

Las fuentes del Derecho del Trabajo en las Constituciones de 1979 y 1993

Javier Neves Mujica

Abogado. Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La Constitución tiene una doble significación en materia de fuentes del derecho: de un lado, en su parte orgánica, atribuye potestades normativas a ciertos órganos y establece jerarquías entre las normas que éstos pueden producir; y, del otro, en su parte dogmática, reconoce ella misma derechos a las personas, tanto en materia civil y política, como económica, social y cultural. Una y otra cosa valen, naturalmente, para todo el sistema jurídico. Sin embargo, en este trabajo nos proponemos centrarnos en la primera cuestión, aunque nos referiremos también a la segunda. Nuestro objeto de estudio es, pues, el sistema de las fuentes del Derecho del Trabajo: qué órganos, mediante qué procedimientos, pueden producir qué normas.

Para estos efectos, precisaremos primero el concepto de fuentes del derecho, nos detendremos luego en las relaciones jerárquicas entre las diversas fuentes, y analizaremos después, contrastando el texto de la Constitución de 1979 con el de la aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, cada una de las normas que configuran fuentes del Derecho del Trabajo.

I. CONCEPTO.

Las fuentes del derecho han sido enfocadas por la doctrina española, tanto aludiendo a los órganos provistos de potestades normativas (fuentes en sentido propio), como a las normas emanadas de dichos órganos (fuentes en sentido traslativo)⁽¹⁾.

Tales potestades consisten en la posibilidad de crear, modificar y extinguir actos o hechos normativos⁽²⁾. Mientras los actos nacen de manifestaciones de voluntad de ciertos órganos, los hechos derivan de situaciones objetivas⁽³⁾. Las normas son reglas generales, impersonales y abstractas⁽⁴⁾.

De esta manera, serán órganos dotados de atribuciones normativas y sus correspondientes formas normativas típicas, por ejemplo, el Poder Legislativo respecto de la ley, el Poder Ejecutivo respecto del reglamento, los sujetos laborales colectivos respecto del convenio, etc. Algunos de esos órganos podrían estar en algunas circunstancias excepcionalmente habilitados para producir otras formas normativas. Éste es el caso del Poder Ejecutivo, que podría dictar decretos legislativos y decretos de urgencia.

(1) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. Universidad de Madrid, Madrid, 1991, pág. 653; y DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, GARCIA BECEDAS, Gabriel y GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1991, pág. 28.

(2) PREDIERI, Alberto. "El sistema de las fuentes del derecho". En: *La Constitución Española de 1978*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1984, pág. 169.

(3) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, pág. 146.

(4) DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, GARCIA BECEDAS, Gabriel y GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Op. cit.*, pág. 653.

La potestad normativa plena es -como hemos dicho- la de crear, modificar y suprimir actos o hechos normativos. Comúnmente, los órganos de que nos ocupamos poseen las tres atribuciones respecto de sus formas normativas típicas. Tal es la situación de los que hemos mencionado en el párrafo anterior. Así, por ejemplo, el Poder Legislativo podría crear, modificar y derogar una ley. El Congreso, sin embargo, también podría ejercer las potestades de modificar y derogar, mas no la de crear, cualquier otra norma estatal de nivel igual o inferior a la ley, salvo que la Constitución otorgara competencia exclusiva para ello a un órgano distinto. Por último, hay ciertos órganos que tienen sólo una de estas atribuciones: la de eliminar normas. Éste es el caso de los encargados del control de la constitucionalidad y legalidad del ordenamiento, no en los sistemas difusos (en los que se les permite sólo inaplicar las normas infractoras), sino en los concentrados (en los que se les permite suprimirlas)⁽⁵⁾. Poseen, pues, una potestad normativa negativa. Tales son, en nuestro medio, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

Asimismo, debemos señalar -de un lado- que un acto normativo sería, por ejemplo, la ley, el reglamento, el convenio colectivo, etc., mientras un hecho normativo sería la costumbre (cuando reúna los requisitos para constituir una fuente del derecho); y -del otro- que los actos o hechos normativos se diferencian de los no normativos, no por su carácter obligatorio, sino por sus efectos: de producción de derecho objetivo, como regla abstracta y general, en el primer caso, y de producción de derechos subjetivos, para partes concretas y determinadas, en el segundo. O, dicho en otros términos, de fuente del derecho y de fuente de la obligación, respectivamente⁽⁶⁾. Este último es el caso del contrato y -generalmente- de la sentencia.

