso se extiende. Uno es que actúan como drenaje de la acción sindical. Las empresas con alto porcentaje de trabajadores precarios son aquellas que carecen de sindicalización. Los trabajadores a lo único a que aspiran es a conseguir la prórroga de sus contratos temporales, y cuando el periodo máximo de temporalidad concluye, a convertirse en trabajadores fijos, creando con ello trabajadores muy dóciles a las instrucciones de los empresarios y poco combativos desde el punto de vista sindical. El segundo efecto perverso es que, cuando se tiene una alta tasa de rotación de la mano de obra y, consiguientemente, los puestos y necesidades permanentes de la empresa se cubren con trabajadores temporales, puede producirse una formidable disminución en la formación profesional de los propios trabajadores, ya que la contratación temporal no permite la acomodación de los trabajadores a las innovaciones tecnológicas. Precisamente todo esto es lo que ha pasado en España con esa formidable tasa de precarización que alcanza más del 25% de la población asalariada, y desde luego, son estas razones perversas las que aconsejan un cambio profundo en la normativa reguladora de los contratos temporales.

Thémis: *El 12 de noviembre de 1991 se publicó en el país la nueva Ley de Fomento del Empleo. En ella se establece que determinadas categorías laborales, como las mujeres con responsabilidades familiares, los trabajadores mayores de 45 años en situación de desempleo y los trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales, podrán ser contratados a plazo determinado. ¿Se justifica que, en razón de personas que se encuentran en desventaja para acceder al empleo, se establezcan excepciones al contrato típico de duración indefinida?*

Dr. Valdés Dal-Re: Las contrataciones de crisis tienen como una de sus finalidades favorecer al mercado de trabajo de aquellas personas que por una u otra circunstancia tienen dificultad para hacerlo. Lo

que me llama la atención, en todo caso, es que el favorecimiento de estos colectivos se produzca a través de la contratación a plazo determinado, en lugar de mediante otro tipo de fórmulas que acaso pueden incentivar más el mantenimiento, o en su caso el ingreso, de dicho colectivo en el mercado de trabajo. Concretamente, en España, una vez que el contrato de fomento de empleo se generalizó y no se limitó a determinadas categorías, a los trabajadores mayores de 45 años o a los trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales, se les incentiva el ingreso en el mercado a través de fórmulas exactamente contrarias. No se trata de contratarlos temporalmente, sino de contratarlos indefinidamente a cambio de la obtención por parte de las empresas de subvenciones o, en su caso, de descuentos en las cuotas de seguridad social. La contratación temporal de estos trabajadores no me parece buena técnica de fomento de empleo.

Thémis: *En cuanto a los sujetos beneficiarios, ¿por qué proteger a los trabajadores mayores de 45 años y a las mujeres con responsabilidades familiares?*

Dr. Valdés Dal-Re: La protección a los trabajadores mayores de 45 años cuenta con una tradición en las legislaciones europeas, ello porque estos trabajadores, salvo que tengan una alta calificación profesional, pueden ser sustituidos por trabajadores más jóvenes. En lo que se refiere a las mujeres con responsabilidades familiares, la conclusión difiere. Probablemente se trata de un tratamiento clásico, por decirlo así, del rol de la mujer en la sociedad y dentro de los centros de trabajo. No cabe duda que, al menos en lo que se refiere a la legislación europea, un tratamiento privilegiado de las mujeres con responsabilidades familiares sería considerado discriminatorio. Creo que el mecanismo de incentivar a las mujeres no pasa por establecer una legislación separada ni por atribuirles la posibilidad de la contratación temporal, sino que exige un replanteamiento que pase necesariamente por el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo de toda la población asalariada.

Thémis: *¿Cree Ud. que ante un despido injustificado, improcedente o nulo, se repara el daño ocasionado al trabajador indemnizándolo y no reponiéndolo en su anterior puesto de trabajo?*

Dr. Valdés Dal-Re: Haciendo abstracción de las concretas soluciones legislativas, un despido que carece de causa, es decir, cuando el empresario extingue el contrato de trabajo sin estar fundamentado en causa legal, constituye una facultad de desistimiento que no pertenece a las tradiciones de los ordenamientos laborales. Una de las reformas del Derecho del Trabajo respecto de la legislación civil fue el privar a los empresarios de la facultad típica de los contratos de desistir, esto es, la facultad de extinguir el

contrato sin alegar justa causa. En el Derecho del Trabajo, desde una perspectiva estrictamente jurídica, la causalidad del contrato tiene que significar que ahí donde no existe causa el daño sólo puede ser reparado mediante la readmisión inmediata del trabajador en su anterior puesto de trabajo.

Thémis: *¿Ud. considera que la única reparación ...*

Dr. Valdés Dal-Re: Es la readmisión. Esa es, desde un punto de vista general, que es como yo he respondido, la única reparación. El reconocer una eficacia extintiva en el despido injustificado, en la terminología peruana, o improcedente, en la terminología española, es, por mucho que pueda opinarse lo contrario, recuperar la facultad de desistimiento. O el despido es causal y, consiguientemente, allí donde no hay causa no cabe otra reparación que la indemnización, o el despido no es causal, en cuyo caso el catálogo de causas establecidas en cada una de las legislaciones no pasaría de ser una retórica y el despido se convertiría en libre, aunque pagado. Ese es el sistema de la mayoría de los ordenamientos. Por mucho que los ordenamientos califiquen la causalidad del despido, al final el mecanismo de sustitución de la readmisión por la indemnización en metálico convierte a los despidos en actos libres bien que pagados.

Thémis: *En el Perú, la Ley de Estabilidad Laboral establece que una vez declarada fundada la demanda, el trabajador podrá optar por la reposición en el centro de trabajo o la indemnización por despido injustificado. Sin embargo, con la nueva Ley de Fomento del Empleo se ha establecido que el juez podrá ordenar el pago de una indemnización por despido injustificado en lugar de la reposición, así ésta haya sido solicitada por el trabajador en la demanda, siempre que la reposición resultare inconveniente dadas las circunstancias. ¿Qué comentario le merece esta variación? En todo caso, ¿a quién debe corresponder el derecho de opción?*

Dr. Valdés Dal-Re: En las legislaciones europeas, el derecho de opción en caso que la obligación de readmitir pueda ser sustituida por una indemnización en metálico en el despido injustificado, suele corresponder al empresario con criterios de generalidad, salvo en los supuestos de los representantes de los trabajadores, en los que por razones de defensa de la libertad sindical y de la autonomía colectiva, la opción se invierte, reconociéndosele al trabajador representante de los trabajadores el derecho de opción.

Por lo que se me dice, aquí la previsión legislativa es que sea el Juez el que decida en estos casos si al trabajador se le repone en su anterior puesto, con las anteriores condiciones, o se le abona una indemnización. Personalmente, emitiendo una opinión sin cono-

cer a fondo la situación laboral del país, creo que el desplazamiento a los Jueces de la decisión de readmitir o indemnizar es la peor de las soluciones posibles porque coloca en manos de los jueces una decisión de la que va a depender la permanencia o no del trabajador en su puesto de trabajo, transfiriéndole una obligación que, a mi juicio, debe quedar suficientemente definida en la propia ley. Esto al mismo tiempo crea inseguridad y, sobretodo, crea o puede crear una gran desigualdad aplicativa de acuerdo con los criterios que marque cada Juez. En definitiva, la remisión al arbitrio del Juez de una de las dos obligaciones alternativas en que puede consistir el despido injustificado, no es, en mi opinión, una solución que vaya a aportar seguridad en el ordenamiento y, sobretodo, en la práctica de las relaciones laborales. Por lo demás, ni qué decir tiene que sobre los jueces puede recaer una presión superior a lo razonable y a lo recomendable.

Thémis: *¿Le parece a Ud. que, en general, en cualquier ordenamiento, la opción debería quedar a cargo del trabajador o a cargo del empresario?*

Dr. Valdés Dal-Re: De acuerdo a lo que anteriormente dije, con criterios de generalidad, en el despido injustificado no tendría que haber una opción puesto que el despido injustificado sólo debería tolerar la readmisión inmediata del trabajador en el anterior puesto de trabajo. Pero si se introduce un sistema de estabilidad obligatoria y, consiguientemente, se reconoce una opción entre la indemnización y la reposición, debería ser el trabajador el que pudiera optar. En las legislaciones europeas, el criterio general suele ser, insisto, el que, con carácter general, se otorgue esa opción al empresario y, con carácter particular, a los trabajadores, pero nunca al órgano que ha de decidir sobre el carácter justo o injusto del despido.

Thémis: *Otra novedad de la Ley de Fomento del Empleo es la incorporación del despido nulo, que se parece al radicalmente nulo establecido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional español. Así, se recogen como causales de despido nulo las siguientes:*

- a) *La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;*
- b) *Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;*
- c) *Presentar una queja o participar en un procedimiento contra el empleador ante las autoridades competentes;*
- d) *La discriminación por razón de sexo, raza, opinión o idioma;*
- e) *El embarazo, si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto.*

¿Qué comentario le merece esta innovación en el ordenamiento laboral peruano?

Dr. Valdés Dal-Re: Quizás para una mejor comprensión de la respuesta que de inmediato he de formular, es preciso efectuar una serie de observaciones generales. La figura del despido nulo la introduce el Estatuto de los Trabajadores (en adelante E.T.) del año 1980 reservándola para aquellos casos en que el empresario hubiera incumplido las formalidades del despido, es decir, la no remisión al trabajador de la carta de despido con mención expresa de alguna de las causas mencionadas en la legislación o la ausencia de la fecha del despido. Por tanto, el despido nulo se reserva exclusivamente a los incumplimientos formales del empresario a la hora de despedir. En el E.T. también se califica como nulo el despido de aquellos trabajadores cuyo contrato se encontrase en ese momento en situación de suspensión. El E.T., a la hora de fijar los efectos del despido nulo, indicaba que estos serían la readmisión inmediata del trabajador en su anterior puesto de trabajo. Ocurrió sin embargo, que la Ley de Procedimiento Laboral dictada pocos meses después del E.T., alteró completamente los claros y diversos efectos del despido injustificado y del nulo. El despido injustificado, en la legislación sustantiva, tuvo los efectos de readmisión o pago de una indemnización a opción del empresario, y el despido nulo el único efecto de la readmisión. La Ley de Procedimiento Laboral unificó los efectos de ambos despidos de tal suerte que, tanto si se producía un despido injustificado como un despido con incumplimiento de las formalidades, el efecto era único: la readmisión o la indemnización a opción del empresario. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, a poco de constituirse, en 1982 y probablemente como consecuencia de esta unificación efectuada por un Decreto Legislativo en clara violación del mandato recibido, estableció una nueva categoría de despido. Concretamente, la calificó como Despido Radicalmente Nulo, reservando dicha mención a aquellos despidos que se hubieran efectuado en violación de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional. La Nueva Ley de Procedimiento Laboral, dictada en 1990, ha vuelto las aguas a su cauce y ha establecido para el despido nulo los efectos que el E.T. inicialmente le atribuía, es decir, la readmisión en el anterior puesto de trabajo, sin posibilidad de sustitución en metálico. Como consecuencia de ello, la figura del despido radicalmente nulo ya no se hace necesaria porque el Tribunal Constitucional cuando elabora esa figura de despido, que no tenía acomodo en nuestra legislación, lo hace precisamente para establecer que, en determinados despidos especialmente "odiosos", como son aquéllos que se producen con violación de derechos fundamentales, el régimen jurídico debía ser el de la readmisión en el puesto de trabajo sin la posibilidad del pago de la indemnización en metálico. Dicho en otras palabras, en estos momentos, tras la nueva Ley de Procedimiento Laboral, en el ordenamiento español existen tres categorías de despido: el procedente, que tiene lugar en aquellos casos en los que el Juez aprecie la concurrencia de la causa alegada por el empresario, con constancia en

la carta de despido y que determina la extinción del vínculo contractual; el improcedente, que equivaldría al injustificado, es decir, aquellos despidos en los que no concurre causa y en los que el empresario puede optar entre el abono de una indemnización o la readmisión en el puesto de trabajo, y el nulo, que a su vez engloba dos categorías: nulidad por razón de forma y nulidad por razón de fondo. Tanto en un caso como en el otro, en este tercer supuesto de despido, el efecto es la inmediata readmisión del trabajador en el puesto de trabajo.

