
La Reforma Constitucional y los Derechos Adquiridos

Félix F. Morales Luna

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Introducción

El carácter dinámico de los sistemas jurídicos y la necesidad de adaptar sus normas a las situaciones que se vienen verificando en la realidad plantea cotidianos problemas respecto de los cuales no es posible encontrar soluciones del todo satisfactorias. A pesar de no ser éste un problema reciente en el Derecho, las principales teorías que al respecto han sido postuladas, a saber, la de los hechos cumplidos –que data de mediados del siglo XIX– y la de los derechos adquiridos –desarrollada con intensidad también por esa época aunque retomando postulados de la escuela del Derecho Natural de la Edad Media– no terminan por resolver.

Este problema también se refleja en nuestro ordenamiento jurídico aunque con particular intensidad pues, a la dificultad intrínseca que este tema de por sí plantea, se añade la indeterminación de criterios unívocos que permitan resolver problemas de derecho transitorio en el sistema jurídico peruano. En efecto, la opción por la teoría de los hechos cumplidos asumida por el legislador y recogida en la norma III del Título Preliminar del Código Civil de 1984 se vio flexibilizada casi una década después por el constituyente toda vez que en la Constitución de 1993 se introdujeron algunas excepciones a dicha opción –específicamente las referidas a la materia contractual y pensionaria– haciendo el panorama particularmente confuso.

Actualmente, con ocasión de la reforma del régimen pensionario de los trabajadores estatales regidos por el decreto ley 20530, este tema ha tenido que ser abordado, inclusive, mediante una reforma constitucional. Si bien las discusiones sobre esta reforma se han dirigido a analizar la necesidad y legalidad de afectar dicho régimen pensionario, nuestro interés en ella es otro ya que esta reforma constitucional no sólo pondría fin a lo que para muchos constituiría uno de los últimos rezagos de la teoría de los derechos adquiridos en nuestro sistema jurídico, sino que consagraría a nivel constitucional la teoría de los hechos

cumplidos, elevando a dicho rango tal opción hasta ahora confinada al Código Civil.

En tal sentido, antes que analizar el detalle de los cambios que al mencionado régimen pensionario implicaría la reforma anunciada, el objetivo del presente artículo está dirigido a evaluar los efectos que sobre la aplicación temporal de las normas jurídicas tendría dicha reforma constitucional. Así, creemos que es una ocasión pertinente para revisar los fundamentos que inspiran las teorías que sobre la aplicación temporal de normas y evaluarlas críticamente a la luz de la práctica normativa en nuestro sistema jurídico.

Creemos que, como lúcidamente lo destacara Rubio Correa⁽¹⁾, el problema de fondo no se define a favor de alguna de las teorías que al respecto se hubiesen planteado sino que en el núcleo de la discusión se encuentra una meta-discusión entre dos principios fundamentales de todo ordenamiento jurídico como son la seguridad jurídica y la innovación normativa. Por ello, en tanto principios, la solución a un eventual conflicto entre ellos, lejos de resolverse con una regla que termine sacrificando uno en desmedro del otro, exige una actitud ponderativa que procure realizar en la mayor medida posible cada uno de ellos en cada caso en el que se vieran enfrentados. Algunas pautas de cómo poder lograrlo es lo que pretendemos establecer en este trabajo.

La reforma constitucional.

La necesidad de introducir modificaciones legislativas al régimen pensionario de los trabajadores estatales regidos por el decreto ley 20530 ha requerido un proceso de reforma constitucional actualmente en curso. No siendo el propósito de este trabajo el análisis del referido régimen pensionario, no haremos mayor referencia al mismo; sin embargo, la relación entre la modificación del régimen pensionario y la reforma constitucional merece alguna explicación.

La desconfianza que para los pensionistas generó la elaboración del nuevo texto constitucional en 1993

1 RUBIO CORREA, Marcial. *Retroactividad, irretroactividad y ultractividad (aplicación de la ley en el tiempo)*. En: «Título Preliminar». Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Quinta edición, 1990, pp. 53 – 78.

se vio atenuada con la aprobación de una disposición final por la cual se establecía la intangibilidad de sus derechos frente a cualquier nuevo régimen social obligatorio. En estricto, señala dicha disposición lo siguiente:

Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias.

Podría llamar la atención que el texto constitucional reconociera una norma de este tipo; sin embargo, nuestra tradición constitucional evidencia que no resulta inusual la inclusión de normas referidas al pago, reajuste y protección de las pensiones. Así, por ejemplo, la segunda disposición final de la Constitución de 1993 tiene una norma por la que se dispone que *el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional.*

Asimismo, una norma emblemática en esta tradición es la octava disposición general de la Constitución de 1979 que dispuso la nivelación progresiva del monto de las pensiones de jubilación en el régimen del decreto ley 20530 con el monto de los haberes de los trabajadores en actividad. Esta nivelación sería la razón determinante para quienes promueven la reforma de este régimen pensionario. Así, señalaba dicha disposición, que *las pensiones de los cesantes con más de veinte años de servicios y de los jubilados de la administración pública, no sometidos al régimen del Seguro Social del Perú o a otros regímenes especiales, se nivelan progresivamente con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, durante el término de diez ejercicios, a partir del 1° de enero de 1980. Deben consignarse en el Presupuesto de la República las partidas consiguientes.*

De lo expuesto se puede inferir que ha sido una preocupación del constituyente la situación de los derechos pensionarios al punto de hacerlos intangibles frente al legislador ordinario; por ello, cualquier innovación normativa que pudieran afectar derechos de los pensionistas, en especial los comprendidos en los alcances de los decretos leyes 19990 y 20530, requiere necesariamente variar el texto constitucional para suprimir la intangibilidad de tales derechos.

Así, el texto propuesto por la reforma para la primera disposición final de la Constitución contiene muchas referencias al aspecto propiamente pensionario; sin embargo, el párrafo que nos interesa resaltar señala lo siguiente:

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones.

Es decir que, con esta reforma se dejaría de lado la intangibilidad de los derechos pensionarios para permitirle al legislador ordinario la afectación de tales derechos mediante la aplicación inmediata de las nuevas normas que dicte. Sin embargo, por si subsistiera alguna duda respecto de la necesaria afectación de las nuevas normas dadas por el legislador para las situaciones que se verifiquen en ese momento en la realidad, aunque sean consecuencias de situaciones originadas con anterioridad, se ha aprovechado la ocasión de esta reforma pensionaria para reconocer constitucionalmente la teoría de los hechos cumplidos.

En efecto, junto con la reforma de la primera disposición final de la Constitución, se ha previsto la modificación de otros dos artículos, el 11° referido a la administración de los regímenes de pensiones a cargo del Estado y el 103° referido, entre otros aspectos, a la aplicación temporal de las normas en nuestro ordenamiento jurídico.

