

Estudio Comparado de La Adopción del Derecho Internacional Consuetudinario por el Ordenamiento Interno Peruano

María Muñoz Toia

Tesis sustentada el 1 de junio de 1992 para Optar el título de Abogado, ante los Dres. Francisco Eguiguren Praeli, Beatriz Ramacciotti de Cubas y Guillermo Fernández Maldonado. SOBRESALIENTE.

Si bien los tratados y la costumbre internacional son las fuentes principales del Derecho Internacional, en la actualidad esta última ha venido siendo cuestionada tanto en su importancia como en su idoneidad para regular las relaciones interestatales. Sin embargo, la tesis elaborada por la Srta. Muñoz plantea una posición distinta y le reconoce a esta fuente un rol cada vez más preponderante en la sociedad internacional en virtud de las características intrínsecas de la misma en donde conseguir el acuerdo, que es sinónimo de tratado, se hace cada vez más difícil en determinadas materias que conciernen por ejemplo, a la esfera de los intereses económicos de los Estados o a la de los derechos humanos. Por estas razones la tesis tiene como objetivo analizar la costumbre internacional y los problemas que se derivan de la adopción de esta fuente del Derecho Internacional por los ordenamientos internos de los Esta-

dos, y en particular, por el Estado peruano.

Planteado así el objetivo de la investigación, en el primer capítulo la autora realiza un análisis de la costumbre internacional en donde se resalta de manera nítida una definición de esta fuente basada en la importancia del elemento subjetivo acorde con la nuevas tendencias del Derecho Internacional, al punto de sugerirse la noción de la llamada **costumbre internacional instantánea**, tema que resulta innovador y sugerente.

Concluido el análisis de la fuente consuetudinaria, la autora se cuestiona respecto del rol de los jueces internos y la capacidad que tienen para aplicar una norma internacional de origen consuetudinario cuando ésta es invocada y resulta contraria a una norma interna.

Esta interrogante sugiere la necesidad de determinar si la costumbre, al igual que los tratados, requiere de un acto expreso de recepción, (entiendiéndose por esto una norma de carácter constitucional que adopte la fuente consuetudinaria dentro del sistema de fuentes de derecho interno) para que la costumbre internacional sea relevante a este nivel. De este modo se podría determinar si una vez atravesado el filtro constitucional, la norma consuetudinaria puede primar sobre la norma interna opuesta.

Los problemas planteados son desarrollados en el segundo capítulo; para ello se presentan las postu-

ras teóricas que analizan las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno; realizándose una crítica de las mismas proponiendo un enfoque moderno e innovador que prioriza el estudio del Derecho Comparado. De esta manera se hace un estudio de las distintas formas de adopción de la costumbre internacional a nivel interno, con interesantes descubrimientos en cuanto a los problemas planteados, dado que la fuente consuetudinaria en principio no precisa, a diferencia de los tratados, de un acto expreso de recepción para ser relevante a nivel interno, pues se incorpora automáticamente. En cuanto al segundo problema, las respuestas varían de acuerdo a cómo esté estructurado el sistema de fuentes interno, otorgándosele en algunos casos el mismo rango jerárquico que la ley interna o, en otros, un rango jerárquico superior a ésta. En este capítulo se muestra con claridad que el tema investigado se ubica en el intersticio del Derecho Internacional y el Derecho Constitucional de los Estados y de la resistencia que muchas veces oponen estos últimos al ingreso de las normas internacionales.

Finalmente, en el tercer capítulo la autora analiza el caso peruano de adopción de la costumbre internacional, a través de las Constituciones de 1933 y 1979, (que guardan silencio sobre la materia) y de casos jurisprudenciales en donde se intentó aplicar normas de la costumbre al Estado peruano. Luego de este estudio, la autora arriba a conclusiones innovadoras al sostener que la costumbre internacional

o, Derecho Internacional General in stricto sensu, está presente en el ordenamiento peruano en forma automática en virtud de una cláusula tácita de incorporación, contenida en el preámbulo constitucional y en virtud de un principio de mínima coherencia que debe existir entre la actividad del Estado peruano tanto a nivel internacional como a nivel interno, ya que hasta el más alto nivel regional (Carta de la O.E.A.) se ha declarado como fiel cumplidor de otras fuentes del Derecho Internacional, además de la fuente convencional. Si bien esto es así, la autora concluye que, dadas las características del sistema legal peruano, el juez interno no podría aplicar la costumbre internacional por encima de una norma interna opuesta, aun cuando podría reconducirla a través de los principios generales y en especial, a través de los principios generales que inspiran el Derecho peruano, siempre y cuando, la norma consuetudinaria no sea abiertamente opuesta a la interna.

