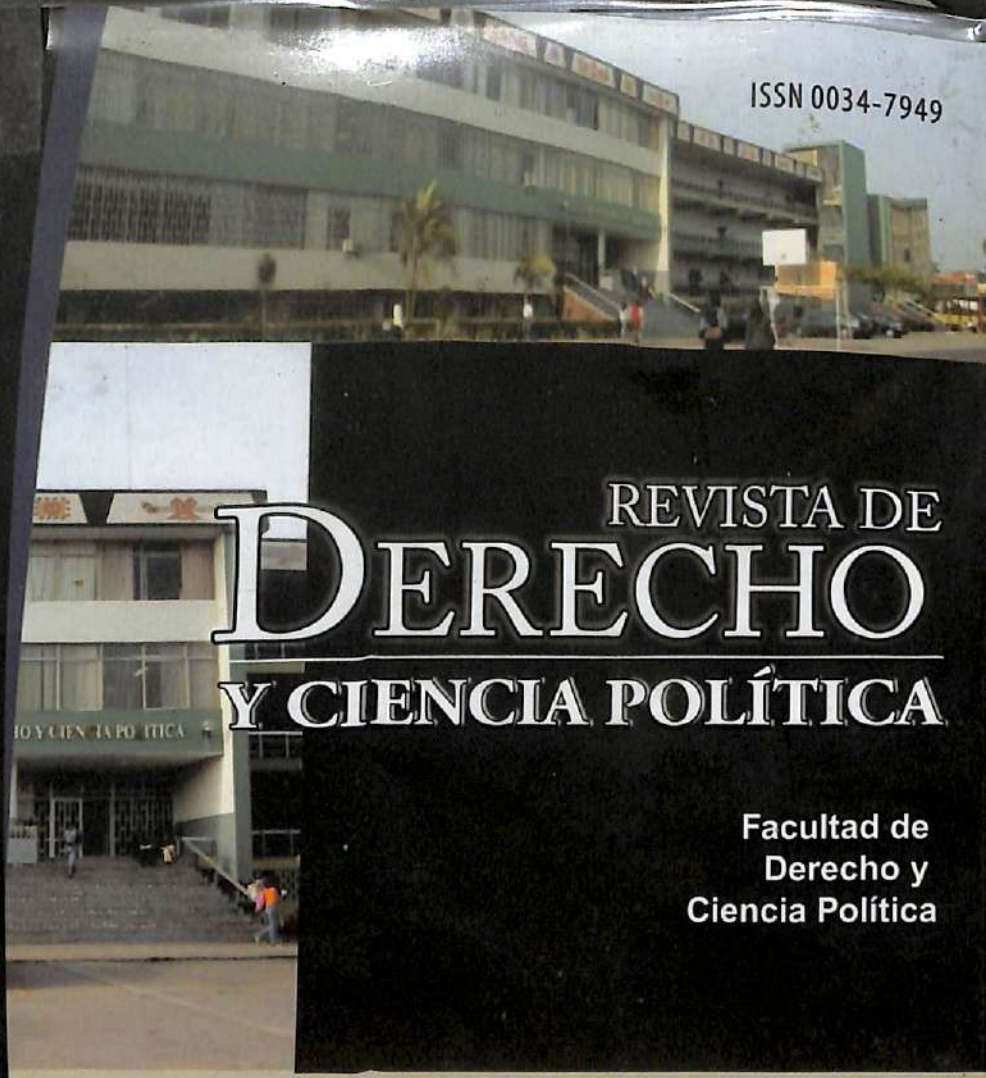
Vol. 71
(Nº1)
2014

ISSN 0034-7949



REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Facultad de Derecho y Ciencia Política

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

Lima, Perú

REVISTA
DE
DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ÓRGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA DE
LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

Vol. 71 (Nº 1) Año 2014

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
FUNDADA EN 1936

Vol. 71 (N° 1) Año 2014

La RDCP está abierta a los especialistas nacionales y extranjeros que se ocupan de temas afines a las Ciencias Jurídicas y Sociales. Invita a colaborar de distintas formas ya sea enviando un artículo, una nota de investigación, informes sobre la actualidad científica, documentos, comentarios de jurisprudencia o recensiones de libros. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Correspondencia y Canje:
UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Ciudad Universitaria, Pabellón de Derecho
Av. Venezuela, cuadra 34
Apartado 524
Lima 1 - Perú
Telfs : 452-0279 Telefax: 452-0550

INDICE GENERAL

Nómina de las Autoridades de la Facultad
Nómina de los Profesores Honorarios y Eméritos de la Facultad
Nómina de los Profesores de la Facultad

EDITORIAL

Págs.

SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO DE LA CONTROVERSIA MARÍTIMA ENTRE PERÚ Y CHILE.
27 DE ENERO DEL 2014

TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL: *AUGUSTO HERNÁNDEZ CAMPOS.* 21 - 91

Derecho del Niño y Adolescente

RUBÉN GONZÁLES ESPINOZA. *Interés superior del Niño y Maltrato infantil.* 93 - 112

Derecho Civil

CARMEN MEZA INGAR. *Reflexión necesaria a los 30 años del Código Civil de 1984.* 113 - 136

Derecho Civil Comparado

SANTIAGO OSORIO ARRASCUE. *Introducción al Derecho Civil de Québec - Canadá.* 137 - 163

Derecho Constitucional

AMELIO PAUCAR GÓMEZ - MARGOTT G. PAUCAR ESPINOZA . *Breves reflexiones en torno al Rol de los movimientos sociales en la democracia participativa en el Perú.* 165 - 172

CARLOS FERNÁNDEZ FONTENOY. *Fujimori y su crítica a los partidos políticos peruanos.* 173 - 187

VICENTE A. SANJURJO RIVO. *El Vía crucis de los menores inmigrantes no acompañados en los Estados Unidos: Breve recorrido histórico de su regulación jurídica.* 189 - 242

Derecho Laboral

ROBERTO RENDÓN VÁSQUEZ. *Incumplimiento de los plazos procesales establecidos en la Ley N°29497.* 243 - 259

Derecho Penal

ALEXEI SÁENZ TORRES. *El delito de minería ilegal.* 261 - 288

SILFREDO HUGO VIZCARDO. *Introducción al estudio de los delitos económicos: Concepto y bien jurídico protegido.* 289 - 324

TERESA DE JESÚS SEIJAS RENGIFO. *Comercio de inocencias. Abuso sexual, pornografía y turismo sexual de menores.* 325 - 369

Introducción al Derecho

JOSÉ ANTONIO ÑIQUE DE LA PUENTE. *El Tridimensionalismo Cristiano de Mario Alzamora Valdez.* 371 - 391

Sociología Jurídica

JOSÉ HORNA TORRES. *Esbozo a la Ciencia Sociológico - Jurídica.* 393 - 405

Metodología de la Investigación

MEDARDO NIZAMA VALLADOLID. *Lo cuantitativo y lo cualitativo en la investigación científica.* 407 - 426

UNIDAD DE POST GRADO

DOLORES BUJANDA GÓMEZ. *Los plazos del control Post adoptivo y principio del interés superior del niño.* 427 - 436

JUAN ANDÍA CHÁVEZ. *Crisis del Derecho.* 437 - 451

SANTIAGO M. LLANCARI ILLANES. *La vida en común, un deber fundamental del matrimonio.* 453 - 464

Sección Estudiantil

JOSHIMAR DE LA CRUZ ARONI. *Desvelando los intereses ocultos: neoliberalismo en la nueva "defensa posesoria extrajudicial". (Derecho Civil).* 467 - 494

CARLOS ALBERTO QUISPE DÁVILA. *Jueces, activismo, derechos humanos y cambio social. (Derecho Constitucional).* 495 - 518

JOSÉ EDUARDO PRADO SORIANO. *La prescripción extraordinaria en el derecho procesal penal peruano -¿Art. 83 del CP. VS art. 339.1 del NCPP.?. (Derecho Penal).* 519 - 568

ROBERTO FLORIÁN CURASI CUTIPA. *Responsabilidad social empresarial: ¿gasto deducible o liberalidad? (Derecho Tributario)* 569 - 587

ALEXANDER RIVERA CHÁVEZ. *El concepto dual del derecho: por una nueva forma de entender el fenómeno de lo jurídico en el moderno estado constitucional de derecho (Teoría General del Derecho)* 589 - 612

CONGRESOS

***NELSON REYES RÍOS**. Informe del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar "Las familias y los Desafíos Sociales" - Mar del Plata. Argentina.* 615 - 640

***EDUARDO VERA CRUZ PINTO**. Informe del XV Congreso de Derecho Romano. XVIII Ibero - Americano de Derecho Romano Poder y Derecho - Lisboa y Evora. Portugal.* 641 - 643

***ÁNGELA CUEVAS DE DOLMESTCH**. Informe del Primer Congreso Regional Internacional de FIDA en América Latina - Santiago de Cali. Colombia.* 645 - 648

***JEAN MARIE BURGUBURU**. Informe del 7° Congreso de la Unión Internacional de Abogados (UIA) - Macau. República Popular de China.* 649 - 652

***CARMEN LÓPEZ RENDO DE RODRÍGUEZ**. Informe del XVI Congreso Internacional y XIX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano "La actividad de la Banca y los Negocios Mercantiles en el Mare Nostrum" - Murcia y Cartagena. España.* 653 - 654

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

"El Régimen Jurídico de la Mediación Familiar en España". Análisis de la normativa autonómica. DUPLÁ MARÍN, María Teresa, coordinadora y co autora; Bardají Gálvez, Lola; Enzler Fandos, Sandra; Lázaro González, Isabel; Serrano Molina, Alberto: **(CMI)** 657

"La interpretación del Decreto Supremo N° 009.76-TR sobre el porcentaje de participación de Pesca". Rojas Haro, Hugo Renzo **(CMI)** 658

AUTORIDADES PRINCIPALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

Dr. PEDRO ATILIO COTILLO ZEGARRA
(Rector 2011 - 2016)

Dr. BERNARDINO RAMÍREZ BAUTISTA
(Vicerrector de Investigación)

Dra. ANTONIA CASTRO RODRÍGUEZ
(Vicerrectora Académica)

AUTORIDADES ACTUALES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA DE LA PRESENTE EDICIÓN

Dr. CHEDORLAOMER RUBÉN GONZÁLES ESPINOZA
Decano

Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho
Dr. RAÚL SAMAMÉ MORANTE

Director (e) de la Escuela Académico Profesional de Ciencia Política
Dr. JOSÉ ANTONIO ÑIQUE DE LA PUENTE

Director de la Unidad de Post-Grado
Dr. GERMÁN SMALL ARANA

Director Académico
Dr. JOSÉ FÉLIX PALOMINO MANCHEGO

Director Administrativo (e)
Mg. HÉCTOR MARTÍNEZ FLORES

Director (e) del Centro de Extensión Universitaria y Proyección Social
Dr. MANUEL SORIA ALARCÓN

Director (e) de la Unidad de Investigación
Dr. SILFREDO HUGO VIZCARDO

.PROFESORES HONORARIOS
(Derecho)

Alexy, Robert
Alessandri, Arturo (+)
Alterini, Atilio Aníbal
Asencio Mellado, José María.
Atienza Rodriguez, Manuel
Baratta, Alessandro
Barcía Trelles, Camilo
Bedoya Reyes, Luis
Bidart Campos, Germán J.
Borda, Guillermo Antonio
Calmón, Pedro (+)
Cançado Trindade, Antonio
Cappelleti, Mauro
Cortiñas Peláez, León
De Barros Carvalho, Paulo
De Buen Lozano, Nestor
De Rego Monteiro, Luis A.
Díez-Picazo, Luis
Espin Cánovas, Diego
Fernández Segado, Francisco
Franca, Rubens Limongi
Franco, Manuel de Oliveira
García de Enterría, Eduardo
García Maynes, Eduardo (+)
Garrido, Luis
Ghezzi, Giorgio
Gómez de la Torre, Ignacio
Gordillo, Agustín
Kemelmajer de Carlucci, Aida
Laplaza, Francisco P. (+)
Lene, Ernesto (+)
Malherbe, Jacques
Martí Bufill, Carlos
Massimo Bianca, Cesare
Mateo, Ramón Martín
Mozart Victor Russomano,
Muñoz Conde, Francisco
Nieto García, Alejandro
Niles, Russel D.
Parejo Alfonso, Luciano
Peyrano, Jorge W.
Rébora, Juan Carlos
Recaséns Siches, Luis (+)
Rescigno, Pietro
Roca Roca, Eduardo
Rocco, Emma Adelaida
Romagnoli, Umberto
Rousseau, Charles (+)
Roxin, Claus
Tiedemann, Klaus
Sieber, Ulrich
Soler, Sebastián (+)
Visintini, Giovanna
Zamudio, Héctor Fix

PROFESORES EMÉRITOS
(Derecho)

Abastos, Manuel G. (+)
Acevedo Criado, Luis (+)
Alzamora Silva, Lizardo (+)
Alzamora Valdez, Mario (+)
Aparicio Valdez, Germán
Aramburú Menchaca, Andrés (+)
Arias Schreiber Pezet, Max (+)
Bacacorzo, Gustavo
Basadre, Jorge (+)
Bramont Arias, Luis A. (+)
Cabredo Ríos, María Jesús
Castañeda, Jorge Eugenio (+)
Castillo Colonna, Luciano (+)
Castillo Dávila, Melquíades
Dumbar Temple, Ella (+)
Fernández Sessarego, Carlos
Ferrero Costa, Augusto
Ferrero Costa, Raúl Enrique J.
García Calderón, Manuel (+)
García Montúfar, Guillermo (+)
García Rada, Domingo (+)
Gazzolo Miani, Luis (+)
Heraud Cricet, Luis (+)
Herrera Paulsen, Dario (+)
La Hoz Tirado, Ricardo (+)
Lanatta, Rómulo E. (+)
León Barandiarán, José (+)
Llontop Amorós, Carlos
Maúrtua Vásquez, Víctor
Mimbela de los Santos, Eduardo
Moisset de Espanés, Luis
Montoya Manfredi, Ulises (+)
Nugent, Ricardo
Parodi Remón, Carlos
Quispe Correa, Alfredo
Rendón Vásquez, Jorge
Rodríguez Pastor, Carlos (+)
Roy Freyre, Luis Eduardo
Ruiz Eldredge Rivera, Alberto (+)
Solís Espinoza, Alejandro
Tello Johnson, Jacinto (+)
Thol, Juan (+)
Vásquez de Velasco Prentice, Rafael (+)
Vicente Ugarte del Pino, Juan

DOCENTES DE FACULTAD

PROFESORES PRINCIPALES

Amoretti Pachas, Víctor Mario
Beaumont Callirgos, Ricardo
Brousset Salas, Ricardo Alberto
Cabrera Vásquez, Marco Antonio
Carrión Lugo, Jorge Isaías
Castillo Montero, Jorge
Chanamé Orbe, Raúl Roolsevelt
Chávez de Paz, Gregorio Dennis
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
Delgado Guzmán, Octavio Galvarino
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Gonzáles Espinoza, Chedorlaomer Rubén
Gutiérrez Tudela, Jorge Guillermo
Horna Torres, José
Huancahuari Flores, Simeón
Hugo Vizcardo, Silfredo Jorge
Jaeger Requejo, Rafael Eduardo
Landa Arroyo, César
López Cava, Max
López Santos, Demetrio
Mallqui Quijano, William Gaudencio
Meza Ingar, Carmen
Miró Quesada Rada, Francisco José
Montoya Alberti, José Ulises
Morales Godo, Juan Eulogio
Nizama Valladolid, Medardo
Ñique de la Puente, José Antonio
Palacios Castillo de Sandoval, Emma
Pérez Ríos, Carlos Antonio
Peñaranda Portugal, Percy
Portocarrero Hidalgo, Juan
Prado Saldarriaga, Víctor
Ramírez Erazo, Ramón
Rendón Vásquez, José Roberto
Retamozo Linares, José Alberto
Reyes Ríos, Nelson
Romero Montes, Francisco
Romero Quispe, Jacobo
Sánchez Velarde, Pablo Wilfredo
Silva Vallejo, José Antonio
Small Arana, Germán
Stewart Balbuena, Alberto
Villa Stein, Javier
Toro Llanos, Víctor Enrique
Torres Vásquez, Anibal
Urquizo Olaechea, José
Zárate del Pino, Juan

PROFESORES ASOCIADOS

Abregú Baez, María del Carmen
Ariano Deho, Eugenia Silvia M.
Bolaños Velarde, Víctor Hugo
Castañeda Serrano, César Gilberto
Chávez Marmanillo, Juan Gualberto
Cubas Villanueva, Víctor Manuel
Cueto Chuman, Pedro Gustavo
Estrada Choque, Aldo.

Fernández Cartagena, Julio Augusto
Fernández Fontenoy, Carlos
Figueroa Bustamante, Julio Hernán
Gamarra Vilchez, Leopoldo Félix
Godos Razuri, Víctor Inocencio
Gonzáles Campos, Robinson Octavio
Hernández Campos, Carlos Augusto
Injante Grimaldo, Carlos Alberto
Leyton Zárate, Oscar Américo
Martín Figueroa, Reynaldo Antonio
Martínez Flores, Héctor Elvis
Mávila León, Rosa Delsa
Palma Navea, José Enrique
Palomino Manchego, José Félix
Paucar Gómez, Amelio
Peña Farfán, Saúl
Portocarrero Qintana, Jesús Mario
Principe Trujillo, Hugo
Rodríguez Domínguez, Elvito Alimides
Sáenz Torres, Alexei Dante
Samamé Morante, Víctor Raúl
Salgado Padilla, Amadeo Felipe
San Martín Oviedo, Cecilia del Carmen
Soria Alarcón, Manuel Felipe
Soto Vallenas, Víctor Gastón
Tapia Cabañin, Miguel Angel
Trujillo Meza, Manuel Vicente
Varsi Rospigliosi, Enrique
Vargas Jaramillo, Guillermo
Vásquez Cortez, Elcira
Vigil de Quiroz, Clotilde Cristina
Yzaguirre Lúcar, Primitivo Alejandro

PROFESORES AUXILIARES

Alcantara Salazar, Gerardo
Aliaga Jibaja, Luis
Antúnez y Villegas, Luis Enrique
Baldeón Ríos, Juan Francisco
Bazán Chávez, Juan Antonio
Bernuy Ore, Pedro Enrique
Castellares Aguiler, Víctor
Canelo Rabanal, Raúl
Carruitero Lecca, Francisco
Ciudad Renaud, Adolfo
Coronado Labo, Pedro
Espinoza Córdova, José Paulino
Grandez Castro, Pedro Paulino
Guerra Cerrón de Mullder, Jesús Maria
Hinojosa Rodriguez, David
Lama More, Héctor
Loayza Lazo, Alberto
Morales Hervias, Rómulo
Osorio Arrascue, Santiago
Pariona Arana, Raúl
Robles Moreno, Carmen del Pilar
Rodríguez Hurtado, Mario Pablo
Rojas Leo, Juan Francisco
Sánchez Manrique, Tavella Carlos
Sandoval Samaniego, Vicenta Barbara
Seijas Rengifo, Teresa de Jesús
Tuesta Soldevilla, Fernando
Vega Vega, Jesús Edgardo
Velarde Koechlin, Carmen Milagros
Zelada Bartra, Jaime Víctor

PRÓLOGO

La Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de nuestra Cuatricentenaria Universidad de San Marcos, fundada en 1936 por los destacados juristas Manuel G. Abastos, Juan Bautista De Lavalle, Alberto Ulloa, Jorge Basadre y Angel Gustavo Cornejo; bajo la conducción del Señor Decano Pedro de Oliveira; emerge en la escena universitaria como un importante órgano de difusión de las ideas, la reflexión, el comentario, debate y análisis sobre los diferentes tópicos de la ciencia jurídica, la política y disciplinas afines; que ha tenido una continuidad temporal ininterrumpida, hasta nuestros días.

Entre sus Directores, figuran los nombres de los ilustres sanmarquinos; entre los ausentes, como Pedro M. Oliveira, José León Barandiarán, Lizardo Alzamora Silva, Emilio F. Valverde, Rene Boggio Amat y León, Luis Bramont Arias, Guillermo García Montufar, Ulises Montoya Manfredi, Jorge Eugenio Castañeda, Domingo García Rada, Ricardo La hoz Tirado; y los presentes, Gustavo Bacacorzo, Ulises Montoya Alberti y Jorge Carrión Lugo, Carlos Fernández Sessarego y Germán Small Arana; a quienes, desde ésta página, rendimos nuestro reconocimiento, homenaje y eterna gratitud por haber mantenido viva y vigente las publicaciones de nuestra histórica Revista que en el año 2016 cumplirá 80 años.

Enmarcado y continuando con esta añeja tradición y trayectoria casi centenaria de la Revista de Derecho y Ciencia Política, en lo esencial conservando su estructura y diseño fundacional, se publica el volumen 71 (N° 1) año 2014, con temas de relevante actualidad en Derecho del Niño y Adolescente, Derecho Civil, Derecho Civil Comparado, Derecho Constitucional, Derecho Laboral, Derecho Penal, Introducción al Derecho, Sociología Jurídica y Metodología de la Investigación; escritos por los señores catedráticos de nuestra gloriosa Facultad, los que constituyen aportes teóricos valiosos, que serán consultados por los estudiantes, investigadores, abogados y jueces.

En suma, con una mirada histórica retrospectiva, los más de setenta (70) tomos publicados hasta el presente, constituyen una valiosísima fuente doctrinaria de todos los ámbitos del saber jurídico, digno de conservación en nuestra hemeroteca. Y, a futuro, a nuestra Revista le auguramos una larga existencia y vigencia, y quienes tenemos en la actualidad el honor de dirigir esta Facultad, asumimos el compromiso de publicar los números que corresponden a los años 2015 y 2016.

DR. CHEDORLAOMER RUBÉN GONZÁLES ESPINOZA
DECANO

EDITORIAL

El año 2014 ha llegado con varias conmemoraciones importantes, siendo para el Perú de especial consideración la celebración de los Treinta Años de la promulgación del Código Civil de 1984, el tercero de la República del Perú.

Los principales aportes del Código Civil de 1984, fueron el reconocimiento de los derechos del concebido. Así como la regulación del daño a la persona y en el derecho de las personas jurídicas, la situación del "comité no inscrito", que dada la situación del país representaba importantes inversiones y actividades en el interior del país y en las comunidades campesinas y nativas.

Entre las reformas importantes que posteriormente ha tenido el Código Civil de 1984 se encuentra la creación del Registro Nacional de Identidad y de Estado Civil (RENIEC), así como el articulado referido a la investigación de la paternidad y las modificaciones sobre capacidad civil de las personas menores de edad, padres de familia, adolescentes, que hayan cumplido catorce años de edad.

En efecto, en 1995 fue importante la promulgación de la Ley Orgánica N° 26497 del Registro Nacional de Identidad y de Estado Civil, RENIEC, que desarrolló el derecho a la Identidad, en armonía con la Constitución de 1993. Dicha reforma del Código, se reglamentó. La Resolución Jefatural N° 023-96 de11 de abril de 1996 delegó mayores facultades para inscribir hechos y actos relativos a la capacidad civil de las personas naturales. No obstante ello, continuaba en vigor el art. 21 que discriminaba del "derecho al nombre" a los niños nacidos fuera de matrimonio, si su padre o madre no se encontraba presente en la inscripción en el Registro. Nótese que el derecho al nombre es un derecho humano, consagrado por los tratados internacionales, que son leyes de la República, y, que el nombre no genera vínculo, pues otra es la institución de la "filiación".

Dicha situación, injusta para considerable parte de la población, fue objeto de varias campañas y estudios de los talleres universitarios, los que influyeron en los congresistas, que en el año de 2006 modificaron dicho precepto y sus normas concordantes. El 25 de abril de 2006, mediante Ley N° 28720, se reconoció el derecho al nombre y a la identidad de los hijos extra matrimoniales.

El domicilio es otro instituto que merece reflexión. El Código Civil considera domicilios especiales los domicilios de los incapaces, de los funcionarios públicos, de los trabajadores en el exterior, pero no ha considerado el domicilio de las poblaciones "nómades" o que se desplazan en distintos territorios del interior, por razones geográficas y también por necesidades de la subsistencia, dada su economía primaria.. Es que –en realidad- falta el desarrollo del "derecho consuetudinario" al que se refiere la Constitución Política de 1979 y que repite la Constitución de 1993, en vigor.

Entre los casos pendientes – en Derecho de Familia- podría mencionarse el art. 326, referido a la "unión de hecho", pero que no menciona la situación de las familias alto andinas, que viven en "servinacuy" y son nominadas en 19 vocablos diferentes, según los idiomas de dichas poblaciones.

Igualmente, en el tema de "filiación" subsiste el caso de los "hijos probables" que regula el art. 415, y, que en realidad debía ser derogado, dado el progreso de las pruebas genéticas, de investigación de la paternidad, cuyo costo podría asumir el Estado.

Un homenaje nos obliga a señalar méritos, pero dado el tiempo transcurrido, la sociedad ha progresado en tecnología al servicio de la persona y de la sociedad y las normas deberían estar acordes, con dichos avances extraordinarios. Por ejemplo el concepto del interés superior del niño, presente en toda legislación moderna, obliga a derogar o modificar el art. 396, que coloca a varios protagonistas bajo la voluntad del marido, que podría estar ausente o que en muchos casos ha abandonado el hogar de familias de economía e información precaria. Existiendo regulación para la impugnación de la paternidad, deviene obsoleto dicho numeral. Más aún, de conformidad con el art. 16 inc. f de la Convención para eliminar todas las formas de Dis-

criminación de la Mujer, ante el "conflicto de intereses" tienen prioridad los derechos de los hijos.

Todos sabemos que la obra humana es perfectible, máxime en comunidades y sociedades democráticas en las que las iniciativas legislativas dan gran actividad a los congresistas para lograr enmiendas necesarias en la legislación.

Volviendo a 1984, el Perú recibió el Código y varios países miraron la obra jurídica, ya que Argentina (en actual reforma) y Chile, por ejemplo, tienen códigos civiles del siglo XIX, que actualizan constantemente.

De ahí la importancia de los homenajes del Colegio de Abogados de Lima, de la Academia Peruana de Doctores en Derecho y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos al notable jurista de San Marcos, doctor Carlos Fernández Sessarego, quien siendo Ministro de Justicia en 1965 convocó a los juristas y a la sociedad en general al estudio de la reforma y actualización de los Códigos Civil de 1936, de Procedimientos Civiles de 1912, siendo prioritaria la actualización del Código Civil, que estaba en vigor desde 1936, cuando la realidad peruana era diferente, particularmente si se tiene presente que gran parte de la población no ejercía plenamente su capacidad civil ni los derechos políticos, ya que no participaba en la votación general, como las mujeres y los ciudadanos analfabetos. Las enmiendas constitucionales de 1954 y 1955 reconocieron los derechos civiles y políticos de la mujer, pero el Código Civil permanecía ajeno a dicha reforma, si se tiene presente institutos como la representación del hogar conyugal, por ejemplo. La sociedad se modernizaba y la reforma y las modificaciones urgentes eran una aspiración general del pueblo.

Los artículos de los docentes, egresados y alumnos son muy importantes, pero cobra especial dimensión el aporte científico del maestro Augusto Hernández Campos, quien ha traducido del inglés al español la sentencia de la Corte Internacional de la Haya sobre límites marítimos con Chile.

El Comité Directivo

ESTUDIOS

SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO DE LA CONTROVERSIA MARÍTIMA ENTRE PERÚ Y CHILE DEL 27 DE ENERO DEL 2014

TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL
AUGUSTO HERNÁNDEZ CAMPOS*

La sentencia fue emitida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el idioma oficial, el ingles, pese a que los Estados litigantes hablan el español. La sentencia oficial del *caso de la controversia maritima* en idioma ingles puede hallarse en el sitio web de la CIJ: http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf. Como se indica en la pagina 69 de dicha sentencia: "siendo el texto en ingles el autorizado". Una primera traducción al español de dicho fallo fue realizada a inicios del 2014 por parte del jurista colombiano Ricardo Abello-Galvis, quien es Profesor Principal de Derecho Internacional Publico de la Universidad del Rosario de Bogota, Colombia, y expresidente de la Academia Colombiana de Derecho Internacional.

---

* Doctor en Derecho y Ciencia Política y Profesor Asociado de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Ex-Director de las Escuelas de Derecho y de Ciencia Política de la Facultad de Derecho de la UNMSM. Como Director de esta última Escuela fue el fundador de la Revista Peruana de Ciencia Política. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, de la American Society of International Law, de la Sociedad Europea de Derecho Internacional, entre otros. Profesor de la Maestría en Diplomacia y Relaciones Internacionales de la Academia Diplomática del Perú y de la Maestría de Defensa Nacional del CAEN (Centro de Altos de Estudios Nacionales). Profesor del Doctorado en Derecho de la UNMSM y del Doctorado en Seguridad del CAEN. Es autor de *La Corte Penal Internacional: hacia una definición del crimen de agresión* y *El Principio de Solución Pacífica de Controversias: su aplicación a conflictos internos*.

27 de Enero del 2014

SENTENCIA

CONTROVERSIA
MARÍTIMA

(PERÚ *vs* CHILE)

III. POSICIONES DE LAS PARTES

22. Perú y Chile han adoptado posiciones fundamentalmente diferentes en este caso. Perú sostiene que no existe una frontera marítima convenida entre los dos países, y solicita a la Corte que trace una línea fronteriza utilizando el método de la equidistancia con el fin de alcanzar un resultado equitativo. Chile afirma que la Declaración de Santiago de 1952 estableció una frontera marítima internacional a lo largo del paralelo de latitud que pasa a través del punto de inicio de la frontera terrestre entre Perú y Chile y que se extiende hasta un mínimo de 200 millas náuticas. Además, se basa en varios acuerdos y en la práctica ulterior como evidencia de esa frontera. Chile solicita a la Corte que confirme la línea fronteriza según lo que sostiene. (Ver mapa No. 2: Las líneas de límite marítimo reclamadas por Perú y Chile respectivamente)

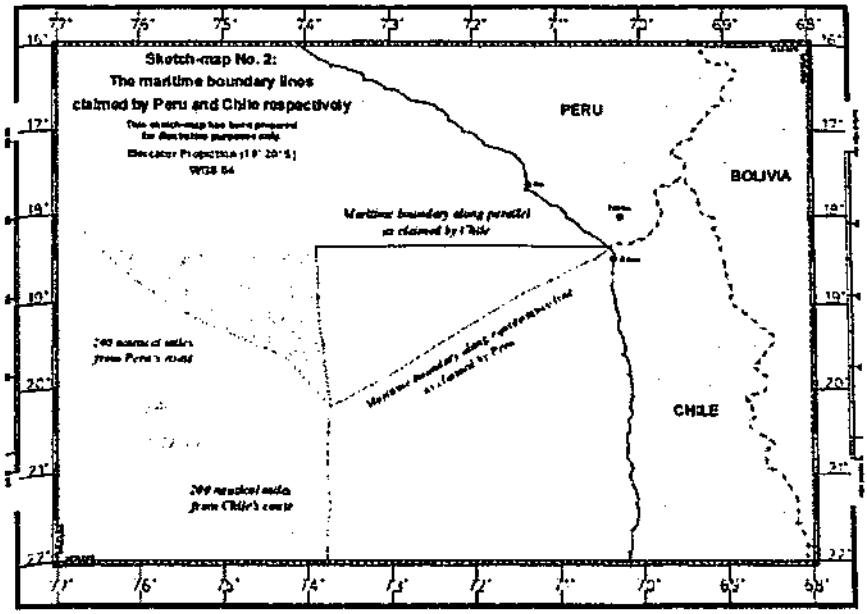
Perú también sostiene que, más allá del punto donde termina la frontera marítima común, tiene derecho a ejercer derechos soberanos exclusivos sobre un área marítima que se extiende hasta una distancia de 200 millas náuticas contadas desde sus líneas base. (Esta zona marítima se muestra en el mapa no. 2 en un tono azul más oscuro). Chile responde que Perú no tiene derecho a ninguna zona marítima que se extienda al sur del paralelo de latitud a lo largo de la cual, como Chile sostiene, corre la frontera marítima internacional.

23. Chile sostiene que el principio de *pacta sunt servanda* y el principio de estabilidad de las fronteras impiden cualquier posibilidad de invitar a la Corte a redefinir una frontera que ya ha sido convenida. Chile añade que ha habido importantes beneficios para ambas partes como resultado de la estabilidad de larga data de su frontera marítima. Perú sostiene que la línea de delimitación abogada por Chile es totalmente injusta debido a que otorga a Chile una extensión marítima total de 200 millas náuticas, mientras que Perú, en contraste, sufre un efecto severo de amputación. Perú afirma que es extraordinario que Chile sostenga que una línea fronteriza que le otorga más del doble de zona marítima que a Perú, como una frontera estable que es beneficiosa para el Perú.

[16]

Mapa 2:
Las líneas de frontera marítimas reclamadas por Perú y Chile respectivamente.

Frontera marítima a lo largo del paralelo reclamada por Chile
Frontera marítima a lo largo de la línea equidistante reclamada por Perú
200 millas náuticas desde la costa de Perú
200 millas náuticas desde la costa de Chile



[17]

IV.- SI EXISTE UNA FRONTERA MARÍTIMA CONVENIDA

24. Con el fin de resolver el litigio presentado ante ella, la Corte debe primero determinar si existe una frontera marítima convenida, como afirma Chile. Al abordar esta cuestión, las Partes consideraron la importancia de las Proclamas de 1947, la Declaración de Santiago de 1952 y varios acuerdos concluidos en 1952 y 1954.

También se refirieron a la práctica subsiguiente de las Partes a la Declaración de Santiago de 1952. La Corte se ocupará de cada una de estas cuestiones en su momento.

1. **Las Proclamas de Chile y Perú de 1947**

25. Como se señaló anteriormente (véase el párrafo 19), en sus Proclamas de 1947, Chile y Perú proclamaron unilateralmente ciertos derechos marítimos que se extienden 200 millas náuticas desde sus respectivas costas.

26. Las Partes acuerdan que los antecedentes históricos relevantes de estas Proclamaciones involucran una serie de proclamas similares de otros Estados, a saber, las dos Proclamas de los Estados Unidos de América en relación con su política tanto de los recursos naturales del subsuelo y del lecho marino de la plataforma continental como de la pesca costera en ciertas áreas de alta mar, ambas del 28 de septiembre de 1945, la Declaración de México sobre la Plataforma Continental del 29 de octubre de 1945 y la Declaración argentina Proclamando la Soberanía sobre el Mar Epicontinental y la Plataforma Continental del 11 de octubre de 1946. Ambas Partes coinciden en la importancia para sus economías de los recursos pesqueros y balleneros, alegando que las Proclamaciones mencionadas de los Estados Unidos de América significaron una mayor presión a la explotación comercial de recursos pesqueros frente a las costas de los Estados del Pacifico de América Latina motivando así sus Proclamas de 1947.

27. Más allá de estos antecedentes, las Partes presentan interpretaciones discrepantes tanto del contenido como del sentido jurídico de las Proclamas de 1947.

28. Según el Perú, la Declaración de Chile de 1947 constituyó un paso inicial e innovador, en el cual se sostiene una reclamación modificatoria de jurisdicción, condicionada a la adopción de medidas posteriores; nada en esta Declaración señalaba intención alguna, de parte de Chile, de abordar la cuestión de las fronteras marítimas laterales con los Estados vecinos. Perú sostiene que su propio Decreto de 1947 es igualmente provisional, representando un paso inicial y no pretendiendo fijar límites definitivos de jurisdicción peruana.

Perú sostiene que aunque su Decreto de 1947 se refiere a la zona peruana de control y protección como "zona comprendida entre esas costas y una línea imaginaria paralela a ellas y trazada sobre el mar a una distancia de doscientas millas marinas, medida siguiendo la línea de los paralelos geográficos", dicha referencia simplemente describía la forma como se trazaría el límite hacia el mar de la zona

marítima, no existiendo con ello la intención de establecer fronteras laterales con los Estados vecinos. Perú considera, además, que de acuerdo a la terminología relevante en ese momento, el término "soberanía" en su Decreto de 1947 se refería simplemente al ejercicio de derechos sobre los recursos.

[18]

29. De forma diferente, Chile entiende las Proclamas de 1947 de las Partes como más importantes, considerándoles como "proclamas unilaterales concordantes, cada uno reclamando soberanía sobre una zona que se extiende hasta una distancia de 200 millas náuticas", siendo "sustancialmente similares en forma, contenido y efecto". Chile observa que cada una de las Partes proclama soberanía nacional sobre su plataforma continental adyacente a sus costas, así como sobre la columna de agua, señalando además el derecho de extender el límite exterior de su respectiva zona marítima.

30. Perú impugna la calificación que Chile hace de las Proclamas de 1947 como "concordantes", enfatizando que, aunque la Declaración de Chile de 1947 y el Decreto del Perú de 1947 estaban estrechamente relacionados en el tiempo y el objeto, ellos no fueron coordinados o acordados entre las Partes.

31. Chile sostiene además que las Proclamas de 1947 establecieron fronteras claras de las zonas marítimas referidas en ellas. Chile sostiene que el método utilizado en el Decreto de Perú de 1947 de utilizar un paralelo geográfico para medir el límite exterior de la zona marítima necesariamente determina además los límites laterales al norte y sur de dicha zona a lo largo de la correspondiente línea del paralelo geográfico. Según Chile, sus propias referencias a un «perímetro» y al "paralelo matemático" en su Declaración de 1947 también podían entenderse como una indicación de que el método del *tracé parallèle* [línea de replica] fue utilizado para determinar el perímetro de la zona chilena reclamada.

32. Chile añade que también se utilizaron paralelos de latitud en la práctica de los Estados Americanos. Perú responde que el uso de paralelos de latitud por otros Estados de América descrito por Chile no constituyen ejemplos del uso de paralelos de latitud como fronteras internacionales marítimas.

33. Para Chile, la importancia primordial de las Proclamas de 1947 radica en servir como antecedentes de la Declaración de Santiago de 1952. Chile también se refiere a las Proclamas de 1947 como circunstancias de la celebración de la Declaración de Santiago de 1952 y el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima

de 1954, de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Chile sostiene que las Proclamas de 1947, en particular el uso por Perú de una "línea de los paralelos geográficos" para medir su proyección marítima, significó que la delimitación fronteriza dejo de ser un tema controversial en 1952, toda vez que no podía existir la menor delimitación controversial que en el caso en que las zonas marítimas reclamadas de dos Estados adyacentes encajan perfectamente sin superponerse. Sin embargo, Chile aclara además que no considera que las Proclamas de 1947 establezcan por sí mismas una frontera marítima entre las partes.

34. Perú pone en duda la afirmación de Chile de que las zonas marítimas adyacentes encajan perfectamente al señalar que las Proclamas de 1947 no estipulan coordenadas ni se refieren a fronteras internacionales. La opinión del Perú sobre la relación entre las Proclamas de 1947 y la Declaración de Santiago de 1952, es que las Proclamas de 1947 no pueden significar circunstancias de la

[19]

celebración de la Declaración de Santiago de 1952 en el sentido el Artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, toda vez que ellas anteceden la conclusión de la Declaración de Santiago de 1952 en cinco años. Perú también cuestiona la aseveración de Chile que las Proclamas de 1947 constituyen circunstancias de la conclusión del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954.

35. Las Partes además discrepan sobre la naturaleza jurídica de las Proclamas de 1947, particularmente de la Declaración de Chile de 1947. Chile sostiene que cada una de las Proclamas de 1947 tenían efecto inmediato, sin necesidad de formalidades adicionales o de promulgación de leyes. Perú niega esto afirmando que la Declaración de Chile de 1947 carecía de la naturaleza de un acto legal. Señala el hecho de que la Declaración de 1947 sólo se publicó en un periódico y no en el Diario Oficial de Chile.

*

36. La respuesta de Chile a estos argumentos es que el estatus de su Declaración de 1947, bajo su jurisdicción interna, no es determinante de su estatus bajo el Derecho Internacional, enfatizando que se trataba de un reclamo internacional hecho por el Presidente de Chile y dirigida a la comunidad internacional. Chile señala que las Partes intercambiaron notificaciones formales de sus Proclamas de 1947,

y argumenta que la ausencia de protesta demuestra la aceptación de la validez del reclamo de soberanía de cada una de las partes, incluso en relación al perímetro. Esto fue impugnado por el Perú.

*

37. Los párrafos relevantes de la Declaración de Chile de 1947 establecen lo siguiente; "Considerando:

1. Que los Gobiernos de Estados Unidos de América, de México y de la República Argentina, por declaraciones presidenciales efectuadas el 28 de septiembre de 1945, el 29 de octubre de 1945,y el 11 de octubre de 1946, respectivamente,

.....

2. Que de manera expresa ellos han proclamado los derechos de sus Estados para la protección, conservación, reglamentación y vigilancia de las actividades pesqueras, a fin de impedir que actividades ilicitas amenacen con dañar o destruir las considerables riquezas naturales de esta clase que se contienen en los mares adyacentes a sus costas, y que son indispensables al bienestar y progreso de sus respectivos pueblos; y que la justicia de tales reclamos es indiscutible;

3. Que, particularmente en el caso de la República Chilena, hay manifiesta conveniencia en efectuar una proclama de soberanía análoga no sólo por el hecho de poseer y tener ya en explotación riquezas naturales esenciales a la vida nacional y

[20]

contenidas en la plataforma continental, como ocurre con las minas de carbón, que son explotadas tanto en el continente y bajo en el mar, sino, además, porque, en vista de su topografía y la estrechez de sus fronteras, la vida del país queda vinculada al mar y a todas las riquezas naturales actuales y futuras encerradas en él, más que en el caso de cualquier otra nación;

.....

(1) El Gobierno de Chile confirma y proclama su soberanía nacional sobre todo la plataforma continental adyacente a las costas continentales e insulares de su territorio nacional, cualquiera que sea su profundidad bajo el mar, y reivindica, por consiguiente, todas las riquezas naturales que existen sobre dicha plataforma, en ella y bajo ella, conocidas o por descubrirse.

(2) El Gobierno de Chile confirma y proclama su soberanía nacional sobre los mares adyacentes a sus costas, cualquiera que sea su profundidad, y dentro de aquellos límites necesarios con el fin de reservar, proteger, conservar y aprovechar los recursos y riquezas naturales de cualquier naturaleza que sobre dichos mares, en ellos y bajo ellos, se encuentren, sometiendo bajo el control del Gobierno, especialmente, las actividades de pesquerias y caza de ballenas, con el objeto de impedir que las riquezas de este orden sean explotadas en perjuicio de los habitantes de Chile y para impedir el deterioro o destrucción de las riquezas citadas en detrimento del país y del continente americano.

(3) La demarcación de las zonas de protección de caza de ballenas y pesca de aguas profundas en los mares continentales e insulares bajo el control del Gobierno de Chile será hecha, en virtud de esta declaración de soberanía, cada vez que el Gobierno lo crea conveniente, sea ratificando, ampliando o de cualquier manera modificando dichas demarcaciones, conforme a los conocimientos, descubrimientos, estudios e intereses de Chile que sean advertidos en el futuro. Declarándose desde luego dicha protección y control sobre todo el mar comprendido dentro del perímetro formado por la costa con una paralela matemática proyectada en el mar a 200 millas náuticas de distancia de las costas continentales chilenas. Esta demarcación se medirá para incluir las islas chilenas, señalándose una zona de mar contigua a las costas de las islas citadas, proyectada paralelamente a éstas islas a 200 millas náuticas alrededor de sus costas.

(4) La presente declaración de soberanía no desconoce legítimos derechos similares de otros Estados sobre la base de reciprocidad, ni afecta a los derechos de libre navegación sobre la alta mar."

38. Los párrafos relevantes del Decreto del Perú de 1947 establecen lo siguiente;

"El Presidente de la República
Considerando:

.....

Que en la plataforma existen ciertos recursos naturales que deben ser proclamados como nuestro patrimonio nacional;

[21]

Que es igualmente necesario que el Estado proteja, conserve y reglamente el uso de los recursos pesqueros y otras riquezas naturales que se encuentren en las aguas continentales que cubren la plataforma submarina y en los mares continentales adyacentes a ella, a fin de que tales riquezas, esenciales para la vida nacional, continúan explotándose o se exploten en lo futuro, en forma que no cause detrimento a la economía del país ni a su producción alimenticia;

.....

Que el derecho a proclamar la soberanía del Estado y la jurisdicción nacional sobre toda la extensión de la plataforma submarina, así como sobre las aguas continentales que los cubren y sobre los mares adyacentes en el area necesaria para la conservación y vigilancia de las riquezas allí contenidas, ha sido declarado por otros Estados y admitido prácticamente en el derecho internacional (Declaración del Presidente de los Estados Unidos de América del 28 de setiembre de 1945; Declaracion del Presidente de México del 29 de octubre de 1945; Decreto del Presidente de la Nación Argentina del 11 de octubre de 1946; Declaración del Presidente de Chile del 23 de junio de 1947);

.....

Con el voto consultivo del Gabinete:

Decreta:

1. Declarar que la soberanía y jurisdicción nacionales se extienden a la plataforma submarina continental o insular adyacente a las costas continentales o insulares del territorio nacional, cualesquiera que sean la profundidad y extensión que abarque dicha plataforma.

2. La soberanía y jurisdicción nacionales se ejercen también sobre el mar adyacente a las costas del territorio nacional, cualesquiera que sea su profundidad y en la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y utilizar los recursos y riquezas naturales de toda clase que en o debajo de dicho mar se encuentren.

3. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Estado se reserva el derecho de establecer la demarcación de las zonas de control y protección de las recursos naturales en los mares continentales e insulares que quedan bajo el control del Gobierno del Perú, y de modificar dichos límites de acuerdo con las circunstan-

cias sobrevinientes por razón de los nuevos descubrimientos, estudios e intereses nacionales que fueren advertidos en el futuro; y, al mismo tiempo, declara que ejercerá dicho control y protección sobre los mares adyacentes a la costa peruana en la zona comprendida entre esas costas y una línea imaginaria paralela a ellas y trazada sobre el mar a una distancia de doscientas (200) millas nauticas, medida siguiendo la línea de los paralelos geográficos. Respecto de las islas nacionales esta demarcación se trazará para incluir la zona de mar contigua a las costas de dichas islas, hasta una distancia de doscientas (200) millas nauticas medidas desde todos los puntos del contorno de ellas.

[22]

4. La presente declaración no afecta el derecho de libre navegación de naves de todas las naciones conforme al Derecho Internacional."

39. La Corte observa que las partes están de acuerdo en que las Proclamas de 1947 no establecen por sí mismas una frontera marítima internacional. En consecuencia, la Corte considerará las Proclamas de 1947 sólo al propósito de determinar si los textos evidencian el entendimiento de las Partes en cuanto al establecimiento de una futura frontera marítima entre ellas.

40. La Corte observa que el párrafo 3 de la Declaración de Chile de 1947 se refería a una "Paralela Matemática" proyectada hacia el mar y a una distancia de 200 millas náuticas de la costa chilena. Tal paralela matemática limitaba la extensión de la proyección mar adentro, pero no fijó sus límites laterales. La Declaración de 1947, sin embargo, señalaba que esta abarcaba la plataforma continental y los mares "adyacentes" a las costas chilenas. Implicaba la necesidad de fijar, en el futuro, los límites laterales de la jurisdicción que estaba buscando establecer dentro de un perímetro determinado. La Corte señala además que el Decreto de Perú de 1947, en el párrafo 3, se refería a "los paralelos geográficos" al identificar su zona marítima. La descripción de las zonas marítimas relevantes en las Proclamas de 1947 parece haber utilizado un método *tracé parallèle*. Sin embargo, la utilización de tal método no es suficiente para evidenciar una clara intención de las Partes de que su eventual frontera marítima sería un paralelo.

41. La Corte recuerda que el párrafo 3 de la Declaración de Chile de 1947 prevé el establecimiento de zonas de protección para la caza de ballenas y la pesca de aguas profundas, considerando que estas pueden ser modificadas en cualquier forma "con el fin de adecuarse a los conocimientos, descubrimientos, estudios

e intereses de Chile que se requieran en el futuro". Este lenguaje condicional no puede considerarse constitutivo de un compromiso por parte de Chile a favor de un método en particular para delimitar una frontera lateral futura con sus Estados vecinos; sino que más bien la preocupación de Chile se relaciona con la creación de una zona de protección y control para asegurar la explotación y conservación de recursos naturales.

42. El lenguaje del Decreto de Perú de 1947 es igualmente condicional. En el párrafo 3, Perú se reserva el derecho de modificar sus "zonas de control y protección" como consecuencia de "intereses nacionales que puedan advertirse en el futuro".

43. En vista de lo anterior, el lenguaje de las Proclamas de 1947, así como su naturaleza provisional, descarta la interpretación de ellas como reflejo de un acuerdo común de las Partes en relación a una delimitación marítima. Al mismo tiempo, la Corte observa que las Proclamas de 1947 de las Partes contienen reclamos similares en relación a sus derechos y jurisdicción en las zonas marítimas, dando lugar a la necesidad de establecer en el futuro los límites laterales de estas zonas.

[23]

44. Habiendo llegado a esta conclusión, la Corte no necesita considerar el argumento presentado por Chile acerca de la importancia de la comunicación de las Proclamas de 1947 *inter se* ni la respuesta de Perú a ese argumento. La Corte señala, sin embargo, que tanto Perú como Chile simplemente acusaron recibo de la notificación de la otra parte, sin referirse a una posible delimitación de una frontera marítima internacional entre ellas.

2. La Declaración de Santiago de 1952

45. Como se observó anteriormente (ver párrafo 20), la Declaración de Santiago de 1952 fue firmada por Chile, Ecuador y Perú durante la Conferencia sobre la Explotación y Conservación de los Recursos Marinos del Pacífico Sur de 1952 realizada en Santiago de Chile.

46. Según Chile, la Declaración de Santiago de 1952 ha sido un tratado desde sus inicios y siempre fue la intención de sus signatarios considerarlo como un instrumento vinculante. Chile además observa que la *Treaty Series* de las Naciones Unidas, señala que la Declaración de Santiago entró en vigor tras su firma el 18 de agosto de 1952, sin que exista registro de alguna objeción a ello por parte de Perú.

47. Perú considera que la Declaración de Santiago de 1952 no fue concebida como un tratado, sino como una proclamación de la política marítima internacional de los tres Estados. Perú sostiene que era, así, de carácter "declarativo", pero acepta que posteriormente adquirió el estatus de tratado al ser ratificada por cada signatario (Chile en 1954, Ecuador y Perú en 1955) y registrada como tal en la Secretaría de las Naciones Unidas el 12 de mayo de 1976, de conformidad con el Artículo 102, párrafo 1, de la Carta de Naciones Unidas.

*

48. En vista de lo anterior, la Corte observa que no cabe duda que la Declaración de Santiago de 1952 es un tratado internacional. La tarea de la Corte ahora es determinar si este establece una frontera marítima entre las Partes.

49. La Declaración de Santiago de 1952 establece lo siguiente:

"1. Los Gobiernos tienen la obligación de asegurar a sus pueblos las necesarias condiciones de subsistencia y de procurarles los medios para su desarrollo económico.

2. En consecuencia, es su deber cuidar de la conservación y protección de sus recursos naturales y reglamentar el aprovechamiento de ellos, a fin de obtener las mejores ventajas para sus respectivos países.

[24]

3. Por lo tanto, es también su deber impedir que una explotación de dichos bienes, fuera del alcance de su jurisdicción, ponga en peligro la existencia, integridad y conservación de esas riquezas en perjuicio de los pueblos que, por su posición geográfica, poseen en sus mares fuentes insustituibles de subsistencia y de recursos económicos que les son vitales.

Por las consideraciones expuestas, los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú, decididos a conservar y asegurar para sus pueblos respectivos las riquezas naturales de las zonas del mar que baña sus costas, formulan la siguiente Declaración:

I. Los factores geológicos y biológicos que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la fauna y flora marítimas en las aguas que bañan las costas de los países declarantes, hacen que la antigua extensión del mar territorial y de la zona contigua sean insuficientes para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de esas riquezas a que tienen derecho los países costeros.

II. Como consecuencia de estos hechos, los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú proclaman como norma de su política internacional marítima, la soberanía y jurisdicción exclusivas que a cada uno de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas.

III. La jurisdicción y soberanía exclusivas sobre la zona marítima indicada, incluye también la soberanía y jurisdicción exclusivas sobre el suelo y subsuelo que a ella corresponde.

IV. En el caso de territorio insular, la zona de 200 millas marinas se aplicará en todo el contorno de la isla o grupo de islas. Si una isla o grupo de islas pertenecientes a uno de los países declarantes estuviere a menos de 200 millas marinas de la zona marítima general que corresponde a otro de ellos, la zona marítima de esta isla o grupo de islas quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos.

V. La presente Declaración no significa desconocimiento de las necesarias limitaciones al ejercicio de la soberanía y jurisdicción establecidas por el Derecho Internacional en favor del paso inocente e inofensivo, a través de la zona señalada para las naves de todas las naciones.

VI. Los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú expresan su propósito de suscribir acuerdos o convenciones para la aplicación de los principios indicados en esta Declaración, en los cuales se establecerán normas generales destinadas a reglamentar y proteger la caza y la pesca dentro de la zona marítima que les corresponden y a regular y coordinar la explotación y aprovechamiento de cualquier otro género de productos o riquezas naturales existentes en dichas aguas y que sean de interés común."

*

[25]

50. Perú afirma que la Declaración de Santiago de 1952 carece de las características que podrían esperarse de un acuerdo fronterizo, a saber, un formato apropiado, una definición o descripción de una frontera, material cartográfico y el requisito de la ratificación. Chile no está de acuerdo con los argumentos de Perú respecto de las características de los acuerdos fronterizos, al señalar que un tratado que establece una delimitación fronteriza puede tomar cualquier forma.

51. Según Chile, se desprende del párrafo IV de la Declaración de Santiago de 1952 que la frontera marítima entre los Estados Parte vecinos es el paralelo de la latitud que pasa por el punto en el cual la frontera terrestre entre ellos alcanza el mar. Chile sostiene que el párrafo IV delimita tanto las zonas marítimas generales

como insulares de los Estados partes, argumentando que la referencia a islas en esta cláusula es una aplicación específica de una regla generalmente acordada, cuya especificación se explica por la particular importancia de las islas para las circunstancias geográficas de Ecuador. Para apoyar esta afirmación, Chile se basa en las Actas de la Conferencia de 1952 del 11 de agosto de 1952, sosteniendo que el delegado ecuatoriano solicitó clarificar que la línea fronteriza de la zona jurisdiccional de cada país sea el paralelo respectivo desde el punto en que la frontera de los países toca o alcanza el mar y que todos los Estados expresaron su consentimiento a tal acuerdo. Chile argumenta que tal acuerdo, tal y como se encuentra registrado en las Actas, constituye un acuerdo relacionado con la celebracion de la Declaración de Santiago de 1952, en el sentido del Artículo 31, párrafo 2 *(a)* de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Aunque Chile reconoce que el tema de las islas era de particular preocupación de Ecuador, también enfatiza que existen islas relevantes en las cercanías de la frontera Perú-Chile.

52. Chile sostiene que la relación entre zonas marítimas generales e insulares debe entenderse a la luz del hecho que la delimitación de zonas insulares a lo largo de una línea paralela sólo es coherente y efectiva si existe también una delimitación marítima general a lo largo de ese paralelo. Además, Chile señala que, con el fin de determinar si una isla está situada a menos de 200 millas náuticas de la zona marítima general de otro Estado parte de la Declaración de Santiago de 1952, el perímetro de dicha zona marítima general debe haberse definido previamente.

53. Perú argumenta que en lo referente a las costas continentales de los Estados partes, la Declaración de Santiago de 1952 simplemente se refiere a una zona marítima que se extiende a una distancia mínima de 200 millas náuticas, señalando únicamente el límite de alta mar y no las fronteras laterales. En opinión de Perú, el párrafo IV de la Declaración de Santiago de 1952 se refiere únicamente al derecho generado por ciertas islas y no a aquellos generados por las costas continentales, considerando que el tema de las islas era relevante sólo entre Ecuador y Perú, no entre Perú y Chile. Perú sostiene que aún si algunas islas muy pequeñas existen en los alrededores de la frontera Perú-Chile, estas se encuentran inmediatamente adyacentes a la costa y no tienen ningún efecto sobre los derechos marítimos, distinto a lo que sucede con la costa, ni tampoco fueron relevantes durante la Conferencia de 1952.

54. Perú rechaza el argumento de Chile, según el cual, una delimitación marítima general debe asumirse en el párrafo IV para así hacer efectiva la referencia a la delimitación insular. También cuestiona que una

frontera marítima pueda resultar de una supuesta práctica que dé a entender o insinúe su existencia. Perú argumenta que, si fuese cierto que líneas paralelas hubiesen sido establecidas como fronteras marítimas internacionales antes de 1952, no hubiera existido la necesidad de incluir el párrafo IV pues tales fronteras ya hubieran resuelto la cuestión de la extensión de los derechos marítimos de las islas. Además, Perú afirma que el propósito del párrafo IV es el de establecer una zona de protección para los derechos marítimos insulares para que, aún si una eventual delimitación marítima ocurriera de forma que afectara esos derechos insulares, esto se pudiera realizar únicamente de acuerdo con la línea paralela allí referida. Finalmente, Perú rebate la interpretación de Chile de las Actas de la Conferencia de 1952, argumentando que estas no constituyen ningún tipo de "acuerdos registrados" sino que sólo pueden significar *travaux préparatoires*.

55. Según Chile, el objeto y propósito de la Declaración de Santiago de 1952 puede ser establecido en distintos niveles de especificidad. Su objeto y propósito generalmente más mencionado es "conservar y salvaguardar para sus respectivos pueblos los recursos naturales de las zonas marítimas adyacentes a las costas [de las partes]". También contiene un objeto y propósito más específico, a saber, establecer zonas de "jurisdicción y soberanía exclusivas". Este objeto y propósito se encuentra referido naturalmente a la identificación del perímetro físico de la zona marítima de cada Estado, dentro del cual se puede ejercer dicha soberanía y jurisdicción. Chile además enfatiza que, aunque la Declaración de Santiago de 1952 constituye una proclamación conjunta de soberanía, esta es realizada por cada uno de los tres Estados partes, cada uno de ellos reclamando soberanía sobre una zona marítima distinta a la reclamada por los otros dos.

56. Perú coincide con Chile en el punto relacionado a que la Declaración de Santiago de 1952 constituye una acción conjunta para declarar los derechos marítimos de los Estados parte desde sus costas para proteger y preservar los recursos naturales adyacentes a sus territorios hasta una distancia mínima de 200 millas náuticas. Sin embargo, Perú centra como propósito de la Conferencia de 1952 el de enfrentar conjuntamente el problema de la caza de ballenas en aguas del Pacífico Sur, argumentando que, para realizarlo, era necesario que "entre ellos" los Estados partes patrullen la zona de 200 millas náuticas de forma efectiva. Según el Perú, el objeto y propósito de la Declaración de Santiago de 1952 no era la división de zonas de pesca entre los Estados partes, sino crear una zona que funcione como "unidad biológica única" – un ejercicio de solidaridad regional – diseñado para enfrentar la amenaza presentada por la caza de ballenas de parte de extranjeros. Por tanto,

Perú enfatiza que la Declaración de Santiago de 1952 no incluye referencia alguna respecto de cómo las zonas marítimas de los Estados partes deben delimitarse.

*

57. Se requiere que la Corte analice los términos de la Declaración de Santiago de 1952 de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario de interpretación de tratados, según se refleja en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ver *Plataformas Petroleras (República Islámica de Irán vs Estados Unidos de América), Excepciones Preliminares, Sentencia, ICJ Reports 1996 (II)*, p. 812, pár. 23; *Controversia Territorial (Yamahiriya Árabe Libia/Chad), Sentencia, ICJ Reports*

[27]

1994, pp. 21-22, pár. 41). La Corte aplico estas reglas a la interpretación de tratados que anteceden a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*Diferendo relativo a los Derechos de Navegación y Derechos Conexos (Costa Rica vs Nicaragua), Sentencia, ICJ Reports 2009*, p. 237, pár. 47; *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia), Sentencia, ICJ Reports 2002*, pp. 645-646, párs. 37-38; *Isla Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibia), Sentencia, ICJ Reports 1999 (II)*, p. 1059, pár. 18).

58. La Corte inicia considerando el sentido corriente que se dará a los términos de la Declaración de Santiago de 1952 en su contexto, según el Artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La Declaración de Santiago de 1952 no hace referencia expresa a las zonas de delimitación marítima de las zonas generadas por las costas continentales de sus Estados partes. Esto se agudiza por la falta de información que podría esperarse de un acuerdo que determina fronteras marítimas, a saber, coordenadas específicas o material cartográfico. No obstante, la Declaración de Santiago de 1952 contiene ciertos elementos (en su párrafo IV) que son importantes para fines de delimitación marítima (ver párrafo 60 abajo).

59. La Corte observa que en el párrafo II, los Estados partes "proclaman como regla de su política marítima internacional que cada uno de ellos ostenta jurisdicción y soberanía exclusivas sobre el mar a lo largo de las costas de sus respectivos países en una distancia mínima de 200 millas náuticas a partir de estas costas". Esta disposición, establece únicamente un reclamo hacia el mar y no hace referencia a la necesidad de distinguir los límites laterales de las zonas marítimas de cada

Estado parte. El párrafo III establece que "[l]a jurisdicción y soberanía exclusivas sobre estas zonas marítimas también comprenderá jurisdicción y soberanía exclusivas sobre el suelo y subsuelo". Esta referencia a la jurisdicción y soberanía no requiere necesariamente que alguna delimitación ya haya ocurrido. El párrafo VI expresa la intención de los Estados partes de establecer, por acuerdo, en el futuro, normas generales de regulación y protección para ser aplicadas en sus respectivas zonas marítimas. Por consiguiente, aunque una descripción de la distancia de las zonas marítimas y la referencia al ejercicio de jurisdicción y soberanía podría indicar que los Estados partes no desconocían las cuestiones delimitación general, la Corte concluye que ni el párrafo II ni el párrafo III se refieren explícitamente a algún límite lateral de las zonas marítimas proclamadas de 200 millas náuticas, tampoco puede considerarse como implícita la necesidad de tales fronteras por las referencias a jurisdicción y soberanía.

60. La Corte pasa ahora al párrafo IV de la Declaración de Santiago de 1952. La primera frase del párrafo IV establece que las zonas marítimas proclamadas de 200 millas náuticas, también es aplicable al caso de territorios insulares. La segunda frase, de ese párrafo trata la situación en que una isla o un grupo de islas de un Estado parte, se encuentre ubicado a menos de 200 millas náuticas de la zona marítima general de otro Estado parte. En este caso, el límite de las zonas respectivas será la línea paralela en el punto en que la frontera terrestre del Estado en cuestión alcanza al mar. La Corte observa que esta disposición, la única en la Declaración de Santiago de 1952 que hace alguna referencia a los límites de las zonas marítimas de los Estados partes, no señala nada respecto de los límites laterales de las zonas marítimas que no se derivan de territorios insulares y que no los comprenden.

[28]

61. La Corte no está convencida por el argumento de Chile, según el cual el párrafo IV sólo puede ser entendido si se considera que este delimita, no sólo zonas marítimas insulares, sino que también incluye la totalidad de las zonas marítimas generales de los Estados parte. El sentido corriente del párrafo IV revela un interés particular en las zonas marítimas de las islas que puede ser importante aun cuando una zona marítima general no haya sido establecida aún. En efecto, parece que los Estados partes intentaron resolver una cuestión específica, que obviamente podría crear una posible tensión futura entre ellos, al acordar que el paralelo limitaría las zonas insulares.

62. A la luz de lo anterior, la Corte concluye que el sentido corriente del párrafo IV, leído en su contexto, no va más allá de establecer el acuerdo de la partes respecto

de los límites de ciertas zonas marítimas insulares y de aquellas zonas generadas por las costas continentales que comprenden dichas zonas insulares marítimas.

63. La Corte pasa ahora a considerar el objeto y propósito de la Declaración de Santiago de 1952. La Corte recuerda que ambas partes sostuvieron dicho objeto y propósito de manera específica: Perú argumenta que la Declaración se refiere, principalmente, a cuestiones de caza de ballenas a gran escala, mientras Chile argumenta que este puede ser entendido de manera más específica, como referido a la identificación de perímetros de las zonas marítimas de cada Estado parte. La Corte observa que el Preámbulo de la Declaración de Santiago de 1952 se centra en la conservación y protección de los recursos naturales necesarios para la subsistencia y desarrollo económico de los pueblos de Chile, Ecuador y Perú, en toda la extensión de las zonas marítimas adyacentes a sus costas.

64. Además, la Corte considera que no es necesario referirse a la existencia de pequeñas islas localizadas junto a la costa en la región de la frontera terrestre Perú-Chile. Los documentos del caso demuestran que la cuestión de las zonas insulares, en el contexto de la Declaración de Santiago de 1952 surgio debido a una preocupación expresada por Ecuador. Resulta igualmente claro de los documentos del caso, que las pequeñas islas no parecen ser una preocupación para las Partes. Como estableció Chile en su Dúplica, al referirse a estas pequeñas islas, "ninguna de ellas se mencionó en el registro de las negociaciones de la Declaración de Santiago de 1952 ... Las únicas islas que fueron mencionadas en el contexto de la Declaración de Santiago fueron las Islas Galápagos de Ecuador". Perú no impugnó esto.

65. La Corte recuerda que el argumento de Chile, basado en el Artículo 31, párrafo 2 (a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que las Actas de la Conferencia de 1952 constituyen un "acuerdo relativo al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado". La Corte considera que las Actas de la Conferencia de 1952 resumen las discusiones que condujeron a la adopción de la Declaración de Santiago de 1952, más que constituir un acuerdo entre los Estados contratantes. Por tanto, se caracterizan mas apropiadamente como *travaux preparatoires* que constituyen un medio complementario de interpretación en el sentido del Artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

[29]

66. A la luz de lo anterior, la Corte no necesita, en principio, recurrir a los medios complementarios de interpretación, como los *travaux préparatories* de la De-

claración de Santiago de 1952 y las circunstancias de su celebración, para determinar el sentido de esa Declaración. Sin embargo, como en otros casos (ver, por ejemplo, *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia), Sentencia*, ICJ *Reports 2002*, p. 653, pár. 53; *Delimitación Marítima y Cuestiones Territoriales entre Katar y Bahrein (Katar vs Bahrein), Jurisdicción y Admisibilidad, Sentencia, ICJ Reports 1995*, p. 21, pár. 40; *Controversia Territorial (Yamahiriya Árabe Libia/Chad), Sentencia, ICJ Reports 1994*, p. 27, pár. 55), la Corte ha considerado el material relevante, lo cual confirma la interpretación anterior de la Declaración de Santiago de 1952.

67. La propuesta original de Chile presentada a la Conferencia de 1952 establece lo siguiente:

"La zona indicada comprende todas las aguas dentro del perímetro formado por las costas de cada país y una paralela matematica proyectada en el mar a 200 millas náuticas del continente, a lo largo del limite costero.

En el caso de territorios insulares, la zona de 200 millas náuticas será aplicable alrededor de toda la isla o grupo de islas.

Si una isla o grupo de islas pertenecientes a uno de los países que han hecho la presente declaración, se encuentra situada a menos de 200 millas náuticas de la zona marítima general que pertenece a otro de estos países, de acuerdo con lo establecido en el primer párrafo de este artículo, la zona marítima de dicha isla o grupo de islas será limitada, en su parte correspondiente, a la distancia que la separa de la de la zona marítima del otro Estado o país."

La Corte advierte que esta original propuesta chilena pretendía efectuar una delimitación general de zonas marítimas a lo largo de las líneas laterales. Sin embargo, esta propuesta no fue adoptada.

68. Además, las Actas de la Conferencia de 1952 indican que el delegado de Ecuador:

"advirtió que sería aconsejable dar más claridad al artículo 3 [que se convirtió en el párrafo IV del texto final de la Declaración de Santiago de 1952], con el fin de evitar cualquier error en la interpretación de la zona de interferencia en el caso de islas y, sugirió que la declaración fuera redactada sobre la base que la línea fronteriza de la zona jurisdiccional de cada país fuera la respectiva línea paralela desde el punto en el que la frontera de los países toca o alcanza el mar".

De acuerdo con las Actas, todos los delegados estuvieron de acuerdo con esta propuesta.

[30]

La intención de Ecuador, con la cual las Partes estuvieron de acuerdo, se limita a su preocupación de aclarar "en el caso de islas". Por esto la Corte es de la opinión que, debe entenderse que esta no adiciona nada a lo que ya había sido establecido en el texto final del párrafo IV. La Corte considera de lo anterior que los *travaux préparatoires* confirman su conclusión que la Declaración de Santiago de 1952 no realizó una delimitación marítima general.

69. Sin embargo, varios factores mencionados en los párrafos anteriores, como la propuesta original chilena y el uso del paralelo como límite de la zona marítima de una isla de un Estado parte localizada a menos de 200 millas náuticas de la zona marítima general de otro Estado parte, sugieren que podría existir una especie de acuerdo común de una naturaleza más general, entre los Estados partes, respecto de sus fronteras marítimas. La Corte se referirá sobre este punto más adelante.

70. La Corte ha concluido, a diferencia de las pretensiones de Chile, que Chile y Perú, al adoptar la Declaración de Santiago de 1952, no acordaron establecer una frontera marítima lateral entre ellos a lo largo de la línea de latitud que ingresa en el Océano Pacífico desde donde su frontera terrestre toca el mar. Sin embargo, en apoyo de su pretensión de que aquella línea constituye la frontera marítima, Chile también invoca acuerdos y convenios que este firmo posteriormente con Ecuador y Perú, y con Perú solamente.

3. Los diversos Acuerdos de 1954

71. Entre los acuerdos adoptados en 1954, Chile enfatiza, en particular, la Convención Complementaria a la Declaración de Santiago de 1952 y el Convenio sobre la Zona Especial Fronteriza Marítima. Presenta las reuniones que llevaron a esos acuerdos, así como los acuerdos en sí mismos, en el contexto de las objeciones que seis potencias marítimas presentaron a la Declaración de Santiago de 1952 en el periodo comprendido entre agosto y finales de octubre de 1954, así como de la caza planeada de ballenas por una flota que operaba bajo la bandera panameña.

72. La reunión de la CPPS, preparatoria de la conferencia interestatal de diciembre de 1954, se desarrollo entre el 4 y el 8 de Octubre de 1954. Los puntos de la agenda

provisional corresponden a cinco de los seis acuerdos que fueron redactados y adoptados en la Conferencia Interestatal de diciembre: la Convención Complementaria a la Declaración de Santiago de 1952, la Convención sobre el Sistema de Sanciones, el Acuerdo sobre las Reuniones Anuales de la CPPS, la Convención sobre la Supervisión y Control, y la Convención sobre la Concesión de Permisos para la Explotación del Recursos del Pacífico Sur.

73. El Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 también fue el resultado de las reuniones que tuvieron lugar en 1954. Además de considerar las cuestiones enumeradas en la agenda provisional descrita anteriormente, la reunión de Octubre de 1954 de la CPPS también consideró una propuesta de las Delegaciones de Ecuador y Perú para establecer una "zona neutral... a ambos lados del paralelo que atraviesa el punto de la costa que indica la frontera entre los dos países". La Comisión Permanente aprobó la propuesta unánimemente "y, consecuente, confió a su

[31]

Secretario General transmitir esta recomendación a los países firmantes para así poner en práctica esta norma de tolerancia a las actividades de pesca". Como consecuencia de ello, en la sesión inaugural de la "Segunda Conferencia sobre la Explotación y Conservación de Recursos Marinos del Pacífico Sur", el Acuerdo propuesto apareció en la agenda como el último de los seis Acuerdos a ser considerados y firmados en diciembre de 1954. El texto preliminar relativo a la propuesta para establecer una "zona neutral" a lo largo de la línea paralela fue entonces reformado en ciertos aspectos. El término "zona neutral" fue reemplazado por el término "Zona Especial Fronteriza Marítima" y la referencia al "paralelo que atraviesa los puntos de la costa que señala la frontera entre los dos países" fue reemplazada por "el paralelo que constituye el límite marítimo entre los dos países". Este es el lenguaje que aparece en el primer párrafo del texto final del Convenio de la Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, el cual fue adoptado junto con los otros cinco acuerdos mencionados en el párrafo anterior. Todos los acuerdos incluían una cláusula comun, agregada posteriormente durante el proceso de redacción, sin explicación alguna registrada en las Actas. Según esta cláusula, las disposiciones contenidas en los acuerdos fueron "consideradas parte integral y suplementaria" de las resoluciones y acuerdos adoptados en 1952 y "no las abrogaban de forma alguna". De estos seis Acuerdos, las partes prestaron una real atención durante el proceso de redacción, a la Convención Suplementaria de 1954 y el Convenio de la Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, con excepción de las breves referencias por parte de Chile a la Convención sobre Supervisión y Control (ver párrafo

78 más abajo). La Corte observa que el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 se encuentra aún vigente.

A. La Convención Complementaria a la Declaración de Santiago de 1952

74. Según Chile, "el principal instrumento" preparado en la Conferencia Interestatal fue la Convención Complementaria, "[e]l principal propósito [de la misma] era reafirmar la pretensión de la soberanía y jurisdicción que se presentó dos años atrás en Santiago y defender conjuntamente la pretensión contra protestas de terceros Estados". Cita a su Ministro de Relaciones Exteriores hablando en la sesión inaugural de la Reunión de la CPPS de 1954:

"El derecho a proclamar nuestra soberanía sobre la zona marina que se extiende a doscientas millas de la costa es innegable e inalienable. Nos reunimos para reafirmar nuestra decisión de defender, a cualquier precio, esta soberanía y ejercerla de acuerdo con los más altos intereses nacionales de los países signatarios de la Declaración.

.....

Creemos firmemente que, poco a poco, la declaración legal formulada por nuestros países en el Acuerdo de 1952 [la Declaración de Santiago] encontrará su lugar en el Derecho Internacional hasta que sea aceptada por todos los gobiernos que quieran preservar, para la humanidad, los recursos que hoy son cruelmente destruidos por el ejercicio no regulado de actividades de explotación que busca intereses individuales y no necesidades colectivas."

75. Perú afirma, de forma similar, que el propósito de la Convención Complementaria de 1954 era reafirmar la solidaridad regional ante la oposición de terceros Estados sobre la pretensión las 200 millas náuticas. Perú observa que en 1954, así como en 1952, el interés primario de los tres Estados era

[32]

mantener un frente común respecto de terceros Estados, "más que desarrollar un régimen legal interno definir sus derechos *inter se*". También observa que los instrumentos de 1954 fueron adoptados en el contexto de solidaridad regional respecto a terceros Estados y que ellos fueron esencialmente una parte integral de los acuerdos y resoluciones adoptadas en 1952. De hecho, la Conferencia Interestatal ocurrió menos de un mes después que la Marina peruana, con la cooperación de

su fuerza aérea, detuvieron barcos de la flota ballenera de Onassis, con bandera panameña, a más de 100 millas náuticas de la costa (para extractos de la Sentencia peruana que impone multas, ver *American Journal of International Law*, 1995, Vol. 49, p. 575). Perú hace notar que cuando rechazó una protesta del Reino Unido contra la detención de los barcos de Onassis, el Ministro de Relaciones Exteriores chileno envió un mensaje de felicitación a su contraparte peruana – de acuerdo con Perú esto significaba "una indicación de la solidaridad regional que existía en la zona". En su réplica, Perú recuerda la referencia de Chile en su contramemoria a la Convención Complementaria de 1954, como "el principal instrumento" preparado en la Conferencia Interestatal de 1954.

76. Las Partes también se refieren a las respuestas acordadas que hicieron, tras una cuidadosa preparación en la primera parte de 1955, a las protestas presentadas por las potencias marítimas contra la Declaración de Santiago de 1952. Esas respuestas se realizaron en concordancia con el espíritu de la Convención Complementaria, a pesar que Chile no era en ese momento, o después, parte de ésta. Una acción coordinada similar tuvo lugar en mayo de 1955, en respuesta a propuestas similares hechas por los Estados Unidos de América.

*

77. La Corte observa que es indudable que la Convención Complementaria propuesta era el principal instrumento sostenido por Chile, Ecuador y Perú preparado por ellos para la reunión de la CPPS y la Conferencia Interestatal, en Lima, durante los últimos meses de 1954. Considerando las objeciones presentadas por varios Estados a la Declaración de Santiago de 1952, el propósito principal de la Convención era reafirmar, particularmente ante las mayores potencias marítimas, su pretensión de soberanía y jurisdicción realizada conjuntamente en 1952. También fue diseñada para ayudar a preparar la defensa común de su pretensión contra las protestas de aquellos Estados, la cual fue el objeto del segundo punto de la agenda de la Conferencia Interestatal de 1954. Esto no indica, sin embargo, que el "propósito principal" era el único fin, y mucho menos que el propósito principal determinó el único resultado de las reuniones de 1954 y de la Conferencia Interestatal.

B. Acuerdo relativo a Medidas de Supervisión y Control de las Zonas Marítimas de los Paises Signatarios

78. Chile busca soporte en otro de los Acuerdos de 1954, el Acuerdo relativo a las Medidas de Supervisión y Control de las Zonas Marítimas de los Paises Signatarios. Cita los artículos primero y segundo:

[33]

"Primero

Debe ser la función de cada pais signatario supervisar y controlar la explotación de los recursos *en su Zona Marítima* mediante el uso de los órganos y medios que considere necesarios.