Actualmente este artículo 103 dispone lo siguiente:

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas pero no por razón de la diferencia de personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.

La propuesta de reforma mantiene el texto transcrito, salvo en el segundo párrafo que quedaría redactado de la siguiente forma:



La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

Este texto, salvo detalles, es el mismo que el contenido en la norma III del Título Preliminar del Código Civil; por ello, la reforma constitucional estaría confiriéndole rango constitucional al reconocimiento de la teoría de los hechos cumplidos como la opción asumida para todo nuestro ordenamiento en cuanto a la aplicación temporal de normas jurídicas.

Por lo expuesto, estrictamente en el tema que aquí nos ocupa, la reforma constitucional estaría orientada a dejar de reconocer la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, estableciendo a la teoría de los hechos cumplidos como la opción en nuestro ordenamiento jurídico para esta y cualquier otra materia. En esta línea, es pertinente revisar los principales postulados de estas teorías a fin de advertir las consecuencias de la opción que estaría por reconocerse en el texto constitucional.

Las principales teorías de la aplicación temporal de la ley

La posibilidad de afectación a situaciones que se vienen presentando en la realidad al momento de un cambio en las normas es un constante problema en el Derecho por involucrar principios fundamentales en todo ordenamiento jurídico como son la seguridad jurídica e innovación normativa lo que, en el fondo, es una discusión sobre el valor justicia.

Las principales teorías que al respecto han sido planteadas –la de los derechos adquiridos y la de los hechos cumplidos– han pretendido dar una solución priorizando alguno de los principios en disputa. Seguidamente expondremos los principales planteamientos de cada una de estas teorías:

a. Teoría de los derechos adquiridos

El postulado central de esta teoría es que los efectos de una nueva ley no podrán afectar derechos

que se hubieran adquirido al amparo de una ley anterior, los cuales continuarán regidos por la norma bajo la cual surgieron. Es decir, que parte de reconocer los efectos inmediatos de la nueva ley pero deja a salvo la intangibilidad de los derechos que se hubiesen adquirido en el marco de la ley anterior. Para ello, se distinguen los derechos de las facultades y expectativas ya que los primeros serían las únicas entidades jurídicas que merecerían protección ante la variación de las normas.

Si bien resulta plausible su postulado principal, esta teoría no se encuentra exenta de problemas que consisten, principalmente, en determinar qué es lo que debe entenderse por un «derecho adquirido». Muchas han sido las propuestas para definir esta categoría a pesar de lo cual no se termina de asignar un significado unívoco al término². A este problema estructural en la teoría podrían añadirse otros problemas como la determinación de la forma y el momento en el que se adquieren los derechos o si la protección de los derechos adquiridos frente a las nuevas normas sólo opera en supuestos de desmejora o incluso ante normas que resulten más favorables para el titular de los derechos.

Obviando por un momento estos problemas de fondo, como lo señala Rubio Correa, lo que en verdad propugna esta teoría es que la norma bajo la cual nació el derecho continúe rigiéndolo mientras tal derecho surta efectos, aunque en el trayecto exista un momento en que dicha norma sea derogada o sustituida. Es decir, que formalmente lo que plantea esta teoría es la ultractividad de la normatividad bajo cuya aplicación inmediata se originó el derecho adquirido³.

Las dudas anotadas han sido salvadas en nuestro ordenamiento jurídico mediante las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en dos acciones de inconstitucionalidad contra normas que pretendieron modificar algunos aspectos de los regímenes pensionarios regidos por los decretos leyes 19990 y 20530⁴. En dichas sentencias el Tribunal Constitucional, reconociendo que la Primera disposición final de la Constitución consagraba en vía de excepción la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, precisó tanto lo que debe entenderse por derecho adquirido como el momento en el cual se adquieren derechos pensionarios.

2 Un recuento de los principales intentos de definición al término «derecho adquirido» puede encontrarse en DIAZ AZNARTE, María Teresa. *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo (una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes)*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002, pp. 68 y ss.

3 RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit., p. 61.

4 El análisis de estas sentencias y su relación con la aplicación temporal de normas en nuestro sistema jurídico puede encontrarse en NEVES MUJICA, Javier. *La vigencia de las normas en el tiempo tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre seguridad social*. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VIII N° 15, pp. 317 - 322.

Sobre lo primero, precisó que por «derechos adquiridos» debe entenderse a *los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas* (fundamento 10 de la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad contra el decreto ley 25967). O, en otros términos, *aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no pueden privarnos aquél de quien lo tenemos* (fundamento 15 de la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad contra el decreto legislativo 817).

Esta misma definición de «derechos adquiridos» ha sido asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tal como se advierte en la sentencia del 28 de febrero de 2003 en el caso denominado «cinco pensionistas» contra el Estado Peruano. En ella, atendiendo a lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en las antedichas sentencias reconoce que en virtud de la Primera disposición final de la Constitución en materia pensionaria rige la teoría de los derechos adquiridos a luz de la cual debe ser entendida la protección solicitada por los demandantes. Para ello, señala que por derecho adquirido debe ser entendido un *derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas* (fundamento 102 de la sentencia). En esta misma línea el juez Cançado Trindade señaló en su voto concurrente que por derecho adquirido debe entenderse *aquél que se ha incorporado al patrimonio personal, como contraprestación del poder público por los años de trabajo y contribución social prestados por el individuo, y que no puede ser afectado por alteraciones legislativas (o de otra índole) subsiguientes, con consecuencias confiscatorias* (fundamento 3 del voto concurrente).

En cuanto a lo segundo –el momento de la adquisición del derecho– el Tribunal Constitucional peruano considera que los derechos se adquieren en el momento en el que en la realidad se llega a configurar el supuesto de hecho previsto en la norma que entonces se encuentre vigente. Así, de verificarse en la realidad la condición prevista en una norma para el desencadenamiento de su consecuencia jurídica, en ese momento operaría una ficción según la cual el derecho reconocido por la norma se desprende de ésta para introducirse en la esfera personal de quien configuró el supuesto de hecho. De esta forma, siendo parte de su esfera personal, al titular del derecho ya no le hace falta que la norma exista o rija en el plano normativo, pues el derecho ya le pertenece y no lo perdería por el hecho que la norma al amparo del cual surgió deje de pertenecer al sistema jurídico.