Por lo demás, me parece que la decisión del legislador peruano de establecer un catálogo de causas en el supuesto del despido nulo quizás tenga algún inconveniente, que no se presenta en la legislación española al ser ésta de carácter más abierto, más amplio. En la legislación española son nulos por razón de fondo, los despidos con violación de derechos fundamentales, trátase ésta de violación de libertad sindical, que observo que sí está recogida en la legislación peruana; de discriminación por cualquier causa, que también está recogida; pero también cuando se produce como consecuencia de una represalia en el ejercicio de la libertad de expresión por parte del trabajador, que me parece no está recogida, o por razones ideológicas. La cláusula general que utiliza el ordenamiento español quizás ofrezca problemas a la hora de aplicarla, pero me parece que permite, en términos generales, una aplicación más amplia que la del listado de la Ley peruana.

Thémis: En el Perú, los trabajadores participan en las utilidades, la gestión y la propiedad de la empresa. En términos generales, ¿sucede lo mismo en España?

Dr. Valdés Dal-Re: En España la legislación no contempla la participación de los trabajadores ni en las utilidades ni en la gestión ni en la propiedad. Algunos convenios colectivos sí suelen contemplar lo que nosotros llamamos la participación en beneficios, que equivaldría a su participación en utilidades, bien que el concepto participación en beneficios ha ido progresivamente perdiendo su perfil originario y convirtiéndose en una tercera paga extraordinaria que se computa no en función de los beneficios obtenidos sino de acuerdo a un determinado porcentaje o en función de los salarios base del trabajador. En el régimen anterior, por el contrario, la normativa legal sí preveía una participación en la gestión de determinadas empresas, concretamente, las que tuvieran más de quinientos trabajadores, y las normas sectoriales de origen estatal, lo que nosotros llamamos las reglamentaciones de trabajo, sí preveían con carácter obligatorio una participación en beneficios. En lo que se refiere a la participación en la propiedad, llamada también "accionariado obrero", el ordenamiento laboral nunca lo ha contemplado con carácter general.

Thémis: *Tenemos entendido que existe cierto recelo en las organizaciones sindicales españolas en cuanto a su participación en la gestión. Según su criterio, ¿a qué se debe esta situación?*

Dr. Valdés Dal-Re: ¿Cuáles son las razones por las que, ya en el sistema constitucional, las organizaciones sindicales españolas ciertamente miran con desconfianza la participación, sobretudo en la gestión? Tratando de simplificar al máximo, podría decirse que este recelo de los sindicatos hacia fórmulas de participación en la gestión trae causa en que ello se concibe como un mecanismo de pacificación de las relaciones colectivas. El sindicalismo español, y creo que en eso participa también el sindicalismo de los países más próximos al nuestro, el de Italia o el de Francia, conciben la intervención en la empresa fundamentalmente a través de fórmulas de negociación colectiva, y entienden que les compromete menos con la empresa las fórmulas de participación indirecta, mediante los típicos sistemas de acción sindical. Esta sería fundamentalmente la razón. Entienden que las fórmulas de gestión son más propias de sistemas o concepciones sindicales colaboracionistas, y de una tradición sindical más conflictiva como la que se corresponde con el sindicalismo español.

Thémis: *Es decir, ¿actualmente no existe ningún tipo de participación, salvo por convenio colectivo?*

Dr. Valdés Dal-Re: En las utilidades y sólo con carácter excepcional, en el sector público.

Thémis: *Una de las medidas promocionales de la negociación colectiva que Ud. sostiene es el deber de negociar, entendido como el inicio de los tratos contractuales. Nadie duda que ese deber de negociar se refiere a la apertura de la negociación de un convenio colectivo. ¿Cree Ud. que debería acompañarse otro tipo de medida promocional?*

Dr. Valdés Dal-Re: El deber de negociar efectivamente constituye una de las medidas promocionales de la negociación colectiva que incorporó nuestra legislación. De algún modo la nuestra se inspira en la tradición norteamericana del deber de negociar, aun cuando la misma se ha desarrollado en otro contexto. En todo caso, y para ceñirme estrictamente a la respuesta, el deber de negociar efectivamente ha de ir acompañado, cuando menos, de otra medida tan importante como el deber de negociar, y consistente en el deber de negociar de buena fe. No sólo hay que sentarse en la mesa de negociación, abrir los tratos negociales, sino además hacer todos los esfuerzos razonables para llegar a un acuerdo, en definitiva, negociar bajo la regla de la buena fe. En España, la legislación sobre negociación colectiva establece igualmente el deber de las partes de negociar de acuerdo con el principio de buena fe, con lo que de alguna forma viene a robustecerse o a hacerse efectivo ese deber de negociar.

Thémis: *El artículo 54 de nuestra Constitución Política establece que "las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de ley para las partes". Sin embargo, en el Perú se ha entendido que la organización sindical que negocia tanto a nivel de empresa como a nivel de rama, representa no sólo a los afiliados, sino a todos los trabajadores que pertenecen a dicha empresa o rama de actividad, respectivamente. Esta presunción tiene la virtud de extender los beneficios obtenidos a todos los trabajadores de dicha empresa o rama de actividad a pesar que los trabajadores no afiliados no asumen los riesgos de la negociación colectiva. ¿Qué comentario le merece esto?*

Dr. Valdés Dal-Re: Sin conocer a fondo la normativa peruana, pienso que el artículo 37 de la Constitución, al usar la expresión "fuerza de ley para las partes" está formulando, aunque con otros términos, lo que el artículo 37 de la Constitución española enuncia. Concretamente dice el artículo, punto primero, de nuestro texto constitucional, que la ley garantiza el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante del convenio. Fuerza vinculante del convenio y fuerza de ley para las partes del convenio, creo que pueden ser entendidos como términos muy semejantes. La fuerza de ley para las partes así como la fuerza vinculante hacen mención, a mi juicio, a la eficacia jurídica del convenio como una norma desplegando tanto una eficacia imperativa como una eficacia automática. Pero nada dicen sobre lo que se me pregunta, es decir, nada dicen sobre la eficacia personal de los convenios colectivos. La figura de los convenios de eficacia erga omnes o general no deriva necesariamente de la presunción de que los sindicatos representan a todos los trabajadores, sino de una concreta decisión legislativa. En España coexisten convenios colectivos de eficacia general y convenios colectivos de eficacia limitada. Cuando quienes negocian del lado de los trabajadores representan a la mayoría de los miembros del Comité de Empresa y Delegados de Personal, el convenio colectivo está dotado de eficacia general, de eficacia erga omnes, y consiguientemente se aplica a todos los trabajadores, estén o no afiliados al sindicato o a los sindicatos firmantes. Por lo que observo, la legislación peruana difiere en este punto. Ella reconoce esta eficacia general partiendo de la presunción de que los sindicatos representan a todos los trabajadores. Desde luego, una de las tradiciones más firmes y más sólidas del sindicalismo, es la de defender a todos los trabajadores y no sólo a los afiliados. Desde este punto de vista, la solución peruana no me parece reprochable como tampoco me parecen reprochables las soluciones a la italiana en las que el convenio colectivo tan sólo se aplica, cuando menos desde el punto de vista jurídico, a los trabajadores afiliados. La opción por un convenio de eficacia general o por un convenio de eficacia limitada me parece que es una opción legislativa que ha de efectuarse teniendo en

cuenta la realidad concreta de cada país. En España se optó por la eficacia general como regla general porque precisamente en el momento en que se aprueba la ley había una baja tasa de sindicalización de los trabajadores, y se temía, con buen criterio, que los convenios colectivos fueran sólo a beneficiar una franja muy reducida de los trabajadores, con lo cual la inmensa mayoría de la población asalariada quedaría sometida bien a los mínimos de la ley o bien a la arbitrariedad de la contratación individual. Aquella decisión del legislador español, me pareció enormemente oportuna y adecuada y, sin conocer la realidad laboral peruana, intuyo que las razones pueden ser muy similares, y desde luego comparto que el convenio colectivo se aplique a todos los trabajadores y no sólo a los afiliados.

Thémis: *A raíz de la presunción mencionada en la pregunta anterior, se ha impugnado la constitucionalidad de convenios colectivos que pretendan celebrarse a nivel de rama que obliguen a empleadores o sindicatos que no se encuentren afiliados a ninguna de las organizaciones representativas que han celebrado el respectivo convenio. ¿Qué opina al respecto?*

Dr. Valdés Dal-Re: Como decía con anterioridad, a mi juicio este reproche de inconstitucionalidad está fundamentado en una confusión, o puede, por decirlo con mayor modestia, estar fundamentado en una confusión conceptual. El artículo 54 de su Constitución cuando dice que las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empresarios tienen fuerza de ley para las partes, está situando la eficacia jurídica en el terreno de la eficacia jurídica, es decir, está, a mi juicio, reconociendo en los convenios colectivos la eficacia real, pero nada está diciendo sobre la eficacia personal. Dicho en otras palabras, en un sistema constitucional, cuando la Constitución nada dice, deja abierta a la decisión del legislador el optar por un modelo o por otro. Consiguientemente, el que la legislación ordinaria opte por atribuir a los convenios de rama eficacia general, y por lo tanto, aplicarlos a todos los trabajadores incluidos en la unidad de negociación al margen de cuál sea su estatuto sindical y a todos los empresarios- al margen de cuál sea su estatuto asociativo- no puede ser objetada desde la Constitución porque ésta alude, vuelvo a decirlo una vez más, a la eficacia jurídica, y aquél es un tema relativo a la eficacia personal de los convenios colectivos.

Thémis: *En cuanto al hecho que la norma legal peruana obligue a los empleadores a nombrar un representante común para poder negociar, es decir, cuando dice: "... a empleadores o sindicatos que no se encuentren afiliados..." ¿Puede una norma obligar a los empleadores a afiliarse?*

Dr. Valdés Dal-Re: Pero no obligan a afiliarse. A lo que obligan es a respetar el convenio colectivo. Si la norma obliga al empresario a afiliarse a una orga-

nización empresarial, eso evidentemente es merecedor del más grande reproche. Pero si lo único que hace la norma es decir que el convenio colectivo se va a aplicar tanto a los empresarios representados como a los empresarios no representados en la organización empresarial que firme, entonces es una cuestión distinta. Que la norma dote al convenio colectivo de eficacia general personal y obligue a todos los empresarios, incluso a los que no están representados, es una decisión que, a mi juicio, no es reprochable de inconstitucionalidad. Sé de algunas experiencias en la legislación comparada, concretamente en España, donde los empresarios están obligados a respetar y a aplicar el convenio colectivo cuando éste haya sido negociado de acuerdo con determinadas reglas, y ello aunque no estén asociados a la organización empresarial que lo ha firmado. En mi país a nadie se le ha ocurrido tachar esa norma de inconstitucional.

Thémis: *¿Cree Ud. que en la negociación colectiva por rama realizada por una federación, es posible que ésta renuncie a determinados derechos laborales alcanzados por los sindicatos afiliados a ella?*

Dr. Valdés Dal-Re: Parece que lo que se está planteando aquí es la negociación colectiva in peius, es decir, la posibilidad de que un convenio colectivo posterior empeore los derechos reconocidos en un convenio colectivo anterior. Para contestar nuevamente la pregunta respecto a la situación española, y además por hacerlo de acuerdo con criterios que comparto, en España las condiciones más beneficiosas, inatacables, son aquéllas que nacen del contrato de trabajo, pero no las que nacen del convenio colectivo. Siendo éste una norma, las relaciones entre normas, como es el caso de convenios colectivos en España, se rigen por el principio de modernidad, de modo que el convenio posterior puede derogar el convenio anterior.

Inmediatamente de promulgarse la Constitución, se abrió en mi país un debate sobre si la negociación colectiva estaba o no sometida a un principio de irregresividad, es decir, si los derechos alcanzados por un convenio colectivo ya no podían ser alterados por convenios colectivos posteriores. La doctrina, de manera unánime prácticamente, consideró que la negociación colectiva no está sometida a un principio de irregresividad. De manera que en un sistema de autonomía colectiva, los sindicatos pueden, si entienden que existen razones para ello, ceder determinados derechos a cambio de la obtención de otros derechos. Personalmente, esta práctica la entiendo acoró con un sistema de negociación colectiva libre, sin que a mi juicio esta afirmación -la cual evidentemente vale para la realidad sindical en la que la estoy formulando- sea merecedora de reproche alguno. En definitiva, tanto por razones jurídicas como por razones directamente ligadas a la capacidad de los pro-

pios sindicatos, de formular sus estrategias y en un determinado momento considerar que la cesión de unos derechos a cambio de la obtención de otros pertenece a su pleno dominio, no creo que deba imponerse en la negociación colectiva un principio de irregresividad, y considero válido en este sentido el convenio colectivo in peius.

Thémis: ¿Cree Ud. que el Estado debe o puede normar la negociación colectiva fijando las pautas mediante las cuales se realiza o debe la negociación ser librada a la autonomía colectiva de trabajadores y empleadores?