Segundo

La supervisión y control referida en el artículo primero debe ejercerse por cada pais *en aguas de su exclusiva jurisdicción.*" (Énfasis agregado por Chile)

Chile argumenta que el artículo segundo procede sobre la base que la zona marítima de cada Estado había sido delimitada. Perú no hace referencia alguna sobre el contenido de este Acuerdo. Chile también hace referencia, en este contexto, al Acuerdo para la Regulación de Permisos de Explotación de los Recursos del Pacífico Sur de 1955 (ver párrafo 21 arriba) y a su Decreto de 1959 que regula este Acuerdo.

79. La Corte considera que en esta etapa inicial existieron, al menos en la práctica, distintas zonas marítimas en las cuales cada uno de los tres Estados podían, en términos de la Declaración de Santiago de 1952, tomar acción, como ciertamente lo ejemplifica la acción realizada por Perú contra la flota ballenera de Onassis, poco antes de la Conferencia de Lima; otros ejemplos de aplicación por las dos Partes se discuten luego. Sin embargo, los Acuerdos sobre Supervisión y Control y sobre la Regulación de Permisos no contienen indicación alguna acerca de la localización o naturaleza de las fronteras de las zonas. Respecto de las fronteras, la Corte pasa ahora al Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954.

C. El Convenio sobre la Zona Especial Fronteriza Marítima

80. El Preámbulo del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 señala lo siguiente:

"Que la experiencia ha demostrado que las violaciones inocentes e inadvertidas de la frontera marítima ["the maritime frontier"] entre los Estados adyacentes ocurre frecuentemente debido a las dificultades que encuentran las embarcaciones de poco porte tripuladas por gente de mar con escasos conocimientos de náutica o que carecen de los instrumentos necesarios para determinar con exactitud su posición en alta mar,

Que la aplicación de sanciones en estos casos produce siempre resentimientos entre los pescadores y fricciones entre los países que pueden afectar al espíritu de colaboración y de unidad que en todo momento debe animar a los países signatarios de los acuerdos de Santiago; y,

Que es conveniente evitar la posibilidad de estas involuntarias infracciones cuyas consecuencias sufren principalmente los pescadores."

[34]

81. Las disposiciones sustantivas del Convenio establecen lo siguiente;

"1. Establécese una Zona Especial, a partir de las 12 millas nauticas de la costa, de 10 millas nauticas de ancho a cada lado del paralelo que constituye el limite maritimo entre los dos paises.
2. La presencia accidental en la referida zona de una embarcacion de cualquiera de los países limítrofes, la cual es una embarcación de la naturaleza descrita en el párrafo que comienzan con las palabras "La experiencia ha demostrado" en el preámbulo citado, no será considerada como violación de las aguas de la zona marítima, sin que esta disposicion signifique reconocimiento de derecho alguno para ejercer faenas de pesca o caza con propósito preconcebido en dicha Zona Especial.
3. La pesca o caza dentro de la zona de 12 millas marinas a partir de la costa está reservada exclusivamente a los nacionales de cada país."

El Artículo 4 es la disposición estándar, incluida en cada uno de los seis Acuerdos de 1954, que considera estos una "parte integral y complementaria" de los instrumentos de 1952, el cual de modo alguno sería abrogado (ver párrafo 73 arriba).

82. Según Chile, el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 era "el instrumento más importante adoptado en la Conferencia de diciembre de 1954". Su "postulado básico" era que los tres Estados "ya contaban con límites laterales, o 'fronteras', establecidos entre ellos". Chile expresa, citando la Sentencia en el caso relativo a la *Controversia Territorial (Yamahiriya Árabe Libia/Chad)*, que en el Convenio de la Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 "la existencia de una frontera establecida fue aceptada y asumida" (*ICJ Reports 1994*, p. 35, pár. 66). Señala que el Artículo 1 está redactado en tiempo presente, al referirse a la frontera marítima ya existente, y que el primer considerando señala que fueron violaciones a esa frontera existente las que condujeron al Convenio.

83. Perú sostiene (1) que el Convenio sólo era aplicable a la frontera marítima norte de Perú, esto es, con Ecuador, y no además a la parte sur con Chile; (2) que el retraso de Chile en ratificar (en 1967) y registrar (en 2004) el Convenio muestra que no lo consideraba de una importancia tal como para haber establecido una frontera marítima; y (3) que el Convenio tenía un propósito bastante especial y temporal, y que las Partes reclamaban una jurisdicción funcional limitada. Perú, en sus alegatos escritos, en apoyo de su argumento de que el Convenio de la Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 era aplicable únicamente a su frontera con Ecuador y no a la de Chile, indicó que la "fórmula más bien opaca" – en referencia al paralelo en el Artículo 1, introducida a propuesta de Ecuador – se refería únicamente a una línea paralela entre los dos países; parece claro, señala Perú, que el enfoque era en las aguas entre Perú y Ecuador.

[35]

84. Respecto al primer argumento de Perú, Chile en su réplica señala que el Convenio de la Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 tiene tres Estados partes y que el sentido corriente de "los dos países" del Artículo 1 es una referencia a los Estados a ambos lados de su frontera marítima común. Chile también señala que no existe definición del término "frontera marítima" (en el Preámbulo), así como tampoco existe alguna sugerencia de que el término "Estados adyacentes" se refiere únicamente Ecuador y Perú. Chile adicionalmente señala que en 1962 Perú protestó ante Chile respecto de la "frecuencia con la cual embarcaciones de pesca chilenas pasaban a aguas peruanas", señalando que "el Gobierno de Perú, considerando el sentido y disposiciones del "Convenio", deseaba que el Gobierno de Chile tome ciertas medidas, particularmente a través de sus autoridades competentes en el puerto de Arica. Como Chile señaló, Perú no se refirió, en momento alguno, al argumento según el cual el Convenio de la Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 era aplicable únicamente a su frontera marítima al norte.

85. En opinión de la Corte, no existe nada en los términos del Convenio de la Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 que lo limite únicamente a la frontera marítima entre Ecuador y Perú. Además, en la práctica, Perú no actúo según el sentido limitado que impediría su aplicación a la frontera marítima sur de Perú con Chile. La Corte también advierte que el Convenio de la Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 fue negociado y firmado por los representantes de los tres Estados, tanto en la Comisión como en la Conferencia Interestatal. A continuación, los tres Estados procedieron a ratificarlo. Lo incluyeron entre los doce tratados que presentaron de forma conjunta a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro en 1973 (ver párrafo 21 supra).

*

86. Respecto del segundo argumento de Perú, Chile responde indicando que es común la tardanza en su ratificación y expresa que, en sí misma, la tardanza en la ratificación no conlleva consecuencia alguna para el efecto legal del tratado, una vez este ha entrado en vigor. Además, señala que el hecho que el registro de un tratado se retrase es irrelevante.

87. La Corte es de la opinión que la tardanza de Chile en ratificar el Convenio de la Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 y registrarlo no sustenta el argumento de Perú, por el cual Chile consideró que el Convenio carecía de gran importancia. En cualquier caso, esta tardanza no tiene importancia para el alcance y efectos del Convenio. Una vez que Chile ratificó el Convenio, este pasó a ser obligatorio para Chile. Respecto del argumento sobre la tardanza de Chile en registrar el Convenio, la Corte recuerda que, en 1973, los tres Estados signatarios de los tratados de 1952 y 1954, incluyendo el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, los presentaron simultáneamente para su registro (ver párrafos 20 y 21 supra).

88. En cuanto al tercer argumento de Perú que el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 tenía un propósito especial y temporal, y que las partes pretendían una jurisdicción funcional limitada, el argumento central de Chile es que el "postulado básico" del Convenio consistía en que los tres Estados "ya contaban con límites laterales, o 'fronteras', establecidos entre ellos" (ver párrafo 82 supra). La referencia en el título del Convenio a una Zona Especial Fronteriza Marítima y en sus considerandos a violaciones de la frontera marítima entre Estados adyacentes demuestra, según Chile, que una frontera o límite marítimo ya existía cuando los tres Estados concluyeron el Convenio en diciembre de 1954. La concesión del beneficio de una zona de tolerancia para embarcaciones pequeñas procuraba, en términos del Preámbulo, evitar "roces entre los países afectados, que puedan afectar adversamente el espíritu de cooperación y unidad que debe prevalecer en todo momento entre los Estados signatarios de los instrumentos firmados en Santiago". Según Chile, este era un problema interestatal y "no uno referido a pescadores itinerantes". Los Estados deseaban eliminar obstáculos a su completa cooperación en defensa de sus reclamaciones marítimas. Chile enfatiza que el Artículo 1, la primera disposición sustantiva, está redactado en presente: las zonas de 10 millas náuticas creadas al norte y sur de la frontera marítima existente. El Artículo 2, Chile señala, también soporta su postura. La "presencia accidental" en esa zona de las embarcaciones a las que se hace referencia en el Convenio no se considera una "violación" de la zona marítima del Estado adyacente. Chile ar-

gumenta que, aunque la ratificación del Convenio de la Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 ocurrió algún tiempo después de su firma, la frontera sobre la que se trabajaba ya estaba fijada al tiempo en que se llevaba a cabo su ratificación.

89. Según Perú, el propósito del Convenio de la Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 "era específico y limitado", estableciendo una "zona de tolerancia" para pequeñas y no bien equipadas embarcaciones. Definir esa zona mediante la referencia a una línea paralela de la titudera una ayuda práctica para la tripulación de dichas embarcaciones. El Convenio de la Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 no contenía un propósito más amplio, tal como establecer un comprensivo régimen de la explotación de los recursos pesqueros o, aumentar al contenido de las zonas de200millas náuticas o, establecer sus límites y fronteras. Perú también sostiene que"el Convenio de 1954 fue un arreglo especial, de naturaleza técnica y alcance geográfico limitado, y no uno que en sentido alguno tratara de cuestiones políticas".

90. En opinión de la Corte, los términos operativos y el propósito del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 son, ciertamente, específicos y limitados. Sin embargo, esta no es la cuestión bajo análisis de parte de la Corte en esta etapa. Por el contrario, su foco es sobre un punto central, a saber, la existencia de una frontera marítima. Sobre ese tema los términos del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, especialmente el Artículo 1 leído a la luz de los párrafos del Preámbulo, son claros. Ellos reconocen en un acuerdo internacional vinculante que una frontera marítima existía. Las partes no encuentran diferencia alguna, en este contexto, entre la expresión "límite marítimo" en el artículo 1" y la expresión "frontera marítima" en el Preámbulo, así como la Corte tampoco la encuentra.

91. El Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 no indica cuándo y por qué medios esa frontera fue acordada. El reconocimiento expreso de las partes sobre su existencia, sólo puede reflejar un acuerdo tácito al que llegaron previamente. En este sentido, la Corte ya ha mencionado que, ciertos elementos de las Proclamas de 1947 y la Declaración de Santiago de 1952 sugieren un desarrollo en el entendimiento entre las partes, respecto de su frontera marítima (ver párrafos 43 y 69 supra). En un caso anterior, la Corte, reconociendo que "[e]l establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de gran importancia", resaltó que "la evidencia de un acuerdo tácito debe ser convincente" (*Disputa Territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe* (*Nicaragua vs Honduras*), *Sentencia, ICJ Reports 2007 (II)*, pág. 735, pár. 253). En este caso, la Corte

tiene ante ella un Convenio que es claro en señalar que la frontera marítima a lo largo de la línea paralela ya existía entre las partes. El Convenio de 1954 es determinante en este aspecto. Aquel Convenio consolida el acuerdo tácito.

92. El Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 no da indicación alguna sobre la naturaleza de la frontera marítima. Tampoco indica su extensión, con la excepción que sus disposiciones dejan claro que la frontera marítima se entiende más allá de 12 millas náuticas desde la costa.

*

93. En este contexto, las partes se refirieron a una Opinión preparada en 1964 por el Sr. Raúl Bazán Dávila, Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio chileno de Relaciones Exteriores, en respuesta a una solicitud del Director chileno de Fronteras, respecto de "la delimitación de la frontera entre las aguas territoriales chilenas y peruanas". Tras mencionar las normas relevantes de Derecho Internacional, el Sr. Bazán examinó la pregunta sobre si algunos acuerdos específicos sobre delimitación marítima existían entre ambos Estados. El creía que si existían, pero no fue capaz de determinar "cuándo y cómo estos acuerdos se alcanzaron". El párrafo IV de la Declaración de Santiago de 1952 no era "un pacto expreso" sobre la frontera, pero este "asum[ía] que esta frontera coincide con la línea paralela que pasa a través del punto en el que la frontera terrestre alcanza el mar". Era posible presumir, proseguia él, que el acuerdo sobre la frontera precedía y condicionaba la firma de la Declaración de Santiago de 1952.

94. Según el Perú, el hecho de que dicha solicitud fuera realizada al jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica ilustra el hecho de que el Gobierno chileno no estaba seguro sobre la existencia de una frontera previa. Chile enfatiza la conclusión del Sr. Bazán, según la cual la frontera marítima entre las partes es la línea paralela que pasa a través del punto en el cual la frontera terrestre alcanza el mar. Chile también observa que este era un documento disponible públicamente y que Perú hubiera respondido a éste de haber estado en desacuerdo con la conclusión en él contenida, pero no lo hizo.

95. Nada en la Opinión preparada por el Sr. Bazán en un primer momento, o el hecho de que tal Opinión fue solicitada en primer lugar, lleva a la Corte a cambiar su conclusión anterior (ver párrafos 90 a 91 supra), a saber, que mediante el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 las partes reconocieron que existía una frontera marítima acordada.

[38]

4. Los Acuerdos de los faros de 1968-1969

96. En 1968-1969, las partes perfeccionaron acuerdos para construir cada una un faro, "en el punto en el cual la frontera común alcanza el mar, cerca del Hito número uno". En este punto, la Corte observa que el 26 de Abril de 1968, tras comunicaciones al comienzo del año entre el Ministro peruano de Relaciones Exteriores y el encargado de negocios chileno, delegados de ambas partes firmaron un documento según el cual ellos emprendían la tarea de llevar a cabo "un estudio en el lugar para la instalación de señales visibles desde el mar para materializar la línea paralela de la frontera marítima que se origina en el Hito número uno (No. 1)".

Ese documento concluyó lo siguiente:

"Finalmente, considerando que la línea paralela que busca materializarse es la que corresponde a la ubicación geográfica indicada en el Decreto firmado en Lima el 1 de agosto de 1930 para el Hito No. 1, los representantes sugirieron que la posición de esta pirámide fuera verificada por una Comisión Conjunta antes de llevar a cabo los trabajos recomendados."

97. Chile entiende que las partes, al llevar a cabo esta acción, registraban explícitamente su entendimiento de la existencia de una "frontera marítima" entre las dos partes y que esta seguía la línea de latitud que pasa a través del Marcador Fronterizo No. 1 (conocido en español como "Hito No. 1"). Chile afirma que los delegados de las partes "registraron su entendimiento conjunto de que su labor era señalar la frontera marítima existente". Chile cita los términos en que el Secretario General del Ministerio peruano de Relaciones Exteriores realizó la aprobación en agosto de 1968 de las Actas de una reunión anterior, en la cual las señalizaciones materializarían la línea paralela de la frontera marítima. Chile además se basa en una Nota peruana de agosto de 1969, según la cual la Comisión Conjunta encargada de la demarcación debía verificar la ubicación del Hito No. 1 y "fijarla ubicación definitiva de las dos torres de alineación que señalarían la frontera marítima". El Reporte Conjunto de la Comisión registró su tarea en los mismos términos.

98. En opinión del Perú, los faros construidos por estos acuerdo seran, evidentemente, un instrumento pragmático diseñado para solucionar los problemas prácticos que surgieron de los incidentes de pesca costera en la década de 1960. Llama la atención el alcance limitado de los faros – no más de 15 millas náuticas desde la

costa. Perú argumenta que estos no fueron diseñados claramente para establecer la frontera marítima. Durante el proceso, según el Perú, no existe indicación alguna de que los dos Estados se dedicaron a la elaboración de una frontera internacional definitiva y permanente. El objetivo era, consistente y exclusivamente, la tarea práctica de mantener a los pescadores peruanos y chilenos separados y solucionar un problema muy específico dentro del rango de las 15 millas náuticas de las luces.

*

[39]

99. La Corte es de la opinión que el propósito y alcance geográfico de los acuerdos era limitado, como en realidad las partes lo reconocen. La Corte también observa que los registros del proceso que conducen a los acuerdos y la construcción de los faros, no se refieren a algún acuerdo de delimitación preexistente. Sin embargo, lo que resulta importante, en opinión de la Corte, es que los acuerdos se llevaron a cabo basados en que ya existía una frontera marítima que se extendía a lo largo de la línea paralela, más allá de 12 millas náuticas. Junto con el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima, los acuerdos consienten ese hecho. Además, a semejanza del Convenio, ellos no señalaban la extensión y naturaleza de esa frontera marítima. Los acuerdos pretenden utilizarla para lograr un fin determinado.

5. La naturaleza de la frontera marítima convenida

100. Como la Corte acaba de decir, el caso es que el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 se refiere a la frontera existente con un fin en particular, esto también es cierto en relación a los acuerdos de 1968-1969 para los faros. La Corte debe ahora determinar la naturaleza de la frontera marítima, cuya existencia fue reconocida en el Convenio de 1954, a saber, si es una única frontera marítima aplicable a la columna de agua, los fondos marinos y el subsuelo, o una frontera aplicable únicamente a la columna de agua.

101. Chile sostiene que la frontera es una de propósito general, aplicable a los fondos marinos y al subsuelo, así como a las aguas sobre ellos con derechos sobre sus recursos según la costumbre internacional, tal como se reflejó en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM). Perú sostiene que la línea a la cual hace referencia el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima, únicamente a temas de política sobre recursos pesqueros costeros y a facilitar el transporte marítimo seguro y la pesca en áreas cercanas a la costa.

102. Al respecto, la Corte está interesada por el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima únicamente en tanto en él se reconoce la existencia de una frontera marítima. El acuerdo tácito constatado en el Convenio de 1954, debe ser entendido en el contexto de las Proclamas de 1947 y la Declaración de Santiago de 1952. Aquellos instrumentos expresan reclamos sobre los fondos marinos, en relación al agua sobre ellos y sus recursos. Al respecto, las partes no hicieron ninguna distinción, en ese momento, o posteriormente, entre esos espacios. La Corte concluye que la frontera es una para todo propósito.

6. La extensión de la frontera marítima convenida

103. La Corte ahora considerará la extensión de la frontera marítima convenida. Recuerda que el propósito del Convenio de 1954 era limitado y especifico (ver párrafo 90 supra); se refiere a la frontera marítima existente para un propósito en particular, principalmente el de establecer una zona de tolerancia para la actividad pesquera operada por pequeñas embarcaciones. En consecuencia, debe considerarse que la frontera marítima cuya existencia reconoce, a lo largo del paralelo, se extiende necesariamente al menos a la distancia hasta donde, para la época, estas actividades tenían lugar. Esa actividad constituye un elemento de la práctica relevante de las partes que la Corte considerará, pero no es el único elemento que amerita consideración. La Corte examinará otras prácticas relevantes de las partes a inicios y mediados de la década de 1950, como también el contexto más amplio donde se incluye la evolución del Derecho del Mar en aquella época. También examinará igualmente la práctica de ambas partes después de 1954. Este análisis podría contribuir a la determinación del contenido del acuerdo tácito concerniente al alcance de la frontera marítima al que las partes llegaron.

A. Actividad y Potencial pesquero.

104. La Corte comenzará por la geografía y la biología del área de la frontera marítima. Perú describió a Ilo como su puerto principal a lo largo de esta parte de su costa. Este se encuentra a 120 km al noroeste de la frontera terrestre. En el lado chileno, la ciudad y puerto de Arica se encuentra a 15 km al sur de la frontera marítima e Iquique alrededor de 200 km más al sur (Ver Mapa No.1 Contexto geográfico).

105. Perú, en afirmaciones no contradichas por Chile, enfatiza que las aguas que bañan las costas de Perú y Chile son ricas en recursos marinos, indicando que el

área en litigio se localiza en medio del vasto ecosistema marino de la Corriente de Humboldt. Dicha Corriente, según el Perú, alberga una abundante cantidad de vida marina, siendo aproximadamente 18 al 20 por ciento de la pesca mundial proviene de este ecosistema. El representante peruano en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1958 (párrafo 106) se refirió a la opinión de un experto peruano (escrita en un libro de 1947) según la cual el "límite biológico" de la Corriente se encontraba a una distancia de entre 80 a 100 millas náuticas de la costa en verano y de 200 a 250 millas náuticas en invierno.

Perú recuerda que fue el "enorme potencial pesquero y ballenero" de las áreas situadas frente a sus costas lo que llevó a los tres Estados a proclamar las zonas de 200 millas náuticas en 1952. La pesca industrial es llevada a cabo actualmente en niveles significativos en áreas al sur del Perú, de forma importante desde los puertos de Ilo y Matarani; El primero es "uno de los puertos de pesca más importantes de Perú y el centro pesquero más importante del sur del Perú".

106. Los representantes de Chile y Perú enfatizaron la riqueza y el valor de los bancos de peces mientras se realizaban los preparativos para la primera Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y en la misma Convención. En 1956, el delegado de Chile en el Sexto Comité (Jurídico) de la Asamblea General de Naciones Unidas, declarando que era trágico observar grandes flotas pesqueras extranjeras explotando recursos necesarios para el sustento de las poblaciones costeras y expresando esperanza en que las reglas establecidas por los tres Estados, incluyendo Ecuador, serían recibidas por el Derecho Internacional, observó que "la distancia de 200 millas se explicaba por la necesidad de proteger toda la flora y fauna marina que vive en la Corriente de Humboldt, así como todas las diferentes especies que dependen unas de otras para su existencia y que han constituido una unidad biológica que debe ser preservada". En la Convención de 1958, el representante peruano (quien era Ministro de Relaciones Exteriores al tiempo de la Declaración de 1947), apoyando el límite de 200 millas náuticas, sostuvo que lo que los países habían proclamado era un límite biológico;

[41]

"Especies como atunes y barriletes son mayormente pescados 20 a 80 millas de la costa, las mismas anchovetas de aguas costeras algunas veces van más allá de 60 o más millas; y los cachalotes y ballenas son usualmente encontrados a más de 100 millas de la costa."

Y luego continuó;

"La solicitud formulada por Perú tiene las condiciones necesarias para su reconocimiento como vinculante y aplicable en tanto, primero, es la expresión de principios reconocidos por el derecho, segundo; tiene base científica; y tercero; responde a necesidades nacionales vitales."

107. Chile señaló a la Corte las estadísticas proporcionadas por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentacion (FAO) para demostrar el alcance de las actividades pesqueras de Chile y Perú en los primeros años de la década de 1950 y años posteriores con el propósito de demostrar, como lo entendía Chile, los beneficios de la Declaración de Santiago de 1952 para Perú. Aquellas estadísticas revelan dos hechos que la Corte encuentra útiles para identificar las áreas marítimas con las cuales las partes se encontraban preocupadas en el periodo en que reconocieron la existencia de su frontera marítima. Lo primero es la relativamente limitada actividad pesquera tanto de Chile como de Perú a inicios de la década del 50. En 1950, la pesca de Chile de alrededor de 90.000 toneladas era ligeramente más grande que la de Perú con 74.000 toneladas. A inicios de la década de 1950, por ejemplo, la captura por las partes de anchovetas era excedida por la pesca de otras especies. En 1950, por ejemplo, la pesca de anchoveta de Perú era de 500 toneladas, mientras su pesca de atún y bonito era de 44.600 toneladas; Chile capturó 600 toneladas de anchoveta ese año, y 3.300 toneladas de atún y bonito.

En segundo lugar, hacia 1954, los respectivos volúmenes de captura por las partes en el Océano Pacífico incluyeron grandes cantidades de bonito/barrilete y atún. Aunque es cierto que durante la década de 1950 la pesca de anchoveta, especialmente por parte de Perú, se incrementó muy rápidamente, la pesca de otras especies continuó a un alto y creciente nivel. En 1954 la pesca peruana de atún y bonito era de 65.900 y de anchoveta 43.100, mientras Chile pescaba 5.200 y 1.300 toneladas de esas especies respectivamente.

Las partes también hicieron referencia a la caza de ballenas por sus flotas y por flotas extranjeras como uno de los factores que llevaron a la adopción de los instrumentos de 1947 y de 1952. Las estadísticas de la FAO brindan alguna información acerca del alcance de la caza de ballenas por las partes; no hay información acerca de donde ocurrieron aquellas pescas.

108. La información anterior muestra que las especies que se atrapaban a inicios de la decada de 1950 eran generalmente encontradas en un alcance de 60 millas náuticas desde la costa. En ese contexto, la Corte toma en consideración la orientación de la costa en esta zona, y la ubicación de los más importantes puertos de las

partes en ese tiempo. Ilo, ubicado aproximadamente 120 kilómetros al noroeste del punto terminal de la frontera terrestre, es descrito por Perú como "uno de sus principales puertos pesqueros y el más importante centro pesquero al sur del Perú". En el lado chileno, el puerto de Arica se ubica a 15 km. al sur del punto terminal de la frontera terrestre. Según Chile "una porción significativa de las embarcaciones de pesca pequeñas y medianas del país, de crucial importancia para la economía de la región, están registradas en Arica", en tanto el siguiente puerto importante es Iquique, 200 km más al sur.

El propósito del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima era establecer una zona de tolerancia a lo largo del paralelo para pequeños botes pesqueros, que no estuvieran suficientemente equipados (ver los párrafos 88 a 90 y 103). Los botes que salen de Arica para pescar las especies anteriormente mencionadas, en una dirección oeste-norte-oeste, en un rango de 60 millas náuticas desde la costa, que va esencialmente de norte a sur en este punto, no cruzarían el paralelo más allá de un punto aproximadamente a 57 millas náuticas del punto de inicio de la frontera marítima. La orientación de la costa gira agudamente hacia al noroeste en esta región (ver Mapas 1 y 2), tales que, del lado peruano, los botes partiendo hacia el mar desde Ilo en una dirección sur-oeste, al rango de esas mismas especies, que cruzarían el paralelo de latitud en un punto a aproximadamente 100 millas náuticas del punto de inicio de la frontera marítima.

109. La Corte, evaluando el alcance de la frontera marítima lateral que las partes reconocieron en 1954, es consciente de la importancia que la pesca hatenido para las poblaciones costeras de ambas partes. No ve de gran significadosuconocimiento de la posibilidad o alcance posible de los recursos más allá de 200 millas náuticas ni el alcance de su pesca en años posteriores. Las estadísticas de pescaindican que la principal actividad marítima en los primeros años de la década del 50 era la pesca llevada a cabo por pequeñas embarcaciones, como aquellas mencionadas de forma específica en el Convenio sobre ZonaEspecial Fronteriza Marítima de 1954 y que fueron también beneficiadas con las actas de 1968-1969 relativas a los faros.

110. Una preocupación central de los tres países a inicios de los años 50 era la pesca extranjera en alta mar a la cual querían dar término. Esa preocupación y el incremento de entendimiento de las partes del valor de los bancos de peces existentes en la Corriente de Humboldt que baña sus costas, fueron factores de peso en la decisión de Chile y Perú de declarar, unilateralmente, sus zonas de 200 millas náuticas en 1947 y, en Ecuador, en adoptar en 1952 la Declaración de Santiago y otros textos de 1952, y para también tomar medidas adicionales en 1954 y 1955.

Conviene recordar que el énfasis en este periodo, especialmente en relación de las aguas profundas era, como indica Chile, "la exclusión de flotas extranjeras no autorizadas....para facilitar el desarrollo de la industria pesquera [de los tres Estados]".

111. La Corte recuerda que la naturaleza del propósito general de la frontera marítima (párrafo102) significa que la evidencia relativa a la actividad pesquera, por si sola, no puede ser determinante del alcance de esa frontera. Sin embargo, la actividad pesquera provee cierto soporte a la visión de que las partes, al momento en que reconocieron la existencia de una frontera marítima convenida entre ellas, difícilmente consideraban que se extendiera hasta el límite de las 200 millas náuticas.

[43]

B. Desarrollos contemporáneos en el Derecho del Mar.

112. La Corte ahora se traslada de un contexto especifico y regional, aun contexto mucho más amplio tal y como existía en 1950, al momento del reconocimiento de las partes de la existencia de una frontera marítima. Ese contexto es ofrecido por la práctica de los Estados, estudios relacionados y propuestas provenientes de la Comisión de Derecho Internacional y reacciones de Estados o Grupos de Estados a aquellas propuestas relacionadas al establecimiento de zonas marítimas más allá del mar territorial y la delimitación de dichas zonas. Para la década de 1950, tal práctica incluía varias declaraciones unilaterales por parte de los Estados.

113. Aquellas declaraciones, todas adoptadas entre 1945 y 1956, pueden dividirse en dos categorías. La primera categoría se limita a reclamos respecto al fondo marino y su subsuelo, la plataforma continental y sus recursos. Ellas incluyen declaraciones hechas por Estados Unidos (28 de septiembre de1945), México (29 de octubre de 1945), Argentina (11 de Octubre de 1946), Arabia Saudí (28 de mayo de 1949) Filipinas (18 de junio de 1949), Pakistán (9 de Marzo de 1950), Brasil (8 de noviembre de 1950), Israel (3 de agosto de 1952), Australia (11 de Septiembre de 1953), India (30 de agosto de 1955) Portugal (21 de Marzo de 1956), y aquellas realizadas respecto a varios territorios bajo autoridad del Reino Unido para la época; Jamaica (26 de noviembre de 1946), Bahamas (26 de noviembre de 1948), Honduras Británica (9 de Octubre de 1950), Borneo Septentrional (1953), Guayana Británica (1954), Brunei (1954) y Sarawak (1954), como también las de nueve Estados árabes bajo protectorado del Reino Unido (Abu Dhabi (10 de junio de 1949), Ajman (20 de junio de 1949), Bahrein (5 de

junio de 1949), Dubai (14 de junio de 1949), Kuwait (12 de junio de 1949), Qatar (8 de junio de 1949), Ras al Khaimah (17 de junio de 1949), Sharjah (16 de junio de 1949) y Umm al Qaiwain (20 de junio de 1949)). Otras declaraciones, en la segunda categoría, también reclaman las aguas sobre la plataforma o el lecho marino o hacen reclamaciones respecto a los recursos de aquellas aguas. En adición a las tres reclamaciones en cuestión en este caso, esas reclamaciones incluyen las realizadas por los Estados Unidos América (28 de septiembre de 1945), Panamá (17 de diciembre de 1946), Islandia (5 de abril de 1948), Costa Rica (5 de noviembre de 1949), Honduras (7 de Marzo de 1950), el Salvador (7 de Septiembre de 1950) y Nicaragua (1 de noviembre de 1950). Los actos anteriormente mencionados se encuentran reproducidos en la colección de las Naciones Unidas *Laws and Regulations on the High Seas*, Vol. I, 1951, Parte 1, Cap. 1, y *Supplement*, 1959, Parte I, Cap. I, y en los alegatos de las partes.

114. Algunas de las declaraciones sí se refirieron a la cuestión de establecer fronteras marítimas. La primera fue la declaración de la plataforma continental de los Estados Unidos, que estableció que, siempre que la plataforma continental se extendiera sobre las costas de otro Estado, o fuese compartida con un Estado adyacente, el límite debería ser establecido por los Estados Unidos y el Estado concerniente de acuerdo a principios de equidad. Las de México y Costa Rica (como la de Chile, ver párrafo 37) establecían que la declaración en particular hecha por cada uno no significaba que el gobierno pretendiera desconocer los derechos legítimos de otros Estados, según la reciprocidad. El texto en el Decreto de Argentina estipulaba un reconocimiento condicional al derecho de cada nación a los mismos títulos que este reclamaba. Todas las declaraciones hechas por los Estados Árabes bajo protectorado del Reino Unido preveían en términos similares, que su jurisdicción exclusiva y control del lecho marino y subsuelo se extendía a límites que deberían ser determinados con mayor precisión, en tanto se presentara la ocasión, bajo principios de equidad o, en algún caso, de justicia, tras su consulta con los Estados vecinos.

[44]

115. Esas declaraciones eran parte del contexto ante la cual la Comisión de Derecho Internacional trabajó en la preparación de su proyecto de artículos de 1956 para la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, realizada en 1958. Basándose, entre muchas otras fuentes, en el material resumido anteriormente, el reporte de un comité de expertos y los comentarios de parte de una cantidad significativa de expertos, la Comisión propuso que, ante la ausencia de acuerdo o circunstancias especiales, se debía utilizar una línea equidistante para

la delimitación tanto del mar territorial como de la plataforma continental. La Comisión, en particular, rechazó, ante la ausencia de un acuerdo, como base de la línea, el paralelo geográfico que pasa a través del punto en el cual la frontera terrestre llega a la costa. Chile y Ecuador en sus observaciones presentadas a la Comisión sostuvieron que los derechos del Estado ribereño sobre su plataforma continental iban más allá de solo "control" y "jurisdicción"; Chile, adicionalmente, hizo un llamado a la "soberanía" tanto de la plataforma continental como de las aguas suprayacentes. Sin embargo, ninguno de estos Estados realizó comentario alguno sobre el tema de delimitación. Perú no hizo comentario de algún tipo. Esto respalda adicionalmente el punto de vista de que la preocupación principal de los tres Estados en este periodo era la defensa de sus reclamos sobre las 200 millas náuticas respecto de terceros Estados. Las propuestas de la Comisión fueron adoptadas en la Convención de 1958 e incorporadas, con enmiendas, en la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua (art. 12) y en la Convención de la Plataforma Continental (art. 6). El mar territorial no era considerado por la Comisión de Derecho Internacional, y no lo sería para la mayoría de las naciones en ese tiempo, como una extensión más allá de 6 millas náuticas y la línea de la plataforma continental para fondo marino y el subsuelo, extendiéndose hasta una profundidad de 200 metros o más del límite de explotabilidad, y no para los recursos marítimos en el agua por encima de la plataforma.

116. La Corte observa que, durante el periodo en consideración, la propuesta en relación a los derechos de un Estado sobre sus aguas que llegó a lo más cerca de la aceptación internacional general, era la de un mar territorial de 6 millas náuticas con una zona de pesca adicional de 6 millas náuticas y alguna reserva de derechos de pesca establecidos. Como la Corte observó anteriormente, en este periodo, el concepto de una zona económica exclusiva de 200 millas náuticas aún estaba "a varios años de distancia" (*Delimitación Marítima en el Mar Negro* (*Rumania v. Ucrania*), *Sentencia*, *ICJ Reports 2009*, p. 87, pár. 70), mientras que su aceptación general en la práctica y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 se encontraba aproximadamente 30 años en el futuro. Al responder una pregunta de un Miembro de la Corte, ambas partes reconocieron que su reclamo hecho en la Declaración de Santiago de 1952 no correspondía al Derecho Internacional de la época y no era oponible a terceros Estados, por lo menos no inicialmente.

117. Sobre la base de las actividades de pesca de las partes en esa época, que se realizaban hasta una distancia de alrededor de 60 millas náuticas de los principales puertos del área, la practica relevante de los otros Estados y el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional sobre Derecho del Mar, la Corte considera

que la evidencia a su disposición no le permite concluir que la frontera marítima convenida a lo largo del paralelo se extendía más allá de 80 millas náuticas de su punto inicial.

*

[45]

118. En vista de esta conclusión tentativa, la Corte ahora considera elementos adicionales de la práctica, en su mayoría posteriores a 1954, que pueden ser de relevancia para la cuestión de la extension de la frontera marítima convenida.

C. Práctica Legislativa

119. Al examinar la práctica legislativa la Corte primero observa la adopción por Perú en 1955 de una Resolución Suprema respecto a la zona marítima de 200 millas. Su preámbulo señala la necesidad de precisar en los trabajos cartográficos y de geodesia la manera de determinar la zona marítima peruana de 200 millas a que se refiere el Decreto de 1947 y la Declaración de Santiago de 1952. Su primer artículo establece que la línea debía ser limitada en el mar por una línea paralela a la costa peruana y a una distancia constante de 200 millas náuticas de ella. El artículo 2 establece;

"De conformidad con el inciso IV de la Declaración de Santiago, dicha línea no podrá sobrepasar a la del paralelo correspondiente al punto en que llega al mar la frontera del Perú."

Perú sostiene que el artículo 1 emplea un método de arcos de círculo, como también señala que según fue el caso de su Ley de Petróleos de 1952. Chile rechaza la interpretación de ambos instrumentos y estima que ambos usan el método de *tracé parallele* [delimitación paralela], apoyando el uso del paralelo de latitud para la frontera marítima. Chile también pone considerable énfasis en la referencia, en la Resolución, al inciso IV de la Declaración de Santiago.

120. Al respecto, la Corte ha concluido ya que el inciso IV de la Declaración de Santiago de 1952 no determina una frontera marítima separando las zonas marítimas generales de Perú y Chile. No se requiere considerar más ese asunto en el presente contexto. La Corte no considera el requerimiento del Art. 1 de la Resolución Suprema de 1955 de que la línea se encuentre "a una distancia constante de 200 millas de ella [la costa]" y paralela a ella utilizando el método del *tracé parallele*, en el sentido en que Chile parece entenderlo. Algunos puntos de una línea trazada

de esa forma (usando líneas paralelas de latitud), se encontrarían en algunas áreas de las aguas costeras peruanas, especialmente cerca de la frontera terrestre de los dos Estados, apenas a 100 millas náuticas del punto más cercano a la costa. Eso no estaría conforme con lo señalado en la Resolución Suprema de 1955. Por lo tanto, la Resolución Suprema peruana de 1955 no es de ayuda cuando se trata de determinar el alcance de la frontera marítima cuya existencia las partes reconocieron en 1954.

121. Con relación a la legislación chilena, Perú resalta la ausencia de referencias de una frontera marítima lateral en cinco documentos chilenos, un Decreto del 25 de Julio de 1953 que definió la jurisdicción de la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante, un mensaje del 26 de Julio de 1954 del Ejecutivo de Chile al Congreso para la aprobación de los acuerdos de 1952, un Decreto Supremo del 23 de Septiembre de 1954 por el cual Chile aprueba la Declaración de Santiago de 1952; un Decreto del 11 de Febrero de 1959 sobre permisos de pesca para naves extranjeras en aguas territoriales chilenas;

[46]

y un Decreto del 4 de junio de 1963 sobre la designación de una autoridad para la concesión de permisos de pesca a naves de bandera extranjera en aguas jurisdiccionales chilenas. En respuesta, Chile sostiene que la Declaración de Santiago de 1952 se convirtió en parte del derecho chileno tras su ratificación, por lo que no había necesidad de refirmar la existencia de la frontera marítima en legislación posterior.

122. La Corte encuentra que esos cinco instrumentos chilenos no ayudan en establecer el alcance de la frontera marítima cuya existencia las partes reconocieron en 1954, por las siguientes razones. El Decreto de 1953 se relaciona al mar territorial más allá de 12 millas náuticas. El mensaje de 1954 recuerda el reclamo de 200 millas náuticas hecha por los tres Estados en 1952 pero no menciona los límites entre ellos. El Decreto Supremo de 1954 simplemente reproduce el texto de los instrumentos adoptados en la Conferencia de Lima sin hacer comentarios sobre su efecto. El Decreto de 1959 se refiere repetidamente a "aguas territoriales chilenas" sin definir límites, laterales o hacia el mar, de esas aguas. Finalmente, el Decreto de 1963 se refiere a la zona de 200 millas náuticas establecida bajo la Declaración de Santiago de 1952 pero no hace referencia a una frontera lateral dentro de la zona.

D. El Protocolo de Adhesión de 1955

123. En 1955 los tres Estados adoptaron el Protocolo de Adhesión a la Declaración de Santiago de 1952. En el Protocolo acuerdan "abrir a la adhesión de los Estados de América la Declaración sobre Zona Fronteriza firmada en Santiago de Chile, el 18 de agosto de 1952, en relación a sus principios fundamentales" contenidos en los párrafos de la misma y en su Preámbulo. A continuación, los tres Estados reproducen los párrafos sustantivos I, II, III y V, pero no el párrafo IV. En materia de fronteras, ellos declaran que

"la adhesión del principio de que corresponde a los Estados ribereños el derecho y el deber de proteger, conservar y utilizar las riquezas del mar que bañan sus costas, no se afecta por el ejercicio del derecho que tiene también todo Estado de fijar la extensión y límites de su Zona Marítima. Por lo tanto, al adherirse cada Estado puede determinar la extensión y forma de delimitación que su respectiva zona, ya sea frente a una parte o a la totalidad de su litoral, de acuerdo con la realidad geográfica peculiar, con la magnitud de cada mar y con los factores geológicos y biológicos que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la flora y fauna marítimas en sus aguas."

La única otra estipulación de la Declaración de Santiago de 1952 que fue sujeta a una exclusión expresa del Protocolo de 1955 fue el párrafo VI que se refiere a la posibilidad de futuros acuerdos en aplicación de estos principios. Esta estipulación fue excluida considerando que era "determinada por la similitud geográfica y biológica de las zonas marítimas costeras de los países signatarios" de la Declaración. Es comúnmente aceptado que, de hecho, ningún Estado nunca hizo uso del Protocolo de 1955.

[47]

124. Perú ve la afirmación del poder de un Estado adherente de determinar la extensión y límites de su zona como confirmación de que la Declaración de Santiago de 1952 no había definido la cuestión de las fronteras marítimas entre los Estados partes. Chile lee la posición de las dos partes en el párrafo IV de forma contraria; por tal exclusión indicaron su entendimiento de que la frontera marítima ya se encontraba determinada.

125. Dada la conclusión a la que la Corte ha llegado ya respecto del inciso IV, su exclusión del texto del Protocolo de 1955 y el hecho de que ningún Estado aprovechó el Protocolo, la Corte no ve que el Protocolo tenga algún significado real.

Puede, sin embargo, ser entendido como que provee cierto apoyo a la posición de Perú de que el uso de fronteras marítimas laterales dependía de las circunstancias particulares de los Estados que quisieran adherirse a la Declaración de Santiago de 1952. Más significativamente, el Protocolo de 1955 puede también ser visto como un intento de reforzar la solidaridad por las razones dadas por Perú, Chile y Ecuador en sus propias medidas legales nacionales y en la Declaración de Santiago de 1952 y como se manifestó en sus otras acciones en 1955, en respuesta a las protestas de las potencias marítimas (ver párrafos 76 y 77 arriba).

E. Actividades de Ejecución

126. Gran parte de la ejecución práctica relevante a la frontera marítima puede ser dividida entre aquella concerniente a embarcaciones de terceros Estados y aquella relacionada a Perú y a Chile, y por referencia al tiempo. En relación a la segunda distinción la Corte recuerda que su principal, pero no exclusivo, interés radica con la práctica a inicios de la década de 1950 cuando las partes reconocieron la existencia de su frontera marítima.

127. En relación a las embarcaciones de terceros Estados, Chile presenta un informe de 1972 de la Secretaria General de la CPPS sobre Infracciones en la Zona Marítima entre 1951 y 1971. Los datos, según el informe, están incompletos para los primeros 10 años. Según el informe, en el curso de los 20 años que cubre, Perú arrestó 53 embarcaciones, Chile 5 y Ecuador 122. La cifra final, se explica por el hecho de que el interés de flotas pesqueras extranjeras se ha enfocado, especialmente en años recientes, en el atún, cuya pesca era mayor en aguas ecuatorianas. Todas salvo seis de las 53 embarcaciones arrestadas en aguas peruanas llevaban la bandera de los Estados Unidos; cinco (en la flota Onassis) llevaban la panameña, y una la japonesa. En el caso de 20 de los 53 arrestos, el informe registra o indica el lugar donde tuvo lugar los arrestos y todos aquellos lugares están distantes hacia el norte del paralelo de latitud que se extiende de la frontera terrestre entre Perú y Chile y más cercanos a la frontera entre Perú y Ecuador. Para 36, la distancia de la costa ha sido indicada. Entre ellos se incluye a la flota Onassis, que en un caso fue arrestada a 126 millas náuticas de la costa (ver párrafo 76 arriba). De los otros arrestos, solo uno (en 1965) fue más allá de las 60 millas náuticas de la costa del Perú y solo otros dos (en 1965 y 1968) más allá de 35 millas náuticas; estos tres arrestos ocurrieron a más de 500 millas náuticas al norte del paralelo latitudinal.

[48]

128. Hasta mediados de la década de 1980, toda la práctica relacionada a incidentes entre las dos partes se presentaba a aproximadamente 60 millas náuticas de las costas y usualmente mucho más cerca. En 1954 y 1961, Chile propuso que se permitiera a embarcaciones pesqueras de las partes pescar en ciertas áreas de la zona marítima del otro Estado, hasta 50 millas náuticas al norte y al sur del paralelo, pero los intercambios entre las partes no indican que tan profundo mar adentro tales arreglos hubieran operado; en todo caso, la propuesta de Chile no fue aceptada por Perú. En diciembre de 1962, Perú se quejó acerca de "la frecuencia con la cual embarcaciones pesqueras chilenas invaden aguas peruanas, algunas veces hasta a 300 metros de la playa". En marzo de 1966, la patrullera peruana *Diez Canseco* reportó haber interceptado dos embarcaciones chilenas y haber hecho disparos de advertencia, pero todo el incidente tuvo lugar a 2 millas náuticas de la costa. Dos incidentes en Septiembre de 1967, - el avistamiento por Perú de varios barcos arrastreros chilenos "al norte de la frontera jurisdiccional" y el avistamiento por Chile de un bote patrulla peruano "al sur del paralelo límite entre Chile y Perú" -, ocurrieron ambos dentro de 10 millas náuticas del Punto de Concordia. Tras un tercer incidente aquel mes, Perú denunció la presencia de redes de pesca chilenas encontradas 2 millas náuticas al oeste del Punto Concordia. En relación a estos incidentes, la Corte recuerda que la zona de tolerancia establecida según el Acuerdo de 1954 inicia a una distancia de 12 millas náuticas de la Costa, a lo largo del paralelo de latitud.

129. La práctica recién revisada no provee ninguna base para cuestionar la conclusión tentativa que la Corte expresó anteriormente. Tal conclusión se basaba en la actividad pesquera de las partes y en desarrollos contemporáneos del Derecho del Mar a inicios y mediados de la década de 1950.

F. Los Acuerdos sobre Faros de 1968-1969

130. La Corte retoma su discusión sobre los Acuerdos de los Faros de 1968-1969 (ver párrafos 96 a 99 arriba). El expediente ante la Corte indica que las luces habrían sido visibles desde una distancia máxima de aproximadamente 15 millas náuticas. Como Chile reconoce, las partes estaban particularmente preocupadas con la visibilidad dentro de las 12 primeras millas náuticas desde la costa, hasta el punto donde la zona de tolerancia bajo el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 empezaba donde fueron reportadas muchas de las incursiones. Hay indicios en el archivo de que las torres tenían reflectores tipo radar, pero no

hay información alguna sobre su alcance efectivo o su uso en la práctica. La Corte no ve en esos acuerdos nada relevante en relación con el tema de la extensión de la frontera marítima.

G. Negociaciones con Bolivia (1975-1976)

131. Entre 1975 y 1976, Chile entró en negociaciones con Bolivia relativas a un propuesto intercambio de territorio que le permitiera a Bolivia "un corredor al mar" y una zona marítima adyacente. El expediente ante la Corte comprende la propuesta de Chile a Bolivia de diciembre de 1975, la respuesta de Perú de enero de 1976, el archivo de Chile (pero no el de Perú) de las discusiones de las partes en julio de 1976 y la contrapropuesta de Perú de noviembre de 1976. La propuesta de Chile

[49]

de diciembre de 1975 establecía que la cesión incluiría, en adición a una franja terrestre entre Arica y el límite terrestre de Chile y Perú, "el territorio marítimo entre los paralelos de los puntos extremos de la costa que serán cedidos (mar territorial, zona económica y plataforma continental)". Esta propuesta era condicional, entre otras cosas, a que Bolivia cediera a Chile un área de su territorio en compensación. El expediente ante la Corte no incluye los intercambios de diciembre de 1975 entre Bolivia y Chile. Como es requerido bajo el art. 1 del Protocolo suplementario al Tratado de Lima de 1929, Perú fue formalmente consultado sobre estas negociaciones. En enero de 1976, Perú reportó haber recibido documentos de Chile relacionados con la cesión propuesta. La respuesta de Perú fue cautelosa, notando un número de "elementos substanciales" que emergían, incluyendo las consecuencias del "cambio fundamental de status legal, la distribución territorial y la estructura socio-económica de la región". Según los archivos de Chile sobre las discusiones entre las partes, en Julio de 1976 Chile informó a Perú que buscaría seguridades por parte de Bolivia de que cumpliría con el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, mientras Perú confirmó que no había identificado en la propuesta de Chile ningún "problema mayor respecto al mar". El 18 de noviembre de 1976, Perú realizó una contrapropuesta a Chile que contemplaba un régimen territorial distinto; cesión de Chile a Bolivia de un corredor soberano al norte de Arica; un área de soberanía compartida entre Chile, Perú y Bolivia sobre el territorio entre ese corredor y el mar; y soberanía boliviana exclusiva sobre el mar adyacente al territorio compartido.

132. Según Chile, sus negociaciones con Bolivia procedieron bajo la base explícita de que la frontera marítima existente, siguiendo el paralelo latitudinal, habría de delimitar la futura zona marítima de Bolivia con relación a Perú. Chile sostiene que Perú fue específicamente consultado sobre este asunto y no presentó ninguna objeción o reserva, sino que "reconoció la existencia y curso de la frontera marítima Chile-Perú", en una de las sesiones entre las partes en 1976. Por su parte, Perú sostiene que ni su Nota de enero de 1976 ni su propuesta alternativa de noviembre de 1976 mencionaban al paralelo de latitud o sugerían algún método de delimitación marítima para la futura zona marítima boliviana. Perú adicionalmente considera que los archivos de Chile de las discusiones de 1976 son poco fiables e incompletos y que su propia posición en ese momento era claramente que las divisiones territoriales en el área aún iban a ser negociadas.

133. La Corte no considera estas negociaciones importantes para la cuestión del alcance de la frontera marítima entre las partes. Cuando la propuesta de Chile se refería al mar territorial, zona económica y plataforma continental, Perú no aceptó esta propuesta. El reconocimiento de enero de 1976 por parte de Perú no mencionó ninguna frontera marítima existente entre las partes, mientras que su contrapropuesta de noviembre de ese año no indica el alcance o naturaleza del área marítima propuesta a ser acordada con Bolivia.

[50]

H. Posiciones de las partes en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

134. Las partes también presentaron ante la Corte ciertas declaraciones hechas por sus representantes durante la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Primero, ambos se refirieron a la declaración conjunta del 28 de Abril de 1982 hecha por Chile, Ecuador y Perú conjuntamente con Colombia, el cual se había unido a la CPPS en 1979, donde dichos Estados resaltaron que:

"El reconocimiento universal de los derechos de soberanía y jurisdicción del Estado Ribereño dentro del límite de 200 millas provisto en el proyecto de Convención es un logro fundamental de los países miembros de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, en concordancia con sus objetivos básicos enunciados en la Declaración de Santiago de 1952".

La Corte nota que esta declaración no mencionó una delimitación, ni hace referencia a cualquier frontera marítima existente entre aquellos Estados.

135. Un segundo asunto presentado por las partes es la participacion de Perú en las negociaciones relativas a la delimitación marítima de Estados con costas adyacentes u opuestas. La posición peruana sobre esa materia fue expresada en varios momentos durante las negociaciones; el 27 de agosto de 1980, el Jefe de la Delegación peruana declaró lo siguiente:

"Donde un acuerdo específico sobre la delimitación del mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental entre los Estados con costas opuestas o adyacentes no exista o cuando no se presenten circunstancias especiales o derechos históricos reconocidos por las partes, la línea media debe ser usada como una regla general ... en tanto es el método más próximo a generar una solución equitativa".

Perú sostiene que su "participación activa" en las negociaciones sobre esta materia ilustran que tenía aún pendiente por resolver sus propios temas de delimitación. Aun así, dadas las conclusiones obtenidas anteriormente, la Corte no requiere considerar esta materia. Las declaraciones de los representantes peruanos en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar corresponden a futuros acuerdos de fronteras marítimas entre Estados (y arreglos provisionales por hacerse en tanto estén pendientes tales acuerdos); pero no aclaran la extensión de la frontera marítima existente entre Perú y Chile.

I. El Memorandum Bákula de 1986

136. Es conveniente considerar en este punto un memorandum enviado por el Embajador peruano Bákula al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile el 23 de mayo de 1986, tras su audiencia con el Ministro chileno de Relaciones Exteriores ese mismo día ("el Memorandum Bákula"). Perú sostiene que en ese Memorandum "Invita a Chile a acordar una frontera marítima internacional". Chile, por el contrario, indica que el Memorandum Bákula era un intento de renegociar la frontera marítima existente.

[51]

137. Según el Memorandum, el Embajador Bákula había hecho entrega al Ministro chileno un mensaje personal de parte de su homólogo peruano. La fortaleza de los vínculos de amistad entre los dos países

"debe ser complementada con la directa y puntual solución de los problemas que son el resultado de nuevas circunstancias, con miras a desarrollar el clima de reciproca confianza que soporta toda política constructiva.

Uno de los casos que amerita inmediata atención es el formal y definitivo trazado de los espacios marítimos, que complementan la vecindad geográfica de Perú y Chile y que han servido como escenario de larga y fructífera acción conjunta."

En ese momento, el Memorandum continuaba, la zona especial establecida por el Convenio de 1954

"no es adecuado para satisfacer los requerimientos de seguridad ni para la mejor administración de los recursos marinos, con la circunstancia agravante de que una interpretación extensiva puede generar una notoria situación e inequidad y riesgo, para el detrimento de los legítimos intereses de Perú, que podría resultar gravemente perjudicado".

Se refirió a las varias zonas reconocidas en la CNUDM [UNCLOS por sus siglas en ingles, N.T.] y señaló:

"La actual "zona marítima de 200 millas" – como se ha definido en la Reunion de la Comisión Permanente del Pacifico Sur en 1954 – es, sin duda, un espacio que es diferente de cualquiera de las anteriormente mencionadas en relación a las cuales la legislación doméstica es prácticamente inexistente en cuanto a delimitación internacional. La excepción puede ser, en el caso de Perú, la Ley de Petróleos (No. 11780 del 12 de Marzo de 1952) que establece como límite externo para el ejercicio de las competencias del Estados sobre la plataforma continental "una línea imaginaria proyectada hacia el mar a una distancia constante de 200 millas". Esta ley se encuentra vigente y se pone de presente que fue promulgada cinco meses antes a la Declaración de Santiago.

No hay necesidad de recalcar la conveniencia de prevenir dificultades que puedan elevarse de la ausencia de una expresa y apropiada demarcación marítima, o como resultado de alguna deficiencia en ello que pueda afectar el curso amigable de las relaciones entre Chile y Perú".

138. El 13 de junio de 1986, en un comunicado oficial, el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile señaló que:

"El Embajador Bákula ha expresado el interés del Gobierno peruano para iniciar futuras conversaciones entre los dos países sobre sus puntos de vista respecto de la delimitación marítima.

El ministro de Relaciones Exteriores, tomando en consideración las buenas relaciones existentes entre ambos países toma en consideración de la solicitud

anteriormente mencionada, declarando que estudios respecto a esa materia se realizaran en su momento debido".

[52]

139. Perú sostiene que el Memorándum, Bákula es perfectamente claro. En él, Perú expresó la necesidad de la "formal y definitiva delimitación" de sus espacios marítimos, distinguiéndola de los acuerdos *ad hoc* sobre propósitos específicos tales como la zona de tolerancia sobre política de pesca de 1954. Llamó a negociaciones, no a "renegociaciones". Y, Perú continúa, Chile no respondió diciendo que no había necesidad de tal delimitación pues ya existía un límite. Por el contrario, responde "estudios ... serán realizados". Perú, basado en el Memorándum y su respuesta sostiene que la práctica, después de esa fecha, que Chile invoca, no puede ser relevante.

140. Chile, adicionalmente a sostener que el Memorandum Bákula es un llamado a renegociar un límite existente, dice que lo realizaron bajo la "incorrecta" suposición que las nuevas zonas marítimas reconocidas por la CNUDM requerían que la delimitación existente fuese revisada. A su vez, Perú no renovó su solicitud de negociar. Chile sostiene que el hecho de que Perú estuviese buscando una renegociación se reflejó en comentarios de la época de parte del Ministro de Relaciones Exteriores, reportados por la prensa chilena y peruana.

*

141. La Corte no lee el Memorandum Bákula como un pedido de renegociar una frontera marítima existente. Por el contrario, este llama a "la formal y definitiva delimitación de los espacios marítimos". Mientras Perú reconoce la existencia de la zona especial, en su punto de vista, aquella zona no satisfizo los requerimientos de seguridad ni permitió una adecuada administración de los recursos marítimos; adicionalmente, una interpretación extensiva del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima puede afectar negativamente los legítimos intereses de Perú. En opinión de la Corte, los términos usados en ese Memorandum reconocen la existencia de una frontera marítima, sin dar información precisa sobre su extensión. La Corte no encuentra útiles los recuentos periodísticos. Estos no reportan el discurso del Ministro peruano de forma total.

142. Hay fuerza en el argumento chileno acerca del fracaso de Perú en dar seguimiento a las cuestiones señaladas en el Memorandum Bákula de forma diligente: según el expediente ante la Corte, Perú no promovió el asunto con Chile de nuevo

a nivel diplomático hasta el 20 de Octubre de 2000, antes de repetir su posición en una Nota al Secretario General de Naciones Unidas en enero de 2001 y a Chile, de nuevo, en julio del 2004. No obstante, la Corte considera que la visita del Embajador Bákula y su Memorandum reducen en gran medida el significado de la práctica de las partes después de esa fecha. La Corte recuerda también que su principal preocupación es frente a la práctica de tiempos anteriores, hacia la década de 1950, como indicativa de la extension de la frontera marítima en la época en que las partes reconocieron que existía.

[53]

J. La práctica después de 1986

143. La Corte ya ha considerado la práctica legislativa de las partes de las décadas de 1950 y 1960 (ver párrafos 119 a 122 arriba). Chile también cuenta con dos piezas legislativas de 1987; un Decreto Supremo peruano emitido el 11 de junio de 1987 y un Decreto Supremo chileno emitido el 26 de Octubre de ese año. Chile considera estos instrumentos como evidencia que, al definir las áreas de control soberano por parte de sus navíos, las partes respetaron la frontera marítima.

144. La Corte nota que estos Decretos definen los límites de los distritos marítimos internos de las Partes. Sin embargo, según Perú resalta en relación a su propio Decreto, aunque estos instrumentos definen los límites más al norte y al sur de los distritos con cierta especificidad (por referencia a paralelos de latitud), ese no es el caso para aquellos límites colindantes a las fronteras marítimas entre Ecuador y Perú, Perú y Chile o Chile y Argentina. Esos Decretos definen los límites internos de la jurisdicción de ciertas autoridades domésticas en Chile y Perú, pero no tienen el propósito de definirlos límites internacionales de ningún Estado. En vista de las consideraciones temporales mencionadas anteriormente, la Corte no considera significativos los decretos.

145. Perú adicionalmente refiere a la Corte un Decreto de Chile de 1998 para definir áreas bentónicas de la costa chilena; el límite más al norte sigue una dirección sur-oeste. Pero, como manifiesta Chile, el Decreto concierne únicamente a la explotación de recursos biológicos sobre y bajo el lecho marino dentro de su "mar territorial". La Corte no considera este Decreto como significativo para los propósitos presentes.

146. La Corte retorna a la evidencia de medidas de ejecución entre las partes, el siguiente arresto presente en el expediente después de mayo de 1986 es de 1989: la

intercepción y arresto peruana de dos embarcaciones pesqueras chilenas en aguas peruanas, 9.5 millas náuticas de la costa y 1.5 millas náuticas al norte del paralelo.

147. Chile también ha presentado información, presentada en un mapa, de embarcaciones peruanas capturadas en 1984 y desde 1994 en las aguas que, según el punto de vista chileno, están en su lado de la frontera marítima. La información relativa a 1984 recoge14 embarcaciones pero todas fueron capturadas dentro de las 20 millas náuticas desde la costa; en 1994 y 1995, 15, todas dentro de las 40 millas náuticas. Todos aquellos incidentes ocurrieron mucho después de 1950 e incluso después de 1986. La Corte nota, sin embargo, que los arrestos chilenos de naves peruanas al sur del paralelo, sea que hayan sucedido dentro de la zona especial o más al sur, refuerzan la posición chilena, aunque solo en lo relativo a que tales arrestos no encontraron ninguna protesta de parte de Perú. Este es el caso incluso con los arrestos realizados después de 1986.

[54]

148. Debido a su fecha, la Corte no considera significativo un mapa que se presenta como parte de las Reglas de Enfrentamiento de la Armada de Chile a inicios de la década de 1990, el que representa una Zona Especial Fronteriza Marítima que se extiende hasta las 200 millas náuticas, o la información suministrada por Chile respecto de informes de las autoridades peruanas por embarcaciones comerciales extranjeras entre 2005 y 2010 y a las autoridades chilenas por embarcaciones pesqueras peruanas al otro lado del paralelo.

K. La extensión de la frontera marítima convenida: conclusión

149. La conclusión, de forma provisional, que la Corte llegó anteriormente era que la evidencia a su disposición no le permite concluir que la frontera marítima, cuya existencia reconocieron las partes en su momento, se extendía más allá de las 80 millas náuticas a lo largo del paralelo desde su punto de inicio. La práctica posterior que se ha examinado no conduce a la Corte a variar esa posición. La Corte también ha tenido en cuenta el hecho de que el simple reconocimiento, en 1954, de la existencia de una "frontera marítima" constituye una base muy débil para fundamentar que se extendía más allá de la capacidad extractiva y de tomar medidas de ejecución en ese tiempo.

150. Algunas consideraciones generales relativas a las posiciones de los tres Estados partes del Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima, particularmente las dos Partes del presente caso, a inicios de la década de 1950, demuestran que,

tratándose de las aguas más lejanas, la preocupación principal de los Estados partes, manifestada en 1947, en 1952, en 1954 (en sus actividades de ejercicio de autoridad el mar así como en sus propias las de sus negociaciones), en 1955 y a lo largo del proceso de las Naciones Unidas que condujo a las Convenciones sobre el Derecho del Mar de 1958, era en relación a presentar una posición solidaria, especialmente con relación a importantes terceros Estados que practicaban pesca en altamar. La preocupación de los Estados partes, mientras incrementaban de forma importante su capacidad pesquera era que sus recursos no fueran agotados por aquellas flotas pesqueras.

La captura de la flota ballenera de Onassis, medida tomada por Perú en defensa de los reclamos formulados por los tres signatarios de la Declaración de Santiago de 1952 (ver párrafo 75 arriba), demostraba estas dudas. Esta acción ocurrió a unas 126 millas náuticas de la costa peruana. Antes de su captura, la flota solicitó infructuosamente al Perú autorización para permitirle pescar entre las 15 y las 100 millas náuticas de la costa peruana.

151. El material sometido ante la Corte relativo al interés de las partes sobre la solidaridad, con relación a la pesca en alta mar, no le proporciona información precisa relativa a la extensión exacta de la frontera marítima que existía entre las partes. Se habría podido esperar que las Partes hubieran resuelto este tema en el marco de su acuerdo tácito y haberlo reflejado en el tratado que reconoce dicho acuerdo tácito, es decir el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954. Esto no ocurrió. Esto dejó alguna incertidumbre con relación a la longitud exacta de la frontera marítima convenida. Sin embargo, basada en el análisis del conjunto de la evidencia relevante que le fue presentada, la Corte concluye que la frontera marítima convenida entre las partes se extendía hasta una distancia de 80 millas náuticas a lo largo del paralelo desde su punto de inicio.

[55]

V.- EL PUNTO DE INICIO DE LA FRONTERA MARÍTIMA ACORDADA

152. Habiendo concluido que existe una frontera marítima entre las Partes, la Corte ahora debe identificar la ubicación del punto de inicio de aquella frontera.

153. Ambas Partes están de acuerdo en que la frontera terrestre que los separa fue establecida y delimitada hace más de ochenta años, de acuerdo con el Artículo 2 del Tratado de Lima de 1929 (ver párrafo 18), que establece que "la frontera entre los territorios del Perú y de Chile, partirá de un punto de la costa que se denomi-

nará "Concordia", distante diez kilómetros al norte del puente del río Lluta". El artículo 3 del Tratado de Lima de 1929 estipula que la demarcación de la frontera sería confiada a una Comisión Mixta conformada por un miembro designado por cada parte.

154. Para Perú, los delegados de las partes de la Comisión Mixta no podían ponerse de acuerdo sobre la ubicación exacta del Punto Concordia. Perú recuerda que esto fue resuelto a través de instrucciones que los Ministerios de Relaciones Exteriores de cada Estado enviaron a sus delegados en abril de 1930 (en adelante las "Instrucciones Conjuntas"), estas precisaban a los delegados que el Punto Concordia debía corresponder al punto de intersección entre el Océano Pacífico y un arco con un radio de diez kilómetros que tuviera su centro en el puente sobre el Río Lluta, con la frontera terrestre aproximándose así al mar formando un arco hacia el sur. Perú señala que las Instrucciones Conjuntas también preveían que "[un] hito fronterizo sería ubicado en algún punto del arco, lo más cerca posible del mar previniendo que sea destruido por las aguas del oceano".

155. Perú recuerda que, en el Acta Final de la Comisión de Demarcación que tendría la Descripción de los Hitos Colocados de fecha del 21 de julio de 1930 (en adelante el "Acta Final"), acordado por las partes señala que "la línea de frontera que delimita parte del Océano Pacífico, *en un punto* del litoral ubicado a diez kilómetros al noroeste del primer puente sobre el Rio Lluta del ferrocarril Arica-La Paz" (énfasis agregado). Perú sostiene que el Acta Final además señala que el primer hito a lo largo de la delimitación física de la frontera terrestre es el Marcador Fronterizo No. 1 (Hito No. 1), que se ubica a los 18° 21' 03" de latitud sur y 70° 22' 56" de longitud oeste, a alguna distancia de la línea de bajamar, para evitar su destrucción por las aguas marinas. Perú considera entonces que el Acta Final establece una distinción entre un "punto", como un concepto abstracto correspondiente a la ubicación geográfica del punto de inicio de la frontera terrestre (i.e., el Punto Concordia), y los "hitos", que son estructuras físicas reales a lo largo de la frontera terrestre. Según el Perú, teniendo en cuenta que el Acta Final hace referencia tanto al punto establecido en el Artículo 2 del Tratado de Lima de 1929 como también al Hito No. 1, estas dos ubicaciones son, necesariamente, diferentes. Así, fundamentándose a la vez en las Instrucciones Conjuntas y en el Acta Final, Perú sostiene que el Hito No. 1 no estaba destinado a establecer el punto de inicio de la acordada frontera terrestre, sino que, simplemente pretendía marcar un punto sobre el arco que constituía tal frontera. Perú se refiere además a mapas contemporáneos que según ellos, demostraban con precisión que el Hito No. 1 no marcaba el punto de inicio de la frontera terrestre. Perú además agrega que la referencia en el Acta Final al Hito No. 1 como ubicado sobre el "litoral"

no es más que una mención general, de acuerdo con la forma general en que los demás hitos son descritos en el mismo documento. Finalmente, Perú aclara que el Acta Final está de acuerdo en dar al Hito No. 9, ubicado cerca de la línea férrea, el nombre "Concordia" por razones simbólicas, explicación con la cual Chile está de acuerdo.

[56]

156. Según Chile, el resultado del Tratado de Lima de 1929 y del proceso de demarcación de 1930 era que las partes estaban de acuerdo en que el Hito No. 1 había sido ubicado en el litoral, con coordenadas astronómicas 18° 21' 03" de latitud sur y de 70° 22' 56" de longitud oeste, y que la frontera terrestre se iniciaba desde este Hito. Para Chile, las Instrucciones Conjuntas establecían que habría un punto de inicio de la frontera terrestre sobre la costa, encargando a los representantes a supervisar la instalación de un hito para indicar éste punto de inicio. Chile hace valer un Acta de Plenipotenciarios, del 5 de agosto de 1930 firmada por el Embajador de Chile en Perú y por el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, señalando que registra "la ubicación y las características definitivas" de cada uno de los hitos y aceptaba que estos partiendo en orden desde el Océano Pacífico, demarcaban la frontera terrestre Perú-Chile.

157. Perú considera que la afirmación chilena relativa de que el Hito No. 1 constituye el punto de inicio de la frontera terrestre conlleva dos dificultades insuperables. Para Perú, en primer lugar, esto significa que un segmento de la frontera terrestre, de aproximadamente 200 metros, no habría sido delimitada, lo que no es la intencion del Tratado de Lima de 1929 ni del Acta Final. El segundo problema es que la frontera marítima no podría comenzar en tierra firme a unos 200 metros tierra adentro de la costa, refiriéndose a lo que considera ser un "principio fundamental" en derecho marítimo, el hecho que "la tierra domina el mar". De modo subsidiario, Perú señala que la interpretación chilena exige que la frontera marítima comienza ahí donde el paralelo, pasando por el Hito No. 1, llega al mar, lo que va en contra del Tratado de Lima de 1929 y de las Instrucciones Conjuntas, las que claramente se refieren a la frontera terrestre como siguiendo un arco curvo hacía el sur partiendo del Hito No. 1. Perú agrega que, al menos hasta la década de 1990, la práctica cartográfica chilena mostraba con claridad al Punto Concordia como el punto de inicio de la frontera terrestre, un punto reconocido como diferente del Hito No. 1.

158. Chile afirma que los acuerdos de los faros de 1968-1969 también son pertinentes en la medida en que involucraban una supervisión conjunta de la ubicación

física exacta del Hito No. 1. Según Chile, la Declaración de Santiago de 1952 no precisaba cuál era el paralelo que pasaba sobre el punto donde la frontera terrestre alcanza al mar. Para los marineros reconocer e identificar tal paralelo dio origen a dificultades prácticas entre las partes, como resultado ellos acordaron señalizar tal paralelo con dos faros alineados sobre el Hito No. 1. Chile hace referencia a un documento de fecha 26 de abril de 1968, firmado por ambas partes, que dice representa un acuerdo que es el paralelo de la frontera marítima el que podía ser señalizado por los faros. Así Chile sostiene que "[l] os acuerdos de 1968-1969 y el proceso de señalización en su conjunto confirmaron que el Hito No .1 era el punto de referencia para determinar el paralelo de latitud que establecía la frontera marítima entre las Partes", agregan que, además, las Partes también han utilizado el paralelo que pasa por este punto como frontera marítima para decidir lo relativo a la captura y persecución de buques extranjeros. Chile además sostiene que la práctica peruana entre 1982 y el 2001 va en el mismo sentido al considerar el paralelo que pasa por el Hito No. 1, como punto más al sur del territorio peruano.

[57]

159. Perú recuerda que cuando en 1968 le propuso a Chile concluir los acuerdos relativos a los faros, señaló que podría ser "útil para los dos países instalar en el punto en el que la frontera común llega al mar, cerca del hito número uno, unos postes, o cualquier otra marca de dimensiones considerables y visibles a gran distancia", con Perú sosteniendo que la expresión "*cerca* del Hito No. 1" indicaba claramente que este punto era diferente del punto donde termina la frontera terrestre correspondiente al Punto Concordia. Perú entonces continua explicando que la ubicación del faro peruano en el Hito No. 1 estaba motivado por fines prácticos, argumentando que como el propósito del acuerdo era proveer orientación general a los pescadores artesanales que operan cerca de la costa, no delimitar una frontera marítima, el alinear los faros a lo largo del Hito No. 1 resultaba suficiente.

160. La Ley de Líneas de Base del Dominio Marítimo del Peru, Ley No. 28621 del 3 de noviembre de 2005, identifica las coordenadas del Punto Concordia como el que se encuentra ubicado a los 18° 21' 08" de latitud sur y 70° 22' 39" de longitud oeste, de acuerdo con el dato del sistema geodésico WGS 84. La Ley establece las coordenadas geográficas de 266 puntos utilizados para trazar las líneas de base peruanas, que terminan en el así llamado "Punto 266", estas, según el Perú, coinciden con el Punto Concordia.

161. Perú, además, sostiene que a lo largo de los últimos años, Chile ha pretendido poner en duda lo que ya se había acordado entre ellos, que el Punto Concordia constituía el punto de inicio de la frontera terrestre, en este sentido, se refiere a un incidente ocurrido a comienzos del 2001, ocasión en que Chile habría instalado un puesto de vigilancia entre el Hito No. 1 y el litoral, lo que provocó una reacción inmediata de parte de Perú y que conllevó al retiro de dicho puesto. Chile sostiene que su decisión de retirar el puesto de vigilancia se debía a las recomendaciones de los ejercitos de los dos Estados para que no hubiera patrullas de vigilancia a menos de 100 metros de la frontera terrestre internacional, con Chile alegando que se reservaba debidamente su posicion respecto al curso de la frontera terrestre. Perú, sobre este tema se refiere además a los intentos chilenos de aprobar legislación interna en el 2006–2007 relativos al punto de inicio de la frontera terrestre como la intersección de la orilla del mar con el paralelo que pasa por el Hito No. 1, en lugar del Punto Concordia. Chile sostiene que su fracaso en adoptar la legislación planteada no tenía relación con lo mencionado anteriormente.

*

162. La Corte observa que el 20 de octubre de 2000 Perú comunicó a Chile la existencia de un desacuerdo entre ellos relativo al estatus del paralelo que pasa por el Hito No. 1 como frontera marítima. El 9 de enero de 2001, Perú informó al Secretario General de las Naciones Unidas sobre su desacuerdo con la interpretación chilena según la cual la frontera marítima que separa los dos Estados estaría constituida por el paralelo de 18° 21' 00" de latitud sur. El 19 de julio del 2004, Perú describió la situación como una en la que los intercambios entre las partes habían revelado "posiciones jurídicas totalmente divergentes y opuestas

[58]

relativas a la delimitación marítima, lo que, de acuerdo con el Derecho Internacional, demuestra la existencia de una controversia jurídica". En tales circunstancias, la Corte no considerara los argumentos de las Partes en relación con un incidente que involucro un puesto de vigilancia en el 2001, la Ley de Líneas de Base del Dominio Marítimo del Perú de fecha 3 de noviembre del 2005 o las iniciativas legislativas chilenas del 2006-2007, debido a que tales eventos ocurrieron luego que había sido evidente el surgimiento de un litigio en relación a esta materia y por tanto estas acciones podían ser percibidas como motivadas por las posiciones de las Partes en relación a la misma.

163. La Corte advierte que varios de los argumentos presentados por las Partes hacen referencia a un tema que no fue demandado en el proceso, como es la determinación del punto de inicio de la frontera terrestre, conocido como "Concordia" en el Artículo 2 del Tratado de Lima de 1929. La tarea de la Corte es determinar si las Partes acordaron un punto de inicio de la frontera marítima. La jurisdicción de la Corte en relación con el tema de la frontera marítima es indiscutible.

164. La Corte constata que durante las preparaciones tempranas para los acuerdos de faros en abril de 1968 (examinados en el párrafo 96 arriba), los delegados de ambas Partes habían entendido que se alistaban a materializar el paralelo que pasa por el Hito No. 1, paralelo que, según ellos, constituía la frontera marítima, y que los delegados hicieron saber tal entendimiento a sus respectivos gobiernos.

165. Los gobiernos de ambas partes entonces confirmaron su entendimiento. La nota del 5 de agosto de 1968, del Secretario General de Relaciones Exteriores del Perú dirigida al Encargado de Negocios de Chile señala:

"tengo el gusto de informarle que el Gobierno peruano aprueba en su integralidad el documento firmado en la frontera entre Perú y Chile el 26 de abril de 1968 por los representantes de nuestros dos países en aras de la instalación de marcas de alineación destinadas a materializar el paralelo que constituye la frontera marítima.

Nosotros nos alegramos por la idea de dar inicio, cuando usted me comunique la aceptación del Gobierno chileno, las discusiones necesarias para determinar la fecha en la que la Comisión Conjunta se reunirá, para proceder a la verificación de la posición del Hito No. 1 e indicar la ubicación definitiva de las torres o de las marcas de referencia ...."

La Corte observa la aprobación del Perú de la totalidad del documento del 26 de abril de 1968.

166. La respuesta de Chile, del 29 de agosto de 1968, dirigida por la Embajada de Chile al Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, fue redactada en los siguientes términos:

"La Embajada de Chile presenta sus buenos deseos al Honorable Ministerio de Relaciones Exteriores y tiene el honor de referirse a la Reunión de la Comisión Conjunta Chile – Perú, llevada a cabo el 25 y el 26 de abril de 1968, relativa al estudio efectuado con relación a la instalación de marcas de alineación que sean

visibles desde el mar para materializar el paralelo que constituye la frontera marítima desde el Hito No. 1.

Al respecto, la Embajada de Chile tiene el placer de aceptar, en nombre del Gobierno chileno, las propuestas formuladas por los representantes técnicos de los dos países en el documento firmado el 28 *[sic]* de abril de 1968, en aras de tomar las medidas necesarias para la señalización mencionada para que sirva de mecanismo de alerta para los buques de pesca que frecuentan la zona marítima fronteriza.

Teniendo en cuenta que el paralelo debe materializarse, éste es el correspondiente a la posición geográfica indicada por el Hito No. 1, de acuerdo con Acta firmada en Lima el 1 de agosto de 1930, el Gobierno chileno acepta que una Comisión Conjunta *ad hoc* sea constituida lo más pronto posible, para verificar desde un comienzo esta pirámide y, además, que la comisión en cuestión determine la ubicación de los lugares donde se deben instalar las marcas de referencia".