Sin embargo, la autora llama la atención sobre los posibles alcances del Art. 4 de la Constitución de 1979, que se refiere a normas de protección de derechos humanos que podrían tener su fuente en la costumbre internacional y que pueden haberse desarrollado con posterioridad a la carta constitucional, como de hecho se ha dado en cuanto a la proscripción de prácticas discriminatorias por razones de enfermedad. Asimismo, concita la atención respecto de la normativa infralegal que regula el dominio marítimo del Perú y que de hecho contraviene las normas de la Convención del Mar de 1982, reconocida como declaración de costumbre internacional y en la que el Perú tuvo una destacada participación. Finalmente, la autora es contundente para el caso de las relaciones diplomáticas y consulares en donde por razón de la firma y ratificación, por parte del Estado peruano, de los tratados internacionales que regulan estas materias, la fuente consuetudinaria se ha incorporado de manera expresa y constituye para estas materias, fuente formal de derecho.

Dadas las posibles implicancias que podría acarrear este estado de cosas para el Estado peruano al punto de comprometer su responsabilidad a nivel internacional, la autora presenta una propuesta final de regulación.

Beatriz Ramacciotti de Cubas

La Carga de la Prueba en el Proceso Civil

Julio César Pérez Vargas

Tesis sustentada el 02 de octubre de 1991 ante los Doctores Juan Luis Avendaño, Aníbal Quiroga León, Javier Villagarcía. SOBRESALIENTE.

Como lo reconoce el alumno en la introducción de su trabajo, en nuestro país una de las áreas menos trabajadas en la ciencia del Derecho ha sido sin lugar a dudas, el área Procesal. Por ello resulta estimulante que el señor Pérez Vargas haya efectuado un trabajo de investigación sobre un aspecto tan importante como es la Carga de la Prueba.

La Tesis en cuestión tiene una indudable particularidad que la hace sumamente valiosa y atractiva a nuestra lectura: el incluir la dogmática general, el análisis serio y profundo de instituciones procesales de singular relevancia.

En efecto, la Tesis aborda con versación y doctrina las normas generales del proceso en lo referido a la Carga Procesal; y, en particular, la analiza en función de las distintas corrientes doctrinarias que estudian las estructuras del proceso. En cuanto a este punto se debe destacar el aporte del Sr. Pérez Vargas al tratar de configurar la Carga Procesal en función de sus elementos y de la actividad de los intervinientes en el proceso. En el Título II aborda con solvencia la temática de la Prueba, para en el Título III analizar las distintas posiciones que se han presentado en relación a la Carga

de la Prueba; y, fundamentalmente se analizan los dos aspectos de la Carga Probatoria, esto es, la carga subjetiva y la objetiva.

Como bien se ha destacado en la Tesis, la Carga de la Prueba en el Proceso Civil se ha reducido a una regla de conducta, la misma que le indica a las partes la prueba de su incumbencia; pero lo valioso de este trabajo es que clarifica que la aplicación de la Carga Probatoria se extiende hasta llegar a la etapa decisoria; y, es por ello que resulta tan importante determinar cuál es su extensión, porque una equivocación en la decisión conllevará un fallo injusto.

El Título IV contiene un interesante análisis normativo y jurisprudencial que abarca aspectos destacados sobre el derecho comparado y nacional.

En resumen, tanto la redacción como el fondo de la Tesis son de innegable factura, debiendo destacar que el autor de la Tesis ha efectuado una profunda investigación seria de los temas abordados y planteado originales aportes.

Por estas consideraciones, así como por la exposición al momento de su sustentación, el Jurado calificó el trabajo con la mención de sobresaliente.