Dr. Valdés Dal-Re: El Estado ciertamente puede regular la negociación colectiva, pero en todo caso debe hacerlo con criterios acordes a los principios informadores de reconocimiento pleno de la autonomía colectiva. Es decir, cuando el Estado decide regular debe hacerlo en términos de libertad, fijando las reglas de juego, estableciendo cuáles pueden ser los actores, pero en modo alguno puede convertir esa ordenación en una restricción de la autonomía colectiva. Así entendida, no son incompatibles los instrumentos de la ley y de la propia negociación colectiva para la regulación de esta última. Ambos pueden compatibilizarse, y de hecho las legislaciones europeas demuestran, desde luego la española, que efectivamente el marco de la negociación colectiva puede ser acotado con carácter general por el Estado y posteriormente precisado y desarrollado por la negociación colectiva.

Thémis: El artículo 54 de nuestra Constitución Política establece que, a falta de acuerdo entre las partes, el Estado interviene en forma definitoria; dicho artículo faculta la sustitución de la voluntad de las partes negociadoras por la del Estado cuando éstas no lleguen a un acuerdo. Dicha sustitución, ¿es acorde con los principios de la autonomía colectiva?

Dr. Valdés Dal-Re: A mi juicio, el Estado no debe sustituir la voluntad de las partes negociadoras. El papel del Estado frente a los fracasos de la negociación colectiva debe ser incentivar fórmulas de auto-composición: La conciliación entre las partes, la mediación, pero en modo alguno el conflicto no cerrado como consecuencia de la suscripción del convenio colectivo debe zanjarse con una norma sustitutoria de la autonomía colectiva. No entiendo que esa función corresponda al Estado en un sistema de libertad sindical, en un sistema de autonomía plena.

Thémis: ¿Le parece que el Estado pueda suspender, derogar o fijar techos salariales en los convenios colectivos que interfieran con su política económica? ¿Qué hacer ante este supuesto?

Dr. Valdés Dal-Re: Las limitaciones procedentes del Estado al contenido del convenio colectivo, es decir a la libertad de contratación, mediante la imposición de techos salariales, constituyen de seguro uno

de los aspectos más polémicos en la negociación colectiva. En términos generales, entiendo que el Estado no debe establecer, en el sistema de negociación colectiva libre, criterios vinculantes para las partes negociadoras. Lo cierto es que una respuesta más matizada habría de tener en cuenta las concretas regulaciones y, entre ellas, la propia regulación constitucional. En España, el personal laboral de la administración pública tiene delimitada anualmente su masa salarial como consecuencia de las previsiones presupuestarias, restricción ésta que se considera plenamente acorde con las exigencias constitucionales en razón de que, al tratarse de personal al servicio de la administración pública, pertenece a la soberanía del Parlamento, expresada mediante las leyes presupuestarias y la fijación de incrementos salariales anuales. El gran debate, al margen de lo que acaba de decirse, que se abrió en España en la década de los 80 es si el Estado podría, en nombre de una política de rentas, no para los trabajadores del sector privado, pero para los trabajadores de las empresas públicas diferentes del personal laboral al servicio de la administración pública, establecer algún tipo de limitación a los incrementos salariales. El Tribunal Constitucional no tuvo oportunidad de pronunciarse, pero sí lo hicieron los Tribunales ordinarios en términos concluyentes con la constitucionalidad de la medida que en su momento establecieron las leyes presupuestarias. Personalmente entiendo que, efectivamente, una interpretación del artículo 40,1 de nuestra Constitución que permite al Gobierno proceder a la distribución de rentas dentro del marco de una política general de rentas, y del artículo 37,1 de la Constitución también, que regula el derecho a la negociación colectiva, permite concluir afirmando la compatibilidad, en estos casos excepcionales, de limitaciones salariales motivadas por política de renta, con el derecho a la negociación colectiva.

Thémis: Para un sector de la doctrina, el deber de paz es inmanente al convenio colectivo; para otro sector, tal deber de paz debe ser recogido mediante una cláusula expresa. A su vez, este deber de paz es absoluto cuando no cabe violarlo durante la vigencia del convenio colectivo, y es relativo cuando se pueden producir conflictos durante la vigencia del convenio colectivo respecto a los temas no acordados en él.

¿Qué comentario puede hacer al respecto?

Dr. Valdés Dal-Re: Personalmente siempre he defendido que el deber de paz no puede ser inmanente al convenio colectivo. El deber de paz no puede ser un deber jurídico sino una política, y consiguientemente, como tal política, exige cláusula expresa. En resumidas cuentas, salvo que la legislación establezca lo contrario, en cuyo caso habría que hablar de compatibilidad de esa medida con el posible derecho constitucional de huelga que reconoce el propio texto Constitucional, digo que salvo que así lo establezca la legislación, creo que, a falta de cláusula expresa, el

convenio colectivo no formula un deber de paz inminente.

Thémis: *¿Cuáles cree son las características o requisitos que debe reunir todo ejercicio del derecho de huelga?*

Dr. Valdés Dal-Re: El ejercicio del derecho de huelga tradicionalmente ha estado rodeado de una serie de requisitos. Unos referidos a los aspectos formales, otros referidos a aspectos sustantivos, y otros, en fin, referidos a aspectos procedimentales

Thémis: *Para ejercer el derecho de huelga, ¿es necesario que se esté negociando un convenio colectivo, o puede, por ejemplo, ejercerse para la defensa de derechos establecidos en el contrato de trabajo?*

Dr. Valdés Dal-Re: A mi juicio, el derecho de huelga es un derecho en principio ejercitable por los trabajadores para la defensa de sus intereses. Eso quiere decir consiguientemente, y formulo la idea con carácter general, que el derecho de huelga no tiene necesariamente porqué producirse en el momento de la negociación. Desde luego hay una tradición sindical de ligar conflicto y negociación. Pero tan válida como esta tradición sindical me pueden parecer aquellas tradiciones sindicales que no vinculan el conflicto al convenio y que consideran que el derecho de huelga puede ser un instrumento para la defensa de derechos distintos de la negociación colectiva. En resúmenes cuentas, y traduciéndolo a modelos, entiendo que el derecho de huelga es refractario al tradicional modelo contractual y, por el contrario, ha de moverse más en lo que la doctrina española ha venido denominando como el modelo laboral, de suerte que se permita el ejercicio de este derecho para la defensa de intereses profesionales, entendidos éstos en sentido muy amplio, incluyendo, desde luego, la posible defensa de lo que puede calificarse como intereses socio-económicos, es decir, puede ejercerse el derecho de huelga frente al oponente natural -el empresario- pero también frente al gobierno por parte de los trabajadores a fin de presionar sobre la adopción de una determinada medida.

Thémis: *¿Cuáles son los límites que se pueden establecer al ejercicio del derecho de huelga?*

Dr. Valdés Dal-Re: El mantenimiento de los servicios esenciales constituye, desde luego, uno de los límites más claros del ejercicio del derecho de huelga. Sobre ello existe una rara unanimidad, tanto por parte de las legislaciones como sobretodo por parte de las propias organizaciones sindicales que no discuten en efecto que, tratándose de servicios esenciales, el derecho de huelga puede ser limitado o restringido. El problema se plantea, primero: ¿Qué se entiende por servicio esencial?, y segundo: ¿Cuáles son los límites para el mantenimiento de los servicios esenciales? En

términos generales, creo que la definición elaborada por la jurisprudencia constitucional, que es acorde con otras nociones de ordenamientos próximos, y según la cual servicios esenciales son aquéllos de los que depende el ejercicio de los derechos, valores y bienes constitucionalmente reconocidos, es la noción más certera. Respecto a cuáles sean los límites que se pueden establecer para el mantenimiento de los servicios esenciales en la comunidad, éstos pueden ser muy variados. Desde límites de carácter puramente formal, como puede ser el establecimiento de un plazo de pre-aviso, hasta límites ya más enérgicos, como puede ser el establecimiento de unos servicios mínimos, o dicho en otros términos, el establecimiento de un umbral de trabajo indispensable para el mantenimiento de esos servicios esenciales. En todo caso, el límite que se establezca ha de ser compatible con el propio derecho de huelga. El principio de proporcionalidad entre los sacrificios que experimentan los trabajadores que laboran en los servicios esenciales, y el sacrificio que sufran los usuarios como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores, ha de regirse por el principio de la proporcionalidad, no pudiendo consistir el límite en una medida aflictiva que suponga la prohibición a estos trabajadores del ejercicio de su derecho de huelga.

Thémis: *¿Qué características debe reunir el lock out en España para ser considerado válido? ¿Coincide Ud. con el ordenamiento español?*

Dr. Valdés Dal-Re: En España, de acuerdo con la sentencia de 8 de abril de 1981 del Tribunal Constitucional, el lock out se configura como una medida de policía por parte del empresario, es decir, como una medida para preservar la seguridad de las personas y de los bienes. No se reconoce por tanto en el ordenamiento español, el cierre patronal de reversión, que es aquél que pretende represaliar a los trabajadores como consecuencia de una previa situación de huelga. No se permite, ni mucho menos, el cierre patronal como medida defensiva de los derechos de los empresarios. Así entendido, coincido con la interpretación que en su momento hizo el Tribunal Constitucional de la regulación del cierre patronal, restringiéndola a una simple medida del poder de policía del empresario para la seguridad de los bienes y de las personas.

Thémis: *En el Perú se viene flexibilizando el derecho del trabajo, sin que estas medidas estén acompañadas de otras que, por ejemplo, fomenten la sindicalización para cuidar se mantenga el equilibrio de fuerzas entre empleadores y trabajadores, evitando así caer en una "ley de la selva". ¿Cómo se flexibilizó el derecho del trabajo en España?*

Dr. Valdés Dal-Re: En España, la flexibilidad se consiguió fundamentalmente mediante la concerta-

ción social. En concreto, los instrumentos flexibilizadores más importantes fueron, primeramente, el Estatuto de los Trabajadores en su versión de 1980, y posteriormente, la Ley de 1984, que modificó determinados preceptos del Estatuto de los trabajadores en su versión original. Pues bien, en ambos instrumentos legislativos -con mayor intensidad en el segundo que en el primero- la flexibilización se efectuó mediante una participación de trabajadores y empresarios. Bien

es cierto que dicha negociación fue muchas veces una negociación informal, es decir, que las organizaciones sindicales no siempre formalizaron su acuerdo con las medidas flexibilizadoras. Pero por encima -o por debajo- de las críticas que estas medidas flexibilizadoras merecieron entre los sindicales, lo cierto es que hubo un consenso de fondo de sindicatos, que fue precisamente el que permitió la adopción y puesta en práctica de dichas medidas.

Código Civil Peruano

Compiladora: ***Dra. Delia Revoredo***

Ultimas Colecciones de VI tomos a la venta en la oficina de Thémis, Revista de Derecho, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Av. Universitaria s/n San Miguel o al teléfono 454318 en horario de oficina.

Contenido

Tomos I y II

- Antecedentes legislativos
- Comparación con el Código Civil de 1936

Tomo III

- Concordancias e Indices Comparativos

Tomos IV, V y VI:

- Exposición de motivos y comentarios

El Principio de Inmediación en el Proceso Laboral

Jorge L. Toyama Miyagusuku.
Alumno del 7mo. Ciclo de la PUC.

Exp. No. 1435-91-CD

Sres.
Gutiérrez Ballón
Chumpitaz
Gutiérrez Paredes

Lima, 18 de Setiembre de 1991.

VISTOS en audiencia pública del 29 de agosto de 1991 con el informe de los Dres. Enzo Celi Vidal y Angel Llanos Romero; y CONSIDERANDO: que el abogado de la demandada solicitó informar ante el Juez de la causa y le fue concedido el uso de la palabra para el día 7 de Mayo de 1991, fs. 42; que después del informe la actora solicitó que se expida sentencia, fs. 43; que por disposición superior se avocó al conocimiento de la causa el Juez del Primer Juzgado de Trabajo de Lima, notificándose esta resolución a la demandada el 6 de Junio del mismo año, fs. 45; que sin embargo, al día siguiente de expedido el decreto de avocamiento, el Juez expidió sentencia, fs. 46, la que fue notificada a la demandada conjuntamente con el mencionado decreto, fs. 48; que, para expedir la sentencia, no se ha cumplido con esperar el vencimiento del término de la notificación en la que se hace saber a las partes del avocamiento del Juez para que ellas puedan hacer uso de los recursos que la ley concede para estos casos; que, además, la Juez titular es la que debió expedir el fallo por la razón de haber recibido el informe oral de ambas partes sobre el caso subitis o el Juez que la reemplazó debió escuchar a las partes antes de expedir su fallo; que, consecuentemente, se ha incurrido en nulidad de acuerdo a lo que disponen los incs. 8 y 13 del art. 1085 del C.P.C.; con la facultad que confieren los arts. 59 y 60 del D.S. 03-80-TR: DECLARARON NULA la sentencia de fs. 46 a 47; MANDARON que se expida nuevo pronunciamiento teniéndose presente las consideraciones de esta resolución, en los seguidos por doña Reneé Castañeda Torres con Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores; y los devolvieron al Sexto Juzgado de Trabajo de Lima.