167. El Acta de la Comisión Mixta Chile–Perú Encargada de Verificar la Ubicación del Hito No. 1 y de Señalar la Frontera Marítima del 22 de agosto de 1969 (de aquí en adelante, el "Acta de 1969"), firmado por los delegados de ambas Partes, enuncia su misión utilizando los siguientes términos:

"Los suscritos, representantes de Chile y de Perú, nombrados por su respectivos gobiernos con la misión de verificar la posición geográfica de origen del hito en concreto número uno (No. 1) que demarca la frontera común entre los dos países y determinar la ubicación de las marcas de alineación que los dos Estados convinieron ubicar *con el fin de señalar la frontera marítima y de dar un efecto material al paralelo que pasa por el hito No. 1* ..." (énfasis agregado)

168. El Acta de 1969 recomienda la reconstrucción en su ubicación inicial, aún visible, del Hito No. 1 que se encontraba dañado. El Acta de 1969 contenía también una sección llamada "Informe Conjunto" firmado por los Jefes de las Delegaciones de cada una de las Partes, en el que su misión se describió como:

"Los suscritos, Jefes de las Delegaciónes de Chile y de Perú, presentan a sus respectivos Gobiernos el presente Informe relativo al estado de reparacion de los hitos fronterizos sobre la zona de frontera entre Perú y Chile, los cuales tuvieron la oportunidad de inspeccionar en el marco de los trabajos que tenían que efectuar con el fin de verificar la ubicación del Hito número uno y de señalar la frontera marítima."

[60]

169. La Corte señala que ambas Partes se refirieron claramente a su entendimiento de que la tarea que de forma conjunta realizarían involucra la materialización del paralelo de la frontera marítima existente, y que tal paralelo pasaría por el Hito No. 1.

170. Con el fin de determinar el punto de inicio de la frontera marítima, la Corte ha considerado cierta evidencia cartográfica aportada por las Partes. La Corte observa que Perú presentó varios mapas oficiales de Arica fechados en 1965 y 1966, y de Chile de fechas 1955, 1961 y 1963, publicados por el *Instituto Geográfico Militar de Chile*, así como un extracto de la Carta Náutica Chilena 101 de 1989. Sin embargo, estos documentos hacen referencia, en gran medida, a la ubicación del punto "Concordia" sobre la costa y no pretenden identificar alguna frontera marítima.

171. Igualmente, la Corte constata que varios ejemplos de la práctica subsiguiente peruana de 1968 los que Chile se apoya para tratar de establecer la práctica peruana posterior a 1968 carecen de pertinencia debido a que se refieren al tema de la ubicación de la frontera terrestre de Perú y Chile.

172. El único mapa chileno aportado por Perú que aparentemente representa la frontera marítima a lo largo del paralelo que pasa por el Hito No. 1 es un extracto de la Carta Náutica Chilena 1111 de 1998. Este mapa, sin embargo, confirma el acuerdo de 1968-1969 entre las partes. La Corte estima que no está en capacidad de deducir algo a partir del retraso chileno de 30 años en hacer esta representación cartográfica.

173. Los elementos de prueba relativos a la pesca y a las demás actividades marítimas en la región no están lo suficientemente detalladas para ser útiles en una situación como la presente donde los puntos de inicio de la frontera marítima que han sido reivindicados por cada una de las Partes están separados por solo 8 segundos de latitud, tampoco es esta evidencia legalmente importante.

174. La Corte considera que la frontera marítima que las Partes pretendían señalizar por medio de los acuerdos sobre los faros, se encontraba constituida por el paralelo que pasa por el Hito No. 1. Ambas Partes subsiguientemente pusieron en ejecución las recomendaciones contenidas del Acta de 1969 al edificar los faros, tal y como lo habían acordado, y así, determinando el paralelo que pasa por el Hito No. 1. Por tanto, los acuerdos sobre faros de 1968–1969 sirven como evi-

dencia convincente que la frontera marítima acordada sigue el paralelo que pasa por el Hito No. 1.

175. La Corte no tiene la facultad para pronunciarse sobre la ubicación del Punto Concordia, donde comienza la frontera terrestre entre las Partes. Ella estima que podría ser posible que éste último punto no coincida con el punto de inicio de la frontera marítima, tal y como se acaba de definir. Sin embargo, la Corte señala que esta situación sería la consecuencia de los acuerdos alcanzados entre las partes.

[61]

176. La Corte así concluye que el punto de inicio de la frontera marítima entre las partes es la intersección del paralelo de latitud que pasa por el hito No.1 con la línea de bajamar.

VI. EL CURSO DE LA FRONTERA MARÍTIMA A PARTIR DEL PUNTO A

177. Habiendo concluido que entre las Partes existe una frontera marítima convenida y que esta inicia en la intersección entre el paralelo de latitud que pasa por el Hito No.1 y la línea de bajamar, para seguir hasta 80 millas náuticas, la Corte determinará a continuación el trazado de la frontera marítima más allá de ese punto.

178. Mientras Chile firmó y ratificó la CNUDM, Perú no es parte de este instrumento. Ambas Partes reivindican derechos marítimos sobre 200 millas náuticas. Ninguna de ellas formuló pretensiones relativas a una plataforma continental extendida en la zona objeto del presente diferendo. Chile reivindica un mar territorial de 12 millas náuticas, así como una zona económica exclusiva y una plataforma continental extendiéndose hasta una distancia de 200 millas náuticas contadas desde la costa. Perú pretende un "dominio marítimo" de 200 millas náuticas. El Agente de Perú declaró formalmente, en representación de su Gobierno, que "[l] a expresión "dominio marítimo" que se encuentra en la Constitución [peruana] es utilizada de acuerdo con la definición de los espacios marítimos previstos en la Convención de 1982". La Corte toma en consideración de esta declaración que manifiesta una vinculación formal de Perú.

179. La Corte se fundamentará en las disposiciones de los Artículos 74, párrafo 1, y 83, párrafo 1, de la CNUDM, los cuales, como la Corte ha reconocido, reflejan el Derecho Internacional consuetudinario (*Delimitación Marítima y Cuestiones*

Territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar vs Bahrein), fondo, Sentencia, ICJ Reports 2001, p. 91, párrafo 167; *Controversia territorial y marítima (Nicaragua vs Colombia), Sentencia, ICJ Reports 2012 (II)*, p. 674, párrafo 139). Los textos de estas disposiciones es idéntica, la diferencia radica en que el Artículo 74 hace referencia a la zona económica exclusiva y el Artículo 83 a la plataforma continental. Estipulan lo siguiente:

"La delimitación de la zona económica exclusiva [plataforma continental] entre Estados con costas situadas frente a frente o adyacentes se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del Derecho Internacional, a que se hace referencia en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa."

180. La metodología que la corte usualmente emplea al buscar una solución equitativa tiene tres etapas. En primer lugar, construye una línea equidistante provisional a menos que haya razones imperativas que lo impidan. En segundo lugar, considera si existen circunstancias pertinentes que puedan llevar a ajustar dicha línea para lograr un resultado equitativo. En tercer lugar, la Corte lleva a cabo un test de desproporcionalidad en el cual se mira si la línea ya ajustada es tal que os espacios respectivos a cada una de las partes en la zona pertinente son marcadamente desproporcionados con relación a la longitud de sus costas pertinentes (*Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania vs Ucrania), Sentencia, ICJ Reports 2009*, pp. 101–103, párrafos 115–122; *Controversia territorial y marítima (Nicaragua vs Colombia), Sentencia, ICJ Reports 2012 (II)*, pp. 695-696, párrafos 190-193).

[62]

181. En el presente caso, Perú propuso que se siguiera el procedimiento de tres etapas en la delimitación de la frontera marítima entre los dos Estados. Perú formula las tres observaciones siguientes. Primero, las costas pertinentes y el área relevante dentro de la cual la delimitación va a ser efectuada están circunscritas por las costas de cada parte extendiéndose una distancia de 200 millas náuticas desde el punto de inicio de su frontera terrestre. El trazado de la línea de equidistancia provisional en dicha área es un ejercicio fácil. Segundo, no existe ninguna circunstancia especial que conlleve a ajustar la línea de equidistancia provisional, de tal forma que esta represente una delimitación marítima equitativa: la línea resultante conlleva, para las Partes, a una división equitativa de los derechos marítimos superpuestos de las Partes y no da lugar a ningún tipo de superposición indebida sobre las proyecciones de sus respectivas costas o cualquier efecto de

corte. Tercero, la aplicación *ex post facto* del elemento de proporcionalidad confirma la naturaleza equitativa de la línea de equidistancia.

182. Chile no presentó ningún argumento al respecto. A lo largo del proceso su posición consistió en que las partes ya habían delimitado, por vía de acuerdo, la totalidad de la zona marítima en litigio, en 1952, y que, en consecuencia, la Corte no debía realizar ninguna delimitación marítima.

183. En el presente caso, la delimitación de la zona marítima debe partir del punto donde termina la frontera marítima acordada, la cual se extiende, como ha determinado la Corte, sobre una distancia de 80 millas náuticas (Punto A). En la práctica, cierto número de delimitaciones fueron realizadas a partir de un punto ubicado, no en la línea de bajamar, sino en la costa, como consecuencia de un acuerdo pre-existente entre las partes (*Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine (Canadá / Estados Unidos de América), Sentencia, ICJ Reports 1984*, pp. 332–333, párrafo 212; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún vs Nigeria; Guinea Ecuatorial interviniente), Sentencia, ICJ Reports 2002*, pp. 431–432, párrafos 268-269; *Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania vs Ucrania), Sentencia, ICJ Reports 2009*, p. 130, párrafo 218). Sin embargo, la situación que se le presenta a la Corte en el presente caso es inusual ya que el punto de inicio de la delimitación está mucho más alejado del litoral: a 80 millas náuticas del punto más cercano sobre la costa chilena y a unas 45 millas náuticas del punto más cercano de la costa peruana.

184. La metodología usualmente utilizada por la Corte busca lograr una solución equitativa. Siguiendo esta metodología, la Corte procederá ahora a la construcción de una línea equidistante provisional partiendo del punto final de la frontera marítima existente (Punto A).

185. Para construir esta línea, en primer lugar la Corte selecciona los puntos de base apropiados. Teniendo en cuenta la ubicación del Punto A, ubicado a una distancia de 80 millas náuticas de la costa a lo largo del paralelo, el punto de base inicial más cercano sobre la costa chilena estará ubicado cerca del punto de inicio de la frontera marítima entre Chile y Perú y, sobre la costa peruana, en un punto donde el arco de un círculo de 80 millas náuticas de radio trazado a partir del Punto A cruza la costa peruana con el fin de construir una línea equidistante provisional, solo los puntos de la costa peruana que se encuentran a más de 80 millas náuticas del Punto A pueden ser relacionados con los puntos ubicados a una distancia equivalente sobre la costa chilena. El arco del círculo representado en el Mapa No. 3 sirve para identificar

[63]

el primer punto de base peruano. Los demás puntos base para la construcción de la línea equidistante provisional han sido seleccionados como los más avanzados hacia los puntos de la costa "situados lo más cercanos a la zona a delimitar" (*Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania vs Ucrania), Sentencia, ICJ Reports 2009*, p. 101, párrafo 117). Estos puntos de base están ubicados al noroeste del punto de base inicial sobre la costa peruana y al sur del punto de base inicial sobre la costa chilena. Ninguno de los puntos de la costa peruana ubicados al sureste del punto de inicio sobre la costa pueden ser relacionados con un punto sobre la costa chilena, ya que se encuentran ubicados a menos de 80 millas náuticas del Punto A (ver Mapa No. 3; Construcción de la línea equidistante provisional).

186. La línea equidistante provisional así construida recorre una dirección general sur-oeste, casi en línea recta, reflejando el carácter regular de las dos costas, y sigue una dirección general hacia el suroeste, hasta llegar al límite de 200 millas náuticas medidas desde las líneas de base chilenas (punto B). Más allá de este punto y hacia el mar, las proyecciones de la costa de las partes sobre una distancia de 200 millas náuticas ya no se sobreponen.

187. Antes de continuar con la aplicación de la metodología habitual, la Corte recuerda que, en su segunda petición, Perú solicito a la Corte juzgar que, más allá del punto donde la frontera marítima común termina, Perú puede ejercer derechos soberanos sobre el espacio marítimo que se extiende hasta las 200 millas náuticas desde sus líneas de base (ver párrafos 14 y 15 arriba). Esta pretensión relativa a la zona representada en el Mapa No. 2 en azul más oscuro (ver párrafo 22 arriba).

188. Perú afirma que, en la zona marítima situada más allá del límite de las 200 millas náuticas desde la costa chilena, pero dentro de las 200 millas náuticas de su propia costa, goza de derechos reconocidos a un Estado costero por el Derecho Internacional general y que Chile no tiene dichos derechos.

Chile contestó que la Declaración de Santiago de 1952 establece una frontera lateral única para todos los espacios marítimos, existentes o que lleguen a existir, de los Estados parte, invocando la referencia del párrafo II de la Declaración a "una distancia mínima de 200 millas náuticas".

189. Habiendo ya la Corte concluido que la línea fronteriza acordada que sigue el paralelo de latitud llega hasta las 80 millas náuticas de la costa, la base del argumento chileno deja de existir. Además debido a que la Corte ha decidido que

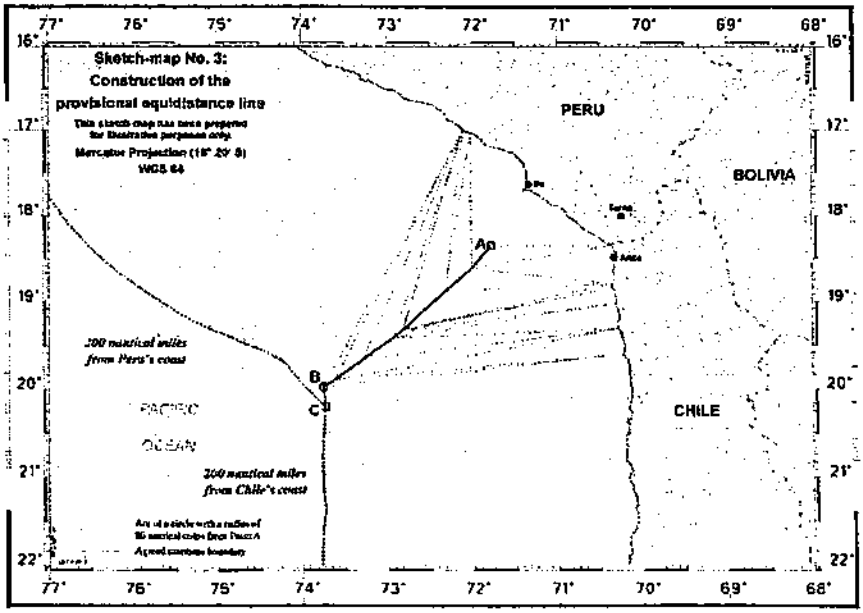
procederá con la delimitación de los derechos marítimos de las partes que se sobreponen trazando una línea equidistante, el segundo punto pretendido por Perú perdió su objeto y no es necesario que la Corte se pronuncie al respecto.

190. Más allá del Punto B (ver párrafo 186 arriba), los límites de 200 millas náuticas de los derechos marítimos de las Partes delimitados sobre la base de la equidistancia, ya no se sobreponen. La Corte observa que, a partir del Punto B, el límite de 200 millas náuticas a los que Chile puede pretender sigue una dirección general hacia el sur. El último segmento de la frontera marítima se extiende por lo tanto desde el Punto B hasta el Punto C, donde se intersectan los límites de 200 millas náuticas de los derechos marítimos de las partes.

[64]

Mapa No. 3:

Construcción de la línea equidistante provisional
Arco de un circulo con un radio de 80 millas náuticas desde el Punto A
Frontera marítima acordada



[65]

191. A continuación la Corte debe determinar si existen circunstancias pertinentes que exijan que se ajuste la línea equidistante provisional con el fin de, siempre debe recordarse, llegar a un resultado equitativo. En el presente caso, la línea equidistante evita cualquier recorte excesivo de las proyecciones marítimas de cada Estado. El expediente sometido a la Corte no muestra características relevantes. No existe entonces ninguna razón para ajustar la línea equidistante provisional.

192. La etapa siguiente consiste en determinar si la línea de equidistancia provisional trazada partiendo del Punto A genera una desproporción importante con relación a la longitud de las costas pertinentes y a la división de la zona pertinente. El objetivo es verificar el carácter equitativo del resultado.

193. Como ya lo mencionó la Corte (ver párrafo 183 arriba), la existencia de una línea acordada que se extiende una distancia de 80 millas náuticas a lo largo del paralelo de latitud constituye una situación inusual. La existencia de aquella línea haría que sea difícil, sino imposible, el cálculo de la longitud de las costas pertinentes y de la extensión de la zona pertinente, si se procediera con el cálculo matemático de proporcionalidad. La Corte recuerda que en algunos casos en el pasado, como consecuencia de las dificultades prácticas que se suscitaban por las circunstancias particulares del caso, no ha procedido con ese cálculo. Habiendo establecido este punto en el caso relativo a la *Plataforma Continental* (*Jamahiriya [Republica popular] Arabe Libia / Malta*) (*Sentencia, ICJ Reports 1985*, p. 53, párrafo 74), continuo en estos terminos:

"si la Corte vuelve su atencion ahora a la extensión de las zonas de plataforma a ambos lados de la línea, es posible que se haga una idea aproximada de la equidad del resultado, sin tratar de expresar las equidades en valores aritméticos" (*ibid.*, p. 55, párrafo 75).

Más recientemente, la Corte observó que, en esta última etapa del proceso de delimitación, el cálculo no conlleva ser preciso y sigue manteniéndose como aproximativo; "[el] objeto de la delimitación es alcanzar a una delimitación que sea equitativa, no a una repartición igual de las áreas marítimas" (*Delimitación marítima en el Mar Negro* (*Rumania vs Ucrania*), *Sentencia, ICJ Reports 2009*, p. 100, párrafo 111; ver en el mismo sentido el caso de la *Delimitación Marítima en el Area situada entre Groenlandia y Jan Mayen* (*Dinamarca vs Noruega*),

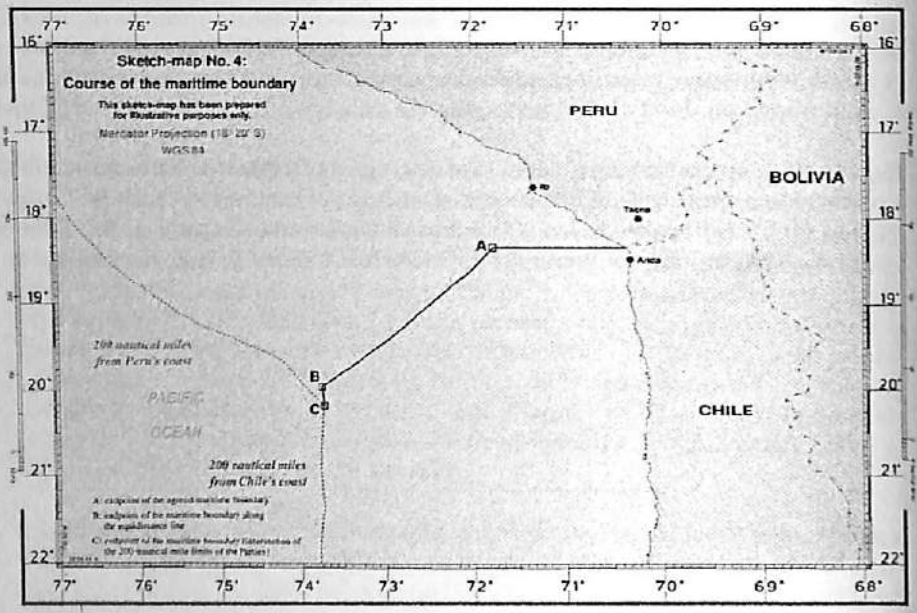
Sentencia, ICJ Reports 1993, pp. 66–67, párrafo 64, y p. 68, párrafo 67, en lo que concierne a las dificultades que se presentaron, como en el caso de la *Plataforma Continental* (Jamahiriya Arabe Libia / Malta), para definir con precisión suficiente qué costas y qué zonas iban a ser consideradas como relevantes; y el caso de la *Frontera Terrestre y Marítima entre Camerún y Nigeria* (*Camerún vs Nigeria: Guinea Ecuatorial interviniente*), *Sentencia, ICJ Reports 2002*, pp. 433–448, párrafos 272–307, en el que la Corte, a pesar de haberse referido a las costas y las zonas pertinentes, no realizó un cálculo preciso de ellas). En tales casos, la Corte procede a una evaluación general de la desproporcionalidad.

194. Dadas las circunstancias inusuales de este caso, la Corte sigue aquí el mismo camino y concluye que ninguna desproporción importante es evidente, de forma tal que ponga en duda el carácter equitativo de la línea de equidistancia provisional.

195. La Corte, en consecuencia concluye que, a partir del Punto A, la frontera marítima entre las partes sigue la línea equidistante hasta el Punto B, y a continuación sigue a lo largo del límite de las 200 millas náuticas medidas a partir de las líneas de base de Chile hasta el Punto C (ver Mapa No. 4: Curso de la frontera marítima).

[66]

Mapa No. 4:
Curso de la frontera maritima
A: punto final de la frontera marítima acordada
B: punto final de la frontera marítima a lo largo de la línea equidistante
C: punto final de la frontera marítima (intersección de los limites de las 200 millas n de las Partes)



[67]

VII. CONCLUSIÓN

196. La Corte concluye que la frontera marítima entre las Partes se inicia en el punto tersección entre el paralelo de latitud que pasa por el Hito fronterizo No. 1 y la l bajamar, y se extiende hasta una distancia de 80 millas náuticas a lo largo de aque lelo de latitud hasta el Punto A. A partir de este punto, la frontera maritima sigue l de equidistancia hasta el Punto B, y despues sigue el límite de las 200 millas n medidas desde las líneas de base de Chile hasta el Punto C.

197. En vista de las circunstancias del presente caso, la Corte ha definido el curso de la frontera marítima entre las Partes sin determinar las coordenadas geográficas exactas. Además, en las solicitudes finales de las partes no se pidió a la Corte que lo realice. La Corte espera que las Partes determinen estas coordenadas de conformidad con la presente sentencia y en un espíritu de buena vecindad.

*

* *

198. Por estas razones,
LA CORTE,
(1) Por quince votos contra uno,

Decide que el punto de inicio de la frontera marítima única que delimita las zonas marítimas respectivas entre la República de Perú y la República de Chile es la intersección del paralelo de latitud que pasa por el Hito fronterizo No. 1 con la línea de bajamar;

A FAVOR: *Presidente* Tomka; *Vicepresidente* Sepúlveda-Amor; *Jueces* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Xue, Donoghue, Sebutinde, Bhandari; *Jueces* ad hoc Guillaume, Orrego Vicuña;

EN CONTRA: *Juez* Gaja;

[68]

(2) Por quince votos contra uno,

Decide que el segmento inicial de la frontera marítima única sigue el paralelo de latitud que pasa por el Hito fronterizo No. 1 hacia el Oeste;

A FAVOR: *Presidente* Tomka; *Vicepresidente* Sepúlveda-Amor; *Jueces* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari; *Jueces* ad hoc Guillaume, Orrego Vicuña;

EN CONTRA: *Juez* Sebutinde;

(3) Por diez votos contra seis,

Decide que el segmento inicial se extiende hasta un punto (Punto A) ubicado a una distancia de 80 millas náuticas desde el punto de inicio de la frontera marítima única;

A FAVOR: *Vicepresidente* Sepúlveda-Amor; *Jueces* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Donoghue; *Juez* ad hoc Guillaume;

EN CONTRA: *Presidente* Tomka; *Jueces* Xue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; *Juez* ad hoc Orrego Vicuña;

(4) Por diez votos contra seis,

Decide que, a partir del Punto A, la frontera marítima única sigue en dirección suroeste, a lo largo de la línea equidistante de las costas de la República de Perú y de la República de Chile, medida desde ese punto, hasta su intersección (en el Punto B) con el límite de las 200 millas náuticas medido desde las líneas base a partir de las cuales está medido el mar territorial de la Republica de Chile. A partir del Punto B, la frontera marítima única sigue en dirección sur a lo largo de ese límite hasta que alcanza el punto de intersección (Punto C) de los límites de 200 millas náuticas medidas desde las líneas base a partir de las cuales se miden los mares territoriales respectivos de la República de Perú y de la República de Chile;

A FAVOR: *Vicepresidente* Sepúlveda-Amor; *Jueces* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Donoghue; *Juez* ad hoc Guillaume;

EN CONTRA: *Presidente* Tomka; *Jueces* Xue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; *Juez* ad hoc Orrego Vicuña;

5) Por quince votos contra uno,

Decide que, por las razones expuestas en el párrafo 189 arriba, la Corte no requiere pronunciarse sobre la segunda solicitud final de la República de Perú.

A FAVOR: *Presidente* Tomka; *Vicepresidente* Sepúlveda-Amor; *Jueces* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; *Juez* ad hoc Guillaume;

EN CONTRA: *Juez* ad hoc Orrego Vicuña.

[69]

Redactado en inglés y en francés, siendo el texto en inglés el autorizado, en el Palacio de la Paz, La Haya, el veintisiete de enero del dos mil catorce, en tres ejemplares, uno de los cuales será depositado en los archivos de la Corte y los otros serán entregados respectivamente al Gobierno de la República de Perú y al Gobierno de la República de Chile.

(*Firmado*) Peter TOMKA.
Presidente.

(*Firmado*) Philippe COUVREUR.
Secretario.

El presidente TOMKA y el vicepresidente SEPÚLVEDA–AMOR adjuntan declaraciones a la Sentencia de la Corte; el Juez OWADA adjunta una opinión separada a la Sentencia de la Corte; el Juez SKOTNIKOV adjunta una declaración a la Sentencia de la Corte; los Jueces XUE, GAJA, BHANDARI y el Juez *ad hoc* ORREGO VICUÑA adjuntan una opinión disidente conjunta a la Sentencia de la Corte; los Jueces DONOGHUE y GAJA adjuntan declaraciones a la Sentencia de la Corte; la Juez SEBUTINDE adjunta una opinión disidente a la Sentencia de la Corte; el Juez ad hoc GUILLAUME adjunta una declaración a la Sentencia de la Corte; el Juez ad hoc ORREGO VICUÑA adjunta una opinión separada, en parte concordante y en parte disidente, a la Sentencia de la Corte.

(*Rubricado*) P.T.

(*Rubricado*) Ph. C.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Interés superior del niño y maltrato infantil

Chedorlaomer Rubén Gonzáles Espinoza
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM

SUMARIO: *Resumen. I.- Introducción. II.- Historia de la niñez. III.- La relación paterno filial. IV.- El maltrato infantil. V.- El interés Superior del Niño. VI.- Conclusiones; Fuentes consultadas.*

Resumen

Toda sociedad basa su futuro en las generaciones de niños y jóvenes, para lo cual su formación y educación resultan fundamentales. Lamentablemente, la humanidad no ha aprendido aún la importancia del cuidado de la prole y de su protección, no obstante los avances logrados en las últimas décadas.

Padres y hasta maestros consideran que es necesario el castigo físico para modelar la conducta infantil, sin reparar en el daño que ello ocasiona y que marca la vida de los infantes.

Asimismo, se cometen crímenes atroces contra la niñez, entre los que están el secuestro, violaciones, abusos, torturas, explotación laboral y sexual, actos que son perseguidos penalmente, pero que no cesan de producirse.

Todos esos actos atentan contra el interés superior del niño y que se encuentra reconocido por las constituciones y legislaciones nacionales como un derecho fundamental.

Abstract

Every society bases its future generations of children and youth , for which their training and education are essential . Unfortunately , humanity has not yet learned the importance of the care of children and their protection , despite progress in recent decades.

Parents and even teachers consider that physical punishment is necessary to model children's behavior , regardless of the damage it causes and marks the lives of infants.

Also, heinous crimes against children , including those kidnapping, rape, abuse , torture, forced labor and sexual exploitation, acts that are criminally prosecuted , but that continue to occur are committed.

All these acts against the interest of the child and which is recognized by national constitutions and laws as a fundamental right.

I.- INTRODUCCIÓN

Algunos estudios científicos han centrado su interés en averiguar si las especies inferiores cuidan o no de su prole y a dicha preocupación no han escapado los estudios sobre los dinosaurios. Gracias a ello sabemos hoy que los búfalos africanos, leones, elefantes y muchas otras especies, cuidan de su prole y la defienden del ataque de depredadores, en una demostración de riqueza instintiva que contribuye a perpetuar la especie. Incluso, a través de documentales, hemos podido apreciar que algunos depredadores han sido capaces de adoptar a crías de especies que normalmente constituyen su alimento.

¿En dónde radica la diferencia entre esas especies y el hombre que maltrata, abusa, viola, explota y hasta asesina a sus niños? ¿Dónde o en qué momento se perdió la cordura? ¿Qué sentimientos alberga quien es capaz de atentar contra seres inocentes e incapaces de defenderse?

No resulta sencillo encontrar respuestas a estas interrogantes, porque las motivaciones tienen origen y explicación diversa, debiéndose tal vez a la cultura, la personalidad, las creencias, los prejuicios o la visión de la niñez. Sea cual fuere la causa, el hecho es que a pesar del avance científico y tecnológico, el niño sigue siendo la víctima propiciatoria para los más bajos instintos y, paradójicamente, la propia tecnología.

Los atentados contra la niñez han alcanzado tal envergadura que ha sido necesario garantizar sus derechos en las Constituciones, Tratados Internacionales y legislación nacionales, mecanismos legales que resultan insuficientes para mantener a salvo a niños y adolescentes y constituyen un esfuerzo que, al parecer, ya no alcanza, como tampoco parecen surtir resultados las mayores penas impuestas a los culpables.

El maltrato infantil es un fenómeno que se larva desde los hogares y tiene raíces históricas porque el niño, al igual que la mujer, han sido víctimas ancestrales de toda la humanidad, cuya visión ha ido cambiando pero no necesariamente en forma positiva, a pesar de los esfuerzos ya anotados que han ido humanizando el trato hacia la infancia.

Los atentados son provocados no solo por personas extrañas o familiares cercanos a la familia, sino por los propios padres, muchas veces en un intento por "corregir" la conducta infantil, acto que, no pocas veces, asume consecuencias verdaderamente graves y que exigen la participación del Ministerio Público a fin de salvaguardar el interés superior del niño.

En el presente artículo, intentamos esclarecer los principales aspectos del maltrato infantil, sus causas y la importancia de cautelar el interés superior del niño, para lo cual nos remontamos a la historia de la niñez, para arribar a un análisis jurídico de esta institución y plantear alternativas de solución.

> "*En ningún lugar del mundo están a salvo. Nuncalo han estado. El menosprecio, la explotación, el abuso y la muerte persiguen a niñas y niños a lo largo de la historia. Desdichadamente el abandono y los malos tratos a las niñas y los niños han existido a través de la historia de la humanidad...*"[1].

II.- HISTORIA DE LA NIÑEZ

La historia de la violencia en los hogares es el germen de la violencia en la sociedad, porque lo que se produce en el hogar se reproduce fuera de él en mayor proporción y con más intensidad, porque ya no se trata de los actos de un individuo, sino de los grupos, como en los casos de las pandillas y las barras bravas.

En la historia de la humanidad el niño es un ser invisible, tomado en cuenta solo por la literatura para entretenerlo, pero cuyo contenido dista mucho de lo que conviene leer a un niño.

Al respecto, dice Goldin[2]: "*No hay ningún cuento en que no aparezca de manera clara alguna forma de crimen: antropofagia, homicidio alevoso,*

1 En los niños se desangra la humanidad. http://derechosdelmenor.galeon.com/productos1739662.html

2 Goldin, Daniel: La invención del niño. Digresiones en torno a la historia de la literatura infantil y la historia. En: Lectura y vida. Revista Latinoamericana de Lectura.http://www.oei.es/fomentolectura/disgresiones_historia_literatura_infantil_historia_infancia_goldin.pdf.

incesto y toda la gama de homicidios intrafamiliares: parricidio, matricidio, fratricidio y filicidio...". Ahora, podemos afirmar que la televisión constituye una versión renovada y tecnificada de dichos contenidos, como lo son también muchos juegos de computadora.

Al margen de ello, existe coincidencia entre los diversos investigadores respecto a las dificultades para reconstruir la historia de la niñez, refiriendo Lloyd deMause[3]: "*Hay algo misterioso en el silencio de esas multitudes de niños en brazos, de niños que empiezan a andar y de adolescentes en los relatos que los hombres escribían en la época sobre su propia experiencia...*".

Desde el punto de vista de Gutiérrez[4], "*...la historia de la infancia, tiene dos características. Por una parte, a lo largo de los siglos se va humanizando la relación con el niño abandonando progresivamente prácticas como el infanticidio, el trato cruel, el abuso sexual, la esclavitud, el abandono, etc. Por otra, se aprecia una dicotomía entre las costumbres generalizadas que desprecian y humillan al menor y las ideas de una serie de pensadores que desde épocas antiguas defienden que merece una consideración especial que solamente se ha conseguido en la actualidad*".

Respecto a la historia de la infancia, Amnistía Internacional, dice lo siguiente:

> "*Históricamente la infancia es invisible. El hilo conductor de las crónicas históricas son las grandes batallas y los grandes personajes. La vida cotidiana y doméstica, y por lo tanto también la infancia, hasta muy recientemente en general no han sido temas de interés. En las crónicas históricas, cuando aparece algún menor es un príncipe o una princesa. El resto de la infancia no existe.*
>
> *Basta consultar cualquier biblioteca: dentro de las historias generales el interés por la infancia es mínimo o inexistente. Y si buscamos publicaciones sobre su estudio específico la bibliografía es reducidísima. Esto naturalmente*

3 Mause, Lloyd de: La evolución de la infancia. http://www.psicodinamicajlc.com/articulos/evolucion_infancia.html#.VM-ZZ52G8QE.

4 Gutiérrez Martínez-Conde, Juan: Historia de la infancia: historia de la infamia. http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13516176547351507976613/ima0007.htm

condiciona cualquier aproximación a la infancia a lo largo de los siglos y en las diferentes culturas. Hay que tenerlo presente"[5].

Los intentos de reconstrucción de la historia de la niñez, nos ofrecen lo siguiente:

A. Edad Antigua.- Tuvo como principal característica el infanticidio practicado a modo ritual por los egipcios, fenicios, cartagineses, hebreos, quienes ofrecían a los niños como sacrificio a sus dioses.

Asimismo, los espartanos, cuyo gobierno asumía la educación de los niños, bañaban a estos en vino al nacer para determinar quiénes eran fuertes y quiénes débiles, asesinando a estos últimos arrojándolos al abismo desde el monte Taigeto.

Incluso, Aristóteles, otorgaba escaso valor a los niños, a los que consideraba un proyecto de hombre, siendo también partidario del aborto, cuando los padres muy jóvenes o ancianos, y del infanticidio de niños deformes. Las niñas eran más desafortunadas, pues, estaban destinadas a casarse a los catorce años y servir al marido.

En Roma, el padre tenía derecho sobre la vida de sus hijos, aun cuando estos fueran adultos, pero los niños, junto con las mujeres y los esclavos no eran considerados ciudadanos. Se aceptaba asimismo el abandono infantil, fuera en la *columna lactaria* o en algún estercolero donde podían morir de frío. Los padres, incluso, podían vender a sus hijos como esclavos, a la vez que eran utilizados para responder por los actos del padre, por delitos o por deudas.

El romano Quintiliano, a diferencia de lo que se pensaba en Roma, recomendaba que los hijos fueran criados por sus madres en lugar de por nodrizas o esclavos, culpando a estos de las depravaciones del imperio. Afirma que lo aprendido por el niño durante sus primeros años, se queda grabado

5 Amnistía Internacional: Historia de la infancia. http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/h-index.html

y se repite en la mayoría de edad. Con esta idea, se adelantó mucho a su época, recomendando a los padres que vean en sus hijos al futuro y que los eduquen para ello. Otra idea novedosa de Quintiliano es que consideraba que cada niño es diferente a los demás, debiendo por tanto los padres cultivar en él lo positivo y desechar lo negativo.

Asimismo, Quintiliano combate el castigo, afirmando que:

1. "La flagelación es cosa fea, servil e injuriosa.
2. *Quien es tan duro de entendederas que no mejora con la reprensión, tampoco se corregirá aunque sea sometido a los peores tormentos propios de los esclavos.*
3. *No habría necesidad de tales castigos si existiera un maestro que exigiera cuenta diaria de sus estudios.*
4. *Los maestros negligentes castigan porque los niños no hicieron sus deberes* ¿Por *qué no les obligaron a hacerlos?*
5. *Si azotas al párvulo,* ¿Qué *harás con el joven al que no puedes atemorizar y necesita aprender cosas de mayor envergadura?*
6. *Los azotes traumatizan, avergüenzan, y engendran odio.*
7. *Sólo los hombres desvergonzados (nefandi homines) abusan del derecho de azotar"* [6].

Respecto a Persia, dice Ríos[7], "*...los persas valoraron sobre manera la prole abundante, ya que para un pueblo guerrero, el exceso de nacimientos aporta soldados a las filas de su ejército, por lo tanto, los gobernantes alentaron en sus súbditos la natalidad excesiva buscando que no se agotara la población. Sin embargo, dadas las condiciones de vida de la época, la mortalidad infantil era muy alta, lo que llevó a los "padres" persas a tomar una actitud insensible frente a los niños pequeños, dejándolos totalmente en manos de las mujeres o de eunucos, despreocupándose de ellos, supuestamente, para no tener que lamentar nada en caso de muerte. El niño que sobrevivía, a partir de los cinco años, se le daba una educación básica para un guerrero: clases de equitación y manejo del arco*".

6 Delgado, Buenaventura (1998) Historia de la infancia. Barcelona. Ariel. P. 50 – 51.

7 Ríos Madrid, Myriam: Módulo historia de la infancia. http://virtual.funlam.edu.co/repositorio/sites/default/files/repositorioarchivos/2012/05/Unidad_01.1706.pdf.

B. Edad Media.- Se consideraba que los niños eran malvados, con lo cual se justificaban los azotes que se les propinaban y el abandono era aceptado, comúnmente en monasterios donde la vida era dura y disciplinada.

Parece como si el hombre de principios de la Edad Media sólo viese en el niño un hombre pequeño o, mejor dicho, un hombre aún pequeño que pronto se haría –o debería hacerse– un hombre.

A pesar de dichas condiciones, aparece la figura de Ramón Liull, quien observa que los niños pobres gozan de mejor salud porque son alimentados con leche materna, pero al mismo tiempo otorga importancia al niño en su condición de tal y no como un alumno, valorando también la necesidad que el niño tenga una buena relación con su madre y que juegue con otros niños, como una forma de preparación para la escuela, planteamientos que significaron un importante avance pedagógico.

Del Bosque-Garza[8], refiere que "*Eurípides dejó testimonio de que los menores eran arrojados a los ríos, echados en muladares y abandonados en caminos y cerros "presa para las aves, alimento para los animales salvajes". Hasta el siglo IV, ni la ley ni la opinión pública veían nada malo en el infanticidio que se verificaba en Grecia o en Roma. A las niñas se les valoraba en muy poco, eran más frecuentemente abandonadas o eliminadas en comparación con los varones; fue característico el predominio de la población masculina en occidente hasta bien entrada la Edad Media, ...*".

Otra figura destacada fue Alfonso X El Sabio, quien, según Gutiérrez[9] "... *dejó dos obras extraordinarias, Las partidas y las Cantigas. En la primera se refiere lo que eran los desposorios y los matrimonios. Los primeros tenían lugar a los siete años, cuando los niños tenían entendimiento y se podían convertir en mercancía de cambio para sellar lazos familiares. Este compromiso se formalizaba con el matrimonio cuando la niña alcanzaba la edad de doce años y el niño la de catorce. Según las Partidas el padre*

8 Del Bosque-Garza, Jesús: Historia de la agresión a los niños. http://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2003/gm034gIV.pdf.

9 Gutiérrez Martínez-Conde, Juan:

no tenía obligación de criar a los hijos ilegítimos, sin embargo, la madre o los parientes cercanos sí debían hacerse cargo de ellos".

C. ***Edad Moderna.-*** Se asume la idea de Quintiliano acera de las diferencias individuales y la necesidad de desarrollar las aptitudes y capacidades de los niños mediante la educación, superándose la postura de la educación de acuerdo a la condición social, lo que hizo posible extender la educación a toda la población, sin distinciones.

En el campo educativo, destacan Nebrija quien cuestiona el hecho de fajar a los niños pequeños porque les impedía moverse; Erasmo de Rotterdam, quien se caracterizó por sus opiniones progresistas acerca de la educación, propició la educación física y se oponía a la disciplina severa, "*...en su obra "de cómo los niños han de ser tratados precozmente iniciados en piedad y en buenas letras" Erasmo plasma su doctrina teórico práctica sobre la educación surgiendo el nuevo modelo del humanismo pedagógico* renacentista del sentido cristiano."[10]

El Humanismo Pedagógico, pregonaba la enseñanza de materias, como:

- Gramática griega y latina, que debían enseñarse simultáneamente para facilitar a los niños el estudio de textos clásicos.
- La filosofía de Platón y Aristóteles.
- La teología de los padres de la Iglesia.
- El arte de la Oratoria.

Por su parte, Luis Vives, afirmaba que la mujer debía recibir una profunda formación literaria y en cuanto a los niños se preocupa de conocerlos mediante la introspección y los recuerdos infantiles, como también es un convencido de la necesidad del juego y el movimiento por parte de los infantes.

Lamentablemente, la situación cambió, siendo invadida la sociedad por el desengaño, la desmoralización y el pesimismo, lo que provocó crisis eco-

10 Aula Fácil: Erasmo de Rotterdam. http://www.aulafacil.com/historia-de-la-educacion/curso/HistoriadelaEducacion-17.htm.

nómicas, políticas y religiosas que desembocaron en rebeliones. La mala alimentación trajo como consecuencia una alta mortandad y abandono infantil.

Esta vez, correspondió a los jansenistas y jesuitas el hacerse cargo de la educación elemental. La figura de Comenio destaca por su inquietud en la educación para todos y que esta fuera de carácter permanente, con la visión de su importancia para el futuro.

D. **Edad Contemporánea.-** Tres aspectos fueron mejorados durante la Ilustración: la higiene, la medicina y la beneficencia, pero no ocurrió lo mismo con la educación, retornándose a la idea que esta debía darse adecuada a cada nivel social y en función de las necesidades del Estado, priorizándose la formación de artistas y artesanos.

Juan Jacobo Rousseau, con su obra *El Emilio*, presenta su visión acerca de la educación, pero la intolerancia del Parlamento francés la condenó a la hoguera y prohibió su difusión. Rousseau pregonó el amor y el respeto a los niños, considerándolos distintos a los adultos y preocupó por su alimentación y por una atmósfera familiar de libertad.

Las condiciones de vida de miseria dieron paso a las enfermedades, aunadas a largas jornadas de trabajo para hombres, mujeres y niños, a la prostitución y al alcoholismo.

Nuevamente, surgieron pensadores que intentaron aportar ideas para superar dicha situación, entre los que se encuentran Pestalozzi, dedicado a la educación de niños marginados y cuya obra se extendió a otros países. Su postura frente al infanticidio, tenía como objetivo hacer comprender a las madres que ellas eran también víctimas de dicha práctica y que esta era a su vez la expresión de una profunda injusticia.

Gracias a su influencia, se crearon los kindergartens o parvularios, donde las madres que trabajaban podían dejar a sus niños. Su metodología de enseñanza inspiró posteriormente a Montessori, Decroly, Agazzi, Alfred Adler, etc.

III.- LA RELACIÓN PATERNO FILIAL

La relación paterno filial está compuesta de un complejo sistema de comportamientos, signos, señales y actitudes que no siempre son adecuadamente interpretados por padres e hijos. Lo que sí parece ser cierto es que ambientes cálidos, donde impera la confianza mutua, existe comunicación y calidez afectiva y apoyo emocional, propician un adecuado y armónico desarrollo psicológico de los niños.

Ambientes familiares de esta naturaleza, desarrollan mecanismos maduros de adaptación pero, sobre todo, desarrollan el juicio de los niños para evaluar situaciones y tomar decisiones orientadas al ejercicio de valores, así como la función autorreguladora de su conducta.

Lila y Gracia[11], afirman que "*...los padres afectivos, que responden ante las necesidades de sus hijos, que les permiten participar activamente en el establecimiento de las normas familiares y que utilizan el razonamiento inductivo como técnica de disciplina, educan, con mayor probabilidad, hijos independientes, sociables, cooperativos y que confían en sí mismos...*".

En la conducta parental se presentan dos vectores, a saber, aceptación vs. rechazo. Como ya hemos descrito, los niños que soncriados en ambientes familiares adecuados, desarrollan una personalidad estable y asertiva. En cambio, en ambientes conflictivos se desarrollan personalidades inestables, inseguras, y hasta agresivas. Los padres intolerantes tienden a manifestar una actitud de rechazo y de desaprobación a todos los comportamientos de sus hijos.

Citando a Rohner (1986), Lila y Gracia[12] señalan que según dicho autor "*...el rechazo parental queda definido como la ausencia o retirada significativa del calor, afecto o amor de los padres hacia sus hijos, pudiendo adoptar tres formas: a) hostilidad y agresión; b) indiferencia y negligencia; y c) rechazo indiferenciado*".

---

11 Lila, Marisol – Gracia, V: Determinantes de la aceptación-rechazo parental. Universidad de Valencia. Psicothema 2005. Vol. 17, nº 1, P. 107.

12 Lila, Marisol – Gracia, V: *Op. Cit.* P. 107.

El niño es muy sensible a las manifestaciones afectivas, de tal modo que la hostilidad y el rechazo lo marcan para toda la vida. Piaget, ha demostrado que la afectividad constituye un factor determinante en el desarrollo tanto de la personalidad como de la inteligencia.

El rechazo, por otra parte constituye de por sí una forma de maltrato psicológico que, a temprana edad el niño no puede aún explicar. Asimismo, puede darse el caso que por momentos los padres engríen y, más adelante castigan severamente a sus hijos, provocándoles un conflicto respecto a si los padres los quieren o no.

Más difícil resulta la situación de aquellos niños de familias monoparentales, porque el progenitor que los tiene bajo su cuidado, debe ejercer el papel de padre y madre. No resulta complicado entender que si el progenitor es la madre, tendrá dificultades para aconsejar y guiar a sus hijos varones tal como lo haría el padre y, viceversa, el padre no estará en capacidad de aconsejar a su hija sobre cuestiones que se tratan entre mujeres.

IV.- EL MALTRATO INFANTIL

El castigo físico por parte de los padres resulta la forma más común de corregir a los niños. Cuando esto ocurre se manifiesta la imposición de un poder desmedido entre el padre que pega y el niño que es castigado. Si bien es cierto, los padres son autoridades para sus hijos, el ejercicio de esta potestad tiene que darse bajo reglas razonadas y no mediante el maltrato físico o psicológico.

Son innumerables los casos de niños que tiene que ser hospitalizados por haber sufrido quemaduras o golpes por parte de sus padres.

De acuerdo a nuestro texto constitucional, el niño es merecedor de protección especial por parte del Estado, tal como lo prescribe el Artículo 4° de nuestra Carta Magna: "*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono...*".

El ejercicio de la autoridad paterna está amparado por la patria potestad que otorga a "*...los padres derechos y obligaciones para con los hijos que surgen por el simple hecho de serlos y a los que designamos bajo el nombre genérico de patria potestad, no desaparecen por la separación, divorcio o nulidad de los progenitores sino que estos continúan con las peculiaridades que recogen los preceptos normativos*"[13].

Según opinión de Serrano[14], "el ejercicio de patria potestad implica las siguientes obligaciones para un padre y una madre:

1a. "*Velar por los hijos e hijas, lo que entraña que ambos progenitores han de asumir la función de garantes de la seguridad, integridad y estabilidad en su desarrollo, cubriendo todas sus necesidades afectivas y materiales. Función que se mantiene en situación de convivencia con ambos y en caso de separación o divorcio*

2a. *Alimentarles, educarles y procurarles una formación integral, funciones que son innatas y que surgen como consecuencia de ese deber genérico de velar por los hijos e hijas. Obligaciones que persisten tras la separación o divorcio, de ahí, la preceptiva necesidad de fijar pensiones alimenticias a cargo del progenitor que no se hace directamente cargo de esa contribución, ocupándose de su sustento en el propio domicilio.*

3a. *Representarles y administrar sus bienes, funciones que se originan como consecuencia de falta de capacidad de obrar de los menores de edad para actuar en el ámbito de las relaciones civiles, incumbiendo a sus progenitores esa representación o administración salvo en el caso de existencia de conflicto de intereses, en cuyo caso actuaría en su nombre un defensor judicial designado al efecto. Funciones, que, igualmente, conservan ambos progenitores tras su separación o divorcio, aun cuando ello puede dar lugar, con mayor frecuencia, a situaciones en las que aparezcan esos supuestos de conflicto de intereses*

13 Serrano Castro, Francisco de Asís: Relaciones paterno-filiales. Revista El Derecho.https://www.efl.es/content/.../8654/.../Relaciones+paterno+filiales(10).pdf

14 Serrano Castro, F., Un divorcio sin traumas, Editorial Almuzara, 2009. En: Serrano Castro, Francisco de Asís: Relaciones paterno-filiales. Revista El Derecho.https://www.efl.es/content/.../8654/.../Relaciones+paterno+filiales(10).pdf

letra con sangre entra" o "Le pego para que aprenda" son dos de los lemas que convierten a esta fórmula atroz de enseñanza en un tema justificado y aceptado socialmente".

Dicho organismos define la violencia física y emocional, como "*...la que los adultos realizan con la intención de corregir una conducta no deseable y enseñar nuevas conductas que consideran importantes. Causa dolor físico y emocional en la persona agredida. La diferencia con el maltrato físico es la intensidad y la intención*".

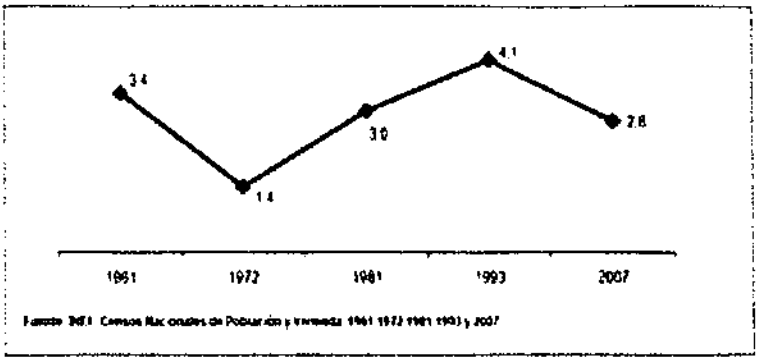
Asimismo, define el maltrato Infantil como "*...las acciones que realiza un adulto con la intención de hacer un daño inmediato a la persona agredida. Crea un síndrome en la víctima conocido como el síndrome del maltrato infantil. Las tres formas conocidas son: maltrato físico, emocional y psicológico. Produce lesiones físicas y emocionales indelebles, muerte o cualquier daño severo*".

El Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI[17], al referirse al panorama global del trabajo infantil y adolescente en el Perú, presenta su información haciendo las siguientes reservas a modo de dificultades técnicas que enfrenta para obtener información confiable:, quién es la persona más adecuada para ofrecer información; sobre cómo identificar si el niño trabaja; el hecho que el trabajo infantil está considerado por los padres como una "ayuda" y no como trabajo; la estacionalidad del trabajo infantil; la época en que deben aplicarse los cuestionarios respecto a la temporada escolar, y en el campo si debe hacerse durante la cosecha o siembra; y la duración de la jornada.

17 Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI: Perú: Niños, niñas y adolescentes que trabajan, 1993-2008. P. 13.

En el Gráfico N° 4, el INEI presenta la evolución de la tasa de actividad de la población de 6 a 14 años de edad, durante el período 1961 a 2007.

GRÁFICO N° 4
PERU: EVOLUCIÓN DE LA TASA DE ACTIVIDAD DE LA POBLACION DE 6 A 14 AÑOS, 1961,1972,1981,1993 Y 2007



En el gráfico se observa una caída del trabajo infantil durante el período 1993-2007, pero el INEI hace la salvedad que "*...la información que se posee es aún insuficiente para plantear que de manera definitiva los últimos tres lustros marcarían un punto de inflexión y se iniciaría una tendencia sostenida al declive del trabajo infantil en el Perú.*"

V.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Dice Ravetllat[18], que "*El principio del interés superior del niño pone acertadamente el acento en su realidad como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección. Este criterio ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad. Pero esta cláusula general, lejos de configurarse como un concepto pacífico, es objeto de múltiples y diversas controversias que tienen una influencia negativa en su eficacia práctica*".

18 Ravetllat Ballesté, Isaac: El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. Universidad de Barcelona. Educatio Siglo XXI, Vol. 30 n° 2 · 2012, P. 89.

5. Goldin, Daniel: La invención del niño. Digresiones en torno a la historia de la literatura infantil y la historia. En: Lectura y vida. Revista Latinoamericana de Lectura. http://www.oei.es/fomentolectura/disgresiones_historia_ literatura_infantil_historia_infancia_goldin.pdf.
6. Gutiérrez Martínez-Conde, Juan: Historia de la infancia: historia de la infamia. http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13516176547351507976613/ima0007.htm
7. Delgado, Buenaventura (1998) Historia de la infancia. Barcelona. Ariel. P. 50 – 51.
8. Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI: Perú: Niños, niñas y adolescentes que trabajan, 1993-2008.
9. Lila, Marisol – Gracia, V: Determinantes de la aceptación-rechazo parental. Universidad de Valencia. Psicothema 2005. Vol. 17, nº 1.
10. Mause, Lloyd de: La evolución de la infancia. http://www.psicodinamicajlc.com/articulos/ evolucion_infancia.html#.VM-ZZ52G8QE.
11. Moreyra, Siguas, Evelyn María Elena: "Continuidad y concurso de los delitos de omisión a la asistencia familiar y de violencia familiar como causal de pérdida de la patria potestad y del régimen de visitas" Tesis para optar el Grado de Magíster en Derecho, Mención en Derecho Civil y Comercial. Universidad Nacional Federico Villarreal. Escuela Universitaria de Post Grado. Maestría en Derecho Civil. Lima, 2009.
12. Ravetllat Ballesté, Isaac: El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. Universidad de Barcelona. Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2 · 2012.
13. Rios Madrid, Myriam: Módulo historia de la infancia. http://virtual.funlam.edu.co/repositorio/sites/default/files/repositorioarchivos/2012/05/Unidad_01.1706.pdf.
14. Serrano Castro, Francisco de Asís: Relaciones paterno-filiales. Revista El Derecho.https://www.efl.es/content/.../8654/.../Relaciones+paterno+filiales(10).pdf.
15. UNICEF: *El estado mundial de la infancia de 2014 en cifras. Revelando las disparidades para impulsar los derechos de la niñez*. Nueva York. P. 3-4.
16. UNICEF: El sacrificio de los niños. http://www.unicef.org/peru/_files/notas_prensa/carpetasinformativas/violencia.pdf

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Reflexxión Necesaria a los 30 años del Código Civil de 1984

Necessary Reflection at 30 years of the Civil Code of 1984

Carmen Meza Ingar
Directora de la Revista de Derecho y Ciencia Política
de la Facultad de Derecho - UNMSM.

SUMARIO: *I.- Introducción. II.- La Codificación en el Perú. III.- Los Códigos Civiles Peruanos. IV.- Nuevas tendencias del Siglo XXI. V.- Recomendaciones. VII.- Bibliografía.*

De conformidad con el D.S. N°95 de 1 de marzo de 1965, se creó la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936, designada con facultades de Comisión Reformadora y que inició sus sesiones el 1 de marzo de 1965 para "proponer las enmiendas que justifiquen las deficiencias durante la vigencia del Código Civil de 1936".

La situación del país en 1968 interrumpió la reunión de las comisiones, salvo la dedicada a la revisión del Código de Procedimientos Civiles, de 1912 y que por fallecimiento del titular, presidía el Dr. Ernesto Perla Velaochaga[3], y la referida al Título de Obligaciones que presidía el Dr. Felipe Osterling Parodi, como representante del Poder Judicial, por renuncia del Dr. Andrés León Montalván, en 1970. Dicha Comisión siguió sesionando en la Corte Suprema, y, en la oportunidad que el Dr. Osterling fue designado Ministro de Justicia, en 1980, presentó el Título de Obligaciones del Código Civil. Ese acto motivó que se reunieran las antiguas comisiones, las que presentaron sus respectivos trabajos, situación que originó el nombramiento de la Comisión Revisora presidida por el Dr. Javier Alva Orlandini, Presidente del Congreso de la República. La Segunda Comisión Revisora la presidió el Dr. Edmundo Haya de la Torre, quien dejó el cargo al ser nombrado embajador en la OEA. El Ministerio de Justicia consideró oportuno en 1984 promulgar el Código Civil, tercero de la República, que fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, sin exposición de motivos, lo contrario del Código Civil de 1936, que cuenta con siete tomos de exposición de motivos, obra de la comisión presidida por el notable jurista Juan José Calle.

El Código Civil de 1984 era necesario. En 1954 y 1955 se dieron las enmiendas de la Constitución de 1933 reconociendo el voto femenino, y en 1977 se modificó el Código Civil de 1936 en cuanto a la capacidad civil plena a los

3 La Comisión Revisora del Código de Procedimientos Civiles estaba conformada por eminentes juristas del foro limeño, como Mario Alzamora Valdez, Jorge Mercado Jarrín, Antonio Zárate Polo, Alberto D'Angelo Gereda, pero varios de ellos renunciaron y los trabajos los continuaron los suplentes, notables abogados, a quienes pude oir en todas las sesiones, ya que participé como Secretaria Letrada, por ser muy joven abogada. Por la constancia de los integrantes, la Comisión presentó al Ejecutivo algunas enmiendas, y se aprobó el Nuevo Juicio de Alimentos, simplificado; y, la modificación del juicio ejecutivo prohibiendo que las impugnaciones del auto de pago llegaran hasta la Corte Suprema, desvirtuando la celeridad que tenía la naturaleza de tal acción, en el año de 1971.

18 años, (antes era a los 21 años)[4]. La situación de los ciudadanos con capacidad plena a los 18 años, fue consagrada por la Constitución de 1979, mientras el Código Civil de 1936 -todavía en vigor- contenía normas que reconocían prerrogativas a los varones en el ejercicio de la patria potestad y de la representación del hogar conyugal, por ejemplo.

Así, el tercer Código Civil Peruano actualizaba principios elementales de igualdad jurídica, modernizaba algunas instituciones del Derecho Civil, pero quedaba pendiente el debate sobre la novísima tecnología médica, referida a la denominada reproducción asistida o también a la manipulación genética. Hubo corrientes moralistas contrarias a incluir dicho tema, pero pasó la oportunidad de prohibir toda clase de manipulaciones genéticas, referidas a la vida humana.

Hoy el Código Civil de 1984 ha sufrido muchas modificaciones y correcciones en cuanto a la unión de hecho, a la investigación de la paternidad y también sobre el ejercicio del derecho a la identidad.

En 1995 se derogó todo el Capítulo de "Registros del Estado Civil" dando lugar a la Ley Orgánica N° 26497, que crea el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC.

Como anteriormente, los Registros del Estado Civil estaban situados en los Municipios Provinciales y Distritales de todo el territorio, la implementación de RENIEC comenzó en las principales ciudades con dichos archivos documentales. Sensiblemente, pese al tiempo transcurrido las principales

---

4 El Dr. César Delgado Barreto, Presidente del Consejo Nacional de Justicia en 1976 me pidió la exposición de motivos de la enmienda del art. 8 del Código Civil en vigor, de 1936, por haber oído mi intervención en el Congreso de Abogados del Callao, fundamentando tal modificación debido a que muchos trabajadores y jóvenes padres de familia no podían retirar sus ahorros de los Bancos, entre otras actividades, por no tener el reconocimiento de la plena capacidad civil, ya que entonces la mayoría de edad en el Perú era a los 21 años de edad.
El expediente de proyecto de enmienda del Código de 1936 fue tramitado a todos los Ministerios y habiendo sido aprobado, se modificó el art. 8 del Código Civil por Decreto Ley N° 21994, el que reconoce plena capacidad de ejercicio de derechos a los que cumplen 18 años de edad.

el que un hombre y una mujer se reúne en sociedad con el objeto de procrear y educar a la prole y de prestarse recíprocos auxilios...para los efectos civiles y políticos la ley considera el matrimonio como un contrato".

El Proyecto en minoría estaba suscrito por el Presidente de la Comisión de Códigos, Manuel Pérez de Tudela y el Comisionado Manuel López Lissón. Ellos consideraban al matrimonio como un "contrato consensual", pero no ubicaban al matrimonio en el título relativo a los contratos consensuales, sino en el Libro de las Personas, con un título independiente denominado: "Del Matrimonio". Insistían que a través del matrimonio un hombre y una mujer se unen "en sociedad indisoluble y de por vida, con el fin de procrear y de prestarse recíprocos auxilios". Tenían, evidentemente, el propósito de evitar el divorcio vincular.

Los Comisionados de la Mayoría proponían en su articulado que el matrimonio se celebre ante funcionarios del Estado, como los gobernadores, prefectos y sub prefectos. En cambio los comisionados de la Minoría planteaban que seguían siendo los Ministros de la Iglesia Católica, conforme a los ritos del Santo Concilio de Trento, los encargados de celebrar el matrimonio de los peruanos.

Como sabemos el pleno del Congreso aprobó el Proyecto de la Minoría y es el que figura en el texto del Código de 1852.

El siglo XIX dio mucho trabajo a los juristas, incluyendo a los que pertenecían a la denominada República Aristocrática de 1895, que modificaron –por breve tiempo la Constitución de 1860, pero trabajaron varios textos, referidos al Código de Minería de 1901 y al Código de Procedimientos Civiles, del que formularon varios proyectos, recogidos por la Comisión designada en 1904. Dicha Comisión trabajó los proyectos del Código de Procedimientos Civiles, así como el de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Proyecto de la Ley del Notariado. Los tres Proyectos fueron sancionados por el Congreso de 1911, pero entraron en vigor en 1912.

Volviendo al Derecho de Familia, debemos reconocer, que habiéndose suprimido la Santa Inquisición en 1820, la sociedad peruana tenía entre su

población diversidad de credos y religiones, aun cuando la religión católica era mayoritaria. Ya precisamos la redacción del Código Civil de 1852 sobre el matrimonio canónico con consecuencias civiles. Cuando se instalaron los Registros Municipales, con sus Libros respectivos, los Párrocos enviaban cada mes la lista de los matrimonios para que los registradores los inscribieran. Si hubiera alguna omisión se subsanaba presentando la respectiva copia de la partida parroquial.

El 23 de diciembre de 1897 se promulgó la ley que autorizó el matrimonio civil para ateos, libre pensadores y personas de distinta religión.

En el inicio del siglo XX había varios códigos en la República, se sufrió el impacto de la primera guerra mundial y se comentó la Constitución de Weimar, como "perfecta" obra del Derecho. Pero los juristas peruanos, como Matías Manzanilla, tenían la seguridad que el Perú se había adelantado a reconocer las ocho horas de trabajo diario de los obreros y empleados, por haber dado dicha ley en enero de 1919, mientras que recién el 28 de julio de 1919, después de seis meses, con la Paz de Versalles, se crea la Organización Internacional de Trabajo, OIT, que consagra dicha norma[6].

Llegada la segunda década del siglo XX, se hablaba de la Patria Nueva con el Presidente Augusto B. Leguía y en el Congreso de la República se debatía varios proyectos de Divorcio y de Matrimonio Civil. El Congreso aprobó el 30 de setiembre de 1920 una ley que aprobaba el divorcio y que fue oficiada al Ejecutivo para su promulgación el 9 de noviembre de 1920. Dicha norma fue observada por el Presidente el 18 de noviembre de 1920, y el debate de dichas leyes se postergó hasta el año de 1930.

En efecto, por Decreto Ley N° 6889 del 4 de octubre de 1930, se retiran las observaciones formuladas el 19 de noviembre de 1920 y se ordena cumplir la norma, que dice:

6 El 28 de julio de 1919, fecha en la que se selló la Paz de Versalles, se creó la tripartita Organización Internacional del Trabajo, OIT, dando participación a los gobiernos, a los representantes de la patronal y a los representantes de los sindicatos, tal como lo había propuesto en su Encíclica Rerum Novarum el Papa León XIII, en 1891, buscando la paz social.

Art 1° "Para que el matrimonio produzca efectos civiles debe celebrarse en la forma fijada por la Ley de 23 de diciembre de 1897.

Los Párrocos, los Pastores y Sacerdotes que hagan sus veces, exigirán antes de celebrar el matrimonio religioso el certificado de matrimonio civil. Sufrirán pena de prisión de uno a seis meses los sacerdotes o pastores que casen sin ese requisito.

Dado en la Casa de Gobierno el 4 de octubre de 1930
Por tanto se cumpla, etc..... el 8 de octubre de 1930"

El Ministro de Justicia, Dr. José de la Riva Agüero y Osma renunció para no firmar dicha autógrafa.

Por Decreto Ley 6890 de 8 de octubre de 1930 se Reglamenta el Divorcio Absoluto y el Matrimonio Civil.

Nótese que en Argentina, en 1985, por sentencia de la Corte Suprema se conoció el primer caso de Divorcio, jurisprudencial. La institución del "divorcio" ingresa al Código Civil Argentino, por expresa reforma del 12 de junio de 1987[7].

En Chile la reforma del Código de Andrés Bello, que data del 14 de diciembre de 1855 y que entró en vigor el 1 de enero de 1857, tuvo lugar en 2004 y al legislar sobre el Divorcio, los legisladores chilenos se inspiraron en la ley peruana de 1920, sancionada en 1930, prohibiendo a los sacerdotes celebrar matrimonios religiosos, si los contrayentes no hubieren contraído matrimonio civil previamente, o durante la celebración de la ceremonia religiosa[8].

7 La reforma del Código Civil de Argentina, su fecha 12 de junio de 1987, incorpora el divorcio vincular por el mérito de la Ley N° 23515. Su Capítulo XII, art. 214, se refiere a las causas del "divorcio vincular".

8 Chile reformó el 17 de mayo de 2004 por Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil, su Código Civil de 1855 y sustituyó la Ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884 inspirándose en el Decreto Ley 6889 del 4 de octubre de 1930, del Perú, para legislar prohibiendo a los párrocos consagren matrimonios eclesiásticos, sin previo matrimonio civil, ya que explican que los chilenos se casan solo por la Iglesia, y las autoridades deben explicar los alcances de la nueva legislación, en forma coercitiva. La ley 19.947 en su art. 42 declara que el matrimonio termina: inc 4° por sentencia de divorcio. Además en el Capítulo VI "Del Divorcio", el art. 53 proclama que el divorcio pone término al matrimonio.

III.- LOS CÓDIGOS CIVILES PERUANOS

El Perú nació a la Independencia en 1821 cuando tenía vigor la legislación civil española.

a) El primer Código Civil de 1836 fue bi nacional, de la Confederación Peruano Boliviana.

Dicho código tuvo breve vigencia desde diciembre de 1836 hasta el 16 de mayo de 1837, fecha en la que el Mariscal Santa Cruz por decreto dejó en suspenso su vigor.

El Presidente Orbegoso por decretos de 31 de julio y 3 de agosto de1838 los declaró insubsistentes y restableció la legislación civil española.

El Código Civil del Estado Nor Peruano, edición oficial, fue publicado en la imprenta de José Masias (Lima, 1836). Su normatividad se ceñía a las disposiciones del Concilio de Trento. El código santacrucino no era laico, como el francés, sino que seguía al Concilio de Trento, reconocía la validez del matrimonio eclesiástico y confiaba las controversias familiares al fuero de la Iglesia. La tutoría del confesor católico persistía en el hogar.

En cuanto a la edad de aptitud nupcial se había disminuido para los hombres a los 14 años y para las mujeres a los 12 años. Nótese que el código francés señalaba edades de 18 y 15 años para hombres y mujeres, respectivamente, según su art. 144. Bajo la influencia castellana clasificó a los hijos en legítimos e ilegítimos y a estos últimos en incestuosos y adulterinos. Recogió el principio romano para la adopción y clasificó la tutela en legítima y judiciaria o dativa.

Rechazó la muerte civil que había acogido el Código de Napoleón. En materia de sucesiones incluyó el testamento especial otorgado por indígenas, restringiendo el llamamiento a los colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad.

El Código Civil del Estado Nor – Peruano tiene una virtud en el artículo 467, el que estipula que a los indios residentes a distancia de más de una legua de sus respectivos cantones la ley les concede el privilegio de pronunciar sus testamentos por palabra o por escrito, bastando la presencia de dos testigos vecinos.

Y, nótese que hasta la fecha – pese a que la legislación en vigor, solo regula testamento escrito-, en las comunidades nativas se respeta la voluntad expresada oralmente[9].

El Código que comentamos al mencionar "el derecho del indio" en este aspecto de la sucesión testamentaria ofrece un aporte, pues en el siglo XIX no se encuentra otras referencias ni menciones del indio en los articulados de los códigos.

b) **El Código Civil Peruano de 1852.-** La lectura inicial muestra huellas del derecho colonial, ya que subsiste la esclavitud, se legisla sobre la manumisión, se regula la situación de los ingenuos, de los siervos y de los libertos.

Para ilustrar sobre la condición de los esclavos, podemos recordar el art. 683 del Código Civil de 1852:

Art. 683: "Se prohíbe que sean testigos testamentarios:
1.-Los menores de 18 años
2.-Las mujeres
.....

7.-Los esclavos.
Se legisló sobre la condición de esclavas y también de los esclavos. Si bien los que nacían después del 28 de julio de 1821 eran libres, había gran número de población esclava. También llegaban del exterior. Du-

9 Se trata del Derecho Consuetudinario, que espera el estudio y desarrollo de sus instituciones.

rante la presidencia de Salaverry se autorizó la compra de esclavos de Colombia[10].

La mujer en el matrimonio, dependía del marido, era alieni iuris. El matrimonio civil era indisoluble, si leemos el art. 134: "El matrimonio legalmente contraído es indisoluble, acábase solo por la muerte de alguno de los cónyuges. Todo lo que se pacte en contrario es nulo y se tiene por no puesto".

El divorcio era entonces, solo la separación de los cónyuges, la separación de lecho y mesa (separación quoat thorum et mensam). Pero si había una institución parecida al divorcio absoluto, si tenemos presente la nulidad del matrimonio canónico que se producía en casos de matrimonios que no se han consumado. En general, el Código de 1852 legisló para que los casados no pudieran contraer otro matrimonio, con persona distinta, mientras el cónyuge viviera.

c) **El Código Civil Peruano de 1936.-** Este cuerpo de leyes se promulga en el marco de la Constitución de 1933 que reconocía la participación femenina en la votación vecinal o municipal, pero como signo de contradicción las elecciones municipales en el Perú fueron suspendidas en 1917 y solo se restauraron en 1963.

Nótese que en 1936 solo votaban en elecciones generales los hombres mayores de edad que sabían leer y escribir. Tampoco votaban los religiosos, ni los militares[11].

10 Meza Ingar, Carmen: "Legislación social y familiar", en Carmen Meza y Teodoro Hampe (compiladores), La Mujer en la Historia del Perú, siglos XV al XX, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2007.

11 De conformidad con la Constitución de 1933, art. 84: Son ciudadanos los peruanos varones mayores de edad, los casados mayores de 18 años y los emancipados.
En mérito del art. 85: el ejercicio de la ciudadanía se suspende:
1° Por incapacidad física o mental
2° Por profesión religiosa; y
3° Por ejecución de sentencia que imponga pena privativa de la libertad.
El Art. 86 proclama que: Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos que sepan leer y

El Código Civil de 1936 es técnicamente elaborado, teniendo presente varios códigos del exterior, pero es obra de pensadores de otra realidad social, en la que hay menores de edad hasta los 21 años de edad, y, una exclusión de la participación de las mujeres en la vida política.

El Art. 8.- primigenio, del Código Civil de 1936, a la letra decía:

> ART.- 8 "Son personas capaces de ejercer los derechos civiles las que han cumplido 21 años".

El art. 8 pre citado se modificó por Decreto Ley N° 21994 que desde 1977 reconoce capacidad plena a los peruanos, a los 18 años de edad.

Es evidente que se refiere a la capacidad de ejercicio de los derechos, pues la capacidad de goce la tienen todos, incluso los concebidos (ver nota de pie de página cuatro).

Otro tema que fue objeto de modificación del Código de 1936 fue el referido al artículo 188, sobre la administración de los bienes comunes en el matrimonio. Conste que el Código Civil Peruano de 1936 consagraba como institución la dote, que eran bienes propios de la mujer, pero que muchas veces fue objeto de errores o mala administración por el marido. Igual riesgo se advertía en los bienes comunes, es decir, que pertenecía a los dos cónyuges.

Veamos el texto original del art. 188 mencionado:

> Art 188.-"El marido es el administrador de los bienes comunes, y además de las facultades que tiene como tal, puede disponer de ellos a título oneroso".
>
> Fue modificado por D. L. N° 17838 de 30 de setiembre de 1969 por el siguiente:

---

escribir, y, en elecciones municipales, las mujeres peruanas mayores de edad, las casadas o que hayan llegado a la mayoría.
De conformidad con el art. 87: No pueden votar los que tengan en suspenso el ejercicio de la ciudadanía y los miembros de la fuerza armada, mientras se hallen en servicio. No hay otras inhabilitaciones.

> Art. 188.-"El marido es el administrador de los bienes comunes con las facultades que le confiere la ley requiriéndose la intervención de la mujer cuando se trate de disponer o gravar bienes comunes a título gratuito u oneroso".

Como se aprecia, la intervención de la mujer se admite en 1969, 15 años después de la enmienda constitucional sobre el reconocimiento de los derechos políticos de la mujer, es decir, el derecho a voto, como ciudadana del Perú.

También es importante considerar el texto del art. 670 del código que comentamos, porque originó varios expedientes en los Tribunales, que despojaron de sus derechos a hijos legítimos del matrimonio, solo porque terceros – a veces, rúbricas, sin certificación- aparecían al margen de las partidas de nacimiento:

> Art. 670.-"Queda excluido de la herencia de un hombre casado, el hijo de su mujer a quien reconoció por suyo persona distinta del marido, sin que éste lo hubiera negado en los casos permitidos por la ley y cuyo hijo no hubiere impugnado judicialmente el reconocimiento hecho a su favor y obtenido éxito en el juicio"[12].

d) El Código Civil Peruano de 1984

d-1) El Libro I "Derecho de las Personas", tiene secciones dedicadas a las "Personas Naturales" y a las "Personas Jurídicas". Este Libro tiene aportes muy valiosos: El estudio y la defensa del concebido, y la validación del Comité no inscrito, por citar dos de los logros que nos obligan a estudiar a la "persona natural" y al "concebido", así como a las empresas y personas sui géneris, como el comité no inscrito, recogido

12 El Dr. Héctor Cornejo Chávez, al comentar el art. 396, original, modificado por la Comisión Revisora, del Código de 1984, informó que la redacción propuesta obedecía al propósito de proteger a los hijos matrimoniales en el nuevo código que se proyectaba para reemplazar el de 1936, dados los casos de injusticia que generó en sucesiones el art. 670 del Código –entonces- en revisión, derogado desde 1984.

de una realidad emergente que mueve capitales o inversiones y que es reconocido por la ley.

Como sabemos el concebido es una figura jurídica estudiada desde el Derecho Romano, del jurista Paulo podemos recordar la frase: "Conceptus pro iam nato habetur", es decir, que el concebido se tiene por nacido.

El tratamiento jurídico del concebido nos ubica frente al Derecho y al ser humano como tal. Se debe –efectivamente- reconocer que el concebido es un nasciturus, o sea, por nacer, es por tanto un ser humano.

En cuanto a los derechos patrimoniales, el art. 1 del Código Civil Peruano nos obliga a esperar que nazca vivo, obligándonos a preguntar si el código es ¿concepcionista o natalista?

En el Perú se derogó en 1992 el Código de Menores de 1962 para aprobar el nuevo Código de los Niños y Adolescentes de 1992, elaborado en mérito de la vigencia de la Convención de Derechos del Niño. El Código de Niños y Adolescentes, modificado varias veces y con nueva edición de 7 de agosto del año 2000, en su Título Preliminar, art. 1, perfecciona el texto del Código Civil de 1984, definiendo que en el Perú es "niño" desde la concepción hasta los doce años" y desde los doce años a los dieciocho es adolescente".

d-2) El Código Civil de 1984 ha sufrido muchísimas enmiendas en su texto primigenio. Un ejemplo lo da la derogatoria completa del Título VIII, de Registros de Estado Civil, que fue reemplazado por la Ley N° 26497, que creó el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC, desarrollando el concepto de "identidad" en la legislación, en armonía con la Constitución de 1993.

d-3) Otra enmienda es la referida a la investigación de la paternidad, que en la fecha admite la prueba científica de ADN, que tiene mayor grado de certeza en casos de filiación extra matrimonial (ver arts. 402 y sgts), pese a este avance científico no se ha derogado el

art. 415, que legisla sobre el hijo probable, ya que se trata de casos en los que no hay certeza de la paternidad, existen pruebas de alguna probabilidad, pero no la certeza, con pruebas que solicita el juez

d-4) Asimismo por el mérito de la enmienda del art. 46, inc. 1 se reconoce derechos a los padres de familia adolescentes, mayores de 14 años de edad, sean el padreo la madre, o ambos, para que ellos mismos reconozcan a sus hijos.

d-5) También tiene artículos que deben ser modificados o perfeccionados, como el art. 17 del Código Civil, que se refiere a la limitación a la "violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título", es decir, limita a los agraviados y a sus herederos para exigir la cesación de los actos lesivos, a los derechos referidos, siendo así un sistema de números clausus, más no de números apertus, como preceptúa la Constitución Peruana.

d-6) Igualmente merece honda preocupación el texto del art. 396:

> "El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable".