Finalmente, la doctrina española distingue también entre las normas comunes y las especiales⁽⁷⁾. Las primeras son las formas jurídicas existentes en todos los sectores del ordenamiento, como la ley o el reglamento, cuyo contenido es el que cambia según la materia regulada. Y las segundas, son las formas jurídicas pro-

pias del Derecho del Trabajo, entre las que es paradigmático el convenio colectivo.

II. JERARQUÍA.

La Constitución en la doble vinculación con el tema de las fuentes del derecho, que ya hemos anotado, primero señala el rango de las normas, de manera global (arts. 87 y 51 de las Constituciones de 1979 y 1993, respectivamente), y puntual, norma por norma; y segundo, se configura a sí misma como fuente del derecho. A esta primera cuestión nos referiremos en este punto y a la segunda en el punto 3.1. de este trabajo.

Todas las normas integran un único sistema de fuentes del derecho, que se organiza jerárquicamente en distintos niveles. La doctrina italiana distingue cuatro de ellos, que son -de mayor a menor rango- el constitucional, el primario (el de la ley y sus equivalentes), el secundario (el del reglamento y sus equivalentes) y el terciario (el de las normas emanadas de la autonomía privada)⁽⁸⁾. Se admite la existencia de sub-niveles al interior de un mismo nivel, habiendo preeminencias relativas entre las normas que lo integran⁽⁹⁾.

La asignación de un determinado rango por la Constitución, se hace directamente, por mención expresa, o indirectamente, según el mecanismo previsto para la impugnación de la norma correspondiente: así, se ubican en el nivel primario las normas cuya validez se controla mediante acción de inconstitucionalidad, encontrándose en el secundario las normas sometidas para su impugnación a la acción popular.

Las referencias al rango de cada norma en la Constitución de 1979 y la de 1993 las haremos al analizar cada fuente. Aquí queremos señalar únicamente las diferencias centrales que constatamos en esta materia entre uno y otro texto, consistentes en el descenso sufrido en la escala por los tratados internacionales y los convenios colectivos, y en la atribución clara de nivel primario a los decretos de urgencia, en ambos casos por la Constitución de 1993. El cuadro global sería el siguiente:

(5) CAPPELLETTI, Mauro. "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado". En: La Justicia Constitucional, UNAM, México, 1987, pág. 59 y ss.

(6) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. Op. cit., pág. 654.

(7) DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, GARCIA BECEDAS, Gabriel y GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. Op. cit., pág. 28.

(8) PIZZORUSSO, Alessandro. Lecciones de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Tomo II, pág. 158. Otros autores diferencian tres o cinco. Es el caso de BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Op. cit., pág. 152 y 165; y PREDIERI, Alberto. Op. cit., pág. 208; respectivamente.

(9) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Op. cit., pág. 165; y PIZZORUSSO, Alessandro. Op. cit., pág. 159 a 161.