GUTIERREZ BALLON-CHUMPITAZ-GUTIERREZ
PAREDES.

Hilda Huerta-Relatora del Primer Tribunal.

RENEE CASTAÑEDA TORRES contra COMISION
NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALO-
RES (CONASEV).

I. Antecedentes

La trabajadora Reneé Castañeda ingresó a laborar en Conasev el 15 de Febrero de 1990, siendo despedida notarialmente el 27 de Diciembre de 1990 en virtud de la reorganización que se venía efectuando en Conasev conforme lo disponía el D.S. 318-90-EF. Ante ello, interpuso una acción de calificación de despido, siendo tramitada ante la jueza del Sexto Juzgado de Trabajo.

Actuadas las pruebas, el abogado de la demandada solicita informar oralmente ante el Juzgado, el mismo que se efectúa el 7 de Mayo de 1991 en presencia de la jueza. Posteriormente, el 6 de Junio, las partes son notificadas de: a) el avocamiento de la causa del juez del Primer Juzgado, por vacaciones de la titular (decreto de fecha 29 de Mayo) y b) la sentencia de este juez suplente declarando fundada la demanda (decreto de fecha 30 de Mayo). A la sentencia siguió la apelación interpuesta por Conasev, siendo derivada al Primer Tribunal de Trabajo de Lima.

Los argumentos de la apelación se dirigieron al aspecto procesal, esto es, la transgresión de principios procesales laborales de ineludible cumplimiento. Así, el principio de inmediación, preclusión, oralidad y el derecho a la defensa son los señalados en los alegatos del abogado de Conasev, para solicitar que se declare nula la sentencia de primera instancia.

Vista la causa, el Tribunal amparó los argumentos de Conasev y devolvió el expediente al Juzgado para que la jueza titular dicte la sentencia correspondiente o el juez suplente lo haga siempre y cuando diligencie un

segundo informe oral. Al regresar el expediente al Juzgado, la jueza titular asumió nuevamente jurisdicción y el 17 de Enero de 1992 resolvió la causa.

Como vemos, el meollo de la jurisprudencia que se adjunta está en determinar los alcances de la declaratoria de nulidad de una sentencia por contrariar principios básicos del procedimiento laboral. Esencialmente, trataremos el tema de la inmediación dada su singularidad y trascendencia en la presente controversia. Pretendemos, entonces, resaltar la importancia de los principios procesales en la tutela efectiva de los derechos laborales.

II. Alcances de la Inmediación Procesal

1. La inmediación o inmediatividad forma parte de los principios que rigen al ordenamiento laboral, ello derivado, a no dudarlo, de la naturaleza singular que caracteriza a esta rama del Derecho. En este sentido, por Principios del Derecho entendemos las directrices que justifican el carácter racional de un ordenamiento y que "informan e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encausar la aprobación de normas, la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos".

Siendo un Principio identificado con el proceso laboral, se debe prestar especial atención en la aplicación del mismo, en tanto ello garantiza la tutela efectiva de las pretensiones jurídicas de las partes procesales². Estamos pues, ante un Principio íntimamente relacionado con el fin principal del Derecho del Trabajo³: la búsqueda de la verdad real, ello pese al continuo proceso de reelaboración del mismo⁴.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la inmediación procesal, debemos destacar que, un sector minoritario de la doctrina diferencia a los Principios de las peculiaridades del proceso laboral⁵. Así, se establece que los primeros son generales, informan e inspiran los preceptos legales y constituyen el armazón del proceso laboral, siendo admitidos como Principios la Veracidad, el Pro-

pector, la Equidad, etc. En cambio, los segundos actúan en determinadas diligencias procesales, no orientan la aplicación de una norma y agotan su actuar en determinados actos procesales.

Dentro de esta clasificación, la inmediación es considerada como peculiaridad del proceso laboral, calificación que no compartimos por cuanto la inmediación está presente en todas las diligencias procesales y es un importante criterio en la interpretación de una norma. De otro lado, la inmediación se engarza con la definición esbozada por la doctrina para ser un Principio. En efecto, es un Principio o idea fundamental que informa al derecho positivo y que es aceptada por la doctrina mayoritaria⁶ y en la legislación como tal.

2. DEVIS ECHANDIA⁷, describe hasta tres manifestaciones del Principio de Inmediación:

a) Subjetiva. La prueba debe practicarse ante el juez que dirige el proceso, ello trae como consecuencia que el comparendo, diligencias investigatorias o testimoniales, inspecciones oculares, etc. se realicen ante el mismo juez que conoce la causa.

b) Objetiva. Definida como el contacto que debe existir entre el juez y los hechos que suceden en el proceso, de tal modo que lo conocido por el juez no se reduzca al texto envasado en el expediente.

c) De Actividad. Debe existir proximidad entre el acto de la prueba y las circunstancias objetivas que se presenten, esto es, la inmediación con los medios de prueba. Ejemplo de ello, lo tendríamos en una diligencia investigatoria solicitada por el juez en el lugar donde ocurrieron los hechos.

De otro lado, GOLDSCHMIDT describe dos alcances de la inmediación procesal: un sentido objetivo o material, que implica la obligación del juez para determinar los medios probatorios inmediatos que usará y, un sentido subjetivo o formal, que comprende el uso inmediato de los medios probatorios⁸.

1. Cfr. PLA RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. De Palma. Bs. As., 1978. p. 9.
2. Cfr. ALONSO OLEA & MINAMBRES. Derecho Procesal del Trabajo. Civitas. Madrid, 1991. p. 83.
3. Sostiene SARTHOU que la inmediatez está contenida dentro del Principio de Especialidad Laboral (Nuevo Proceso Laboral Uruguayo. F.C.U. Montevideo, 1974. p. 184). De igual opinión es COQUEIRO que sostiene la autonomía del Derecho Laboral en relación a otras áreas y, a partir de ello, describe los principios peculiares del Derecho Procesal del Trabajo (Tendencias Actuales del Derecho Procesal del Trabajo. En: Derecho Laboral No. 145. Montevideo, 1987).
4. Un interesante estudio acerca de los cambios actuales del Derecho Laboral así como de sus tendencias y sus perspectivas, puede encontrarse en BAYLOS, Antonio. Derecho del Trabajo: Un Modelo Para Armar. Trotta. Madrid, 1991.
5. Cfr. GIGLIO, W. Los Procesos Laborales: su autonomía, científica, dogmática y normativa. En: Bases para una Ley General de Trabajo. IET-CIAT. Lima, 1984. p. 368.
6. Cfr. ALBALADEJO, M. Compendio de Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1991. p.22.
7. Cfr. DEVIS ECHANDIA H. Teoría General del Proceso. T.I. Universidad. Bs. As., 1985. p. 144 y ss.
8. Cfr. GOLDSCHMIDT. Derecho Procesal Civil. Labor. Barcelona, 1936. p. 45.

Nosotros, consideramos que ambas clasificaciones son válidas pues describen al principio partiendo de diferentes perspectivas. Lo que importa es apreciar las manifestaciones del mismo y asegurar su aplicación en todas las etapas probatorias.

3. La inmediación obliga al juez a estar en permanente e íntima vinculación personal y directa con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo para tal fin los alegatos de las partes y las aportaciones probatorias, de tal manera que tenga un pleno conocimiento del proceso⁹. Consecuencia de este principio es que el único facultado para decidir una litis es el mismo juez que ha conocido de ella desde su inicio.

De lo expuesto, y siendo el proceso laboral esencialmente oral, la inmediación adquiere mayor importancia pues será a través de la oralidad en que el juez entrará en contacto directo con las partes. Entonces, la oralidad es un recurso técnico por el cual se manifiesta la inmediación¹⁰.

La inmediación se relaciona profundamente con la oralidad que inspira en forma determinante al proceso laboral. La propia dinámica del proceso laboral exige que el juez tenga un contacto directo con las partes y el objeto del proceso, y esto sólo se consigue con la oralidad.

4. ¿Qué sucede cuando un juez es destituido?. ¿Se deben volver a efectuar las diligencias realizadas?. Creemos que la respuesta debe encontrarse en la naturaleza de las diligencias realizadas. En tal sentido, las diligencias realizadas a pedido de parte o las diligencias procesales que se constituyen en único medio de inmediación entre el órgano jurisdiccional y las partes (como es la vista de la causa en nuestro ordenamiento), deben volver a realizarse.

Ahora, en cuanto a las diligencias efectuadas de oficio, producto de las facultades inquisitivas que cada vez tienen mayores manifestaciones en las legislaciones¹¹, éstas no son obligatorias para el nuevo juez. Lo expuesto se fundamenta en la propia naturaleza de la diligencia realizada, esto es, en tanto facultad, el juez

tiene la potestad de volver a diligenciarla conforme lo dispuesto por el inc. a) del art. 48 del D.S.03-80-TR¹².

La realización de una nueva diligencia no contraría al Principio de Celeridad Procesal pues, si bien retrasa la expedición de la sentencia, ante este enfrentamiento debe valorarse al Principio más importante. La inmediación deriva del carácter especial del proceso laboral, esto es, garantiza la búsqueda de la verdad material, por lo cual es el Principio que se aplicará, desplazando al segundo.

Entonces, tenemos definido ya los alcances y trascendencia del Principio de Inmediación Procesal. La naturaleza del derecho laboral hace imperativo que el juez intervenga personalmente en el desarrollo del proceso, actuación de pruebas, recepción de informes orales y, finalmente, dicte la sentencia correspondiente.

III. La Inmediación en nuestro Ordenamiento

1. Es unánime la doctrina que establece que los principios procesales no necesitan estar consagrados expresamente en nuestro ordenamiento para tener vigencia¹³. Sin embargo, las recientes normas procesales, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil, contienen mención expresa a la inmediación como principio elemental de la administración de justicia.

Antes de describir las consecuencias de la consagración positiva del principio de inmediación, desarrollaremos el marco constitucional sobre el cual se aplican los principios procesales.

Nuestra Constitución establece en sus principios rectores y en su articulado una amplia gama de garantías y derechos procesales, tratando de brindar los medios adecuados para la tutela efectiva de las pretensiones de las partes.

En este sentido, el art. 2, inc. 20 y el art. 233 presentan una larga relación de derechos respecto a la libertad personal y a las garantías de la administración de justicia que pueden condensarse en un supra-derecho: la tutela jurisdiccional efectiva. El derecho anotado

9. Cfr. BAYLOS A. & otros. Instituciones del Derecho Procesal Laboral. Trotta. Madrid, 1991. p. 106 y MONTOYA MELGAR A. Derecho del Trabajo. Tecnos. Madrid, 1989. p. 695.

10. Sin embargo, autores como RODRIGUEZ PINERO señalan que la inmediación es una manifestación de la oralidad (Sobre los Principios Informadores del Proceso del Trabajo. En: Revista Político Social No. 81, 1969. p. 21 y ss).

11. Cfr. CRUZ VILLALON, J. & VALDES DAL RE, F. Lecturas Sobre la Reforma del Proceso Laboral. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1991. p. 145.

12. El artículo anota que los jueces están facultados para: "ordenar las diligencias que consideren necesarias o para que se presenten los documentos indispensables al esclarecimiento de los hechos, no pudiendo, sin embargo, suplir a las partes cuando corresponda a éstas probar los hechos determinados por el art. 32".

13. Cfr. PLA RODRIGUEZ, A. Ob. Cit. p. 37 y NEVES MUJICA, J. Principios del Derecho del Trabajo. En: Derecho Laboral. Materiales de Enseñanza. PUC. Lima, 1988. p. 142-43.

tiene un contenido complejo en el que se agrupan una constelación de derechos y principios simples, siendo uno de ellos la inmediación procesal.

De otro lado, teniendo en cuenta que el proceso laboral es un instrumento para la protección de los derechos laborales (desarrollados ampliamente en el Capítulo V de la Constitución, en otros Capítulos como el Régimen Político o Económico y en el Preámbulo), la inmediación se constituye en el Principio rector del procedimiento laboral.

Entonces, tenemos un esquema constitucional que brinda las garantías necesarias para que se cumplan los requisitos mínimos del debido proceso, estando incluida la inmediación como un Principio que integra la denominada "base institucional del Estado"¹⁴. No era necesario tipificar al Principio pues, teniendo en cuenta su naturaleza y lo establecido en la Constitución, teníamos asegurada la vigencia del mismo.