Hay varios supuestos. Por expresa declaración del maestro Héctor Cornejo Chávez se sabe que él tenía la preocupación de las consecuencias del art. 670 derogado sobre la pérdida del derecho de sucesión por el hijo legítimo reconocido por tercero, numeral del Código de 1936, que había motivado casos de injusticia cuando indiscriminadamente, ponían rúbricas ilegibles en las partidas de nacimiento, para negar su legítimo derecho a infantes o hijos de cualquier edad, en épocas en las que las provincias no custodiaban los registros debidamente.

La jurisprudencia ha informado también del despojo de derechos a hijos reconocidos por su progenitor, el que habiendo fallecido, su familia ha impuesto el numeral 396 para declarar nula la inscripción y el reconocimiento del menor, por ser la madre anteriormente casada y no divorciada, situación que no se aplica a los varones, quienes libremente registran y reconocen a hijos extramatrimoniales, siendo ellos casados con otra señora, que no es la madre de todos sus hijos.

Sobre las consecuencias del art. 396 del Código Civil de 1984 se podría hablar varias horas y en varias páginas, pero lo principal es el estudio del "interés superior del niño y de la niña".

El recién nacido o la recién nacida tiene derecho prioritario en la sociedad moderna. Nuestra redacción del art. 396 sugiere un grave "conflicto de intereses entre un niño o niña y los adultos".

En el caso de no encontrarse presente el padre que le da la ley, sería fácil una solución, aparentemente, porque si se trata de personas con fortuna, es probable que a la muerte del causante, los familiares impongan el texto del art. 396 y se declare la nulidad del registro y del reconocimiento. Se despoja así los derechos de hijos menores.

Nótese que los padres casados tienen expedito el art. 363 para impugnar la paternidad, si tuvieren interés en hacerlo; y, si no lo hicieren, por imposibles jurídicos, dado que se encuentran lejos, desligados de su hogar primigenio, podría la madre tener hijos matrimoniales, sin serlo en la realidad, o, también si fuere abandonada o separada, podría tener hijos con distinto progenitor, el padre biológico. Si no se modifica el art. 396, se debe derogar.

No invocamos el caso de la prueba científica del ADN, porque hay muchos padres y madres con escasos recursos, y debido a su ignorancia, a veces inscriben dos veces a sus hijos, originando demandas de RENIEC contra los menores.

El art. 396, donde figura con gran poder el padre, dueño de aceptar o impugnar la paternidad, sin que el legislador acepte los supuestos de ausencia o de "abandono" del hogar, o, que ignore el nacimiento de un nuevo ser humano, nos obliga a decir que la madre –en estos casos- es alieni iuris, es decir, depende del marido que la abandonó, o del supuesto padre, ideado por la ley, ella no tiene voz, no tiene derechos. Tampoco se respetan los derechos del niño nacido en esas circunstancias. ¿Existe discriminación mediante el derecho?.

d-7) Él art. 423, sobre Deberes y Derechos de los Padres que ejercen la patria potestad tiene un inciso 3 digno de ser estudiado y meditado, pues su contenido rechaza que con dicho precepto, se pueda alcanzar algún bien a un niño, niña o adolescente, ya que tiene una redacción de dos prerrogativas:

> Una: autoriza que se "corrija moderadamente a los hijos", y,
> Dos: cuando no bastare la corrección, "recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores".

El inciso 3 del art. 423 pareciera redactado en el siglo XIX, cuando se admitía los castigos corporales a los menores, pero la educación de fin del siglo XX y comienzos del siglo XXI dan otro horizonte a los padres de familia a la educación mediante el ejemplo, la persuasión y el diálogo, sabiendo escuchar a sus hijos, interesándose y conociendo sus preocupaciones, referidas a su edad o a las que captan de otros amigos, o también lo que reciben de los medios de comunicación.

Además, causa preocupación entre los juristas pensar que un padre de familia o un profesional haya redactado el inciso 3 –referido- invitando a los padres a gestionar el internamiento de su hijo en un albergue o en un instituto, tal como se encuentran en la triste realidad, con presupuestos diminutos y con personal que atiende a niños sin tener la capacitación debida.

IV.- NUEVAS TENDENCIAS DEL SIGLO XXI

a) El Concebido aparece como "sujeto de derecho" en el art. 1 del Código Civil de 1984, pero su redacción se refiere al ser humano y a sus derechos patrimoniales, los que se condicionan a que nazca vivo. Es evidente que todo ser humano es titular de derechos y deberes, pero al declarar que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo, invita a una reflexión sobre la tendencia del Código. Felizmente, la duda ha sido superada por el Título Preliminar, art. 1 del Código de los Niños y Adolescentes que declara que los niños son desde la concepción hasta los doce años de edad. Después son los ad-

olescentes de 12 a 18 años de edad y si tenemos presente la Ley de la Juventud, se prorroga la patria potestad, con el instituto de alimentos hasta los 28 años de edad, lo que culmina al cumplir 29 años de edad. A esa prórroga se le denomina "prórroga de la patria potestad".

b) En una sociedad igualitaria, preceptos o normas como el art. (396) del Código Civil afectan los derechos de las mujeres y de los hijos, que presentan "conflicto de intereses" con los padres de familia a quienes el legislador supone que se encuentran en su casa y pueden y/o deben impugnar la paternidad referida. La casuista prueba que el 90% de dichos posibles progenitores no se entera del nacimiento de nuevos seres humanos, pero su nombre es impedimento para la inscripción de niños o niñas recién nacidos.

c) El concepto de "Patria Potestad", escrito en latín, es una confirmación del poder del padre de familia, aun cuando el Código Civil Peruano en su art. 419 declara que el padre y la madre, durante el matrimonio, ejercen conjuntamente la patria potestad. En el Código Civil de Brasil, de 2002, se modifica el texto, reconociendo la "potestad familiar", es decir, para que el padre, la madre, o los abuelos, o tíos, según el caso, cumplan con los deberes para con los niños y adolescentes.

En el fondo del contenido de la patria potestad, es decir, del cumplimiento de los deberes para con los hijos, aparece el artículo 423, inc. 3 del Código Civil vigente, que –sin duda- no ha sido escrito ni por un padre, ni madre, ni un juez que conozca la realidad, dicho numeral a la letra dice:

> Son deberes y derechos de los padres, inc. 3:
> "corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la re educación de menores"

En primer lugar se debe formular crítica ante la posibilidad de "corregir moderadamente" a los hijos, hecho que daría lugar a una autorización a los castigos corporales, que tanto daño hacen a la humanidad. Los padres educan, acompañan, conversan, escuchan a sus hijos para orientarlos en sus naturales inquietudes.

También debe negarse la opción que se presenta al padre de familia de llevar a su hijo para que lo "internen"....¿a un albergue?..¿a Maranga?. Esa petición no puede responder al deseo de ningún buen padre de familia, pues todos sabemos de las dificultades que tienen dichas instituciones para atender a los menores infractores, no cuentan con buen presupuesto para los alimentos, ni tienen personal debidamente capacitado para el tratamiento a los que llegan por distintas razones, ampliamente conocidas, incluyendo casos de injusticia.

Lo que debe recomendarse para familias pobres, con hijos en peligro, sería los "hogares sustitutos" que dieron importantes logros en la década de los 70 y que en otros países tiene mucho éxito social.

d) La "alienación paternal" es un problema surgido en casos de separación y divorcio de los padres, cuando uno de los progenitores, o, ambos, tratan de influir en la conducta de sus hijos menores, para que prefieran a un progenitor en relación al otro, guiados únicamente por estímulos artificiales, como regalos o premios que favorezcan una decisión frente a la justicia, prescindiendo del principio que debería regular toda decisión sobre niños y adolescentes, como es el "interés superior del niño".

Lo grave es que en estos casos el progenitor que influye, denigra al otro padre hasta lograr que el hijo lo desprecie, situación que afecta gravemente la naturaleza de la relación paterno y materno filial.

Este nuevo fenómeno de la sociedad "la alienación paternal" no está presente en el Título III dedicado a la Patria Potestad, del Código Civil de 1984, pero si en el art. 75 inc. g) del Código de los Niños y Adolescentes, sobre Suspensión de la Patria Potestad por Alienación Parental existente.

e). El Bulliying ¿se puede eliminar?
Se trata de un problema de conducta en los colegios, cuando los maestros no cumplen con su deber de educar e impedir que los mayores o muchachos acomplejados, abusen de otros niños por diversas razones. El derecho comparado ha tratado el tema para prevenir, sancionar y eliminar estos casos de violencia infantil y juvenil.

Los padres de familia deben actuar en sus propios hogares y también en forma asociativa, para evitar que ocurran casos que a veces figuran en las páginas policiales y que afectan las relaciones de solidaridad y de amistad que debe primar entre condiscípulos de colegios y escuelas con niños que sufren las consecuencias de este fenómeno social.

Aun cuando las leyes no son una varita mágica se debe regular la conducta de niños y niñas y la supervisión adecuada de maestros y autoridades para evitar situaciones dolorosas, que a veces, resultan irreversibles.

V.- RECOMENDACIONES

1.- Considero necesario se organice Comisiones de estudio del articulado del Código Civil en vigor para perfeccionar su redacción teniendo presente los preceptos constitucionales sobre la igualdad de todos los ciudadanos, sin ninguna excepción.
2.- En las Facultades de Derecho de la Universidad Peruana es necesario que los Talleres de investigación estudien temas de la realidad nacional como los casos de la discriminación mediante el derecho, referidos a normas que contienen los códigos, a veces contraviniendo preceptos constitucionales.
3.- Urge que la educación –en todos los niveles- de especial importancia al concepto de libertad de información y conocimiento, para que los jóvenes asuman su verdadero papel de ciudadanos.
4.- Es necesario que el concepto de "interés superior del niño" sea suficientemente difundido en las escuelas, hogares, centros de estudios superiores y colegios profesionales, para que toda la ciudadanía, especialmente las autoridades conozcan su significado y trabajen en conjunto por su aplicación, sin discriminar a ningún niño o niña de la comunidad local y nacional.

VI.- BIBLIOGRAFIA

- Alzamora Valdez, Mario: "Los Derechos Humanos", Lima, 1988.
- Basadre, Jorge: "Historia de la República", Lima, 1979.
- Código Civil de Argentina, Edición Oficial actualizada, Buenos Aires, 1998.
- Código Civil del Estado Nor Peruano, Imprenta Macías, Lima, 1836.
- Código Civil Peruano de 1852
- Código Civil Peruano de 1936, Librería Mejía Baca, Lima, 1955.
- Código Civil Peruano de 1984, Edición Oficial, Lima, 2010.
- Constitución Política de 1979, Lima, 1979.
- Constitución Política de 1993, Edición Oficial, Lima, 2010.
- Cornejo Chávez, Héctor: "Derecho Familiar Peruano", Lima, 1999.
- Cornejo Fava, María Teresa: "El Matrimonio", Lima, 2002.
- Garrido Melero, Martín: "Derecho de Familia", Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992.
- García Maldonado, Ana Lucina, Directora: "La Mujer en la Historia de Venezuela", en Obra Enciclopédica: La Mujer en la Historia de América", Caracas, 1996.
- Loayza Saavedra, Rodolfo: "Pensadores Peruanos del Siglo XX frente a la problemática nacional", Antología, II Tomos, Editorial San Marcos, Lima, 2009.
- López – Rendo Rodríguez, Carmen: "De la vicésima hereditatium al impuesto sucesorio en el derecho español", en Direito Romano, Poder e Direito, XV Congreso Internacional de Direito Romano, Universidade de Lisboa, 2013.
- Maritain, Jacques: "El Humanismo", Editorial Dédalo, Buenos Aires, 1982.
- Meira, Silvio: "Clóvis Bevilaqua: Sua vida. Sua Obra", Ediciones Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1990.
- Mendiburu, Manuel de: "Ojeada sobre la esclavitud, bajo el régimen colonial", en Revista de Lima, tomo V, Lima, s/f
- Meza, Carmen y Hampe, Teodoro, co autores y compiladores: "La Mujer en la Historia del Perú" (siglos XV al XX), Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2007.

- Meza Ingar, Carmen: "Casos de Discriminación mediante el Derecho", CONCYTEC, Lima, 1988.
- Meza Ingar, Carmen: "Ideas para un Código de Familia", CONCYTEC, Lima, 1990.
- Meza Ingar, Carmen: "Más allá de la Igualdad. Los Derechos de la Mujer al año 2000", Amaru Editores, Lima, 1986.
- Meza Ingar, Carmen: "La Verdad Biológica y la Ley", en Docentia et Investigatio, Volumen 9, N°2, Lima, 2007.
- Normas Legales, Lima
- Rentería Durand, Margarita: "Historia del Derecho Peruano: Los Derechos Civiles de las Mujeres en el Perú", Segundo Premio del Concurso de Ensayo Jurídico "Jorge Basadre 2013", en Revista del Foro, N°101, Lima, 2013.
- Vargas Ugarte, Rubén: "Historia General del Perú", X Tomos, Carlos Milla Batres, Lima, 1971.
- Veloso, Zeno: "Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda", Editora UNAMA, Universidade da Amazonia, Belem Pará, 2010.
- Villanueva Salvatierra, Susan: "Del registro del matrimonio religioso al registro del matrimonio civil en el Perú", en NOMBRES, Revista Académica del RENIEC, Vol 1, N° 1, Lima, 2013.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Introducción al Derecho Civil de Québec - Canadá

Santiago Osorio Arrascue
Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM
Miembro del Comité de Redacción de la Revista de Derecho

SUMARIO: *Antecedentes 1.- La Colonización. 2.- Recepción del Derecho Privado Francés. 3.- Periodo Colonial Inglés. 4.- La British Constitución, Act de 1791. La creación de provincias. La conservación del Sistema Bicameral parlamentario. 5.- La Unión Act. 6.- La British Norte América, Act. 7.- La Codificación: el Código Civil du Bas Canadá. 8.- La necesidad de la Codificación. 9.- La Comisión Redactora del Código Civil de Bas Canadá. 10.- La Valoración del Cc. BC. Los Cien años de vigencia y la necesidad de la Reforma. 11.- La Recodificación del Derecho. 12.- El Proceso de Redacción.13.- Caracteristicas de forma y de fondo del Nuevo Código Civil. 14.- Conclusiones. 15.- Bibliografia*

Resumen

Fueron los franceses los primeros que llegaron al territorio del actual Canadá y se sentaron en lo que es la provincia de Quebec. Los ingleses llegaron posteriormente y se sentaron en la parte occidental con su centro de irradiación lo que es la actual Toronto. Los franceses implantaron la legislación de la Comuna de Paris y posteriormente la disposiciones del Código Civil de Napoleón de 1804. Con la doctrina Napoleónica se inicia la configuración del Derecho Civil, en un proceso que se desarrolla autónoma e independientemente en los siglos XIX, XX, XXI, con significativo aporte a la configuración mundial del Derecho Civil Internacional, el cual tiene como base el Código Napoleón que se sigue en el Código Civil de Louisiana de USA y en toda Latinoamérica. Además en el Derecho Civil Musulmán. Llegando con todo ello prácticamente a la globalización jurídica civil mundial.

Abstract

The French were the first to arrive to the territory of present-day Canada and sat in what is the province of Quebec. The British came later and sat in the western part with its center of radiation which is the current Toronto. The French introduced the legislation of the Commune of Paris and then the provisions of the Civil Code of Napoleon, 1804 With the Napoleonic doctrine Civil configuration starts, in a process that develops autonomously and independently in the XIX, XX centuries XXI, with significant contribution to the global configuration of the International Civil law, which is based on the Napoleonic Code is still in the Civil Code of Louisiana the USA and throughout Latin America. Also in the Muslim Civil Law. Arriving with virtually all global civil legal globalization.

Palabras claves

Trascendencia del Derecho Civil de Québec en la configuración del Derecho Civil Internacional.

ANTECEDENTES

En Canadá coexisten dos ordenamiento jurídicos, uno de origen francés "derecho civil" y otro de origen inglés, "Common law".

La evolución dogmática del derecho civil lo podemos dividir en:

a. Desde la colonización francesa hasta la codificación en 1866 y,
b. La posterior recodificación en 1991.

1.- LA COLONIZACIÓN

Québec fue descubierto por Samuel de Champlain (1570-1635), originalmente el asentamiento francés fue de cincuenta habitantes. En 1627, el Cardenal Richelieu creó la Compañía de la Nouvelle Francé o de los Cent Associes, otorgándole la propiedad de las tierras en régimen de señorío, con poder para hacer subconseciones a las futuros colonos. Con cargo de desarrollar, colonizar y catolizar el territorio, otorgándoles el monopolio del comercio de pieles.

En 1628 estalló la guerra entre Francia e Inglaterra, Québec pasó a manos inglesas entre 1629-1632, hasta que en 1652 recuperó el territorio por el Tratado de Saint Germain in Laye. Al término del mandato de la Compañía de la Nouvelle Francés, en 1663, la colonia pasó a ser una provincia real de Luis XIV.

2.- RECEPCIÓN DEL DERECHO PRIVADO FRANCÉS

Se realizó en dos etapas:

2.1. **La diversidad legislativa (1608-1664)**

2.2. La imposición de la Costumbre de París[1] para obtener la unidad jurídica (1664)

1 Conjunto de Normas Consuetudinarias.

Analicemos cada una de las etapas:

2.1. La Diversidad Legislativa (1608-1664)

El derecho que se aplicaba en los territorios colonizados era normalmente, el mismo derecho vigente en la metrópoli, pero en Francia no existía unidad legislativa, tanto en el derecho público como en el derecho privado, tampoco en la Nouvelle France existía un derecho común a todos los colonos. La Compañía de la Nouvelle France estableció que, en el contrato de concesión de tierras a los nuevos habitantes, los derechos y obligaciones de las partes deben regirse por la Costumbre de París.

2.2. La imposición de la Costumbre de París para conseguir la unidad jurídica (1664)

La Compañía de las Indias Occidentales sustituyó en 1664 a la de la Nouvelle Francés. En su edicto de constitución (cap. XXXIII) se obligaba a los jueces a observar las leyes y las ordenanzas del reino (generales para toda Francia) y, además, se impuso la Costumbre de Paris en la contratación.

También se creó un Conseil Souverain (1663) que era, a la vez, tribunal de justicia y órgano legislativo y administrativo. A partir de 1702 se convertiría en el Conseil Superieur y sus funciones quedarían circunscritas al ámbito judicial.

La orden de observación de la Costumbre de París no impidió la aplicación del resto de fuentes del derecho.

Así, además de los edictos y las ordenances del rey de Francia anteriores y posteriores a 1663 (entre ellas sobre las donaciones de 1731, los testamentos de 1735 y las substituciones de 1747), también se consideraban aplicables las disposiciones de las autoridades administrativas locales y las resoluciones de los tribunales. Además, la Costumbre de París no cubría todas las necesidades sólo contaba con 362 artículos- y, en ocasiones sus preceptos no se adaptaban al recurso del uso del derecho romano –El decreto económico se aplicaba en las materias relativas a la filiación y a la celebración y efectos del matrimonio y sus causas de disolución.

3.- PERIODO COLONIAL INGLÉS (1763-1866)

Durante este periodo hay tres momentos destacables. A saber:
3.1. La Conquista Británica (1760) y el Tratado de París (1763)
3.2. La resolución de los litigios según las Laws of England.
3.3. La Québec Act de 1774. La conservación del derecho privado francés. La creación del Conseil Legislatif.

Expliquemos cada una de estas etapas:

3.1. La Conquista Británica (1760) y el Tratado de Paris (1763)

Las fuerzas inglesas se apoderaron de Québec con la batalla de las Llanuras de Abrahám. La Nouvelle France cayó en manos británicas el 18.09.1759, tras la capitulación de los franceses; sin embargo, éstos permanecieron un año en Montreal, hasta el 08.09.1768, es cuando se firmó la Capitulación de Montreal. Con el Tratado de París de 1763, Francia cedía finalmente Canadá a los británicos; los tres distritos militares de Montreal, Trois – Revieres y Québec, se unieron en una sola provincia, que pasaba a denominarse "Québec". Fue nombrado Gobernador James Murray (1721/22-1794). El territorio que había sido la Nouvelle France pasaba a convertirse en la décima quinta colonia británica de América del Norte. En consecuencia, los habitantes franceses, canadienses y acadianos del lugar, quedaron convertidos en súbditos británicos, sometidos a su misma administración de justicia y al derecho penal inglés. En su calidad de católicos quedaban excluídos del acceso a los cargos públicos. Junto al hecho de que el comercio quedaba bajo el control de los británicos, propició que muchas familias emigraran hacia Francia.

3.2. La resolución de los litigios según las Laws of England

Mientras no se estableciese en la colonia la autoridad legislativa, el Rey, para asegurar su soberanía, podía derogar el derecho privado vigente entonces y sustituirlo por el derecho inglés.

En la proclamación real de 07.10.1763, George III autorizaba al Gobernador de Québec (una de las cuatro provincias en las que se dividió el territorio conquistado), a implantar un modelo de organización judicial que

permitiese juzgar según la ley inglesa y/o la equidad y, en definitiva, de forma lo más parecida posible al derecho inglés. De acuerdo con estas instrucciones, en 17.09.1764, el Gobernador Murray dictó una Ordennance, mediante la cual se instauraba en la provincia un Tribunal Superior (Court of Kings Bench/Cour du Banc du Roi), en la cual las causas civiles y las criminales debían juzgarse de conformidad con las leyes inglesas.

No se impuso directamente el derecho inglés en la resolución de las causas. Para paliar la situación, se creó un Tribunal Inferior (Court of Common Plas/Cour Desplaids Communs) destinado especialmente a los canadienses, que debía juzgar según equidad, puestos que éstos no conocían el derecho inglés, habiendo posibilidad de alegar derecho francocanadiense en las causas de origen anterior a 01.10.1764, la fecha se alargaría, en relación a ciertas materias, hasta el 10.08.1765.

Aunque quedaba la incertidumbre qué norma estaba en vigor en la provincia. De hecho se seguía aplicando el Ancien Droit.(antiguo derecho) y la Costumbre de Paris, para solucionar controversias relativas a la sucesión, o a la venta de bienes de menores, o a los contratos por razón de matrimonios.

En 07.01.1765 la ciudadanía elevó al Rey una queja formal en que se exponía los vicios y los defectos del sistema de administración de justicia. Se insistía en la necesidad de confiar los litigios a los jueces que conociesen el derecho y las costumbres del país, a saber los asuntos patrimoniales del derecho de familia. El boicot de la población a la imposición de esa nueva organización de la justicia, se expresaba mediante el recurso al arbitraje ante notario o ante las personas que antes habían sido jueces del lugar.
La solución a esta situación llegó con el Act. de Québec de 1774

3.3. La Québec ACT DE 1774

La conservación del derecho privado francés, La creación del Consejo Legislativo (Conseil Legislatif)

En 1776, Guy Carleton (1724 – 1808) sustituyó a Murray en el cargo de Gobernador General. Para acabar con el descontento popular causado por la proclamación de 1763, propuso al gobierno inglés la codificación del

derecho canadiense anterior a la Conquista (a excepción del derecho penal y derecho mercantil) Una vez en vigencia, el Código sería en materia civil, la única fuente de derecho en la colonia. Se trataba de restaurar el derecho propio. No sólo para facilitar la reconciliación con los habitantes de la provincia, sino para evitar desgracias mayores, se preveían cambios futuros que debían producirse sin precipitación, en función de las circunstancias y necesidades.

La propuesta dio resultado con el Act. de Québec de 22.06.1774, que era una ley emanada del Parlamento inglés de Westminster. En virtud de la cual, quedaban derogadas las anteriores ordenanzas relativas al gobierno civil de la provincia y de la administración de justicia (Art. 4), se oficializa al idioma francés, se reconocía la fe católica (art. 5) y se restablecía el derecho privado francés (art. 8). El derecho penal continuaba siendo el inglés (art. 11) La ley tendía a obtener la lealtad de la población francesa (que era mayoría) y se buscaba su futura colaboración en las batallas contra la agitación del resto de colonias británicas, en su lucha por la independencia.

La subsistencia del derecho privado estaba asegurada mientras no atentaba contra el Rey de Inglaterra. Estas instrucciones reales, relativas al derecho inglés, no fueron aplicadas inmediatamente por el Gobernador Carletton ni por su sucesor Haldimand. Judicialmente ciertas decisiones postulaban la aplicación del derecho, siguiendo criterios de "la Ley personal" por el origen y la procedencia de los litigantes.

4.- LA BRITISH CONTITUTION ACT. DE 1791. La creación de provincias. La conservación del Sistema Bicameral Parlamentaria

Entre 1778-1784, los lealistas británicos contrarios a la independencia de las colonias americanas (tories), incrementó considerablemente la población en inglesa y protestante en Québec, lo cual legitimaba a los británicos para reclamar con fuerza el derecho a regirse por las instituciones y leyes inglesas. Quienes, incluso, denunciaban la vigencia de la Costumbre de París, los ingleses querían tener la propiedad de la tierra en régimen de "FREEHOLDS" y no según el sistema oficial francés, también querían asegurarse

la libre disposición de los bienes mortis causa, como lo preveía el Art. 10 del Act. de Québec. Reclamaban, además, una asamblea parlamentaria, la introducción del derecho mercantil inglés y el control de los impuestos. El PARTI Canadian (los futuros patriotas) se oponía, aunque los canadienses franceses también reclamaban la representación parlamentaria. Pero las autoridades británicas se negaron a atender cualquier petición.

La Constitución de 1791 institucionalizó la bipolarización social existente. El gobierno inglés optó por dividir el territorio en dos colonias, siguiendo criterios de procedencia y no económicos o geográficos. Así se creó el BAS CANADA (hoy, Québec) y la "Haut Canadá" (hoy Ontario). El primero agrupaba a la colonia de lengua francesa y el segundo al de lengua inglesa. El predominio anglófano o francófano también determinó la adopción de uno u otro derecho privado. La Haut Canadá derogó el derecho francés y la sustitución por el derecho inglés.

El Acta de 1791 instauró un sistema parlamentario de corte británico bicameral, con un severo control ejecutivo. El Consejo Legislativo Haut Canada era la cámara alta y la Asamblea Legislativa Bas Canadá, era la cámara de representación parlamentaria. La primera, integrada por designación real, con mayoría británica. La segunda, era electiva, la representación era proporcional al número de habitantes. En la primera solo ingleses y en la segunda, mayoritariamente diputados franceses, lo cual perjudicaba enormemente a la burguesía inglesa que vivía en el Bas Canadá.

El incipiente nacionalismo del Parti Canadien, liderado por Louis Joseph Papineau podía hacerle perder el control. Los británicos del Bas Canada intentaron convencer a Londres de la equidad de preservar la unidad de la América del Norte Británica de reunificar las dos Canadás. En razón de constantes roces entre la Cámara Alta y la Asamblea que impedían tomar acuerdos de reforma del derecho privado.

La paralización con la formulación de la petición bloqueaba la anglificación del derecho en materias de tenencia de la tierra, la desaparición de las hipotecas tácitas y la creación de un Registro Público. La situación obligó al parlamento británico que, estimando la oposición al régimen señorial francés,

dictó la Canada Tenures Act. (1825) que oficializaba el régimen jurídico inglés de tenencia y transmisión de la propiedad inmueble Empero, cinco años después, la Asamblea obtendría el derecho a modificar la referida ley.

También habían enfrentamientos entre el Consejo Ejecutivo y los Diputados. El Consejo creado en 1792 integrado por designación real, con función de asesorar al Gobernador en el control de la Asamblea (tenía derecho de veto) y en la administración de la provincia. Los amplísimos poderes al Gobernador, así como la concentración de la política en las clases aristócratas, provocaron violentas reacciones de los Diputados, que reclamaban un gobierno responsable ante la Asamblea, el control parlamentario de las decisiones financieras, y una cámara alta electiva. En ésta, los incidentes fueron protagonizados por el partido reformista de William Lyon Mackenzie, contra los privilegios de la iglesia y de la clase gobernante (los funcionarios que integraban el llamado "Pacto de Familia"), en un intento de conseguir un gobierno responsable ante el pueblo.

5.- LA UNIÓN ACT. (1840)

Los alborotos del Bas Canadá es el estallido de la rebelión contra el poder central británico, conocido como la revolución de los patriotas. Es aplastada en 1838, previa suspensión de la Constitución (sólo en esta parte del país) y la posterior creación de un Consejo especial (1838 – 1841), con poderes extraordinarios para gobernar y para imponer la legislación que la mayoría francófana había bloqueado en la asamblea.

Con la previsión de nuevas y previsibles insubordinaciones de los habitantes de las colonias, fue nombrado Lord Durham (1792-1840), conocido como el "Jack, el radical", como Gobernador General de toda América del Norte Británica, con el encargo específico de decidir la forma y el futuro gobierno de las provincias canadienses. De unir el Haut y el Bas Canadá para procurar "América del Norte Británica" fuerte y compacta, capaz de hacer frente a la influencia creciente de los EE.UU. Pero, Nueva Escocia y Nueva Brunswick no estarían interesadas, resultando que el proyecto de Durham acabó reduciéndose a las dos Canadas.

Para evitar la guerra que el calificaba de dos naciones en el seno de un mismo Estado, el Gobernador instauró una política de anglificación, que él consideraba a la inglesa moderna y progresista. Propuso que los miembros del ejecutivo fueran elegidos entre la mayoría escogida en la Asamblea y fueran responsables ante el pueblo, para frenar los abusos y las corruptelas de la clase dominante en el Haut Canadá. Aconsejó la autonomía local (gobiernos municipales) y la creación de un único Tribunal Supremo, instauró una política favorable a la inmigración británica. Todo lo cual facilitaría el acceso al poder a los inglesés y, además, lo aseguraría.

Su informe o Report in the Affairs of British North America de 31-01-1840, condujo a la ley de la "Unión" que el parlamento británico aprobó el 23.03.1840. La norma obligaba a la fusión de las dos provincias, las cuales, a partir de entonces, recibirían el nombre de Canadá Unido. No obstante la anterior división se mantuvo oficiosamente con la designación geográfica de "Canadá". Este "(parte francesa) y "Canadá Oeste" (parte inglesa). La provincia contaría con un Legislative Council (24 miembros) y una Legislative Assembly (84 miembros) y un único idioma: el inglés (Sección XLI) donde los colonos ingleses eran mayoría, porque los 42 diputados no era proporcional al número de habitantes, sino idéntico para cada provincia.

La Constitución de la Unión no cambió el derecho privado pre existente – que Durham proponía asimilar al derecho inglés – los canadienses franceses ahora dirigidos por nuevos líderes, post-revolucionarios- no podían oponer a la introducción paulatina del derecho privado en la provincia. No sólo porque éste dominaba las transacciones comerciales en todo el contenido, sino porque el derecho vigente había quedado desfasado y anacrónico: numerosos preceptos de la Costumbre de París no respondían a las necesidades de la época y no se aplicaban. No por la falta de formación civilista de los jueces, sino por la falta de ordenación jurídica, sistemática que tampoco facilitaba la tarea de los abogados. Con la llegada del gobierno responsable, que formaban parte algunos diputados francocanadienses del Partido Reformista que habían triunfado en las elecciones, se mantiene la legislación aprobada durante la suspensión de la Constitución y se dieron reformas en la adaptación del derecho a los tiempos modernos, que eran del liberalismo económico. En este contexto, a partir de 1840, se empezaría a crear el clima propicio para la codificación.

En esta época nacen las primeras universidades., la Escuela de Derecho de Francois Bibaud es de 1851. La Universidad de Mc Gill en Montreal de 1853 y la de Laval en Québec de 1854.

En el plano político destaca el Partido Reformista con las personalidades de Louis Hyppolyte La Fontaine (1807 – 1864)- Activista de la revolución de 1837-38, a cuyo pensamiento se debe los cambios sociales y culturales.

En el ámbito del derecho privado, se adoptaron leyes de reforma de la dote (1841), la liberalización de la usura (1858), la supresión del retracto gentilicio (1855) y de redimibilidad de los censos (1859). La más importante es la que acabó con el sistema señorial en 1854; no porque clarificaba el derecho patrimonial sino, sobre todo, porque era el gran primer paso hacia la codificación. El, que suponía la culminación del proyecto de reformas legislativas, era concebida técnicamente como un remedio eficaz para sistematizar las fuentes jurídicas existentes en el Bas Canadá[2].

La codificación afectaría al Bas Canadá porque la Asamblea que era única, podía dictar leyes para unas provincias exclusivamente. Fue posible por el acuerdo del Partido Reformista francés con los sectores anglófonos, siendo su máximo dirigente luego Georges Etienne Cartier (1814- 1873), uno de los rebeldes de 1837 que sería consejero del Primer Ministro John Alexander Mac Donald (1815-1891).

En 1857, además de la ley que abolía cualquier diferencia entre el régimen jurídico de tenencia de la tierra y la ley de descentralización judicial, el gobierno del Canadá Unido aprobó la norma que permitiría la codificación de los derechos civil y procesal: La promulgación se produjo un año antes de la Coalición Cartier – Mc Donald decidiese incluir en su programa de gobierno el pacto federativo entre provincias. Que, a paritr de 1858, el Cc. adquiere un significado que anteriormente carecía.

2 Arroyo i Amayuelas, Esther. "El derecho Civil en Québec Codificación y Recodificación". P. 295.

De ser considerado solo instrumento de racionalización y difusión del derecho vigente en el Bas Canadá, pasó a ser un instrumento de afirmación y defensa de la propia identidad de la nación[3].

Así fuese por el peligro de asimilación al resto de provincias británicas regidas por el común law e interesadas en el pacto asociativo, que llevaría a presentar al Cc. como una iuris continuatio con el ancien droit (antiguo derecho), cosa que no era del todo cierto y tendente a minimizar los cambios que eran muchos para esos tiempos. Una vez en vigor el Cc. se ha tendido a falsear las cosas como si solo fuera un símbolo de la fidelidad de los quebequeses a sus raíces"[4].

6.- LA BRISTISH NORTH AMÉRICA ACT. (1867)

6.1. La Creación del Dominio

El gobierno de la Unión funcionaba con un solo parlamento. pero que, continuaba existiendo de hecho con dos provincias.

Cuando la población aumentó del Haut Canadá solicitó representación parlamentaria proporcional. La Bas Canadá se opuso porque ahora siendo su población minoría, perdería el poder del status quo. Si fue posible el acuerdo entre los partidos sobre la necesidad de la codificación, se debe a que en 1857 no había reinvindicación nacionalista tras el proyecto codificador, tan solo se sometió a discusión de la Asamblea, en un proyecto para la mejora técnica en la aplicación de las leyes.

Para remediar la paralización de la Asamblea, en 1858 Cartier propusó que la unión de Haut y el Bas Canada fuese esencialmente federativa, lo cual significaba conceder la autonomía local provincial, y el reparto del poder con un gobierno central. Como el plan no fue ejecutado de inmediato, se tuvo la oportunidad de apreciar el proyecto asociativo de la colonias marítimas del Atlántico, propuso la unión de todas las colonias para construir

3 Esther Arroyo. Ob. Cit. P. 295.
4 Id. P. 295 - 296

una única nación. Asi es como después de las conferencias de Charlotetown y de Québec, en 1864, se llegó al compromiso de crear el "Dominio de Canadá". Esta forma de estado fue establecido el 29.03.1867 con su Primer Ministro Macdonald y, además del Haut y el Bas Canada (a partir de entonces: Ontano y Québec respectivamente), también habrían de formar parte de la federación Nueva Escocía y Nueva Brunswiek. El resto de colonias inglesas se sumarían después, paulatinamente.

Si Bas Canadá aceptó el pacto federativo fue porque se le permitió mantener (y desarrollar en el futuro) su derecho codificado.

6.2. El reparto del poder legislativo en materia civil

La British North América Act (hoy, "Constitutional Act") reconocía oficialmente el uso del inglés y del francés, además, consagraba el repartó de poderes entre el gobierno federal central y las provincias; el primero controlaba los asuntos de dimensión nacional y el segundo, los de ámbito local.

El Acta estableció un reparto de la competencia legislativa entre el Estado Central y las provincias (Arts. 91 y 92 BNA). Relativo al derecho privado, era de competencia exclusiva del Estado las materias relacionadas en el Art. 91 (parágrafos 15(banca), 18-19 (letras de cambio, interés legal del dinero), 21-23 (quiebra, patentes y derechos de autor); 26 (matrimonio y divorcio), además quedaba de competencia estatal toda la materia que el Art. 92 no atribuye expresamente a las provincias (Art. 91.2 BNA).

El otorgamiento de competencia del derecho civil en el art. 91.13 BNA, se tradujo en su reconocimiento de los "property and civil rights" (="propieté et droits civils du citoien). Hoy nadie duda que, con esta fórmula, la Constitución reconoce competencia para legislar, en general, sobre todo el derecho civil susceptible de estar contenido en el Cc.

7.- LA CODIFICACIÓN: EL CODE CIVIL DU BAS CANADA DE 1866

Extendida el Acta de Québec hubo varios intentos de codificar el derecho. El más reciente fue de Durham que formaba parte de la anglificación de las leyes de la provincia. En 1820 los nacionalistas conservadores se habían manifestado a favor de la codificación de sus leyes. Las revoluciones de 1837-38 abortaron el proyecto, es cuando se reformuló nuevamente, porque el ambiente político y social era muy distinto: post-revolucionario, pre-capitalista y pre-confederativo. El nacionalismo separatista cedía a favor de un nacionalismo moderado, que integraba en la nación canadiense al sector anglófano y que los dos sectores rechazaban el sistema señorial.

El Código Civil fue considerado un instrumento esencialmente técnico, de racionalización del derecho redactado en inglés y francés de las dos naciones que convivían en la provincia. Que busca una mayor eficiencia en la aplicación de las leyes, por encima de cualquier consideración política de afirmación nacional en el Bas Canadá.

8.- LA NECESIDAD DE LA CODIFICACIÓN

8.1. Aspecto Político

El proyecto de codificación fue aceptado por los partidos canadieneses de la época, lo llevó a cabo el partido reformista moderado (los "blues"), también formó parte del programa electoral de 1851 de los reformistas radicales liderados por Louis – Joseph Papinneau (los "rouges").

En la presentación de la ley de bases de 1857, como en los debates del texto articulado, la oposición se abstuvo de realizar grandes objeciones. Incluso se propuso codificar en base de unificar el derecho en los dos territorios, como la propuesta provenía de los anglófanos, más que una codificación de unificación; se proponía una codificación de uniformización del derecho. Aunque esta presentación uniformadora, data desde 1847, cuando en plena asamblea. Se propuso la posibilidad de asimilar el derecho privado del Bas Canada al vigente en el Haut Canadá.

Si antes no fue posible ahora si era hasta necesario de conseguir una única identidad para todas las colonias y de mantener distancia del vecino EE.UU, se agregaba que solo así se podía expandirse una herencia cultural distinta. La idea fue recogida por el Secretario de la Comisión del Código Civil (Mc Cordt) y que, esencialmente, lo expresaba Cartier en la presentación del Cc. en la Asamblea.

8.2. Aspecto Jurídico. Las razones necesarias para la Codificación

El Acte Concerment la codification des lois du Bas-Canadá en 1857, una especie de ley de bases, exponía las razones necesarias para la codificación, así como los criterios que debían seguirse en la elaboración del Cc.

En el Preámbulo de la ley de 1857 se mencionaba las razones, básicamente en tres aspectos:

a. La necesidad de reducir en un Código las leyes del Bas Canadá que, en material civil, eran múltiples, hasta contradictorias: costumbres, derecho romano y canónico, disposiciones reales francesas, edictos, disposiciones del régimen británico local, leyes del parlamento británico, legislación de la asamblea provincial, etc.
b. La necesidad de dar a conocer las leyes en los dos idiomas. Cuyas versiones eran en francés de las Ordonnances y la jurisprudencia anterior a la conquista. Mientras que la legislación emanada de las autoridades inglesas, que la mayor parte eran traducidas al francés, no existió una versión inglesa oficial, ni de la Costumbre de Paris, ni de sus comentaristas. Así, pues, el Cc. debe ser bilingüe, igual que la primera versión del Cc. de Louisiana (1808) que era, junto al Cc. francés de 1804,. el otro modelo a seguir. Tanto la versión inglesa como la francesa tendrían el mismo valor. La versión inglesa se redactó tomando en consideración, el vocabulario escocés, porque éste, igual que el derecho francés canadiense, a pesar de que Escocia nunca a codificado el suyo, se inserta en la tradición romanística.
c. La necesidad de poner fin
   La necesidad de poner fin al anquilosamiento del derecho, porque las normas de la ancient droit quedaban obsoletas, la falta de estudios doctrinales que suplieran las lagunas, la ausencia de recopilaciones juris-

prudenciales para conocer qué razonamientos legales solucionaban los casos idénticos. El mismo preámbulo de la Ley 1857 señalaba que a partir de la Codificación Francesa (Código Napoléon), la doctrina quedo interrumpida porque los comentaristas referían a un derecho que ya no existía (Pothier era la excepción) pero que, sin embargo, era fundamental para estudiar el derecho de la colonia. La agonía del Derecho Bajo canadiense comenzó desde cuando Francia dejó de ser metrópolis, quedando cortados toda clase de vínculos, inclusive los cambios legislativos. Québec quedaba, pues, anclado en el ancien droit. Es así como la primera consolidación de leyes, agrupadas por materias, fue en 1845. Las recopilaciones jurisprudenciales se darían a comienzos del siglo XX. Las Escuelas y Universidades, impulsoras del estudio, la sistematización y la difusión del derecho era tardía, a partir de la segunda mitad del siglo XIX. La disminución del uso de autores clásicos como Domat, Bourjon, Pothier o Ferriere, más interesaban a los comentaristas del Code de Napoleón. Claro que el Code, por lo menos, ofrecía la sistemática pero sus efectos eran negativos, porque iban en detrimento del propio derecho.

9.- LA COMISIÓN REDACTORA DEL CODE CIVIL DE BAS CANADÁ

Se creó en febrero de 1859, dos años después de la ley que autorizaba la codificación, Como la Fontaine, por motivos de salud, no quiso presidirla y como había inestabilidad política, Cartier consideró prudente retardar el nombramiento de un tercer miembro.

a) Su Composición

Siguiendo las indicaciones de la ley de 1857, debía ser confiada a tres abogados del Bas Canadá, que debían contar con dos secretarios de idéntica profesión.

La Comisión fue confiada a tres jueces. Dos de origen francés: Rene – Edouard Caron (1800-1876) y Agustín- Norbert Morin (1803-1865) y un tercero americano: Charles-Dewey Day (1806-18884). Los dos secreta-

rios bilingües eran los abogados Joseph – Ubald Baudry (1816-1876) y Thómas Kennedy Ramsay (1826-1886), el último por motivos políticos fue reemplazado por Thomas Mc Cord (1828-1886). Los secretarios se encargaban de la traducción de los textos al idioma en el que los preceptos no habían sido originalmente redactados. El bilingüismo no solo era en la norma sino también en la exposición de motivos.

La composición de la comisión por jueces y abogados más que la doctrina, importaba qué debía servir a la profesión. La intención era establecer reglas claras y sencillas, que evitasen la ambigüedad de los textos legales que, por tal razón, resultaban polémicos y de difícil interpretación, dando lugar a teorías contradictorias.

b) Las Instrucciones del Trabajo

En su Art. 4 la Ley de 1857 ordenaba reducir en un Código, las leyes civiles y procesales del Bas Canada qué tuvieran carácter general y permanente. Sólo se podía incorporar disposiciones en vigor, previa cita de las autoridades que demostraban dicha vigencia. Se podría sugerir cambios pero debía quedar claro, cuál era alternativa y qué ventajas presentaba (Art. 6 Ley 1857).

Relativo al plan general y posible contenido (civil, mercantil, procesal), los Códigos (Civil y procesal) debían inspirarse en el Código Napoleón y en el Código de Louisiana (Ar. 77), pero en el bien entendido de que el Cc. del Bas Canadá no pretendía la reforma sino la consoldiación del derecho. En tal virtud, el derecho anterior al Código no quedaría expresamente derogado (Art. 2613 del Cc. originario). Esto no significaba la derogación del ancien droit que debía utilizarse para interpretarlo que en el Cc. no pudiese estar claro. Además, significaba que pervivía la vieja regulación de las instituciones que no hubiesen tenido cabida en el Cc.

Cada comisario tenía la ponencia de ámbitos o materias concretas. Del derecho de obligaciones se encargó el juez Day, que era el único anglógano del grupo (era americano, de Vermont). La doctrina ha interpretado esto como una concesión a la minoría británica, que por su importancia y texto

se escribió directamente en inglés, con la dificultad de su debida traducción al francés, que era idioma propio del Droit Civil.

Las decisiones se adoptaban por mayoría, pudiéndose dejar constancia de los votos discrepantes (Arts. 16, 19). Cuando el texto alcanzaba la redacción definitiva, era traducido y devuelto a su autor para que éste revisará la traducción, la cual debía ser extraordinariamente pulida, que contaba con el mismo valor oficial del original. De los trabajos debía rendirse periódicamente cuentas al gobierno. Los textos articulados y sus correspondientes exposiciones de motivos y concordancias a cada precepto, se ordenaban imprimir y se repartían copias al Gobernador para que éste, a su vez, lo distribuyera entre jueces y magistrados. Su finalidad era que estos pudieran hacer sugerencias u objeciones pertinentes en el plazo establecido al efecto. Se trababa de comprobar que fuese de aplicación efectiva en la provincia. En su caso, era posible el debate (Arts. 8-12. Ley 1857).

c) Resultados Obtenidos

Fuente de inspiración fueron dos modelos. El Code de Napoleón (1804) y el Código de Louisiana (1825), en cuanto se refiere al estilo, el lenguaje y el contenido (Arts. 6 y 7 Ley 1857). El francés ofrecía la ventaja de la similitud con el derecho Canadiense, porque desde el inicio de la Colonia, las fuentes jurídicas fueron las mismas.- El de Louisiana, por el contrario, presentaba la similitud de ser fruto de la misma mixticidad que el derecho de Québec.

En el contenido, estaba estructurado el Cc. en tres libros convencionalmente admitidos: Personas (I) Bienes (II), y adquisición y ejercicio de los derechos (III). Se nota aquí claramente la influencia de la división tripartita del Código Napoleón. Además al Cc del Bas Canadá se le añadió un cuarto Libro al Derecho Comercial. Con ello se trataba de evitar que en las transacciones comerciales, la Common law pudiera reemplazar el derecho de obligaciones de tradición civilista. A propósito, Day relataba la negativa a fijar un estatuto especial para los comerciantes, tal y como sucedía en Inglaterra, en donde el Common law había absorbido a la lex mercatoria. Day quería integrar el derecho de obligaciones y el derecho comercial (era

el encargado de la redacción de ambas partes: la primera en el Libro III y la última debía ser el Libro IV), pero a base de subordinar éste último al primero. De forma que el derecho comercial sólo plasmaría el derecho inglés, en el caso que el derecho de obligaciones del Libro III no regulaba específicamente. En este aspecto, era notorio el cosmopolitismo, puesto que la mayoría de preceptos consagraron normas y doctrina no autóctonos (derecho escocés, americano (Código uniforme de Comercio), el proyecto de Cc. de Nueva York, etc.). En ciertos aspectos del derecho marítimo se adoptaron reglas internacionales uniformes, en detrimiento de la Ordonnance de la Marine Francesa de 1681.

Los reiterados preceptos del Cc. francés en el texto de los Comisarios era muy superior al Cc. Louisiana. Tampoco el Código Napoleónico aparece un modelo perfecto. Los redactores del Cc de Bas Canadá (CcBC) denunciaban defectos en la clasificación de las materias, sobre todo en el ámbito del derecho de obligaciones o en impropiedades lingüísticas. Los comisarios como buenos conocedores del Code y de la doctrina, recurrían con frecuencia a la estructura, contenidos y estilo de la obra de Pothier.

Frente al Código Napoleón, los cambios consistía en reunir, en una misma sección, título o capítulo, de todas las reglas que debían versar sobre un mismo tema. En cuanto al estilo, se evitaban preceptos inútiles y reiteraciones innecesarias y, en defintiva, se intentaba hacer un uso riguroso del lenguaje. Respecto al contenido, se añadían reglas omitidas en el Code o, al contrario, se prescindía de las que no pudieran adecuarse a la tradición jurídica de Québec[5].

Claro que muchas reglas no se adaptaban a la sociedad quebequesa, de modo que el Code francés influyó solo en parte.

Se entiende que la petición de Codificación por los intelectuales del Bas Canadá no fue acompañada de una revolución social, contrariamente a la que sucedió en Francia. Muchas de las instituciones del Ancien Regime (Antiguo régimen) que debían considerarse subsistentes y muchas las con-

5 Arroyo. Ob. Cit. p. 306.

cesiones a la iglesia. Por eso se rechazó el divorcio (Art. 185 Cc. BC), el matrimonio era indisoluble, tampoco se reconocieron efectos al matrimonio civil, los hijos ilegítimos no tenían derechos sucesorios en la herencia del padre (Art. 1056 CcBC). Se dio un trato privilegiado a la propiedad de la iglesia. Los comisarios fueron rigurosos en la permanente regulación del derecho de familia de orden jerarquizado. Con claro predominio del hombre-marido o padre- en todas las esferas de la familia; en este sentido, el Cc BC estaba influenciado por el antiguo régimen que por el Código Napoleón.

Como era la época del liberalismo económico, había un respeto absoluto a la propiedad privada y al principio del laissez faire. Consagración principista del dogma de la autonomía de la voluntad, la libertad, la contratación y el pacta Sund servanda. Así, se excluía la rescisión por lesión entre mayores de edad, no permitía el juez moderar las cláusulas penales abusivas. Al respecto, hubo discusiones pero se consideró que los tribunales no debían interferir en lo pactado por los contratantes.

No accedieron los comisarios a reducir la indemnización por incumplimiento de contrato y, en los dos casos, los comisarios se apartaron del Code y del mismo Pothier. Para facilitar la libertad de comercio y la expansión capitalista, se abandonó la regla clásica de la traditio en la transmisión de la propiedad por el principio de transmisión por el mero, consentimiento; "PLUS SIMPLE et PLUS COMMODE".

Si no hubo sumisión absoluta al Code, menos a las reglas de la Costumbre de París. En virtud de que, cuando se decidió codificar el derecho, eran escasos los artículos de este cuerpo legal que no habían experimentado alguna modificación. Al margen que, muchas de ellas nunca se aplicaron. Lo que demuestra palpariamente que lo que se codificó era autóctono.

Además, los comisarios tuvieron en cuenta los elementos del derecho inglés plenamente enraizados en la provincia. Como las formas testamentarias y el principio de libertad de testar, constituía derecho vigente desde 1774 (Art. 831 Cc. BC).

d) El Consenso Social

Prácticamente no hubo nuevos planteamientos de los jueces y abogados sobre el trabajo de los comisarios. Tampoco de los notarios y de las Universidades Mc Gill y Laval. El único que observó fue el jurista Bibaud, a favor del mantenimiento del antiguo régimen.

Quizás se deba este silencio a que las altas esferas estaban dominadas por las élites encargadas del proyecto. Resultado de todo ello, que el Cc acabaría siendo prácticamente el resultado del trabajo de solo tres personas y no el fruto de una reflexión colectiva[6].

La Comisión Codificadora

La labor de la Comisión Codificadora terminó en 1864. En febrero y marzo de 1865 fue examinada por una nueva Comisión de trece expertos que, en general, la aceptó sin demasiadas objeciones.

Posteriormente se sometió a consideración de la asamblea (Art. 13 Ley 1857). Las observaciones de los Diputados no fueron significativos, porque se encontraban más abocados a los debates sobre la confederación. Cartier puntualizó tres aspectos básicos. Uno, el consenso social manifesto sobre la codificación. Dos, la necesidad de sistematizar el derecho vigente y, tres, la autonomía del sistema de Québec dentro de la organización federal.

10.- LA VALORACIÓN DEL Cc. BC LOS CIEN AÑOS DE VIGENCIA Y LA NECESIDAD DE LA REFORMA

La valoración radicó en tres aspectos. Uno, los jueces y juristas tenían un conocimiento exacto del estado del derecho privado vigente en la provincia. Dos, estimulaba la enseñanza del Derecho. Tres, abría un camino hacia la uniformidad de la jurisprudencia. Resultando que facilitaba las relaciones jurídicas entre los particulares.

6 Esther Arroyo. Ob. Cit. P. 309.

Sin embargo, con el correr del tiempo, varias de las normas resultaban siendo obsoletas. "Quizás porque no se cumplió con las revisiones periódicas que recomendaron sus redactores. A falta de una reforma sistemática y global, las deficiencias del Cc se iban supliendo parcialmente y mediante técnicas diversas, como con promulgación de leyes especiales, aún de materias que no lo requerían y de orden casuístico (por casos), creando, así, ordenamientos colaterales. Tampoco existía una doctrina a donde recurrir en busca a de solución de interpretación normativa. Junto con el anacronismo de muchos de sus preceptos de Cc BC que aún subsistían, se planteó la necesidad de recodificación del derecho.

11.- LA RECODIFICACIÓN DEL DERECHO

Por los muchos y necesarios cambios que exigía el Cc BC, se planteó de si se requería de una revisión y no de una simple reforma, porque más de una modificación de viejos preceptos, se trataba de cambiar la orientación filosófica general del Cc y regular de nuevo determinadas materias[7].

No solo se quería actualizar la antigua regulación. Adecuar el derecho a la nueva realidad exigía, abandonar principios codificados, pero también una armonización de las leyes especiales, que debían estar integradas o modificadas, y que eran muy abundantes, por lo que era necesario recuperar la unidad orgánica del Código.

A partir de la década del cincuenta del siglo pasado, la idea cobró fuerza y es en 1954 cuando se promulgó la "loi relative a la revisión du Code Civil", se nombró a Thibadeau Rinfret para dirigir el proyecto. En 1961 fue reemplazado por ANDRÉ NADEAU y en 1965 con Paul André CREPEAU, en la recién creada Office de Revisión du Code Civil.

La Oficina estaba compuesta de varias comisiones de 5 y 7 juristas de formación teórica y práctica. Unos se ocupaban de determinados ámbitos que debían incorporarse al Cc, otros actualizaban materias que estaban fue-

7 Esther Arroyo. Ob. Cit. P. 311.

ra del Cc. Cada texto se redactaba en inglés y francés y ninguna de ellas era consecuencia de la otra.

La labor de las diferentes comisiones fue sometida a consideración de instituciones y de otras personas interesadas, posteriormente fue sometida a la adecuada armonización de estilo y contenido.

Se evitaba la proliferación de leyes especiales que suponía un freno al proceso de amplificación del derecho, atribuible a la organización de la administración de justicia, cuyos miembros del Tribunal Supremo eran formados en la tradición del Common Law. Quienes frente a los vacíos del Código, los casos se solucionaban de acuerdo con los conceptos del Common law.

12.- EL PROCESO DE REDACCIÓN

En 1978 Crepeau tenía redactado un proyecto del Cc con 3288 artículos y las correspondientes exposición de motivos y comentarios. El gobierno no aprobó el texto, más bien decidió parcelar el proceso y reiniciar los trabajos.

Inicialmente se creyó únicamente proceder a la reforma del derecho de familia, que había sufrido cambios en una década, y se dio la "loi instituant un nouvean Code Civil et portant la reforme du droit de la famille", que entró en vigor en 1981. Lo que resultó ser el primer Libro de un nuevo Cc para Québec, el anterior quedaba derogado, aunque quedaban en vigencia el resto de los libros del Cc. de 1866. Otros sectores del Cc. serían objeto de anteproyectos y proyectos de reforma entre 1982 y 1990. En 1987 se aprobó la reforma del derecho de personas, las sucesiones y los bienes pero no fue posible su vigencia para 1989.

Entre diciembre de 1986 y junio de 1988 se dieron a conocer tres anteproyectos relativos a la publicidad de derechos, las obligaciones, la prueba, la prescripción y el derecho internacional privado.

En el transcurso del tiempo se advertía la necesidad de volver al proyecto inicial de recodificación global del derecho, porque eran numerosas las re-

formas del Cc. BC y del reciente libro del Cc, dedicado al derecho de familia. Al fin, en 1991 se aprobó un proyecto de ley sobre el que sería el nuevo Cc: el Proyecto de ley 125, titulado "Code Civil de Québec".

13.- CARACTERÍSTICAS DE FORMA Y DE FONDO DEL NUEVO Cc

Según su Disposición Final Única, el nuevo Code Civil de Québec (CcQ) reemplaza el Cc BC (1866) y también el Cc de 1981 (que solo lo formaba un Libro sobre Derecho de Familia). Entró en vigor el 01-06-1994, en inglés y francés. Cuenta con 3168 artículos, 1 Disposición Preliminar y algunas Disposiciones Finales. Se divide en 10 libros: personas, familia, sucesiones, bienes, obligaciones, privilegios e hipotecas, prueba, prescripción, publicidad de los derechos y derechos internacional privado. Su estructura es moderna y nada convencional, permite autonomía y presencia a determinadas instituciones que antes pasaban inadvertidos dentro del Libro III, dedicado a formas de adquirir la propiedad, aunque se sacrifica la sistemática del Código. No tiene Título Preliminar donde suele estar las reglas sobre aplicación e interpretación del derecho, en razón de que éstas se hallan en la ley de interpretación de las "Lois Generales du Québec", pero se integra las reglas relativas a los conflictos de leyes en un libro independiente.

El contenido del Cc Q está fuertemente influenciado por el Derecho Comparado, no solo por el francés y el inglés, fundamentalmente por el Derecho Europeo Comunitario y el de los tratados internacionales. Así, los arts 1468 – 1469 Cc. regulan la responsabilidad civil objetiva del fabricante y el distribuidor del productos, siguiendo la Directiva de 25.07.1985. El art. 1456.2 se inpira en el art. 69 de la Convención de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías. La responsabilidad por riesgos no se vincula a la propiedad sino a la entrega. Del Comm Law se sigue el patrimonio familiar, la hipoteca mobiliaria (art. 2660 Cc), se acrece el rol de los patrimonios de afectación (arts. 1256 y ss. Cc), el de la fiducia o trust (art. 1260 y ss del Cc). En cuanto a la jurisprudencia y la doctrina, el Cc Q recoge algunas de sus construcciones y otras deliberadamente rechaza las soluciones que sistemáticamente habían sido defendidas por el Tribunal Supremo, que seguía el derecho inglés.

14.- CONCLUSIONES

1. En Canadá existe la legislación dual: inglesa y francesa que se desarrolla en la parte occidental y oriental respectivamente de su territorio.
2. Los inmigrantes franceses impusieron en un primer momento la Legislación Civil de la Comuna de Paris y después la doctrina francesa del Código Civil de Louisiana como inmigrantes, ambos como inmigrantes franceses y las disposiciones del Código Civil de Napoleón de 1804.
3. Resistiendo los fuertes embates del Common Law inglés- canadiense, prosiguieron su desarrollo libre, independiente y autónomamente bajo la inspiración napoleónica. La configuración del Derecho Civil de Québec es un proceso que se viene desarrollando a través de los siglos XIX, XX, XXI.
4. El Código Civil de Québec – Canadá, junto con el Código Civil de Louisiana – USA, fueron fuente importante para la dación del Código Civil de la Federación de Rusia
5. El Codigo Civil de Québec es uno de los más importantes a nivel mundial, lo cual ha suscitado el interés académico de las grandes universidades del mundo el interés científico de prestigiosos juristas civilistas internacionales.
6. Razón por la cual San Marcos fomenta la investigación y promueve la cultura jurídica Civil frente a los retos de la globalización jurídica.

15.- BIBLIOGRAFIA

1. AZARD, PIERRE, "Contribution fracaise a la defense de I° autonomie du droit Quebecois" 11(1961)" Themis Revue Juridique, pp. 122 – 130.
   - "Le droit Quebecois, piece maitresse de la civilisation cannadienne – fracaise" 5 (1962 – 1963) Cahiers de Droit,pp 7 -11.
   - La Cour suprérne du Canada et l' application du droit civil de la Province de Quebec" 43 (1965) Revue du Barreau Canadien, pp. 553-560.
   - "Le probleme des sources du droit civil dans la province de Quebec" 44 (1966) Revue du Barreau Canadien, pp. 417-442.

2. BABINSKI, Bob, "Moving from the Napoleonic Age to the Twenty-First Century" (1993) [4] Canadian Lawyer, pp. 22-26.
3. BAUDOIN, Louis, "Méthode d'interprétationjudiciaire du code Civil du Quebec" 10 (1950) Revue du Barreau Canadien, pp. 397-419.
   - Le droit civil de la Province de Quebec. Modele vivant de Droit comparé, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953.
   - "The influence of the Code Napoleon" 33 (1958) Tulane Law Review, pp. 21-28 "Les problemes de la codification a la lumiere des experiénces actuelles", rapport pré- sente au 6e Congres International du droit comparé tenu a Hambourg (Allemagne) 30 juillet au 4 août 1962, (1962-1965) Revue de l'Association quebecoise d'etude compa- rative du droit, pp. 3-25.
   - "La réception du droit étranger en droit privé Quebecois", en Quelques aspectes du droit privé de la province de Quebec, Publications du centre francais de droit comparé, París, Cujas (ed.), 1963, pp. 3-70.
   - "L'usage qui est fait par la jurisprudence du droit comparé", rapport présente au VIIe Congres de l'Académie Internationale de droit comparé tenu a Uppsala (Suéde) 6-13 août 1966, (1966-1969) Revue de l'Association québécoise pour l'etude comparative du droit, pp. 26-38.
   - Les aspects généraux du droit privé dans la province de Quebec (Droit civil Droit commercial, Procédure Civile), Librairie Dalloz, París, 1967, pp. 1-98.
   - "De certaines réformes nécessaires du droit québécois" 2 (1967-1968) Ottawa Law Review, pp. 363-380.
4. BAUDOIN, Jean Louis, "Le Code Civil Quebecois: crise de croissance ou crise de vieilles- se" 44 (1966) Revue du Barreau Canadien, pp. 391-416.
   - "The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec" in DAINOW, Joseph (ed.), The role ofjudicial decisions and doy trine in civillaw and in mixed jurisdiccions, Louisiana State University Press, 1974.
   - "L'interpretation du Code Civil quebecois par la cour Supreme du Cariada" 53 (1975) Revue du Barreau Canadien, pp. 715-737.

- "Vente. Responsabilité du fabricant. Recours direct" 79 (1980) Revue Trimestrielle de Droit Civil, pp. 460-461.
- "Code civil. Droit de la famille. Projet de loi núm. 89" 79 (1981) Revue Trimestrelle de Droit Civil, pp. 488-493.
- "La codification, mode depasse de legislation?", Association québécoise pour l'étude du droit (ed.), XIe. congress international de droit comparé, Caracas (29 aout au 4 sep- tembre 1982), pp. 1-15.
- "The reform of the civil code of Quebec: objectives, methodology and implementa- tion" 52 (1983) Revista Jurídica de Puerto Rico, pp. 149-167.
- "Reforme du Code civil" 3 (1988) Revue Trimestrielle de Droit Civil, pp. 607-615.
- "Reflexions sur le processus de recodification du Code Civil":30 (1989) Les Cahiers de Droit, pp. 817-826.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Breves reflexiones en torno al Rol de los movimientos sociales en la democracia participativa en el Perú

Amelio Paucar Gómez
Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM

Margott G. Paucar Espinoza

SUMARIO: *I.- Consideraciones previas. II.- Los movimientos sociales de finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI. III.- ¿De movimientos sociales a agrupación políticas?. IV.- Conclusión. V.- Bibliografía.*

Resumen:
Si bien las protestas sociales ocurridas en las décadas de 1980 y 1990 estaban enfocadas básicamente en la lucha por el aumento de sueldos y la mejora de las condiciones laborales, las actuales protestas sociales (sin dejar de centrarse en el aspecto económico) exigen también la participación de determinados sectores de la población excluidos en aquellos asuntos que se consideran que son de su interés directo. El presente trabajo analiza el rol que desempeñan estos movimientos sociales en la construcción de una democracia participativa

Palabras Clave:
Movimientos sociales, democracia participativa, democracia representativa

Abstract:
If the social protests of the 1980s and the early 1990s were largely focused on the struggle for higher wages and better working conditions, current social protests –without leaving economic issues aside—address the participation of certain sectors of the population that have been excluded from debates considered to affect them. This paper analyzes the role that these movements play in the construction of a participatory democracy.

Key Words:
Social Movements Participatory Democracy, Representative Democracy

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

La participación de los movimientos sociales en la vida socio-política del Perú no es un fenómeno nuevo, dado que llevamos varias décadas de una cada vez más activa participación, especialmente en el ámbito local y regional[1]. A diferencia de hace algunos años, los actuales movimientos sociales tienen un factor externo (el ámbito internacional) que resulta más prometedor que antes. Lo que sucede es que los movimientos sociales que se están ges-

1 Véase SULMONT, Denis, *El Movimiento Obrero Peruano (1890-1980) reseña histórica*, ed. TAREA, Texas, 1982

tando a lo largo de todo el orbe están abriendo un nuevo panorama en la vida político-social, no solamente en sus espacios geográficos, sino también a nivel global. Podemos deducir así, que los movimientos que dieron lugar a la llamada primavera árabe, los ocupas de Wall Street, los colectivos de indignados e incluso las protestas sociales que se desarrollan en América Latina[2], incluyendo el Perú, tienen un común denominador (el avance de la democracia participativa) y que finalmente es éste nexo común el que les está dando un nuevo impulso hacia un rol cada vez más activo y más protagónico. A continuación haremos unas breves reflexiones respecto de la relación entre democracia participativa y movimientos sociales, observada desde la ciencia política

II.- LOS MOVIMIENTOS SOCIALES DE FINALES DEL SIGLO XX Y COMIENZOS DEL SIGLO XXI

Son diversos los movimientos sociales que han surgido en el Perú en las tres últimas décadas[3], y todas ellas tienen en común la necesidad de hacerse escuchar fundamentalmente a través de la protesta social expresadas en huelgas, paros, movilizaciones etc., y aunque inicialmente esta modalidad tiende a ser pacífica, muchas de ellas se desarrollan en medio de serios enfrentamientos con las fuerzas policiales. Baste recordar lo sucedido con los denominado Baguazo, Aymarazo, Andahuaylazo y otras más.

En términos generales, los movimientos sociales utilizan la protesta social como un instrumento extremo que permita que sus demandas sean escuchadas y discutidas por los gobiernos de turno. No es de extrañar por tanto que, gran parte de estas demandas sociales no resueltas por el Estado Peruano, constituyen focos de conflictos sociales, los mismos que han trazado en el Perú un mapa sin duda interesante para el estudio de este fenómeno, más aún si tomamos en cuenta que la Defensoría del Pueblo ha contabilizado 162

2 Véase ADEL MIRZA, Christian *Movimientos sociales y sistemas políticos en América Latina: la Construcción de nuevas democracias*, Buenos Aires, GLACSO, 2006

3 Cfr. BEBBINGTON Anthony, SCURRAH, Martín, BIELICH Claudia, *Mapeo de los Movimientos Sociales en el Perú actual. Proyecto Movimientos sociales y pobreza.* Set 2008. Centro Peruano de Estudios Sociales (CPES) p. 3

conflictos activos y 43 conflictos latentes al mes de agosto del 2014[4]. Estamos hablando de un total de 205 conflictos sociales de los cuales 72 están siendo tratados, finalmente y tras mucho batallar, mediante procesos de diálogo.

III.- ¿DE MOVIMIENTOS SOCIALES A AGRUPACIÓN POLÍTICAS?

En relación a la evolución de los movimientos sociales, podemos señalar que la mayoría de estos han permanecido con el mismo rasgo social con el que nacieron, es decir, como agrupaciones sociales que velan por sus intereses sociales directos, pudiendo exigir una serie de demandas sociales, que en caso de ser cumplidas, da lugar a la extinción de dicho movimiento social. De este modo, estos movimientos desarrollan sus actividades colectivas, fomentando la denominada democracia participativa[5]. En otros pocos casos, los líderes de estos movimientos, sí han encontrado en estos el primer peldaño para formar agrupaciones políticas, es decir, han canalizado estos movimientos hacia formas de expresión político-electoral. Al traducirse en plataformas políticas buscan competir en las elecciones regionales y locales como ha sido el caso del movimiento social que dio impulsó al Aymarazo, cuyo líder Walter Aduviri[6], ha aprovechado su notoriedad pública como líder de este movimiento, para incursionar en la contienda electoral, incluyendo en su lista de regidores a personas que formaron parte del movimiento social que él lideró

Al respecto, cabe señalar que aunque los movimientos sociales, tienen una vocación de reivindicación social, no se puede negar que existe una característica política implícita consistente en la búsqueda de participación de los

4 DEFENSORIA DEL PUEBLO DEL PERÚ. "Reporte de Conflictos Sociales" Num. 126 Agosto del 2014

5 GROMPONE, Romeo, "Posibilidades y Límites de experiencias de promoción de la participación ciudadana en el Perú". *Documento de Trabajo* N° 132 Serie: Sociología y Política N° 38 IEP Instituto de Estudios Peruanos.

6 Walter Aduviri pasó de ser ex dirigente del Frente de Defensa de los Recursos Naturales de la Zona Sur a ser candidato a la Presidencia Regional de Puno por el partido político Democracia Directa, en las elecciones regionales de octubre del 2014. Véase el portal del JNE http://portal.jne.gob.pe/Archivos/lisTaagrupPEE.pdf

mismos en la toma de decisiones de determinados temas que son de su interés directo[7], lo cual no significa que necesariamente estos movimientos vayan a competir en futuras campañas electorales. Esto debe quedar claro porque en los últimos años los gobiernos de turno han tratado de deslegitimar dichas protestas sociales manifestando que estas tienen un tinte estrictamente político y no de carácter social. Craso error de percepción de parte de los gobiernos, dado que lo político no puede desvincularse de lo social. En todo caso, se vislumbraba con gran nitidez el afán de parte de los gobiernos de ir postergando in fine la solución de estos conflictos. No obstante, como esta actitud estatal no podía sostenerse en el tiempo, ha sido necesario que el Estado tienda los puentes para el dialogo. En este estadio nos encontramos en el Perú. Se trata de una etapa en la que el Estado Peruano ha sido presionado con el fin de que sea sean los propios órganos del Estado los promotores del dialogo, de tal modo que se han logrado establecer comisiones de dialogo con el fin hacer factible que la democracia en el Perú sea precisamente lo que está llamada a ser, un régimen de diálogos.

Por otro lado, un análisis pormenorizado de los conflictos sociales, nos lleva a colegir que las situaciones de violencia son claramente previsibles y que se deben tomar medidas necesarias para evitarlo. Por un lado el Estado y por el otros los movimientos sociales están en la posibilidad de hacerlo, por tal razón la responsabilidad recae en ambas partes involucradas, y no solo en una de ellas, como se ha pretendido hacer creer a la opinión pública en varias oportunidades. Recuérdese que el gobierno del Sr. Alán García exhibió a través de la prensa televisiva un spot publicitario en que señala como enemigos de régimen democráticos a los nativos que participaron en la protesta social que desembocó en los terribles sucesos de Bagua. En ese entonces, no se quiso asumir desde el gobierno ninguna responsabilidad política y menos judicial.

Estos sucesos, entre otros nos permiten observar la cada vez más profunda crisis que vive el sistema de representación política, la misma que se ha visto acentuada en las últimas décadas, sin que ello signifique que esta forma

7 BEBBINGTON Anthony, SCURRAH, Martin, BIELICH Claudia, *Mapeo de los Movimientos Sociales en el Perú actual.* "Proyecto Movimientos sociales y pobreza". Set 2008. Centro Peruano de Estudios Sociales (CPES) pp. 5-7.

de Democracia vaya a colapsar a tal punto que estemos ante su final. Esto no es así, sin embargo hay que señalar que en este contexto de crisis surgen con mayor fuerza los movimientos sociales[8] como una alternativa no necesariamente política de búsqueda de soluciones de aquellos problemas sociales que subsisten.

De este modo, los movimientos sociales buscan un rol protagónico en la vida político-social de un distrito, una provincia, un departamento o de su país; no para reemplazar al Estado, sino para participar con él en la toma de las decisiones que sean de su interés directo. Ahora bien, es cierto que hay determinadas materias que no pueden ser objeto de diálogos y consensos porque es potestad única del Estado, como ente político de organización del poder, sin embargo, esto no obsta para que los ciudadanos organizados a través de colectivos o plataformas puedan dar su opinión respecto de aquellos temas e incluso el Estado pueda escucharlos. Finalmente, será el Estado quien en uso de sus potestades tomará las decisiones correspondientes.

En este contexto, hay que subrayar que estas exigencias y demandas sociales nos llevan a replantear el rol que hasta no hace mucho desempeñaban los movimientos sociales en el escenario político-social, puesto que la relación vertical entre gobernantes y gobernados está cediendo el paso hacia una relación cada vez menos vertical en la que el Estado deja de ser el único actor protagónico de la organización político-social. Estamos sin duda ante lo que denominamos el avance de la democracia participativa. En este ámbito cobran real importancia los movimientos sociales como núcleos que buscan no solo ser escuchados. Se da un paso más hacia una activa participación en determinados ámbitos. La constante postergación de sus demandas por parte del Estado no ha ayudado a crear un clima favorable al diálogo, creando por el contrario un clima de desconfianza que se ha traducido frecuentemente en conflictividad social[9].

---

8 ALDA MEJIAS, Sonia. "Nuevas coordenadas, nuevas oportunidades, grandes desafíos", *Cuadernos de Estrategia sobre Iberoamérica* nº 136, Instituto de Estudios Estratégicos (IEEE), Ministerio de Defensa, 2007, pp. 53-88.

9 GONZALES OLARTE, Efraín, "Una Economía bajo violencia 1980-1990". *Documentos de Trabajo* Nº40 IEP Instituto de Estudios Peruanos, Serie economía Nº 14

De una manera cada vez más significativa, aunque lenta, los movimientos sociales regionales y locales vienen cambiando el escenario político-social actual. Las constantes protestas y movilizaciones de los diversos grupos sociales que tienen algo que decir están cada vez más en el centro del escenario político en la medida que aumenta el debate sobre determinados temas de interés ciudadano. Considero que los movimientos sociales caminan hacia una participación cada vez más activa y su rol protagónico dentro del ámbito político-social se ha incrementado, aun más si tenemos en cuenta que algunas ocasiones el Estado Peruano ha tenido que reconocer la arbitrariedad de algunas de sus decisiones y de este modo derogar determinadas medidas y norma legales, puesto que ni la razón estuvo de su lado, ni la presión popular lo permitió. Un claro ejemplo de estos hechos fue la promulgación, en el contexto de los conflictos de Bagua, de la Ley 29382 que deroga los decretos legislativos 1090 y 1094 publicado en el Diario oficial El Peruano el 19 de junio del 2009[10]. En estos casos, no se ha tenido que esperar a que el Tribunal Constitucional que es el máximo órgano de interpretación constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de las mismas, para que el gobierno tome cartas en el asunto.

Ahora bien, esto no significa que todas y cada una de las exigencias se estén resolviendo con la misma prontitud o que todas las demandas tengan la solución propuestas por estos colectivos sociales. Precisamente por ello la necesidad de reactivar el régimen de diálogos que es propia de los Estados democráticos, es la medida que resulta crucial en estas circunstancias.

IV.- CONCLUSIÓN

Es necesario ver las dos caras de la moneda en relación al rol que pueden desempeñar los movimientos sociales, por un lado estos movimientos peruanos tiene el potencial de generar algunos cambios y promover así reformas en los ámbitos que son de su interés, aunque dichas reformas no encajen exac-

10 La Ley 29382 deroga los decretos legislativos 1090, que aprueba la Ley Forestal y de fauna Silvestre y el Decreto legislativo 1094 que aprueba el Régimen Jurídico para el Aprovechamiento de las tierras de Uso Agrario.

tamente en el planteamiento que ellos han diseñado; por otro lado, también es cierto que estos movimientos tienen potencial para generar situaciones de convulsión social descontroladas si no se toman las medidas adecuadas para evitarlo. En todo caso, lo cierto es que los movimientos sociales en el Perú están replanteando de algún modo la relación entre gobernantes y gobernados hacia dirección cada vez menos vertical.

