

Resulta por demás grato saber que compañeros nuestros desdicen el fundado temor creado con la eliminación legal de la exigencia de una tesis para optar el grado de bachiller, respecto a la labor de investigación y análisis que la Universidad debe cumplir y fomentar en la sociedad. Y doblemente grato aún para Thémis, el presentar desde sus páginas la reseña de la Primera Tesis sustentada en nuestra Facultad para optar el Título de Abogado. Una tal ocasión ameritaba la presente nota, por ello saludamos desde estas líneas el éxito de la autora y amiga Elizabeth Salmón y relevamos la labor ejemplificadora que su trabajo sienta en la Facultad de Derecho.

“El Cierre Patronal”

Elizabeth Salmón.

Tesis sustentada para Optar el Título de Abogado el 23 de abril de 1992, ante los Dres. Oscar Ermida, Javier Neves y Mario Pasco.

El tema del cierre patronal es de los menos estudiados por la doctrina laboral, sea ello debido a una preferencia por los fenómenos colectivos generados por los trabajadores, séalo simplemente al mayor protagonismo de éstos, o una menor preocupación del orden jurídico por los “sindicatos de empleadores” y sus medios de acción (la asimetría de las normas reguladoras de las relaciones colectivas de trabajo). Sin embargo, nadie podría negar la importancia de las organizaciones de empleadores en el Derecho Sindical ni la de sus medios de presión, entre los cuales se destaca nítidamente el “lock-out”.

Esta importancia y aquella carencia bibliográfica, justificaban sobradamente un estudio sobre este instituto. Más aún, no sólo lo justificaban: diríamos que lo requerían. Un tal estudio era necesario, tanto en el plano comparado como - más aún-, en el Perú, donde la bibliografía sobre el “lock-out” es particularmente escasa.

La tesis se divide en una introducción, seis capítulos de fondo, conclusiones, anexo y bibliografía.

En el primer Capítulo se intenta definir, conceptualizar y clasificar al cierre patronal, noción que parece muy clara a primera vista, pero que la autora demuestra que puede llegar a ser polisémica y de límites difusos.

Seguidamente, el Capítulo 2 aborda las relaciones entre huelga y “lock-out” en el Derecho comparado del trabajo. Simetría y asimetría entre derecho de huelga y cierre son estudiadas en los principales sistemas jurídicos europeos y en el norteamericano.

La misma cuestión es analizada teóricamente en el Capítulo tercero, agotando las construcciones doctrinales formuladas hasta el presente.

De allí, deriva con naturalidad, la consideración de las tendencias en la regulación del “lock-out” en la legislación comparada: la hipótesis de ausencia de regulación, los casos de reglamentación equivalente de huelga y cierre, los de reconocimiento diferenciado de ambos institutos, y la reglamentación reconocedora de la huelga con prohibición del “lock-out”, son expuestos con claridad, y analizados sus presupuestos y consecuencias (Capítulo 4).

El quinto Capítulo es dedicado al estudio de los efectos del cierre empresarial, con especial (aunque no exclusiva) referencia a la suspensión del contrato individual de trabajo y al pago del salario.

El último Capítulo ubica al cierre patronal en el Derecho positivo nacional.

Destaca aquí una primera sección destinada a la consideración del modelo constitucional peruano de relaciones laborales -y a la ubicación del “lock-out” en ese modelo y en ese nivel-, preocupación justificadamente constante en la nueva generación de juslaboralistas nacionales, a la cual la autora se suma eficazmente con esta tesis.

La procedencia de un estudio presidido por tal enfoque, queda en evidencia al derivarse de la máxima norma nacional, tanto la naturaleza jurídica del “lock-out” como sus eventuales efectos, entre los cuales destaca la persistencia del pago de los salarios.