2. Ahora, a nivel legal tenemos estas nuevas normas que, por primera vez, tipifican al Principio de Inmediación¹⁵, lo que conlleva a analizar dos aspectos: a) la aplicación de un Principio laboral a todo el ordenamiento procesal y b) la tipificación del Principio y sus efectos.

En cuanto a lo primero, teniendo en cuenta la autonomía del derecho laboral, no debió extenderse la aplicación del Principio a otros procesos. Si entendemos que la Inmediación no se refiere a la forma en que se exteriorizan las actuaciones procesales sino al hecho que éstas deben realizarse ante el juez, teniendo presente la íntima relación existente entre oralidad e inmediación, podemos concluir que la Inmediación sólo encuentra su desarrollo en el juicio oral (el proceso laboral tiende a serlo) y no en los procesos civiles, caracterizados por su forma escritural. Como anota ALSINA, pretender aplicar la inmediación a un proceso escritural, constituye una declaración lírica pues ella nunca se aplicará¹⁶.

Un segundo argumento, que abona lo expuesto precedentemente, consiste en apreciar que la inmediación tiene estrecha vinculación con las peculiaridades del proceso laboral, esto es, facilita la búsqueda de la verdad material en tanto que permite al órgano jurisdiccional entrar en contacto directo con las partes.

De otro lado, las recientes normas no sólo conllevan a la inaplicación del Principio por la extensión operada, sino que también confluye a ella la consagración normativa del mismo. Pensamos que la regulación legal traerá consigo la inaplicación del Principio, tal como lo señala PLA RODRIGUEZ, la experiencia enseña que la concreción en la ley le quita al principio "fecundidad, lo cristaliza y lo congela"¹⁷.

Los principios deben tener y aspirar a una absoluta pretensión de validez que no admita excepciones¹⁸, la consagración normativa y la extensión efectuada sólo conducirán a la secularización del Principio en tanto no será aplicado en la mayoría de los procesos. Si los Principios del Derecho son contenidos mínimos de ineludible observancia en tanto constituyen el sustento elemental de un ordenamiento jurídico, al no cumplirse por las razones acotadas, no tendrán la fuerza social para constituirse como tales.

De esta manera, la regulación legal sólo conduce a la pérdida de vigencia del Principio pues, al generalizarlo, se atenta contra sus propias posibilidades de aplicación.

IV. Análisis de la sentencia de la Sala Laboral

1. El argumento principal de la Sala Laboral para declarar NULA la sentencia de primera instancia se funda en el no cumplimiento del término legal para avocarse al conocimiento de la causa en relación a la emisión de la sentencia, esto es, el juez debió esperar el término de ley para dar oportunidad a las partes de usar los mecanismos que les confiere la ley (por ejemplo, recusar al juez). Este considerando no debe dejarse de lado, empero, creemos que la principal causal del Tribunal de Trabajo debió orientarse hacia la inmediación, que es considerada por la Sala en segundo término, pues es la que transgrede directamente normas elementales del proceso laboral.

En efecto, aun cuando el juez suplente se hubiese avocado al conocimiento de la causa y hubiese emitido sentencia luego del término legal, ésta resultaba nula en tanto no se cumplía con el Principio de Inmediación pues la diligencias procesales y el informe oral solicitado se celebraron ante la juez titular, por lo cual ella era la única legitimada para dictar la sentencia correspondiente.

14. Cfr. ALONSO OLEA, M & CASAS BAAMONDE, M. Derecho del Trabajo. U.C.M. Madrid, 1991. p. 693.

15. La Ley Orgánica del Poder Judicial (aprobada por D. Leg. 767) establece en su art. 6 que "todo proceso judicial, cualquiera sea su denominación o especialidad, debe ser sustanciado bajo los principios procesales de legalidad, inmediación, concentración, celeridad, preclusión, igualdad de las partes, oralidad y economía procesal, dentro de los límites de la normatividad que le sea aplicable". De otro lado, el nuevo C.P.C. (aprobado mediante D. Leg. 768), vigente a partir de 1993, indica en su art. V del Título Preliminar que "las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo pena de nulidad".

16. Cfr. ALSINA, H. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. T.I. Bs. As., 1963. p. 461.

17. Ob. Cit. p. 17.

18. Cfr. DE BUEN, N. Derecho Procesal del Trabajo. Porrúa. México, 1988. p. 71.

La riqueza de la jurisprudencia que se adjunta se encuentra en la declaratoria de nulidad de una sentencia por transgredir principios procesales, esencialmente, la Inmediación (más aun si tenemos en cuenta que, a la fecha de la resolución, el Principio de Inmediación no estaba regulado legalmente), amparándose para ello en los incs. 8 y 13 del art. 1085 del C.P.C. de 1912¹⁹.

Sin embargo, las causales que acoge el Tribunal no recogen el Principio de Inmediación pues el inc. 8) se aplica sólo para decretos y autos, en tanto que el inc. 13) alude a la emisión de sentencias con omisión del trámite legal (por ejemplo, si no se notifica a las partes de la proximidad de la sentencia). Aquí, estamos ante la contravención de un principio procesal que irradia al procedimiento laboral y, sobre ella, debió pronunciarse el Tribunal.

Si el Tribunal quería amparar la nulidad en función de una norma, debió inclinarse por declarar la violación de principios procesales de ineludible observancia, por cuanto el C.P.C. debe aplicarse sólo teniendo presente las características del proceso laboral. Además, en virtud de lo dispuesto por nuestra Constitución, la Sala podía declarar la transgresión anotada.

Finalmente, es importante tener en consideración que los Principios del Derecho encuentran amparo legal en el art. VIII del Título Preliminar del Código Civil y junto a ella la función normativa del Principio, en tanto no existía una previsión legal²⁰. Todos estos considerandos debieron tomarse en cuenta en la resolución del Tribunal, lo cual no hubiera llevado a desmerecer la sentencia, todo lo contrario, a enriquecerla.

2. Así, el juez suplente debió asistir a todas las diligencias, entrando en relación con las partes, con el objeto del litigio y con el material probatorio, esto es, debió existir una identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y aquél que dictó la sentencia²¹. De esta forma, al verificarse el informe oral, el juez titular se formó un juicio claro sobre lo que iba a resolver. En tal sentido, el solo hecho de haberse informado, obliga-

ba al juez suplente a no resolver de la misma manera que los magistrados de las Salas superiores lo hacen en supuestos similares²².

Al margen de las consideraciones expuestas, la razón principal de la declaratoria de nulidad, no debió concentrarse en el informe oral evacuado ante la jueza titular -tal como lo afirma el Tribunal- pues el solo hecho de ser la titular de la causa, la convertía en la única persona que podía sentenciar. En efecto, por el hecho de haber conocido la causa desde su inicio y estar presente en todas las diligencias procesales, aun cuando no se hubiese verificado el informe oral, la jueza titular debía resolver.

Ahora, si el juez suplente hubiese ordenado la realización de un nuevo informe oral, ¿hubiera podido éste, válidamente, emitir sentencia tal como lo menciona la jurisprudencia que se adjunta?. Creemos que, aun en este supuesto, el juez suplente no podría sentenciar, ya que la única facultada para ello era la jueza titular que se encontraba de vacaciones. Es ella quien admitió la demanda, conoció la causa desde el inicio, estuvo presente en las diligencias y percibió de viva voz la declaración de las partes por lo que era la única facultada para sentenciar²³. Distinto sería si el juez titular fuera reemplazado por alguna causal, aquí se debería realizar un nuevo informe oral y luego de ello emitirse la sentencia respectiva.

3. La aplicación de la Inmediación en nuestro ordenamiento, pese a lo desarrollado, se ve "mediatizada" por la forma como se configura el proceso laboral. Entre el juez y las partes se interpone el secretario de juzgado, lo que dificulta enormemente la aplicación efectiva de la Inmediación; la separación de las dos funciones jurisdiccionales (reunir pruebas y decidir), no presenta ninguna ventaja y abunda en múltiples defectos. Prácticamente, sólo las inspecciones oculares, los informes orales y las diligencias investigatorias las realiza personalmente el juez²⁴, las demás diligencias (comparendos, testimoniales confesiones, cotejos, etc.) se realizan en presencia de los secretarios de juzgado.

19. El art. 1085 del C.P.C. establece que "son resoluciones nulas:(...)

8) Los decretos o autos que desnaturalizan el proceso.

13) La sentencia o auto que se pronuncia con omisión a los trámites de ley bajo pena de nulidad".

20. Cfr. SALA FRANCO, T. & Otros. Derecho del Trabajo. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1991. p. 249.

21. Cfr. VALDES DEL RE, F. El Nuevo Proceso Laboral. En: Relaciones Laborales. No. 14. Madrid, 1990.

22. Los artículos 147 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecen que, en caso de discordia o impedimento de un vocal, se procede a señalar día y hora para la realización de una nueva vista de la causa con la posibilidad que las partes informen nuevamente.

23. Es conocida la sentencia del Tribunal Constitucional español que, sobre el mismo caso que se analiza, dictaminó que "el hecho de que un juicio sea conocido por el magistrado suplente y la sentencia correspondiente sea dictada por el magistrado titular constituye un quebrantamiento de norma esencial del procedimiento, impugnabile en casación" (sentencia del TS/SOC del 5.5.1973, citado por MONTOYA MELGAR, Ob. Cit. p.695).

24. Incluso, no debe extrañar que a veces los jueces ordenan la realización de estas diligencias a terceros. Ejemplo de lo dicho se encuentra en una sentencia del Tribunal de Trabajo, donde se aprecia que el juez de primera instancia delegó la realización de una inspección ocular a inspectores del Ministerio de Trabajo (Cfr. Actualidad Laboral No. 187. Lima, 1992. p. 59).

Además de lo descrito, un segundo problema desarrollado por CAPELLETTI consiste en la existencia de una doble instancia, donde la segunda no tiene intermediación²⁵. Incluso FABREGA considera que no debería admitirse la apelación (donde se analiza el fondo), sino sólo la nulidad (donde se analiza únicamente el cumplimiento de las formalidades de ley) pues el órgano jurisdiccional de segunda instancia falla sobre lo contenido en el expediente²⁶.

Sin embargo, esta observación puede ser salvada mediante la realización de informes orales ante la segunda instancia, estando en esto último la importancia que las partes informen ante el Tribunal de Trabajo²⁷.

Una tarea, entonces, queda por realizar, lograr la

real aplicación del Principio de Inmediación Procesal y, sobre todo, procurar que el juez presida todas las diligencias procesales donde las partes y el objeto litigioso entren en contacto directo con él. Sólo teniendo en cuenta lo expuesto se podrá cumplir con la razón de ser del ordenamiento laboral, llegar a conocer la verdad real.

La sentencia del Tribunal de Trabajo no deja de ser interesante por la aplicación de un principio procesal en la declaratoria de nulidad de una sentencia, más aun cuando no estaba legislado. No obstante ello, la estructura del proceso laboral y la extensión aplicativa del Principio de Inmediación, son temas que podrían mediatizar la vigencia y aplicación del Principio.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FACULTAD DE DERECHO



Primera Beca "Luis Carlos Rodrigo Mazure"

Fortaleciendo las líneas de apoyo social a sus estudiantes, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica hizo entrega, al estudiante Hugo Carrasco Mendoza del 4to. ciclo, en breve acto solemne, de la 1era. Beca de Estudios "Luis Carlos Rodrigo Mazure" institucionalizada por el "Estudio Rodrigo, Elias & Medrano".

La Beca tiene como finalidad dotar de ayuda económica integral a los estudiantes que, requiriéndola, ostenten un muy alto nivel académico. El alumno Carrasco Mendoza detenta el 1er. puesto de su promoción.

En el acto, que estuvo presidido por el Decano de la Facultad Dr. Jorge Avendaño V. y al que concurrió en representación del Estudio Rodrigo, Elias & Medrano, el doctor Enrique Elias Laroza y por los Servicios Universitarios el doctor Rogelio Llerena; el primero de los nombrados resaltó, al lado de los méritos del estudiante beneficiario, la preocupación social de la Facultad esta vez altamente interpretada por la entidad instituyente de la beca.

El alumno Carrasco Mendoza, mediante esta beca, podrá cubrir los estudios académicos de su carrera de Abogado.

SECRETARIA ACADEMICA
FAC. DE DERECHO

25. Cfr. CAPELLETTI, M. El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Bs. As., 1973. p. 51.

26. Cfr. FABREGA, J. Derecho Procesal del Trabajo. Litho Impresiones. Panamá, 1982. p. 441.

27. Posibilidad contemplada en el art. 58 del D S.03-80-TR y el art. 134 de la L.O.P.J.

TEMIS ...