V.- BIBLIOGRAFÍA

- ADEL MIRZA, Christian *Movimientos sociales y sistemas políticos en América Latina: la construcción de nuevas democracias*, Buenos Aires, Glacso, 2006.
- ALDA MEJIAS, Sonia. "Nuevas coordenadas, nuevas oportunidades, grandes desafíos", *Cuadernos de Estrategia sobre Iberoamérica nº* 136, Instituto de Estudios Estratégicos (IEEE), Ministerio de Defensa, 2007, pp. 53-88.
- DEFENSORIA DEL PUEBLO DEL PERÚ. "Reporte de Conflictos Sociales" Num. 126 Agosto del 2014.
- BEBBINGTON Anthony, SCURRAH, Martín, BIELICH Claudia, *Mapeo de los Movimientos Sociales en el Perú actual.* "Proyecto Movimientos sociales y pobreza". Set 2008. Centro Peruano de Estudios Sociales (CPES).
- JURADO NACIONAL DE ELECCIONES JNE http://portal.jne.gob.pe/Archivos/lisTaagrupPEE.pdf
- GONZALES OLARTE, Efraín "Una Economía bajo violencia 1980-1990" *Documentos de Trabajo* N°40 IEP Instituto de Estudios Peruanos, Serie economía N° 14.
- GROMPONE, Romeo, "Posibilidades y Límites de experiencias de promoción de la participación ciudadana en el Perú". *Documento de Trabajo* N° 132 Serie: Sociología y Política N° 38 IEP Instituto de Estudios Peruanos.
- SULMONT Denis, *El Movimiento Obrero Peruano (1890-1980) reseña histórica*, ed. TAREA, Texas, 1982.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Fujimori y su crítica a los Partidos Políticos Peruanos

Carlos Fernández Fontenoy*
Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM

SUMARIO: *Introducción. I.- Contexto político de la ascención de Fujimori. II.- La crítica a los Partidos Políticos. Contra los partidos políticos y la "partidocracia". Referencias Bibliográficas.*

* Abogado y Doctor en Ciencia Política y Sociología por la Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN

El presente artículo intenta mostrar la visión y la crítica del ex Presidente del Perú, Ing. Alberto Fujimori (1990 - 2000) a los partidos políticos, para lo cual analizaremos algunos de sus discursos más importantes sobre el tema realizados entre los años de 1990 y 1993. Su manifiesto interés por gobernar sin partidos (de oposición), se ubica dentro de un lento proceso de extinción, de cuasi desaparición de los partidos políticos, como ha sucedido en otras etapas históricas del Perú. Como se podrá apreciar, la crisis de los partidos, es decir, de la forma de representación política, se remonta a varias décadas atrás, aunque las causas a veces puedan ser distintas, se han ido acumulando en el tiempo, como lo trataremos de visibilizar en este trabajo.

Palabras-claves:
Perú; Fujimori; partidos políticos; populismo

Advertencia[1]

Este corto artículo que presentamos, fue escrito en el año de 1993 al poco tiempo del auto-golpe del ex-Presidente Alberto Fujimori (05 de abril de 1992). Creemos que vale la pena publicarlo luego del tiempo transcurrido, ya que desde aquél entonces era visible la grave crisis de los partidos políticos y los peligros del vacío de poder que ello podría provocar. También, hemos aprovechado en este trabajo para recordar y comparar los críticos discursos y comentarios del Gral. Juan Velasco Alvarado con los de Fujimori, ambos coincidentes en el funesto rol de los partidos de sus respectivos momentos históricos, y las bondades de gobernar sin ellos.

La persistencia o ahondamiento de la crisis de los partidos en los actuales momentos históricos, requiere de una profunda reflexión sobre el decadente proceso político que han tenido estas organizaciones políticas. Sobre las causas de esta crisis se han escrito algunos textos importantes tratando

1 Este artículo fue presentado en el I Congreso Iberoamericano de Ciencia Política, Santiago de Chile, 1993. Se le ha realizado algunas actualizaciones debido al tiempo transcurrido.

de explicar este fenómeno, sin embargo, aún no se avizoran con claridad las reformas necesarias para reformular las formas de representación política que permitan seguir afianzando nuestra precaria democracia.

Sirva este pequeño texto como insumo para una reflexión a partir de la percepción política que existió en dos gobiernos, los de Velasco y Fujimori, que con sus luces y sus sombras, han marcado muy fuerte la historia reciente del Perú.

INTRODUCCIÓN

En lo que va de mediados del siglo XX a 1993, dos han sido los gobiernos en el Perú que han intentado de una manera compulsiva y dramática, acelerar el proceso de modernización global: el primero fue el gobierno militar del Gral. Juan Velasco Alvarado[2] (1968-1975), y el segundo, el del Ing. Alberto Fujimori[3] (1990-2000).

Ambos presidentes irrumpieron en el escenario político distanciándose y criticando acerbamente la performance de los partidos políticos de su momento. Según nuestro parecer, el gobierno de Fujimori y su partido político "Cambio 90", expresaron una forma de comportamiento, un discurso y estilo políticos propios de un populismo autoritario, de tendencia neo-liberal en lo económico. Por lo tanto, la crítica a las élites políticas hay que entenderla desde esta perspectiva.

Si bien el insurgir rechazando a los grupos políticos tradicionales es una de las características de algunos líderes y movimientos populistas, existen también otros rasgos propios del populismo que se evidencian con toda claridad en el actual gobierno de Fujimori. En este artículo intentaremos presentar, asimismo, esos otros trazos populistas y, en lo posible, compararlos con la praxis política del gobierno de Velasco Alvarado.

2 Llamado popularmente "el chino" Velasco

3 Conocido popularmente desde su campaña electoral como "el chinito".

Sin embargo, nuestro artículo se centrará en el *discurso* político de Fujimori entre 1990 y 1993, el cual sirve, de alguna manera, para explicar gran parte de su comportamiento y acción política.

1.- CONTEXTO POLÍTICO DE LA ASCENCIÓN DE FUJIMORI

Como en todos los países, en el Perú las élites políticas se han comportado de diferentes formas:

> " ... algunas élites han podido conducir a sus sociedades a su respectivo desarrollo nacional, y otras no. Las primeras siempre resultaban capaces de llegar a elevados planos de funcionalidad societal, ya sea por medio de adaptaciones graduales a condiciones y necesidades de su época, o bien por medio de reformas radicales en las cuales un sector modernizador superaba con éxito al tradicional y luego se dedicaba a un dramático esfuerzo por vencer el atraso acumulado por sus sociedades. Las otras, por el contrario, eran élites disfuncionales, más interesadas en la conservación de sus privilegios, en el seno de sus sociedades, que en contribuir al bienestar general". (JAGUARIBE, 1972: 86).

En el Perú las élites políticas que realizaron un gran esfuerzo por "desarrollar" la nación, lo hicieron - y lo hacen - en forma autoritaria, recurriendo en mayor o menor medida a métodos y estilos de hacer política de corte populista.

Ejemplo de lo que decimos, fueron los gobiernos de los presidentes Augusto B. Leguía (1919-1930) y del Gral. Juan Velasco Alvarado (1968-1975). En ambos casos, el apoyo y participación de amplios sectores de las Fuerzas Armadas jugaron un rol de primer orden en el sostén político de ambos regímenes.

Cuando recordamos a Leguía, lo hacemos en relación al impulso modernizador urbano, económico, de organización y acción Estatal (infraestructura nacional) y por su tímida apertura al proceso de modernización social[4]. Cuando pensamos en Velasco, nos interesa rescatar el radical impulso -desde

4 Al respecto, véase el original trabajo de NEIRA, 1987

el poder- del proceso de democratización social, sin precedentes en nuestra historia republicana. La revalorización de la cultura andina y amazónica (lo indígena), así como el acceso a la propiedad -fundamentalmente de la tierra- de amplios sectores campesinos desencadenaron en el Perú un proceso de democratización social largamente esperado.

Es este proceso generado por Velasco el que en los ochenta produjo lo que se denominó el "desborde popular"[5] y que luego, al decir del antropólogo Fernando Silva Santisteban, posee las características de una "revolución social", sin una consistente élite dirigente y sin una ideología.

Por lo expuesto, el velasquismo produjo sobre todo un "desarrollo" o modernización social, más que un verdadero y sano crecimiento económico[6]. El "costo nacional" - que aún seguimos pagando- de estas profundas transformaciones fue, entre otros, la desestructuración del edificio social vigente hasta los 70', y como consecuencia de ello, una crisis de representación política, de la cual pueden dar fe los ahora llamados "partidos tradicionales".

El sistema de partidos políticos anterior y destruido por Velasco[7] intentó restablecerse a partir de 1980, pero esta vez con nuevos actores: la Izquierda parlamentaria y los grupos alzados en armas como Sendero Luminoso y luego el MRTA. En términos de Sartori, podríamos decir que se pasó de un sistema de partidos de mayoría agregativa, de impulsos más bien centrípetos, a otro -luego de Velasco- cercano al de tipo pluralista polarizado.

El sistema de partidos políticos desde 1980 estuvo asentado sobre tres fuerzas políticas, que a su vez constituyeron alternativas reales de gobierno:

---

5 Véase p.e. a MATOS MAR, 1984

6 Hay personas que sostienen que la crisis económica que vivimos hoy, se inicia a partir de las reformas económicas que hizo Velasco. En parte no les falta razón, sobre todo en relación a la reforma agraria y la industrial. Lo que sucede es que toda moneda tiene dos caras. La primera, produjo crisis de productividad en el campo; la otra, la social, posibilitó el desarrollo de un proceso de democratización social beneficioso para el pueblo peruano, y por ende, para el país. Sin autoestima cultural no hay posibilidad que un pueblo se desarrolle.

7 Véase p.e. en FERNANDEZ FONTENOY, 1987: 424

Acción Popular (AP) y el Partido Popular Cristiano (PPC), los cuales co-gobernaron entre 1980 y 1985; el Partido Aprista Peruano (PAP-APRA) que gobernó entre 1985 y 1990, y la Izquierda parlamentaria.

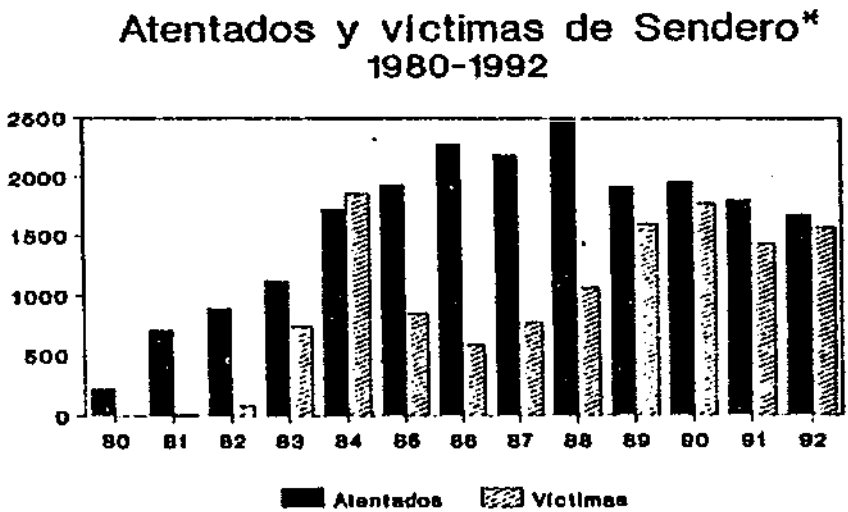
La administración del presidente Belaunde (AP), luego de 12 años de gobierno militar (1968-75), significó el inicio de una restauración de la democracia liberal representativa y capitalista[8]. Los pasos de las botas aún resonaban en el ambiente, lo cual -suponemos- dificultó la implementación de una política aguerrida de privatizaciones, ya sea de las empresas del Estado como las de propiedad colectiva. Luego de algunas huelgas nacionales, el gobierno de Belaunde terminó con más penas que glorias. Se inició una hiperinflación, la cual en 1984 ya era del 102.1 %[9] y, en sus últimos meses de gestión, el Perú tuvo que dejar de pagar su deuda externa.

Como una extraña coincidencia, también en este segundo gobierno del Arquitecto Belaunde, surgió en el Perú la lucha armada de partidos de orientación marxista, en sus versiones maoísta (Sendero) y castrista (MRTA)[10]. Las pérdidas materiales y humanas producidas por la subversión fueron en rápido aumento durante este período, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

8 El velasquismo inició la construcción de un proyecto de sustitución de la democracia liberal y representativa por un modelo de "Democracia social de participación plena". Al respecto pueden consultarse las obras de Carlos Delgado, 1973; Carlos Franco, 1975 y Francisco Guerra García, 1975.

9 Véase en DANCOURT, 1988: 48

10 En el primer gobierno de Belaunde (1963-68), tanto el ELN como el MIR, en 1965 se alzaron en armas, inspirados en la triunfante revolución cubana.



*FUENTE : Revista "Idéele", año 4, No. 45-46, pág. 26, Lima, 1992

En las elecciones de 1985 triunfó Alan García, candidato del Partido Aprista Peruano, quien por fin, luego de más de 50 años de lucha por el poder logró su cometido.

Luego de dos años de artificial bonanza nacional, el gobierno aprista de Alan García comenzó a producir la crisis económica más terrible que recuerde el Perú. Según el presidente Fujimori. "La tasa anual equivalente de la inflación correspondiente a ese mes (julio 1990) era de 35,000 %"[11].Al final de su mandato, la tasa inflacionaria mensual llegó a los cuatro dígitos y además, la inflación peruana fue "la segunda más larga de la historia del siglo XX" (FIGUEROA, 1990: 8), ya sólo nos faltaba superar a la Rusa que duró de enero de 1922 hasta febrero de 1924.

11 Declaraciones al Diario Oficial El Peruano del 7-4-91

Finalmente, la Izquierda parlamentaria, agrupada como Frente electoral desde 1980 bajo el nombre de "Izquierda Unida" (IU), tuvo un crecimiento inesperado: del 23.90 % de los votos obtenidos en las elecciones municipales de 1980, creció al 32 % en las del 1983, llegando a ganar la Alcaldía de Lima con el 36 % de los votos.

La derrota en las elecciones presidenciales de 1985 frente al APRA, marcan el punto de inflexión del crecimiento de la izquierda parlamentaria. A partir de ese momento la Izquierda Unida comenzó a transmutarse en Izquierda desunida, hecho que, cara al pueblo, significó una desilusión y el inicio de su extinción. Las diferencias ideológico- programáticas, así como las fricciones personales, impidieron que la IU se volviera a convertir en alternativa real de gobierno en el Perú.

Fujimori se enfrentó en la coyuntura electoral de 1990 a una Izquierda desunida, al Aprismo vapuleado y las derechas tradicionales (AP-PPC) agrupadas en el FREDEMO y arropadas por un nuevo discurso ideológico: el neoliberalismo. Su mentor, el escritor Mario Vargas LLosa.

En un ambiente de dura crisis económica y con un crecimiento considerable de la subversión, Fujimori gana las elecciones presidenciales con los votos de las izquierdas y del APRA.

2.- LA CRITICA A LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Habría que iniciar diciendo que tanto el gobierno de Fujimori como el de Velasco, nacen y se desarrollan en lucha frontal contra movimientos insurreccionales marxistas. Velasco combatió como militar a las guerrillas de 1964 y 1965[12], así como Fujimori lo hizo contra el Partido Comunista del Perú (más conocido como Sendero Luminoso) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA).

12 Nos referimos a las guerrillas del Ejército de Liberación nacional (ELN) y las del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR).

Dentro de estos contextos, tanto Velasco como Fujimori van a adoptar una posición ***anti- sistema***, en abierta competencia con los grupos marxistas, igualmente contrarios al sistema imperante.

Desde los inicios de su mandato, ***Fujimori*** inició una dura y sistemática crítica contra el sistema político vigente: se la emprendió contra el Poder Legislativo y Judicial -es decir, contra dos de los tres poderes del Estado-, contra la burocracia estatal, la democracia "realmente existente" y los partidos políticos. Casi no quedó títere con cabeza.

Luego de más de año y medio de permanente crítica a las instituciones del sistema democrático, se produce el auto-golpe del 5 de abril de 1992. La opinión pública ya estaba suficientemente sensibilizada por los medios de comunicación (y la propia realidad), tanto es así que el cierre del parlamento y la intervención del Poder Judicial no alteró en lo más mínimo a la población. Aún más, el auto-golpe que consolidaba un gobierno de tipo cívico-militar, no fue percibido por la población como tal. Pareció normal que algo que no funcionara fuera suprimido, cambiado o reestructurado.

Fujimori contra el "orden tradicional"

> "¿Podemos plantearnos seriamente un verdadero proyecto nacional que recoja las grandes aspiraciones, los grandes anhelos, las grandes necesidades del país real, teniendo como freno **instituciones** que reflejan patéticamente ese Perú que ya no es, ese Perú que fue frustración y desencanto y del que **sólo puede rescatarse las esperanzas y luchas populares**, las lecciones de nuestros héroes y el canto e imaginación de nuestros creadores artísticos?....
> Las instituciones en el Perú, llámense como se llamen, tienen que interpretar las necesidades del país real y el país real mira hoy al siglo XXI mientras que sus instituciones no quieren desprenderse del siglo XIX....corresponde ahora abrir el paso a la nueva institucionalidad nacional"[13].

En medio de una lucha anti-subversiva tenaz, la forma más expeditiva y al gusto de los militares, consistió en la suspensión de las instituciones políticas vigentes "manu militari". El mismo día del auto-golpe, Fujimori declaró

13 Declaraciones de Fujimori al Diario Oficial **El Peruano** del 21-12-91

"El caos y La corrupción, la falta de identificación con los grandes intereses nacionales de algunas instituciones fundamentales, como el Poder Legislativo y el Poder Judicial, traban la acción de gobierno orientada al logro de los objetivos de la reconstrucción y el desarrollo nacionales .....(este parlamentarismo) hace prevalecer el interés de grupos y cúpulas partidarias sobre el del Perú"[14].

Según Fujimori, las instituciones propias del orden democrático tradicional, impedían al gobierno implementar políticas de emergencia en relación al campo económico, antisubversivo y judicial: las estructuras políticas eran un serio obstáculo para el camino a la modernización y pacificación del país.

A continuación, vamos a citar los argumentos de Velasco que lo condujeron a romper el orden constitucional en 1968:

"En esencia, la Revolución se hizo porque la Fuerza Armada se convenció de que las reformas profundas que el Perú necesitaba y necesita, eran imposibles dentro de los moldes del ***sistema tradicional*** *que siempre rigió en nuestra patria. (...) Una caduca* ***estructura política,*** *que de muy poco o nada sirvió a millones de peruanos, fue utilizada para dar visos de legalidad a la injusticia social."(VELASCO, s/f: 113 y 36)*

Como podemos apreciar, tanto el discurso de Fujimori como el de Velasco, se enmarcan dentro de la crítica que normalmente han hecho los populismos contra el "establishment", "el sistema" o las "caducas estructuras", las cuales constituyen frenos al desarrollo nacional, a la justicia social, etc. (PUHLE, 1987: 88)

Contra los partidos políticos y la "partidocracia"

Luego de leer los discursos y declaraciones de Fujimori, podemos hacer un esfuerzo de síntesis de la larga lista de los defectos de los partidos políticos por él señalados: excesivo ideologismo, corrupción, buscan la confrontación, demagogia, politiquería, frivolidad, sectarismo, defienden sus propios intereses, indiferencia, ineficiencia, frenan el cambio, manipuladores, falta de patriotismo etc...

14 Declaraciones de Fujimori en el Diario Oficial **El Peruano** del 6-4-92

Casi los mismos argumentos fueron utilizados por Velasco, a la hora de señalar la crisis de los partidos de su entonces.

Según Fujimori, no son exactamente los partidos políticos (los comunes militantes o seguidores) los que poseen estos y otros defectos, sino son ***sus cúpulas*** enquistadas en ellos las causantes de todas las desgracias nacionales:

> *"A la inoperancia de parlamento y la corrupción del poder judicial se suman la evidente actitud **obstruccionista y conjura encubierta** contra los esfuerzos del pueblo y del gobierno por parte de **las cúpulas partidarias**. Estas cúpulas, expresión de la politiquería nacional, actúan con el único interés de bloquear las medidas económicas que conduzcan al saneamiento de la situación de bancarrota que, precisamente ellas, dejaron."*[15]

Esta crítica a las cúpulas partidarias -siempre diferenciándolas de los militantes comunes- ha sido una constante en los discursos y declaraciones de Fujimori. Una postura bastante parecida fue la que tuvo Velasco frente a los partidos, veamos:

> "*Es falso atribuir al Gobierno Revolucionario, propósitos de enemistad con las agrupaciones políticas del país. Una cosa son los partidos, sus ideologías y **sus masas populares** y otra **los dirigentes** que se eternizan en el Poder de esos partidos, constituyendo en ellos verdaderas autocracias*" (VELASCO, s/f: 79).

Estas críticas nos traen automáticamente a la memoria la famosa "ley de fierro de las oligarquías" que elaborara Robert Michels a comienzos del siglo XX. Allí describió con bastante similitud a las oligarquías partidarias de su época, lecturas que seguramente no escaparon a Fujimori y Velasco, o a sus asesores. (MICHELS, 1983)

A este conjunto de cúpulas partidarias que controlan los poderes del Estado, a este sistema de cúpulas de partidos que controlan las instituciones del Estado y deciden por el pueblo, Fujimori las denominó la ***dictadura de la partidocracia:***

---

15 Declaraciones en el Diario Oficia) **El Peruano** del 6-4-92

Los partidos "se han convertido en mera maquinaria electoral, en eficientes organizaciones que penetran a otras organizaciones para politizarlas innecesariamente, violando el espíritu de la democracia. Los partidos políticos peruanos se comportan como un gran oligopolio de la decisión política y de la manipulación ciudadana.

En realidad lo que está en juego en el Perú no es la existencia de la democracia, sino la dictadura de la partidocracia. (...) Si la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, la partidocracia es el gobierno supuestamente del pueblo, pero en realidad por los partidos y para los partidos"[16].

La única manera de poder construir una verdadera democracia -según Fujimori- sería llevando a cabo un proceso de democratización interna de los partidos políticos "tradicionales". En esa misma dirección, se incluyó en la nueva Constitución del Estado de 1993, formas directas de consulta popular, como son el referéndum, la iniciativa legislativa, así como el derecho de revocación de las autoridades (no se incluyen a los miembros del poder ejecutivo ni del legislativo).

A la tradicional democracia representativa, había que añadirle formas de participación de la democracia directa.

El "discurso" político es casi irrebatible y, a la vez, poco novedoso. Pero además, como dice el aforismo popular, "del dicho al hecho hay mucho trecho".

Efectivamente, al contrastar el discurso político de Fujimori con su comportamiento concreto, nos encontramos con la ironía que al interior de su propio partido político, Cambio90, no existió el menor rastro de prácticas democráticas a la hora de elegir dirigentes o tomar decisiones políticas : en la casa de herrero, cuchillo de palo.

De igual forma, podría afirmarse que la implementación del referéndum, al ser mediatizada por el poder Legislativo (controlado por el oficialis-

16 Declaraciones de Fujimori en el Diario Oficial **El Peruano** del 19-5-92

mo), perdió su esencia, pasando a ser una figura decorativa de nuestro orden constitucional.

Como muestra de lo antedicho, quisiéramos citar unas declaraciones del ex Presidente Fujimori que hizo en Rio de Janeiro, transcritas por el diario "El Comercio":

> *Dice el diario que "Fujimori expresó que su administración funciona mejor sin partidos políticos. <Tengo otras condiciones para gobernar, no hay necesidad de hacer aquellos 'zig-zags', acuerdos que desvían de la dirección correcta. En Perú no existen partidos políticos. (...) El poder soy yo, es verdad. Pero es un poder que me fue dado por el pueblo. Yo lo represento>"*[17].

La reacción casi inmediata de una persona proveniente de un país donde existe una democracia representativa y un Estado de derecho sería: estamos sin duda alguna frente a una dictadura. Sin embargo, los límites entre el autoritarismo y la democracia no son tan claros en el Perú y Latinoamérica, tal como lo sostienen con acierto pensadores como Rouquié, Levitsky-Way u O'Donnell[18].

Lo aparentemente paradójico para algunos, es lo que el propio Fujimori declara luego de más de un año de su auto-golpe, declaraciones que pueden ser suscritas por muchos peruanos:

> *"El presidente peruano destacó que no dirige un régimen dictatorial y definió su administración como un gobierno del pueblo: < Si alguien pregunta en las calles no le dirán que es una dictadura; responderán que es una democracia. Porque la gente percibe que este es un gobierno del pueblo>"*[19].

También para Velasco su gobierno no era una dictadura, era una *revolución* institucional de la Fuerza Armada. Es muy probable que la mayoría del pueblo también lo percibiera así.

---

17 Declaraciones en el Diario **El Comercio** del 21-6-93

18 Sobre este tema puede consultarse los interesantes trabajos de Alain Rouquie, 1981; Levitsky & Way, 2004 y Guillermo O'Donnell, 1994 y 2010.

19 Declaraciones en el Diario **El Comercio** del 21-6-93

Elites políticas y representación política

Sin lugar a dudas nuestro tema está también conectado con un viejo e importante problema de la democracia: el de la representación política.

Los partidos políticos, sede o espacio donde se articulan y organizan las élites, pertenecen, a decir, de Sartori " en primer lugar y por encima de todo, a los medios de representación: son un instrumento, o una agencia, para representar al pueblo al expresar sus exigencias" (SARTORI, 1987: 57). Pero no sólo representan, expresan, sino que también deben de cumplir con la función de *canalización* de las demandas populares, así como de ser el nexo a través del cual los pueblos pueden "participar" de alguna manera en las decisiones políticas.

Los partidos son la forma de representación política por antonomasia en nuestros días, pero no la única.

Así como hemos escuchado declarar a Fujimori que prefiere gobernar sin partidos, el Gral. Velasco simplemente los eliminó como instancia de representación dentro de su modelo de sociedad política. Pareciera que los partidos, además de tener los defectos mencionados por los dos ex-presidentes constituyen estorbos para los gobiernos de "mano dura".

En el Perú, tal como lo adelantamos en la primera parte de este artículo, los partidos componentes del sistema democrático fracasaron como gobierno, como oposición, como canales de expresión y de participación política. En la relación costo-beneficio existente entre el pueblo y sus élites políticas, los peruanos concluyeron que a través de los llamados partidos "tradicionales", difícilmente podrían obtener algún tipo de beneficio.

Al dejar de ser representativos, los partidos peruanos perdieron poder político, creando un vacío de poder que fue cubierto por Fujimori y las Fuerzas Armadas.

Mientras no se renueven o surjan nuevas organizaciones políticas capaces de representar a importantes sectores de la población, existirá el peligro

latente de retornos a gobiernos de tendencias autoritarias, como la historia del Perú nos lo sigue recordando.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Dancourt, Oscar (1988). *"Sobre las políticas macroeconómicas en el Perú, 1970-1984"*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos (IEP).
- Delgado Olivera, Carlos (1973). Testimonio de lucha", Lima, Peisa.
- Fernandez Fontenoy, Carlos (1987). "*Notas sobre el sistema de partidos políticos en el Perú*". Revista SINTESIS, Madrid, 3: 423-426, set.-dic.
- Figueroa Delgado, Luis. (1990). "¿ Bajo qué condiciones entramos al próximo gobierno?". *Revista Entorno Económico*. Lima, 15: 8-10 julio.
- Franco, Carlos (1974). "La revolución participatoria", Lima, Mosca Azul.
- Guerra García, Francisco (1975). "El Peruano, un proceso abierto", Lima, Libros de Contratiempo.
- Jaguaribe, Helio. (1972). *Desarrollo político: sentido y condiciones*. Buenos Aires, Paidós.
- Matos Mar, José. (1984). *Desborde popular y crisis del Estado*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos.
- Michels, Robert. (1983). *Los Partidos Políticos*. Buenos Aires, tomo I, Amorrortu.
- Neyra, Hugo (1987). *Minorités politiques et lutte pour le pouvoir dans les premiéres decennies du Perou contemporain (1895-1948)*. Thése de Doctoral d'Etat. Paris, Ecole de Hautes Etudes en Sciences Sociales, datilo.
- Phule, Jans Jürgen. (1987). "Populismo en América Latina", *Revista de Ciencia Política*. Santiago de Chile, volúmen IX, N° 1, Universidad Católica.
- Rouquie, Alain. (1981). "Dictadores, militares y legitimidad en América Latina ". *Revista Critica & Utopía*. Buenos Aires, N° 5.
- Sartori, Giovanni. (1987). "*Partidos y Sistemas de Partidos*". Madrid, Alianza Editorial.
- Velasco Alvarado, Juan (s/f). "*Velasco la voz de la revolución*" *(Discursos presidenciales)*. Lima, PEISA.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

EL VIA CRUCIS DE LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN LOS ESTADOS UNIDOS: BREVE RECORRIDO HISTÓRICO DE SU REGULACIÓN JURÍDICA

Vicente A. Sanjurio Rivo
Docente de la Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: *I.- Los instrumentos jurídicos al servicio de los menores inmigrantes no acompañados en los EE.UU. II.- Las políticas de detención de menores inmigrantes no acompañados en los EE.UU. III.- El tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados en los Estados Unidos: Una deuda histórica aún sin cancelar.*

I.- LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS AL SERVICIO DE LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN LOS EE. UU.

No es difícil figurarse la pavorosa situación en que se encuentran los menores que, desprotegidos de su entorno familiar, se trasladan y permanecen en países distintos al suyo de origen. Imaginemos, por un momento, niños separados de sus familias que deben superar solos tremendas dificultades para huir de la pobreza, las persecuciones y las guerras de sus lugares de procedencia. Eso es lo que ocurre a diario en muchos lugares del mundo. Sin embargo, en el presente trabajo nos referiremos únicamente a lo que viene acaeciendo con estos infortunados en los Estados Unidos.

Los niños que logran pisar suelo estadounidense tienen procedencias muy diversas, aunque mayoritariamente son originarios de países centroamericanos[1], y EE. UU. debe administrar esos flujos a través de una estructura territorial descentralizada, que en la distribución competencial asigna esta materia al poder central pero posibilitando a su vez ámbitos de gestión a los distintos estados.

El paradigma tradicional de la emigración consistía en hombres adultos que emigraban solos a Norteamérica en busca de trabajo, con la expectativa de en un futuro atraer a sus familias o, por el contrario, retornar ellos a sus respectivos países de origen. Sin embargo, este modelo sufrió una transformación radical en el último tramo del siglo pasado y cada vez son más las

1 A modo de ejemplo, de los datos facilitados por la agencia del *Department of Justice* encargada de los asuntos de inmigración, el *Immigration and Naturalization Service* (INS), referidos a 1997 se seguía que la mayoría de los menores inmigrantes no acompañados provenía de América Central y América del Sur, el 22 por ciento de China, y el nueve por ciento de otros países, especialmente del continente africano e India. A grandes rasgos estos datos se verían confirmados poco después, concretamente para los años 1999, 2000 y 2001, a través de la información proporcionada por el propio INS. Vid. respectivamente Human Rights Watch Children's Rights Project, *Slipping through the cracks. Unaccompanied Children Detained by the U.S. Immigration and Naturalization Service*, ed. Human Rights Watch, New York, Washington, London, Brussels, 1997: 2; y U.S. Department of Justice. Immigration and Naturalization Service, Office of Juvenile Affairs, "Fact Sheet", [último acceso 2010]. Disponible en http://webharvest.gov/peth04/20041108084954/http://uscis.gov/graphics/publicaffairs/factsheets/OJA.pdf.; 3.

familias enteras y, paradójicamente, los menores no acompañados los que persiguen el sueño americano. Estos niños huyen de sus países por su cuenta, o bien son enviados por sus familias en la esperanza que de ese modo tendrán más posibilidades de éxito, e incluso en algunos casos son separados accidentalmente de sus familias en el transcurso del viaje. Las causas que los mueven a emprender tan arriesgada y tortuosa aventura son de muy diversa índole, si bien, como fácilmente se inferirá, todas ellas tienen en común el obedecer a situaciones extremas y dramáticas. El telón de fondo naturalmente lo constituye la miseria que asola a sus lugares de origen aunque, a modo de caleidoscopio, adopta contornos y formas diferentes. Y así estos niños que abandonan todo su mundo conocido por otro completamente ignoto a menudo tratan de huir de los conflictos bélicos que los atrapan en sus países, y que frecuentemente conllevan su reclutamiento militar forzoso; de eludir el maltrato o el abandono familiar, la mutilación genital femenina, los matrimonios de conveniencia, la prostitución, la explotación infantil o la vida en las calles.

Cuando, al fin, alcanzan los Estados Unidos, nuevos desafíos se presentan en su camino y, en muchas ocasiones, no menos difíciles de superar que los que tuvieron que afrontar en el transcurso del éxodo a la tierra de promisión. Muchas —la inmensa mayoría— de estas trágicas experiencias personales que se producen a diario permanecen en el anonimato, silentes, sin que nadie repare en ellas, y sólo unas pocas, tal vez por su espectacularidad, acaban saliendo a la luz pública. Este es el caso de Malik Jarno, un niño guineano que llegó a los Estados Unidos con dieciséis años en enero de 2001. Había huido de Guinea con tan solo trece años después de perder a su familia debido a represalias políticas tomadas por las autoridades de aquel país. Durante tres años vagó por distintos países de África y Europa en los que residían parientes que lo acogieron temporalmente hasta que, finalmente, recaló en los Estados Unidos con un pasaporte falso que le había proporcionado un amigo de la familia. Fue detenido en el aeropuerto y enviado a una prisión para adultos ya que las autoridades de inmigración, tras realizar las pruebas oportunas y desechar su certificado de nacimiento que acreditaba su verdadera edad, determinaron —erróneamente— que era mayor de edad. Durante casi un año permaneció recluido en una cárcel y en el más absoluto olvido. Malik lo había perdido todo, todo referente por él reconocible; se encontraba en un entorno extraño y agresivo, en el que, además, se empleaba un idioma que desconocía.

Si a todo ello añadimos que sufría un leve retraso nos podemos hacer una idea, siquiera aproximada, del infierno que este menor guineano debió padecer. Fueron los reclusos más antiguos los que ante esta espeluznante situación contactaron con un abogado para que lo representase y, tras permanecer detenido nada menos que tres años en un centro de inmigración para adultos en el que fue víctima de abusos por parte de otros reclusos y del personal del *Immigration and Naturalization Service* (INS), acabó siendo puesto en libertad en buena parte debido a la fuerte presión política y social tanto interna como internacional[2].

Tampoco le fue a la zaga en su crudeza la peripecia de Isau, un adolescente hondureño de catorce años que había huido de su país para escapar de los brutales abusos físicos que le infligía su padrastro, de las persecuciones de los escuadrones de la muerte del gobierno y del tormento que le provocaban las pandillas juveniles. Su padrastro lo había golpeado en numerosas ocasiones con barras, trozos de madera y hasta con el mango de un machete, e incluso le había provocado quemaduras con distintos objetos calientes. Tras abandonar la casa de su padrastro, Isau malvivió en las calles haciendo frente al acoso de las autoridades y de las pandillas juveniles. Terminó por huir a los Estados Unidos donde fue detenido por el INS que le denegó el acceso a la jurisdicción de menores y con ello la posibilidad de que se le concediese el estatus especial de menor inmigrante *(special immigrant juvenile status, SIJS)* (vid. infra, p. 6), que se otorga en aquellos casos de menores que hubiesen sido víctimas de abusos, abandono o desatención lo que, en el caso de Isau, como se acaba de referir, era manifiesto y, de ese modo, poder acceder a los servicios de acogida y obtener la residencia legal en los Estados Unidos. En lugar de ello, el *Immigration and Naturalization Service* (INS) optó por mantenerlo detenido por un período de más de dos años antes de ordenar su deportación a Honduras aun cuando su apelación estaba pendiente de resolución[3].

---

2 Vid. Cate Doty, "Teenage African Immigrant Is Freed After 3 Years in Detention". The New York Times, 25 de diciembre de 2003, [último acceso 2010]. Disponible en http://www.nytimes.com/2003/12/25/us/teenage-african-immigrant-is-freed-after-3-years-in-detention.html.

3 Vid. Women's Commission for Refugee Women and Children, "Prison Guard or Parent?: INS Treatment of Unaccompanied Refugee Children", United States of America, [último acceso 2010]. Disponible en http://www.unhcr.org/refworld/category,COI,,THEMGUIDE,,49ae53f32,0.html.: 1.

Estos casos, y otros muchos, contrastan con las atenciones, justificadas por otra parte, que recibió otro menor no acompañado mucho más conocido: el niño de cinco años, Elián González, que, como es sabido, llegó a la costa de Florida tras ser rescatado después de permanecer flotando en un neumático durante dos días. Era uno de los supervivientes de la embarcación que dos días antes había naufragado en aguas del Atlántico y que lo trasladaba ilegalmente desde Cuba junto con otros catorce cubanos, entre ellos su madre que desgraciadamente pereció en el naufragio[4]. Por las consabidas disputas entre los Estados Unidos y Cuba, el caso Elián tuvo un gran impacto en la opinión pública norteamericana y suscitó un amplio —y en ocasiones agrio— debate político y jurídico sobre el tratamiento que se les debe dispensar a estos menores. Sin embargo, no abordaba el problema en su verdadera dimensión; se trataba más bien de un debate inducido por las singulares circunstancias que concurrían en esè caso concreto, pero que en cambio ignoraba —a sabiendas— el penoso tratamiento que recibían y la absoluta desprotección jurídica en que se hallaban los miles de menores inmigrantes no acompañados que, como el pequeño Elián, entraban ilegalmente cada año en los Estados Unidos.

Cuando estos menores logran entrar en los Estados Unidos desde el punto de vista jurídico confluyen en ellos dos condiciones en principio nada favorables: la de extranjeros, además en situación irregular, y la de menores. La legislación de inmigración, competencia del poder federal, constituye una sucesión de dicotomías entre nacionales y extranjeros, y en el caso de estos últimos, entre los que se encuentran regularizados y los que, por el contrario, están en situación irregular. Sin embargo, prácticamente no discrimina entre inmigrantes mayores y menores de edad. Con carácter general, los extranjeros disponen con respecto a los nacionales de un menor elenco de derechos o están sujetos a un ejercicio limitado de los mismos. Obviamente, si se encuentran en situación ilegal la restricción de esos derechos es todavía mayor. En esa situación jurídicamente tan precaria se encontrarían los menores inmigrantes que deben afrontar los complejos procesos de inmigración sin derecho a un

4 Vid. "Who Survived Sinking Won't Be Deported", The New York Times, 27 de noviembre de 1999, [último acceso 2010]. Disponible en http://www.nytimes.com/1999/11/27/us/3-who-survived-sinking-won-t-be-deported.html?scp=29&sq=&st=nyt.; y "Un viaje de 152 días", El País, 23 de abril de 2000. [último acceso 2010]. Disponible en http://www.elpais.com/solotexto/articulo.html?xref=20000423elnepiint 2&type=Tes&anchor=elnepiint .

abogado de oficio y en la mayoría de los casos sin ningún tipo de asistencia personal o jurídica. Y además, recuérdese, que estos niños están solos, casi siempre asustados en un ambiente casi siempre también hostil, incapaces de desenvolverse en lengua inglesa, y que huyen de situaciones tan desgarradoras como algunas de las que acabamos de describir. Esa precariedad sin embargo contrasta con la marcada tendencia federal y de los diferentes estados de, aun reconociendo la lógica limitación en el ejercicio de algunos derechos por los menores nacionales en razón al derecho de los padres a criar a sus hijos y al derecho del Estado a protegerlos, disponer para ellos instrumentos adicionales de protección en los distintos ámbitos jurisdiccionales[5]. Se diría pues que, en materia de inmigración, se minimiza —o directamente se anula— la condición de menor del menor inmigrante y con ello la necesidad de establecer mecanismos de sobreprotección en atención a su posición de especial vulnerabilidad. En definitiva, el menor inmigrante no acompañado es inmigrante (ilegal) a todos los efectos, pero en cambio no es menor a prácticamente ningún efecto.

Una vez detenidos, estos menores no acompañados dispondrán de varias alternativas, si bien, como acabamos de señalar, no se encuentran ni mucho menos en las mejores condiciones para poder decidir. A la mayoría de ellos se les suele ofrecer en primer término la salida voluntaria del país. A tal fin, el extranjero deberá manifestar su libre voluntad de abandonar el país y con ello obtendrá el beneficio de evitar ser formalmente expulsado. Ello explica que el INS ofrezca casi siempre esta posibilidad a los extranjeros que detiene y que, a su vez, «hasta el 98 por ciento de ellos tomen ese camino»[6].

En el caso de que no se les ofrezca la vía de la salida voluntaria o simplemente se nieguen a adoptarla, los menores no acompañados se colocan en proceso de expulsión, y en el transcurso del mismo podrán solicitar distintas formas de amparo, incluido el asilo. Debe repararse en la circunstancia de que aun cuando se entre en la categoría de refugiado según la legislación norteamericana, la decisión última sobre la concesión de asilo es discrecional y corresponde al Fiscal General de los EE. UU. Tradicionalmente el derecho de

5 Con relación a esta vis expansiva de las garantías adicionales para los menores nacionales, véase Michael A. Olivas, "Unaccompanied refugee children: detention, due process, and disgrace", Stanford *Law & Policy Review 2 (1990): 161-162 y 163.*

6 *Reno v. Flores, 507 U.S. 292, U.S.* Supreme Court, (1993) en 307.

asilo norteamericano no venía haciendo distinciones entre adultos y menores, obviando que estos, por la etapa de desarrollo físico y psicológico en la que se encuentran, pueden experimentar la persecución de un modo distinto a como lo hacen los adultos, y que el impacto que sobre ellos puede tener rememorar y recrear ciertas situaciones pudiera ser brutal, desde luego normalmente mucho mayor que el que podría tener para un adulto en una situación similar. No obstante, esta carencia histórica vino a ser resarcida —al menos parcialmente— con la adopción en 1998 de las «Directrices para las reclamaciones de asilo de los niños» elaboradas con la finalidad de proporcionar al Cuerpo de Funcionarios de Asilo *[Asylum Officer Corps* (AOC)] «las bases y orientación para la resolución de las reclamaciones de asilo de los menores»[7]. En ellas, entre otras cosas, se proponía que en las entrevistas efectuadas a los menores se diesen una serie de condiciones[8] que propiciasen un ambiente «amistoso»[9] para los niños. A pesar de que las Directrices no ofrecen dudas respecto a que las normas relativas a la concesión del estatuto de refugiado son las mismas tanto para los adultos como para los menores, sin embargo, en particular en el caso de los menores no acompañados, reconocen que en el examen de los antecedentes de hecho presentados por éstos en sus reclamaciones de asilo se debe ponderar su edad, su especial vulnerabilidad, así como su conocimiento posiblemente limitado de las condiciones en el país de origen que justificarían la solicitud de asilo[10]. Ciertamente estas Directrices reconocen e identifican las especialísimas circunstancias que concurren en los menores inmigrantes no acompañados y el riesgo elevado de que sus reclamaciones de asilo sean rechazadas, pero no establecen —ni podrían hacerlo ya que no son normas legislativas, sino únicamente unas líneas de actuación de carácter administrativo dirigidas a mejorar la competencia de los funcionarios de asilo del INS a fin de que puedan abordar convenientemente los diversos aspectos de las solicitudes y, de ese modo, mejorar las resoluciones de asilo de los Estados Unidos[11] — ningún procedimiento especial que asegure en todo caso un trata-

7 Weiss, Jeff, U.S. Department of Justice. Immigration and Naturalization Service, "Guidelines For Children's Asylum Claims", Washington, D.C., 10 de diciembre de 1998 [último acceso 2010]. Disponible en http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/gender_guidelines/DHS_INS_children_guidelines.pdf.: 1.

8 Vid. ibid.: 5-10.

9 ibid.: 5.

10 Vid. ibid.: 18.

11 Vid. ibid.: 2.

miento adecuado a las particulares condiciones que se dan en las reclamaciones de asilo de los menores no acompañados.

También podrán solicitar protección al amparo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, pues tras su ratificación el 21 de octubre de 1994, Estados Unidos en virtud del artículo 3 de la Convención no podrá expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado «cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura». El auxilio que dispensa es temporalmente más limitado que el que proporciona el asilo, ya que únicamente retiene o aplaza la expulsión de los que obtienen su amparo; pero de otra parte, sin embargo, su protección no está sujeta a la discrecionalidad del Fiscal General. Una vez más no se hace distinción alguna entre adultos y menores de edad y ni tan siquiera en este caso el *INS Bureau of Citizenship and Immigration Services* (BCIS) ha publicado alguna norma dirigida a los funcionarios de inmigración en la que se les inste a que tengan en consideración la más que probable distinta forma de experimentar la tortura que pueden tener los niños respecto de los adultos, o la dificultad adicional que aquéllos puedan tener para relatar episodios traumáticos. Además podría dejar fuera de su ámbito de protección casos particularmente dramáticos, como el de los niños víctimas de la trata de personas, ya que la Convención no se aplica cuando la tortura es practicada por agentes privados (art. 1, a *contrario sensu*), o el de los niños reclutados forzosamente por grupos guerrilleros por tratarse de entidades que los poderes públicos son incapaces de controlar.

En cambio, una de las pocas disposiciones de inmigración que sí está específicamente orientada a los menores es el *special immigrant juvenile status*, SIJS (*J Special Immigrants*)[12] establecido en la *Immigration Act* de 1990[13]. Podrían obtener este visado especial aquellos menores residentes de hecho en los Estados Unidos que hubiesen sido declarados dependientes por un tribunal

12 Con relación a las características y particularidades de este visado, puede consultarse Margaret Carlson, "Special Immigrant Juvenile Status: An Interview with Elissa Steglich, Managing Attorney, and Karen Donoso Stevens, Staff Attorney, with the Children's Project of Midwest Immigrant & Human Rights Center", *Children's Legal Rights Journal* 25, no. 3 (2005): 60-62.

13 *Immigration Act of 1990*, Public Law 101-649, 104 Stat. 4978, § 153.

de menores y respecto de los cuales dicho órgano jurisdiccional hubiese estimado que eran idóneos para recibir atención y cuidado durante un largo período de tiempo; y cuando se hubiese determinado en un procedimiento administrativo o judicial que no constituiría el mejor interés del menor devolverlo a su país de origen o al de sus padres, o al país de su última residencia habitual[14]. Sin embargo, pocos años después, con la aprobación de la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act*[15] se modificaron los requisitos de acceso dificultando la obtención de este visado especial. Se acabaron por incluir dos nuevas condiciones que objetivamente obstaculizaban la concesión del «visado J». En primer lugar, en el supuesto de que el menor extranjero se encontrase bajo la custodia del INS, se requería la previa autorización de esta agencia de inmigración a fin de que se pudiese someter a la jurisdicción de menores y, en segundo lugar, una vez que el menor hubiese sido declarado dependiente por un tribunal de menores, se exigía el consentimiento expreso del Fiscal General como condición indispensable para la concesión del visado.

A la luz de la constatación de que las mujeres y los niños son las principales víctimas del tráfico ilegal de personas —se estima que en torno a 50.000 personas, mayoritariamente mujeres y niños, son víctimas de las redes de tráfico ilegal cada año en los Estados Unidos— se crearon dos nuevos tipos de visados con el objetivo específico de impedir en la medida de lo posible este tipo de abusos. Por medio de la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000*[16] se instituyeron los «visados T»[17] dirigidos a aquellas personas que hubiesen sido «víctimas de formas severas de tráfico de personas»[18]. Pueden ser solicitados indistintamente por adultos o por menores, si bien los menores de quince años, como veremos, están exentos de uno de los requisitos exigidos para la concesión del visado. Para obtener el visado se exige en primer lugar

14 ibid., § 153 (a) (3).

15 *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996 (IIRIRA)*, Public Law 104-208, 110 Stat. 3009-546.

16 *Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000. Public Law 106-386. 114 Stat. 1464*, 22 U.S.C. § 7101 (2002).

17 *8 U.S.C. (2002)*, United States Code, § 1101 (a)(15)(T).

18 *Trafficking Victims Protection Act of 2000. Public Law 106-386. 114 Stat. 1464*, 22 U.S.C. § 7101 (2002) § 7102(8). Esta Ley constituye una parte («Division A») de la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act.*

que el extranjero haya sido víctima del tráfico ilegal de personas[19]; en segundo lugar, debe estar físicamente en los Estados Unidos o en un punto válido de entrada como consecuencia de dicho tráfico[20]; en tercer lugar, debe demostrar que «sufriría privaciones extremas que le acarrearía un daño inusual y severo si es expulsado»[21] y, por último, si tuviese más de quince años, deberá «acceder a cualquier solicitud razonable de asistencia en la investigación o enjuiciamiento de los actos del tráfico ilegal»[22]; en cambio, si tuviese quince o menos años quedaría exento de este requisito[23]. Los titulares de este tipo de visados tienen derecho a un permiso de trabajo[24] y, transcurridos tres años, pueden obtener la residencia legal permanente[25].

A su vez, en el marco de la *Violence Against Women Act* of 2000 (VAWA)[26] se crearon los «visados U»[27] destinados a personas que hubiesen sido víctimas de «abuso físico o mental»[28] y que dispusiesen de información y estén dispuestas a colaborar en las investigaciones y actuaciones judiciales relacionadas con esa actividad delictiva[29]. Si bien los menores de dieciséis años de edad no están obligados a colaborar en las investigaciones policiales y judiciales para obtener este visado, sí al menos un «padre, tutor o amigo cercano» del niño deberá a tal fin poseer y compartir información sobre la actividad delictiva en cuestión[30]. Por tanto, en este caso los menores deberán soportar una mayor carga que para la obtención de los «visados T», pero en contrapartida y a diferencia de estos últimos, no se les exigirá demostrar que sufrirían graves dificultades si fuesen expulsados. E igualmente los titulares

19 *8 U.S.C. (2002)*, § 1101 (a)(15)(T)(i)(I).
20 ibid., § 1101 (a)(15)(T)(i)(II).
21 ibid., § 1101 (a)(15)(T)(i)(IV).
22 ibid., § 1101 (a)(15)(T)(i)(III)(aa).
23 ibid., § 1101 (a)(15)(T)(i)(III)(bb).
24 ibid., § 1101 (i)(2).
25 ibid., § 1255 (l)(1)(A)-(C).
26 *Violence Against Women Act of 2000 (VAWA 2000). Public Law 106-386. 114 Stat. 1464.* Esta Ley integra una parte («Division B) de la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act.*
27 *8 U.S.C. (2002). § 1101* (a)(15)(U).
28 ibid., § 1101 (a)(15)(U)(i)(I).
29 ibid., § 1101 (a)(15)(U)(i)(II)-(III).
30 ibid., § 1101 (a)(15)(U)(i)(II)-(III).

de los «visados U» podrán disponer de permiso de trabajo y, transcurridos tres años y siempre que cumplan ciertos requisitos legales, podrán también solicitar el estatus de residente legal permanente[31].

Ambos visados vendrían a cubrir la importante laguna que, como ya se ha apuntado, suponía la desprotección en que se encontraban aquellos menores que estaban en los Estados Unidos como resultado del tráfico ilegal de personas o que habían sido víctimas de abusos físicos o psicológicos de diversa índole. Así por ejemplo, un niño víctima de la trata de personas no podría acogerse al derecho de asilo por no estar contemplado ese caso entre los supuestos que pueden dar acceso al estatuto de refugiado, y tampoco encontraría protección en la Convención contra la Tortura, a menos que un tribunal estimase —lo que sería muy poco probable— que los traficantes contaban con la participación o aquiescencia de los gobiernos correspondientes y que, a su vez, esas actividades son subsumibles en la definición que de tortura hace la Convención (art. 1). Si bien la obligación de colaboración en la investigación de los hechos impuesta a los mayores de quince y dieciséis años como requisito para la obtención de los «visados T y U» respectivamente pudiera no ser muy acertada, ya que resulta plausible la reticencia que estos adolescentes pudiesen tener a la hora de relatar su experiencia personal por miedo a represalias, vergüenza o trauma psicológico, lo cierto es que la implantación de estos dos visados constituían un paso al frente en la protección de los menores víctimas de delitos tan execrables[32].

Así pues, si un menor inmigrante no opta por la salida voluntaria habrá de abrirse entonces un procedimiento para determinar su condición migratoria, es decir, para decidir si es susceptible de beneficiarse de algunas de las alternativas como las anteriormente descritas o, por el contrario, debe ser expulsado a su país de origen. Pues bien, en tanto no se resuelve dicho procedimiento, el menor o es confiado a sus familiares o tutores y solo en circunstancias excepcionales a personas mayores de edad sin relación de parentesco

31 ibid., § 1184 (o)(3).

32 Un estudio exhaustivo de estos distintos instrumentos de amparo al servicio de los menores inmigrantes puede verse en Devon A. Corneal, "On the way to grandmother's house: is U. S. immigration policy more dangerous than the big bad wolf for unaccompanied juvenile aliens?", *Penn State Law Review 109*, no. 2 (2004-2005): 625-641.

que formalmente los reciban a su cargo, o bien es detenido. Como es fácil de deducir, al tratarse de menores inmigrantes no acompañados que, como su propio nombre indica, están solos, es poco probable que haya parientes que los reclamen, de manera que el sombrío destino que les aguarda a la mayoría de ellos será la detención. De ello trata las páginas que siguen.

II.- LAS POLÍTICAS DE DETENCIÓN DE MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN LOS EE. UU.

La política federal de los Estados Unidos con relación a la detención de menores inmigrantes no acompañados no ha sido totalmente lineal sino que, como por otra parte es perfectamente lógico, ha estado expuesta a los cambios y vaivenes que las circunstancias de cada momento propician. Naturalmente otra cosa es el juicio que ese intento de adaptación merezca. A continuación mostramos esas distintas políticas y fórmulas para afrontar esta delicada cuestión en distintos segmentos temporales que, aunque por fuerza convencionales, vendrían a dar cuenta de aquellas variaciones y transformaciones.

1. El reconocimiento de algunos derechos constitucionales en la política de detención de los menores inmigrantes no acompañados previa a 1984

Antes de 1984 la agencia federal encargada de las cuestiones relacionadas con la inmigración —el INS— no tenía una política formalmente diseñada con relación a la detención de los menores inmigrantes no acompañados y su eventual puesta en libertad en tanto se clarificaba su situación migratoria. La *Immigration and Nationality Act*[33] disponía con carácter general que los extranjeros en custodia mientras se tramitaba sus procedimientos de expulsión podrían ser puestos en libertad bajo fianza o en libertad condicional discrecionalmente por el Fiscal General[34]. De hecho, los menores inmigrantes no acompañados que estaban pendientes de una resolución judicial que aclarase su situación eran sistemáticamente puestos en libertad y confiados a miembros

33 *Immigration and Nationality Act (INA) of 1952*, Title 8 of the U.S. Code (8 USC), §§1101-1537 (2010).

34 ibid., § 1226.

de familias, grupos religiosos o a otras organizaciones de carácter asistencial. Con esta práctica, en realidad, el INS estaba aplicando analógicamente a los menores inmigrantes no acompañados la previsión que la *Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act* contemplaba para los menores nacionales. Esta ley autorizaba la liberación de menores que presuntamente hubiesen delinquido condicionada a que la parte que recibía al menor lo presentase ante el tribunal cuando fuese requerido. La liberación, no obstante, podría ser denegada si el juez determinaba que la detención de estos menores se requería para garantizar su oportuna comparecencia ante el tribunal o para asegurar su seguridad o la de los demás[35].

Así pues, la equiparación *de facto* en este punto entre los menores inmigrantes no acompañados y los menores nacionales acusados de algún delito implicaba, al menos indirectamente, el reconocimiento de los primeros como sujetos de algunos derechos constitucionales.

En este contexto de reconocimiento de ciertos derechos constitucionales a los menores inmigrantes aun cuando hubiesen entrado ilegalmente en territorio estadounidense se inscribe el caso *Perez-Funez v. INS*[36]. Jose Antonio Perez-Funez tenía dieciséis años cuando fue detenido en California, en un lugar próximo a la frontera con México, el 22 de marzo de 1981. Perez-Funez denunció que los funcionarios del INS lo habían coaccionado para que firmase el formulario de salida voluntaria: si no accedía a hacerlo —le dijeron—, al no poder pagar la fianza para su liberación, permanecería detenido por un largo período de tiempo. Sólo se le ofrecería la libertad condicional si previamente firmaba la salida voluntaria, y todo ello sin advertirle de su derecho a solicitar un abogado. En realidad casi no tenía alternativa. O se avenía a la oferta del INS o se vería abocado a un largo e incierto período de detención. Y todo ello, conviene no perderlo de vista, en un entorno extraño —un país extranjero—, sin comprender apenas a sus interlocutores —que se expresaban en un idioma, el inglés, que no era el suyo— y en un ambiente hostil —la actitud amenazadora de los funcionarios del INS—, después de haber recorrido solo

35 *Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act of 1974*, 18 U.S.C., § 5034 (1992).

36 *Perez-Funez v. INS, 619 F. Supp. 656*, United States District Court for the Central District of California, 1985.

un largo trecho huyendo de la violencia y de la miseria. Fue en estas penosas circunstancias que Perez-Funez firmó el documento de salida voluntaria sin apenas leerlo o comprenderlo y, como es obvio, sin el menor deseo de volver a El Salvador.

Perez-Funez presentó entonces una acción colectiva en representación de todos los menores inmigrantes no acompañados que se encontrasen en una situación similar[37] en el Tribunal Federal de Distrito para el Distrito Central de California contra el INS y sus prácticas en los procedimientos de salida voluntaria que, según la demanda, vulneraban los derechos de los niños inmigrantes no acompañados al debido proceso de la Quinta Enmienda[38]. El Tribunal recurrió al caso *Mathews v. Eldridge*[39] para determinar si aquellas actuaciones del INS vulneraban efectivamente el derecho al debido proceso de los menores. En el caso citado el Tribunal Supremo sostuvo que las personas en riesgo de perder la vida, la libertad o la propiedad deben tener la oportunidad de ser oídas «en un momento válido y de una manera válida»[40]. En ello se condensaban, según el Tribunal Supremo de los EE.UU., las exigencias y requisitos del debido proceso. El Tribunal Federal de Distrito calificó la salida voluntaria como una renuncia expresa al derecho a una audiencia de deportación y estimó que los procedimientos seguidos por el INS para formalizar esa renuncia al derecho a solicitar la suspensión de la expulsión y pedir asilo no

37 La parte que presenta la acción se definió como «[...] all persons who appear, are known, or claim to be under the age of eighteen years who are now or in the future taken into or held in custody in the United States by agents of the Immigration and Naturalization Service for possible deportation from the United States, and who are not accompanied by at least one of their natural or lawful parents at the time of being taken or received in custody within the United States», .ibid. en 657.

38 «Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; *ni se le privará de* la vida, *la libertad o* la propiedad *sin el debido proceso legal;* ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización», (Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, 15 de diciembre de 1791, cursivas nuestras).

39 *Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, U.S.* Supreme Court, (1976).

40 ibid. en 333.

garantizaban en modo alguno que tales renuncias fuesen conscientes y voluntarias. En realidad los niños habían sido obligados sin saberlo a renunciar a esos derechos. Por lo tanto, el Tribunal consideró que existía un riesgo real de privación de derechos errónea propiciado porque «la situación que enfrentan los menores extranjeros no acompañados es inherentemente coercitiva»[41].

Por otra parte, el Tribunal Federal de Distrito estimó que antes de que se les presentasen los impresos de salida voluntaria a los menores, el INS debería respetar una serie de garantías adicionales como el asesoramiento de los derechos básicos adecuado a la edad, las listas actualizadas de los proveedores de servicios legales y el acceso a la comunicación telefónica que, además de no resultar particularmente gravosas para la agencia federal, reducía sustancialmente las probabilidades de provocar aquella privación errónea de derechos a la que antes aludía el Tribunal[42].

Así pues, se entendía que los menores inmigrantes no acompañados eran sujetos de derechos constitucionales y legales básicos a pesar de su entrada en el país[43]. La garantía constitucional del debido proceso tenía, según el Tribunal, un valor universal y, en consecuencia, protegía a todos los inmigrantes, ya fuesen legales o ilegales. En definitiva, recibían, con todas las reservas, un trato similar al que se les dispensaba a los menores nacionales incursos en un proceso de tipo penal y debían estar amparados por garantías constitucionales esenciales, como las del debido proceso, y ello con independencia de que la entrada en el país se efectuase de forma legal o ilegal.

2. El origen del cambio: la política de detenciones masivas de la *Western Regional Office* del INS y su extensión a todo el país

Esta situación, sin embargo, cambia drásticamente a partir de 1984 cuando la Oficina Regional Occidental del INS limita radicalmente las posibilidades de puesta en libertad de los menores no acompañados en el espacio de

41 *Perez-Funez v. INS, 619 F. Supp. 656*, cit. en nota núm. 36, en 662.
42 ibid. en 667, 668 y 670.
43 ibid. en 659.

tiempo en el que se clarificaba su situación migratoria y, consecuentemente, se experimenta una multiplicación de las detenciones de los menores en los centros habilitados a tal fin por el INS[44]. Éstos se verán entonces desprovistos de los beneficios *pro libertatis* que les proporcionaba la equiparación parcial, antes señalada, con los menores nacionales procesados por algún acto delictivo.

El abanico de personas e instituciones a las que podían ser enviados los menores inmigrantes se reduce entonces sustancialmente. Con la nueva e independiente política de la *Western Regional Office* esos menores, una vez detenidos, únicamente podrían ser puestos en libertad a favor de «un padre o tutor legal», salvo en «casos excepcionales y extraordinarios» en los que, a juicio discrecional del INS, podrían ser liberados a «una persona responsable que se comprometa a proporcionar la atención y ser responsable del bienestar del niño»[45]. Como fácilmente se puede deducir, esta política reducía extraordinariamente las posibilidades de liberación de los menores a un medio no confinado y además dejaba a la decisión discrecional del INS la interpretación —previsiblemente muy restrictiva— de esos supuestos excepcionales que permitían su puesta a disposición de personas distintas del padre o tutor legal. Como consecuencia de todo ello los niños cuyos padres no se encontrasen en los Estados Unidos no tenían prácticamente ninguna opción de ser liberados y deberían permanecer internados en los centros de detención del INS.

Fue entonces cuando en 1985 un grupo de niños inmigrantes que habían sido detenidos por la Región Oeste del INS presentó una demanda contra éste y su nueva política *(Flores v. Meese)*. Los demandantes alegaron violación del debido proceso a causa de las condiciones de detención y las políticas de liberación restrictivas. Jenny Lisette Flores tenía quince años cuando huyó de El Salvador y llegó a los Estados Unidos. Su intención era unirse a su tía que era ciudadana norteamericana y vivía cerca de Los Ángeles. Sus expectativas, sin

44 Como es fácil de suponer ello originó un inevitable incremento de este tipo de instalaciones. Así sucedió en las zonas rurales de Florence, Arizona y El Centro, California, así como en seis poblaciones en el sur de Texas: Los Fresnos, Raymondville, Port Isabel, Rio Hondo, Brownsville y San Benito. (Cfr. Olivas, *Unaccompanied refugee children: detention, due process, and disgrace*, 160, cit. en nota num. 5).

45 *Flores v. Meese, 934 F.2d 991*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1990, en 994.

embargo, se vieron frustradas: fue arrestada por el INS, arresto en el que fue esposada y obligada a desnudarse, y posteriormente enviada a un centro de detención de menores, donde permaneció los próximos dos meses en espera de una audiencia para su deportación. El INS había reconocido sin ambages que Flores no tenía antecedentes penales y que no existía riesgo alguno de fuga. Sin embargo su tía, que era un pariente de sangre, no figuraba entre los grupos de adultos —padres o tutores legales— a los que los menores no acompañados podrían ser confiados. En ese centro en el que Flores y otros menores fueron detenidos, algunos de ellos se vieron obligados además a compartir baños y dormitorios con adultos de ambos sexos con los que no tenían ninguna relación de parentesco.

Ya al inicio de lo que luego sería este largo proceso, en 1987, se alcanzó un primer acuerdo *(Juvenile Care Agreement)* entre los demandantes de *Flores* y el INS en cuanto a las condiciones de detención de los menores[46]. El acuerdo requería que el INS, en el plazo de las setenta y dos horas después del arresto, colocase a los menores en una instalación adecuada, siempre que naturalmente no hubiesen sido previamente puestos en libertad junto a un adulto responsable. Las instalaciones debían equivaler a un centro de acogida que, cuando menos, proporcionase al menor asesoramiento, educación, recreación y acceso a los servicios religiosos, y en todo caso debían descartarse los establecimientos penitenciarios para tal fin. Dicho acuerdo, sin embargo, no se extendía a la nueva política relativa al elenco de personas a las que los menores podían ser confiados y, en consecuencia, liberados, lo que provocó que los demandantes persistiesen en sus reclamaciones.

En el transcurso del litigio el INS decidió codificar la nueva política de detención de menores de su Región Occidental y extenderla así a todo el país[47]. Aunque ligeramente rebajada en sus aspectos más restrictivos resultaba en cualquier caso manifiestamente más restringida que las políticas de detención practicadas hasta entonces. Con esta nueva regulación se autorizaba la puesta en libertad de los menores detenidos no sólo junto con los padres

46 *Conditions of Detention, Flores v. Meese, No. 85-4544-RJK (Px) (CD Cal. 1987).* United States District Court for the Central District of California.

47 *8 CFR,* Code of Federal Regulations, (1988), § 242. 24.

y tutores legales sino también con sus parientes cercanos adultos, a menos que el INS determinase que la detención fuese necesaria para garantizar la seguridad del menor o de terceros. A su vez, mantiene la previsión de que en determinadas circunstancias, y a juicio discrecional del INS, podría colocarse un menor al cuidado de personas adultas sin relación alguna de parentesco bajo la condición de que se comprometan a cumplir con las obligaciones propias de su custodia y a asegurar su asistencia cuando así sea solicitada en los correspondientes procedimientos de inmigración.

Sin embargo, las prácticas habituales del INS reducían aún más las ya de por sí condiciones restrictivas de la normativa. Y así, por ejemplo, la agencia federal de inmigración impondrá fuertes limitaciones al reconocimiento de los familiares a los que, según prescribía la nueva regulación, podían ser liberados los menores detenidos. De este modo, en una ocasión, el INS no admitiría el permiso de conducir ni la Tarjeta de Registro de Extranjeros *(Alien Registration Card)* expedida por el propio INS como prueba de identidad de los familiares. Y también con relación a los adultos sin relación de parentesco que, en circunstancias excepcionales, podrían asumir la custodia de los menores detenidos se exigirá, por ejemplo, a fin de que esa custodia se hiciese efectiva, que los padres del menor detenido se dirijan a un consulado de los EE. UU. y firmen una declaración jurada ante el funcionario consular reconociendo a ese adulto responsable sin vínculos familiares. Como fácilmente podrá deducirse, esta exigencia resulta sumamente onerosa —cuando no directamente imposible— para muchos de los padres que por lo general viven en países sumidos en la guerra y la pobreza. Y desde luego resulta inviable por razones obvias para los niños huérfanos y también para los niños abandonados, a los que resulta imposible determinar el paradero de sus padres, y mucho menos obtener su declaración jurada[48].

Apenas una semana después de la entrada en vigor de esta nueva reglamentación, el Tribunal Federal de Distrito para el Distrito Central de California la dejó prácticamente sin efecto: aceptó los argumentos de los deman-

48 Vid. Lisa Rodriguez Navarro, "An analysis of treatment of unaccompanied immigrant and refugee children in INS detention and other forms of institutionalized custody", *Chicano-Latino Law Review 19, no. 589 (1998): 593-595.*

dantes y dispuso una serie de directrices de procedimiento que el INS debería seguir a fin de salvaguardar los derechos de los menores. De este modo el Tribunal, tras ordenar la puesta en libertad bajo fianza de Flores, estimó que la detención generalizada de menores por el INS era ilegal; que, por el contrario, cuando se diesen las circunstancias requeridas debían ser entregados a sus padres, tutores, curadores o a un grupo de adultos responsables que se comprometiesen a presentar al menor ante el órgano administrativo o judicial competente cuando así fuese requerido. Igualmente ordenó al INS que proporcionase de forma inmediata a los menores asesoramientos con relación a cualquier restricción a su puesta en libertad. Además, estableció que a todo menor detenido se le debería proporcionar con la mayor celeridad una audiencia de carácter administrativo para determinar la causa probable de su arresto y la necesidad de las restricciones impuestas a su liberación, y que dicha audiencia debería celebrarse en todo caso, mediase o no solicitud por parte del menor o de persona que lo represente[49].

Esta nueva política de la *Western Regional Office* del INS cuestionada en *Flores v. Meese* respondía sin duda al intento de contrarrestar la fuerte presión migratoria que los niños centroamericanos ejercían sobre la frontera sur de los EE. UU. y que se hizo especialmente patente a partir de 1989 con la avalancha de niños salvadoreños que huían de la violencia y la miseria de su país.

Sin embargo se intentó justificar esta política más restrictiva recubriéndola con argumentos que hacían hincapié en el bienestar y la seguridad de los menores. Y así, aun cuando las condiciones de detención —como se verá más adelante— eran extraordinariamente precarias, se argüía que la detención no era en sí misma un castigo sino una posible solución a un grave problema social como era la creciente inmigración legal e ilegal en los EE. UU. La oleada de menores inmigrantes representaba un nada desdeñable coste económico en servicios sociales y asistenciales que era preciso reducir, o cuando menos frenar, y no expandir aún más. Con esta política de detenciones masivas —se decía— se contribuía a controlar y actualizar el número de menores inmigrantes y ejercer así un control sobre las fronteras que para muchos se había perdido.

49 *Flores v. Meese, 681 F. Supp. 665 (C.D. Cal. 1988)*, United States District Court for the Central District of California.

Ese control de las fronteras, por otra parte, forma parte del núcleo esencial de la soberanía. De ahí que corresponda a la política federal las cuestiones relativas a la inmigración y al Fiscal General la competencia sobre todos los aspectos relacionados con ella. La detención de menores inmigrantes como mecanismo para asegurar dicho control —se dirá— formaría parte de ese poder. Los defensores de la nueva política del INS sostenían además que ésta estaba orientada a garantizar la seguridad de los menores, lo cual constituiría un interés público superior que prevalecería en todo caso sobre el legítimo interés de libertad individual de los menores inmigrantes.

Igualmente se decía que al colocar a los menores inmigrantes a disposición de un adulto sin relación de parentesco y sin hacer un previo y exhaustivo estudio de la correspondiente casa de acogida, lo que, por otra parte, se vería seriamente dificultado por el carácter masivo que tendrían estas liberaciones, el INS podría incurrir en responsabilidad si el menor sufriese algún daño. Incluso se mantenía —abundando en esta tesis— que en ese supuesto se podrían llegar a ver afectadas las relaciones exteriores de los Estados Unidos. Sin embargo los hechos venían a refutar esta línea argumental. En efecto, según se había puesto de relieve desde algunas instancias, (como algunos grupos religiosos, Amnistía Internacional, *Lawyers Committee for Human Rights, International Human Rights Law Group o Defense for Children International*), el INS no podría señalar ni un solo caso de un menor inmigrante que hubiese sido objeto de maltrato o trato inadecuado por parte de un adulto sin vínculos familiares que asumiese la custodia del menor en lugar de su detención por la agencia federal.

Desde un punto de vista estrictamente teórico se ha defendido también que los menores, en general, están sujetos a la patria potestad de sus padres pero cuando ésta, por las razones que sea, declina entonces corresponde al Estado ejercer un papel *parens patriae*. En este sentido la obligación del gobierno de cuidar a los menores en ausencia de sus padres o tutores habría sido ya reconocida por «las costumbres y tradiciones de los Estados Unidos»[50]. Y desde una perspectiva mucho más pragmática se esgrime que la custodia

50 Daniel D'Angelo, "Reno v. Flores: what rights should detained alien juveniles be afforded?", *New England Journal on Criminal and Civil Confinement 21 (1995): 476-477.*

institucional permite al INS ejercer un férreo control sobre la localización de los menores y de ese modo asegurarse la asistencia de los mismos cuando su presencia sea requerida en el correspondiente procedimiento de inmigración.

Pero detrás de esta batería argumental se escondían otras razones, seguramente no tan confesables, pero que explicaban también (y seguramente mejor) este cambio de política que suponía un incremento notable de las detenciones en detrimento de la puesta en libertad de los menores inmigrantes no acompañados. Desde esta óptica el objetivo perseguido por el INS con las detenciones no sería, ni mucho menos, garantizar el bienestar y el interés de los menores, sino bien al contrario, disuadirlos de que intenten la aventura migratoria e incluso, caso de que la llevasen a término, utilizarlos como *cebos* para atraer hacia la agencia federal de inmigración a los padres indocumentados de los menores detenidos que, con la nueva política de la *Western Regional Office*, sería el único vínculo familiar que legitimaría la reclamación de la custodia de los menores detenidos y consiguientemente su puesta en libertad[51].

Amparándose en las razones que justificaban la nueva política de detenciones, el INS y el Fiscal General resolvieron recurrir la decisión del Tribunal Federal de Distrito para el Distrito Central de California ante el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito *(United States Court of Appeals for the Ninth Circuit)*. Una sección *(panel)* de este Tribunal de Apelaciones admitió las alegaciones de los recurrentes y estimó que el Congreso había conferido al INS el poder de diseñar y llevar a cabo su propia política de detenciones y que, en todo caso, esa nueva política decidida por el INS no vulneraba los derechos fundamentales de los niños detenidos. Además —señalaría el Tribunal— la Constitución no garantizaba ningún presunto derecho fundamental a ser liberado para ser acogido por una persona adulta sin relación de parentesco y resultaba de todo punto inapropiado que el Tribunal de Distrito en un procedimiento civil de deportación hubiese entrado en cuestiones relacionadas con la liberación de las partes afectadas[52].

---

51 Sobre los motivos reales y aparentes que estarían en el origen de esta nueva política, véase Rodriguez Navarro, *An analysis of treatment of unaccompanied immigrant and refugee children in INS detention and other forms of institutionalized custody, 592, y 603-605*, cit. en nota núm. *48*.

52 *Flores v. Meese, 934 F.2d 991*, cit. en nota núm. *45*.

Los demandantes en *Flores v. Meese* solicitaron entonces una revisión de esta decisión por el Tribunal de Apelaciones en pleno (*en banc*)[53]. Para ello invocaron los supuestos errores en que habría incurrido el *panel* al no reconocer su derecho fundamental a la libertad y al no disponer una audiencia para una nueva determinación de la custodia ante un funcionario independiente y neutral[54]. El pleno desestimó la pretensión del INS de que las detenciones servían en realidad al mejor interés de los menores inmigrantes al no existir indicio alguno, y mucho menos evidencia, de que su liberación los colocase en una situación objetiva de riesgo de sufrir algún tipo de daño. Se basó para adoptar esta postura en *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*[55] en el que el Tribunal Supremo sostuvo que una agencia estatal no podría ser considerada responsable por dejar a un menor bajo la custodia de un adulto aun cuando hubiese evidencias de que podría resultar perjudicado pues, como aseguraba el mismo Tribunal, un «Estado no se convierte en el garante permanente de la seguridad de una persona por haberle ofrecido en una ocasión amparo»[56]. En definitiva, pues, el Tribunal de Apelaciones *en banc* revocó la decisión del *panel* y confirmó la decisión del Tribunal de Distrito en todos sus extremos[57].

Ante esta nueva decisión adversa a sus intereses, el INS y el Fiscal General decidieron solicitar un auto de avocación (*petition for writ of certiorari*)[58]

53 *Flores v. Meese, 942 F.2d 1352*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1991.

54 ibid. en 1358.

55 *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS, 489 U.S. 189, U.S.* Supreme Court, (1989).

56 ibid. en 201.

57 *Flores v. Meese, 942 F.2d 1352*, cit. en nota núm. 53, en 1365.

58 El Tribunal Supremo de los EE. UU. despliega su jurisdicción de revisión judicial a través de dos vías: el recurso de apelación (appeal to the court) y el auto de avocación (writ of certiorari). En este segundo caso el recurrente insta al Supremo a que dicte un auto de avocación a fin de que el mismo pueda revisar una sentencia dictada por un tribunal inferior. A diferencia del recurso de apelación, que obliga al Supremo a revisar en todo caso la correspondiente sentencia del tribunal inferior siempre que haya fundamento legal que apoye la presentación de dicho recurso, el auto de avocación es una decisión discrecional del Tribunal Supremo para entrar a conocer de un determinado asunto. Esta doble vía de la jurisdicción de la revisión judicial del Supremo norteamericano perseguía racionalizar su elevada carga de trabajo. A tal fin se aprobaron la Circuit Courts of Appeals Act de 1891, que limitó el recurso de apelación contra las decisiones de los tribunales federales (District Courts) a una única instancia, la de los tribunales de circuito (The Circuit Court

al Tribunal Supremo que lo concedió y revisó el caso[59]. El máximo órgano judicial sostuvo en esta ocasión que la regulación del INS (8 C.F.R. § 242. 24) no vulneraba el derecho al debido proceso de los menores detenidos sino que, por el contrario, dicha regulación se enmarcaba en la persecución de un «fin público legítimo»[60] que el propio Tribunal identificó con el «bienestar de los menores»[61]. La posibilidad de entregar los menores inmigrantes detenidos únicamente a los padres, tutores o parientes cercanos, salvo en circunstancias inusuales y extraordinarias en cuyo caso, además, podrían ser entregados a un adulto sin vínculos familiares no vulneraba, según el Alto Tribunal, el derecho al debido proceso y tampoco excedía la discrecionalidad del Fiscal General en lo que respecta al establecimiento de las condiciones para la liberación de los menores detenidos. Por lo demás, los procedimientos dispuestos por el INS -según el Tribunal- no privaban a los menores de las debidas garantías procesales[62].

No se podía sostener, aseguraba el Tribunal, que un niño fuese titular de un supuesto derecho constitucional a no ser colocado en una institución de custodia decente y humana en el caso de que estuviese disponible una persona responsable sin vínculo familiar alguno, que no deseaba convertirse en el tutor legal del niño pero que en cambio sí estaba dispuesta a asumir su custodia legal temporal. Ese supuesto derecho —continuaba el Supremo— ciertamente no puede ser considerado «tan arraigado en las tradiciones y la conciencia de nuestro pueblo como para ser considerado como fundamental». Así pues, cuando un menor inmigrante no tiene padres disponibles, familiar cercano o tutor legal, cuando el gobierno no pretende infligirlo, y cuando las condiciones de la custodia de las autoridades públicas son decentes y humanas, dicha custodia —concluye el Tribunal— seguramente no viola la Constitución[63].