A su vez, hay una extensa e intensa consideración -con todo detalle- de la normativa infraconstitucional. Dos particularidades a este nivel. Por una parte, se agota la consideración de las normas relacionadas con el tema, incluyendo algunas muy recientes, como el decreto legislativo denominado de “fomento del empleo”, y el Código Penal. Por otra, la autora se aparta de las afirmaciones habituales sostenidas en las escasas páginas hasta ahora dedicadas por la doctrina nacional al tema (Pasco, Rendón, Cortés), pero lo hace con profundo detalle y harta fundamentación, partiendo de la intensa documentación y construcción teórica manejada en los capítulos anteriores.

Este último Capítulo se cierra con referencias al cierre patronal en la "jurisprudencia" administrativa y en la práctica empresarial.

La información manejada por la tesis es de lo más completa a que se puede acceder en un tema poco estudiado y poco reglamentado. El detalle de la documentación utilizada alcanza tanto al material bibliográfico como legislativo, y ambos, en el plano nacional y comparado.

Claro que no sólo se maneja mucha y buena información, sino que además se le maneja bien. Se la sistematiza, se la reelabora y se la expone con claridad y provecho para el lector.

En definitiva, estamos no sólo ante una tesis destacada, sino ante una nueva obra fundamental en el Derecho sindical peruano. Será -porque seguramente deberá publicarse en su momento-, el primer libro peruano -y hasta donde sabemos, latinoamericano-, dedicado exclusivamente al cierre patronal.

Prof. Oscar Ermida Uriarte.

"Las Presunciones Legales de Propiedad y Buena Fe en Materia Posesoria en el Código Civil Peruano de 1984"

Guillermo Morales Valentín

Tesis sustentada en noviembre de 1991 ante los Dres. Carlos Cárdenas Quirós, Leonor Avendaño A. y el suscrito, para optar por el Grado de Bachiller. SOBRESALIENTE.

La tesis ha sido estructurada en tres capítulos: el primero, de carácter introductorio, está dedicado al estudio de la teoría general de las presunciones; el segundo aborda el tema de la presunción de buena fe en materia posesoria y el último se dedica a la presunción legal de propiedad.

El primer capítulo de la tesis está dividido en dos grandes partes. En la primera, el autor se encarga de ana-

lizar los diversos aspectos de las presunciones como institución jurídica. A continuación, señala los fundamentos que han llevado a la consagración de esta institución jurídica, de gran utilidad práctica y reiterada utilización.

La clasificación tradicional de las presunciones es desarrollada con especial énfasis en las presunciones legales. Asimismo, se establecen criterios para diferenciar la presunción de otra institución jurídica con la que frecuentemente se la compara: la ficción

En la segunda parte de este primer capítulo, el autor examina las presunciones legales en materia posesoria que, estando recogidas por el Código Civil de 1984, no son materia de la tesis. Se destaca la sistematicidad del Código Civil de 1984, en comparación con sus antecesores, al haber consagrado al tema un capítulo específico del libro de Derechos Reales.

La presunción de buena fe en materia posesoria es tratada en el segundo capítulo de la tesis. Se estudia en primer término el principio de la buena fe. Teniendo en cuenta las múltiples manifestaciones de este principio en las diversas áreas del Derecho Civil, el autor proporciona una definición general del mismo. Señala que, en términos generales, la buena fe supone la convicción de actuar conforme a Derecho, lo que se exterioriza a través de un determinado comportamiento. A continuación, distingue entre la buena fe "probidad" y la buena fe "creencia". El autor pone especial énfasis en el estudio de esta segunda clase por cuanto sus manifestaciones encuadran principalmente en el campo de los Derechos Reales.

Luego se desarrolla el tema de la buena fe en la posesión. El autor la define, como la convicción errónea de que se posee legítimamente, causada por error o ignorancia respecto del vicio que invalida el título de adquisición, y que se exterioriza a través de un comportamiento determinado.

A continuación el autor analiza dos casos especiales, no contemplados por nuestro Código Civil: la buena fe en la coposesión y en la posesión de las personas jurídicas. En el primero de ellos, se sostiene que la buena fe debe ser valorada individualmente, dado su carácter personal; en tanto que en el segundo, señala que la buena fe debe determinarse a través del estado de los miembros que conforman los órganos de administración de las personas jurídicas.