Un error frecuente respecto a esta teoría es definirla como una mera ultractividad de normas anteriores. Así, suele afirmarse que, mientras que la teoría de los derechos adquiridos postula la ultractividad de las normas anteriores, la teoría de los hechos cumplidos –que explicaremos a continuación– la prohíbe. Consideramos que en el marco de esta teoría el planteamiento principal no es propiamente la ultractividad de normas anteriores (ello, en todo caso, sería la consecuencia del planteamiento principal) sino la adquisición de derechos por las personas. Más aún, si bien todo derecho adquirido supone ultractividad de normas (al menos en un sentido lato), no toda ultractividad de normas supone asumir la teoría de los derechos adquiridos

En esta línea, antes que la ultractividad de las normas, esta teoría –al menos como lo entiende el Tribunal Constitucional y que se corresponde con cierta posición de la doctrina– propone una ficción consistente en la incorporación de derechos por parte de los particulares, de forma tal que las normas ya no rijan desde fuera sino que es posible desprender los derechos por ella reconocidos para incorporarlos a la esfera personal. Desde ese momento, habiéndolos adquiridos, es posible prescindir de las normas y despreocuparse de lo que pase con ellas en el plano normativo pues las personas conocen las condiciones de los derechos incorporados y tienen la seguridad que éstas no podrán ser variadas en el futuro. Puede entenderse como una ficción inaceptable, pues es claro que las normas siempre rigen a la realidad desde fuera pero es la opción que habría asumido el constituyente tal como lo estaría interpretando el Tribunal Constitucional.

En un sentido lato, aquí operaría una ultractividad en tanto que los derechos que las personas adquieren continuarán regidos por las reglas al amparo de las cuales fueron adquiridas; sin embargo, sólo subsistiría aquello que en la norma configure y de contenido al derecho, no aquello que no guarde relación con él. Es decir, que más que una situación de ultractividad lo que aquí se verificaría es que el derecho se incorpora con ciertas condiciones impuestas por la norma que los reconocía por lo que, más que subsistir la norma, subsiste el derecho con determinadas características.

En un sentido estricto, la ultractividad normativa implica que por voluntad del legislador, al darse una nueva norma, se prevea que situaciones anteriores continúen rigiéndose por las normas anteriores (no sólo en lo que implicara la configuración de un derecho sino



La Reforma Constitucional y los Derechos Adquiridos

como la inmovilidad de todo o parte del marco normativo anterior). Aquí, las personas seguirían sujetas a la voluntad del legislador quien, de considerarlo pertinente, podría dejar sin efecto la ultractividad que él mismo ha dispuesto. En los derechos adquiridos, por su parte, desde la incorporación de los derechos, el legislador no puede en forma alguna afectar tales derechos. Cualquier pretendida modificación requeriría previamente dejar de reconocer la vigencia de dicha teoría, la que suele estar contenida en las normas de superior jerarquía en un ordenamiento jurídico por afectar al sistema en su conjunto.

Es la exposición a la voluntad del legislador lo que quiere evitar la teoría de los derechos adquiridos garantizando que, una vez que se adquiere el derecho, no necesita siquiera que, al aprobarse una nueva norma el legislador prevea la ultractividad de la normatividad anterior, ya que le basta con saber que el derecho ya está incorporado en su esfera personal para despreocuparse de lo que pueda acontecer con la norma la cual podría ser derogada sin afectar sus derechos.

De lo expuesto resulta algo paradójico pues si la intención de la teoría de los derechos adquiridos es que las personas, una vez que adquieren un derecho no dependan más de las normas jurídicas que lo regulan, la efectividad de la teoría depende de una única norma: aquella que dentro de un determinado ordenamiento reconozca la posibilidad de adquirir derechos. Verificado tal presupuesto, una vez que el derecho se adquiere, se habrá sustraído de los alcances del legislador ante cualquier intento de afectación.

En el conflicto de principios anotado anteriormente, la teoría de los derechos adquiridos opta nitidamente por la seguridad jurídica de lo que ya se tiene frente a lo que el legislador disponga en el futuro. Creemos que para que la teoría no sea contradictoria, la desconfianza al legislador que subyace en sus postulados implica la intangibilidad de los derechos protegidos frente a cualquier norma posterior, sea favorable o desfavorable para el titular de los derechos.

A manera de resumen cabría señalar que los principales aspectos de esta teoría, tal como ha sido admitida en nuestro ordenamiento, según la entendemos de las sentencias del Tribunal Constitucional:

- Las normas jurídicas afectan a los hechos o situaciones ocurridos desde su entrada en vigencia así como a las consecuencias de hechos anteriores, salvo que se trate de derechos adquiridos al amparo de normas anteriores los

que mantendrán las condiciones reconocidas por aquéllas;

- Las normas jurídicas rigen a la realidad desde fuera pero las personas pueden adquirir los derechos por ellas reconocidos;
- Los derechos adquiridos son desprendidos del plano normativo e incorporados en la esfera de las personas, sustrayéndolos de la posibilidad de ser afectados por el legislador;
- Más que por la ultractividad de normas anteriores, esta teoría se define por la posibilidad de las personas de adquirir derechos reconocidos en las normas. En la ultractividad normativa actúa la voluntad del legislador al momento de un cambio de normas para permitir, por excepción, la continuidad de la norma anterior para ciertos supuestos. En esta teoría, tales derechos tendrán las condiciones previstas en las normas bajo las cuales surgieron, no por decisión del legislador que creó la nueva norma sino como consecuencia que el ordenamiento optó esta teoría;
- Los derechos se adquieren desde el momento en el que las personas configuran en la realidad los supuestos de hecho previstos en las normas para generar tal derecho;
- La posibilidad de regir de esta teoría en un ordenamiento jurídico depende de la existencia de una norma que así lo reconozca; y,
- Las nuevas normas no podrán afectar derechos ya adquiridos sea para mejorarlos o para perjudicarlos. Su intangibilidad es absoluta.

b. La teoría de los hechos cumplidos

Esta teoría plantea una solución al problema del derecho transitorio dándole prioridad al otro principio involucrado en el conflicto: la innovación normativa. Lo que postula esta teoría es que, desde su entrada en vigencia, las normas afectan a todos los hechos y situaciones que se estén produciendo en ese momento en la realidad aún cuando sean consecuencias de hechos o situaciones nacidas al amparo de normas anteriores. Entiende la teoría que mantener el marco normativo para las situaciones generadas con anterioridad, conllevaría al inmovilismo y atomismo normativo, por lo que la afectación de la norma a las situaciones que encuentren existiendo al momento de su entrada en vigencia debe ser inmediata.

En términos de Alzamora Valdéz citado por Rubio Correa *la teoría del hecho cumplido ... afirma que los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley se rigen por ésta; los cumplidos después de su promulgación por la nueva*⁵.