---

of Appeals), salvo en procesos de especial trascendencia pública que podrían ser revisados por el Supremo; y The Judge's Act de 1925, que introdujo el auto de avocación y con él la posibilidad del Tribunal Supremo de autorregular su volumen de trabajo, pues de este modo sólo atendería a los recursos expresamente exigidos por la ley (recurso directo de apelación), y respecto de todos los demás decidiría libremente resolverlos o no según accediese o no a la solicitud del writ of certiorari.

59 *Reno v. Flores, 507 U.S. 292.*

60 ibid. en 306.

61 ibid. en 311.

62 ibid. en 301-314.

63 ibid. en 303 (de donde procede también el entrecomillado).

La custodia institucional, por lo tanto, no podía reputarse en sí misma inconstitucional, ni tampoco se convierte en inconstitucional por el mero hecho de que se considere menos deseable que otro tipo de solución para un menor en concreto[64]. Por otra parte, la Constitución, argumenta el Tribunal, no exige que la custodia pública de los menores tenga que sustituirse, siempre que sea posible, por otra de carácter privado[65]. Hacerlo entra de lleno en el ámbito de la decisión política que, en consecuencia, está sujeta a un juicio de oportunidad pero en modo alguno a uno de constitucionalidad[66]. Así pues, el Supremo — sentará el Tribunal— no puede incurrir en juicios de oportunidad política so pena de extralimitarse en sus funciones e inmiscuirse en ámbitos privativos de los otros poderes del Estado.

Según el Tribunal lo que la Constitución sí exigiría, en cambio, es que esa custodia institucional del menor alcance unos estándares mínimos irrenunciables y que sus derechos fundamentales no sean vulnerados[67]. Sólo esto sería relevante desde el punto de vista de un juicio de constitucionalidad. Y desde ese punto de vista el Tribunal de *Reno v. Flores* asume plenamente las tesis de los que sostenían que la nueva política de detenciones del INS se orientaba hacia el mejor interés del menor y, en consecuencia, no aprecia en ella la menor tacha de inconstitucionalidad. De ahí que al Tribunal no le asalte sombra de duda alguna cuando asegura —en muchos casos, como veremos, en abierta contradicción con la realidad— que los centros en los que los menores son detenidos no son «instituciones correccionales, sino instalaciones que cumplen los requisitos de concesión de licencias estatales para la prestación de servicios de acogida, cuidado de crianza, atención en grupo, y servicios relacionados con los hijos a cargo», abiertos y desprovistos de medidas extraordinarias de seguridad. Debían, por tanto, cumplir los requisitos mínimos necesarios que garantizasen el bienestar infantil y por ello tendrían que estar equipados con servicios destinados al cuidado físico y psicológico, al asesoramiento individual y grupal, a la educación y al ocio, a los servicios religiosos, al régimen de visitas y a la asistencia jurídica[68].

64 ibid. en 303.
65 ibid. en 304.
66 ibid. en 304-305.
67 ibid. en 304.
68 ibid. en 298 (de donde procede también el entrecomillado).

El Tribunal tampoco apreció en el nuevo procedimiento violación alguna del debido proceso ya que el INS reconocía el derecho de los menores a solicitar una audiencia de determinación de la custodia a fin de revisar la previamente establecida por la agencia federal de inmigración. Los demandantes, sin embargo, consideraban que era insuficiente pues lo que estaba en juego era un bien jurídico esencial, la libertad de los menores detenidos, los cuales, además, por su propia condición de menores en un país extranjero, se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad, y por ello reclamaban que aquella audiencia se celebrase en todo caso, sin necesidad de que el menor la instase expresamente. El Supremo, sin embargo, argumentó que no se podía demostrar que todos los menores inmigrantes eran demasiado jóvenes o demasiado ignorantes para poder decidir ejercer ese derecho o por el contrario renunciar a su ejercicio. Abundando en esta línea argumental, recordará que la mayoría de los menores inmigrantes detenidos son de dieciséis o diecisiete años de edad y que previamente han tenido contacto telefónico con un adulto, en ocasiones con un abogado, que les habrían podido asesorar. Por lo demás —concluirá el Tribunal— aquella renuncia es revocable y el menor puede requerir la celebración de esa audiencia en cualquier momento posterior del procedimiento de deportación[69].

En definitiva, pues, el Tribunal Supremo revocó la decisión del Noveno Circuito *en banc y* devolvió el caso al Tribunal Federal de Distrito para el Distrito Central de California[70]. Sin embargo, el presupuesto teórico asumido por el Supremo, en virtud del cual la nueva política de detenciones del INS estaba orientada a alcanzar el mejor interés del menor y su correlativo fáctico, esto es, que los centros de detención efectivamente garantizaban ese objetivo, eran claramente desmentidos por la realidad.

Muchos menores eran detenidos en centros que se encontraban en condiciones incluso peores que los de los presos comunes. En muchos casos se trataba de refugios improvisados[71] y desbordados en su capacidad[72]. Además,

69 ibid. en 309.

70 ibid. en 315.

71 Sirva como ejemplo que uno de estos centros de detención del INS había sido anteriormente una instalación de almacenamiento de plaguicidas del Departamento de Agricultura.

72 El tres de octubre de 1994, apenas un año y medio después de la decisión del Supremo,

en algunos de ellos *ni siquiera* se garantizaba su seguridad: eran objeto de maltratos y, en consecuencia, resultaban peligrosos para su integridad[73]. Lejos de ser aquellos centros abiertos encaminados a asegurar el bienestar infantil y el libre desarrollo de la personalidad de los menores a los que aludía el Tribunal Supremo[74], tenían muchos de ellos una inconfundible apariencia carcelaria, pues eran cerrados y estaban asegurados con vallas y alambres de púas[75]. El INS incluso empleaba con los menores una, por así decirlo, escenografía penitenciaria al esposarlos durante el tránsito y exigirles que se vistiesen con ropa carcelaria.

Pero no sólo tenían aspecto carcelario sino que en algunos casos se trataba de auténticos centros penitenciarios para delincuentes juveniles que tenían acuerdo con el INS para internar también a menores inmigrantes. La primera cuestión que suscitaba esta práctica era su fundamento, pues en la mayoría de los casos lo único que se les podía imputar a los menores inmigrantes era simplemente su condición de inmigrante[76]. Además, en su mayoría estos

---

el Informe del INS de Población Diaria *(the INS Daily Population Report)* refería que en el Krome, un centro de detención en Florida, con capacidad para 200 personas habla 445 detenidos. El mismo informe señalaba que el centro de detención de Los Fresnos, en Texas, con capacidad para 350 personas albergaba a 674 detenidos.

73 En 1989 un guardia del INS fue declarado culpable de agredir sexualmente a varios menores inmigrantes detenidos. Otros informes relativos a centros de detención del INS en Texas revelan que algunos menores fueron agarrados, empujados al suelo, maltratados verbalmente y amenazados con la deportación por el personal de dichos centros. E incluso que habían sido robados, amenazados, golpeados y hostigados por la noche por otros detenidos en esas instalaciones del INS. (Vid. Rodriguez Navarro, *An analysis of treatment of unaccompanied immigrant and refugee children in INS detention and other forms of institutionalized custody*, 600, cit. en nota núm. 48).

74 *Reno v. Flores, 507 U.S. 292*, en 298.

75 Probablemente el caso más llamativo era el centro de detención del INS en San Diego, California. Cada uno de sus pabellones disponía de cerraduras automáticas, vallas, alambre de púas y áreas de observación. El complejo en su conjunto, además, estaba cerrado por una valla de alta seguridad y alambre de púas y vigilado por guardias uniformados.

76 Precisamente por ello el juez Stevens en su voto particular en *Reno v. Flores* señaló que «estos jóvenes no quieren ser entregados a las instituciones que el INS y el Tribunal creen que son "bastante buenas" para los extranjeros simplemente porque se ajustan a las condiciones que son adecuadas para el encarcelamiento de los delincuentes juveniles. Ellos quieren el mismo tipo de libertad que la Constitución garantiza a los ciudadanos en una situación similar» (ibid. en 348).

centros estaban aquejados de un problema endémico de sobresaturación[77]. El hacinamiento en estos centros propiciaba el incremento de las infracciones disciplinarias, los intentos de fuga y la violencia, y como es obvio en nada contribuía a preservar la dignidad y privacidad individual de los menores delincuentes que presumiblemente este tipo de centros debería perseguir y asegurar. Valga como ejemplo un informe de 1986[78] que daba cumplida cuenta de la violencia —en algunos casos extrema— que se producía en los centros de menores dependientes de la *California Youth Authority (CYA)*. En dicho informe se refería la incapacidad manifiesta del personal de la CYA para proteger a sus reclusos de ser intimidados o golpeados por otros reclusos. Incluso se aludía a protocolos de actuación que denotan un ambiente de una violencia ciertamente inadmisible, como el que prevé el lanzamiento por parte de un guardia de gases lacrimógenos en un dormitorio cuando la situación así lo requiera en tanto no llegasen refuerzos para controlar la situación. Si a todo lo dicho se añade que los menores inmigrantes detenidos en estos centros provocan habitualmente cierto rechazo entre los demás reclusos, es fácil imaginar que aquéllos no se encontraban en un ambiente ni mucho menos adecuado para garantizar su bienestar y el cuidado físico y psicológico del que deberían ser objeto.

Las secuelas que las detenciones en cualquier caso, y las practicadas en estas condiciones en particular, podrían dejar en los menores, sobre todo desde el punto de vista psicológico, podrían llegar a prolongarse en el tiempo e ir mucho más allá del período efectivo de reclusión[79]. No debe perderse de

---

77 Ya en julio de 1982 la *California Youth Authority* había designado a 22 miembros de un Comité de investigación externo sobre hacinamiento de los centros de menores y cuestiones conexas *(External Fact-Finding Committee on Juvenile Hall Overcrowding and Related Issues)* que abordó con lucidez y pragmatismo en sus distintas vertientes el problema de la saturación de estos centros y planteó ya entonces valiosas recomendaciones a fin de paliar dicho problema. (Cfr. Jerry A. Darling y California Youth Authority. Prevention and Community Corrections Branch, *Overcrowding in juvenile detention facilities and methods to relieve its adverse effects*, State of California, Dept. of the Youth Authority, Prevention and Community Corrections Branch, 1983).

78 Steve Lerner, *The CYA (California Youth Authority) Report, Part II: Bodily Harm. The Pattern of Fear and Violence at the California Youth Authority*, United States, Commonweal, 1986.

79 Vid. Linda A. Piwowarczyk, "Our responsibility to unaccompanied and separated children in the United States: a helping hand", *Public Interest Law Journal 15* (2006): 263 y ss.

vista que estos niños escapan de situaciones verdaderamente dramáticas en sus países de origen, realizan solos el viaje a los Estados Unidos y una vez allí se tienen que desenvolver en un ambiente para ellos extraño, en un idioma que en la mayoría de los casos desconocen y, cuando son detenidos, se ven abocados a hacer todo ello en las condiciones antes descritas. Estas condiciones de detención, como hemos visto, no se compadecían en absoluto con la situación de especial vulnerabilidad propia de los menores inmigrantes no acompañados. La infancia, y hasta la adolescencia, es una etapa crucial y muy sensible en la vida de cualquiera, en la que el niño, o el adolescente, es muy impresionable y el proceso de desarrollo de su personalidad frágil y delicado. Por ello el objetivo primordial de la custodia del menor debiera ser asegurar su bienestar, y en particular su bienestar psicológico. Las condiciones de detención en los centros del INS estaban, por lo que se ha visto, muy lejos de conseguirlo; antes bien representaban una vulneración en toda regla de sus derechos básicos. Fallaba, pues, uno de los presupuestos fácticos sustanciales en los que se apoyaba una de las argumentaciones medulares del Supremo en *Reno v. Flores. Y* por ello, aún a riesgo de perder cierto control sobre este particular flujo migratorio, hubiese sido más acertado ampliar los supuestos de liberación de los menores detenidos a los padres, parientes cercanos y tutores legales y extenderlos también a aquellas personas sin relación de parentesco que estuviesen dispuestas a asumir su custodia temporal. En definitiva, en esas condiciones la custodia institucional debía evitarse en lugar de propiciarse.

A estas lamentables condiciones de detención debía añadirse una circunstancia adicional y absolutamente decisiva: la práctica ausencia de asistencia letrada a estos menores inmigrantes no acompañados. Si a los muchos obstáculos que, como se ha apuntado, estos niños debían hacer frente se añade la casi total privación de asistencia letrada, resulta evidente su situación de absoluta indefensión y fácil de imaginar su dificultad —o imposibilidad manifiesta— para navegar en el proceloso y complejo procedimiento de inmigración a fin de llegar a buen puerto y obtener satisfacción a sus reclamaciones.

En muchos casos a los menores detenidos o no se les facilitaba ninguna lista de abogados o las que se les facilitaba eran completamente inservibles[80]. Incluso el INS había colocado a los menores en centros situados en poblaciones remotas y hecho uso de la política de traslado de los mismos con el fin torticero de dificultar o impedir el ejercicio del derecho a la asistencia letrada[81]. Lamentablemente algún tribunal federal de distrito estimó que estas prácticas entraban de lleno en el ámbito de las decisiones discrecionales de la agencia federal respecto a los menores detenidos sometidos a su custodia[82].

Todo ello desembocaba en situaciones y resultados injustificables. Así, en 1990, más del 65 por ciento de los menores inmigrantes detenidos en Texas declaró que habían tenido un acceso muy limitado a la comunicación telefónica y normalmente sólo por la noche[83], con lo cual ese acceso ya de por sí muy restringido se inutilizaba prácticamente para conseguir apoyo legal. Un sorprendente testimonio ante el Congreso reveló que un número considerable de solicitudes de asilo presentadas por inmigrantes habían sido hechas por los

80 Por ejemplo, en una ocasión el personal del INS proporcionó a los menores en un centro de detención una lista redactada únicamente en inglés que incluía una relación de nombres y números de teléfono de abogados que no se ocupaban de cuestiones de inmigración y, en cambio, omitía un programa de asistencia legal gratuito. (Cfr. Olivas, *Unaccompanied refugee children: detention, due process, and disgrace, 161*, cit. en nota núm. 5).

81 Un caso significativo era el que se daba en el estado de Texas. La inmensa mayoría de casos de inmigración se concentraban en Laredo, ciudad situada en el margen norte del Río Bravo en el límite fronterizo con México, mientras que la casi totalidad de los abogados ejercían su profesión en San Antonio, ciudad situada a más de dos cientos kilómetros de distancia de Laredo. Naturalmente ello dificultaba enormemente la asistencia letrada. Y a ello habría que añadir un deficiente funcionamiento de la administración de justicia, pues a pesar de lo antes señalado, los jueces de inmigración no tenían sede permanente en Laredo, de manera que concentraban las audiencias en los períodos de tiempo en que ejercían su jurisdicción en esta ciudad con la carga añadida para los abogados, que como se ha indicado en su mayoría no residían en Laredo, de cuadrar sus agendas de trabajo con estas audiencias.

82 Vid. *Commitee of Central American Refugees v. INS, 682 F. Supp. 1055 (N. D. Cal. 1988)*, United States District Court for the Northern District of California.

83 Rodríguez Navarro, *An analysis of treatment of unaccompanied immigrant and refugee children in INS detention and other forms of institutionalized custody, 600-601*, cit. en nota núm. *48*.

taxistas que los llevaban a sus respectivas audiencias[84]. Tal declaración evoca una situación ciertamente cómica si no fuese por el drama que conlleva.

Por si todo esto no fuese bastante, los menores inmigrantes prácticamente no disponían de servicios legales a los que acudir, sobre todo en las zonas rurales a donde frecuentemente eran trasladados, y los programas de la *Legal Services Corporation* (LSC) no podían ser utilizados para extranjeros. Si se atiende a la complejidad de los procedimientos de inmigración y a la circunstancia de que la particular situación de los menores inmigrantes no tenía un fácil encaje en los supuestos de concesión de asilo, se entenderá fácilmente que, en esas condiciones, la mayoría de ellos no alcanzase el sueño perseguido cuando emprendieron solos el camino desde sus países de origen a los Estados Unidos. Y a ello aún habría que añadir la utilización sesgada que la Administración norteamericana en algún momento había hecho de la concesión de asilo[85].

Todas estas deficiencias quedaron perfectamente reflejadas en un informe de *Human Rights Watch* (HRW) de 1997[86]. En este informe se denunciaba que muchos niños que carecían de antecedentes penales y no suponían riesgo alguno para la seguridad permanecían sin embargo detenidos en centros de carácter penitenciario más allá del límite de las setenta y dos horas. HRW descubrió también el comportamiento negligente de muchos funcionarios del INS que contravenía abiertamente las pautas marcadas en *Perez-Funez* (vid.

84 Olivas, *Unaccompanied refugee children: detention, due process, and disgrace. 162*, cit. en nota núm. 5.

85 Antes de *1987* casi todas las solicitudes de asilo de nicaragüenses en Harlingen, Texas, eran rechazadas y calificadas como «frívolas». En *1987*, el por entonces Fiscal General Meese invirtió la política de inmigración y nada menos que el *96* por ciento de las reclamaciones de asilo de los nicaragüenses fueron resueltas favorablemente. En diciembre de *1988*, sin embargo, debido a los cambios de los intereses políticos en Washington, la política nicaragüense fue revisada de nuevo y nuevamente los nacionales de ese país centroamericano tuvieron muchas dificultades para obtener una resolución favorable a sus intereses. (ibid.: 162.).

86 Human Rights Watch Children's Rights Project, *Slipping through the cracks. Unaccompanied Children Detained by the U.S. Immigration and Naturalization Service*, cit en nota núm. 1. Vid. también Javier Barraza, "Violation of the rights of unaccompanied immigrant children in the United States and the need for appointed counsel", *Children's Legal Rights Journal* 25, no. 3 (2005): 30.

supra, p. 10) para garantizar la correcta información de sus derechos básicos a los menores inmigrantes detenidos[87]. A su vez, quedaron en dicho informe al descubierto las tremendas insuficiencias en materia de asistencia letrada. Así, se detectó alguna lista de abogados a los que los menores podrían acudir traducida únicamente al español y no a otros idiomas pertinentes como el chino o el indio. Sin olvidar naturalmente que algunos de los niños que hablaban español eran analfabetos o que algunos de los niños chinos jamás habían utilizado un teléfono. El acceso telefónico, por lo demás, era en muchos casos muy insuficiente o inexistente. Y se documentó también en el informe la inicua práctica seguida por el INS de, so pretexto de cumplir con las exigencias del primer acuerdo de *Flores* de 1987[88], trasladar a los menores detenidos de los centros penitenciarios a centros de acogida sin informar de ello a sus abogados y de ese modo dejarlos de hecho sin representación legal. El resultado de todo ello podría gráficamente sintetizarse en palabras de un juez de inmigración entrevistado por HRW que solicitó el anonimato y que fueron recogidas en el propio informe: «Los niños tienen miedo... En general, no saben qué demonios está pasando»[89].

Todos estos extremos, y en particular con relación a las enormes carencias en lo concerniente a la asistencia letrada, fueron confirmados por HRW en un centro de acogida en Arizona[90]. Las deficiencias en esta materia eran tales que bien podría decirse que «la representación [... era] en gran medida

87 Al indagar sobre la información que sobre sus derechos legales se les proporcionaba a los menores detenidos se constató que en los formularios que los menores habían firmado reconociendo que habían sido informados y comprendían sus derechos la casilla correspondiente a «He leído este aviso» había sido preseleccionada, lo que sugería la posibilidad de que en realidad los niños los habrían firmado en muchos casos sin entender su contenido. (Human Rights Watch Children's Rights Project, *Slipping through the cracks. Unaccompanied Children Detained by the U.S. Immigration and Naturalization Service*, 34, cit. en nota núm. 1).

88 *Conditions of Detention, Flores v. Meese, No. 85-4544-RJK (Px) (CD Cal. 1987)*, cit. en nota núm. 46.

89 Human Rights Watch Children's Rights Project, *Slipping through the cracks. Unaccompanied Children Detained by the U.S. Immigration and Naturalization Service*, 44, cit. en nota núm. 1.

90 ibid.. Vid. también Barraza, *Violation of the rights of unaccompanied immigrant children in the United States and the need for appointed counsel*, 30-31, cit. en nota núm. 86.

una cuestión de ficción jurídica»[91] pues la mayoría de los niños entrevistados por *Human Rights Watch* declaró desconocer si tenían representación legal y que no sabían lo que realmente estaba pasando en ninguna de las etapas de sus respectivos procedimientos.

Cabría preguntarse, con toda razón, cómo es posible que un país genuinamente democrático como los Estados Unidos y ejemplo en tantas cosas pudiese sin embargo, ya avanzada la década de los noventa del siglo pasado, mantener en condiciones tan penosas a los menores inmigrantes detenidos en su territorio sin provocar a su vez una fuerte respuesta social. La explicación más plausible quizá sea que para la ejecución de sus políticas el INS siempre ha apelado y utilizado como parapeto el concepto —indeterminado pero socialmente muy sensible— de la defensa nacional. De este modo se justificaban estas más que discutibles políticas de detención de los menores inmigrantes no acompañados pues con ellas —se decía— se aseguraban las fronteras o se interceptaba el tráfico de drogas.

3. Propósito de enmienda: *el Flores Settlement Agreement,* un acuerdo incumplido

Estas condiciones de detención, ya de por sí inaceptables, resultaban especialmente inasumibles tras la firma por los Estados Unidos de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) casi seis años después de su adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989[92]. Por ello, tras la sentencia del Tribunal Supremo y la devolución o reenvío al Tribunal Federal de Distrito, los demandantes en *Reno v. Flores* continuaron negociando con el Gobierno y el INS los distintos aspectos relativos al tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados. Y fruto de

91 Human Rights Watch Children's Rights Project, *Slipping through the cracks. Unaccompanied Children Detained by the U.S. Immigration and Naturalization Service, 53,* cit. en nota núm. 1.

92 Concretamente procedió a su firma el 16 de febrero de *1995.* Nótese que la Convención es el tratado de derechos humanos que ha sido ratificado más rápidamente y por un mayor número de estados en la historia. Únicamente Somalia y los Estados Unidos no han ratificado todavía este celebrado acuerdo. Como signatario de la Convención, los EE. UU. están obligados a seguir sus disposiciones, pero al no haberla ratificado aún, tales disposiciones no son directamente aplicables en su territorio.

esas negociaciones fue el *Flores Settlement Agreement* aprobado por el Tribunal Federal del Distrito Central de California en 1997[93]. Con este acuerdo se pretendía sustituir todas las políticas previas del INS incompatibles con sus términos.

La nueva política auspiciada por el Acuerdo descansaba claramente en un perno que la identificaba: la especial preocupación por la particular vulnerabilidad de los menores. Es decir, las políticas que se seguirían del Acuerdo deberían centrar el foco en la condición de menor más que en la de inmigrante, legal o ilegal. Por esta razón, conforme al *Flores Settlement* el INS debería separar, siempre que fuese posible, a los menores de los adultos sin relación de parentesco —incluso al ser transportados— y de los menores delincuentes.

Por idéntico motivo, el Acuerdo ampliaba los supuestos de puesta en libertad de los menores inmigrantes no acompañados. Según sus términos[94], el INS tendría que liberar a los menores bajo su custodia sin retrasos innecesarios y por orden de preferencia a los que siguen: uno de los padres; tutor legal; familiar adulto (hermano, hermana, tío, tía; o abuelos); persona u entidad designada por el padre o tutor legal capaces y dispuestos a cuidar del bienestar del menor; programa bajo licencia dispuesto a aceptar la custodia legal; o una persona u entidad que solicite la custodia cuando, a juicio discrecional del INS, no haya otra alternativa probable a la detención a largo plazo y la reunificación familiar no sea una posibilidad razonable. En cualquier caso, los menores bajo custodia del INS debían ser transferidos a un programa autorizado dentro de un plazo de tres a cinco días.

Para aquéllos que no pudiesen ser inmediatamente puestos en libertad porque no hubiese persona adecuada o programa autorizado para su colocación, el Acuerdo optaba por la solución menos restrictiva atendiendo a la edad del menor y a sus especiales necesidades, como también a la necesidad de asegurar su comparecencia ante el INS y los tribunales de inmigración cuando así fuesen requeridos[95]. En consecuencia, un menor detenido no debería ser

93 *Stipulated Settlement Agreement. Case No. CV 85-4544-RJK(Px)*, United States District Court Central District of California, *1997*.

94 ibid. parte VI § 14.

95 ibid. parte IV § 11.

internado en un centro de máxima seguridad si existiese una alternativa menos restrictiva[96].

En determinados supuestos, no obstante, se preveía que los menores pudiesen permanecer por el INS[97]. Era así cuando el menor fuese un delincuente; cuando hubiese cometido o existiese la amenaza verosímil de que pudiese cometer un acto violento o malicioso mientras se encontraba bajo custodia del INS, o hubiese incurrido al liberarlo en un programa autorizado en una conducta «inaceptablemente perturbadora». Igualmente podría permanecer detenido si el INS estimaba que había riesgo de fuga. Y finalmente para preservar su propia seguridad[98]. En todo caso la decisión del INS de no poner en libertad a un menor o de transferirlo a un programa autorizado debía ser susceptible de revisión judicial[99].

La aprobación del *Flores Agreement* produjo sin duda una notable mejoría en el tratamiento que el INS hacía de los menores inmigrantes no acompañados. Persistían sin embargo muchas sombras —quizá demasiadas— que acechaban a los menores cuando eran detenidos por la agencia federal de inmigración. Buena prueba de ello constituían los informes de distintos organismos (gubernamentales incluso) y organizaciones que denunciaron situaciones que contravenían de forma flagrante los términos del Acuerdo.

Así, un informe en 2001 de la *Office of the Inspector General (OIG)* del Departamento de Justicia[100] revelaba que el INS no procedía a separar a

96 ibid. parte VII § 23.

97 ibid. parte VII §§ 19, 21.

98 El propio *Flores Settlement* incluía el ejemplo de que el INS tuviese razones fundadas para creer que un traficante pudiese secuestrar o coaccionar a un menor inmigrante para asegurarse el pago de su espurio negocio. (ibid. parte VII § 21 E).

99 ibid. parte VII § 24 B. Con carácter general, sobre el *Stipulated Settlement Agreement of Flores v. Reno* consúltese, sobre todo, Areti Georgopoulos, "Beyond the reach of juvenile justice: the crisis of unaccompanied immigrant children detained by the United States", *Law and Inequality* 23 (2005): 122127. También Lara Yoder Nafziger, "Protection or persecution?: the detention of unaccompanied immigrant children in the United States", *Journal of Public Law & Policy* 28, no. 1 (2006-2007): 370-379.

100 Office of the Inspector General, U.S. Department of Justice, "Unaccompanied Juveniles in INS Custody. Report Number I-2001-009. (2001)", [último acceso 2010]. Disponible en http://www.justice.gov/oig/reports/INS/e0109/index.htm.

los menores delincuentes de los no delincuentes sino que, por el contrario, se entremezclaban en los centros de menores en contra, como se ha visto, de lo expresamente recogido en el *Flores Agreement*[101]. Denunciaba igualmente que el reglamento interno de algunos centros de detención permitía a su personal esposar y colocar grilletes a los menores detenidos[102]. En la misma línea un informe de Amnistía Internacional USA en 2003[103] documentaba situaciones idénticas y además denunciaba abusos físicos y verbales; regímenes de aislamiento; cacheos; registros y desnudamientos[104]; ausencia de elementos básicos para asegurar el bienestar y el libre desarrollo de la personalidad del menor[105], y claras deficiencias en el acceso a la comunicación telefónica y, por extensión, a la asistencia de abogado[106]. A todo ello —añadía el informe de Amnistía— se sumaba el sorprendente desconocimiento que la mayoría del personal, tanto de los centros penitenciarios como de los centros de acogida, tenía respecto de las nuevas pautas de tratamiento de los menores detenidos pactadas en el Flores Agrreement[107].

Las prácticas empleadas por el INS tras la aprobación del Acuerdo tampoco permitieron aplicar efectivamente sus previsiones encaminadas a lograr una pronta puesta en libertad de los menores detenidos. Así lo atestiguaban los informes de la OIG y de Amnistía Internacional que daban cuenta de cómo el INS no liberaba a ningún menor a menos que fuese a sus padres cuando constaba que éstos se encontraban en los Estados Unidos[108]. Incluso los padres

101 ibid., capítulo II: «Compliance with policies and procedures».

102 ibid., capítulo II.

103 Amnesty International USA, "Unaccompanied Children in Immigration Detention. (2003)", [último acceso 2010]. Disponible en http://www.amnestyusa.org/refugee/pdfs/children detention.pdf.

104 ibid.:30-34.

105 ibid.:38-43.

106 ibid.:44 y ss.

107 ibid.:29. Aun reconociendo los logros alcanzados, prácticamente las mismas cuestiones problemáticas y carencias se recogían en otra investigación de *Human Rights Watch* (HRW) que analizaba el impacto del Acuerdo *Flores* en las políticas de tratamiento de los menores inmigrantes por el INS. (Human Rights Watch Report, "Detained and deprived of rights: children in the custody of the U.S. Immigration and Naturalization Service (1998). Vol. 10, núm. 4 (G)", [último acceso 2010]. Disponible en http://www.hrw.org/legacy/reports98/ins2/).

108 Cfr. Office of the Inspector General, U.S. Department of Justice, *Unaccompanied Juve-*

indocumentados o aquéllos que legalmente pudiesen hacerse cargo del menor debían comparecer ante un funcionario de la agencia federal de inmigración como condición para su liberación. Caso de que no lo hiciesen el menor permanecería bajo custodia del INS aun cuando un familiar cercano de entre los expresamente autorizados pretendiese aceptar la custodia del menor[109]. Como es obvio, el cumplimiento de esta obligación de comparecencia chocaba con el lógico temor de los padres en situación irregular a ser expulsados una vez presentados y, por tanto, suponía un obstáculo adicional objetivo a la política de liberación inmediata promovida por el *Flores Agreement* al bloquear la colocación del menor en favor de otra persona o institución disponible. En el propio informe de la OIG se refería cómo las organizaciones de derechos humanos y de asistencia legal *pro bono* denunciaban que estas políticas seguidas por el INS tenían por finalidad utilizar a los menores como «rehenes» o como «señuelos» para hacer aflorar a sus padres en situación ilegal[110].

En realidad, las autoridades gubernamentales de inmigración nunca llegaron a promulgar las directrices que en materia de liberación de menores detenidos fijaba el *Flores Settlement*. La regulación federal relativa a la detención y puesta en libertad de los menores posterior al Acuerdo[111] resultó ser igual de restrictiva que la regulación vigente en el transcurso del litigio *Flores*[112]. De este modo, la lista de personas que podían hacerse cargo de los menores detenidos en la regulación federal que siguió al Acuerdo era más reducida que la elaborada en el *Flores Settlement*[113]. Ello, en verdad, aludía a

niles in INS Custody. Report Number I-2001-009. (2001), capítulo IV: «Related processes»; y Amnesty International USA, *Unaccompanied Children in Immigration Detention. (2003)*, 54.

109 Cfr. Office of the Inspector General, U.S. Department of Justice, *Unaccompanied Juveniles in INS Custody. Report Number I-2001-009. (2001)*, capítulo IV; y Amnesty International USA, *Unaccompanied Children in Immigration Detention. (2003)*, 54.

110 Office of the Inspector General, U.S. Department of Justice, *Unaccompanied Juveniles in INS Custody. Report Number I-2001-009. (2001)*, capítulo IV.

111 *8 CFR*, Code of Federal Regulations, (2005), §§ 236.3 y 1236.3.

112 8 CFR, § 242. 24.

113 Por este orden se circunscribía a las personas que siguen: uno de los padres; tutor legal, o un familiar adulto (hermano, hermana, tía, tío, abuelos), y sólo en circunstancias extraordinarias y a juicio discrecional del *Director of the Office of Juvenile Affairs* el menor detenido podía ser confiado a una persona adulta que no entrase en ninguna de las categorías mencionadas. *(8 CFR, §§ 236.3 y 1236.3*, cit. en nota núm. 111).

una cuestión de mayor alcance: que los términos del Acuerdo nunca llegaron a ser adoptados por el INS, el cual, por lo demás, tampoco nunca se vio compelido por un plazo cierto para aprobar una regulación que incorporase los contenidos del Acuerdo, y a pesar de que éste exigía que la agencia federal de inmigración debía hacerlo dentro de los ciento veinte días a contar desde la aprobación del *Flores Settlement* por el Tribunal de Distrito[114].

Esta política de liberación tan limitada seguida por el INS impedía, a su vez, el cumplimiento de uno de los objetivos fundamentales perseguidos por el *Flores Agreement:* que, en todo caso, los menores fuesen colocados en el marco o entorno menos restrictivo. Como se acaba de señalar, en determinados supuestos el INS mantenía a menores bajo su custodia aun cuando había cuidadores dispuestos a hacerse cargo de la misma y, en consecuencia, debían permanecer más tiempo del estrictamente necesario bajo la custodia institucional del INS en abierta contradicción con el principio del marco o entorno menos restrictivo enunciado en el Acuerdo[115]. Y por otra parte, la agencia federal de inmigración hacía también un uso excesivo de los centros penitenciarios de menores para colocar a los detenidos bajo su custodia contraviniendo el principio antes señalado[116].

114 *Stipulated Settlement Agreement. Case No. CV 85-4544-RJK(Px)*, parte II, § *9*.

115 El informe de la *Office of the Inspector General* (OIG) arrojaba el dato de que en el año *2000* el INS había puesto a disposición de un cuidador al *54* por ciento de los menores que permanecían detenidos bajo su custodia una vez transcurridas *72* horas. En términos absolutos, la agencia federal habría puesto en libertad a *2.238* de los *4136* menores detenidos en esas circunstancias. Vid. Office of the Inspector General, U.S. Department of Justice, *Unaccompanied Juveniles in INS Custody. Report Number I-2001009. (2001)*, capítulo IV.

116 Así lo corroboraban tanto el informe de *2003* de Amnistía Internacional USA como el de *Human Rights Watch* de *1998*. Ambos apuntaban que aproximadamente un tercio de los menores permanecían detenidos en centros penitenciarios de menores. Y debe repararse en la circunstancia, si no se quiere incurrir en una valoración errónea de este dato, que ambos informes refieren la misma proporción cuando entre ellos media un periodo de tiempo en el cual el número de menores inmigrantes no acompañados detenidos se había más que doblado. Vid. Human Rights Watch Report, *Detained and deprived of rights: children in the custody of the U.S. Immigration and Naturalization Service (1998). Vol. 10, núm. 4 (G)*, parte I: «Summary and recommendations», cit. en nota núm. *107; y* Amnesty International USA, *Unaccompanied Children in Immigration Detention. (2003)*, 1, cit. en nota núm. *103*.

No es de extrañar, en fin, que a la vista de todas estas insuficiencias en la aplicación del Acuerdo *Flores* de 1997 los demandantes presentasen allá por 2004 una moción para que se hiciese cumplir lo pactado nada menos que siete años antes[117]. Ello daba idea de que ciertamente el *Flores Agreement* representaba un avance sustancial en el tratamiento de los menores inmigrantes detenidos en los Estados Unidos que incorporaba, además, pautas y directrices del derecho internacional[118], pero también de que dicho avance era, en buena medida, más teórico y aparente que real.

4. La *Homeland Security Act* de 2002: un avance insuficiente

La controvertida Ley de Seguridad Nacional de 2002 (HSA)[119] aprobada en respuesta a los brutales ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 incluía sin embargo algún tímido progreso en el ámbito que nos ocupa.

En este sentido, el paso más decisivo en la buena dirección dado por la HSA sin duda lo constituía el traspaso de la responsabilidad del cuidado de los menores inmigrantes no acompañados del INS a la *Office of Refugee Resett-*

117 *Motion to Enforce Stipulated Settlement Agreement [Notice of Motion and Motion to Enforce Settlement of Class Action. Case No. CV 85-4544-RJK(Px)]*, United States District Court Central District of California, 2004. Igualmente sobre esta cuestión puede consultarse Katina Ancar, "*Flores* Plaintiffs File Enforcement Motion to Protect Rights of Detained Immigrant Children", *Youth Law News XXV*, no. 1 (2004): 32.

118 De ello había algún ejemplo, como el que representaba el Rancho Hosanna, situado en el área de la Bahía de San Francisco. En este centro los menores tenían acceso a la educación, en particular a clases de inglés, y a servicios de terapia especializada. Además colaboraba con *Legal Services for Children, Inc., San Francisco (LSC-SF)* con el fin de permitir a los abogados visitar a los niños y a éstos se les brindaba sin cortapisas el acceso telefónico para, a su vez, poder contactar con los abogados y, en su caso, con sus familias. Esta relación de cooperación se traducía también en que Hosanna informaba puntualmente a *LSC-SF* de las nuevas incorporaciones de menores que se producían en el centro y, de este modo, ponía a disposición de estos los medios necesarios para asegurar la asistencia letrada. Si bien podían albergarse dudas razonables en cuanto a la libertad religiosa de la que podían disfrutar los menores acogidos en el centro debido al carácter religioso de Hosanna, sin duda sus condiciones eran óptimas en comparación con los estándares existentes en ese momento. (Cfr. Barraza, *Violation of the rights of unaccompanied immigrant children in the United States and the need for appointed counsel*, 32, cit. en nota núm. 86).

119 *Homeland Security Act*, Public Law 107-296, 116 Stat. 2135, 25 de noviembre de 2002. Disponible en http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/hr_5005_enr.pdf.

lement (ORR), a su vez integrada orgánicamente en el *Department of Health and Human Services.* La ORR tenía como objetivo primordial facilitar y mejorar las condiciones de la estancia de los refugiados en los Estados Unidos. A simple vista, pues, el traspaso de competencias resultaba apropiado, traspaso que se haría efectivo a partir del 1 de marzo de 2003.

Además, para soslayar el conflicto de intereses que suponía que el INS tuviese a su cuidado los mismos menores que intentaba deportar, lo que *de facto* convertía a esta agencia simultáneamente en «carcelero, acusador, y cuidador»[120] de esos menores, se atribuía la competencia sobre todas las cuestiones jurídicas relacionadas con los menores inmigrantes al *Department of Homeland Security* (DHS) que la Ley de Seguridad Nacional de 2002 expresamente creaba[121].

La asignación de ambos tipos de cometidos, antes concentrados en el INS, a dos agencias separadas resultaba coherente y sin duda contribuiría a mejorar las condiciones de detención de los menores inmigrantes. Prueba de ello es que la *Office of Refugee Resettlement* (ORR) creó un programa denominado *Department of Unaccompanied Children's Services* específicamente destinado a corregir aquellas condiciones de detención que, por su precariedad, se entendía que urgía modificar. Entre las medidas adoptadas en el marco de este programa se encontraban reducir la colocación de los menores en centros penitenciarios y al mismo tiempo aumentar el número de contratos con proveedores de centros de acogida; mejorar los servicios prestados a los menores en dichos centros en cuanto a la educación, salud física y mental, o reunificación familiar y socialización entre otros; facilitar la liberación de los menores a los miembros de su familia; realizar gestiones prospectivas con distintas organizaciones sin ánimo de lucro en orden a crear programas de asistencia jurídica *pro bono y* de servicios de representación a través de tutores *ad litem; o,* en fin, incrementar la transparencia en todo lo relativo al tratamiento

120 Christopher Nugent, "Protecting unaccompanied immigrant and refugee children in the United States", *Human Rights 32 (2005): 9.*

121 Un cuadro explicativo de cómo quedaría el organigrama resultante de las distintas entidades del gobierno federal involucradas en el tratamiento de los menores no acompañados puede verse en Jacqueline Bhabha, ""Not a sack of potatoes": moving and removing children across borders", *Public Interest Law Journal 15 (2006): 201-202.*

de los menores no acompañados por el gobierno federal a través de un diálogo abierto, encuentros y la puesta en común de los datos disponibles[122].

Sin embargo, la Ley de Seguridad Nacional de 2002 no iba, como es lógico por otra parte, a resolver de un plumazo todos los problemas. Muchos de ellos persistían, como lo prueba de forma inequívoca el hecho, antes señalado, de que transcurrido poco más de un año desde su entrada en vigor —y unos meses después del traspaso efectivo de competencias entre las agencias— se presentase una moción para la aplicación del Acuerdo *Flores* de 1997[123]. Por otra parte, el número de menores inmigrantes arrestados por el Departamento de Seguridad Nacional (DHS) se había incrementado significativamente[124] y, sin embargo, ni el propio DHS ni la ORR habían sido capaces de implementar políticas efectivas que mejorasen sustancialmente las condiciones de detención de los menores inmigrantes y, de ese modo, homologarlas a los estándares tanto nacionales como internacionales.

Debido a las excepcionales y trágicas circunstancias que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001 que provocaron una profunda conmoción en la opinión pública de todo el mundo, y a la necesidad de dar rápida y contundente respuesta al nuevo escenario que siguió a los atentados terroristas, la *Homeland Security Act* estuvo aquejada en su elaboración de cierta precipitación que tuvo también su reflejo y consecuencias en lo que concierne a los menores inmigrantes. Así, en el momento de su entrada en vigor no estaba ni mucho menos claro el modo en que debía interactuar —si es que seguía existiendo— la agencia hasta entonces responsable de los menores extranjeros, la *Office of Juvenile Affairs* (OJA) dependiente del INS y la *Office of Refugee Resettlement* (ORR) que, como ya se ha indicado, era la agencia llamada por

122 Cfr. Nugent, *Protecting unaccompanied immigrant and refugee children in the United States, 10-11*, cit. en nota núm. *120*; y Barraza, *Violation of the rights of unaccompanied immigrant children in the United States and the need for appointed counsel, 35*, cit. en nota núm. *86*.

123 *Motion to Enforce Stipulated Settlement Agreement [Notice of Motion and Motion to Enforce Settlement of Class Action. Case No. CV 85-4544-RJK(Px)]*, cit. en nota núm. 117.

124 Debido a la intensificación de la vigilancia en las fronteras, entre 2002 y 2005 el número de menores inmigrantes detenidos por el *Department of Homeland Security* (DHS) creció de 4615 a 6200. Cfr. Nugent, *Protecting unaccompanied immigrant and refugee children in the United States, 9*, cit. en nota núm. 120.

la nueva ley para justamente asumir ese cometido[125]. Todo ello, sin duda, revelaba cierta improvisación y no poca descoordinación entre agencias, lo que por descontado redundaba en detrimento de los menores no acompañados.

De igual modo tampoco quedaron perfectamente perfiladas en la Ley de Seguridad Nacional las atribuciones del propio Departamento de Seguridad Nacional (DHS) y la ORR, lo que originaba permanentes conflictos, recelos y disfunciones. A pesar del supuesto reparto de tareas entre ambos, lo cierto es que la ley dejaba amplios flancos abiertos a través de los que el DHS y sus agencias podrían incidir en el tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados. Ello resultaba evidente en el momento del arresto de los menores, pues eran *los Officials from the Customs and Border Protection (CBP) los* que daban con ellos en los habituales puntos de entrada: aeropuertos, cruzando la frontera o ya dentro de las fronteras de los Estados Unidos. Los niños debían ser entonces transferidos a la *Immigration and Customs Enforcement* (ICE) que, a su vez, debía ceder su custodia a la ORR a fin de que recibiesen el cuidado y atención apropiados y, en su caso, fuesen puestos en libertad. Pues bien, al no establecer la ley un plazo determinado para efectuar dicha cesión, los menores no acompañados podrían permanecer indefinidamente bajo la custodia de la ICE. Y ello, a su vez, tendría una consecuencia sobrevenida en absoluto baladí: que buena parte del personal de la ICE procedía del INS, lo que, de producirse la situación antes descrita, la custodia de los menores inmigrantes bajo la nueva ley sería *de facto* prácticamente idéntica a la ejercida con anterioridad por el INS[126]. Además, era el *Department of Homeland Security* (DHS) el que, entre sus facultades de arresto, determinaba la edad de los detenidos en caso de disputa sobre la misma lo que, como es fácil de deducir, tenía una repercusión enorme, pues dependiendo de cuál fuese la edad que se les atribuyese, se confiaban a la custodia de la ORR o bien permanecían detenidos por el DHS en prisiones convencionales.

Igualmente el *Department of Homeland Security* (DHS) reclamaba que conservaba para sí la autoridad para consentir la colocación de los menores

125 Corneal, *On the way to grandmother's house: is U. S. immigration policy more dangerous than the big bad wolf for unaccompanied juvenile aliens?*, 654-655, cit. en nota núm. 32.

126 Georgopoulos, *Beyond the reach of juvenile justice: the crisis of unaccompanied immigrant children detained by the United States, 136-137*, cit. en nota núm. 99.

detenidos en los procedimientos estatales de menores dependientes cuando aquéllos hubiesen sufrido abusos o abandono. Ello traía como consecuencia fundamental que entonces esos menores podrían obtener el estatus especial de menor inmigrante *(special immigrant juvenile status, SIJS)* y con ello la residencia legal permanente. Sin embargo, la mayoría de los menores abandonados, desatendidos o víctimas de abusos bajo la custodia de la ORR no recibían esa autorización por parte del DHS y, por consiguiente, no podían tampoco beneficiarse de esas ventajas[127].

Fruto de esa descoordinación y de las prisas en la elaboración de la ley, que no contempló en toda su dimensión la cuestión de las detenciones de familias, el Departamento de Seguridad Nacional (DHS) venía también creando artificialmente menores no acompañados. Al detener a padres e hijos, el DHS los separaba, trasladaba a los padres a centros penitenciarios y colocaba a los hijos bajo la custodia de la ORR en condición de menores no acompañados[128].

La Ley estaba también afectada de no pocas indefiniciones e imprecisiones. Así, requería a la *Office of Refugee Resettlement* (ORR) para que desarrollase un plan que debía presentarse al Congreso dirigido a garantizar la asistencia letrada a los menores inmigrantes no acompañados. Pero en cambio no establecía plazo alguno que conminase a la agencia federal a la presentación de dicho plan ni aseguraba en realidad abogado de oficio a los menores no acompañados[129]. De otra parte, asignaba a la ORR la tarea de «compilar, actualizar, y publicar al menos anualmente una lista estado por estado de profesionales o entidades competentes que proporcionen servicios de guarda y representación letrada para menores extranjeros no acompañados», pero en

127 Para enmendar esta situación se proponía que, cuando menos, esa manifestación de consentimiento se trasladase de la *DHS Inmigration and Customs Enforcement* a la *DHS Citizenship and Immigration Services*, por estar esta segunda agencia más familiarizada con la adjudicación de beneficios de inmigración. (Nugent, *Protecting unaccompanied immigrant and refugee children in the United States*, 11, cit. en nota núm. 120).

128 Un caso dramático de tantos lo representó el de un niño de cinco años detenido junto con sus padres en el área de Washington DC, que fue separado de ellos y obligado a volar solo al Rancho Hosanna en San Francisco mientras el DHS decidía si realmente eran sus padres. Vid. Barraza, *Violation of the rights of unaccompanied immigrant children in the United States and the need for appointed counsel, 36*, cit. en nota núm. *86*.

129 *Homeland Security Act, § 462* (b) (1) (A).

modo alguno exigía que esa lista se proporcionase efectivamente a los niños o que estos dispusiesen de tutor o de asistencia letrada[130].

A todas estas deficiencias habría que añadir, si acaso, una financiación abiertamente insuficiente de la *Office of Refugee Resettlement* (ORR), la agencia que con la *Homeland Security Act* acumulaba gran cantidad de funciones (como el cuidado y colocación de los niños no acompañados, la inspección de instalaciones, o la actualización de datos estadísticos, entre otras), y sobre la que gravitaba la responsabilidad fundamental de diseñar un ineludible cambio de la política de tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados y disponer los medios para llevarla a efecto. Resultaba evidente, por tanto, que sin una financiación suficiente por parte del Gobierno federal era prácticamente imposible que pudiese aplicar la política transformadora que estaba llamada a culminar[131].

En definitiva, la *Homeland Security Act supuso* un avance significativo en el tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados en los Estados Unidos sobre todo al sustraer al INS la competencia sobre esta materia y traspasarla a la *Office of Refugee Resettlement* (ORR). Sin embargo, dejaba algunas —seguramente demasiadas— vías a través de las cuales el *Department of Homeland Security* (DHS) podía inmiscuirse e interferir en las condiciones de detención y custodia de los menores inmigrantes, esto es, en las funciones propias de la ORR que, además, permanecía un tanto inerme frente a las posibles intromisiones del DHS al no dotarla de la suficiente entidad vía financiación. Y, sobre todo, la Ley de Seguridad Nacional, a pesar de sus tímidos impulsos en ese sentido, no garantizaba en absoluto la asistencia letrada —*pro bono o* de oficio— a los menores no acompañados en el transcurso del crucial procedimiento en el que se resolvía su condición migratoria.

130 Ibid. § *462* (b) (1) (I).

131 Vid. Georgopoulos, *Beyond the reach of juvenile justice: the crisis of unaccompanied immigrant children detained by the United States, 138-139,* cit. en nota núm. *99.*

5. La *Unaccompanied Alien Child Protection Act (UACPA)*: un impulso malogrado a las políticas de mejora de las condiciones de los menores inmigrantes no acompañados

Los términos del *Flores Settlement Agreement y* las normas de derecho internacional (en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño) no encontraban, pues, su adecuada y completa traslación en el tratamiento que, en sentido amplio, dispensaban las autoridades competentes a los menores no acompañados. Frente a esta situación oprobiosa surgieron reacciones de movimientos no sólo sociales sino también políticos que pretendían conjurarla, como el abanderado por la senadora demócrata por California Dianne Feinstein que, desde el 2000, vino presentando distintas versiones de este proyecto de ley con el objetivo de paliar la lamentable situación en que se encontraban muchos de los menores no acompañados detenidos en los Estados Unidos. Sin embargo, ninguno de estos proyectos llegaría a entrar en vigor, ni siquiera esta versión, presentada también en la Cámara de Representantes en marzo de 2005 por la congresista demócrata igualmente por California Zoe Lofgren, y que llegó a obtener la aprobación del Senado el 21 de diciembre de 2005[132].

La *Unaccompanied Alien Child Protection Act* constituía propiamente una recuperación y actualización del *Flores Settlement* que, como se ha visto, había sido en gran medida ignorado en su aplicación por las autoridades de inmigración, así como también de las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. El elemento medular que recorría todo el proyecto era la consideración de los menores inmigrantes no como delincuentes que debían ser detenidos y devueltos a sus lugares de origen, sino como sujetos de derechos que, además, deberían recibir un especial cuidado y protección debido a su especial vulnerabilidad. Ello supondría —como en su momento debería haber supuesto el Acuerdo *Flores*— un giro copernicano respecto a las actuaciones de las agencias implicadas en el tratamiento de los menores no acompañados. Por ello el proyecto partía del presupuesto de que era una responsabilidad fundamental del Gobierno proteger a estos menores que estaban bajo su custodia y, por consiguiente, aquél debía dar prioridad a la protección de los intereses de estos.

---

132 *Unaccompanied Alien Child Protection Act of 2005*, 109th Congress, 1st Session, H. R. 1172.

Ello explica que la UACPA facilitase el acceso de los menores inmigrantes no acompañados al estatus especial de menor inmigrante (SIJS) que, como ya se ha apuntado con anterioridad, implicaba, entre otras cosas, que aquéllos obtuviesen la residencia legal permanente y, además, que quedasen sometidos a la jurisdicción de los tribunales de menores. De este modo, el proyecto contemplaba que la declaración de dependencia de los menores en cuestión —imprescindible para alcanzar dicho estatus— efectuada por los tribunales de menores vinculase al *Department of Homeland Security* (DHS). Asimismo suprimía la expresa autorización del Fiscal General como condición *sine qua non* para la sujeción de estos niños no acompañados a la jurisdicción de menores y atribuía a la ORR la facultad de certificar la legitimidad de la solicitud para la obtención del SIJS[133]. Esta notable reducción de trabas para acceder a la jurisdicción de menores se traduciría, como es obvio, en un incremento de los menores inmigrantes no acompañados bajo la jurisdicción de menores y, como consecuencia de ello, se pondría a disposición de un mayor número de niños inmigrantes los servicios sociales destinados al bienestar infantil.

Y, sobre todo, ese cambio de concepción explicaba que el proyecto de ley incorporase una garantía esencial y largamente demandada: la asistencia letrada: Disponía, así, que el Director de la ORR debía garantizar que todos los menores extranjeros no acompañados contarían con un abogado competente a fin de que los representase en los procedimientos de inmigración[134] y, a su vez, hacer todos los esfuerzos posibles —financieros incluidos[135] — para que

133 ibid., § 301.

134 ibid., § 202 (a)(1). Esa representación debía ejercerse sobre la base de unos principios o directrices que no contraviniesen la Ley y que bien podrían identificarse con las directrices que en 2004 había elaborado —aunque no aprobado— la *American Bar Association* (ABA). (Vid. ibid., § 2 (a)(1)(A). y American Bar Association. Commission on Immigration, "Standards for the custody, placement and care; legal representation; and adjudication of unaccompanied alien children in the United States", en American Bar Association [database online]. Chicago, [último acceso 2010]. Disponible en http://www.abanet.org/publicserv/immigration/Immigrant Standards.pdf).

135 *Unaccompanied Alien Child Protection Act of 2005*, § 202 (a)(4). Esta previsión de financiación destinada a la representación de menores inmigrantes arrumbaba además la prohibición vigente de emplear fondos federales a través de la *Legal Services Corporation* (LSC) para asistir a personas indocumentadas; vid. ibid., § 501 (a)(2).

pudiesen utilizar los servicios de representación *pro bono*[136]. Exigía también que los menores fuesen colocados en zonas que facilitasen la relación habitual entre abogado y cliente[137] y, de ese modo, desterrar la práctica obstinadamente utilizada por el INS de enviarlos a lugares remotos a fin de impedirla. No obstante, más allá de la buena orientación del proyecto y sus prescripciones, su concreta aplicación en este ámbito suscitaba ya por entonces serias dudas. Como lamentablemente suele suceder en estos casos el nudo gordiano lo constituía la financiación, y parecía evidente que para cubrir la demanda y proporcionar una adecuada formación en la compleja materia de inmigración a los abogados de oficio el proyecto debiera haber previsto más fondos destinados a tal fin. Por otra parte, la alternativa de los programas de los servicios *pro bono* que el proyecto impulsaba eran sin embargo muy escasos para los menores inmigrantes no acompañados y los que había disponibles estaban saturados, hasta el punto de que frecuentemente eran poco efectivos.

Resulta indudable, por tanto, que la *Unaccompanied Alien Child Protection Act* hubiese significado una mejora sustancial en el tratamiento de los menores no acompañados. Sin embargo, como tendremos oportunidad de ver a continuación, el proyecto adolecía de una grave deficiencia: la implementación de las mejoras que incorporaba quedaban casi siempre supeditadas a la discrecionalidad del *Department of Homeland Security* (DHS). El proyecto delegaba en el DHS no sólo la responsabilidad sino también la facultad discrecional de desarrollarlo. Podría decirse, por tanto, que la UACPA mejoraba el tratamiento de los niños inmigrantes no acompañados, pero no lo garantizaba: en última instancia, dependería de la voluntad política del DHS dotarla de contenido práctico o, por el contrario, vaciarla por completo del mismo.

De este modo, el proyecto venía a cubrir una laguna de la *Homeland Security Act* —ya señalada más arriba— al establecer un plazo para que el traslado de los niños arrestados por las autoridades de inmigración a la ORR se hiciese efectivo y así pudiesen tener acceso lo antes posible a los servicios especializados de esta agencia encargada de su cuidado y custodia. Concretamente el proyecto disponía que los menores inmigrantes no acompañados

136 ibid., § 202 (a)(2).
137 ibid., § 103 (a)(4)(A)(v).

debieran ser trasladados a la ORR en un plazo no superior a las setenta y dos horas tras el arresto[138]. E igualmente recuperaba disposiciones del *Flores Agreement* pertinazmente ignoradas por las autoridades competentes hasta la fecha: la terminante prohibición de que los menores inmigrantes fuesen detenidos en centros penitenciarios para adultos o para menores delincuentes[139], y el principio del «lugar menos restrictivo» como máxima inspiradora de la política de detención[140]. Sin embargo, el proyecto no preveía la revisión judicial de estas decisiones administrativas de colocación, privando así a los menores de la vía judicial para subsanar posibles resoluciones arbitrarias o simplemente perjudiciales a sus intereses, y dejando este crucial ámbito de decisión a la pura discrecionalidad de las autoridades de inmigración.

Igualmente el proyecto establecía un mandato dirigido al DHS y al Director de la ORR para que dictasen normas que asegurasen en diversas áreas unas adecuadas condiciones de detención[141]. Pero de nuevo dejaba a la discrecionalidad del *Department of Homeland Security* (DHS) el modo de incorporar esos servicios e incluso el nivel de prestación de los mismos, ya que el proyecto no fijaba en absoluto unos estándares mínimos con relación a tales servicios ni tampoco plazo alguno para que cumpliese con dicho mandato.

Incorporaba también expresamente la prohibición del «uso irracional» de ciertas prácticas, tales como la utilización de «grilletes, esposas, o de otros dispositivos de seguridad en los niños; régimen de aislamiento; o registros

138 ibid., § 101 (b)(3)(A)(i).

139 ibid., § 103 (a)(1). Se exceptuaban aquellos casos de menores extranjeros no acompañados que por haber exhibido un comportamiento violento o criminal que podría poner en peligro a terceros justificaría su detención en un centro para menores delincuentes. [ibid., § 103 (a)(2)].

140 ibid., § 103 (c).

141 Ese mandato incluía una educación apropiada a la edad del menor; atención médica, incluida la sicológica para abordar convenientemente posibles casos de trauma, violencia física y sexual, o abusos; acceso telefónico y a los servicios legales; acceso a intérpretes; la supervisión de profesionales capacitados y experimentados en el cuidado de menores; programas y actividades recreativas; necesidades espirituales y religiosas y hasta dietéticas. Además, esas normas que recogiesen en estos distintos aspectos las condiciones de detención debían ser notificadas a los menores en su idioma nativo tanto oralmente como por escrito. Vid. ibid., § 103 (a)(4)(A) y (B).

corporales u obligarlos a desnudarse»[142]; prácticas que, por otra parte, habían sido frecuentemente empleadas en el pasado por el INS. Naturalmente, el referirse a un «uso irracional» de estas prácticas implicaba *a contrario sensu* que en determinadas circunstancias el recurso a las mismas podía ser racional y estar perfectamente justificado. Y, una vez más, el proyecto dejaba a la discrecionalidad del DHS ese juicio de razonabilidad[143].

La *Unaccompanied Alien Child Protection Act* hacía suya además la política de pronta liberación del *Flores Agreement*[144] y, con ello, relajaba la estricta política de puesta en libertad entonces vigente[145] (*8 CFR.*(2005), §§ 236.3 y 1236.3). De este modo, el proyecto recogía punto por punto las personas y entidades a las que, en virtud del Acuerdo *Flores*, podían ser confiados los menores detenidos no acompañados[146]. Pero, sin embargo, además de no concretar en plazo alguno la puesta en libertad «sin demora» de los menores detenidos, el proyecto dejaba a la discrecionalidad del Director de la ORR la forma de ejecución de esa nueva política[147].

A pesar de todas estas carencias, la UACPA hubiese supuesto indudablemente un avance significativo en la dignificación del trato dispensado a los menores inmigrantes no acompañados en los Estados Unidos y, por ello, en el transcurso de su tramitación y discusión contó con el respaldo de numerosas y relevantes organizaciones sociales[148]. Más allá de todas estas mejoras que, con sus limitaciones y cautelas, el proyecto incorporaba, su contribución

142 ibid., § 103 (b).

143 ibid., § 103 (b).

144 Vid. ibid., § 102 (a)(1) y *Stipulated Settlement Agreement. Case No. CV 85-4544-RJK(Px)*, cit. en nota núm. 93, parte VI § 14.

145 *8 CFR, §§* 236.3 y 1236.3, cit. en nota núm. 111.

146 Por orden de preferencia: un padre; un tutor legal; un familiar; persona o entidad designada por el padre o tutor legal; un programa autorizado para el cuidado de menores; o un adulto capacitado o entidad que soliciten la custodia cuando no haya otra alternativa probable a la detención a largo plazo y la reunificación familiar no sea una posibilidad razonable. Vid. *Unaccompanied Alien Child Protection Act of 2005,* § 102 (a)(1).

147 ibid., § 102 (a)(1).

148 Entre otros, obtuvo el apoyo expreso de *the Women's Commission on Refugee Women and Children; Lutheran Immigrant and Refugee Services;* la Conferencia Episcopal Católica de los Estados Unidos; Amnistía Internacional USA; y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

decisiva lo constituía su apuesta decidida por intentar asegurar la asistencia letrada, en tanto que instrumento que más y mejor podía contribuir a garantizar los derechos y el bienestar de los menores. Como ya en su momento había reconocido el Tribunal Supremo con relación a los procedimientos contra menores delincuentes, la garantía de la asistencia letrada se enmarca en la garantía constitucional del debido proceso[149]: «el menor necesita de la asistencia de un abogado para hacer frente a los problemas de la ley, para hacer una investigación especializada de los hechos, para constatar la regularidad de los procedimientos, y para determinar si tiene una defensa y para prepararla y presentarla. El niño requiere de la guía de un abogado en todas las fases de los procedimientos contra él»[150]. Cada una de estas razones, dadas entonces por la Corte Suprema con relación a los menores delincuentes, bien valdría hoy para los menores inmigrantes no acompañados. Estos deben afrontar un complejo procedimiento legal en un país extranjero, en una lengua que no dominan suficientemente o que desconocen por completo, y en un entorno extraño y coercitivo. En estas condiciones la única manera de que tengan una posibilidad real de ser oídos es asegurando su representación a través de un abogado. Y los datos así lo confirmaban: los menores inmigrantes solicitantes de asilo que disponían de representación letrada tenían de cuatro a seis veces más probabilidades de obtener satisfacción a sus reclamaciones que aquellos que no gozaban de la misma[151]. Lo dramático, sin embargo, era que sólo menos de la mitad de los niños inmigrantes detenidos por las autoridades de inmigración contaban con asistencia letrada[152]. Ciertamente el procedimiento de inmigración tiene un carácter civil, pero al igual que en los procedimientos de delincuencia juvenil el interés jurídico en juego es la libertad individual.

Estos niños han tenido el arrojo y la inteligencia para realizar, en muchos casos solos, un durísimo viaje hasta llegar a los Estados Unidos. Merecen que se les trate con respeto y dignidad, prestando particular atención a su situación de especial vulnerabilidad. No es de recibo el trato que han padecido —y aun padecen— por parte de las autoridades estadounidenses. No basta con

149 *In re Gault, 387 U.S. 1, U.S.* Supreme Court, (1967).

150 ibid. en 36.

151 Vid. Women's Commission for Refugee Women and Children, *Prison Guard or Parent?: INS Treatment of Unaccompanied Refugee Children,* 6, cit. en nota núm. 3.

152 ibid.:6.

aducir que se trata de un número ingente —prácticamente un tercio del total anual de inmigrantes— y no de un grupo reducido al que poder destinar partidas de gasto asumibles por las autoridades federales[153]. Es necesario prestarles desde el momento de su detención y durante todo el procedimiento migratorio un tratamiento humano acorde a su minoría de edad: antes como niños que como inmigrantes ilegales; antes como sujetos de derechos que como individuos que hay que expulsar inmediatamente y devolver a su lugar de origen. Y para ello resulta fundamental establecer un programa con financiación suficiente que asegure la asistencia letrada a todos los menores no acompañados. Sin ello nada de lo anterior podrá conseguirse. Porque el abogado de oficio es el que con más solvencia puede asegurar el mejor interés del menor, pero no sólo eso: puede ser también una pieza clave para controlar la buena marcha de los complejos procedimientos de inmigración y la actuación de las agencias implicadas y de los tribunales en su relación con los menores inmigrantes. Desde esta perspectiva, el abogado de oficio no sólo vendría a garantizar el derecho al debido proceso del menor, sino que también intervendría como una suerte de supervisor de todo el sistema de inmigración.

Todo ello, además, no encontraría apoyo únicamente en fundamentos de tipo ético o legal, sino también en consideraciones puramente pragmáticas. Un programa completo de abogados de oficio sería indudablemente costoso, pero al mismo tiempo eliminaría o reduciría la costosa litigiosidad que, como hemos visto, jalona la historia del tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados en los Estados Unidos. Y, de añadidura, no hacerlo así tendría un enorme coste de oportunidad: de oportunidad perdida de ayudar a estos niños, proporcionándoles unas buenas condiciones asistenciales, formativas y educativas para que el día de mañana, entonces sí, puedan hacer una contribución neta al país.

153 Como señalaba el juez Stevens, desautorizando los argumentos economicistas esgrimidos por el Tribunal en esta materia, alegar una reducción de costes administrativos siempre y cuando se garanticen unas condiciones de detención «suficientemente buenas» resulta insostenible cuando de lo que se trata es de la detención de niños indefensos. (Vid. *Reno v. Flores, 507 U.S. 292,* en 320).

III.- EL TRATAMIENTO DE LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN LOS ESTADOS UNIDOS: UNA DEUDA HISTÓRICA AÚN SIN CANCELAR

El cambio sustancial en la consideración jurídica que los menores inmigrantes no acompañados experimentaron en los Estados Unidos en la década de los ochenta obedeció a una razón evidente y en sí misma bastante simple: el incremento incontrolado de esta singular corriente migratoria procedente, sobre todo, de los países centroamericanos, lo que obligó a las autoridades norteamericanas a intentar controlar ese flujo desbocado que provocaba una hemorragia en las cuentas públicas destinadas a la asistencia de este grupo de inmigrantes. Se trataba de reducir, o cuando menos frenar, aquel gasto rampante y para ello se limitaron drásticamente los supuestos de puesta en libertad de los menores no acompañados detenidos y, consecuentemente, aumentaron progresivamente los centros de detención de los mismos. Con ello se pretendía, por una parte, retraer a futuros menores que pretendiesen iniciar la azarosa aventura americana y, por la otra, llevar a cabo un control efectivo de las fronteras y disponer de un número real y actualizado de estos menores en territorio estadounidense.

Sin embargo, desde el principio se negó esta evidencia y se ocultó tras un discurso falaz, según el cual, ese cambio de política estaba orientado en realidad a procurar el mejor interés del menor al que, de este modo, se le concedería una adecuada custodia institucional que garantizaba supuestamente su bienestar y seguridad; cosa que, según el INS —aunque sin fundamento alguno— no aseguraba la custodia privada en sus diversas modalidades. Por ello tenía sentido desde esta perspectiva la extensión de esta nueva política independiente de la *Western Regional Office* a todo el país a través de su codificación en el nivel federal.

No debió sin embargo parecerle así a los directamente afectados que, a través de la demanda presentada por Jenny Lisette Flores, iniciaron un largo e intrincado litigio que terminó por llegar al Tribunal Supremo. Y también el Supremo enmascaró en este caso la realidad con el argumento —jurídicamente irreprochable— de que el acento que en sus regulaciones el INS pusiese en un tipo de custodia u otra entraba de lleno en el ámbito del juicio de oportunidad política pero quedaba completamente fuera del juicio de constitucionalidad.

Claro que — recordaba el propio Tribunal— tanto la una como la otra debían alcanzar unos estándares mínimos y asegurar que no se producía conculcación alguna de derechos fundamentales, lo cual sí integraba el ámbito propio del control de constitucionalidad. El Tribunal de *Reno v. Flores* estimó que las detenciones masivas practicadas por el INS estaban dirigidas a alcanzar el mejor interés del menor y, por ello, procuraban su bienestar, y en particular su bienestar psicológico. Los centros de detención, según el Tribunal, disponían de medios materiales y humanos que aseguraban la consecución de ese objetivo y alcanzaban aquellos estándares irrenunciables. La realidad, sin embargo, obstinada, desmentía este *dictum* del Tribunal, y por eso éste terminó por negarla para avalar la política de detenciones del INS y la consecución de los objetivos reales que se ocultaban tras los esgrimidos, en realidad solo aparentes.

Prueba de que ello era así y no como el Supremo aseguraba que era fue que, tras la devolución por éste del caso al Tribunal Federal de Distrito, las partes en el litigio *Flores* continuaron negociando las mejoras de las por entonces lamentables condiciones de detención de los menores inmigrantes no acompañados, y fruto de esas negociaciones resultó el *Flores Settlement Agreement* de 1997. Este Acuerdo pretendía sustituir todas las políticas previas del INS en materia de menores no acompañados incompatibles con sus términos. Y sus términos constituían ciertamente una revisión total de esas políticas por considerarlas incompatibles con los fines que decían perseguir. En realidad, aquellas políticas del INS siempre habían sido incompatibles con los fines que él mismo aducía; pero en cambio, como ya hemos señalado, eran perfectamente coherentes con los fines que realmente perseguía. Por ello el *Flores Agreement* incluía mejoras sustanciales en las condiciones de detención y el tratamiento de los menores no acompañados y sustituía la política de liberación restrictiva por otra de pronta liberación de los menores detenidos, así como también apelaba al marco o entorno menos restrictivo. En definitiva, el Acuerdo suponía un ataque en la línea de flotación de lo que había constituido hasta entonces las grandes líneas maestras de la política del INS con relación a los menores inmigrantes no acompañados.

El Acuerdo puso además de relieve la ausencia de una verdadera voluntad política por parte de las autoridades federales de aplicarlo. Ello explica que la regulación federal relativa a la liberación de los menores no acompañados

posterior al Acuerdo fuese igual de restrictiva que la previa al mismo. Con el *Flores Agreement* el INS se comprometía con una política congruente con el principio de asegurar el mejor interés del menor. Sin embargo, como ese no era el objetivo realmente por él perseguido acabará por dejarlo sin efecto. Y, a su vez, ello explica también que los demandantes terminasen por presentar en 2004 una moción que instaba a cumplir lo pactado.

Esa ausencia de una decidida voluntad política dirigida a auspiciar una protección global al menor no acompañado se hizo también patente con la aprobación de la *Homeland Security Act* de 2002. Sin duda esta Ley incorporaba avances notables en esta materia, sobre todo en lo concerniente al traspaso de competencias del INS a la ORR y al reparto de funciones —aunque con solapamientos indeseables en la práctica— entre ésta y el *Department of Homeland Security* (DHS). Y, sobre todo, la *Homeland Security Act* apuntaba a lo que probablemente constituía el aspecto más determinante en un sistema de tratamiento adecuado de los menores inmigrantes: la asistencia letrada. La Ley propugnaba la garantía básica y fundamental que la asistencia de un abogado suponía en el tratamiento de los menores, pero sin embargo no establecía ningún mecanismo que la propiciase y, sobre todo, no preveía financiación suficiente para garantizarla. Incluso la malograda *Unaccompanied Alien Child Protection Act* (UACPA) que hacía especial hincapié en esta cuestión, adolecía sin embargo de los mismos problemas de financiación. Este proyecto de ley ejemplificaba a la perfección esa insuficiente determinación política a la que antes hacíamos referencia. Sin lugar a dudas, la UACPA representaba una evolución significativa en el tratamiento de los menores no acompañados. Sin embargo, muchas de esas mejoras que incorporaba quedaban supeditadas a la discrecionalidad del *Department of Homeland Security* (DHS). No hubo, ni siquiera en este caso, el arrojo político necesario para que el poder legislativo federal estableciese y regulase claramente los distintos aspectos del modelo de inmigración relativo a los menores no acompañados, sin permitir que el ejecutivo, a través de las distintas agencias, lo adaptase a su antojo o a las circunstancias.

En definitiva, se diría que en los últimos años la discusión ha pivotado entre lo que se entiende que es *lo necesario* (que los menores reciban un trato digno; atender al mejor interés de éstos y a su situación de especial vulnerabi-

digno; atender al mejor interés de éstos y a su situación de especial vulnerabilidad y, sobre todo, garantizarles la asistencia letrada) y *lo posible* (que vendría irremediablemente limitado por la escasez de las partidas presupuestarias disponibles y el amplio número de menores potencialmente destinatarios de las mismas). Sin embargo, supeditar el reconocimiento de una serie de derechos básicos a unos menores indefensos, con independencia de su número, a las limitaciones presupuestarias de un país con las potencialidades de los Estados Unidos, no sólo no es justificable sino que incluso resulta grotesco. Y de hecho, en los últimos años se ha podido apreciar en aquel país un consenso cada vez mayor, sobre todo doctrinal aunque no sólo, en torno a la necesidad perentoria de que estos menores reciban un trato adecuado a su condición especialmente vulnerable; que la procura de su mejor interés guíe la actuación de las autoridades y, por encima de todo, que se les garantice la asistencia de un abogado.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Incumplimiento de los plazos procesales establecidos en la Ley Nª 29497

Roberto Rendón Vásquez
Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM

Toda persona que interviene en un proceso judicial está sujeta a los derechos y obligaciones que establecen los códigos sustantivos y los adjetivos. Entre estos están los plazos establecidos para cada acto procesal, los que deben ser cumplidos por los justiciables en todas las instancias, desde los procesos judiciales que se inician en un Juzgado de Paz. Por ejemplo, en el caso de un proceso judicial, el demandante debe presentar su escrito de apelación en el plazo que señala el respectivo código procesal. Si lo hace fuera de ese término pierde el derecho a que la resolución que desea objetar sea vista por el Superior Despacho. A su vez, el demandado, si presenta su apelación fuera del día en que se cumple el plazo, no se hará lugar a su recurso considerando además que la presentación está condicionada al instante en que cierra la atención al público en la mesa de partes de los juzgados y/o, cortes. No importa que por causa fortuita o de fuerza mayor se haya llegado siquiera un pequeño instante tarde al momento del cierre la mesa de partes donde se recepcionan los escritos de los interesados. Ambas partes están sometidas a la misma norma procesal. Pienso que esto no lo discute nadie, sea o no profano en derecho. Pero ¿el Juez que conoce la causa está sujeto al cumplimiento de los plazos procesales que se hallan establecidos en los códigos procesales y que se supone él debe hacer cumplir?.

En el Poder Judicial las acciones procesadas con aplicación del Código Procesal Civil, cualquiera sea la especialidad de los juzgados – y también de las instancias superiores – se demoran no meses sino en años en cada instancia. Aun cuando se apela de una sentencia de primera instancia, la sola acción procesal de elevar el expediente al superior despacho se hacen meses si es que el justiciable interesado ni está constantemente reclamando se remita el expediente a la instancia superior. Prudentemente se estima que esto es una de las causas de la negativa popularidad de ese Poder del Estado

Cuando el 13 de enero del 2011 se promulgo la denominada Nueva Ley Procesal de Trabajo Nª 29.497, los justiciables, en particular los demandantes que en su generalidad son los trabajadores y sus abogados patrocinadores, tuvieron la esperanza que por fin se terminaría con el suplicio que significó la vigencia de la anterior Ley Procesal de Trabajo Nª 26636 promulgada el 21 de junio de 1996. Los legisladores que aprobaron esta Ley – y sus patrocinadores – pretendieron presentarla como una innovación a los procesos judiciales

en materia laboral e indicaban que ahora ser*ían* de corta duración. Pero los hechos demostraron que fue realmente un instrumento de "tortura" para los demandantes que reclamaban se declare nulo su despido y se les reponga en su trabajo o que se les pague prontamente la indemnización por despido arbitrario y/o los derechos sociales remunerativos impagos por acción – consiente o dolosa – de algunos empleadores. Igual sufrimiento fue – y es - para los ancianos ex trabajadores dependientes y subordinados que reclamaban se les reconozca sus derechos jubilatorios para que se les pague una pensión. No obstante a que a inicios del 2010 ya había la nueva norma procesal laboral, hasta el día de hoy – septiembre del 2014 – los juicios sujetos a la Ley N° 26.636 siguen sin concluirse; algunos aun están sin sentencia de primera instancia.

Como si fuera una normalidad en ese marco de la realidad y de la vida de los justiciables, se abrió una puerta de esperanza para los trabajadores que se veían en la necesidad imperativa de recurrir al honorable Poder Judicial para que se les haga justicia en nombre de la Nación. En realidad la Ley Nª 29.497 pareciera que estaba orientada a superar las deficiencias de la Ley 26.636 y los hábitos de los juzgadores que administran justicia. Con esta nueva ley se esperaba resultados en tiempo racional y breve. Así lo requería la paz social en un país que se reclama civilizado y donde se dice impera el estado de derecho. La norma a su sola lectura no parece mala y hasta puede "entusiasmar" a los estudiosos de las disciplinas procesales del derecho. ***Véase los principios que se citan en el artículo 1° de la Ley***: Inmediación, oralidad, concentración, **celeridad**, economía procesal, veracidad. Resaltamos el de la "celeridad" porque ello se logra con la concentración, la inmediación y la oralidad que traen consigo obtener economía procesal. Celeridad significaba que las acciones judiciales laborales debían concluir en plazos razonables, según lo señalado en la norma para cada acto procesal.

La esperanza comienza a diluirse, se pierde ante los hechos y el actuar de los administradores de justicia. Estos, obviamente son profesionales de las disciplinas del Derecho. Cualquiera abogado no puede llegar a ser un magistrado; se supone que para serlo hay que tener dotes especiales y cualidades de excelencia académica y laboral y antes de iniciar su carrera en el Poder Judicial se supone conocen de los riesgos que pueden sobrevenirle.