El trabajo destaca que esta presunción se fundamenta en consideraciones de índole teórica y práctica. Desde el punto de vista teórico, la presunción encuentra su fundamento en la "prerrogativa de probidad" que rigen las relaciones jurídicas; en tanto que, desde el punto de vista práctico, responde al hecho de que la prueba de la mala fe resulta menos difícil que la de la buena fe.

El tercer y último capítulo de la tesis está dividido también en dos grandes partes. Una primera parte está dedicada al tema propio del capítulo: la presunción de propiedad. El autor señala que esta presunción encuentra su fundamento en consideraciones de índole jurídica, económica y práctica. Desde el punto de vista jurídico, la presunción de propiedad tiene fundamento en el carácter de apariencia y en la función de legitimación que la posesión cumple. Desde el punto de vista económico, fueron las necesidades del comercio las que impusieron la consagración de esta presunción. Desde el punto de vista práctico, la presunción fue consagrada por la dificultad que presenta a veces la prueba del derecho de propiedad.

El funcionamiento de la presunción de propiedad tiene dos limitaciones: el registro y la posesión inmediata. Tratándose de bienes registrables, la presunción de propiedad funciona en virtud del asiento registral, no de la posesión. En estos bienes, el registro constituye el mecanismo de publicidad de toda modificación en la titularidad de los mismos. Por tal motivo, el autor sostiene categóricamente que la presunción de propie-

dad consagrada en el artículo 912 del Código Civil, funciona únicamente tratándose de bienes no registrables. En relación a la segunda limitación, el autor sostiene que la presunción no funciona respecto del poseedor inmediato por cuanto entre él y el poseedor mediato primará la relación "inter partes" constituida en virtud de un contrato. Sin embargo, la presunción sí funciona respecto de terceros que desconocen dicha relación, lo que hace que esta segunda limitación pueda ser calificada de relativa en comparación con la primera (constituida por el registro), que impide que la presunción funcione de modo absoluto.

Tratándose de bienes muebles, la presunción de propiedad opera con mayor intensidad, en la medida que "la posesión vale título" y el poseedor queda legitimado para transferir el dominio. En cambio, tratándose de inmuebles, la destrucción de la presunción es factible mediante la prueba del derecho de propiedad, vía la prescripción adquisitiva de dominio.

El autor analiza también la adquisición a "non domino" de bienes muebles, que encuentra su fundamento en la presunción de propiedad, en la protección del comercio y de la buena fe del tercero adquirente. En tal sentido, el artículo 948 de nuestro Código Civil, que consagra la adquisición a "non domino", debe ser leído conjuntamente con el artículo 912, que recoge la presunción de propiedad.

El autor propone la supresión de la excepción a la adquisición a "non domino" (constituída por los bienes perdidos y robados) por tres razones. En primer lugar, porque la presunción de propiedad, que sirve de fundamento a la adquisición, no desaparece tratándose de estos bienes. En segundo lugar, porque a través de la excepción se introduce un elemento de inseguridad que afecta el libre comercio de los bienes. Por último, porque desde el punto de vista práctico tampoco se justifica su existencia en la medida que la dificultad de probanza del derecho de propiedad, respecto de estos bienes, oca-

siona una escasa aplicación de la regla.

Asimismo, propone que la protección del adquirente del "non domino" debería aplicarse no sólo en la transferencia de propiedad, sino también en la constitución de los derechos de usufructo, uso y prenda, tal como lo hace el Código Civil italiano.

JORGE AVENDAÑO V.

"La Relación entre el Estado y los Derechos Patrimoniales de las Personas a través de la Figura de la Privación"

**Carlos Gandolfo López de Romaña
Alberto Rebaza Torres.**

Tesis sustentada en noviembre de 1991 ante los Dres. Jorge Avendaño V., Carlos Cárdenas y Q. y Jorge Melo-Vega C., para optar por el Grado de Bachiller. SOBRESALIENTE.