	CONSTITUCIÓN DE 1979	CONSTITUCIÓN DE 1993
NIVEL CONSTITUCIONAL	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución - Tratado internacional de derechos humanos 	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución
NIVEL PRIMARIO	<ul style="list-style-type: none"> - Tratado internacional - Ley - Decreto legislativo - Ley regional - Ordenanza municipal - Convenio colectivo - Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en acción de inconstitucionalidad 	<ul style="list-style-type: none"> - Tratado Internacional - Ley - Decreto legislativo - Decreto de urgencia - Ley regional - Ordenanza Municipal - Sentencia del Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad
NIVEL SECUNDARIO	<ul style="list-style-type: none"> - Reglamento - Decreto regional - Edicto municipal - Sentencia del Poder Judicial en acción popular 	<ul style="list-style-type: none"> - Reglamento - Decreto regional - Edicto municipal - Sentencia del Poder Judicial en acción popular
NIVEL TERCARIO	<ul style="list-style-type: none"> - Reglamento interno de trabajo - Costumbre 	<ul style="list-style-type: none"> - Convenio colectivo - Reglamento interno de trabajo - Costumbre

III. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Vamos -conforme a lo anunciado al inicio- a hacer un listado de las fuentes del Derecho del Trabajo, explicando las características básicas de cada una de ellas en la Constitución de 1979 y en la de 1993.

1. Constitución.

Todos los derechos consagrados por la Constitución de 1979 -entre ellos, naturalmente, los laborales- son fundamentales, ya sea porque están insertos en su Título I, denominado justamente "Derechos y deberes fundamentales de la persona"; o porque quedan comprendidos en la fórmula de su art. 4. Hay, pues, identidad entre los conceptos de derechos constitucionales y derechos fundamentales. Con la Constitución de 1993 se pierde esa equivalencia. Sólo son derechos fundamentales los contenidos en el Capítulo I, bautizado como "Derechos fundamentales de la persona", entre los que no se encuentra el bloque de los laborales, que

forma parte más bien del Capítulo II, llamado "De los derechos sociales y económicos". Esta distinción, sin embargo, está desprovista de consecuencias prácticas, por cuanto seguirá siendo posible defender los derechos laborales (antes fundamentales y ahora no) mediante una acción de amparo, ya que ésta tutela los derechos constitucionales, categoría que abarca a los derechos fundamentales y no fundamentales (arts. 295 y 200.2 de las Constituciones de 1979 y 1993, respectivamente).

A diferencia de la Constitución de 1979, que incluye en su Capítulo I sólo un derecho laboral, cual es el de "elegir y ejercer libremente su trabajo, con sujeción a la ley" (art. 2.13), la de 1993 contempla, además de éste (art. 2.15), el de constituir diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro y sin autorización previa, fórmula que cobijaría la sindicación (art. 2.13).

En lo que respecta al listado de derechos proclamados por la Constitución de 1979 y la de 1993, no es posible en este espacio hacer un análisis exhaustivo⁽¹⁰⁾. Baste señalar que en tanto la primera realiza una amplia

(10) Para un comentario más detallado remitirse a: NEVES MUJICA, Javier. "Los derechos y principios laborales en las Constituciones de 1979 y 1993". En: Revista del Foro, No. 1, año LXXXI, Colegio de Abogados de Lima, Lima, pág. 45 a 52.

enumeración de derechos, indicando varios elementos de su contenido, la segunda reduce el número de derechos conformantes del catálogo y a la vez algunos rasgos identificatorios de ellos.

En materia de derechos individuales, la anotada disminución no afecta a dos de los derechos integrantes del núcleo de este sector, que son la cuantía de la remuneración y la duración de la jornada y de los descansos, regulados en términos similares (arts. 43 y 44 de la Constitución de 1979, y 24 y 25 de la de 1993). Pero sí impacta sobre un tercer derecho perteneciente a ese núcleo, cual es la duración de la relación laboral. En este caso se ha sustituido la expresión "estabilidad laboral" por la de "adecuada protección contra el despido arbitrario" (art. 48 de la Constitución de 1979 y 27 de la de 1993), ambigua frase que rebaja la tutela sólo al momento de la extinción mas no de la contratación, y permite reparar el despido injustificado con la reposición o la indemnización. Asimismo, se extiende a todos los otros derechos individuales que forman parte de la periferia: gratificaciones, compensación por tiempo de servicios, asignaciones familiares, etc., que no han merecido mención alguna en el nuevo texto.