Al igual que la teoría de los derechos adquiridos, la de los hechos cumplidos tampoco se encuentra exenta de dificultades. Estas provienen, principalmente, del hecho que si en el marco de esta teoría no se afectarán hechos consumados al amparo de normas anteriores, surge la dificultad de establecer cuándo nos encontramos ante un hecho consumado –y, por tanto, que no se puede afectar– y cuando ante una consecuencia de un hecho pendiente de realización –y, por tanto, susceptible de ser afectado por la nueva norma–⁶.

Al margen de estos problemas, lo que en el fondo plantea esta teoría es impedir la ultractividad de las normas jurídicas una vez que son sustituidas en el ordenamiento. De esta forma queda claro que, en el conflicto de principios reseñada inicialmente, esta teoría privilegia la innovación de las normas, desechando para ello la aplicación ultractiva de las normas anteriores.

Como lo admite el común de la doctrina nacional, esta teoría es la que acoge nuestro ordenamiento jurídico tal como se desprende de lo dispuesto por la norma III del Título Preliminar del Código Civil de 1984. Según dicha disposición –que, de aprobarse la reforma analizada, pasaría a ser una norma de rango constitucional- *la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones jurídicas y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú*⁷.

Siendo entonces la opción asumida en nuestro ordenamiento, cabe enunciar los efectos que esta teoría en cuanto a la aplicación temporal de las normas:

- Las normas no afectan lo ocurrido antes que entraran a regir; es decir, no pueden tener carácter retroactivo;
- Las normas cesan sus efectos una vez que son derogadas; es decir, no pueden tener efectos ultractivos;
- Los hechos continuados que, durante su existencia, estuvieran regidos por más de una norma tendrán que ser divididos por tramos. Lo ocurrido durante la vigencia de la norma anterior se regirán por ésta mientras se encuentre vigente y lo restante pasará a estar regido por la nueva norma;
- Las normas rigen a la realidad desde fuera por lo que el legislador puede siempre afectar la realidad con sus normas estando las personas expuestas a los cambios normativos; y,

“Los derechos no se adquieren, las personas sólo pueden ejercerlos mientras se mantenga vigente la norma que los reconoce.”

- Los derechos no se adquieren, las personas sólo pueden ejercerlos mientras se mantenga vigente la norma que los reconoce. Derogada la norma, los derechos que reconocía desaparecen con ella.

La opción del ordenamiento jurídico peruano en materia de aplicación temporal de normas

Revisados los planteamientos de las principales teorías formuladas en cuanto a la aplicación temporal de las normas jurídicas⁸ cabe cotejarlos con las normas de nuestro ordenamiento jurídico para determinar cuál es su verdadera opción en materia de la aplicación temporal de normas jurídicas.

Coincide la doctrina nacional en señalar que, respecto a la aplicación temporal de las normas jurídicas, en nuestro ordenamiento se dan las siguientes características:

5 RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit., p. 62.

6 La indeterminación sobre lo que puede o no ser afectado por la nueva norma ha llevado a ver a esta teoría, incluso, como una manifestación de la teoría de los derechos adquiridos. Sobre este punto puede consultarse el texto citado de Díaz Aznarte pp. 77 y ss. Igualmente el tema se desarrolla en ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 138 y ss.

7 La fundamentación para sostener aplicabilidad de las normas del Título Preliminar del Código Civil de 1984 a todo el ordenamiento jurídico nacional se encuentra desarrollado en RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit, pp. 15 – 23.

8 Una reseña de otras teorías distintas a las aquí expuestas pueden encontrarse en los textos citados de Díaz Aznarte y Espinoza Espinoza.



La Reforma Constitucional y los Derechos Adquiridos

- La Constitución prohíbe la aplicación retroactiva de las normas jurídicas, salvo las de contenido penal que sean favorables al reo;
- La Constitución no opta por alguna teoría en materia de aplicación temporal de normas⁹. Tal opción existe en nuestro ordenamiento a favor de la teoría de los hechos cumplidos pero recogida en el Título Preliminar del Código Civil a la que se reconoce eficacia para todo el ordenamiento nacional; y,
- La Constitución reconoce dos supuestos en los que, por excepción, rige la teoría de los derechos adquiridos. Estos serían la materia contractual (según lo dispuesto por el artículo 62°) y la pensionaria (por lo dispuesto en la Primera Disposición Final).

A partir de lo expuesto en el acápite anterior pretendemos cuestionar las dos últimas características por considerar que no se corresponden con lo dispuesto por las normas en nuestro ordenamiento ni con las prácticas usuales de los operadores jurídicos. De poder demostrarlo, propondremos un planteamiento alternativo a cómo debería ser entendida la opción de nuestro ordenamiento en este tema y cuáles serían los efectos de la reforma constitucional.

Admitir que, en materia de la aplicación temporal de normas en nuestro ordenamiento jurídico rige la teoría de los hechos cumplidos, supone dejar sin sustento una práctica que no es extraña en nuestro sistema: la ultractividad de las normas. Esto, como mencionamos, es una situación inadmisibles en el marco de la teoría de los hechos cumplidos, de forma tal que, o dicha práctica carece de sustento jurídico o la opción de nuestro sistema no es por la teoría de los hechos cumplidos.

El que la ultractividad normativa no encuentre cabida en el marco de la teoría de los hechos cumplidos ha sido destacado, aunque no desarrollado, por Rubio Correa¹⁰. Espinoza Espinoza, por su parte, trata de demostrar que en nuestro sistema sí cabe la aplicación

ultractiva de las leyes, poniendo como ejemplo lo dispuesto por el artículo 6° del Código Penal^{11 12}. Al respecto consideramos que, en primer lugar, la norma anotada no admite la aplicación ultractiva de las normas sino que es un claro ejemplo de la aplicación inmediata de las normas penales. Más aún, si algo admite por excepción esta norma es la aplicación retroactiva de las normas posteriores siempre que resulten más favorables al reo.

No obstante ello, y asumiendo que el artículo 6° del Código Penal admitiese la aplicación ultractiva de las normas penales, creemos que con ello no se demostraría que la ultractividad esté justificada en nuestro sistema. Como lo dijimos, la presencia de normas que disponen efectos ultractivos de normas anteriores no demuestra que tales efectos estén validados sino que refleja la tensión entre una norma que no admite tales efectos (la norma III del Título Preliminar del Código Civil) y una serie de normas que permanentemente lo disponen. Así, reiteramos, frente a esta situación las posibles soluciones serían o que la teoría de los hechos cumplidos no rige –o al menos no a plenitud– en nuestro sistema o que todas las normas que en nuestro ordenamiento disponen efectos ultractivos carecen de sustento jurídico.