El trabajo de los señores Gandolfo y Rebaza es ciertamente novedoso. Ellos han elaborado una propuesta conceptual integral de protección al derecho de propiedad y a los otros derechos patrimoniales de las personas frente a las no pocas acciones que en su contra realiza el Estado. Dicha propuesta es producto de una atenta lectura de la doctrina que sobre el tema existe en países como los Estados Unidos, España, Gran Bretaña, México, Argentina, etc.

Los autores del trabajo han partido de la figura de la expropiación, vista como una institución protectora de la propiedad, y no sólo han analizado y criticado profundamente su tratamiento en la normatividad nacional, sino que proponen superar su concepto.

En efecto, tradicionalmente se ha entendido la expropiación como la desposesión absoluta del derecho de propiedad, previa indemnización, que sufre el titular del mismo. Sin embargo, existen muchos casos en

que el Estado afecta el derecho de propiedad de una persona, sin llegar a la desposesión absoluta, pero que imponen al propietario perjuicios económicos que no son indemnizados. De este modo, y teniendo en cuenta que el objeto de la expropiación -privación absoluta- no es la cosa en sí misma, sino el derecho, los autores sostienen que la privación de la propiedad no se agota con la desposesión absoluta, sino que también existen las privaciones parciales, es decir, aquellos casos en que el Estado no priva al propietario de la totalidad de su derecho, sino de alguno o de algunos de los atributos de la propiedad, ya sea el uso, disfrute, reivindicación o disposición.

De este modo, han desembocado en la "privación", institución que no sólo protege el derecho de propiedad del titular cuando el Estado pretende adquirir, por ejemplo, un inmueble, sino también cuando afecta cualquiera de los atributos que lo conforman. Esta protección, además, no debe ser de exclusividad del derecho de propiedad, sino de todo derecho con contenido patrimonial.

El trabajo no se limita a demostrar lógicamente la existencia de las privaciones parciales, sino que los autores también logran distinguir el concepto de privación, necesariamente indemnizable, del de limitación del derecho, que no requiere indemnización.

Cabe resaltar, asimismo, el tratamiento del concepto de la causa de la privación, así como el de la indemnización, para cuyo análisis han recurrido a las herramientas que el análisis económico del Derecho ha desarrollado. Es así que consideran necesario apartarse del tradicional cálculo indemnizatorio, proponiendo la incorporación de conceptos económicos como el precio de reserva.

El trabajo realizado logra plenamente su objetivo, al plantearnos una nueva manera de entender la amplitud de la institución expropiatoria a través de la figura de la privación. El resultado es un valioso aporte, que constituye el primer paso para el replantamiento del concepto de expropiación en el sistema jurídico peruano.

“La Reforma de la Constitución y las modificaciones no formales de la Constitución”

Carmen Rosa Calero Ponce

La tesis de Carmen Calero, destinada a analizar los aspectos teóricos y conceptuales de la reforma constitucional y las modificaciones no formales de la Constitución, tiene la inicial (e indudable) virtud de poner a disposición de los interesados el más amplio y riguroso estudio sobre el tema que se ha elaborado en nuestro país.

En el primer capítulo de la tesis, el más amplio (casi 200 páginas) y sin duda el más ambicioso y mejor logrado de esta destacada tesis, la autora nos ofrece el análisis minucioso de conceptos medulares para el tema, tales como la noción de poder constituyente, la clásica distinción entre poder constituyente y poder constituido, con su correlato para los alcances y diferencias atribuidos doctrinariamente a los poderes constituyentes originarios y derivados.

Especial mención en este punto merecen tanto la abundante bibliografía nacional y, fundamentalmente, extranjera recogida y analizada en el trabajo, como el desarrollo de un problema que entendemos trascendental: si existen límites para el ejercicio de los poderes constituyentes originario y derivado y, en el caso de este último, si por la vía del procedimiento de reforma puede efectuarse una revisión total del texto constitucional, lo que nos lleva a abordar temas sugerentes como el de las llamadas “cláusulas pétreas” o la conocida tesis de Carl Schmitt acerca de la existencia de “decisiones políticas fundamentales” no sujetas a modificación por medio del procedimiento de reforma o revisión constitucional.