Lima, 11 de junio de 1992

Juan Luis Avendaño

El Principio In Dubio Pro Operario en el Derecho Peruano del Trabajo: Una Propuesta Metodológica de Aplicación.

Ricardo Herrera

Tesis sustentada para Optar el Título de Abogado ante los Dres. Carlos Blancas Bustamante, Oscar Ermida Uriarte y Javier Neves Mujica. SOBRESALIENTE.

El objeto de la tesis esta constituido por el estudio de un tema fundamental en la teoría general del Derecho del Trabajo, cual es el de la interpretación normativa y de las soluciones que recibe en nuestra disciplina, en especial mediante la aplicación del principio del *in dubio pro operario*.

En una secuencia natural, se van abordando en los cuatro capítulos de la tesis todos los aspectos vinculados a esta compleja cuestión. Primero, el análisis de los supuestos de defecto y deficiencia normativas, así como de las respuestas diseñadas por el Derecho para ellos, concretamente por nuestro ordenamiento, configuradas por los conceptos de interpretación e integración jurídicas, respectivamente. Mientras en el defecto nos encontramos ante una insuficiencia normativa, esto es, una norma oscura; en la deficiencia nos hallamos ante una inexistencia normativa, es decir, la ausencia de regulación de un hecho. Frente a ambos problemas, los órganos jurisdiccionales no pueden abstenerse de resolver los casos concretos, debiendo acudir a los principios generales (precedidos por la analogía, en el segundo caso). Pero se trata de principios diversos los que sirven para aclarar o sustituir una norma.

Luego, se detiene en la interpretación, diferenciando su actuación frente a negocios jurídicos y normas, estudiando cada uno de los

método elaborados por la doctrina para resolverla. En el caso de los actos jurídicos, nuestro Código Civil ofrece reglas para su interpretación (arts. 168-170). No ocurre lo mismo con las normas. Para la interpretación de éstas, Savigny había considerados necesario utilizar cuatro elementos: gramatical, lógico, históricos y sistemático. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, las singularidades que la tarea interpretativa posee para cada área jurídica y cada tipo normativo.

Seguidamente, el autor indaga por los principios generales del Derecho, categoría a la que envía nuestra Constitución como forma de superación de la insuficiencia normativa. Ya hemos dicho que aquellos pueden cumplir diversas funciones, según la finalidad interpretativa o integradora (u otras, como la informadora) con que se emplee. Su existencia está así muy ligada con la de las normas, a las cuales sirven.

Por último se arriba al tema central, cual es el del principio del *in dubio pro operario*, comparándolo con otros criterios emparentados utilizados en áreas diversas del Derecho y tratando su posible aplicación en las diferentes normas y fuera del campo normativo o de nuestra disciplina. Este principio será aplicable sólo para el caso de la interpretación normativa, mas no de los actos jurídicos o de los hechos alegados en un proceso. En este

campo, se producen las afirmaciones más controvertibles planteadas por el autor: la exclusión del *in dubio pro operario* de la interpretación de los contratos de trabajo y de las cláusulas obligacionales de los convenios colectivos. En el primer caso, se sustituye por el principio análogo del *in dubio contra stipulatorem*, que también conduce hacia una lectura de las normas oscuras en favor del contratante más débil. En el segundo, en cambio, dichas cláusulas quedarían sujetas a las referidas reglas del Código Civil. De este modo, se quiebra la unidad del convenio colectivo.

En mi concepto, el trabajo presentado por Ricardo Herrera posee excepcional calidad. Abordar una cuestión netamente teórica, aunque con evidentes implicancias prácticas, y hacerlo con rigor y claridad, como ha ocurrido en este caso, me parece sumamente inusual. Creo que se trata de una investigación muy completa, que en su nivel de profundidad subsana un vacío notorio de la doctrina nacional, e incluso internacional, en esta materia. Más allá de la posibilidad de no compartir todas las aseveraciones del autor, estimo que ellas se encuentran sólidamente sustentadas sobre una reflexión propia y asimilada de la mejor doctrina, que harán de esta tesis una obra de indispensable consulta para quien quiera aproximarse a este tema crucial.

Javier Neves Mujica