Un claro ejemplo de una norma ultractiva lo constituye la Segunda Disposición Final de Código Procesal Civil al disponer que *las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.*

La estricta observancia de la teoría de los hechos cumplidos implica que una disposición como esta sería inadmisibles en nuestro ordenamiento ya que, en el marco de esta teoría, la nueva norma resulta necesariamente de aplicación a todos los hechos que en ese momento se verifiquen en la realidad aún cuando sean consecuencias de hechos anteriores. Qué duda cabe que, por ejemplo, los plazos procesales quedan

9 Cabe señalar que, a entender del Tribunal Constitucional, el texto constitucional si opta por la teoría de los hechos cumplidos según lo infiere de su artículo 109° según el cual las normas rigen desde el día siguiente al de su publicación en el diario oficial. Sin embargo, coincidimos en este punto con Neves Mujica cuando señala que con dicho razonamiento el Tribunal Constitucional confunde la cuestión de la vigencia de las normas con la de sus efectos sobre las situaciones y relaciones jurídicas existentes.

10 Señala expresamente este autor que *la disposición del artículo III que comentamos se pronuncia claramente por la aplicación inmediata de la norma jurídica, desecha lo que hemos llamado aplicación ultractiva, y sólo considera la aplicación retroactiva en los casos que autoriza expresamente el artículo 187 de la Constitución.* RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit., p. 66.

11 Tras citar el párrafo de Rubio Correa transcrito en la nota anterior, señala el autor que *sólo me permito aclarar que si cabe (en aplicación del artículo 6 del Código Penal) una aplicación ultractiva de la norma penal.* ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit., p. 157.

12 Señala el artículo 6° del Código Penal que *La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de las leyes penales. Añade que Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley.*

comprendidos en tal supuesto por lo que, según los planteamientos de la teoría de los hechos cumplidos, debieron ser afectados por la nueva norma.

¿Cómo explicar la presencia de una disposición transitoria como ésta en un ordenamiento en el que rige la teoría de los hechos cumplidos? Descartamos que esta disposición o cualquier otra que reconozca efectos ultractivos a alguna norma del sistema sean sin más inválidas pues supondría reconocer que en nuestro sistema son toleradas normas en abierta contradicción a la opción asumida en nuestro ordenamiento.

Tampoco consideramos que la presencia de normas que disponen efectos ultractivos implique que, en realidad, en nuestro ordenamiento rige la teoría de los derechos adquiridos. Los ejemplos que podemos encontrar de ultractividad no sólo extienden los efectos de normas anteriores para la protección de derechos sino que las normas siguen rigiendo, en general, hechos y situaciones jurídicas. Ello, además, supondría asimilar sin más la ultractividad con la teoría de los derechos adquiridos, con lo cual discrepamos.

Una posible explicación es que las normas que dispongan efectos ultractivos en nuestro ordenamiento serían excepciones a la teoría de los hechos cumplidos. Ellas se admitirían sólo cuando el legislador, al dictar una nueva norma, considere que una adecuada ponderación entre la seguridad jurídica y la innovación normativa justifique disponer la ultractividad de normas anteriores.

En esta línea tendríamos que admitir que en nuestro ordenamiento jurídico la teoría de los hechos cumplidos estaría formulada en los siguientes términos: «desde su entrada en vigencia, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo que el legislador decida extender los efectos de las normas anteriores. No puede tener efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución».

Siendo así el planteamiento cabría admitir que, si la excepción estaría determinada por lo que decida el legislador, ello no sería tanto una excepción sino un criterio en sí mismo. Es decir que, dentro de los límites impuestos por el texto constitucional (v.g.: no retroactividad de normas, salvo las penales que sean favorables al reo), el legislador puede disponer, para cada norma que dicte, el alcance de sus efectos. Así, podría disponer la ultractividad de los efectos de las normas anteriores pero no la retroactividad de las nuevas normas. Si bien se ha dicho siempre que la retroactividad sólo adquiere contenido en el marco de alguna de las

teorías –sea la de los derechos adquiridos o la de los hechos cumplidos– creemos que hay un concepto de retroactividad en el que coinciden ambas teorías y que es como debería ser entendido en el marco de nuestro texto constitucional: como la imposibilidad de que las nuevas normas afecten lo acontecido con anterioridad a su entrada en vigencia. Fuera de esta restricción, el legislador es libre de modular, mediante disposiciones transitorias, el alcance de los efectos de las normas en una situación de sucesión normativa.

Esto implica advertir que en nuestro ordenamiento la opción por la teoría de los hechos cumplidos no es sino supletoria a lo que precise el legislador en cada norma que apruebe respecto alcances de sus normas. Ello explicaría la convivencia en nuestro ordenamiento de una norma que reconoce la teoría de los hechos cumplidos con normas que disponen efectos ultractivos; es decir, que la primera sólo sería de aplicación cuando, en una sucesión normativa, el legislador omita precisar los efectos de las nuevas normas a los hechos que se vienen verificando con anterioridad.

En suma, de una lectura sistemática de nuestro ordenamiento, la opción que rige en cuanto a la aplicación temporal de las normas podría ser redactada en los siguientes términos: «Las leyes, salvo las de materia penal cuando favorezcan al reo, no pueden ser retroactivas. En este marco, el legislador puede disponer el alcance de los efectos de las leyes que apruebe. A falta de precisión por parte del legislador, las leyes, desde su entrada en vigencia, se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes».

Creemos que obviar la segunda frase de este enunciado, que es la forma como suele haberse entendido la opción de nuestro ordenamiento, no alcanza a explicar el aparente conflicto entre la teoría de los hechos cumplidos y la aplicación ultractiva de normas. En otros términos, la opción de nuestro ordenamiento en esta materia, quedaría reformulada de la siguiente forma: los efectos de las normas en un supuesto de sucesión lo determina el legislador dentro del marco constitucional a falta de lo cual rige la teoría de los hechos cumplidos.

¿Subsiste la teoría de los derechos adquiridos en el ordenamiento jurídico nacional?: el caso contractual y pensionario

El segundo punto que quisiéramos analizar es el referido a los dos supuestos reconocidos en el texto constitucional en el que, como se suele considerar, por



excepción, regiría la teoría de los derechos adquiridos; estos son, la materia contractual y pensionaria. Seguidamente expondremos los argumentos por los que consideramos que, en realidad, tales casos no deben ser considerados como ejemplos de supuestos regidos por la teoría de los derechos adquiridos; el primero por resultar insostenible, el segundo por resultar inconveniente.

a. **Materia contractual.-**

Señala el artículo 62° de la Constitución que *la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes o disposiciones de cualquier clase (...). Añade en su segundo párrafo que mediante contratos – ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificadas legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.*

La intangibilidad de los términos contractuales frente al legislador ordinario es lo que ha determinado que este supuesto sea visto como uno en el que, por excepción, rige la teoría de los derechos adquiridos. Esto, creemos, es consecuencia de asociar sin más la figura de la ultractividad con la teoría de los derechos adquiridos. En este supuesto se aprecia con mayor nitidez lo que señalamos anteriormente: que la teoría de los derechos adquiridos no se debe definir por la ultractividad de las normas ya que, si bien todo derecho adquirido supone ultractividad de normas en un sentido lato, no toda ultractividad de normas supone asumir la teoría de los derechos adquiridos y el artículo 62° es un buen ejemplo de ello.