En cuanto a los derechos colectivos, el recorte que mencionamos incide sobre los tres básicos: sindicación, negociación colectiva y huelga (arts. 51, 54 y 55 de la Constitución de 1979 y 28 de la de 1993). El Estado garantiza la libertad sindical (art. 28.1), es una expresión carente de contenido propio, dada su extraordinaria amplitud. La negociación colectiva es objeto de un importante fomento y de reconocimiento de carácter normativo a su principal producto, aunque ya sin rango legal (art. 28.2), como veremos después. La huelga, por último, es regulada en forma incierta, al disponerse su ejercicio "en armonía con el interés social", y degradada, al permitirse al legislador señalar "sus excepciones y limitaciones" (art. 28.3).

2. Tratado internacional.

La Constitución de 1979 reconoce a los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú, jerarquía superior a la ley: la de la propia Constitución si versaran sobre derechos humanos, y por encima de la ley si se refirieran a materia ordinaria, con preferencia del tema de la integración (arts. 101, 105 y 106). La atribución de rango constitucional a los tratados de derechos humanos, posee la mayor importancia en el ámbito laboral, por cuanto extiende el universo de

derechos protegibles por una acción de amparo, a los que hayan sido proclamados por dichos tratados. Esta categoría engloba a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (como las declaraciones, pactos y convenciones de la Organización de Naciones Unidas, ONU, o la Organización de Estados Americanos, OEA, de nivel mundial y regional, respectivamente), todos los cuales comprenden numerosos derechos laborales, como el derecho a trabajar, a elegir el trabajo, a una remuneración equitativa, al descanso, a la sindicación, etc., y los convenios internacionales del trabajo (de la Organización Internacional del Trabajo, OIT) que desarrollan dichos derechos, en especial los denominados derechos humanos laborales: libertad de trabajo, igualdad de trato y libertad sindical.

“ En este caso se ha sustituido la expresión "estabilidad laboral" por la de "adecuada protección contra el despido arbitrario" (...), ambigua frase que rebaja la tutela sólo al momento de la extinción mas no de la contratación, y permite reparar el despido injustificado con la reposición o la indemnización ”

La Constitución de 1993 suprime la referencia directa a la jerarquía de los tratados internacionales. Sin embargo, la establece en vía indirecta, al aludir a las normas que podrían ser objeto de una acción de inconstitucionalidad. Ese rango es el de la ley (art. 200.4). El tratado internacional se encuentra, sin embargo, en un sub-nivel superior, por cuanto si bien una ley posterior podría dejarlo sin efecto, tendría que sujetarse para ello a los requisitos de previa denuncia previstos en el propio tratado. Nuestra nueva Constitución contraría la corriente mundial que reconoce la primacía del orden internacional -al menos, el referido a derechos humanos o integración económica- sobre el interno⁽¹¹⁾.

(11) FIX ZAMUDIO, Héctor. "La justicia constitucional en América Latina". En: El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX, UNAM, México 1989, Tomo IV, pág. 504 a 505; y CANESSA MONTEJO, Miguel. "Los Convenios de la OIT y la nueva Constitución peruana". En: Asesoría Laboral, No. 37, enero 1994, Caballero, Obregón & Flores, Lima, págs. 8 a 15.

Asimismo, constriñe el campo de los tratados que deben ser aprobados por el Poder Legislativo (dejando los demás a la competencia del Poder Ejecutivo), a los referidos a derechos humanos, y los que exijan modificación, derogación o desarrollo por ley (arts. 56 y 57), tomando de la enumeración sólo los que podrían versar sobre materia laboral. La aprobación o denuncia de la mayoría de los tratados internacionales con contenido laboral seguirá, sin embargo, en el ámbito de competencia del Congreso, ya que se refieren a derechos humanos y/o desarrollan derechos reconocidos por la Constitución, requiriendo por tanto regulación legal.