En marzo del 2013, como una forma de ayuda a nuestros estudiantes de Derecho de San Marcos, publicamos un segundo trabajo sobre la citada Ley Nª 29.497, que se titula "Apuntes sobre la Ley Procesal del Trabajo, Ley Nª 29.497". En este ***último*** trabajo, de la página 11 a la 21, bajo el título de "Razonable inquietud referente a la experiencia peruana sobre el cumplimiento de los plazos procesales por los administradores de justicia" expusimos nuestras dudas sobre si los jueces estarían o no es actitud y capacidad de cumplir la ley indicada en cuanto a los plazos procesales establecidos en ella. Analizamos varias situaciones debidamente puntualizadas y – con respecto pero con idoneidad - expresamos que objetivamente los hechos demostraran si habría o no cumplimiento de los plazos procesales por parte de los jueces de todas las instancias. A la fecha de hoy ha pasado más de tres y medio años desde la prolongación de la Ley Nª 29.497 y los hechos no nos han demostrado lo contrario de lo que expusimos en marzo del 2013. Bastaría reproducir lo que en dichas páginas de nuestro libro expusimos para demostrar que nuestras dudas no eran especulaciones teóricas. La realidad y la vida de un justiciable lo señalan.

Para tratar de exponer nuestras ideas respecto a dicho asunto, haciendo uso de del derecho a que se refiere el inciso 20 del artículo 139° de la Constitución, para su comentario y análisis, vamos a transcribir textualmente sólo una resolución judicial de una acción judicial donde se está aplicando la Ley N° 29497.

(Por obvias razones no vamos a señalar el nombre del magistrado, del especialista legal, los nombres del demandante ni del demandado, el número del Juzgado ni el del expediente. Pero el documento existe. Solamente mencionaremos que se trata de un juicio por pago de beneficios sociales sujeto al proceso establecido por la Ley Nª 29497, iniciado la segunda quincena de mayo del 2014).

(El Comentario entre líneas lo hacemos en letra "Arial).

El expediente y la resolución es la siguiente:

El caso se trata de una demanda por pago de remuneraciones insolutas interpuesto por un trabajador contra su ex empleadora que es una persona jurídica. Reclama que se le pague gratificaciones, derecho vacacional con la aplicación de la triple remuneración, compensación por tiempo de servicios, a asignación familiar, todo ello correspondiente a los cuatro años iniciales de prestación de servicios subordinados y dependientes, lapso en que se desnaturalizo su contrato de trabajo presentándolo

como una locación de servicios no obstante a que durante ese tiempo y los años posteriores el trabajo fue el mismo, sujeto a horario de ingreso y salida, sujeto a órdenes de trabajo al igual que los demás trabajadores de esa demandada. La acción no ha prescrito.

..... JUZGADO ESPECIALIZADO DE TRABAJO PERMANENTE DE LIMA
EXPEDIENTE: ..... - 2014-0 – 1801 –JR – LA - .....
MATERIA: PAGO DE BENEFICIOS SOCIALES Y/O INDEMNIZACION U OTROS BENEFICIOS ECONOMICOS
ESPECIALISTA: .....
DEMANDADO: .....SAC,
DEMANDANTE: .....

RESOLUCIÓN NÚMERO: DOS

- Fecha de presentación de la demanda la Mesa de Partes: .... de mayo del 2014.

  Ley Nª 29.4927

  Artículo 17°.- Admisión de la demanda

  El juez verifica el cumplimiento de los requisitos de la demanda dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de recibida. Si observa el incumplimiento de alguno de los requisitos, concede al demandante cinco (5) días hábiles para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de declararse la conclusión del proceso y el archivo del expediente. La resolución que disponga la conclusión del proceso es apelable en el plazo de cinco (5) días hábiles.

- La Resolución Nª Uno se ha fechada el.... de junio del 2014. Declara inadmisible la demanda y da el plazo de 5 días para subsanación.
- Fecha de expedición de esa Resolución: ..... de junio del 2014.
- Fecha de entrega de la notificación al actor: ..... de julio del. 2014.
- Fecha de entrega a la Mesa de Partes del escrito de subsanación: 15 .de julio del.2014.
- Fecha que es proveído por el Juzgado: 01 de agosto .2014.

TEXTO DE LA RESOLUCIÓN N° DOS.

Lima, **primero de agosto** del dos mil catorce

Dando Cuenta, Dando Cuenta, Dando Cuenta, en la fecha, del **escrito de subsanación de** fecha quince de julio del dos mil catorce; **y,**

COMENTARIO: Significa que el personal del Juzgado ha demorado 15 días calendarios para poner a Despacho el escrito de subsanación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Del análisis del presente caso, se desprende que la parte demandante ha cumplido con subsanar las omisiones advertidas en el plazo de ley.

COMENTARIO: Admite que el demandante ha presentado el escrito de subsanación en el plazo señalado por el Juez.

SEGUNDO: Toda persona tiene derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1° del Título Preliminar del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al proceso laboral de acuerdo a lo establecido en la primera disposición complementaria de la Ley No. 29497 "Nueva Ley Procesal del Trabajo". Asimismo, el artículo II de la referida Ley, señala que: "(...) corresponde a la justicia laboral resolver los conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativa o administrativa (...)"

COMENTARIO: Cumple con invocar y sustentarse en la Ley Procesal de Trabajo Nª 29.497 y reconoce que el demandante tiene derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1° del Título Preliminar del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al proceso laboral de acuerdo a lo establecido en la primera disposición complementaria de la Ley No. 29497 "Nueva Ley Procesal del Trabajo".

TERCERO: Asimismo, del análisis del escrito de demanda en concordancia con los dispositivos legales referidos en el considerando anterior, se advierte, que la parte demandante intenta que el Juzgado determine: el pago de los beneficios sociales: gratificaciones, vacaciones, CTS, asignación familiar más los intereses así como el pago de las costas y costos del proceso; pretensiones que son competencia de los Juzgados Especializados de Trabajo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2° de la Ley No. 29497.

COMENTARIO: Admite el Juzgador que el demandante esta demandado el pago de derechos sociales remuneratorios insolutos.

CUARTO: Que, es necesario verificar que la demanda cumple con todos los requisitos que la norma laboral señala, dado que las mismas son exigencias de la Ley 29497.

COMENTARIO: El Juez admite que la demanda cumple con todos los requisitos y exigencias establecidos en la Ley Nº 29.497.

QUINTO: En tal sentido, debe admitirse la demanda en vía proceso a proceso ordinario laboral, regulado por los artículos 42° al 47° de la Nueva Ley Procesal Laboral, correspondiendo **CITAR a las partes a la AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DE CONCILIACIÓN, la misma que se llevara a cabo en la Sala de Audiencia No. 03, ubicada en el piso 17 del Edificio Alzamora Valdez.**

COMENTARIO: El Juez admite que se debe citar a las partes a la Audiencia de Conciliación y señala el lugar donde se realizará la Audiencia. Está aplicando lo dispuesto en el artículo 42° de la Ley Nº 29.497 correspondiente a los juicios ordinarios laborales.

SEXTO: De acuerdo a lo indicado por el artículo 43° de la Ley 29497, las partes deben asistir a la Audiencia de Conciliación personalmente o a través de sus apoderados debidamente designados como tales. Asimismo, debe tenerse en consideración que si el demandado no asiste a la referida Audiencia incurre inmediatamente en rebeldía, así como, cuando asistiendo a la audiencia no contesta la demanda o si el representante o apoderado no tiene poderes suficientes para conciliar.

SETIMO: El artículo 19° de la Ley No. 29497 establece que la contestación de la demanda se presenta por escrito y debe contener los requisitos y anexos establecidos en la norma Procesal Civil; debiendo así mismo contener todas las defensas procesales y todas las defensas procesales y de fondo todas las defensas procesales y de fondo que se de fondo estimen conveniente, siendo importante reparar en que si el demandado el demandado no niega expresamente los hechos expuestos en la demanda, estos serán considerados como admitidos; así mismo, debe señala considerados como admitidos; r un domicilio electrónico tal como se establece en el artículo 13 electrónico de la Nueva Ley Procesal Laboral, en concordancia con lo establecido en la primera disposición transitoria de la referida Ley.

COMENTARIO: El Juez señala que la parte demandada deberá presentar su escrito de contestación y con arreglo a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 43° de la Ley 29497 el "juez requiere al demandado para que presente, en el acto, el escrito de contestación... (SIC). Es decir, en el caso materia del comentario, la parte demandada tiene 165 días calendarios después (que son 116 días hábiles) para pensar como contestar la demanda. Esto debe analizarse a la luz de la siguiente norma procesal establecida en la Ley Nª 29497:

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Artículo 42°.- Traslado y citación a audiencia de conciliación

Verificados los requisitos de la demanda, el juez emite resolución disponiendo:

a) La admisión de la demanda;

b) **la citación a las partes a audiencia de conciliación, la cual debe ser fijada en día y hora entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda;**

OCTAVO: Conforme al Art. 27° de la Nueva Ley Procesal de Trabajo – Ley N° 29497, establece que "La exhibición de las planillas manuales se tiene por cumplida con la presentación de las copias legalizadas correspondientes a los períodos necesitados de prueba"; sin embargo, para efecto de viabilizar la para efecto de viabilizar la revisión de las mismas, y en virtud además revisión de las mismas, y en virtud además del Principio de Celeridad Procesal, debe requerirse a la demandada para que concurra a la Audiencia de Conciliación, con el escrito de contestación y anexos respectivos, debiendo acompañar además, copia legible de sus libros de planillas, boletas de pago legible de sus libros de planillas, boletas de pago y demás y demás documentación requerida en soporte informático filt a Excel, por todo el record laboral pretendido por el actor; mandato que se sustenta en lo prescrito por el Art. 234° del Código Procesal Civil, que indica; "Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado", concordante con el Art.12 del D.S. 001-98-TR; "El empleador que opte por llevar sus planillas en microformas será

responsable de proporcionar los equipos y sistemas idóneos, a fin de que la Autoridad Administrativa de Trabajo o la autoridad competente, de requerirlo, puedan revisar el contenido de las planillas".

NOVENO: Independientemente de las multas que eventualmente podrían aplicarse, el nuevo modelo procesal laboral, conforme a los artículos 23° y 29° de la Ley N° 29497, conciben la posibilidad de recurrir intensivamente a indicios y presunciones judiciales. Así, constituyen indicios, las circunstancias en que sucedieron los hechos materia de la controversia como los antecedentes de las conductas de las partes, Igualmente, el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso, especialmente cuando se obstaculiza el desarrollo de la actuación probatoria.

DECIMO: Se recomienda las partes señalar casilla electrónica, con la finalidad de fomentar la celeridad procesal, la transparencia y el uso intensivo de la tecnología. Debiendo tenerse presente que el acceso de los abogados a las casillas electrónicas es gratuito y permite visualizar las notificaciones de los órganos jurisdiccionales en el mismo día de su emisión.

DÉCIMO PRIMERO: Estando a las razones expuestas,

DÉCIMO PRIMERO: SE RESUELVE:

1. ADMITIR a trámite la demanda interpuesta por.....

2. CORRASE TRASLADO de la demanda a la..... S.A.C. domiciliado en ....., quien deberá pronunciarse expresamente sobre cada aspecto de cada numeral de los fundamentos de hecho del escrito de demanda conforme con el segundo párrafo del art. 19° de la Nueva Ley Procesal de Trabajo.

3. **PROGRAMESE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN PARA EL DIA LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN PARA EL DIA DIECISEIS DE ENERO DEL DOS MIL QUINCE A HORAS DIEZ Y TREINTA DE LA MAÑANA, hora judicial exacta.**

COMENTARIO.- El juicio se tramita como proceso ordinario laboral. La Resolución N° Dos, con la que se admite la demanda, se corre traslado de ella a la parte demandada, esta fechada el 01 de agosto del 2014 y cita para la audiencia de Conciliación para el 16 de enero del

2015, es decir 165 días calendarios después (que son 116 días hábiles). ¿Qué dice la norma legal correspondiente respecto al plazo en que se debe citar a las partes para la Audiencia de Conciliación?:

Ley N° 29.497.

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Artículo 42°.- Traslado y citación a audiencia de conciliación

Verificados los requisitos de la demanda, el juez emite resolución disponiendo:

a) La admisión de la demanda;

b) La citación a las partes a audiencia de conciliación, la cual debe ser fijada en día y hora entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda; y

c) El emplazamiento al demandado para que concurra a la audiencia de conciliación con el escrito de contestación y sus anexos.

Si el juez advierte, haya habido o no contestación, que la cuestión debatida es solo de derecho, o que siendo también de hecho no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno, solicita a los abogados presentes exponer sus alegatos, a cuyo término, o en un lapso no mayor de sesenta (60) minutos, dicta el fallo de su sentencia. La notificación de la sentencia se realiza de igual modo a lo regulado para el caso de la sentencia dictada en la audiencia de juzgamiento.

4. EXHÓRTESE a las partes:

a) Durante el desarrollo de todo el proceso en general a cumplir con sus deberes de colaboración en la impartición de justicia y en particular, durante el desarrollo de las audiencias programadas, las reglas de conducta llegalmente previstas en el artículo 11° de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, bajo apercibimiento de aplicarse las consecuencias previstas en el artículo 15° de la norma antes citada.

b) Evitar la presentación de escritos dilatorios, toda vez que, de acuerdo al artículo I del título preliminar indica que el proceso laboral tiene como uno de sus

principios el de economía procesal, el mismo que busca que los pasos procedimentales sean los razonables, adecuados y exigidos por ley, a fin de evitar la recarga procesal; salvo la excepción contemplada por el artículo 21° de la ley N° 29497, bajo apercibimiento de ser rechazados y aplicarse las sanciones por in conducta que esta nueva ley procesal de trabajo prevé.

c) Las partes deberán concurrir a la audiencia en la que se actúan las pruebas con todos sus testigos, peritos y documentos que, en dicho momento, corresponde ofrecer, exhibir o se pretenda hacer valer con relación a las cuestiones probatorias. Esta actividad de las partes se desarrolla bajo su responsabilidad y costo, sin necesidad de citación del Juzgado y sin perjuicio que el Juez los admita o rechace en el momento.

d) En el desarrollo de la Audiencia, todos los que intervienen deben observar las reglas de conducta previstas en el artículo 11° de la Ley N° 29497.

e) Las partes deben tener en cuenta que de acuerdo al artículo 15° de la Ley N° 29497, la infracción de las reglas 15° de conducta puede generar la imposición de multas no menores de media unidad de referencia procesal (URP) hasta cinco (5) URP. En el caso de comportamientos que evidencien temeridad o mala fe, las multas pueden aplicarse desde media hasta cincuenta (59) URP, existiendo responsabilidad solidaria las partes, sus representantes y sus abogados por las multas impuestas a cualquiera de ellos, aunque en el caso de los prestadores de servicios, la responsabilidad solidaria no se extiende a ellos.

5. EXHORTESE a los abogados de las partes

a) Concurran, de ser el caso, a la Audiencia de Juzgamiento debidamente preparados en las teorías del caso propuestas por ambas partes, conociendo además los medios probatorios ofrecidos por los justiciables, y en específico los medios probatorios importantes para su defensa, los cuales deberán ser oralizados, en caso resulte abundante la documentación ofrecida concurrirán con una ayuda memoria de los medios probatorios ofrecidos y/o exhibidos, con indicación de su finalidad lo cual servirá para que los abogados de los justiciables reparen – previa a la audiencia de juzgamiento – sobre la pertinencia, idoneidad y utilidad, a su teoría del caso, de los medios probatorios ofrecidos, y darle mayor fluidez a la audiencia

COMENTARIO.- el todas estas consideraciones el Sr. Juez si se muestra y evidencia enérgico para que se cumpla con la norma procesal e incluso hace uso de los apercibimientos que puede utilizar por imperio de la ley. Pero sobre el plazo para la Audiencia resulta que.....

¿Es esto una forma de cumplir con los plazos procesales?. **A propósito que dicen las siguientes normas legales:**

CONSTITUCIÓN DE 1993:

Vigencia y obligatoriedad de la Ley

Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

CAPITULO VIII

PODER JUDICIAL

Administración de Justicia. Control difuso
Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

"El Principio del "Iura Novit Cuaria"
"Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda".
Artículo VII del Título Preliminar del C.C.

"Juez y Derecho".-

"El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".
Artículo VII del Título Preliminar del C.P.C.

"Son deberes de los Magistrados:

Inc. 2.- Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente".
Artículo 184°.-
T. U. O de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
Decreto Supremo Nº 017-93-JUS

Si la Ley Nº 29.497 para el Proceso Ordinario Laboral en el inciso b) del Artículo 42° señala nítidamente que la citación a las partes para la audiencia de conciliación debe ser fijada en día y hora entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda ¿Por qué en el ejemplo que estamos comentando los hace para 165 días calendarios después que son 116 dúas hábiles?

Indicamos al iniciar este comentario que los plazos procesales son de cumplimiento obligatorio para los justificables. Obviamente también lo es para quien administra justicia en nombre de la Nación. No es necesario invocar a la persona de un juzgador que cumpla con los plazos que le señalan en el Código adjetivo, pues debe hacerlo en acatamiento y cumplimiento de lo dispuesto en los mencionados artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil concordante con el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil y el Artículo 184° del T. U. O de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

Decreto Supremo Nº 017-93-JUS. Entonces, si el administrador de justicia imperturbablemente sanciona al justiciable que actúa después del plazo no haciéndole lugar a su pedido o invocando las obligaciones de las partes hacer exhortaciones severas ¿Por qué él si puede no respetar el plazo procesal? ¿Podría tenerse consideración con un apelante que tenía "mucho que hacer" y que no pudo llegar a tiempo a la mesa de partes para presentar su escrito de apelación, por ejemplo? Todos los abogados y los litigantes lo saben y conocen lo que les espera si no actúan dentro de los plazos procesales. Empero, ¿un juez, que está obligado a hacer cumplir la norma procesal, si puede violarla?

La excusa de la "carga procesal" no es institución establecida en ninguna norma procesal, en cualquiera de los fueros judiciales ni en ninguna de todas sus instancias y/o jerarquías. Sin embargo, institucionalmente en el Poder Judicial no se adoptan medidas para que sus miembros tengan una conducta de cumplimiento de los plazos procesales. ¡A todos se les debe tratar con la misma medida, esto es a justiciables y juzgadores! Pues, que se conozca, no hay normas de excepción para los jueces.

Adicionalmente a lo comentado, existen experiencias negativas. Suele ocurrir que cuando una de las partes en una acción judicial, por incumplimiento de los jueces respecto a los plazos procesales y debido a su estado de preocupación por su caso y aun de desesperación, por ejemplo, para pedir se expida sentencia, recurre a los Órganos de Control Interno del Poder Judicial, si bien a veces el juzgador quejado emite su resolución, lo hace con grave perjuicio en agravio de aquel quejoso. Públicamente muy poco se conoce que esos Órganos de Control han impuesto sanciones a los quejados por no cumplir los plazos. En los actuados de su defensa se encuentra justificaciones relativas a la denominada "carga procesal". Total, como se resultaran inocentes. Ello ha determinado, lamentablemente, por un lado que muchísima gente "evite" quejarse por la demora en la administración de justicia e incumplimiento de los plazos procesales, incluyendo los que se refieren a la expedición de sentencias y, por otro lado, a que sea generalizada la opinión pública negativa tanto para las personas de los jueces como del Propio Poder Judicial. Y al respecto estamos hablando de años, muchos años. Es usual que la presentación reiterando el pedido para que se emita sentencia, en lugar de lograr su objetivo, el "proveer" ese escrito y notificar luego lo resuelto, es un hecho que dilata aun

más la emisión de sentencia. En ese caso no cabe sino que los justiciables se ven urgidos a acudir constantemente a los Despachos judiciales a "suplicar" al Juez que emita sentencia. Cotidianamente se ven colas en las puertas de los juzgados entre ocho y diez de la mañana esperando que el Juez les conceda un instante para que se les escuche su pedido para que se emita sentencia. Por cierto, cada vez, el Juez y/o su ayudante apuntan en un cuaderno el nombre del peticionario; pero eso no resuelve lo que motivo esa visita.

Cuando en la década de los setenta se promulgaron el Decreto Supremo Nª 007-71-TR y el Decreto Supremo N! 006-72-TR que normaron sobre los procedimientos judiciales en materia laboral, unificando el entonces Fuero de Trabajo (para trabajadores empleados) en el Poder Judicial y el Fuero Privativo de Trabajo (para los trabajadores Obreros), se supero la dilación en la tramitación de los juicios en materia laboral que se tramitaban como juicios de menor cuantía establecido en el Código de Procedimientos Civiles. Realmente. En ese momento real y objetivamente se agilizo la administración de justicia laboral. Pero eso no convino a cierto sector de juslaboralistas, en particular defensores de empleadores. Y se cambiaron las normas procesales hasta llegar a la Ley Nª 26.636 del 21.06.1996 que ha durado cerca de 14 años aunque aun continúa vigente en muchos casos pues no se han sentenciado juicios regidos por esa norma procesal, a pesar que la Ley Nª 29.497 ya lleva más de tres años y medio de promulgada.

Pero, como está expuesto, la Nueva Ley Procesal de Trabajo comienza a defraudar.

La Ley Nª 29.497, en nuestro criterio, no es deficiente, Tiene mucho de lo normado el Decreto Supremo Nª 007-71-TR y el Decreto Supremo N! 006-72-TR. Dada la situación y lo que se experimenta en la realidad no es la letra de la norma la que impone la decepción, sino la actitud y/o solvencia profesional de los juzgadores. Se alega que la "carga procesal" se ha incrementado. Eso puede considerase relativo. En la década de los setenta solamente había siete (7) Juzgados en materia de Trabajo con una mesa de partes y cada juzgado laboraba con hasta cuatro escribanos (hoy llamados Secretarios y/o Especialistas) que tenían un ayudante. No había el congestionamiento ni la dilación que ahora se ve. El litigante y/o sus abogados podían ver el expediente

prontamente y hablar tanto con los escribanos y los jueces y eran atendidos. No había la "congestión" que ahora se ve. Es verdad que la población laboral era más reducida que ahora; pero hoy – en que la población se ha incrementado – hay decenas de Juzgados especializados en Trabajo sin contar con los Juzgados de Paz Letrados que tramitan demandas en materia laboral y sin considerar los ahora llamados Juzgados de Paz Letrados Especializados en lo Laboral. Cada uno de ellos tiene su especialista legal y todos pueden ver que hay un buen número de personal administrativo que trabaja internamente en los locales judiciales sin contar con el que atiende al público en las ventanillas o en las "salas de lectura". En aquellos tiempos los registros se hacían a manuscrito en libros, los actuados judiciales se hacían a máquina de escribir, pero las resoluciones se expedían con prontitud y las notificaciones – también hechas a máquina de escribir – se remitían en el día a las partes y con cargo. Los expedientes en apelación, debidamente cocidos y foliados se remitían a la Corte Superior sin demora y estaban expeditos para los informes escritos u orales y la vista de la causa. Hoy en día, con la Ley Nª 29.497, cada juez no solamente cuenta con una persona de secretaria, un especialista legal y un numeroso personal especializado y administrativo sino que cuenta con un sistema computarizado que simplifica el trabajo y lo agiliza. En su computadora el Juez, su secretario/a, su especialista legal pueden tener ya preparados plantillas para actas, para resoluciones y esquemas para resolver y hasta la normatividad habitualmente usada para cada caso. Si no, baste ver por ejemplo los textos de los autos que admiten las demandas, las que declaran inadmisible las demandas, las actas de las audiencias y hasta las sentencias en los cuales los textos son virtualmente semejantes y muchas veces iguales. Ello e videncia que hay "información" almacenada que se utiliza para siguientes casos y eso no es malo ni negativo. Por ende, debe suponerse que hay ahorro de tiempo. Más aun, actualmente los magistrados están autorizados para atender a las partes en poco tiempo al empezar el día de modo que no son interrumpidos en su estudio y trabajo durante todo el día, ¿Entonces, que es lo que pasa?. Es verdad que todos pueden observar que en los Juzgados y Cortes hay muchos expedientes por doquier. Ello podría ser la evidencia que hay lentitud en la tramitación de los expedientes judiciales y por ello se acumulan.

En el caso que motiva este comentario invitamos al lector a que contabilice los días desde la fecha en que se presentó la demanda. ¿Cuánto tiempo

se demoro el Juez para proveerla y declararla inadmisible?, ¿cuánto para admitirla?, y para qué fecha se ha dignado señalar la Audiencia de Conciliación? Estos son hechos concretos y reales. No son invención ni especiación que se están exponiendo ahora que está en vigencia de la Ley Nº 29.497.

Quienes nos dedicamos a la docencia universitaria en la Ciencia del Derecho estamos en una difícil situación ante nuestros alumnos. Les tenemos que enseñar, aparte de la teoría y la doctrina, los Códigos y normas de procedimiento. En estos debemos explicarles qué son los plazos procesales y la obligación de cumplirlos por parte de los judiciales y de los administradores de justicia. ¿Pero, en casos generalizados como el que comentamos ¿qué les podemos decir a los estudiantes que aspiran a ser abogados para defender la verdad, el derecho y el cumplimiento de las normas? Salvo que los integrantes del Poder Judicial se consideren al margen del respeto que se debe a las normas legales que establecen plazos procesales.

Es cuestión de principio.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

El delito de minería ilegal

Ponencia inédita en Homenaje al Maestro y Amigo
ALEJANDRO SOLÍS ESPINOZA

*Alexei Sáenz Torres**
Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: *Introducción. 1.- Los delitos que sancionan las actividades provenientes de la minería ilegal. Tipo base del delito doloso de minería ilegal (art. 307-A, primer párrafo). 2.- Bien jurídico. 2.1. Medio ambiente. 2.2. Salud ambiental. 2,3. Calidad ambiental. 2.4. Componentes del medio ambiente. 3.- Sujetos. 3.1. Sujeto activo. 3.2. Sujeto pasivo. 4.- El objeto material. 4.1. Minerales metálicos. 4.2. Minerales no metálicos. 5.- La conducta prohibida. 5.1. Ciclo minero. 5.2. Resultado probabilístico o material. 6.- Elementos normativos. 6.1. Ausencia de autorización administrativa. 6.2. Dolo. 7.- Tipo base del delito culposo de minería ilegal (art. 307-A, segundo párrafo). 7.1. Culpa. 8.- Circunstancias agravantes específicas del delito de minería ilegal (307-B). 8.1. Zonas no permitidas para el desarrollo de la actividad minera (307-B, núm. 1). 8.2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas (307-B, núm. 2). 8.3. Utilizan dragas, artefactos y otros instrumentos similares (307-B, núm. 3). 8.4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas (art. 307-B, num. 4). 8.5. Si se afecta sistemas de irrigación o agua destinados al consumo humano (art. 307-B, num. 5). 8.6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público (art. 307-B, num. 6). Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable (art. 307-B, num. 7). 9.- Sanciones penales. 9.1. Penas principales. 9.2. Pena accesoria de inhabilitación (Art. 307-F). 10.- Conclusiones. Referencias.*

* Profesor Asociado de la Cátedra de Derecho Penal General y Especial en la UNMSM. Profesor en el Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Academia de la Magistratura (AMAG). Profesor Investigador de la UNMSM. Profesor auxiliar contratado de la UNFV y UIGV. Licenciado en Educación con Maestría en Docencia Universitaria. Miembro integrante de la Comisión de Política Criminal (CONAPOC) representando a la universidad pública.

INTRODUCCIÓN

Los homenajes son una característica muchas veces de agradecer y rememorar el pasado, sin embargo en esta ocasión se ha cambiado la idea a través de los últimos años en los que el Congreso de Derecho Penal y Criminología organizado por la juventud universitaria esto es por los jóvenes estudiantes de las distintas facultades de Derecho del Perú ha permitido realizar los homenajes en vida, este ha sido el caso de los maestros Luis Eduardo Roy Freyre (Universidad Nacional Faustino Sánchez Carrión año 2010), y en este año 2014, don Alejandro Solis Espinosa (Universidad Nacional Hermilio Valdizán), homenaje que considero justo por los diversos aportes a la criminología, la psicología criminal, la ciencia penitenciaria, la metodología de la investigación y pronto la política criminal, aunque deseo puntualizar la línea de investigación jurídico social y la interdisciplinariedad con la que se debe apreciar el derecho penal o las ciencias penales en su conjunto, por lo que el conocimiento no se debe encasillar solo en la dogmática, sino debe ser más profundo e integral, ojalá este aporte sea seguido por los jóvenes universitarios de hoy y del futuro, gracias por ello Don Alejandro.

Sea propicia la oportunidad de este Congreso para tratar aquí el desarrollo de los principales apuntes a la reciente reforma penal llevada a cabo a través de la entrada en vigencia del D. Leg. N° 1102.

De lo que se trata es de hacer un análisis de los principales aspectos que se han regulado a lo largo de este proceso de reforma vinculados específicamente al art. 307 – A y 307 – B del CP.

Aquellos elementos propios que conforma el delito de minería ilegal en su modalidad básica así como la sanción de todas aquellas actividades que por medio de la minería ilegal se afectan el medio ambiente, por ello se abordarán aspectos tales como el bien jurídico y sus problemáticas, los temas de técnica legislativa como la opción de la ley penal en blanco, los problemas de consumación en torno a los delitos comisivo, de resultado material o de peligro, y la correcta interpretación tanto de los elementos normativos como descriptivos, adicionalmente a ello la problemática de las penas accesorias.

Espero que la presente ponencia pueda ser utilizada como un pequeño aporte para todos aquellos lugares del país en los que se realiza actividad minera, no sólo de carácter ilegal sino también informal y formal, hasta ahora queda en mi mente los recuerdos de la obra literaria Redoble por Rancas de Manuel Scorza por lo cual tengo el ideal de vivir en un medio ambiente sano y no en un medio ambiente de espejismos, donde nosotros vemos el suelo, el agua, el aire y la vegetación, pero no los podemos tocar, ni sentir, ni usar porque corremos el riesgo de dañar nuestra salud, por ello sugiero que el estudio del medio ambiente sea en adelante una de las líneas de investigación que asuman los siguientes Congresos del Conadepc tanto para los futuros alumnos que realicen sus ponencias como para los docentes que participen como conferencistas principales, ya que este es uno de los objetivos de la Universidad Peruana en general para con el país.

1.- LOS DELITOS QUE SANCIONAN LAS ACTIVIDADES PROVENIENTES DE LA MINERÍA ILEGAL

Si se consideran los principios del derecho penal del carácter fragmentario y la subsidiariedad del derecho penal lo único que se sanciona penalmente son algunos aspectos de la minería ilegal, tales como los tipos penales contemplados por la reforma penal mediante el D. Leg. N° 1102, el mismo que reguló por primera vez algunos tipos penales, tales como el tipo base del delito de minería ilegal (art. 307-A), las circunstancias de agravación específicas reguladas en la parte especial (307-B), y algunos aspectos del proceso de la actividad minera, específicamente la actividad minera ilegal, como tipos penales cualificados, tales como el tipo penal de financiamiento de la actividad minera ilegal (307-C), el tipo penal de obstaculización de la fiscalización de la actividad minera (307-D), y el tipo penal que regula el tráfico ilícito de insumos y maquinarias destinadas a la minería ilegal (307-E). Sin embargo, el tratamiento de estos delitos conexos no forman parte de la presente investigación.

Tipo base del delito doloso de minería ilegal
(art. 307-A, primer párrafo)

Aspecto objetivo

2.- BIEN JURÍDICO

La teoría del bien jurídico tiene una alta utilidad, de allí que en este trabajo no será la excepción utilizar esta categoría penal, a partir de señalar que se trata de un valor con sus características propias y con la evolución que el objeto contiene, por lo cual no hay bienes jurídicos inmutables, por ello es importante la adaptación a los contextos sociales, de lo contrario se tendrá un derecho penal que llega aún mas tarde del que se le critica.

Así pues, es importante señalar que en torno al bien jurídico protegido existen algunas posiciones que a continuación se desarrollan.

2.1. Medio ambiente

Antes de todo se hace necesario señalar que el bien jurídico protegido en este grupo de delitos lo constituye principalmente el medio ambiente, empero conforme a su realización se trata de un delito que también lesiona el orden socio económico, la actividad de recaudación fiscal e incluso la administración pública. De allí que algunos indiquen que se trata de un delito monofensivo, mientras que otros señalan que se trata de un delito complejo o pluriofensivo, donde prima el bien jurídico más trascendente para los destinos de la humanidad, esto es el medio ambiente.

Sin embargo, esta mención requiere de algunas precisiones así algunos consideran en torno al medio ambiente dos concepciones, la antropocéntrica y la concéntrica en torno al medio ambiente.

Concepción antropocéntrica

Esta concepción considera que "el medio ambiente no puede protegerse por sí mismo, sino sólo en tanto que condición necesaria para el desarrollo de la vida humana" (Silva Sánchez, p. 1715).

Esta vertiente tiene a su vez dos versiones, una radical y otra moderada. La vertiente radical "considera al medio ambiente sólo como un instrumento de ataque a los bienes jurídicos individuales, sin que en absoluto pueda ser elevado por sí mismo al rango de bien jurídico". En cambio la versión moderada, precisa que "el medio ambiente es un bien jurídico de carácter colectivo que goza de relativa autonomía respecto a bienes jurídicos individuales, pues admite su existencia sólo en la medida que tales bienes sean concebidos como instrumento de protección de los bienes jurídicos individuales" (Sánchez Zapata, p. 10).

Concepción concéntrica

Esta postura considera que el bien jurídico medio ambiente debe tener cierta autonomía en relación a que los tipos penales se refieran a los bienes jurídicos individuales. Así "el bien jurídico estaría conformado por las condiciones naturales que influyen en la tierra, fauna, flora, etc., que para ponerlas en peligro no sería preciso corroborar el peligro de bienes individuales. Esta opción aboga por la consideración del medio ambiente como un bien jurídico de carácter colectivo que presenta autonomía respecto de determinados bienes jurídicos supraindividuales como la vida, salud o la integridad" (Sánchez Zapata, p. 11).

Por ende, la versión radical de la teoría concéntrica considera como bienes jurídicos las "propiedades del suelo, el aire y el agua, así como la fauna y la flora, y de las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales" (Sánchez Zapata, p. 11). En cambio, la versión moderada de la teoría concéntrica establece que "lo que distingue sustancialmente al medio ambiente de los demás bienes jurídicos colectivos, es que su relación con los bienes individuales no se limita a aquellos de los que son portadores las generaciones actuales sino que trasciende a estas, pues el medio ambiente es condición de la vida de las generaciones futuras, no sólo en el sentido de su subsistencia, sino también en lo que respecta al ejercicio de los bienes jurídicos de esas generaciones" (Sánchez Zapata, p. 12).

De todo esto se puede pensar que la concepción concéntrica resulta ser la postura mayoritaria si se tiene en consideración "el reconocimiento del

medio ambiente como un bien jurídico autónomo, la ampliación del número de figuras delictivas y la inclusión de los elementos bióticos que lo conforman, suponen un reconocimiento de la perspectiva concéntrica y correlativamente, una mejora en la protección del bien jurídico. De este modo, se supera la estulticia jurídica que niega el carácter jurídico-penal del medio ambiente, chocante hoy con la necesidad de incriminar conductas que atentan contra los objetos de protección" (Sánchez Zapata, p. 12).

2.2. Salud ambiental

Por otro lado algunos consideran hacer algunas precisiones al medio ambiente, en este caso son interesantes las ideas de Ordoñez quien señala: .

> "La protección ambiental y la reducción de los efectos nocivos del ambiente en la salud se han convertido en requisitos inseparables de los esfuerzos para construir un proceso efectivo y sostenido de desarrollo económico y social (...).
> El campo de la salud ambiental, sin embargo, no se agota en el conocimiento del impacto del ambiente sobre la salud, sino que abarca también el diseño, la organización y la ejecución de acciones tendientes a impedir o a revertir los efectos nocivos del ambiente sobre la salud humana.
> El término "salud ambiental" ha sido definido por la OMS como lo que abarca aquellos aspectos de la salud y enfermedad humanas que son determinados por factores ambientales. También se refiere a la teoría y práctica de la evaluación y control de los factores ambientales que pueden afectar la salud.
> La salud ambiental comprende aquellos aspectos de la salud humana, incluida la calidad de vida, que son determinados por factores ambientales físicos, químicos, biológicos, sociales y psicosociales.
> También se refiere a la teoría y práctica de evaluación, corrección, control y prevención de los factores ambientales que pueden afectar de forma adversa la salud de la presente y futuras generaciones" (Ordóñez, 2000, p. 139).

2.3. Calidad ambiental

Por su parte el legislador ha contemplado algunas referencias a la calidad ambiental, por ello el Ministerio del Ambiente considera:

> "Se puede defender el concepto *"calidad ambiental"* como el conjunto de características del ambiente, en función a la disponibilidad y facilidad de acceso a los recursos naturales y a la ***ausencia o presencia de agentes nocivos.*** Todo esto necesario para el mantenimiento y crecimiento de la calidad de vida de los seres humanos.

Asociados a este concepto, se encuentran los términos "estándar de calidad ambiental" y "límite máximo permisible", instrumentos de gestión ambiental que buscan regular y proteger la salud pública y la calidad ambiental, permitiéndole a la autoridad ambiental desarrollar acciones de control, seguimiento y fiscalización de los efectos causados por las actividades humanas" (Ministerio del Ambiente del Perú, 2011, p. 3).

2.4. Componentes del medio ambiente

El concepto componentes del medio ambiente tiene una serie de precisiones para los cuales se ha elaborado la tabla 1, y a ella nos remitimos.

TABLA 1		
DETALLES SOBRE LOS COMPONENTES DEL MEDIO AMBIENTE		
COMPONENTE AMBIENTAL	IMPACTO	DETALLES DEL DAÑO
A. El componente biótico	1.Impacto sobre ecosistemas acuáticos lénticos (aguas quietas) y lóticos (fluviales):	a) por aumento de la turbiedad del ecosistema debido al incremento en la concentración de partículas en suspensión, b) por alteración en la calidad físico-química y microbiológica del agua debido a sustancias químicas, c) por eutroficación de ecosistemas acuáticos; por cambios en la dinámica hidrobiológica (comportamiento del caudal-cantidad de agua); d) por alteración o destrucción de cuerpos de agua por intervención de cauces y alteración de dinámica fluvial; e) por desecación y por disminución de la conectividad ecológica por retiro de coberturas vegetales funcionales (vegetación riparia) (Fierro, 2013, p. 195).
	Impacto sobre ecosistemas terrestres:	a) Contaminación por sustancias químicas, vertimiento directo de residuos líquidos industriales y domésticos, b) por transformación de ecosistemas naturales debido al retiro de coberturas; c) por disminución de la conectividad ecológica consecuente con la eliminación de coberturas vegetales funcionales(Fierro, 2013, p. 195).
	Impacto sobre especies de flora y fauna	a) Por afectación o pérdida de hábitat; b) por alteración de las poblaciones de especies de flora terrestre y acuática asociada a los ecosistemas transformados (contaminados) (Fierro, 2013, p. 195).

B. El componente atmosférico	Impacto por alteración de las condiciones meso y microclimáticas;	Por alteración de la calidad del aire por material particulado; b) por alteración de la calidad del aire c) por emisión de gases y por incremento en los niveles de ruido (Fierro, 2013, p. 196).
C. El componente edáfico (suelos)	Impacto físico	a) Por pérdida de suelos con diferentes niveles de fertilidad (remoción mecánica o sepultamiento); b) por pérdida de suelos (en particular de Andisoles de ladera) a causa de la ocurrencia de procesos de remoción de masa; c) por contaminación con escombros y otros residuos sólidos; d) por compactación de suelos (alteración de la condición de esfuerzos inicial) y por reactivación o generación de procesos morfodinámicos (incluye inestabilidad de taludes) (Fierro, 2013, p. 196).
	Impacto físico-químico	a) Por contaminación por sustancias químicas (combustibles, lubricantes u otras sustancias); b) por vertimiento directo de residuos líquidos industriales y domésticos; c) por generación de lixiviados(Fierro, 2013, p. 196).
	Impacto biológico y ecológico:	a) Por pérdida de biodiversidad edáfica y por pérdida de funciones ecosistémicas del suelo (Fierro, 2013, p. 196).
D. El componente geoesférico	Impactos sobre la interfaz suelo-subsuelo, en razón de la ocurrencia de subsidencia.	
	Impactos sobre el subsuelo:	a) Por contaminación del suelo y subsuelo debido a la disposición inadecuada de residuos sólidos y líquidos, materiales explotados, drenaje ácido de la mina, uso de químicos, combustibles y lubricantes; b) por afectación de estructura del subsuelo; c) por pérdida causada por la remoción del subsuelo; d) por alteración de la capacidad de regulación hídrica del suelo y subsuelo, y e) por alteración o pérdida de la función de soporte físico de ecosistemas o actividades humanas (Fierro, 2013, p. 196).
	Impactos sobre las aguas superficiales:	a) Por alteración de la calidad; b) por alteración de la cantidad; c) por cambio total o parcial en la morfología de cauces, y d) por la desecación o relleno de humedales (Fierro, 2013, p. 196).
	Impactos sobre las aguas subterráneas:	a) Por alteración de la calidad; b) por alteración de la cantidad, y c) por afectación de acuíferos (alteración de la dinámica, afectación de las zonas de recarga y descarga disminución de la capacidad de almacenamiento) (Fierro, 2013, p. 196).

E. El componente económico	Impactos en las actividades agropecuarias por pérdida de la productividad del suelo, cambio del uso del suelo, afectaciones a productividad pecuaria. (Fierro, 2013, p. 197).	
	Impactos en el empleo por generación de empleo calificado y no calificado e incremento de la población económicamente activa (Fierro, 2013, p. 197)..	
	Impactos económicos por pérdida de servicios ambientales (turismo, fuentes hídricas, entre otras) (Fierro, 2013, p. 197).	Desarrollo de actividades comerciales y productivas, por ingreso de regalías e impuestas, por aumento de la demanda local, para no citar sino algunos (Fierro, 2013, p. 197).
F. El componente paisaje	Impactos en la calidad sensorial/ perceptual:	a) Por alteración a las condiciones escénicas del paisaje; b) por contaminación visual debido a elementos ajenos o extraños al carácter del lugar, y c) por pérdida de la unidad perceptual a causa de la eliminación de coberturas vegetales (estructuras naturales, corredores o sistemas productivos agroforestales) (Fierro, 2013, p. 197).
G. Los componentes socio culturales y al patrimonio histórico y arqueológico	Impactos paisajísticos:	a) Por deterioro del paisaje cultural: hitos, nodos y condiciones prácticas tradicionales, y b) por pérdida de la atractividad y deterioro de las condiciones para el turismo (Fierro, 2013, p. 197).
	Impactos al patrimonio arqueológico e histórico	a) Por deterioro de condiciones para la atractividad y b) por deterioro del patrimonio arqueológico e histórico (Fierro, 2013, p. 197).
H. El componente salud pública	Impactos por contaminación atmosférica	a) Por emisión de polvos en los sitios de extracción o en las vías de circulación de los vehículos transportadores desde las minas; b) por incremento de infecciones respiratorias y enfermedad pulmonar o TBC y otras enfermedades, y c) por contaminación de ríos, cauces y manantiales surtidores de acueductos veredales. En el siguiente capítulo del presente libro se incluye un estado del arte de estudios sobre impactos ambientales y en la salud asociados en la extracción de carbón (Fierro, 2013, p. 197).

I. El componente infraestructura	Impactos por deterioro de las vías de comunicación (calles, carreteras y caminos veredales)	a) Por incremento de accidentes por el flujo de vehículos pesados, vehículos livianos y maquinaria e incremento de tráfico pesado en el ámbito local (Fierro, 2013, p. 199).

3.- SUJETOS

3.1. Sujeto activo

El sujeto activo en estos tipos penales puede ser cualquier persona que goce de la posibilidad de realizar dicha actividad de minería ilegal, lo cual generalmente va a implicar una actividad que requiera de cierto nivel de organización, dados los costos de la inversión y los beneficios que implica, sobretodo de naturaleza económica. Y es en relación a estos requisitos que se señala que el sujeto activo solo pueden ser determinadas personas, es decir se trata de un delito especial propio.

3.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo, lo constituye la colectividad, por ende tiene que haber una autoridad que represente los daños que se producen al medio ambiente no solo ante al tema social y político, sino sobre todo a nivel judicial, nos referimos a la Procuraduría del Medio Ambiente, de allí que algunos consideran que el sujeto pasivo es el Estado, por lo cual ello legitima que sea dicha Procuraduría la encargada de defender los recursos naturales cuyo titular es el Estado de conformidad con la Constitución (art. 47).

4.- EL OBJETO MATERIAL

El objeto material lo constituyen los recursos minerales, sean metálicos o no, por ello es necesario tener un cabal conocimiento de dichos recursos. En el caso de los materiales metálicos la ley prevé el oro, la plata, el zinc, cobre, entre otros, en cambio cuando se trata de los materiales no metálicos específicamente se trata de la arena, el carbón de piedra, la piedra caliza, la pirita, etc. (véase la tabla 2).

> ***"Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal***
> *Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, el que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares,* ***de recursos minerales, metálicos o no metálicos (...)".***

4.1. Minerales metálicos

Los metales se caracterizan por tener enlaces químicos metálicos, por lo general son sólidos y altamente dúctiles (pueden ser doblados para formar cables o hilos) además, son buenos conductores de calor y electricidad y poseen un brillo particular llamado también brillo metálico.

4.2. Minerales no metálicos

No son buenos conductores del calor y la electricidad (incluso pueden ser usados como aislantes) y aquellos que son sólidos son por lo general frágiles (no son maleables ni dúctiles), son en su mayoría trasparentes o de color opaco, además de no contar con brillo propio lo cual los diferencia sustancialmente de los metales (Sociedad Nacional de Minería, 2011, p. 1).

TABLA 2	
NOMENCLATURA MINERALES Y NO MINERALES	
MINERALES METÁLICOS	**MINERALES NO METÁLICOS**
Aluminio	**Arcilla**
Hierro	**Arena**
Manganeso	**Baritina**
Cromo	**Bentonita**
Titanio	**Cal**
Cobre	**Granito**
Plomo	**Yeso**
Zinc	**Azufre**
Estaño	**Diamante**
Oro	**Mica**
Mercurio	**Sal común**
Uranio	**Talco**
Nota: **Aunque nuestro país sea uno de los mayores productores de oro, la minería no se limita a este mineral sino que se diversifica, por ello es necesario tener en cuenta cuáles son exactamente estos minerales porque nos da una visión del alcance del tipo.**	

5.- LA CONDUCTA PROHIBIDA

5.1. Ciclo minero

> ***"Artículo 307°-A.- Delito de minería ilegal***
> *Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, el que* ***realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares*** *(...)".*

La actividad minera como ya se puso de manifiesto anteriormente es una actividad compleja, y como tal implica diversas fases, tales como la exploración, la extracción, la explotación, el procesamiento, la fundición, el traslado o transporte, y el almacenamiento hacia los consumidores finales, de allí que lo importante es establecer la relación entre esta actividad y su complejidad con los aspectos regulados en la regla penal que ha sancionado el delito de minería ilegal y sus afines.

La modalidad dolosa considera como parte del proceso de explotación minera algunas de las fases que implica dicha actividad, como se acaba de describir, así expresamente se señala la exploración, la extracción, y la explotación, a ello se añade cualquiera de las otras fases, pues el legislador ha utilizado la fórmula amplia o genérica "u otros actos similares", de todos aquellos recursos minerales, sean estos metálicos o no metálicos, por ende las otras fases tales como el cateo, la prospección, la labor general, los beneficios, la comercialización y el transporte estarán incluidas en esta fórmula genérica.

Lamentablemente recién la regla penal regulada en el art. 307-A, pone fin a los distintos hechos donde la legislación penal no estableció expresamente supuestos para cubrir los sucesos de riesgos que muchas veces se produjo por ejemplo en los transportes de los minerales o de los insumos en la actividad minera, cualquiera que hayan sido sus manifestaciones, desde la gran minería a la pequeña minería.

Un ejemplo de esto es el hecho que aconteció en el caso de San Juan de Choropampa en Cajamarca (Pleno Casatorio Exp. N° 1465-2007-Cajamarca), del cual se extraen los siguientes hechos acontecidos:

"(...) el 02 de junio del año 2000, en circunstancias que el chofer Arturo Blanco Bar, que conducía el camión con placa de rodaje N° YG-9621, marca Volvo, de propiedad de la empresa Ransa Comercial S.A., transportaba mercurio, de propiedad de Minera Yanacocha S.R.L., con destino a la ciudad de Lima, se produjo un primer derrame de dicho metal en el centro poblado de San Juan, dando lugar a que un aproximado de cuarenta pobladores del lugar recogieran el mercurio sin saber los efectos dañinos del mismo. Posteriormente, entre las 5:30 y 5:40 p.m. del mismo día, se produjo un segundo derrame de aproximadamente 152 Kg. de mercurio, en las localidades de Chotén, San Juan, La Calera, el Tingo, San Sebastián y Magdalena, esto en una longitud aproximada de 27 Km de la carretera.

Acota la accionante que por su brillo y forma, e ignorando que se trataba de una sustancia tóxica, los pobladores comenzaron a recoger el mercurio hasta altas horas de la madrugada, empleando para dicha recolección sus manos e incluso su boca como medio de aspiración. Al guardar el mercurio en sus hogares, sus familiares que recogieron el mercurio también se intoxicaron debido a los gases que emanaba éste.

La demandante refiere que Yanacocha no hizo caso a sus peticiones de ayuda médica, quien no contaba con un plan maestro de contingencias, lo que propició un mayor nivel de intoxicación al pretender comprar el mercurio derramado a quien lo hubiera recogido y que existió un nivel deficiente de embalaje, transporte y tratamiento del mercurio por parte de la minera, conforme ha declarado el chofer del camión".

5.2. Resultado probabilístico o material

> "***Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal***
> *(...) que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, **que cause o pueda causar perjuicio**, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.*

Si bien estos delitos corresponde al grupo de aquellos que sancionan la mera conducta prohibida de realizar actividad minera, sin embargo la regla penal ha establecido la necesidad de recurrir a otros elementos adicionales, en algunos casos innecesarios, que impliquen la sobre exigencia de causar o la probabilidad de causar perjuicio, alteración o daño al medio ambiente.

Al respecto se pueden postular una serie de propuestas técnicas alternas para completar el tipo penal, por un lado se trataría de una exigencia o manifestación de un requisito de procedibilidad, o de una condición objetiva de punibilidad o de un elemento objetivo de tipo.

Empero, lo trascendente es saber cuál era la intencionalidad del legislador, esto es, si este elemento o supuesto, cualquiera que fuere su manifestación o formulación técnica, era necesario o en realidad no, ya que si fuera necesario la permanencia de este supuesto haría difícil el cumplimiento de alcanzar el objetivo de prevención general, tornándose en una sobre exigencia, la misma que se va a ver reflejada con un altísimo estándar de prueba más allá incluso de la que se ha establecido para otros delitos de mayor gravedad en torno a la afectación del bien jurídico considerado (la vida) y a la vez protegido (el medio ambiente, la administración pública).

El resultado penalmente relevante puede ser material o formal, lo cual implica que se cause o se pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o a sus componentes, o a la calidad ambiental, o la salud ambiental.

Lo problemático del art. 307-A es que el legislador ha equiparado indistintamente el resultado materializado con el resultado probabilístico, lo que constituye un error, ya que se tratan de dos opciones distintas desde el punto de vista de la política criminal, así pues esta equiparación afecta el principio de proporcionalidad abstracta, debido a que una acción penalmente relevante que produzca un resultado material siempre será superior en afectación al bien jurídico al solo resultado probabilístico, en todo caso se debieron diferenciar por un lado el supuesto básico de resultado probabilístico con un monto de pena determinado y por otro un supuesto agravado de resultado material, en consecuencia toda acción penalmente relevante que produzca daños a una determinada empresa esta procede a ordenar que se realice los estudios de costo beneficio con cálculo actuarial o probabilístico, teniéndose dos resultados variables o diferenciados, por ende si el resultado se consolida desde una perspectiva probable la consecuencia sería una, en cambio si se trata de la perspectiva materializada, la consecuencia sería otra, empero la opción del legislador ha sido que da lo mismo dañar el medio ambiente como ponerlo en peligro.

Sin embargo, en la doctrina se suele distinguir entre los delitos de peligro concreto, abstracto o hipotético, al respecto se precisarán algunos de estos aspectos.

> "No obstante, si bien la doctrina está de acuerdo en clasificar el delito ecológico como delito de peligro, el problema estriba en su específica catalogación. Existe un debate doctrinal, entre, de un lado, aquéllos que lo clasifican como un delito de peligro abstracto o de peligro hipotético, y, de otro, aquéllos que, como Blanco Lozano, lo consideran un delito de peligro concreto.
>
> Debe indicarse que la clasificación del delito ecológico como delito de peligro concreto, abstracto o hipotético no es una cuestión baladí, puesto que tiene importantes consecuencias en el ámbito de la prueba, atendidos los principios acusatorio y de presunción de inocencia que rigen en el proceso penal. De ser considerado como delito de peligro concreto, la parte acusadora debería probar que el o los acusados pusieron en peligro concreto, con su conducta típica, el equilibrio de un ecosistema o ecosistemas determinados, teniendo también que probar el nexo causal entre la conducta típica y el riesgo concreto causado. En el supuesto sin, embargo, de que fuera reputado delito de peligro abstracto o de peligro hipotético, únicamente sería necesario que la acusación probase la idoneidad de la conducta para poner en peligro, en general, a un ecosistema. (...).
> Como puede deducirse fácilmente, la diferencia práctica es sustancial en uno y otro caso. Obsérvese, además, cómo el objeto sobre el que recae la actividad probatoria en el caso del delito ecológico como delito de peligro concreto, es, tanto la conducta típica como el propio y concreto ecosistema o sistema natural afectado por aquélla (su situación de equilibrio anterior y posterior al hecho delictivo, el riesgo creado en el mismo). En cambio, en el supuesto de delito ecológico como delito de peligro abstracto o hipotético, la prueba se centra básicamente y, puede decirse, casi de modo exclusivo en la conducta desarrollada por el sujeto activo. Es decir, y en el ejemplo del vertido, la prueba practicada giraría en torno al volumen y a las características físico-químicas de las sustancias vertidas y su peligro potencial para el medio natural" (Prat, 2000, pp. 30 y 31).

Así pues, se puede realizar la siguiente distinción y a la vez precisión:

Lo primero que se tiene que diferenciar es si en el caso de peligro bajo el supuesto de "***se pueda causar un perjuicio, una alteración o un daño a cualquiera de los aspectos del medio ambiente***" es un caso de peligro concreto.

Lo segundo es diferenciar si en el caso de un delito con resultado material bajo el supuesto de ***"se pueda causar un perjuicio, una alteración o un daño a cualquiera de los aspectos del medio ambiente"***, se trata de un delito de lesiones.

También el legislador ha establecido una serie de estándares por los que se mide la lesión o puesta en peligro del medio ambiente, así ha utilizado términos tales como el ambiente o a sus componentes, o a la calidad ambiental, o la salud ambiental, sin embargo el gran problema será diferenciar uno a uno estos componentes.

6.- ELEMENTOS NORMATIVOS

6.1. Ausencia de autorización administrativa

La interpretación que otorgamos a lo que se debe entender por autorización administrativa se relaciona con los requisitos necesarios para la formalización de la actividad minera exigidos por los decretos emitidos durante el año 2012. Es decir, nuevamente nos encontramos ante una norma penal en blanco que no determina en qué casos existe o no autorización administrativa por lo que será necesario remitirnos a la regulación administrativa en lo referente al tema.

> ***"Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal***
> *(...) que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos,* ***sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente****, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.*

Aspecto subjetivo

6.2. Dolo

El delito de minería ilegal es doloso, por lo que recurriendo a la teoría el dolo requiere para su configuración tanto del elemento cognitivo como del

elemento volitivo, por ende realizará el delito de minería ilegal todo aquel que con conocimiento y voluntad realice cada una de las actividades mineras descritas en el art. 307-A, siempre y cuando lo realice sin autorización e incluso la lesión o puesta en peligro del ambiente.

7.- TIPO BASE DEL DELITO CULPOSO DE MINERÍA ILEGAL (ART. 307-A, SEGUNDO PÁRRAFO)

7.1. Culpa

El tipo penal base del delito de minería ilegal (art. 307-A), se caracteriza también por tener una modalidad culposa (segundo párrafo). Aunque en realidad por ahora es un tema difícil de imaginar ya que la actividad minera ilegal sancionada es siempre intencional y no culposa, por lo que lo culposo solo se limita al uso excesivo de medios, por ejemplo se debe explotar una parte del cerro, pero por culpa termino dañando todo el cerro, sin embargo la pregunta circunscrita es acaso en la minería ilegal se va a pedir respetar la utilización de medios para materializar la conducta prohibida y los demás elementos del tipo, creo que por ahora esto amerita un estudio más profundo y que requeriría de mayor tiempo para investigarlo.

> ***"Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal***
> *(...).*
> *Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.*

8.- CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS DEL DELITO DE MINERÍA ILEGAL (307-B)

8.1. Zonas no permitidas para el desarrollo de actividad minera (307-B, numeral 1).

Esta circunstancia agravante específica tiene como criterio de justificación el lugar en el que se realiza la acción penal, por lo cual para ser relevante penalmente el sujeto activo tiene necesariamente que conocer y tener la voluntad de realizar el delito en zonas no permitidas para realizar la activi-

dad minera, por lo que se considera innecesario hacer referencia al terminó desarrollo de actividad minera.

> ***Artículo 307°-B.- Formas agravadas***
> *La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos.*
> *1. En zonas no permitidas para el desarrollo de actividad minera (...).*

8.2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas (307-B, numeral 2).

También en esta circunstancia agravante el criterio de justificación es el lugar en el que se realiza la acción penalmente relevante, aunque a diferencia de la anterior se precisan elementos normativos regulados por la legislación extrapenal, esto es, todas aquellas áreas naturales que gozan de la protección legal, o en las tierras o territorios pertenecientes a las comunidades nativas, campesinas o indígenas. No está demás señalar que la expresión tierra no es solo para referir al territorio, sino en general al suelo, subsuelo, espacio aéreo, aguas y todo lo que implica la protección penal.

> ***Artículo 307°-B.- Formas agravadas***
> *La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos.*
> *(...).*
> *2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas.*

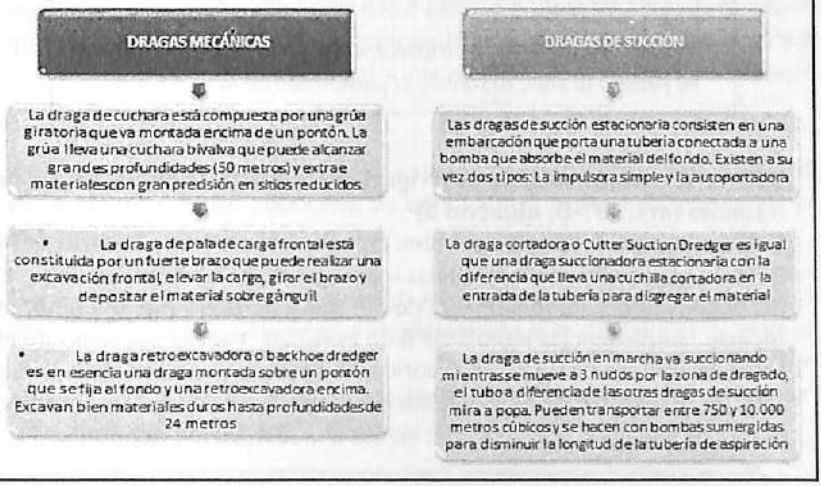
8.3. Utilizan dragas, artefactos y otros instrumentos similares (307-B, numeral 3).

El presente supuesto regula una circunstancia agravante que tiene como criterio de justificación la utilización de determinados instrumentos en la realización de la acción penalmente relevante, de allí que el legislador ha especificado la utilización de dragas, de artefactos o cualquier otro tipo de instrumento de similares características.

> ***Artículo 307°-B.- Formas agravadas***
> *La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos.*
> *(...).*
> *3. Utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares.*

La draga ha sido definida por la Real Academia Española como: "Maquina que se emplea para ahondar y limpiar los puertos, ríos, canales, etc., extrayéndolo de ellos fango, piedras, arena, etc." (Real Academia Española, 2014).

Fiugra 1. Clases de dragas



8.4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas (art. 307-B, numeral 4)

A diferencia de la anterior circunstancia agravante específica, en esta el legislador sanciona el empleo de cualquier medio (instrumento u objeto) capaz de poner en peligro los bienes jurídicos tales como la vida, la salud o el patrimonio de terceros ajenos a la realización del delito. Así se puede citar como ejemplo el empleo de explosivos o sustancias peligrosas (reactivos) que ya de por sí ponen en peligro la propiedad de una persona, esto es inmuebles, muebles (cosas, cultivos, semovientes, etc.).

> ***Artículo 307°-B.- Formas agravadas***
> *La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos.*
> *(...).*
> *4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas.*

8.5. Si se afecta sistemas de irrigación o agua destinados al consumo humano (art. 307-B, numeral 5)

La presente circunstancia agravante específica tiene como criterio de justificación el provocar consecuencias o daños a sistemas de irrigación o agua destinados al consumo humano, de allí que este daño puede comprender incluso consecuencias a título de dolo eventual, y en el supuesto de afectación de pozos de agua, reservorios, cañerías o manantiales, lo que no implica necesariamente que se protejan aguas destinadas al consumo de los animales que poseen los terceros ajenos a la realización del delito.

> ***Artículo 307°-B.- Formas agravadas***
> *La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos.*
> *(...).*
> *5. Si se afecta sistemas de irrigación o aguas destinados al consumo humano.*

8.6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público (art. 307-B, numeral 6)

Esta circunstancia agravante específica tiene como criterio de justificación la calidad que ostenta el sujeto activo, esto es ser funcionario público o servidor público y el aprovechamiento que realiza este funcionario o servidor de esa condición que posee, cualquiera sea la forma legal en que haya asumido la responsabilidad funciona de conformidad con el art. 425 del CP.

Este supuesto de agravación a su vez puede concurrir perfectamente con cualquiera de los tipos penales señalados para los casos de corrupción de funcionarios, incluso también se puede dar el caso de que esta concurrencia tenga relación con algunos de los supuestos del delito de lavado de activos específicamente cuando de la labor realizada por estos malos funcionarios o servidores públicos pueda exigir por un lado dádivas o cualquier otro medio para la financiación de campañas políticas para alcaldes, regidores, concejales, congresistas e incluso porque no algún presidente o que dichos funcionarios sean contemplativos con este tipo de actividades provenientes de la minería ilegal y que reciban aportes para la financiación de dichas campañas.

También es del caso relevar que esta circunstancia agravante puede dar pie a algunos de los supuestos de criminalidad organizada regulados por la Ley 30077.

Por ende, será materia de una ardua labor el poder formular una teoría del caso en el que estos elementos se planteen bajo la modalidad de criminalidad organizada y no de un mero supuesto de concurso aparente de tipos penales simples o de tipos penales con sus agravantes, esperemos que se la jurisprudencia la que vaya delimitando estos supuestos.

> ***Artículo 307°-B.- Formas agravadas***
> *La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos.*
> *(...).*
> *6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público.*

8.7. Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable (art. 307-B, numeral 7)

El empleo de menores de edad o personas inimputables en la comisión del delito tiene como criterio de justificación el medio empleado de personas que cumplan determinadas condiciones normativas, por un lado la calificación de menores de edad y por otro lado personas consideradas, previa evaluación, de inimputables. Por cierto, el autor o los coautores tienen que saber que se trata de un menor de edad o de personas inimputables y por eso las emplea para la comisión del delito.

> ***Artículo 307°-B.- Formas agravadas***
> *La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos. (...).*
> *7. Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable.*

9.- SANCIONES PENALES

9.1. Penas principales

El legislador ha establecido un sistema de penas cuyas características principales para los artículos 307-A (Delito de minería ilegal), 307-B (Formas agravadas), 307-C, 307-D, 307-E del CP son las siguientes:

1. Se ha utilizado la pena privativa de libertad como la pena principal en común para todos los tipos penales mencionados teniendo como extremo máximo 12 años para dicha pena, esto específicamente para el artículo 307-C referido al delito de financiamiento de la minería ilegal, sin embargo este monto puede incrementarse considerando los supuestos de concursos, habitualidad y reincidencia.
2. En cuanto a la determinación judicial de la pena y de conformidad con lo establecido por la ley N° 30076 corresponde establecer el tercio superior cuando concurran cualquiera de las circunstancias agravantes genéricas reguladas en el artículo 46 del CP.

3. También el legislador ha hecho uso de la técnica de regular más de una pena principal como consecuencia jurídico penal para cada uno de los delitos antes mencionados, así se tiene el delito de minería ilegal regulado en el 307-A, así como sus circunstancias agravantes reguladas en el 307-B, en ambos casos se tiene tanto la pena privativa de libertad como la pena de multa, lo mismo sucede con el delito de financiación del delito de minería ilegal, del delito de insumos químicos y otros regulados en el artículo 307-E tanto en su primer párrafo como en su segundo párrafo.
4. En otros casos el legislador ha hecho uso de la técnica de la pena alternativa, esto se aprecia en el delito de minería ilegal regulado en el artículo 307-A, segundo párrafo, específicamente el tipo base en su modalidad culposa.
5. El extremo mínimo de la pena privativa de libertad regulada para cada uno de los delitos establecidos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E, corresponderá al tercio inferior, tratándose de las penas privativas de la libertad cuando concurran algunas circunstancias de atenuación genéricas reguladas en el artículo 46, numeral 1 del CP.
6. El legislador ha establecido para todos los delitos regulados y mencionados salvo el tipo base culposo tanto el extremo mínimo de la pena privativa de la libertad como el extremo máximo, en cambio para la modalidad culposa sólo ha establecido el extremo máximo siendo necesario recurrir al art. 29 del CP.

9.2. Pena accesoria de inhabilitación (Art. 307-F)

En el caso de las penas accesorias el legislador ha establecido al igual que el ya viejo antecedente del decreto ley N° 25475, que para todo delito de terrorismo corresponde la pena privativa de la libertad y alguna otra, así como para todos los supuestos indefectiblemente les corresponde la pena de inhabilitación.

Asimismo, para los delitos regulados en el D. Leg. N° 1102, corresponde la pena de inhabilitación, pero no como pena principal sino como pena accesoria.

En la doctrina algunos han definido a las penas accesorias como "aquellas que presuponen la imposición de otra principal. No son un simple efecto de la principal, pues requieren una expresa imposición por parte el juzgado o tribunal (...), que no es más que expresión del aspecto de garantía jurisdiccional del principio de legalidad (...). De esta forma, aun cuando la ley en cumplimiento del aspecto garantía penal del principio de legalidad, contemple alguna como accesoria, necesariamente el juez o tribunal tendrá que imponerla expresamente en la sentencia condenatoria. La tendencia moderna es irlas suprimiendo por su carácter negativo para el desarrollo del sujeto o reconvirtiéndolas en penas sustitutivas a la de libertad en ciertos delitos" (Bustos y Hormazabal, 1997, p. 170).

Ahora bien, la pena de inhabilitación regulada por el artículo 307-F es de carácter accesorio pues resulta aplicable a todos los supuestos regulados por los artículos 307-A y 307-B, así como a los demás tipos penales tales como los artículos 307-C, 307-D y 307-E teniendo como efecto la privación de la capacidad de poder obtener concesiones, las mismas que han sido desarrolladas en el punto 1.09, 1.10 y 1.11.

La consecuencia principal para estos delitos mencionados es que la duración de la pena de inhabilitación se corresponda con el período de la pena principal, en este caso de la pena privativa de libertad, incluso cuando exista otra pena principal como la multa.

Ahora, sobre la consideración de la inhabilitación regulada en el art. 307-F el acuerdo plenario N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del 2008:

> "7° La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplicada conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañado a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho –se basa en la incompetencia y el abuso de la función – (artículos 39° y 40° del Código Penal)".

Desde mi perspectiva consideramos que la inhabilitación regulada en el art. 307-F es accesoria por acompañar la pena privativa de libertad para los casos de los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E.

CONCLUSIONES

1. La reforma penal realizada a través del D. Leg. N° 1102 sólo se ha limitado a establecer tipos penales, en lo que al art. 307-A y 307-B, que individualizan acciones que en algunos casos podían resolverse con las normas penales que regulan los delitos contra el medio ambiente.

2. La tipificación de la conductas realizadas a través de la introducción de los artículos 307-A y 307-B han sobrepoblado de requisitos tales como ley penal en blanco, delitos de resultado material y elementos normativos no siendo un cambio de tendencia en la política criminal, pues un cambio de tendencia hubiese sido apostar por un modelo de prevención a través de los delitos de peligro concreto, pero ello no se ha dado.

3. Otra de las conclusiones resulta en la demora de la regulación de las normas extrapenales que regulan los estándares de contaminación así como la implementación de laboratorios o equipamientos de entidades tales como las universidades de las zonas en las que se producen la contaminación de la actividad minera ilegal, aún esto está en manos de terceros y generalmente bajo el modelo centralista de la criminalística.

REFERENCIAS

LIBROS

- Álvarez, J.; Sotero, V., Brack Egg, A. e Ipenza Peralta, C. (2011). *Minería aurífera en Madre de Dios y contaminación con mercurio. Una bomba de tiempo*. Perú: El Instituto de la Amazonía Peruana - IIAP y el Ministerio del Ambiente.
- Balmaceda Quirós, J. F. (2014). *Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia delictiva* (Colección Atelier penal). Barcelona, España: Atelier.

- Bustos Ramírez, J. y Hormazabal, H. (1997). *Lecciones de derecho penal* (Colección Estructuras y procesos, vol. 1). España: Editorial Trotta, p. 170.
- Chaparro Ávila, E. (2000). *La llamada pequeña minería: un renovado enfoque empresarial* (Colección Recursos naturales e infraestructura, Nº 9). Chile: Cepal.
- Callegari, L. A. (2009). *Lavado de activos.* Perú: Ara editores.
- Capital humano y social. (2010). *La trata de personas en el Perú. Manual para conocer el problema.* Perú: Capital humano y social, Comisión Europea, Embajada del Reino de los Países Bajos.
- Cubas Villanueva, V. (2009). *El nuevo proceso penal peruano.* Perú: Palestra editores.
- Gafisud (2012). *Reunión conjunta de tipologías Gafisud – Egmont.* Ecuador: Gafisud.
- Garay Salamanca, L. G. (2013). *Globalización/glocalización, soberanía y gobernanza. A propósito del cambio climático y el extractivismo minero.* J. V. Saldarriaga, Ó. Alarcón Nuñez y R. Medina Bedoya (*Eds.*). Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista. Madrid, España: Contraloría General de la República.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general.* (3ª ed.). Perú: Grijley, p. 447.
- Ipenza Peralta, C.A. (2012). *Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal* (2ª ed.). Perú: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
- Landecho Velasco, C. M. (2004). *Derecho penal español. Parte general* (7ª ed.). España: Tecnos.
- Manual de minería (s.f.). Perú: Estudios mineros del Perú.
- Mapelli Caffarena, B. (2011). *Las consecuencias jurídicas del delito* (5º ed.). España: Civitas
- Minería. Impactos sociales y ambientales (2004). Uruguay: Movimiento mundial por los bosques tropicales.
- Ministerio del Ambiente del Perú (2011). *Compendio de la Legislación Ambiental Peruana.* Perú: Dirección general de políticas, normas e instrumentos de gestión ambiental del ministerio del ambiente.
- Ministerio del Interior del Perú (2011). *Plan Nacional de acción contra la trata de personas en el Perú.* Perú: MININTER.

- Molina Cabrera, V., Bertrán Martínez, J., Zulueta Blanco, M. E. y Moreno Rodríguez, H. J. (s.f.). *Introducción al conocimiento del medio ambiente* (Suplemento especial). 1-31.
- Mujica, J. (2014). *Elementos comparados del impacto de la trata de personas en la salud de víctimas adolescentes en el contexto de la minería ilegal de oro en Madre de Dios.* Perú: Centro de Prevención y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos PROMSEX.
- Prat García, J. M. (2000). *El delito ecológico.* España: Cedecs Editorial.
- Procuraduría General de la Nación (s.f.). *Minería ilegal en Colombia. Informe preventivo.*
- Real Academia Española (2014). *Diccionario de la lengua española* (23ª ed.) (Tomo I) (Edición por los 300 años). Madrid, España: Espasa.
- Saldarriaga Massa, G. M. (2013). *Trata de personas y tráfico de migrantes: Desafíos para la nueva evangelización.* Perú: Movimiento Pastoral de Movilidad Humana.
- Sánchez Velarde, P. (2009). *El nuevo proceso penal.* Perú: Idemsa.
- Sociedad Nacional de minería, petróleo y energía. (s. f.). Perú: Manual de inversiones mineras.
- Sociedad Nacional de Minería (octubre, 2011). Los minerales no metálicos. Informe quincenal de la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo y energía, 66.

ARTÍCULOS

- Andaluz Westreicher, C. (abril, 2012). La minería ilegal /informal en el Perú. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, 46, 3-27.
- Basurto González, D. (Marzo, 2001). *Delitos ambientales. Centro Interdisciplinario de Investigaciones y Estudios sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, Trabajo N° 03, 1-21.
- Da Silva Oliveira, R. (abril-junio, 2012). *Las redes de prostitución y tráfico de mujeres en la Frontera Brasil-Venezuela por las Carreteras BR-174 y Troncal 10.* Espacio Abierto, *21*(2), pp. 325-343.
- Escobar Banda, R. (s.f.) *La otra cara del oro: la minería informal e ilegal un problema aún por resolver.* XII Taller de Derecho Ambiental. 1-13.
- Iligaray Koo. E. F. (s.f.). *Proyecto de Delito Ecológico en Chile y el Derecho Comparado.* Recuperado de http://www.sinia.cl/1292/fo-article-29460.pdf

- Los minerales no metálicos (octubre, 2011). Informe quincenal de la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo y energía, 66, 1-3.
- Morán Herrera, F. (s.f.). Delitos y contravenciones penales ambientales. *Revistas pensamiento penal.* Recuperado de http://www.pensamiento-penal.com.ar/01 022011/dnc06.pdf
- Ordóñez, G. A. (2000). Salud ambiental: conceptos y actividades. *Revista Panam Salud Publica/Pan Am J Public Health* (Informe especial), 7(3), 139.
- Pérez López, J. A. (2012). Lavado de activos y aspectos sustantivos del decreto legislativo N° 1106. *Gaceta penal y procesal penal,* 35, 51-66.
- Robles Mendoza, R. (mayo, 2003). Efectos de la minería moderna en tres regiones del Perú. *Revista de Antropología,* (1)1, 31-70.
- Salas Beteta, C. (2012). El delito de lavado de activos y su dificultad probatoria en el Código Procesal Penal de 2004. Comentarios al Decreto Legislativo N° 1106. *Gaceta Penal y Procesal Penal,* 35, 13-50.
- Toche M., E. y Zeballos M., M. (s.f.). *La minería en contextos de informalización, anotaciones sobre Apurímac,* 133-157.
- Westreicher, C. (abril, 2012). La minería ilegal /informal en el Perú. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, 46, 3-27.

DOCUMENTOS

Estrategia Nacional para la interdicción de la minería ilegal. Publicado el 11 de enero del 2014.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Introducción al estudio de los delitos económicos:
Concepto y bien jurídico protegido

Silfredo Hugo Vizcardo*
Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: *Introducción. 1.- Delitos económicos: Referentes históricos y normativos. 2.- Constitución y régimen económico. 3.- Autonomía del Derecho Penal Económico. 4.- Conceptualización: Delitos económicos. 5.- Sistemática: Contenido típico. 6.- Bien jurídico protegido. Conclusiones. Bibliografía.*

---

* Profesor titular de Derecho Penal UNMSM. Profesor de Derecho Penal. Facultad de Derecho UIGV. Profesor de la Unidad de Post Grado. Facultad de Derecho y C.P. de la UNMSM. Magister y Doctor en Derecho penal UNMSM. Profesor investigador, autor de diversos artículos y libros en materia penal.

RESUMEN
Modernamente se ha introducido en el debate doctrinario, la necesidad de diferenciar, desde la perspectiva de la imputación penal como instrumento de ultima ratio, aquellos atentados que se producen contra bienes jurídicos económicos de naturaleza particular, que afectan el patrimonio individual (como hurtos, estafas, etc.), de aquellos actos que atentan en general contra todo el sistema económico (entendido en sus fases de producción, distribución y consumo de bienes y servicios), y que por consiguiente, perjudican al conglomerado social en su totalidad. Por ello, en estos últimos tiempos se ha desarrollado en el ámbito normativo, un área específica del derecho penal denominado: "Derecho Penal Económico". En nuestro sistema punitivo no son extrañas estas manifestaciones delictivas, que nuestro Código legisla de manera indiscriminada, pero urge un adecuado estudio del contexto de estos delitos, para propiciar una homogénea legislación, más técnica y moderna, que los comprenda bajo un solo nomen iuris: "Delitos económicos" o "Delitos Socio-económicos".

PALABRAS CLAVES:
Concepto de delitos socio económicos

INTRODUCCIÓN

La criminalidad económica fue en nuestro país, hasta hace poco, un problema observado con ojos de curiosidad meramente académica, pero la realidad nacional contemporánea ha evidenciado su incontenible auge y presencia social, a tal grado de constituirse, citando a Luis Arroyo Zapatero, como un "problema de política jurídica" (Rev. Peruana de C.P. 7/8, p. 613). (Observamos como en los últimos años los medios de comunicación suelen ocuparse con frecuencia, de casos de delitos de defraudación fiscal, empresarial, y otro tipo de atentados contra la economía, realizados por diversas personas e incluso políticos y empresarios de cierta connotación pública, que incluso se dan maña para presionar sobre la justicia y el propio legislador. Ello evidencia un incremento cuantitativo indudable de este tipo de delincuencia, así como la conciencia de la dañosidad social que implica y por ende la urgencia de una adecuada política criminal prevencionista por parte del Estado).