Al disponer la intangibilidad de los términos contractuales, el constituyente ha querido proteger el producto de la autonomía privada frente a las eventuales normas que dicte en el futuro el legislador ordinario. Esta restricción es en realidad extrema pues supone privar al legislador de regular un ámbito importante en la realidad social. La opción en este caso por la seguridad jurídica es evidente así como riesgoso, por decirlo menos, el costo asumido con dicha opción: subordinar la ley al contrato.

Al margen de todos los comentarios que ha merecido este artículo, principalmente referido a su análisis en el marco del modelo económico asumido por el constituyente de 1993, queremos destacar que

este artículo hace mucho más que proteger derechos. La intangibilidad establecida en esta norma se extiende a todo lo que incluya el contrato, sean derechos, obligaciones (que, en estricto, también serían derechos para otros), facultades, expectativas, definiciones, etc. Por ello, para sostener que en este caso rige la teoría de los derechos adquiridos tendría que tomarse como sinónimos los términos «derechos adquiridos» y «disposiciones contractuales». Lo forzado de tal asociación evidencia que, en este caso, no nos encontramos en un supuesto de derechos adquiridos.

Ahora bien, si en el artículo 62° no se reconoce la teoría de los derechos adquiridos ¿cómo entender su contenido en el marco de las teorías de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo? Creemos que como una excepción a la teoría de los hechos cumplidos, de forma tal que si esta teoría postula la irretroactividad de las normas, el artículo 62° permite la ultractividad de las normas vigentes al momento de la celebración de un contrato, las cuales lo regirán en tanto éste subsista. Es decir que cada contrato «congela» el marco normativo existente al momento de su celebración y se mantiene para las partes en tanto se mantenga el contrato.

Esto, reiteramos, no supone admitir que nos encontremos en el marco de la teoría de los derechos adquiridos ya que, como se habrá advertido, negar la teoría de los hechos cumplidos no supone afirmar la de los derechos adquiridos. Es posible, como en este caso, exceptuar la teoría de los hechos cumplidos, imponiendo la ultractividad de ciertas normas para el caso de los contratos, sin con ello admitir la adquisición de derechos por los particulares.

Si ya la excepción que plantea el artículo 62° puede resultar cuestionable, lo es aún más advertir que por vía legislativa se estableciera una excepción a dicho artículo; es decir, una excepción a la excepción. Así, si la regla es la teoría de los hechos cumplidos y la excepción la materia contractual (en la cual se admite la ultractividad de las normas al amparo de las cuales surgió el contrato), la excepción a la excepción está determinada por los contratos laborales afectados por una sucesión normativa. En efecto, según la Ley 26513, la ley laboral sustituye a la anterior –teoría de los hechos cumplidos– salvo que las partes hubiesen incorporado ésta al contrato laboral mediante pacto expreso – excepción a la teoría de los hechos cumplidos; es decir, ultractividad del marco normativo anterior por decisión de las partes¹³.

13 La interpretación pretendidamente auténtica que contiene esta ley refleja la inconveniencia de incluir en el texto constitucional un artículo tan rígido como el 62° que tuvo que ser flexibilizado para el caso laboral pero recurriendo a este cuestionable mecanismo. Sin embargo permite inferir una posible lectura

Lo expuesto, además de evidenciar la inconveniencia del artículo 62º de la Constitución, nos permite concluir que en este caso no nos encontramos en el marco de la teoría de los derechos adquiridos, como se le suele atribuir a lo dispuesto por este artículo, sino que, en el marco de los hechos cumplidos, estamos frente a una excepción a sus postulados para un caso específico por voluntad del propio constituyente.

b. Materia pensionaria.-

La Primera Disposición Final de la Constitución, al reconocer la inafectación de los derechos legalmente en materia de pensiones, constituiría uno de los pocos ejemplos, sino el único, en el que regiría la teoría de los derechos adquiridos. Sin embargo, creemos que tal afirmación no refleja lo que con dicha norma se pretendió por lo que resulta más conveniente considerarla, al igual que en el supuesto anterior, como una excepción a la teoría de los hechos cumplidos, sin que ello implique asumir los postulados de la teoría de los derechos adquiridos.

De la discusión que la aprobación de esta disposición generó en el Congreso Constituyente Democrático (CCD)¹⁴ se infiere nítidamente que la intención de la asamblea era la protección de los derechos de naturaleza pensionaria adquiridos por los trabajadores; es decir, dejar sentada una protección de los derechos que ya se tenían respecto de cualquier afectación futura. Si tal era la intención, la redacción final de esta primera disposición final sería un mecanismo inapropiado para su consecución.

En efecto, asumir que con la primera disposición final se acoge la teoría de los derechos adquiridos implicaría tener que asumir, a su vez, alguno de los dos siguientes supuestos: o que dicha disposición estableció esa teoría para la materia pensionaria o que dicha disposición reconoció que en dicha materia ya regía la teoría de los derechos adquiridos.

En el primer supuesto, recordemos que la adquisición de derechos en el marco de la teoría de los derechos adquiridos requiere contar con una norma que admita la incorporación de derechos. Si, en este caso, tal norma la constituye la primera disposición final, es claro que sólo a partir de su vigencia es que los particulares habrían adquirido derechos en materia pensionaria más no así los que, con anterioridad a dicho momento habrían configurado el supuesto de hecho de las normas que reconocían derechos, ya que esta primera disposición final carece de efectos retroactivos¹⁵.

Paradójicamente, el grupo de personas que no se verían comprendido en el alcance de esta norma es precisamente es el que esta disposición pretendía proteger.