Por último, prevé una importante regla interpretativa, tomada de la Constitución española (art. 10.2), de donde había pasado al art. 15 de la Ley 25398 (modificatoria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo): las normas relativas a derechos contempladas en la Constitución se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria). Esto hará que para establecer el sentido de un precepto constitucional que reconoce un derecho también regulado en un tratado internacional, será indispensable acudir a éste. Así, por ejemplo, el escueto art. 28.1 de nuestra nueva Constitución, que garantiza la libertad sindical, deberá ser leído conjuntamente con los Convenios 87 y 98, así como con la jurisprudencia sobre ellos emanada de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. De este modo, al menos respecto de los derechos consagrados paralelamente por la Constitución y un tratado internacional, la degradación de éstos carecerá de efectos prácticos.

3. Ley y otras normas estatales.

Dentro del ámbito estatal, es la ley la norma a la que le corresponde la regulación de los derechos reconocidos por la Constitución. Tal tarea no podría ser desempeñada directamente por un reglamento, cuya función es la de precisar las leyes, aunque sí por un decreto legislativo, siempre que hubiera previa delegación de facultades. En ambos textos constitucionales, todas estas normas podrían ocuparse de cuestiones laborales.

La Constitución de 1979 señala la atribución del Congreso de dar, interpretar o derogar leyes (art. 186.1), así como la del Poder Ejecutivo de reglamentarlas (art. 211.11). Reconoce también la figura de los decretos legislativos, a los que les asigna rango de ley (arts. 188 y 211.10), y la de los decretos de urgencia, cuyo nivel jerárquico queda en la oscuridad, mas no su posible contenido: materia económica y financiera (art. 211.20).

En similares términos, la Constitución de 1993 repite tales atribuciones del Congreso respecto de las leyes (art. 102.1) y del Poder Ejecutivo respecto de los reglamentos (art. 118.8). Asimismo, la potestad del primero de delegar facultades legislativas en el segundo (art. 104, aunque se ha omitido inexplicablemente entre las atribuciones del gobierno en el art. 118). Al igual que en el caso de los tratados, no se alude directamente al rango legal de los decretos legislativos, aunque puede deducirse de la vía prevista para su impugnación, que es la correspondiente a las leyes (art. 200.4), así como del reconocimiento de iguales efectos que los de las leyes (art. 104).

En lo que respecta a los decretos de urgencia (art. 118.10), la nueva Constitución les atribuye expresamente fuerza de ley, como ya lo había hecho la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, inspirada en el derecho comparado y en la doctrina nacional. Mantiene, sin embargo, la limitación de que éstos se refieran a materia económica y financiera, conceptos que según nuestra doctrina comprenden el endeudamiento, la tributación y el presupuesto⁽¹²⁾. La tributación debe ser excluida en virtud del art. 74 de la nueva Constitución. No podrían abarcar, por tanto, los derechos laborales, ni siquiera aquéllos que tuvieran contenido claramente económico, como la remuneración, salvo la de los empleados públicos y quizá la de los trabajadores de las empresas del Estado, que se rigen por la Ley Anual de Presupuesto. Las remuneraciones de los primeros constituyen inobjetablemente un gasto público, mientras que sobre las de los segundos, existe controversia doctrinaria⁽¹³⁾, pareciendo inclinarse a favor el inciso a) del art. 4 de la Ley 25397 (de control parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República).

4. Convenio colectivo.

La Constitución de 1979 y la de 1993 reconocen el derecho a la negociación colectiva, mandando al

(12) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Los retos de una democracia insuficiente. Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1990, pág. 230.

(13) DOLORIER TORRES, Javier. Limitaciones al contenido salarial de la negociación colectiva. Fundamentos, requisitos y constitucionalidad. Benites, Mercado y Ugaz Abogados, Lima, 1994, pág. 288 a 290.

Estado garantizarla en el primer caso, y fomentarla en el segundo, expresión esta última con connotaciones más dinámicas (siendo preferida por las normas de la OIT), aunque con contenidos semejantes. En lo que difieren ambos textos es en la mención al convenio colectivo, al cual la Constitución de 1979 le atribuye "fuerza de ley para las partes" (art. 54), y la de 1993 "fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado" (art. 28.2).