Patricia Pow Sang

Alumna del 8vo. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC.

I

En tiempos como hoy, donde la avanzada tecnología ha permitido salvar y destruir miles de vidas, y la ciencia genética nos otorga la posibilidad de "crear" bebés-probetas e incluso decidir su sexo, la pregunta acerca de nuestros inicios y los del universo, es aún una incógnita.

Pero ésta no es una pregunta de hoy. La humanidad ha tenido desde siempre la necesidad de conocer sus orígenes. Para ello, el hombre primitivo hizo uso de su imaginación, creando los mitos, muchos de los cuales tienen una base verdadera; algunos fueron distorsionados a través del tiempo transformándose en leyendas, y finalmente otros sólo buscaban satisfacer la curiosidad que le es innata.

La siguiente es una de aquellas historias que busca traer lo divino a la tierra y que ha llegado a nosotros gracias al esfuerzo de filósofos, historiadores, poetas -como Hesíodo, el cual en sus "Teogonías" nos relata la historia de la creación del mundo- y finalmente de cientos de personajes anónimos.

II

En un inicio sólo existía el vacío, el vasto espacio puro e infinito, denominado Caos, que dio origen a Gea (la tierra madre), la cual crea la primera división de la tierra. Caos engendra debajo de ella al Erebo (en el cual tendrán lugar más adelante los Infiernos) y encima de ella un vacío que dará lugar a Urano (o el Cielo). En el momento en que se daba la división orgánica del Universo nacía Eros, quien en un principio fue el deseo abstracto y más tarde sería personificado por el niño amor o Cupido (personaje intrépido e infaltable de las futuras historias de dioses y humanos).

Gea y Urano se unieron y tuvieron como descendencia doce hijos, los Titanes: Océano, Ceo, Críos,

Hiperión, Iapeto, Cronos; y las Titánidas: Tía, Rea, Temis, Mnemosine, Febe y Tetis. Seguidamente tuvieron a los tres Cíclopes, que representaban el Rayo, el Relampago y el Trueno; finalmente nacieron los Hecatonquinos o Centimanos (tres hermanos cada uno con cincuenta cabezas y cien brazos). En uno de los oráculos a los que consultó Urano, le fue revelado que sus hijos lo deshonrarían, por lo que conforme iban naciendo los arrojaba al abismo del Tártaro y les rehusaba la oportunidad de ver la luz, obligándolos de este modo a permanecer en las profundidades de la tierra. Esto, junto con la continua fecundidad a que estaba obligada, causó el enojo de Gea, quien acudió a sus hijos los Titanes. Pero sus propuestas sólo fueron escuchadas por Cronos, quien recibe de ella una serpiente de acero muy dura y filosa. Cuando Urano se acercó a Gea, Cronos que estaba al acecho castró a su padre. De la herida brotó abundante sangre que cayó a la tierra en forma de lluvia, dando origen a nuevas divinidades: las Furias, las Ninfas, las Benévolas, las Euménidas y los Gigantes. De la sangre mezclada con semen que cayó sobre el mar se formó una doncella: Afrodita. Urano había sido reducido a la impotencia y a partir de ahora no tendría más un papel preponderante, limitándose a predecir el porvenir.

A la par que sucedían estos hechos, otros dioses tenían descendencia, naciendo el Sueño, la Suerte, el Destino, el Fallecimiento, la Muerte, el Sarcasmo, el Dolor, la Venganza, el Orgullo, las Ninfas del Ocaso, el Engaño, la Ternura, la Vejez, la Discordia, el Olvido, el Hambre, la Anarquía, el Desastre y finalmente Juramento, la peor calamidad para quien perjura e incurre en su maldición, preparando al mundo para acoger a los hombres.

Cronos no quiso liberar a sus hermanos luego de destronar a su padre, por lo que Gea le aseguró que sufriría igual pena que éste y sería destronado por uno de sus hijos; sin embargo, quiso también tener descendencia uniéndose con su hermana la Titánida

Rea y tuvo tres hijas: Hestia, Deméter y Hera, y tres hijos: Hades, Poseidón y Zeus, pero ante la advertencia de Gea, se comió a los cinco primeros apenas nacieron. Cuando estaba a punto de nacer el pequeño Zeus, Rea en complicidad con Gea, y según otros con **Temis**, encontró un asilo en la Caverna de Creta, donde dió a luz; luego tomó una piedra, la envolvió en pañales y se la llevó a Cronos, señalándole que era su hijo, y éste sin notar la diferencia, se lo comió. Rea aseguró de esta manera el destino del cruel monarca.

Zeus fue criado por dos hijas del rey de Creta siendo alimentado con leche de la cabra Amaltea - animal fabuloso a quien por accidente se le rompió el cuerno que llevaba en la frente, otorgando riquezas a aquél que lo poseyera, denominándosele "Cuerno de la Abundancia"- y para que los lloriqueos y vagidos del infante no fueran oídos, unos misteriosos danzari- nes llamados los Coribantes danzaban incesantemente, creando un ruido estridente que evitaba que el pequeño fuese descubierto. Este poco a poco fue adquiriendo la fuerza divina que le correspondía, acercándose el momento en que debía cumplirse el destino del Oráculo. Zeus tomó como compañera a Metis (hija del Océano) quien le dio una droga para que Cronos vomitara a los hijos que se había comido, convirtiéndose éstos en los aliados del primero; por su parte los Titanes fueron en auxilio de su hermano. Se dice que la única de su especie que ayudó a Zeus fue **Temis**, la cual le ordenó se vistiese con la piel de la cabra Amaltea y se sirviese de ella como coraza en su lucha contra los gigantes. La guerra duró diez años y culminó cuando Gea recomendó a su hijo liberar a los seres monstruosos precipitados al abismo por Cronos en el pasado. Cronos y los Titanes fueron al fondo de los Infiernos, ocupando el lugar de los monstruos que se convirtieron en los guardas de Zeus; éste tomó la preminencia distribuyendo para sí el reinado sobre el Cielo, para Hades la parte por debajo de la tierra (el mundo infernal) y Poseidón sobre el Mar.

Cuando llegó el momento de que Zeus consultara al Oráculo, éste le señaló que uno de los dos hijos que tendría con Metis lo iba a destronar, así que se la tragó antes de que naciera su primer hijo. Llegada la época en que éste debía haber nacido, Zeus ordenó a Hefesto (el dios forjador) que le hendiera la cabeza de un hachazo y es así que nació de la cabeza de Zeus, una muchacha completamente armada llamada Ate- nea, diosa de la sabiduría y la valentía.

III

La segunda esposa de Zeus fue **Temis**, encarna-

ción de la Ley o de la Equidad; su misión en el Olimpo no sólo fue mantener el orden, también regulaba las ceremonias, convocaba a los dioses, preparaba los festines. Se la tenía como diosa de la Sabiduría por ser "Buena Consejera" y por ello presidía las asambleas públicas sentándose al lado de Zeus, quien velaba por el cumplimiento de las leyes sagradas, asesorado por su compañera, con prudencia y justicia.

Temis es una de las pocas Titánidas que ha sido asociada a los Olímpicos y que vivió con ellos; debió este honor no sólo a ser la esposa del dios del Cielo, sino a sus servicios prestados a los dioses, inventando los oráculos, los ritos y las leyes. Fue así que Deucalión y Pirra, después de haber escapado al castigo del diluvio que envió Zeus, fueron a orar al templo de la diosa (pues tuvo un templo en la ciudadela de Atenas, en Tanagra, en Trezena y por último en Tebas) y le rogaron que hiciera nacer una nueva raza de hombres; ella, con el permiso de Zeus, les dió la solución; lo cual demuestra no sólo lo justa que fue, sino también su espíritu servicial. Se dice asimismo que recibió de Rea a Zeus cuando su madre lo sustrajo de la voracidad de Cronos y más tarde presidió el nacimiento de Apolo y Artemisa.

Temis y Zeus tuvieron como hijos a las Horas (que en realidad son las Estaciones), éstas eran tres: Eunomia, Diké e Irene, es decir Disciplina, Justicia y Paz, respectivamente. Luego tuvo otras tres hijas, las Parcas: Cloto, Záktesis y Atropos, que regían el destino simbolizado por un hilo que la primera de las Parcas sacaba de su rueca, la segunda enrollaba y la tercera cortaba cuando llegaba el término de la vida que representaba.

Más tarde Zeus se casaría con Hera (o Juno), pero aún así, **Temis** siguió al lado de Zeus para aconsejarle y servirle, permaneciendo sentada cerca de él sin causar los celos de Hera; por el contrario, cuando ésta llegó a la asamblea de los dioses, recibió de **Temis** la copa de ambrosía.

Nuestra diosa vivió un tiempo durante la Edad de Oro en la Tierra, pero a causa de los crímenes que ocurrieron en la Edad de Hierro, se refugió en el Cielo, colocándose en la parte del Zodíaco llamada Virgen.

Se dice que Astrea es también hija suya; a ésta se le reputa ser la personificación de la Justicia y se le representa actualmente como una mujer con espada y balanzas formando junto con su madre, **Temis**, una sola y única divinidad, la cual ha simbolizado desde entonces el origen de la legislación humana, la justicia y la equidad entre los hombres.

Aquellos Extraños Seres que editan Revistas Jurídicas de Estudiantes

(o una descripción exagerada e irreverente de un momento de nuestras vidas)

Fernando Pardo Segovia

Bachiller en Derecho de la PUC.

Ellos forman parte de una especie animal que dista mucho de estar en vías de extinción, pero que a pesar de ello se reproducen moderadamente (tal vez por temor al cautiverio del que periódicamente son víctimas al recluirse para corregir las pruebas de sus publicaciones). Por un lado ello es bueno, pues contribuye a mantener el equilibrio ecológico con los demás habitantes de la Tierra, algo que resultaría simplemente imposible si el número de ellos fuese mucho mayor del que ahora existe.

Para un mejor entendimiento de esta realidad, es importante citar las palabras del anciano profesor Thornhower, Premio Nobel en reconocimiento a su contribución al estudio de estos seres. Señala Thornhower que los "cautiverius legalis doctus", son producto de una evolución, o tal vez "involución" de la raza humana. Su comportamiento es singular: viven en cavernas, son de costumbres nocturnas y se alimentan de lo primero que encuentran. Ellos son de movimientos torpes y caminan en manadas; algunos de ellos, los más sociables, alternan con los hombres. Su apariencia física dista mucho del ideal estético humano. Son de variados tamaños aunque predominan los altos (empero, ello no implica que sean éstos los más inteligentes). Su corpulencia es disímil, incluso los hay muy delgados, pero en general gozan todos de buena salud (salvo una presencia repentina de algún virus (OH) en la sangre)¹.

Lo que más se distingue de sus rostros es el tamaño de los ojos. Los tienen enormes, y saltan monstruosos de aquéllos; casi siempre los tienen inyectados en sangre; tal vez a consecuencia de la cantidad de correcciones que masoquistamente se obligan a hacer durante su ciclo de cautiverio.

Sus narices son prominentes (en algunos casos más que en otros), ello a razón que inhalan involuntariamente el polvo despedido por los textos de las leyes, decretos supremos, decretos legislativos, libros, revistas, etc., que a menudo consultan para

alimentar su espíritu, el que, según algunos estudiosos -entre ellos, el Profesor Phillys- se encontraría conectado a su aparato digestivo, pues no logran explicarse cómo al realizar sus agobiantes tareas de edición no prueban bocado en horas. Por tanto, la tesis predominante señala que su alimento consiste en la captación de conceptos a nivel cerebral, descendiendo a partir de allí hasta el estómago².

La tinta negra que será utilizada en la impresión, cumple una doble función en el organismo. En primer lugar, le otorga el color oscuro a los labios. En segundo término, la transpiran en los días de mucho calor.

Esta descripción física es común tanto en las hembras como en los machos.

Es interesante, ya que nos encontramos situados en el tema, señalar lo relativo a la interacción entre los sexos de la especie. Generalmente se juntan tanto hembras como machos con miembros ajenos a su raza. Sin embargo, cuando se atreven a relacionarse entre ellos, eventualmente pueden ocasionar uniones permanentes.

Son de discurso ágil y persuasivo por regla general. Los que no gozan de esta cualidad se dedican a labores diversas aunque no por ello menos importantes.

Su organización política es sui géneris. El Marqués de Valormé, en su obra "Teoría Política"³ ya le había dedicado todo un capítulo a su estudio. "Su forma de gobierno observa diversos rasgos característicos. Algunos de ellos podrían parecer primitivos, pero guardan en sí una filosofía de vida, la esencia de su existencia y continuidad..."