Las consecuencias de esta hipótesis sería que, desde la vigencia de la Constitución de 1993, habría dos grupos de pensionistas que se distinguirían en cuanto a la protección de sus derechos. Un primer grupo lo conformarían quienes venían ejerciendo sus derechos al momento de la entrada en vigencia del texto constitucional, los cuales

no habrían incorporado los derechos pensionarios y, por lo tanto, podrían ser afectados por normas posteriores. El segundo grupo lo conformarían quienes, desde la

***“La Primera Disposición
Final de la Constitución
(...) resulta más conve-
niente considerarla, (...)
como una excepción a la
teoría de los hechos
cumplidos (...)”***

de dicho artículo que, por no ser el objeto de este trabajo, simplemente dejamos anotado: si en materia laboral las partes pueden decidir acogerse o no a la intangibilidad de los términos contractuales prevista en dicho artículo, nada obsta para asumir que tal intangibilidad es disponible para las partes en cualquier tipo de contrato. La única diferencia es que, mientras que en materia laboral a falta de pacto expreso entre las partes rige la teoría de los hechos cumplidos, en cualquier otro contrato, a falta de pacto expreso entre las partes, rige la ultractividad de las normas vigentes al momento de la celebración del contrato. Así, si lo que pretende dicha norma es proteger la autonomía privada, la primera decisión a ser protegida por el ordenamiento es si las partes quieren o no que los términos de su contrato sean o no afectados por las normas posteriores. En esta línea, estaríamos ante una norma dispositiva y no imperativa para los particulares.

14 El detalle de esta discusión se puede encontrar en las actas de debates del CCD, en concreto, en la correspondiente a la sesión del 18 de agosto de 1993. La transcripción de las intervenciones en dicha sesión se pueden consultar en la página web del Congreso de la República: www.congreso.gob.pe.

15 Esto requiere ser justificado pues, sostener que las normas constitucionales no son retroactivas, implicaría asumir algún criterio para determinar la aplicación temporal de ellas. Si bien no hay norma expresa en la Constitución que indique a qué situaciones de la realidad se aplican sus normas, podríamos inferirlo de la decimoquinta disposición transitoria según la cual *las disposiciones contenidas en la presente Constitución, referidas al número de congresistas, duración del mandato legislativo, y Comisión Permanente, no se aplican para el Congreso Constituyente Democrático*. Esta disposición estaría asumiendo que las normas constitucionales eran de aplicación inmediata para toda situación que en ese momento se estaría verificando en la realidad por lo que, en vía de excepción, inafectó de sus normas al CCD. De ello podríamos inferir que el criterio para la aplicación temporal de las normas constitucionales era la aplicación inmediata, salvo disposición en contrario del propio constituyente. Por ello, no habiendo disposición en tal sentido, podemos concluir que sus normas carecen de efectos retroactivos.



vigencia del texto constitucional, configuraron el supuesto de hecho de las normas que generaban derechos pensionarios los que, una vez verificado el supuesto de hecho de tales normas, adquirieron los derechos por ellas reconocidas y, en consecuencia, resultan intangibles para el legislador ordinario.

En la medida que para el Tribunal Constitucional la adquisición de los derechos se produce en un determinado momento en el tiempo y no es un hecho continuado, si dicho momento se verificó antes de la entrada en vigencia de la primera disposición final, no consideramos posible que una norma posterior pueda disponer una consecuencia jurídica a un hecho ya consumado.

Atendiendo a sus consecuencias y a su eventual contraposición con la pretendida protección que quiso establecer el constituyente, no pareciera que la mejor lectura posible de la primera disposición final sea que estableció la teoría de los derechos adquiridos pues ello implicaría asumir que con ella no se protege a quienes, al momento de su entrada en vigencia, ya ejercían sus derechos pensionarios.

El segundo supuesto es que, antes que establecer la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, la primera disposición final sólo reconoció que en dicha materia ya regía tal teoría. Esto parece ser lo que habría sido considerado en el debate del CCD pues de su lectura se advierte que se asumía que los pensionistas ya contaban con derechos adquiridos a los que había que ratificar la protección.

Al respecto podríamos decir que, si la primera disposición final sólo se limitó a reconocer que tal teoría regía y, por lo tanto, los pensionistas ya habían adquirido derechos es porque anteriormente ya existía una norma que permitía la adquisición de tales derechos. Una norma en ese sentido no existía en nuestro ordenamiento jurídico pues siempre se asumió la opción por la teoría de los hechos cumplidos. Por ello es que el constituyente no podía reconocer una situación inexistente sino que, en el marco de esta teoría, lo más que podía pretender era permitir que, desde ese momento, la protección de derechos pensionarios conllevaba la adquisición de derechos. Esto implica, tanto asumir las consecuencias antedichas, como admitir que el constituyente terminó dando una norma que no permitía cumplir el objetivo para el cual fue creada.

Curiosamente ésta parece haber sido la opción asumida por el Tribunal Constitucional tal como se podría inferir de la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad contra el decreto ley 25967. Como

se recordará, dicha norma, dictada en el año 1992 (cuando aún no se había aprobado el texto constitucional de 1993) impuso nuevas y peyorativas condiciones para el acceso a una pensión de jubilación en el marco del régimen pensionario regulado por el decreto ley 19990; por ello, el Tribunal Constitucional consideró inconstitucional el que las nuevas condiciones se pretendieran aplicar a quienes, al momento de haberse expedido el decreto ley 25967 ya habían adquirido su derecho a la pensión por haber configurado el supuesto de hecho de la norma respectiva. Es decir que en 1997 (fecha de expedición de la sentencia) el Tribunal constitucional consideró que, en 1992, ya existían derechos adquiridos que no podían ser afectados por el decreto ley 25967 en aplicación de la primera disposición final que, en dicho momento, aún no había entrado en vigencia.

Una eventual lectura alternativa de este artículo que permitiría salvar las inconsistencias anotadas precedentemente sería que, antes que establecer la teoría de los derechos adquiridos, lo que esta disposición estaría haciendo es, al igual que el artículo 62°, imponer constitucionalmente la ultractividad del marco normativo que regulan tales derechos. Así, quienes al momento de la entrada en vigencia de la Primera Disposición Final de la Constitución ya contaban con tales derechos por haber configurado el supuesto de hecho de la norma respectiva, continuarían regulados por el marco normativo que reconocía el derecho; a su vez, quienes aún no habían generado para sí el derecho, podrán exigir la ultractividad del marco normativo en el que se regulan tales derechos una vez que se llegue a configurar el supuesto de hecho de tales normas.

Esta alternativa permitiría dar la misma protección jurídica a todos los pensionistas, garantizando la intangibilidad de las normas al amparo de las cuales se obtuvieron los derechos frente al legislador ordinario.

En todo caso, coincidimos con lo planteado con ocasión de esta reforma constitucional en que las teorías de aplicación temporal de normas –sea la de los derechos adquiridos o la de los hechos cumplidos– son de cuño civilista y pensadas para derechos subjetivos reconocidos por ley. En el Estado Constitucional de Derecho, tal planteamiento no es de aplicación a los derechos fundamentales en tanto éstos no surgen legislativamente sino que son manifestaciones de la dignidad de los seres humanos reconocidas por los textos constitucionales. Es decir, que tales derechos están por encima de las leyes de tal forma que su protección no pasa por mantener los efectos de normas anteriores sino por reconocer su contenido esencial

como un ámbito intangible o un límite negativo a la actuación del legislador ordinario¹⁶.