La frase "fuerza de ley para las partes" utilizada por la Constitución de 1979, fue interpretada entre nosotros, primeramente, como alusiva al carácter contractual del convenio colectivo⁽¹⁴⁾, ya que provenía de un rasgo que la antigua doctrina civilista atribuía a los contratos; y luego, mayoritariamente como referente a un doble contenido: el carácter normativo del convenio colectivo, que es el elemento destacado por la moderna doctrina laboralista, que lo constituye en la norma especial del Derecho del Trabajo (por contraposición a las normas comunes a todo el sistema jurídico), y a la vez su rango de ley⁽¹⁵⁾. Esta última conclusión, derivaba de una interpretación sistemática de la Constitución, que empleaba la expresión "fuerza de ley", sólo en otras dos ocasiones (decretos legislativos y reglamentos del Congreso y de las Cámaras, en los arts. 211.10 y 177, respectivamente), para referirse a un rango legal.

La atribución de igual nivel al convenio colectivo y a la ley, no dejaba de tropezar con serias dificultades, por cuanto la propia Constitución en diversas disposiciones sujetaba la autonomía privada en general (art. 2.12) y la colectiva en particular, a la ley. Esto último se apreciaba, tanto a través de la regulación por ley de los cauces negociales (art. 54), como de la prohibición a la autonomía colectiva, bajo sanción de nulidad, de infringir los pisos legales (art. 57). La única

manera de salvar estas objeciones era la de admitir que, pese a encontrarse la ley y el convenio colectivo en el mismo rango, la primera tenía una preeminencia sobre el segundo. Esta concepción amplia de cada nivel normativo, se produce también en la relación entre otras normas señaladas en la Constitución: así, el tratado internacional ordinario, la ley nacional y la ley regional, tienen todos teóricamente igual rango, aunque en verdad prevalecen unos sobre otros en ese orden (arts. 101 y 266).

De otro lado, la propia expresión "fuerza de ley" no resulta la más apropiada para asignar un nivel, sino más bien las de rango o valor de ley⁽¹⁶⁾. Estas últimas aluden a las normas que se pueden impugnar mediante los mecanismos establecidos para las leyes; mientras la primera se refiere a la posibilidad de una norma de modificar otras leyes o su resistencia a no ser modificada sino por leyes, cualidad que no poseen algunas normas a las que se reconoce su rango legal⁽¹⁷⁾. Repárese en que tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 acuden a la citada expresión en varias ocasiones en forma equívoca.

La frase sustitutoria de la nueva Constitución, cual es -como ya vimos- la de "fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado", ha sido tomada de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su reglamento (arts. 42 y 28, respectivamente), que a su vez la han recogido de la Constitución española (art. 37.1). La doctrina de este último país, ha interpretado esa expresión, tras algunas dudas iniciales (ya que parecía aludir al deber de paz o a la eficacia personal general de los convenios colectivos), posteriormente despejadas, como referente al carácter normativo del convenio colectivo⁽¹⁸⁾. En el mismo sentido se ha venido interpretando en nuestro medio⁽¹⁹⁾. Tal carácter normativo consiste en la aplica-

(14) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El tema del trabajo y la nueva Constitución". En: La nueva Constitución y su aplicación legal, Francisco Campodónico F. Editores y Ediciones C.I.C., Lima, 1980, pág. 89 a 90; a quien siguieron RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Constitución y sociedad política. Mesa Redonda Editores, Lima, 1983, pág. 180 a 181.

(15) BOZA PRO, Guillermo. "Negociación y convención colectiva en la Constitución de 1979". En: Trabajo y Constitución, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1989, pág. 222 a 223; NEVES MUJICA, Javier. "Autonomía convencional e intervención estatal". En: Revista Thémis, Lima, 1989, pág. 43; y el mismo PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "La norma más favorable: su determinación". En: Ponencias del X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 1989, pág. 73.