Valormé se refería indudablemente a esa mixtura de teocracia-militarismo-democracia, que caracterizaba a su forma de organización.

La teocracia se vinculaba al hecho que ese "grupo de sacerdotes" que dirigía la publicación, reiteradamente se refería a épocas anteriores y a personas a las que a pesar que muchos de los miembros de la revista no conocían, sin embargo adoraban, porque "sin ellos nosotros no somos, y sin nosotros nadie será".

Lo militar se dirigía a la verticalidad de las decisiones, y en algún momento del desarrollo de la especie, al rango que se le otorgaba al miembro dentro de la publicación, según su capacidad o condiciones personales.

En la actual etapa de evolución predominaría lo que algunos llaman "winds of democracy", con decisiones mayoritarias adoptadas en conjunto por la sacra asamblea de los miembros.

El ingreso a la revista, y de hecho a la especie, significa el paso de "ser humano" a "monstruo", razón por la cual muchos calculan el costo-beneficio de su decisión.

Sus costumbres también son extrañas. Una de las más interesantes es el nacimiento de la publicación y las fiestas conmemorativas a ésta. Por lo general se dan cuatro partos al año; se pueden dar tres por diversas circunstancias que son innecesarias de comentar. Lo curioso aquí es que el padre y madre son todos en conjunto (algo imposible de

imaginar en la raza humana), y cuando por fin tienen al hijo en sus manos, se da el curioso ritual mágico-religioso- o qué se yo qué más, de su apacible contemplación antes de ser mostrado al común de los mortales, aquellos que no saben nada de lo que se sufre por ser padre-madre, o sacerdote-militar-demócrata, o simple monstruo incomprendido por algunos pero respetado por la mayoría. Todos forman parte de aquel grupo de extraños seres que cuando les llega su época de partir se convierten de un involucionado ser humano a un dinosaurio (porque los dinosaurios tienen que desaparecer), o a un dinosaurio-sempiterno dios que no tiene que ver nada con Zeus, o con otro, pero que sin embargo le toca por destino el Olimpo, el Nirvana o algún otro "celeste" habitat.

Notas

1. THORNHOWER, George. Principles of life: cautiverius legalis doctus, London, 1985, 635 pp.
2. PHILLYS, John. Biology: an special approach to THEMIS' members, New York, 1987, 803 pp.
3. Marqués Maurice de Valormé. Teoría Política, Madrid, 1969, 730 pp.
4. Filosofía del cautiverius legalis doctus. Recogido en documentos originales de los archivos de la biblioteca principal.

Resulta por demás grato saber que compañeros nuestros desdican el fundado temor creado con la eliminación legal de la exigencia de una tesis para optar el grado de bachiller, respecto a la labor de investigación y análisis que la Universidad debe cumplir y fomentar en la sociedad. Y doblemente grato aún para Thémis, el presentar desde sus páginas la reseña de la Primera Tesis sustentada en nuestra Facultad para optar el Título de Abogado. Una tal ocasión ameritaba la presente nota, por ello saludamos desde estas líneas el éxito de la autora y amiga Elizabeth Salmón y relevamos la labor ejemplificadora que su trabajo sienta en la Facultad de Derecho.

"El Cierre Patronal"

Elizabeth Salmón.

Tesis sustentada para Optar el Título de Abogado el 23 de abril de 1992, ante los Dres. Oscar Ermida, Javier Neves y Mario Pasco.

El tema del cierre patronal es de los menos estudiados por la doctrina laboral, sea ello debido a una preferencia por los fenómenos colectivos generados por los trabajadores, séalo simplemente al mayor protagonismo de éstos, o una menor preocupación del orden jurídico por los "sindicatos de empleadores" y sus medios de acción (la asimetría de las normas reguladoras de las relaciones colectivas de trabajo). Sin embargo, nadie podría negar la importancia de las organizaciones de empleadores en el Derecho Sindical ni la de sus medios de presión, entre los cuales se destaca nítidamente el "lock-out".

Esta importancia y aquella carencia bibliográfica, justificaban sobradamente un estudio sobre este instituto. Más aún, no sólo lo justificaban: diríamos que lo requerían. Un tal estudio era necesario, tanto en el plano comparado como - más aún-, en el Perú, donde la bibliografía sobre el "lock-out" es particularmente escasa.

La tesis se divide en una introducción, seis capítulos de fondo, conclusiones, anexo y bibliografía.

En el primer Capítulo se intenta definir, conceptualizar y clasificar al cierre patronal, noción que parece muy clara a primera vista, pero que la autora demuestra que puede llegar a ser polisémica y de límites difusos.

Seguidamente, el Capítulo 2 aborda las relaciones entre huelga y "lock-out" en el Derecho comparado del trabajo. Simetría y asimetría entre derecho de huelga y cierre son estudiadas en los principales sistemas jurídicos europeos y en el norteamericano.

La misma cuestión es analizada teóricamente en el Capítulo tercero, agotando las construcciones doctrinales formuladas hasta el presente.

De allí, deriva con naturalidad, la consideración de las tendencias en la regulación del "lock-out" en la legislación comparada: la hipótesis de ausencia de regulación, los casos de reglamentación equivalente de huelga y cierre, los de reconocimiento diferenciado de ambos institutos, y la reglamentación reconocedora de la huelga con prohibición del "lock-out", son expuestos con claridad, y analizados sus presupuestos y consecuencias (Capítulo 4).

El quinto Capítulo es dedicado al estudio de los efectos del cierre empresarial, con especial (aunque no exclusiva) referencia a la suspensión del contrato individual de trabajo y al pago del salario.

El último Capítulo ubica al cierre patronal en el Derecho positivo nacional.

Destaca aquí una primera sección destinada a la consideración del modelo constitucional peruano de relaciones laborales -y a la ubicación del "lock-out" en ese modelo y en ese nivel-, preocupación justificadamente constante en la nueva generación de juslaboristas nacionales, a la cual la autora se suma eficazmente con esta tesis.

La procedencia de un estudio presidido por tal enfoque, queda en evidencia al derivarse de la máxima norma nacional, tanto la naturaleza jurídica del "lock-out" como sus eventuales efectos, entre los cuales destaca la persistencia del pago de los salarios.

A su vez, hay una extensa e intensa consideración -con todo detalle- de la normativa infraconstitucional. Dos particularidades a este nivel. Por una parte, se agota la consideración de las normas relacionadas con el tema, incluyendo algunas muy recientes, como el decreto legislativo denominado de "fomento del empleo", y el Código Penal. Por otra, la autora se aparta de las afirmaciones habituales sostenidas en las escasas páginas hasta ahora dedicadas por la doctrina nacional al tema (Pasco, Rendón, Cortés), pero lo hace con profundo detalle y harta fundamentación, partiendo de la intensa documentación y construcción teórica manejada en los capítulos anteriores.

Este último Capítulo se cierra con referencias al cierre patronal en la "jurisprudencia" administrativa y en la práctica empresarial.

La información manejada por la tesis es de lo más completa a que se puede acceder en un tema poco estudiado y poco reglamentado. El detalle de la documentación utilizada alcanza tanto al material bibliográfico como legislativo, y ambos, en el plano nacional y comparado.

Claro que no sólo se maneja mucha y buena información, sino que además se le maneja bien. Se la sistematiza, se la reelabora y se la expone con claridad y provecho para el lector.

En definitiva, estamos no sólo ante una tesis destacada, sino ante una nueva obra fundamental en el Derecho sindical peruano. Será -porque seguramente deberá publicarse en su momento-, el primer libro peruano -y hasta donde sabemos, latinoamericano-, dedicado exclusivamente al cierre patronal.

Prof. Oscar Ermida Uriarte.

"Las Presunciones Legales de Propiedad y Buena Fe en Materia Posesoria en el Código Civil Peruano de 1984"

Guillermo Morales Valentín

Tesis sustentada en noviembre de 1991 ante los Dres. Carlos Cárdenas Quirós, Leonor Avendaño A. y el suscrito, para optar por el Grado de Bachiller. SOBRESALIENTE.

La tesis ha sido estructurada en tres capítulos: el primero, de carácter introductorio, está dedicado al estudio de la teoría general de las presunciones; el segundo aborda el tema de la presunción de buena fe en materia posesoria y el último se dedica a la presunción legal de propiedad.

El primer capítulo de la tesis está dividido en dos grandes partes. En la primera, el autor se encarga de ana-

lizar los diversos aspectos de las presunciones como institución jurídica. A continuación, señala los fundamentos que han llevado a la consagración de esta institución jurídica, de gran utilidad práctica y reiterada utilización.

La clasificación tradicional de las presunciones es desarrollada con especial énfasis en las presunciones legales. Asimismo, se establecen criterios para diferenciar la presunción de otra institución jurídica con la que frecuentemente se la compara: la ficción

En la segunda parte de este primer capítulo, el autor examina las presunciones legales en materia posesoria que, estando recogidas por el Código Civil de 1984, no son materia de la tesis. Se destaca la sistematicidad del Código Civil de 1984, en comparación con sus antecesores, al haber consagrado al tema un capítulo específico del libro de Derechos Reales.

La presunción de buena fe en materia posesoria es tratada en el segundo capítulo de la tesis. Se estudia en primer término el principio de la buena fe. Teniendo en cuenta las múltiples manifestaciones de este principio en las diversas áreas del Derecho Civil, el autor proporciona una definición general del mismo. Señala que, en términos generales, la buena fe supone la convicción de actuar conforme a Derecho, lo que se exterioriza a través de un determinado comportamiento. A continuación, distingue entre la buena fe "probidad" y la buena fe "creencia". El autor pone especial énfasis en el estudio de esta segunda clase por cuanto sus manifestaciones encuadran principalmente en el campo de los Derechos Reales.

Luego se desarrolla el tema de la buena fe en la posesión. El autor la define, como la convicción errónea de que se posee legítimamente, causada por error o ignorancia respecto del vicio que invalida el título de adquisición, y que se exterioriza a través de un comportamiento determinado.

A continuación el autor analiza dos casos especiales, no contemplados por nuestro Código Civil: la buena fe en la coposesión y en la posesión de las personas jurídicas. En el primero de ellos, se sostiene que la buena fe debe ser valorada individualmente, dado su carácter personal; en tanto que en el segundo, señala que la buena fe debe determinarse a través del estado de los miembros que conforman los órganos de administración de las personas jurídicas.

El trabajo destaca que esta presunción se fundamenta en consideraciones de índole teórica y práctica. Desde el punto de vista teórico, la presunción encuentra su fundamento en la "prerrogativa de probidad" que rigen las relaciones jurídicas; en tanto que, desde el punto de vista práctico, responde al hecho de que la prueba de la mala fe resulta menos difícil que la de la buena fe.

El tercer y último capítulo de la tesis está dividido también en dos grandes partes. Una primera parte está dedicada al tema propio del capítulo: la presunción de propiedad. El autor señala que esta presunción encuentra su fundamento en consideraciones de índole jurídica, económica y práctica. Desde el punto de vista jurídico, la presunción de propiedad tiene fundamento en el carácter de apariencia y en la función de legitimación que la posesión cumple. Desde el punto de vista económico, fueron las necesidades del comercio las que impusieron la consagración de esta presunción. Desde el punto de vista práctico, la presunción fue consagrada por la dificultad que presenta a veces la prueba del derecho de propiedad.

El funcionamiento de la presunción de propiedad tiene dos limitaciones: el registro y la posesión inmediata. Tratándose de bienes registrables, la presunción de propiedad funciona en virtud del asiento registral, no de la posesión. En estos bienes, el registro constituye el mecanismo de publicidad de toda modificación en la titularidad de los mismos. Por tal motivo, el autor sostiene categóricamente que la presunción de propie-

dad consagrada en el artículo 912 del Código Civil, funciona únicamente tratándose de bienes no registrables. En relación a la segunda limitación, el autor sostiene que la presunción no funciona respecto del poseedor inmediato por cuanto entre él y el poseedor mediato primará la relación "inter partes" constituida en virtud de un contrato. Sin embargo, la presunción sí funciona respecto de terceros que desconocen dicha relación, lo que hace que esta segunda limitación pueda ser calificada de relativa en comparación con la primera (constituida por el registro), que impide que la presunción funcione de modo absoluto.

Tratándose de bienes muebles, la presunción de propiedad opera con mayor intensidad, en la medida que "la posesión vale título" y el poseedor queda legitimado para transferir el dominio. En cambio, tratándose de inmuebles, la destrucción de la presunción es factible mediante la prueba del derecho de propiedad, vía la prescripción adquisitiva de dominio.