Este capítulo se completa con la descripción y el análisis de las características y modalidades de las distintas variedades de procedimientos de reforma constitucional imperantes a nivel doctrinario y del derecho constitucional comparado.

El segundo capítulo de la tesis da cuenta y analiza el desenvolvimiento de la institución de la reforma constitucional a través de nuestras distintas constituciones y sus experiencias de aplicación. Aspecto sugerente a comentar resulta el análisis de lo sucedido en el caso de la actual Constitución de 1979, donde tras casi doce años de vigencia sólo se ha realizado una reforma constitucional (por ley 24949) donde debido a necesidades coyunturales y a los condicionamientos de detalle del propio texto, se requirió realizar una reforma para efectuar la unificación de las fuerzas policiales en una Policía Nacional, situación que -aunque importante- obviamente no conlleva una alteración sustantiva o relevante de la Carta ni del sistema político.

El capítulo se completa con el recuento y análisis de las principales propuestas de reforma constitucional planteadas en estos años.

En el tercer capítulo se estudia el interesante fenómeno de las modificaciones no formales de la constitución, principalmente de las llamadas “mutaciones constitucionales”. Aquí, la permanencia de la autora de la tesis en los Estados Unidos de Norteamérica le permitió acceder a materiales y elementos de información y reflexión sin duda fundamentales para apreciar este fenómeno, que tiene en dicho país la experiencia más destacable y atractiva para el análisis académico y político.

En definitiva, reitero que estamos ante un trabajo académico serio y muy meritorio, que aporta elementos de esclarecimiento conceptual hasta ahora ausentes en nuestro medio y que hace imprescindible su revisión a quienes pretendan abordar y profundizar estos temas en el futuro. Cabe destacar la dedicación y entusiasmo con que la autora emprendió el desarrollo de esta tesis, su perseverancia para continuarla a pesar de tener que afrontar nuevas responsabilidades familiares, que incluso implicaron una ausencia prolongada del país. Todo este esfuerzo, que he podido conocer y acompañar, se ha visto satisfactoriamente coronado no sólo con

la culminación de la tesis sino - sobre todo- con la presentación de un trabajo que merecidamente recibió el reconocimiento y felicitación de los profesores del Área Constitucional que integramos el jurado.

Finalmente, creo que la lectura de la tesis y de los conceptos que ésta aporta, sugiere importantes preguntas y también respuestas que deben analizarse a la luz de la experiencia peruana en materia de reforma constitucional. Así por ejemplo, podemos meditar acerca de la gran cantidad de textos constitucionales en nuestra historia republicana, que más han obedecido a su utilización instrumental, con fines de intento de legitimación política coyuntural, antes que responder a cambios políticos o conceptuales sustantivos de una norma a otra; o a declaraciones formales carentes de una real convicción de llevarla a la práctica. Ello explicaría esta preferencia por dar nuevas constituciones, antes que emprender procesos de reforma o revisión, en un país caracterizado por la escasa solidez de las instituciones democráticas, donde usualmente la escasa vigencia o duración acompañaron a nuestras abundantes constituciones, que fueron propiamente, como gustaba decir Lassalle, simples “hojas de papel”.

Asimismo, preguntarse si el desarrollo y aplicación de instituciones como la contenida en el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, que ha dado lugar entre nosotros a una suerte de decretos de urgencia que finalmente acaban de ser consagrados como decretos extraordinarios mediante una reciente ley del Congreso para el control de los actos normativos del Presidente de la República, ha configurado o no un fenómeno de mutación constitucional.

Sin duda que estos y muchos otros temas o problemas (como los límites del poder de revisión y reforma constitucional, por ejemplo) surgen a partir de esta tesis y podrán ser mejor abordados con el soporte teórico y conceptual que la autora ofrece en este tan importante y valioso trabajo académico.

**FRANCISCO EGUIGUREN
PRAELI**