(16) RUBIOLLORENTE, Francisco. "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley". En: Revista de Administración Pública, No. 100-102, Madrid, 1983, pág. 422 a 423.

(17) Loc. cit.

(18) Así lo dijo tempranamente ALONSO OLEA, Manuel. "La Constitución y las fuentes del Derecho del Trabajo". En: El trabajo en la Constitución, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1982, pág. 26; siendo seguido por RODRIGUEZ SANUDO, Fermín. "La negociación colectiva en la Constitución de 1978". En: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 358 a 359; y VALDES DAL-RE, Fernando. "La negociación colectiva en la Constitución". En: Revista de Política Social, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1979, No. 121, pág. 496 a 498; entre otros.

(19) Ver: NEVES MUJICA, Javier. "Las fuentes del Derecho del Trabajo en la Constitución y en el proyecto". En: Asesoría Laboral, Caballero,

ción automática de los convenios colectivos a las relaciones individuales comprendidas en la unidad negocial correspondiente, sin necesidad de recepción por los contratos individuales, y su relativa imperatividad frente a la autonomía individual, que sólo puede disponer su mejora pero no su disminución.

Hará falta en el futuro que una ley le atribuya al convenio colectivo un rango determinado en el sistema de fuentes del derecho, que ya no podrá ser el de la ley misma, puesto que una norma no puede conferir a otra su propio nivel. Esta misión le correspondería con propiedad al Título Preliminar de la Ley General de Trabajo. Dicho rango será probablemente el terciario. Ello no quiere decir que en adelante una ley o un reglamento podrán interferir en la autonomía colectiva, dado que basta el reconocimiento de ésta por la Constitución, con prescindencia del nivel que se le confiera al convenio colectivo, para vedar la intervención restrictiva del Estado sobre aquélla. Así lo han entendido los antes citados órganos de control de la OIT al interpretar el principio de fomento de la negociación voluntaria consagrado en el art. 4 del Convenio 98. Con la sustitución de la frase "fuerza de ley" por la de "fuerza vinculante", pues, nada cambia en este aspecto, ya que ambos textos constitucionales reconocen y promueven el derecho a la negociación colectiva.

5. Otras fuentes no mencionadas.

El catálogo de fuentes del derecho no se agota con las normas antes mencionadas, que son indiscutiblemente las principales. A ellas habría que añadirles, en el sector de las fuentes heterónomas, a la sentencia, cuando conlleva elementos normativos, y en el de las fuentes autónomas, al reglamento interno de trabajo y a la costumbre, cuando poseen igual característica.

En todo este campo, hay semejanza entre la Constitución de 1979 y la de 1993, por cuanto ambas omiten atinadamente la referencia a esas fuentes. De esta afirmación habría que excluir alguna alusión marginal y confusa hecha por la nueva Constitución al "derecho consuetudinario" (art. 139.8).

Sólo cabría añadir que en nuestro ordenamiento, el reglamento interno de trabajo es una norma contingente aunque obligatoria en sus prescripciones, y requiere para obtener naturaleza normativa de la aprobación administrativa, aunque ésta es ahora automática (arts. 3 y 4 del Decreto Supremo 039-91-TR).

Asimismo, que la sentencia por lo general tiene

efectos sólo entre las partes del proceso, por lo que carece de rasgos normativos, los que adquiere sólo cuando elimina una norma, mediante una acción de inconstitucionalidad o una acción popular (arts. 298.1 y 295 de la Constitución de 1979, y arts. 103, 200.4 y 5, y 204 de la de 1993), o cuando la interpreta de modo general, de modo tal que -además de solucionar el caso concreto- sea obligatoriamente aplicable a los futuros casos similares, por seguridad jurídica e igualdad ante la ley (art. 9 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, y art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Por último, que la costumbre, configurada por la existencia de una práctica reiterada en una comunidad, considerada como obligatoria por sus miembros, sólo se admite cuando no contravenga el ordenamiento, ya sea que una norma la llame para complementarla o suplirla, o que desarrolle o sustituya a una norma.