El autor analiza también la adquisición a "non domino" de bienes muebles, que encuentra su fundamento en la presunción de propiedad, en la protección del comercio y de la buena fe del tercero adquirente. En tal sentido, el artículo 948 de nuestro Código Civil, que consagra la adquisición a "non domino", debe ser leído conjuntamente con el artículo 912, que recoge la presunción de propiedad.

El autor propone la supresión de la excepción a la adquisición a "non domino" (constituída por los bienes perdidos y robados) por tres razones. En primer lugar, porque la presunción de propiedad, que sirve de fundamento a la adquisición, no desaparece tratándose de estos bienes. En segundo lugar, porque a través de la excepción se introduce un elemento de inseguridad que afecta el libre comercio de los bienes. Por último, porque desde el punto de vista práctico tampoco se justifica su existencia en la medida que la dificultad de probanza del derecho de propiedad, respecto de estos bienes, oca-

siona una escasa aplicación de la regla.

Asimismo, propone que la protección del adquirente del "non domino" debería aplicarse no sólo en la transferencia de propiedad, sino también en la constitución de los derechos de usufructo, uso y prenda, tal como lo hace el Código Civil italiano.

JORGE AVENDAÑO V.

"La Relación entre el Estado y los Derechos Patrimoniales de las Personas a través de la Figura de la Privación"

**Carlos Gandolfo López de Romaña
Alberto Rebaza Torres.**

Tesis sustentada en noviembre de 1991 ante los Dres. Jorge Avendaño V., Carlos Cárdenas y Q. y Jorge Melo-Vega C., para optar por el Grado de Bachiller. SOBRESALIENTE.

El trabajo de los señores Gandolfo y Rebaza es ciertamente novedoso. Ellos han elaborado una propuesta conceptual integral de protección al derecho de propiedad y a los otros derechos patrimoniales de las personas frente a las no pocas acciones que en su contra realiza el Estado. Dicha propuesta es producto de una atenta lectura de la doctrina que sobre el tema existe en países como los Estados Unidos, España, Gran Bretaña, México, Argentina, etc.

Los autores del trabajo han partido de la figura de la expropiación, vista como una institución protectora de la propiedad, y no sólo han analizado y criticado profundamente su tratamiento en la normatividad nacional, sino que proponen superar su concepto.

En efecto, tradicionalmente se ha entendido la expropiación como la desposesión absoluta del derecho de propiedad, previa indemnización, que sufre el titular del mismo. Sin embargo, existen muchos casos en

que el Estado afecta el derecho de propiedad de una persona, sin llegar a la desposesión absoluta, pero que imponen al propietario perjuicios económicos que no son indemnizados. De este modo, y teniendo en cuenta que el objeto de la expropiación -privación absoluta- no es la cosa en sí misma, sino el derecho, los autores sostienen que la privación de la propiedad no se agota con la desposesión absoluta, sino que también existen las privaciones parciales, es decir, aquellos casos en que el Estado no priva al propietario de la totalidad de su derecho, sino de alguno o de algunos de los atributos de la propiedad, ya sea el uso, disfrute, reivindicación o disposición.

De este modo, han desembocado en la "privación", institución que no sólo protege el derecho de propiedad del titular cuando el Estado pretende adquirir, por ejemplo, un inmueble, sino también cuando afecta cualquiera de los atributos que lo conforman. Esta protección, además, no debe ser de exclusividad del derecho de propiedad, sino de todo derecho con contenido patrimonial.

El trabajo no se limita a demostrar lógicamente la existencia de las privaciones parciales, sino que los autores también logran distinguir el concepto de privación, necesariamente indemnizable, del de limitación del derecho, que no requiere indemnización.

Cabe resaltar, asimismo, el tratamiento del concepto de la causa de la privación, así como el de la indemnización, para cuyo análisis han recurrido a las herramientas que el análisis económico del Derecho ha desarrollado. Es así que consideran necesario apartarse del tradicional cálculo indemnizatorio, proponiendo la incorporación de conceptos económicos como el precio de reserva.

El trabajo realizado logra plenamente su objetivo, al plantearnos una nueva manera de entender la amplitud de la institución expropiatoria a través de la figura de la privación. El resultado es un valioso aporte, que constituye el primer paso para el replantamiento del concepto de expropiación en el sistema jurídico peruano.

"La Reforma de la Constitución y las modificaciones no formales de la Constitución"

Carmen Rosa Calero Ponce

La tesis de Carmen Calero, destinada a analizar los aspectos teóricos y conceptuales de la reforma constitucional y las modificaciones no formales de la Constitución, tiene la inicial (e indudable) virtud de poner a disposición de los interesados el más amplio y riguroso estudio sobre el tema que se ha elaborado en nuestro país.

En el primer capítulo de la tesis, el más amplio (casi 200 páginas) y sin duda el más ambicioso y mejor logrado de esta destacada tesis, la autora nos ofrece el análisis minucioso de conceptos medulares para el tema, tales como la noción de poder constituyente, la clásica distinción entre poder constituyente y poder constituido, con su correlato para los alcances y diferencias atribuidos doctrinariamente a los poderes constituyentes originarios y derivados.

Especial mención en este punto merecen tanto la abundante bibliografía nacional y, fundamentalmente, extranjera recogida y analizada en el trabajo, como el desarrollo de un problema que entendemos trascendental: si existen límites para el ejercicio de los poderes constituyentes originario y derivado y, en el caso de este último, si por la vía del procedimiento de reforma puede efectuarse una revisión total del texto constitucional, lo que nos lleva a abordar temas sugerentes como el de las llamadas "cláusulas pétreas" o la conocida tesis de Carl Schmitt acerca de la existencia de "decisiones políticas fundamentales" no sujetas a modificación por medio del procedimiento de reforma o revisión constitucional.

Este capítulo se completa con la descripción y el análisis de las características y modalidades de las distintas variedades de procedimientos de reforma constitucional imperantes a nivel doctrinario y del derecho constitucional comparado.

El segundo capítulo de la tesis da cuenta y analiza el desenvolvimiento de la institución de la reforma constitucional a través de nuestras distintas constituciones y sus experiencias de aplicación. Aspecto sugerente a comentar resulta el análisis de lo sucedido en el caso de la actual Constitución de 1979, donde tras casi doce años de vigencia sólo se ha realizado una reforma constitucional (por ley 24949) donde debido a necesidades coyunturales y a los condicionamientos de detalle del propio texto, se requirió realizar una reforma para efectuar la unificación de las fuerzas policiales en una Policía Nacional, situación que -aunque importante- obviamente no conlleva una alteración sustantiva o relevante de la Carta ni del sistema político.

El capítulo se completa con el recuento y análisis de las principales propuestas de reforma constitucional planteadas en estos años.

En el tercer capítulo se estudia el interesante fenómeno de las modificaciones no formales de la constitución, principalmente de las llamadas "mutaciones constitucionales". Aquí, la permanencia de la autora de la tesis en los Estados Unidos de Norteamérica le permitió acceder a materiales y elementos de información y reflexión sin duda fundamentales para apreciar este fenómeno, que tiene en dicho país la experiencia más destacable y atractiva para el análisis académico y político.

En definitiva, reitero que estamos ante un trabajo académico serio y muy meritorio, que aporta elementos de esclarecimiento conceptual hasta ahora ausentes en nuestro medio y que hace imprescindible su revisión a quienes pretendan abordar y profundizar estos temas en el futuro. Cabe destacar la dedicación y entusiasmo con que la autora emprendió el desarrollo de esta tesis, su perseverancia para continuarla a pesar de tener que afrontar nuevas responsabilidades familiares, que incluso implicaron una ausencia prolongada del país. Todo este esfuerzo, que he podido conocer y acompañar, se ha visto satisfactoriamente coronado no sólo con

la culminación de la tesis sino -sobre todo- con la presentación de un trabajo que mercedamente recibió el reconocimiento y felicitación de los profesores del Área Constitucional que integramos el jurado.

Finalmente, creo que la lectura de la tesis y de los conceptos que ésta aporta, sugiere importantes preguntas y también respuestas que deben analizarse a la luz de la experiencia peruana en materia de reforma constitucional. Así por ejemplo, podemos meditar acerca de la gran cantidad de textos constitucionales en nuestra historia republicana, que más han obedecido a su utilización instrumental, con fines de intento de legitimación política coyuntural, antes que responder a cambios políticos o conceptuales sustantivos de una norma a otra; o a declaraciones formales carentes de una real convicción de llevarla a la práctica. Ello explicaría esta preferencia por dar nuevas constituciones, antes que emprender procesos de reforma o revisión, en un país caracterizado por la escasa solidez de las instituciones democráticas, donde usualmente la escasa vigencia o duración acompañaron a nuestras abundantes constituciones, que fueron propiamente, como gustaba decir Lassalle, simples "hojas de papel".

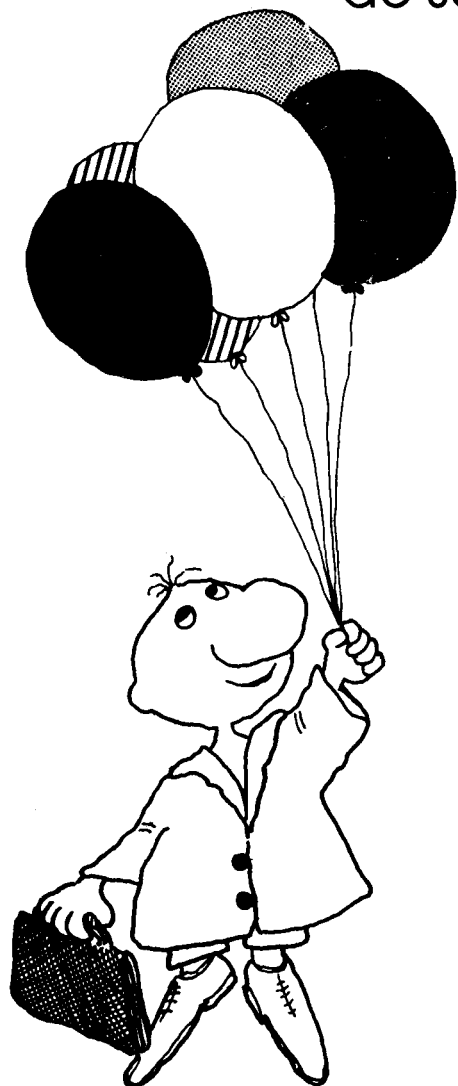
Asimismo, preguntarse si el desarrollo y aplicación de instituciones como la contenida en el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, que ha dado lugar entre nosotros a una suerte de decretos de urgencia que finalmente acaban de ser consagrados como decretos extraordinarios mediante una reciente ley del Congreso para el control de los actos normativos del Presidente de la República, ha configurado o no un fenómeno de mutación constitucional.

Sin duda que estos y muchos otros temas o problemas (como los límites del poder de revisión y reforma constitucional, por ejemplo) surgen a partir de esta tesis y podrán ser mejor abordados con el soporte teórico y conceptual que la autora ofrece en este tan importante y valioso trabajo académico.

**FRANCISCO EGUIGUREN
PRAELI**

Grafitextos

" Una Empresa al servicio
de su Empresa "



- ✓ Artes
- ✓ Afiches
- ✓ Composición de Textos
- ✓ Diagramación
- ✓ Montajes
- ✓ Fotomecánica
- ✓ Folletos
- ✓ Boletines
- ✓ Memorias
- ✓ Anuarios
- ✓ Libros
- ✓ Revistas
- ✓ Logos
- ✓ Ilustraciones
- ✓ Formatos comerciales

**El camino de la superación
no tiene límites ...**

Malecón Castagnola 630 ☎ 620812

Todos aquellos interesados en colaborar con Thémis mediante sugerencias, comentarios, o la publicación de artículos y/o investigaciones podrán comunicarse directamente con cualquiera de los miembros de la revista, acercarse a su oficina en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarlos a la casilla postal 110711, Lima 11. Los trabajos no deberán exceder de 15 carillas formato A-4, a doble espacio y deberán entregar dos ejemplares.

THEMIS agradece todo envío, no comprometiéndose a su publicación.

THEMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Carlota Lombardi de Zavala, Filiberto Tarazona, Manuel Fernández, Fiorella Alvarado, Gloria Quincot de Vidal, Marina Pacheco, Ana María Asmat de Díaz, Wally Joly, María Ysimura, Graciela Ninancuso, Gloria Aramburú, Emilia Espinoza, Paula Calderón, Luz María Rojas, Carmen Dueñas, Rosa Calderón, Delia Revoredo de Mur, Badra Gustín, Julio Antonio del Pozo, Alberto Flórez Barrón, Felipe Díaz de Rávago, Carlos Klinge, Carlos Martínez del Río.