Posibles efectos de la reforma constitucional.-

Un punto final que queremos abordar es plantear las posibles consecuencias que conllevaría la reforma constitucional en cuanto a la aplicación temporal de norma en nuestro ordenamiento jurídico; en particular, nos referiremos a las consecuencias de la reforma del artículo 103° de la Constitución.

Se viene sosteniendo que la reforma de dicho artículo no tendría mayores consecuencias pues únicamente estaría reconociendo a nivel constitucional una norma ya existente en nuestro ordenamiento jurídico sólo que hasta ahora contenida en el Título Preliminar del Código Civil. Si tal fuera la única consecuencia, dicha reforma podría considerarse hasta innecesaria.

Sin embargo resulta plausible que, aleccionados por las consecuencias de la Primera Disposición Final de la Constitución, en concreto, la intangibilidad normativa para el legislador ordinario en una materia cuya reforma es ahora considerada como urgente, se opte por sistematizar la opción del ordenamiento jurídico nacional en cuanto a la aplicación temporal de sus normas jurídicas. Con ello, se salvaría un problema esencial del marco normativo actual cual es que la opción respecto a la aplicación temporal de normas jurídicas se reconoce en una norma que no es la de mayor jerarquía (encontrándonos con la paradoja que, mientras que la regla se establece en una norma inferior –el Código Civil–, las excepciones las determina la norma superior –la Constitución–).

Sin embargo, diera la impresión que la reforma propuesta al artículo 103° sólo es una reacción a los problemas que, a los impulsores de la reforma del régimen pensionario de los trabajadores públicos regidos por el decreto ley 20530, les ha supuesto superar el obstáculo que les supone la Primera Disposición Final del texto constitucional. Así, la reforma del artículo 103° sólo se puede entender como una respuesta puntual a lo que el constituyente hizo al dictar la Primera Disposición Transitoria; sin embargo, no se tiene en cuenta lo que sucede en el resto del ordenamiento jurídico.

En efecto, siendo esta la ocasión para regular sistemática e integralmente la aplicación temporal de las normas en el ordenamiento jurídico peruano, no nos parece correcto que la propuesta se agote en una mera

respuesta a la experiencia concreta generada por la Primera Disposición Final. Si la nueva norma sólo es una respuesta a una norma anterior, desatendiendo lo que pasa en el resto del ordenamiento, no sería raro que luego tengamos nuevas normas que respondan a aquellas situaciones obviadas en esta reforma o, peor aún, inviten al retorno de las tristemente célebres interpretaciones auténticas para salvar algún supuesto excluido en los alcances de la reforma.

Si ya se ha promovido un proceso de reforma constitucional lo que, de por sí, es y debe ser extraordinario, es recomendable evitar improvisaciones y abordarla de forma tal que constituya una respuesta consistente ante los problemas del ordenamiento jurídico en este tema, antes que una fuente de problemas futuros. Así, creemos que con ocasión de esta reforma se debería esclarecer, de un lado, el caso de las disposiciones contractuales previsto en el artículo 62° (por ejemplo, para determinar la situación de los contratos laborales) y, de otro, la posibilidad de disponer legislativamente la ultractividad de las normas anteriores.

Como lo hemos señalado anteriormente, creemos que la lectura de la norma III del Título Preliminar del Código Civil que permite adecuarlo al ordenamiento jurídico como conjunto y armonizarlo con las prácticas usuales de nuestros operadores jurídicos es tomarla como una norma supletoria a la voluntad del legislador. De esta forma es posible compatibilizar su contenido con la presencia de normas que disponen la ultractividad de normas anteriores.

Esta lectura, sería más complicada de justificar en el marco de la reforma constitucional propuesta. Estando ahora dicha norma en la Constitución parece clara la opción para todo el ordenamiento por lo que, salvo la materia contractual –salvando, a su vez, los contratos laborales–, se tendría que imponer rigurosamente la teoría de los hechos cumplidos y, en consecuencia, ya no le será posible al legislador disponer la ultractividad de normas anteriores si considerase que en una particular de sucesión normativa, se justificaría tal situación.

Creemos que tan importante para el legislador es dar el contenido de sus leyes como poder atemperar sus efectos transitorios en la realidad a la cual se dirige. Negarle dicha posibilidad y pretender que tal decisión sea definida de antemano por el constituyente, sin posibilidad alguna de flexibilizar el criterio nos parece

16 Este argumento ha venido siendo sostenido por el profesor Carlos Blancas Bustamante en el marco de los debates sobre la conveniencia o no de la reforma del régimen pensionario de los trabajadores públicos regido por el decreto ley 20530.



poco menos que apropiado. Es el legislador y no el constituyente quien está en mejor capacidad de advertir en el caso concreto de cada norma que dicte la mejor forma de realizar tanto la seguridad jurídica como la innovación normativa, procurando encontrar ponderaciones equitativas. La Constitución sin duda que no debe estar al margen de la regulación de esta materia pero no con la imposición de una regla que dé rigidez a una situación que, por definición, es flexible ya que se asienta en la tensión entre principios fundamentales, sino con la imposición de un marco de actuación para el legislador y la dotación de reglas supletorias a su decisión.

Se entenderá mejor la idea si advertimos que esta situación es análoga a la entrada en vigencia de las normas jurídicas. Ello, en principio, lo define quien dicta la norma pero dentro del marco constitucional (no puede regir con anterioridad o el mismo día de su publicación) y, a falta de precisión en la propia norma, opera la regla que, con carácter supletorio prevé la Constitución: la norma regirá a partir del día siguiente de su publicación

en el diario oficial (artículo 109° del texto constitucional). Así, reconociendo que cada norma que se dicta responde a una particular necesidad, no es conveniente imponer rigidamente un momento único para todas las normas del sistema; basta con establecer un marco de actuación y dotarlo de un criterio supletorio, para que el sistema sea funcional.

En suma, creemos que más allá de lo que señalen las teorías, al momento de regular la aplicación temporal de las normas en nuestro ordenamiento jurídico, se debe atender a la situación de las demás normas del sistema así como al comportamiento de los operadores jurídicos, y regular en función de la naturaleza de esta materia. Por ello, advirtiendo la concurrencia potencialmente conflictiva de los principios de seguridad jurídica e innovación normativa, este tema debería ser resuelto tendiendo como prioridad lo dispuesto por el legislador en cada norma que dicte, dentro del marco constitucional. Con ello, se conseguiría compatibilizar los principios involucrados, que, en el fondo no es sino la realización del valor justicia.