“Hará falta en el futuro que una ley le atribuya al convenio colectivo un rango determinado en el sistema de fuentes del derecho, que ya no podrá ser el de la ley misma, puesto que una norma no puede conferir a otra su propio nivel”

IV. VIGENCIA DE LAS FUENTES EN EL TIEMPO.

La Constitución de 1979 establece dos reglas básicas en cuestión de vigencia de las normas en el tiempo: 1) La ley rige desde el décimo sexto día posterior a su publicación en "El Peruano", salvo disposición contraria de la misma ley (art. 195), y 2) Ninguna ley tiene eficacia retroactiva, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente (art. 187).

Sin embargo, dicha Constitución no explicita el concepto de aplicación ordinaria, ni el de aplicación

Obregón y Flores, Lima, No. 30, junio 1993, pág. 17 a 18; BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Las normas laborales del proyecto de nueva Constitución". En: Asesoría Laboral, Caballero, Obregón & Flores, No. 4, octubre 1993, pág. 10; y PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El trabajo en la nueva Constitución". En: Ius et Veritas, No. 7, 1993, pág. 341.

retroactiva. Esta tarea viene a cumplirla más bien el art. III del Título Preliminar del Código Civil, para el cual la primera consiste en referir la ley "a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". Se adopta, pues, la teoría de los hechos cumplidos, según la cual la regla sería la regulación por la nueva ley de los efectos no cumplidos de los actos o hechos generados durante la existencia de la antigua, y la excepción, la regulación de los efectos ya cumplidos de dichos actos o hechos por la nueva ley⁽²⁰⁾.

La Constitución de 1993 introduce en este campo tres modificaciones: 1) Ordena que la actuación de la ley ocurra desde el día siguiente de su publicación (art. 109), 2) Asume la teoría de los derechos adquiridos, en lo que respecta a la aplicación temporal de las normas (art. 62), y 3) Reduce la vigencia retroactiva de las mismas al ámbito penal (art. 103). Vamos a referirnos sólo a las dos últimas que nos parecen fundamentales.

La segunda modificación consiste en asegurar a las partes de una relación jurídica que los términos de su contrato "no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase" (art. 62). De este modo, las normas vigentes al momento de celebrar un contrato regularán los efectos de la relación subsiguiente, aun cuando fueran derogadas por otras. Se garantiza la ultractividad de las normas, por contraste con el

art. III del Título Preliminar del Código Civil, ya citado, el que quedará inaplicable en lo que se refiere a los contratos⁽²¹⁾. Por su formulación general este precepto regirá también a los contratos de trabajo, paralizando la aplicación de cualquier nueva norma de contenido mejor o peor que la anterior; pero no podrá utilizarse en el caso de los convenios colectivos, porque los desnaturalizaría completamente al circunscribir sus efectos sólo a los nuevos trabajadores ingresados durante su vigencia, colisionando con el art. 28 de la propia Constitución. Urge, pues, la reforma de dicho art. 62.

La tercera modificación carece de justificación alguna. La retroactividad laboral, como excepción a la regla, venía siendo aplicada de modo extraordinario, cuando la ley expresamente lo dispusiera. Así, por ejemplo, en el caso de la primera disposición transitoria de la Ley 24514. La supresión de la retroactividad podría generar problemas especialmente serios en el campo de la negociación colectiva, dado que los convenios colectivos caducan al año de su entrada en vigor, esfumándose los beneficios en ellos concedidos, generándose un peligroso vacío de regulación que de alguna manera era salvado con la vigencia retroactiva del nuevo convenio colectivo, ahora impedida por la nueva Constitución, salvo un discutible pacto expreso en contrario. También aquí hace falta la reforma del precepto constitucional.^{AB}

(20) RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986, pág. 66.

(21) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La libertad de contratar". En: El Comercio, Lima, 21 de junio de 1993, Sección A, pág. 2.