Modernamente se ha introducido en el debate doctrinario, la necesidad de diferenciar, desde la perspectiva de la imputación penal como instrumento de ultima ratio, aquellos atentados que se producen contra bienes jurídicos económicos de naturaleza particular, que afectan el patrimonio individual (como hurtos, estafas, etc.), de aquellos actos que atentan en general contra todo el sistema económico (entendido en sus fases de producción, distribución y consumo de bienes y servicios), y que por consiguiente, perjudican al conglomerado social en su totalidad.

El derecho penal ha tardado en reaccionar frente a esta realidad, y sin duda los primeros análisis y el mayor desarrollo de esta materia, hasta ahora, provienen del campo criminológico (Bergoña San Martín, D. penal económico y delito tributario, D. penal económico y de la empresa, 1996, p. 185). Así, Klaus Tiedemann indica que la criminalidad económica constituye el objeto de las preocupaciones de la nueva rama de investigaciones de la criminología, una ciencia que en su conjunto es todavía relativamente joven, que se designa con la expresión criminología económica, que puede describirse como la ciencia de las formas de aparición, las causas y los autores de los delitos económicos, así como del control social de las actividades económicas (Temas de D.P. Económico y ambiental, 1999, p. 39).

PROBLEMA JURÍDICO: En estos últimos tiempos, y con el impulso de los estudios criminológicos, se ha desarrollado con gran intensidad en el ámbito normativo, un área específica del derecho penal en esta materia, que se ha dado en denominar: "Derecho Penal Económico": Los llamados delitos económicos, a decir de Bustos Ramírez, son delitos referidos al funcionamiento del sistema, de carácter macrosocial, que afectan por eso bienes jurídicos determinados que están al servicio de los bienes jurídicos microsociales que configuran las bases de existencia del sistema, luego subordinados a éstos jerárquicamente (Rev. Peruana de Ciencias Penales, N°1, p. 70).

Como lo ha expuesto Tiedemann, el llamado Derecho Penal Económico ha experimentado una notable expansión en las últimas décadas, correspondiéndose ahora con la noción de "delitos contra la economía". De modo que el "delito económico" no sólo se dirige contra intereses patrimoniales individuales, sino también contra intereses supra individuales, sociales o colectivos de la vida económica. En consecuencia, el bien jurídico protegido no es por

tanto, en primer término el interés individual de los agentes económicos, sino **el orden económico estatal en su conjunto: el desarrollo de la economía. En pocas palabras, la economía política con sus ramas específicas** (sistema financiero, sistema crediticio, etc.).

En el caso, nuestro a diferencia de otras realidades jurídicas y a la zaga de las posiciones doctrinarias más modernas, no tenemos todavía estructurado legislativamente un título referido propiamente al conjunto de delitos socio económicos (El C.P. español contiene en su Libro segundo, un Titulo XIII denominado: "Delitos Contra el Patrimonio y Contra el Orden Socioeconómico"; el C.P. colombiano legisla también, en su Libro Segundo, un Tiulo X: "Delitos Contra el Orden Económico Social").

Es de apreciarse que en nuestro sistema punitivo no son extrañas estas manifestaciones delictivas, que nuestro Código legisla de manera indiscriminada, pero urge al respecto un adecuado estudio del contexto de estos delitos, para propiciar una homogénea legislación, más técnica y moderna, que los comprenda legislativamente bajo un solo nomen iuris: "Delitos económicos" o "Delitos Socio-económicos".

1.- DELITOS ECONÓMICOS: REFERENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS

Si bien es cierto que desde la perspectiva sistemática, la estructuración de los delitos económicos, recién manifiesta su auge tras la revolución industrial de los años cincuenta y la aparición de las Constituciones de corte liberal que inspiraron el desarrollo socio económico, NO MENOS CIERTO ES TAMBIÉN. Como lo manifiesta Rodríguez Mourullo, que "el Derecho penal económico" es tan antiguo como el propio Derecho Penal, porque "allí donde existió un sistema penal hubo siempre un Derecho Penal Económico más o menos rudimentario, en consonancia con la correspondiente estructura social y grado de evolución económica".

En la época romana se castigaba a quienes especulaban con los precios de los cereales o evadían impuestos, o especulaban con cierto tipo de productos, como el hierro y las armas, o en su caso adulteraban los productos alimen-

ticios (se llegó incluso a aplicar pena de muerte en los casos más graves). En la Edad Media destacan los antecedentes marcados por el delito colectivo de "lo falso" en Alemania, que agrupaba una serie de conductas ilícitas atentatorias contra las relaciones de comercio. Durante la Edad Moderna la intervención penal en materia económica se fue extendiendo a otras conductas, excepto en el periodo de auge de las ideas liberales durante el siglo XIX.

Como bien lo manifiesta Reyna Alfaro, se puede considerar que en el siglo XIX se inicia el Derecho Penal Económico en sentido propio, pues como lo señala WÜRTENBERGUER: "Un Derecho Penal Económico en sentido propio, sólo comienza a existir cuando aparece una economía dirigida y centralizada, pues mientras existan condiciones que otorguen a los operadores económicos plena libertad para desarrollar relaciones económicas, el Estado carece de interés para interferirse en el mantenimiento del orden económico" (D.P. Económico, p. 19).

Como se ha podido apreciar, el surgimiento del Derecho Penal Económico propiamente dicho es de reciente data y encuentra sus antecedentes en las leyes destinadas a la protección del consumidor en Inglaterra, en esta línea aparecen la "Ley del Pan" (1836), la "Ley de la Adulteración de la Semilla" y la "Ley de Salud Pública" (1890). Contemporáneamente, en Norteamérica, se observan similares manifestaciones legislativas. En 1890 aparece la "Sherman Act", que marcó el inicio del sistema jurídico antitrust norteamericano. El objetivo de la Ley "Sherman" fue, como indica Lamas Puccio: "controlar y establecer un manejo equitativo de las actividades económicas en el área de la protección al consumidor".

Aunque en sus inicios la eficacia práctica del sistema antitrust norteamericano resultó mínima, en virtud a la promulgación de una serie de dispositivos legales (Ley "Clayton", Ley "Federal Trade Comisión" de 1914, Ley "Robinson Patman" de 1938 y la Pure Food and Drugs Act) y la jurisprudencia, dicho sistema comenzó a fortalecerse a tal nivel que ha servido de referente a otras legislaciones sobre la materia.

En Europa, el auge en el estudio del fenómeno delincuencial en el ámbito de la economía se produjo posteriormente, luego de culminada la segunda guerra mundial y superado el interés por impulsar las entonces deprimidas

economías, el legislador penal se preocupo en corregir las distorsiones existentes en el sistema económico.

Es así como en Alemania se reprime en sede penal comportamientos de acaparamiento y prácticas restrictivas de la competencia a través de la llamada "Ley para la simplificación del Derecho Penal Económico" de 1949. En 1954, con el cambio del modelo de economía planificada al de mercado, aparece la "Ley adicional para la simplificación del Derecho Penal Económico" que descriminalizó una serie de conductas que aparecían como lesivas contra la planificación estatal en materia económica. (La reforma del Derecho Penal Económico se inició en Alemania en 1972, durante el 42 Congreso de Juristas Alemanes, oficialmente con la creación de una Comisión de Expertos para la lucha contra la delincuencia económica y para la reforma del Derecho Penal Económico).

Ya durante la década de los setenta, como consecuencia del desarrollo acelerado de las economías europeas, se refuerzan las medidas destinadas a la protección de la actividad económica, no obstante, como ha constatado Abanto Vásquez, resulta singular que mientras en el ámbito de los llamados delitos tradicionales se producía el retroceso en la intervención del sistema penal (descriminalización de la homosexualidad, el adulterio, la seducción, así como la atenuación de otras figuras delictivas), en el terreno del Derecho Penal Económico se producía un progresivo aumento de las conductas fraudulentas consideradas ilícitas en clave penal (D.P. Económico, pág. 27).

La evolución histórica del Derecho Penal Económico en la esfera europea se ha visto marcada por la influencia en la Unión Europea, que si bien no legisla en materia penal, es evidente que ejerce una influencia que se manifiesta tanto negativa como positivamente.

El ius puniendi negativo se ha manifestado principalmente a través de las normas penales en blanco, en tanto que la influencia positiva viene dada en la capacidad de influir en los Poderes Legislativos de los Estados miembros a fin de crear o modificar normas vigentes.

La influencia de la Unión Europea, según Arroyo Zapatero, se ha evidenciado en tanto es fuente creadora, en materia económica, de un derecho

sancionador – administrativo propio, protege intereses propios de la comunidad provocando la innovación legislativa en sede penal y garantiza la puesta en vigencia de la normatividad penal económica dentro de los países miembros de la comunidad.

En España, conforme lo precisa Quintero Olivares, desde que se hizo público el proyecto de Código penal de 1980, primero de la historia penal española que contenía un título rubricado expresamente con la mención a los delitos económicos, una tempestad de críticas en pro y en contra de esta especie de delitos se desató en los ámbitos doctrinales. Paulatinamente, las opiniones de aquellos que abiertamente proclamaban que se trataba de normas superfluas e innecesarias, pues todo tenía cabida en una correcta, aunque ignorada, interpretación del Código penal en vigor, fueron perdiendo fuerza y mostrando su enorme debilidad, que se plasmaba en una idea precisa: en contra de lo pretendido por sus ensalzadores, el código hasta ahora vigente era incapaz de afrontar las necesidades sociales en relación con las distintas manifestaciones de las relaciones patrimoniales, obligacionales, económicas, y que todo lo que implica la economía de mercado. Sólo un voluntarismo de incomprensible fundamento podía aferrarse a la tesis contraria a la inclusión de un grupo de delitos económicos.

Una segunda cuestión fue la relativa a cuales eran en concreto las infracciones que merecían la calificación de delitos económicos. A partir de ahí se abrió un ocioso debate sobre los "elementos" o "requisitos" que debían caracterizar a un delito para merecer tal adjetivo. Así se decía, a la postre, que los delitos patrimoniales eran "individualistas" y que los económicos tenían un marcado sentido de ofensa potencial o concreta a lo "colectivo o general". También se decía que los delitos patrimoniales se producían en las relaciones entre sujetos aislados, mientras que en los delitos económicos se producía una extensión del bien jurídico hacia las relaciones básicas del funcionamiento del mercado, cuando no del sistema económico. Esto último era abiertamente pretencioso, pues el Derecho penal, como mucho, puede intentar evitar o corregir algunas conductas particularmente nocivas para las sociedades mercantiles o sus accionistas o clientes, la buena fe en el mercado financiero o comercial, o componentes inmateriales de la actividad económica (propiedad intelectual o industrial). Transformar esas modestas, aunque importantes, metas en la contribución penal a la política económica es tan disparatado como suponer que el

castigo de la traición o del espionaje es la participación del Derecho penal en la política militar y de defensa. Al hilo de ello, se polemizó largamente sobre cuál era el nombre más adecuado para designar a esta clase de delitos, ofreciéndose los de delitos "económicos", "socioeconómicos", contra el "orden económico", cuestión que en verdad carece de interés, salvo por lo expresiva que es respecto de la desorientación doctrinal sobre cuáles eran las metas que podían perseguir un renovado Derecho penal en esta materia.

Bien es cierto que tras este debate vivían dos cuestiones de cierto, aunque desigual interés:

La discusión sobre el sentido o significado del bien jurídico protegido en los delitos económicos servía, ante todo, para a su vez discutir si se tenía que componer dos Títulos diferenciados en el Código Penal, uno dedicados a delitos patrimoniales y otro a los delitos económicos. Junto a esa cuestión, esencialmente formal, venía la de las consecuencias para la aplicación de la ley, puesto que la diversidad de bienes jurídicos podría abrir el camino a la apreciación de eventuales concursos de delitos, ya que un mismo hecho sería capaz de golpear a la vez intereses patrimoniales (de un particular) y generales (económicos).

La naturaleza individual o general del bien jurídico afectará también a la legitimación para ejercer la acción penal y para merecer el resarcimiento, pero también será incluso antes, un criterio determinante para decidir qué delitos exigen un efectivo menoscabo patrimonial (los delitos patrimoniales en sentido clásico) y cuáles otros pueden configurarse solamente a partir de la constatación de un riesgo para el mercado o para legítimos intereses ligados a la limpieza de las reglas de juego de ese mercado (delitos económicos).

El Código Penal de 1995, Continúa diciendo el maestro español, siguiendo la pauta marcada por el proyecto de Código penal de 1992, ha decidido tratar juntamente los delitos patrimoniales y económicos. La razón que anima al legislador no parece expresada con claridad en la exposición de motivos, pero puede conjeturarse, dada la analogía de la decisión tomada, que es la misma que movió al prelegislador de 1992: existe una zona "mixta", en la que confluyen valores de signo "patrimonial-individual" y de sentido "econó-

mico-colectivo", pues se trata de delitos en los que no es posible otorgar uno solo de esos caracteres, dada la pluralidad de bienes jurídicos potencialmente afectados. Tal sucede con determinadas insolvencias fraudulentas, con los delitos relativos a la propiedad industrial o intelectual, o con los fraudes a los consumidores, infracciones en las que es visible a la vez un daño patrimonial evaluable y una infracción de las condiciones mínimas de la seguridad del mercado. Siendo así, no parece fácil decir la ubicación en el grupo patrimonial o en el grupo económico, sin correr riesgo de pérdida del sentido pleno de cada infracción. Por lo tanto, lo más prudente era reunir en un solo amplio Título a los delitos patrimoniales y a los delitos económicos, que es lo que hace el Título XIII del Código Penal.

El Título XIII comienza por la infracción patrimonial básica (el delito de hurto), para posteriormente describir los delitos de apoderamiento directo, los de apoderamiento fraudulento, las insolvencias (aquí ya comienza a ampliarse el significado del bien jurídico afectado), continuando con otras infracciones clásicas, nuevas o renovadas, hasta llegar a los delitos relativos al mercado y a las sociedades mercantiles, en los que es más visible el sentido económico que el patrimonial y entre ambos grupos sólo existe un tenue ecuador determinado por las disposiciones comunes del capítulo X, que van referidas sólo a los delitos (patrimoniales) que le preceden. Se ha dicho, y no sin razón, que acaso el carácter económico sólo es evidente en esos dos últimos grupos de infracción, mientras que existen otras conductas punibles de contenido económico en otros Títulos, en concreto, en el Título XIV (delitos contra la hacienda pública y la seguridad social), en el Título XV (delitos contra los derechos de los trabajadores), e incluso en el Título XVI (delitos contra la ordenación del territorio). Sin entrar ahora en el análisis del sentido de esos Títulos, podemos aceptar que es cierta esa observación. Pero en los delitos económicos del Titulo XVIII se produce una fricción conceptual con delitos patrimoniales clásicos que daría lugar, de no existir una descripción conjunta, a problemas interpretativos y, en especial, a indeseados concursos ideales de delitos, cosa que no se plantea respecto de esas otras infracciones con componentes económicos en su base de antijuricidad material (Gonzalo Quintero Olivares, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, pgs. 441, 442).

En Latinoamérica, observamos el Código Penal colombiano, que diferencia el tratamiento de los delitos patrimoniales individuales de los propiamente socio-económicos. Así el Título VII del Libro Segundo del Código colocho, identifica como objeto de protección penal al "patrimonio económico" (tipificando los denominados delitos patrimoniales tradicionales). Por su parte, el Título X del Libro Segundo del referido código punitivo, legisla sobre los denominados "DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO SOCIAL", abarcando en su sistemática los siguientes capítulos: Capítulo primero: Del acaparamiento, la especulación y otras infracciones (como el agiotaje, pánico económico, ilícita explotación comercial, daño en materia prima, usura, usurpación y uso ilegítimo de marcas y patentes, violación de reserva industrial o comercial, exportación o importación ficticia, aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, evasión fiscal); Capítulo segundo: De los delitos contra el sistema financiero; Capítulo tercero: De la urbanización ilegal; Capítulo cuarto: Del contrabando; Capítulo quinto: Del lavado de activos.

En el Perú, el Código Penal de 1863, como es evidente, no legisló propiamente sobre materia económica. La orientación político criminal de la época se representó en la Sección Duodécima del Libro Segundo de nuestro primer Código punitivo, donde se legisló sobre "LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD PARTICULAR". No obstante, si quisiésemos apreciar atisbos de conductas socio-económicas, apreciamos que en esta sección se sancionó la conducta de los "deudores punibles" (Título III). En igual perspectiva, dicho código histórico, sancionó también, en su Sección Sexta del Libro Segundo, "la falsificación de documentos de crédito" (Título III) y "la falsificación de moneda" (Título IV).

Durante la vigencia del Código Penal de 1924, tampoco se aprecia el tratamiento de modalidades típicas propiamente de delitos económicos. Las únicas formas delictivas que más o menos respondían a esas características, fueron legisladas en el marco de los delitos patrimoniales y los que corresponden a la fe pública. Así, los "delitos en la quiebra y en las deudas" fueron tipificados en el Título VI, de la Sección Sexta <Delitos Contra el Patrimonio>, del Libro Segundo (Arts. 252-256); los delitos de "falsificación de monedas, sellos, timbres y marcas oficiales", fueron a su vez tipificados en el Titulo II,

de la Sección Décima Quinta <Delitos Contra la Fe Pública>, del referido Libro Segundo (Arts. 369-379).

Recién la denominación de "Delitos Económicos" surge en nuestro sistema penal, con la promulgación del Decreto Legislativo N°123 del 12 de julio de 1981, llamado: "Ley sobre Delitos Económicos", que recogía una serie de conductas lesivas a los derechos del consumidor.

Es así, como, en principio, surge la protección del sistema socio-económico referida únicamente a la participación de un sujeto en la actividad económica: el consumidor, y en cuya base aparecía también el reconocimiento por parte del legislador penal, de bienes jurídicos referidos a la colectividad en su conjunto, independientemente de la afectación concreta del patrimonio individual que pudiera resultar perjudicado en el caso concreto.

A decir de mazuelos, el Derecho Penal Económico ha tenido en nuestro país un desarrollo constitucional y un desarrollo penal. En efecto, la Constitución de 1933, reconoce una serie de principios que fundamentan la idea de "orden económico" como interés digno de protección jurídica; entre ellos destacan, principalmente, la libre iniciativa privada en la economía social de mercado, la libertad de empresa, comercio e industria, el pluralismo económico, la libre competencia, prohibición del abuso de posiciones de dominio o monopólicas en el mercado, la defensa del consumidor.

El legislador penal de 1991 no dejó de percibir la trascendencia y necesidad del tratamiento legislativo de esta clase de delitos, y así lo declara en la exposición de motivos de nuestro Código punitivo, que a la letra dice: "La ley penal no podía permanecer insensible ante la evolución y complejidad de la actividad económica entendida como un orden. Con basamento constitucional, el nuevo código penal no prescinde de la represión de los delitos contra el orden económico. Nuestra norma fundamental garantiza el pluralismo económico y la economía social de mercado, principios que deben guardar concordancia con el interés social. Asimismo se establece la promoción por parte del Estado del desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad y la racional utilización de los recursos. El sistema, por tanto, tiene como objetivo fundamental el bienestar general.

La delincuencia económica atenta contra este ordenamiento que resulta fundamental para la satisfacción de las necesidades de todos los individuos de la sociedad y, por ello, debe reprimirse. En esta orientación el Código Penal dedica un Título al tratamiento de los Delitos contra el Orden Económico.

Lamentablemente el tratamiento en general de los delitos económicos en nuestra legislación, no se representa uniforme ni completo. Es de apreciarse que en nuestro sistema punitivo no son extrañas estas manifestaciones delictivas, que nuestro Código legisla de manera indiscriminada.

A pesar de estos avances legislativos, existen serios problemas de determinación político criminal, que se observa al interior mismo del sistema regulatorio penal de cara a su efectividad como instrumento de prevención general. Por un lado el desorden y carencia sistemática ya criticada y por otro lado la ausencia de proporcionalidad de las medidas de respuesta penal vía sanción. Realidad que tiene directa relación con el descuido evidenciado por el legislador al momento de valorar la prevalencia de los bienes jurídicos sujetos a protección.

Así, es de criticarse que la respuesta punitiva, por ejemplo en un delito de estafa, que si bien es cierto, afecta el patrimonio y para la víctima representa un efectivo perjuicio, el daño no se manifiesta equitativo (desde la perspectiva social), con la lesión que se pudiese ocasionar, por ejemplo, al sistema crediticio financiero, en cuya circunstancia, podría verificarse un perjuicio, de naturaleza también económica, pero en el que se vulnera intereses de un apreciable el colectivo social. Extrañamente el primero tiene una repercusión penal mayor, mientras que para los segundos, la respuesta punitiva es menor. Ello en la práctica, se traduce en una condición discriminatoria reñida por la Constitución.

Urge una revisión sistemática y estructural de la escala de valores que fundamentas los criterios punitivos.

2.- CONSTITUCIÓN Y RÉGIMEN ECONÓMICO

El Título III de la Constitución se ocupa del régimen económico. Conviene, conforme lo precisa Bernales Ballesteros (La Constitución de 1993, p. 301), antes de ingresar al análisis de su articulado, señalar que se trata de un Título en el que se ha producido un número significativo de cambios respecto de la Constitución de 1979. En efecto, si ésta se mantenía al margen de las connotaciones ideológicas y se concentraba en dejar enunciadas las orientaciones pertinentes a la consecución del desarrollo nacional y el estado de bienestar, la actual opta resueltamente por disposiciones en las que el perfil ideológico del neoliberalismo resulta visible.

Esta opción, limitativa del pluralismo económico y del margen de juego que siempre conviene dejar a la actuación de los gobiernos para que operen con rapidez en la provisión de soluciones a problemas emergentes, puede afectar la estabilidad del sistema económico en sus relaciones con el marco constitucional de referencia (no es aconsejable llenar de rigideces ideológicas una Constitución, sobre todo cuando se trata de asuntos económicos).

Francisco Fernández Segado apunta que la recientemente reconocida "Constitución económica" en el Derecho Constitucional está reflejada por "el conjunto de normas que delinean el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica" (El Sistema Constitucional Español, p. 514). En efecto, ninguna Constitución se debe inmiscuir en el tratamiento específico de materias económicas que por su temporalidad están sujetas a cambios esporádicos en el tiempo. Lo que se debe consignar en una Carta es, como bien lo apunta la doctrina, el marco jurídico fundamental. La nueva Constitución peruana, como veremos a continuación, se sale continuamente de este marco y toma definidamente posición sobre circunstancias económico-financieras ajenas a la temática constitucional.

En la norma contenida en el artículo 58, la Constitución establece que la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Al respecto, citando a Enrique Bernales (ob. Cit. p. 302), en la historia económica reciente, podemos encontrar dos sistemas de tratamiento de este tema, que son los polos opuestos en la materia. Ambos existieron en la realidad. El primero fue históricamente el desarrollo del capitalismo a partir de la revolución liberal burguesa de los siglos XVIII y XIX, tanto en los Estados Unidos como en Europa. El capitalismo liberal de esos tiempos prácticamente no tuvo regulaciones en sus inicios: se podía iniciar las actividades que se prefiriera, salvo las delictivas desde luego, y no existían regulaciones ni de precios, ni de salarios, ni de condiciones de trabajo. La oferta y demanda funcionaron con absoluta independencia para regular los mercados. El principio casi absoluto fue la libertad de contratación entre personas e instituciones que eran considerados iguales entre sí para expresar sus voluntades. Esta igualdad, desde luego, fue más formal que real.

Las sociedades no soportaron tal nivel de desregulación. Muy pronto se establecieron ciertos límites a la libre iniciativa. El derecho recoge muchas de ellas. Podemos mencionar algunas:

a) La regulación de los precios, que comenzó con el pan, pero que luego se extendió a otros productos.
b) Los grandes bloqueos contra las potencias dominantes.
c) El derecho de trabajo que empezó a aparecer tempranamente en Europa con la regulación de la jornada laboral y que se fue extendiendo a muchos otros aspectos que socializan las relaciones laborales en el mundo moderno.
d) La legislación contraria a las posiciones dominantes en el mercado y a los acuerdos conducentes a la misma situación, en sus variadas formas. Esta constituye una regulación para garantizar la competencia, pero una regulación al fin y al cabo porque, sin ella, las propias fuerzas libres de la iniciativa acaban con las libertades.
e) Las regulaciones morales y de salud que impiden el libre desarrollo en materia económica de ciertos tóxicos legales; por ejemplo el cigarrillo y en su momento las prohibiciones a las bebidas alcohólicas.
f) Las regulaciones destinadas a proteger el medio ambiente, que no sólo obligan a invertir, sino que impiden realizar cierto tipo de actividades. La tala de bosques es un buen ejemplo.

g) La nacionalización de determinadas actividades estratégicas o poco rentables bajo distintas formas, que van desde la participación del Estado en las industrias, hasta la regulación de su comercialización. En este último aspecto, son muy importantes las reglas norteamericanas sobre autorización política para vender material vinculado a la defensa y producido por empresas privadas con sus propios capitales y a su propio riesgo.

Como podemos apreciar, el sistema de economía capitalista liberal ha evolucionado a lo largo del tiempo, incorporando algunas regulaciones y limitaciones, que buscan canalizar pero no entorpecer el desarrollo de la libre iniciativa privada. Países desarrollados de economía capitalista actúan bajo estas reglas que, al permeabilizar la doctrina de referencia, han salvado al liberalismo del carácter fundamentalista con que lo difunden y exigen practicarlo algunos de sus seguidores en América Latina.

¿Cuáles normas encauzan y cuáles estorban? Es una pregunta trascendental y no existe una sola respuesta. Según las opciones políticas que se tome, algunas de las medidas son aceptadas por todos: por ejemplo las regulaciones tradicionales del mercado de trabajo, como salario mínimo, descanso semanal y anual, etc.; en tanto que otras están sujetas a discusión.

El segundo es el sistema de una economía dirigida centralizadamente por un plan y un mecanismo de presión que convierte a las personas y las empresas en meros ejecutores de decisiones tomadas en otros niveles, a menudo con criterio esencialmente político, no económico. Aquí, la iniciativa privada simplemente no existía o estaba enormemente reducida.

La cabeza de este sistema fue durante muchos decenios del siglo XX la unión de Repúbicas Socialistas Soviéticas, que adoptó la economía centralmente planificada luego de la Revolución Bolchevique de 1917. El sistema logró un desarrollo inicial significativo de la industria, particularmente la pesada. Sin embargo, mostró límites muy grandes para promover un desarrollo continuo y efectivamente saneado. Como es bien sabido, el intento de hacer reformas estructurales tanto en el sistema político como en el económico, que fue el loable empeño de Mijail Gorvachov, no hizo más que mostrar que el

enfermo era incurable. La URSS entró en colapso y desapareció a fines de los ochenta.

Las mejores experiencias de occidente sugieren que el sistema ideal debe ubicarse en algún punto intermedio de estos extremos: respetar la iniciativa privada pero, al mismo tiempo, establecer las normas que la canalicen creativa y no destructivamente. Todo ello para lograr el progreso material de la sociedad y, con ello, permitir el desarrollo de las personas ya no sólo materialmente, sino en el sentido integral del término.

Una correcta interpretación indicaría que a pesar de su opción por el liberalismo la Constitución ha vinculado la iniciativa privada libre con el ejercicio de una "economía social de mercado". En este punto hubo discusión en el Congreso Constituyente. Unos eran partidarios de esta fórmula y otros de la de "economía de mercado". La diferencia evidente es la existencia o no del concepto social.

En cierto sentido, algunos consideran que añadir o quitar el concepto social al mercado es un problema de expresión política que no cambia las cosas porque, al fin de cuentas, la economía es de mercado o es de planificación centralizada. Luego de lo sostenido anteriormente, resulta evidente que pensar así es hacerlo en blanco y negro, sin tomar en cuenta la inmensa área gris del espectro.

Desde el punto de vista normativo constitucional, que es el que nos corresponde exponer, la expresión economía social de mercado permite en el plano constitucional introducir correctivos al libre juego del mercado que orienten toda la actividad hacia objetivos no sólo individuales sino también colectivos. El tema está vinculado a otras normas también constitucionales, como la definición de la República como social (Art. 43) y la importancia de la solidaridad en la educación (Art. 14). Este es un gran eje hermenéutico de principios generales contenidos en el texto mismo de la Constitución.

La discusión sobre los elementos que pueden ser incorporados a través de este contenido en el sistema jurídico, nuevamente, es de naturaleza política. Sin embargo desde el punto de vista normativo, lo evidente es que la discusión

de cuáles y cuáles no ingresan, tiene posibilidades de darse por el carácter social de la economía de mercado.

En esta perspectiva, nuestra constitución establece en el artículo 59, que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Esta norma constitucional establece que la función del Estado en la economía es la de orientar el desarrollo del país, con lo que se excluye un modelo de economía centralmente planificada o cercana a ella. El rol del Estado no es intervenir directamente en la vida económica sino orientarla. Desde luego, no excluye que el Estado fije objetivos y prioridades hacia los cuales orientará el desarrollo económico del país ni que establezca empresas públicas y como actividad subsidiaria, según el artículo 60 de la Constitución.

Sin embargo, es muy clara la diferencia entre orientación y planificación central e intervención. La orientación permite canalizar iniciativas hacia sectores prioritarios pero no puede impedir la iniciativa privada en otros no considerados como tales. La planificación central discrimina y señala en cuáles sectores habrá actividad privada y en cuales no. La intervención directa del Estado supone que él mismo invierte con prioridad sobre otros sectores capital en ciertas actividades económicas, cuando no se las reserva con exclusividad. El camino elegido por la Constitución es claramente el de un Estado orientador.

En este sentido, la Carta fundamental establece que el Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal (Art. 60 Constitución).

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares (Art. 61 Constitución).

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 u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente (Art. 62 Constitución).

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley (Art. 63 Constitución).

El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera (Art. 64 Constitución). El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes

y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población (Art. 65).

3.- AUTONOMÍA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

En doctrina ha quedado definido el contenido extra penal del denominado "Derecho Económico", que comprende un conjunto de disposiciones legales, que imponen un determinado ordenamiento de la economía nacional con miras al bienestar y mejoramiento colectivos en lo referente al aprovechamiento, distribución y consumo de la riqueza y de los servicios. En suma, el ordenamiento del sistema económico. También el Derecho Económico, en sentido amplio, comprende al Derecho de la Empresa, esto es, abarca el problema de quiénes serán admitidos como empresarios y cuáles son las condiciones básicas del funcionamiento de las empresas y, por último, se refiere también a la regulación de las relaciones de las empresas entre sí y, principalmente, a las formas de comportamiento en materia de competencia de mercado.

Con respecto a ello, Tiedemann afirma que el Derecho Penal no tiene como misión la de conformar ni dirigir el orden económico, sino, por el contrario y como principio, ratificar un orden extra penal y colaborar así para su efectividad; de ello se desprende también su carácter secundario y accesorio, pues los mandatos y prohibiciones del orden económico pertenecen al Derecho Económico y las reglas de éste son el punto de apoyo para la punibilidad.

Así, la denominación "Derecho Penal Económico" no implica en forma alguna una subordinación del derecho a la economía sino una mera aceptación de las implicaciones y problemas económicos de las relaciones jurídicas entre las personas en la sociedad post industrial y de su regulación por el derecho (Carrillo y Pinzón).

En cuanto a su ámbito de actuación, la doctrina contemporánea se inclina por defender una perspectiva amplia del Derecho Penal Económico, que abarque no sólo aquellos delitos vinculados con la planificación estatal de la economía, sino todo el conjunto de los delitos relacionados con la actividad económica y dirigidos contra las normas estatales que organizan y protegen

la vida económica y la actividad y organización de las empresas (Mazuelos Coello).

El sistema socio-económico está en función de todos y cada uno de los miembros de la colectividad, con lo cual un valor primordial a ser tomado en cuenta en el ámbito del Derecho Penal Económico es la participación del individuo en el conjunto de relaciones socio económicas establecidas legalmente dentro del sistema económico. Desde esta idea, habrá de desarrollarse la conceptualización de todos los bienes jurídicos dignos de protección por el Derecho Penal Económico. Con acierto destaca Lamas Puccio, el ordenamiento jurídico tiene como uno de sus principales objetivos la sistematización de las relaciones y el funcionamiento de los distintos agregados sociales.

En opinión de Tiedemann, los delitos económicos están en relación directa con la idea de "orden económico", se trata de delitos que lesionan las disposiciones legales que organizan y protegen la vida económica. Sin embargo, el Derecho Penal únicamente ratifica un orden extra penal y colabora así por su efectividad. Como se ha precisado anteriormente, en el ámbito de la economía, el Derecho Penal posee un carácter secundario y accesorio, las normas del orden económico están contenidas en el derecho económico y las reglas de este son el punto de apoyo para la punición de ciertas conductas.

Existen diversas causas de imperfecciones del mercado que obligan a adoptar distintas medidas correctoras para recobrar una óptima situación ya sea dentro o fuera del mercado. En ese sentido, el Derecho Penal aparece dentro del conjunto de medidas asumidas por el Estado para lograr el equilibrio del mercado y diluir las imperfecciones que se originan en su seno. El Derecho Penal económico aparece en un momento posterior, sólo respecto de aquellas imperfecciones provocadas voluntaria y artificialmente por los sujetos económicos y que no pueden ser resueltas por las propias reglas del sistema económico.

La ampliación en los últimos años del Derecho Penal Económico ha de venir aparejada de un Derecho Penal Económico contravencional, lo cual implica admitir la existencia de una instancia de control administrativo anterior al Derecho Penal Económico. El Derecho Penal por excelencia es subsidiario

y ultima ratio dentro del sistema de control social, ello significa que sólo procederá su intervención en la actividad económica cuando los demás mecanismos e instrumentos de política económica o de control hayan fracasado.

En nuestro país, instituciones como la Superintendencia de Banca y Seguros, Indecopi, Conasev, Aduanas, Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), entre otras, vienen cumpliendo esa tarea de descongestionamiento de la administración de justicia penal desde la perspectiva de un Derecho Administrativo Sancionador.

El desarrollo y la afirmación de la autonomía del Derecho Penal Económico, implica la necesidad de implementar instituciones administrativas que puedan solventar los conflictos menores de la actividad económica, dejándole únicamente aquella parte del control que necesita de la intervención de la administración de justicia penal para la solución de los conflictos más graves.

4.- CONCEPTUALIZACIÓN: DELITOS ECONÓMICOS

Modernamente se ha introducido en el debate doctrinario, la necesidad de diferenciar, desde la perspectiva de la imputación penal como instrumento de ultima ratio, aquellos atentados que se producen contra bienes jurídicos económicos de naturaleza particular, que afectan el patrimonio individual (como hurtos, estafas, etc.), de aquellos actos que atentan en general contra todo el sistema económico (entendido en sus fases de producción, distribución y consumo de bienes y servicios), y que por consiguiente, perjudican al conglomerado social en su totalidad.

La criminalidad económica fue en nuestro país, hasta hace poco, un problema observado con ojos de curiosidad meramente académica, pero la realidad nacional contemporánea ha evidenciado su incontenible auge y presencia social, a tal grado de constituirse, citando a Luis Arroyo Zapatero, como un "problema de política jurídica" (Rev. Peruana de C.P. 7/8, p. 613). (Observamos como en los últimos años los medios de comunicación suelen ocuparse con frecuencia, de casos de delitos de defraudación fiscal, empresarial, y otro tipo de atentados contra la economía, realizados por diversas personas e inclu-

so políticos y empresarios de cierta connotación pública, que incluso se dan maña para presionar sobre la justicia y el propio legislador. Ello evidencia un incremento cuantitativo indudable de este tipo de delincuencia, así como la conciencia de la dañosidad social que implica y por ende la urgencia de una adecuada política criminal prevencionista por parte del Estado).

Conforme lo aprecia Bustos Ramírez (Manual D.P., Parte Especial, 1986, p. 307), la relevancia del problema económico en el funcionamiento del sistema se puso de relieve a fines del siglo XIX, cuando se comprobó que la libertad económica provocaba graves disfunciones y crisis agudas en el sistema. De ahí se ve la necesidad de que el Estado intervenga en materia económica para resolver estas disfunciones y asegurar en beneficio de todos, un determinado equilibrio económico. El nuevo papel que asume el Estado da origen posteriormente a la concepción de una economía social de mercado, en la que manteniéndose la concepción de libertad económica, se produce una intervención en el mercado para mantener ese determinado equilibrio que impida un perjuicio socio económico a todos los miembros de la colectividad (Al respecto, Bajo Fernández, indica que el Derecho Penal económico español en estos momentos se enmarca claramente dentro de las líneas económicas señaladas por el constitucionalismo del siglo XX, sobre todo a partir de la Primera Guerra Mundial, preocupado por las exigencias de justicia social en el orden económico que va a establecer las bases del nuevo intervencionismo estatal en la economía <en: D. Penal Económico y de la Empresa, 1996, p. 130>).

El derecho penal ha tardado en reaccionar frente a esta realidad, y sin duda los primeros análisis y el mayor desarrollo de esta materia, hasta ahora, provienen del campo criminológico (Bergoña San Martín, D. penal económico y delito tributario, D. penal económico y de la empresa, 1996, p. 185). Así, Klaus Tiedemann indica que la criminalidad económica constituye el objeto de las preocupaciones de la nueva rama de investigaciones de la criminología, una ciencia que en su conjunto es todavía relativamente joven, que se designa con la expresión criminología económica, que puede describirse como la ciencia de las formas de aparición, las causas y los autores de los delitos económicos, así como del control social de las actividades económicas (Temas de D.P. Económico y ambiental, 1999, p. 39).

El mayor impacto, seguramente por su aparición en la sociedad norteamericana, lo tuvo la obra de Edwin Sutherland titulada <<White Collar Crime>>, publicada en 1940, que impuso en todo el mundo el concepto de **"delito de cuello blanco"**, entendiendo por éste el cometido por una persona de respetabilidad y status social alto en el curso de su ocupación. A él han seguido las más diversas denominaciones (criminalité des affaires, Kavaliersdelikten, crimes of the powerful), para señalar este tipo de actividad criminal en que el sujeto se aprovecha de su status o posición socioeconómica para la realización del delito. Esta relación implica que la delincuencia económica va ligada a una determinada posición de poder (delito de los poderosos) dentro del funcionamiento del sistema. También, por esta misma posición de poder dentro del funcionamiento del sistema, resulta que en general, como se ha destacado, la represión de esta clase de delincuencia resulta claramente ineficaz, a pesar de que su nocividad social aparece claramente manifestada.

Posición de poder dentro del funcionamiento del sistema, de la que, conforme previene Ulises Montoya (ob. Cit), precisamente "abusa" el agente (poder, entendido como la posibilidad real y concreta de hacer prevalecer abusivamente la propia voluntad en desmedro de la de los demás). Estas personas, saben aprovecharse de la ingenuidad de sus víctimas, la insuficiencia de las legislaciones penales y la permisibilidad en que ha vivido la sociedad actual, donde la sustracción de montos pequeños no significativos constituye un delito, mientras prácticas avezadas de gran connotación económica, se tienen como osadas y el promotor como un gran financista, que incluso goza de cierta simpatía social a modo del ya conocido "pepe el vivo" (no olvidar en el caso nuestro, que Carlos Manrique fue premiado como "empresario del año").

Las particularidades de estos sujetos y el auge de la delincuencia económico financiera determinan que las medidas sancionadoras relacionadas con el orden económico tengan en consideración lo siguiente:

a) La peculiar psicología del delincuente económico-financiero que calcula previamente qué le conviene más, ajustarse a las reglamentaciones o correr el riesgo de ser sancionado por su infracción; y,
b) La necesidad de reprimirlo con eficacia y en forma inmediata, a fin de aplicar una efectiva prevención general y evitar los efectos perniciosos de la difusión de su accionar delictivo.

Por otra parte, la dinámica de la actividad comercial hace difícil que la legislación penal pueda tipificar en forma inmediata y eficaz las prácticas delictivas, esta situación da lugar a que dicha legislación tenga características propias tales como:

a) **La utilización de tipos abiertos y de la ley penal en blanco.** La cantidad de elementos normativos insertos en los diferentes tipos, determina que estos sean abiertos o en blanco, pues requieren para la determinación de mucho de sus elementos, de la remisión a normas extra penales, tales como el Derecho Tributario, Comercial, Bancario, etc.
b) **Requisitos previos para que se tipifique el delito.** En algunos casos se requiere que una situación determinada sea declarada por la jurisdicción civil, como en el caso de la quiebra. En igual sentido, para que se configure el delito de usura, se deberá exceder el límite de interés máximo establecido por el Banco Central de Reserva.
c) **Interpretación analógica.** La referencia en la ley penal además de los tipos que se menciona, el agregado de otros, admite lo que en doctrina se conoce con el nombre de interpretación analógica en la que la propia norma invita al juzgador a que interprete cuales pueden ser esos otros actos análogos, en este caso la doctrina señala que se trata de la interpretación querida por la ley y no de una mera analogía que es rechazada por el Derecho penal (tal es el caso del Art. 213-A "Administración exclusiva de patrimonios de provecho exclusivo", en cuya normatividad se hace referencia a:...<en beneficio propio o de terceros, efectúe actos de enajenación, gravamen, adquisición **u otros** en contravención del fin para el que fue constituido el patrimonio de propósito exclusivo>). La interpretación analógica es consecuencia de la variedad y dinámica de los actos de comercio. Es importante en este aspecto el criterio del juzgador el que deberá poseer una especialización en materia comercial, así como la uniformidad en la jurisprudencia.

Por ello, en estos últimos tiempos, y con el impulso de los estudios criminológicos, se ha desarrollado con gran intensidad en el ámbito normativo, un área específica del derecho penal en esta materia, que se ha dado en denominar: "Derecho Penal Económico": Los llamados delitos económicos, a decir de Bustos Ramírez, son delitos referidos al funcionamiento del sistema,

de carácter macrosocial, que afectan por eso bienes jurídicos determinados que están al servicio de los bienes jurídicos microsociales que configuran las bases de existencia del sistema, luego subordinados a éstos jerárquicamente (Rev. Peruana de Ciencias Penales, N°1, p. 70). Los bienes jurídicos que pueden englobarse dentro de un Derecho penal económico, como es el caso por ejemplo, de la libre y limpia competencia, el sistema de ingresos y egresos del Estado, el sistema económico crediticio, etc., son bienes jurídicos colectivos, esto es, están relacionados o en relación a todos y cada uno de los ciudadanos, ligados al funcionamiento del sistema, por eso son de carácter macrosocial, y al servicio de los bienes jurídicos que constituyen las bases de existencia del sistema (loc. Cit.). Por ello es que con acierto es que García Cavero, manifiesta que la función motivadora del Derecho penal económico se basa fundamentalmente en la función de la norma penal: mediante la norma jurídico-penal se evita la realización de conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos en el sistema económico (2003, p. 20).

El Derecho penal económico puede ser entendido a su vez, desde dos puntos de vista:

a) **Sentido estricto;** en el que se le entiende integrado por aquellas infracciones que atentan contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía; y,
b) **Sentido amplio;** en virtud del cual se le considera configurado por todas aquellas normas, que se dirigen a la protección de bienes jurídicos supra-individuales de contenido económico, dispensándose protección al proceso económico en general, compuesto por las fases de: producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Se manifiesta así, que la intervención penal ampara bienes jurídicos individuales, que se lesionan mediante actos que afectan el sistema económico social en general.

En suma, manifiesta Peña Cabrera, el Derecho Penal Económico es un derecho interdisciplinario punitivo que protege el orden económico como última ratio, es decir, el último recurso a utilizar por el Estado y luego de haber hechado mano a todos los demás instrumentos de política económica o de control de que dispone, para una eficaz lucha contra las diversas formas de criminalidad económica (Tratado, Deli. Económicos, 1994, p. 124).

Como lo ha expuesto Tiedemann (op. Cit), el llamado Derecho Penal Económico ha experimentado una notable expansión en las últimas décadas, correspondiéndose ahora con la noción de "delitos contra la economía". De modo que el "delito económico" no sólo se dirige contra intereses patrimoniales individuales, sino también contra intereses supra individuales, sociales o colectivos de la vida económica. En consecuencia, el bien jurídico protegido no es por tanto, en primer término el interés individual de los agentes económicos, sino **el orden económico estatal en su conjunto: el desarrollo de la economía. En pocas palabras, la economía política con sus ramas específicas** (sistema financiero, sistema crediticio, etc.).

Por esta razón, hoy se acude a un concepto amplio de Derecho Penal Económico, impulsados por esta tendencia expansiva, incluyéndose en su seno, los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, los delitos contra los derechos de los trabajadores, la delincuencia cometida en el ejercicio de una profesión ("ocupatio crime"), etc. En resumen, se protegen diversos aspectos, que esencialmente pueden sintetizarse siguiendo nuevamente a Tiedemann, en los siguientes: el orden económico supranacional (la competencia y la hacienda); el tráfico económico nacional con el exterior (v.gr. control de cambios, contrabando, tráfico de armas, etc.); la Hacienda Pública; fijación de precios en determinadas materias y sectores; el marco político-económico de la actividad empresarial (v.gr. competencia desleal, publicidad engañosa; insolvencias punibles, descubrimiento y revelación de secretos industriales y comerciales, abuso de información, protección del medio ambiente, derechos de los trabajadores, etc.); y, los instrumentos de la actividad empresarial (balances fiscales y mercantiles, los medios e instrumentos de pago, manipulaciones informáticas, etc.).

En definitiva, y como bien define Vives Antón, aplicado al sistema penal español (1999, p. 352), el Derecho Penal Económico se refiere al conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden "socioeconómico". Este, como objeto de protección, puede entenderse en sentido estricto, como participación estatal en la economía, o en sentido amplio, como el conjunto de normas protectoras de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Así, el "orden socioeconómico" en el segundo sentido, también sería alterado cuando una infracción contra un bien patrimonial individual, lesiona

o pone en peligro además, o en segundo término, la producción, distribución o consumo de bienes y servicios.

Dentro de los numerosos trabajos que se han ocupado de la conceptualización del Derecho penal económico, nos refiere Mazuelos (en Derecho penal Económico y de la Empresa, 1996, p. 19), podemos distinguir a un sector de la doctrina que vincula esta disciplina sólo con aquellos hechos atentatorios contra las disposiciones legales que imponen un determinado ordenamiento de la economía nacional con miras al bienestar o mejoramiento colectivos en lo referente al aprovechamiento, distribución y consumo de la riqueza y de los servicios. Otro grupo de autores, por el contrario, formula un concepto extensivo del Derecho Penal Económico que permite comprender, además aquellos hechos que atentan en contra de ciertos intereses patrimoniales capaces de afectar a grupos más o menos extensos de personas o que atentan en contra de los intereses del comercio y, en general, del tráfico jurídico

En el caso, nuestro a diferencia de otras realidades jurídicas y a la zaga de las posiciones doctrinarias más modernas, no tenemos todavía estructurado legislativamente un título referido propiamente al conjunto de delitos socio económicos (El C.P. español contiene en su Libro segundo, un Titulo XIII denominado: "Delitos Contra el Patrimonio y Contra el Orden Socioeconómico"; el C.P. colombiano legisla también, en su Libro Segundo, un Tiulo X: "Delitos Contra el Orden Económico Social").

Es de apreciarse que en nuestro sistema punitivo no son extrañas estas manifestaciones delictivas, que nuestro Código legisla de manera indiscriminada, pero urge al respecto un adecuado estudio del contexto de estos delitos, para propiciar una homogénea legislación, más técnica y moderna, que los comprenda legislativamente bajo un solo nomen iuris: "Delitos económicos" o "Delitos Socio-económicos".

5.- SISTEMÁTICA: CONTENIDO TÍPICO

Sin comprender los alcances históricos de la necesidad de proteger punitivamente los diversos aspectos del Derecho Económico, como manifes-

tación de la protección del "orden económico", considerado modernamente como un bien de naturaleza general (supra individual o colectivo), que tiende a regular la actividad económica en sus distintas fases (producción, distribución y consumo), el Código Penal derogado de 1924, legislaba estas conductas atentatorias contra el adecuado equilibrio de las relaciones comerciales y de negocios, tan solo como manifestaciones de un atentado contra los derechos económico-patrimoniales individuales o contra la fe pública. Así en el Libro Segundo, Sección Sexta (Delitos Contra el Patrimonio), se tipificaban en el Título VI los "delitos en la quiebra y en las deudas" (Arts. 252 al 256). La utilización indebida del cheque podía tipificar la conducta como "estafa" (Delito contra el patrimonio, Art. 245) o como "fabricación o falsificación de títulos valores equiparados a la moneda" (Art. 374.1).

Actualmente, habiéndose reconocido la importancia social de la protección de la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, que a decir de Bustos Ramírez, reclaman del Estado la protección de aquellas reglas económicas que configuran un determinado orden económico, fundamental para la satisfacción de las necesidades de todos los miembros del sistema, urge, como ya dijimos, un adecuado estudio del contexto de estos delitos, para propiciar una homogénea legislación, más técnica y moderna, que los comprenda legislativamente bajo un solo nomen iuris: "Delitos económicos" o "Delitos Socio-económicos".

Es de apreciarse que en nuestro sistema punitivo no son extrañas estas manifestaciones delictivas, que nuestro Código legisla de manera indiscriminada, así, por ejemplo, los atentados contra el derecho y libertad laboral se legislan en el ámbito de los delitos contra la libertad (Título IV), los delitos societarios y los delitos informáticos se regulan en el contexto de los delitos patrimoniales individuales (Título V); los demás delitos de naturaleza socio-económica se tipifican dispersa y aparentemente individualizados en diferentes Títulos: "Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios" (Título VI), "Delitos contra los derechos intelectuales" (Título VII), "Delitos contra el orden económico" (Título IX), "Delitos contra el orden financiero y monetario" (Título X), "Delitos tributarios" (Título XI y además en leyes especiales sobre delitos tributarios y aduaneros). Por su parte, los delitos societarios se legislan como formas defraudatorias en el contexto de los delitos

contra el patrimonio (Título V, Capítulo VI, Art. 198), los delitos que afectan las relaciones laborales se sancionan como formas de atentados contra la libertad personal (Título IV, Capítulo VII, Art. 168), El delito de Lavado de Activos responde a una ley especial (Ley 27765), los delitos contra el medio ambiente se tipifican en el Título XIII (Delitos contra la ecología).

6.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Desde una perspectiva puramente jurídica, el Derecho Penal se caracteriza por ser un conjunto de normas para la aplicación de las consecuencias jurídicas ante las infracciones del ordenamiento penal. Por ello es que se le conceptualiza, como aquella parte del ordenamiento jurídico, que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad. Al respecto debemos agregar que el Derecho Penal tiene pues, un objetivo de carácter sistemático, destinado al desarrollo y explicación coherente y racional de estas reglas jurídicas referidas al delito, a las penas y medidas de seguridad.

Con la finalidad de orientar la conducta de la persona mediante reglas generales de carácter penal, se debe determinar, en primer lugar, cuáles son los comportamientos reprimibles, ya que el Derecho Penal tiene como objetivo evitar su realización. Una conquista del Derecho Penal liberal es el de haber llegado a la determinación, que sólo deben ser merecedores de represión penal, los actos que lesionen o pongan en peligro bienes que sean fundamentales para la vida social en común (en concordancia, Berdugo (1993, p. 46) anota que "en el momento actual la doctrina penal de modo unánime subraya la necesidad de que detrás de cada figura delictiva esté presente un bien jurídico, y que en consecuencia, el delito en este sentido consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico" -principio de protección del bien jurídico consagrado en el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal-). Esta determinación legitima el contenido del Derecho Penal, alejándolo de consideraciones puramente subjetivas o éticas. Por ello es que Hurtado Pozo, citando a Jescheck (1987, p.37), precisa que toda norma jurídico penal, tiene que fundamentarse sobre un juicio de valor positivo respecto a tales bienes vitales. Esta concepción surgió en contra de la tradicional teoría que consideraba

a la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona cuya base era la teoría del contrato social.

Por su parte, Roxin manifiesta que se trata de "condiciones valiosas" en las que se concretizan los "presupuestos imprescindibles para una existencia en común". Rudolphi, por el contrario estima que de esta manera no se considera su aspecto esencial, ya que no tienen en cuenta la naturaleza dinámica de la sociedad. Este autor prefiere hablar de "unidades de función", considerando que no se trata de cualquier interés, sino de su "función en la sociedad".

Si concebimos el Derecho Penal como un instrumento posibilitador de la vida en comunidad, cuya finalidad es la de garantizar el funcionamiento y evolución del sistema social, el concepto de bien jurídico, necesariamente tiene que referirse a la realidad social y sobre esta base no puede concebirse como la creación de la voluntad del legislador, sino que es anterior a la misma y de hecho puede y debe limitar su actividad, que en muchas ocasiones desborda lo legítimo, para amparar intereses subalternos.

Al respecto, García Cavero (2003, p. 40-41), precisa que las exposiciones usuales sobre el objeto de protección en el Derecho penal económico se mantienen en la lógica argumentativa de los bienes jurídicos como objetos autónomos valorados positivamente. En este sentido, se ha afirmado que el Derecho penal económico garantiza el buen funcionamiento del sistema u orden económico global o de sectores parciales de la economía. El carácter general de estos objetos de protección ha llevado a que la fundamentación de los tipos penales se traduzca dogmáticamente en los llamados bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o difusos. Sin embargo, esta formulación ha sido criticada por un sector importante de la doctrina penal no sólo porque lleva consigo una indeterminación poco garantista del objeto de protección, sino porque finalmente se pasa con facilidad a una protección de funciones del sistema identificables con la propia razón de la norma penal. En tanto los bienes jurídicos del Derecho Penal Económico se encuentren definidos de la manera tradicional, a estas apreciaciones críticas les asiste toda la razón. La solución a estos problemas no va, sin embargo, por limitar la protección penal a objetos concretos o corregir como sea los aspectos intolerables de tal fundamentación, sino por reformular el concepto de bien jurídico en el Derecho Penal Económico (loc. Cit.).

Así, indica Mazuelos (D.Penal Económico y de la Empresa, ob. Cit., p. 34 yss), la evolución del Derecho Penal Económico ha ido aparejada de la discusión acerca de los llamados bienes jurídicos colectivos y los bienes jurídicos difusos o difundidos.

El Derecho Penal tradicional construyó el sistema de bienes jurídicos ligando estos a la persona en sus relaciones específicas con otra. Se trata de bienes jurídicos de carácter microsocial, siendo perceptible fácilmente su afectación; bienes jurídicos vinculados a las bases mismas del sistema social. Los avances logrados en la actividad económica en los últimos años a evidenciado la necesidad de configurar bienes jurídicos de naturaleza colectiva o también llamados bienes "jurídicos difundidos".

El dinamismo alcanzado por la actividad económica ha motivado la configuración de bienes jurídicos que no están en relación directa con la persona, sino con el funcionamiento del sistema social y, en su caso, del socio-económico y, por ello, con toda la colectividad en su conjunto, pues el funcionamiento del sistema no está en relación con la persona individualmente considerada sino con toda la sociedad en su conjunto. Es así como se distinguen bienes jurídicos tales como derechos del consumidor, medio ambiente, libre competencia, sistema económico crediticio, etc.

Ahora bien, la distinción de bienes jurídicos colectivos no debe llevar a pensar que carecen de materialidad y, en consecuencia, que presentan serias dificultades para precisar su afectación; es todo lo contrario. Los bienes jurídicos colectivos, por su propia naturaleza macrosocial, sólo pueden ser admitidos si están en función de la protección de los bienes jurídicos microsociales o personales, esto es, se encuentran en relación teleológica con los que constituyen su base de existencia. Sólo así adquieren los bienes jurídicos colectivos su naturaleza material, de lo contrario se trataría de meras abstracciones que pueden conducir a serias arbitrariedades por parte del legislador.

Mediante el reconocimiento de los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal Económico, se logra superar las distorsiones dogmáticas originadas por la pretensión de circunscribir los delitos económicos a bienes jurídicos de carácter individual, propios de los delitos contra el patrimonio.

Desde esta orientación, podemos distinguir en el Código penal bienes jurídicos tales como la libre participación en las relaciones socio-económicas de acuerdo a las leyes de la libre competencia en el delito de abuso de poder económico, o el sistema económico crediticio en los delitos de concentración de créditos e intermediación financiera. Dichos bienes jurídicos han de ser desarrollados por la doctrina nacional desde la comprobación fáctica del funcionamiento del sistema socio-económico, para de ahí partir a la elaboración dogmática de los distintos tipos penales; sólo de esta forma se eliminará toda vinculación material con el Derecho penal de corte patrimonialista.

Cabe resaltar, como bien precisa García Cavero (ob. Cit. p. 43), que el Derecho Penal Económico no debe restablecer toda defraudación de expectativas derivadas de las estructuras del sistema económico, sino solamente aquellas expectativas cuya vigencia resulta indispensable para el mantenimiento de la identidad esencial de la sociedad en la economía. Esta delimitación de la función del Derecho Penal Económico trae como consecuencia que para mantener normativamente los aspectos que simplemente dan un orden al sistema económico global o cuestiones accesorias, no se necesita recurrir al Derecho Penal Económico, sino que resultarían suficientes los propios mecanismos de restabilización del propio sistema económico a los dispositivos jurídicos extra penales. La protección final debe alcanzar únicamente a aquellas expectativas normativas que se derivan de los elementos constitutivos de la identidad de la sociedad en el sistema económico pues su defraudación afecta las condiciones esenciales de realización de la persona.

Pero, como ya han advertido Bajo Fernández y Suárez Gonzáles, refiriéndose al caso español, el orden socioeconómico en sentido amplio, nunca aparece directamente como bien jurídico protegido en las diversas figuras delictivas, esto es, como objeto de protección. Pero igualmente, tampoco puede hablarse en puridad de objeto de protección cuando se hace referencia al "orden socioeconómico" en sentido estricto, salvo que con ello queramos referirnos al vago interés del Estado en un correcto y equilibrado desarrollo de la economía de mercado libre y de la economía planificada (cit.).

Así pues, continúa apreciando Vives Antón (1999, p. 353), el "orden socioeconómico", y aun en su noción estricta, no representa más que una idea,

o si se quiere constituye un bien jurídico categorial, que deberá precisarse, o concretarse en intereses o bienes jurídicos específicos en cada tipo delictivo (así, podrá luego hablarse del derecho de crédito, de la libre competencia, de la propiedad intelectual e industrial, etc.). Y en ese sentido, debe hacerse el máximo esfuerzo posible para su correcta diferenciación de los delitos patrimoniales de naturaleza individual. Y ello porque precisamente por tratarse de categorías distintas, presentan problemas y soluciones diversas, y además, presentan regímenes jurídicos diversos, como por ejemplo la aplicación o no de las excusas absolutorias.

CONCLUSIONES

1. El Código Penal derogado de 1924, legislaba estas conductas atentatorias contra el adecuado equilibrio de las relaciones comerciales y de negocios, tan solo como manifestaciones de un atentado contra los derechos económico-patrimoniales individuales o contra la fe pública. Así en el Libro Segundo, Sección Sexta (Delitos Contra el Patrimonio), se tipificaban en el Título VI los "delitos en la quiebra y en las deudas" (Arts. 252 al 256). La utilización indebida del cheque podía tipificar la conducta como "estafa" (Delito contra el patrimonio, Art. 245) o como "fabricación o falsificación de títulos valores equiparados a la moneda" (Art. 374.1).

2. Actualmente, habiéndose reconocido la importancia social de la protección de la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, que a decir de Bustos Ramírez, reclaman del Estado la protección de aquellas reglas económicas que configuran un determinado orden económico, fundamental para la satisfacción de las necesidades de todos los miembros del sistema, urge un adecuado estudio del contexto de estos delitos, para propiciar una homogénea legislación, más técnica y moderna, que los comprenda legislativamente bajo un solo nomen iuris: "Delitos económicos" o "Delitos Socio-económicos".

3. Se ha afirmado que el Derecho penal económico garantiza el buen funcionamiento del sistema u orden económico global o de sectores parciales de la economía. El carácter general de estos objetos de protección

ha llevado a que la fundamentación de los tipos penales se traduzca dogmáticamente en los llamados bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o difusos.

4. El dinamismo alcanzado por la actividad económica ha motivado la configuración de bienes jurídicos que no están en relación directa con la persona, sino con el funcionamiento del sistema social y, en su caso, del socio-económico y, por ello, con toda la colectividad en su conjunto, pues el funcionamiento del sistema no está en relación con la persona individualmente considerada sino con toda la sociedad en su conjunto. Es así como se distinguen bienes jurídicos tales como derechos del consumidor, medio ambiente, libre competencia, sistema económico crediticio, etc.

5. Manifiesta Peña Cabrera, que el Derecho Penal Económico es un derecho interdisciplinario punitivo que protege el orden económico como última ratio, es decir, el último recurso a utilizar por el Estado y luego de haber hechado mano a todos los demás instrumentos de política económica o de control de que dispone, para una eficaz lucha contra las diversas formas de criminalidad económica (Tratado, Deli. Económicos, 1994, p. 124).

6. El llamado Derecho Penal Económico ha experimentado una notable expansión en las últimas décadas, correspondiéndose ahora con la noción de "delitos contra la economía". De modo que el "delito económico" no sólo se dirige contra intereses patrimoniales individuales, sino también contra intereses supra individuales, sociales o colectivos de la vida económica. En consecuencia, el bien jurídico protegido no es por tanto, en primer término el interés individual de los agentes económicos, sino **el orden económico estatal en su conjunto: el desarrollo de la economía. En pocas palabras, la economía política con sus ramas específicas** (sistema financiero, sistema crediticio, etc.).

7. Podemos distinguir a un sector de la doctrina que vincula esta disciplina sólo con aquellos hechos atentatorios contra las disposiciones legales que imponen un determinado ordenamiento de la economía nacional

con miras al bienestar o mejoramiento colectivos en lo referente al aprovechamiento, distribución y consumo de la riqueza y de los servicios. Otro grupo de autores, por el contrario, formula un concepto extensivo del Derecho Penal Económico que permite comprender, además aquellos hechos que atentan en contra de ciertos intereses patrimoniales capaces de afectar a grupos más o menos extensos de personas o que atentan en contra de los intereses del comercio y, en general, del tráfico jurídico

BIBLIOGRAFIA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel...."Derecho Penal Económico, Consideraciones jurídicas y económicas, Lima, 1997.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel.....Derecho Penal Económico. Parte Especial, Lima, IDEOSA, 2000.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel...."Derecho Penal Económico: Desarrollo Económico, Protección Penal y Cuestiones Político Criminales", en: "Derecho Penal Económico y de la Empresa", Edit. San Marcos, Lima 1996.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio...."Temas de Derecho Penal", Editorial Cuzco S.A., Lima Perú 1993.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen....."Manual de Derecho Penal, Parte Especial", 4ta edición, Edit. San Marcos, Lima 1998.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan...."Manual de Derecho Penal: Parte Especial", Editorial Ariel S.A., Barcelona 1986.
- GARCÍA CAVERO, Percy. El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano. Lima 2003
- GRACIA MARTÍN, Luis...."Estudios de Derecho Penal", Ideosa, Lima-Perú, 2004.
- HURTADO POZO, José....."Manual de Derecho Penal: Parte General", Segunda Edición, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Eddili. Lima 1987.
- LAMAS PUCCIO, Luis, Derecho Penal Económico, Librería y Ediciones Jurídicas, 1996

- LEON PAGANO, José..."Derecho Penal Económico", Editorial Depalma, Buenos Aires - Argentina 1983.
- MAZUELOS COELLO, Julio...."Derecho Penal Económico y de la Empresa: Concepto, Sistema y Política Criminal", en: "Derecho Penal Económico y de la Empresa", Edit. San Marcos, Lima 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco...."Teoría General del Delito", Editorial Themis, Colombia, 1999, 2da edición.
- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de Derecho Penal Parte Especial III, Ediciones Jurídicas, Lima 1994.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio...."Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", T. II, Madrid, 1962.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros...."Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal", Aranzadi Editorial, Pamplona España, 1996.
- REYNA ALFARO, "Manual de Derecho Penal Económico: Parte General y Parte Especial", Gaceta Jurídica, primera edición 2002.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso...."Derecho Penal Español, Parte Especial", Dikinson, Madrid, 1994.
- SAN MARTÍN LARRINOA, Bergoña....."Derecho Penal Económico y Delito Tributario", en: "Derecho Penal Económico y de la Empresa", Edit. San Marcos, Lima 1996.
- VILLA STEIN, Javier...."Derecho Penal: Parte General", Editorial San Marcos, Primera Edición 1998.
- VIVES ANTÓN y otros...."Derecho Penal Parte Especial", 3° Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Comercio de inocencias
Abuso sexual, pornografía y turismo sexual de menores

Teresa de Jesús Seijas Rengifo [1 2]
Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: *Introducción. El tratamiento del menor a través de la historia. El principio del niño como sujeto de derecho: Principio del interés superior del niño. El principio de Integridad. Principio de Progresividad ¿Cuál es la finalidad de los Principios Jurídicos de la Doctrina de la Protección Integral? Derechos del niño. Los derechos del niño frente al abandono de su familia y del Estado. Abuso sexual y explotación. Clases de explotación sexual infantil. Definición de términos. Explotación sexual comercial infantil (ESCI) Pornografía infantil. Turismo sexual infantil. Impacto de la ESCI en la vida íntima de la víctima. Conclusiones. Bibliografía.*

1 SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús, Doctorado en Derecho UNMSM, Magíster en Derecho Civil y Comercial y en Ciencias Penales, USMP; Estudios de Doctorado Educación y en Ciencias Administrativas UNMSM; Docente en Pre y Post Grado en las Universidades: UNMSM, UNFV, ULima y Docente invitada en la Universidad Nacional de Piura, Sección Post Grado, Universidad Nacional San Cristóbal De Huamanga (Ayacucho) Sección Post Grado. Tribunal Supremo de Justicia Militar.

2 Véase más ampliamente el tema en Derechos Humanos ¿Enunciado , mito o realidad, Capítulo VIII "Los derechos del niño", de la misma autora

RESUMEN

La problemática de la infancia maltratada genera a menudo, entre quienes intentamos adentrarnos en su complejo estudio, múltiples interpretaciones que tienen que ver con la mirada que cada función y disciplina imponen. Si el desafío del trabajo interdisciplinario resulta complicado y espinoso, más lo es en relación al maltrato infantil, y en especial, cuando se trata de abuso sexual de niños y niñas adolescentes.

Pocos temas dentro del campo de los derechos del niño han generado tanto controversia y opiniones encontradas como el del abordaje profesional en caso de vulneración de derechos a la integridad sexual de un menor de edad. Por ello, considere relevante tomar conocimiento de las normas legales existentes que protegen al menor frente al abuso sexual y pornografía infantil.

PALABRAS CLAVES
Normas, Menores, maltrato, abuso sexual, Explotación sexual comercial infantil (ESCI) Pornografía infantil. Turismo sexual infantil.

ABSTRACT

The problems of the abused childhood often produce, over those who is trying get into its complex study, multiple interpretations about the perspectives that each function and discipline impose. If the challenge of interdisciplinary work is complicated and sore, it turns out to be more complicated about child abuse and especially when it comes to sexual abuse of teenagers.

Few topics within the field of children's rights have generated much controversy and conflicting opinions as the professional approach in case of violation of rights and sexual integrity of a minor. Therefore, consider taking knowledge of relevant legal regulations that protect minors from sexual abuse and child pornography.

Key words:
Regulations, Minors, Maltreatment, Abuse, Sexual, Exploitation, Child Sex Trade, Child Pornography, Child Sex Tourism.

INTRODUCCIÓN

El abuso sexual de un niño es una de las más graves tipologías del maltrato infantil, en cuanto a las consecuencias postraumáticas que provoca y lo dificultosos de su tratamiento. Los efectos pueden ser observados a corto plazo, pero muchas veces se manifiestan tardíamente en la adolescencia y adultez (largo plazo). Resulta entonces necesario estudiar las modalidades del abuso sexual en niños, niñas y adolescentes, tanto en lo que concierne a la cantidad de casos existentes, con relación a la totalidad e la población, en un periodo y lugar determinado, como a las características del hecho abusivo.

¿Cómo escuchar a un niño o niña que ha sido víctima de abuso sexual? ¿Qué alcance hay que darle a sus dichos? ¿Pueden llegar a ser manipulados en el relato de los hechos? ¿Cuáles son los síntomas de riesgo a observar en su comportamiento? ¿Qué protección se le debe brindar¿ ¿En dónde queda el interés superior del niño en caso de un abuso sexual y pornografía infantil? Estas y otras interrogantes continúan generando diversidad de respuestas, algunas de las cuales no contemplan la esencia de los derechos de protección de la infancia, sino que por el contrario, constituyen reacciones negativas al avance respecto de los derechos elementales de los niños víctimas de abuso sexual, pornografía de menores. Muestra de esta verdadera resistencia al trabajo a favor de los derechos de la infancia, en lo que se refiere a la integridad sexual, son la descalificación del testimonio de las víctimas de delitos sexuales (en especial si son niños de corta edad), y el permanente cuestionamiento a la objetividad de la intervención de los peritos convocados en los juicios en los que se investiga la existencia de la situación abusiva.

El problema más grave para el menor no es sólo que se cometa contra él este delito, sino que el niño o niña no avise lo que ocurrió y por el contario, se aísle con el hecho cometido y sus efectos, creyendo que él es el único culpable. El delito de violación sexual es un delito que se ha incrementado en los últimos años, pues responde a una cultura universal que encara y reprocha esta vejación contra un menor, sea por abuso de un varón o de una mujer.

En el Perú estamos experimentando un proceso de severización de la pena aplicable a los delitos contra la libertad sexual, lo que demuestra que el Estado ha priorizado el aspecto represivo para enfrentar la lucha contra la

criminalidad en este rubro d delitos, optando fácilmente por adherirse a la teoría preventiva general de al penal, según la cual ésta debe tener un mensaje intimidatorio dirigido ala sociedad, a fin de que sus miembros se abstengan de cometer hechos delictivos, ya que de lo contrario serán objeto d sanción con penas severas, es decir, el Estado busca reducir los índices delictivos a través de la amenaza de imposición de penas graves. La pena de esta forma tiene un carácter intimidante. Sin embargo, no estoy de acuerdo con dicha teoría, por el contrario, creo que si se pretende reducir el incremento en la criminalidad de este delito, es necesario crear un plan de prevención y otro de atención a menores víctimas de violación sexual. Pues si no se combate la raíz que ha sido infectada y se le da a los cuidados necesarios para que ésta se recupere ¿cómo podemos pretender que crezca sana y buena?.

EL TRATAMIENTO DEL MENOR A TRAVÉS DE LA HISTORIA

La historia del Derecho ilustra sobre la situación legal de los menores aun que poco sepamos de su historia real en largo tiempo. En las sociedad des germánicas la minoría penal llegaba hasta los 12 años, por lo que la familia compensaba los perjuicios ocasionados en esta etapa por la comisión involuntaria de actos antijurídicos. Entre los hebreos, el niño rebelde era reprendido ante la familia en la primera falta; concedían privilegios a los menores, pero los culpables de homicidio no se beneficiaban, de esta atenuación. En el Derecho Romano Justiniano se distinguen tres periodos en la edad:

1. De irresponsabilidad absoluta hasta los 7 años, llamado de la Infancia y el próximo a la infancia hasta los 10 años y medio en el varón.
2. De responsabilidad relativa, corresponde a la proximidad de la pubertad, hasta los 12 años en la mujer y 14 en el hombre.
3. De responsabilidad penal atenuada, llamado de la pubertad hasta los 18 años, extendido hasta los 25 años, época a la que se denominaba de minoridad.

El Derecho Canónico concedía la **inimputabilidad** plena hasta los 7 años y la **responsabili dad dudosa** hasta los 14, por lo que el Tribunal debía investigar el discernimiento. Las **leyes españolas** desde tiempo antes, poseían semejantes condiciones. En efecto, en las Siete Partidas (1263) se excluye

de responsabilidad hasta los 10 ½ años y entre esta edad y los 17, las penas podrían disminuirse hasta la mitad. Semejante era en **Inglaterra** y el resto de Europa. En el siglo X, ante el primer robo los padres debían garantizar la futura honestidad del autor y si era menor de 15 años debían jurar que no reincidirá. Los parientes no lo tutelaban, el adolescente era aprisionado para pagar su culpa. Cuando se producía un nuevo delito era conducido a la horca como los mayores. En el siglo XVI, Enrique VII dispuso que el rey protegiera a los menores desamparados como obligación del Estado y sus funciones como padre de la patria. Sin embargo, esta legislación sufrió marcados retrocesos, el primer Tribunal de Menores fue instalado en Chicago en 1889.

En Francia, conforme a las normas del siglo XIII, los infractores entre 10 y 14 años eran castigados con reprimendas y azote; después de esa edad quedaban sometidos a la ley general. **En Rusia**, la Ley de 1897 precisaba que el juicio de los menores infractores entre 10 y 17 años debía hacerse a puertas cerradas y en audiencia especial con participación de los padres, debiendo aplicarse medidas pedagógicas y por opción, con sanciones penales correctivas.

EL PRINCIPIO DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO

Este principio señala una concepción jurídica que diferencia al niño del adulto. Las características intrínsecas, propias de los niños, han repercutido en el tratamiento legislativo que se les brinda teniendo su justificación en el Principio de Igualdad, es decir un trato desigual a los desiguales. "Los niños gozan de una supra protección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general. Es así, como la naturaleza jurídica de este principio, propugna el reconocimiento y la garantía de los llamados derechos específicos de los niños, es decir, aquellos derechos que tienen su origen en la etapa de desarrollo y formación humana del niño, enfatizándose en el requerimiento de garantizar su desarrollo integral como persona humana (con el valor intrínseco de su dignidad). "Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente goza de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo.

Una postura contrapuesta a la visión del niño como sujeto de derechos y errada a mi criterio, enfoca sus diferencias en términos de incapacidad, mos-

trando sus diferencias, para subrayar una minúscula en relación al mundo de los adultos; discurso este que justificaría el requerimiento de una visión fundamentalmente proteccionista y consideraría al niño o adoles cente como "objeto de protección". "El hombre, entendiéndose en términos genéricos, niños, niñas y adolescentes, sólo puede ser sujeto del Derecho, nunca objeto. No puede negársele la condición de sujeto de derechos ni ninguno de los derechos ineludibles para el pleno desarrollo de su personalidad".

PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Este principio tiene una naturaleza jurídica garantista, consiste en concebir el bienestar del niño como el fundamento de cualquier medida que se adopte con respecto a su persona, su finalidad es señalar la orientación que el Estado y sus agentes, así como la sociedad y toda institución u organización pública o privada deben considerar al momento de adoptar cualquier decisión sobre el destino del niño y adolescente. Su aplicación se justifica primordialmente por la existencia de un conflicto de derechos (entre derechos de los adultos y derechos de los niños, o entre derechos de los niños de diversa jerarquía), que ante la probanza de la imposibilidad de un ejercicio conjunto, busca priorizar la aplicación del principio, para el resguardo de la condición de sujeto de derecho del niño o adolescente (cuyos intereses y necesidades propia será necesario ponderar).

"... El principio de interés superior del niño (...) dispone (...) una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades." Es necesario considerar, los efectos de la intromisión en su vida familiar y/o privada, a fin de velar de manera afectiva, por su interés superior, protegiéndose su derecho a considerar medidas que "... promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. El 20 Nov 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos del Niño, en la que se reconocía que **"el interés superior del niño debía ser principio recto de quienes tienen la responsabili dad de su educación y orientación."** Este Principio fue recogido en forma expresa en el inc. 1) del Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que a letra señala lo siguiente:

"1) En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño".

Al respecto, **ALEJANDRO CUSSIANOVICH VILLARAN**[3] precisa "...que para nosotros lo que hace **"superior"** el interés de la infancia, de cada niño en particular, es que ninguna de las cosas que constituyen un bien, un valor, un derecho para la infancia, es privativo de los niños. Todos ellos nos entroncan con los intereses, aspiraciones, necesidades, derechos del conjunto de la humanidad. Esto, lejos de quitarle especificidad a los derechos de la infancia los torna aún más significativos, toda vez que los reconoce como portadores de los intereses de la sociedad, del conjunto de seres humanos. De ahí que toda negligencia, todo maltrato, toda mediocricidad en el trato, en la relación profesional, en la atención a un niño deviene en una negligencia, en maltrato, en violación de los intereses de este y de todos aquellos a quienes este niño representa, al conjunto de la sociedad." El fundamento del principio del interés superior del niño es el respeto a la dignidad de la persona humana reconocido en la Constitución Política, pero bajo condiciones especiales, propias del niño, tal como aparece precisado en el IV párrafo del Preámbulo de la Convención, el que a su vez inspira en la Declaración Universal de los Derechos Humanos [4] que señala **"... que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales".**

EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD

Parte de la concepción del niño en términos de igualdad (evitándose cualquier discriminación) planteando el reconocimiento y la garantía de todos los derechos para todos los niños y la obligación del Estado, de los agentes estatales y toda institución publica y privada de velar por la garantía y efectividad de su ejercicio. Cuando se precisa "todos los derechos", me refiero a la

3 CUSSIANOVICH VILLARAN, Alejandro, Jóvenes y niños trabajadores: sujetos sociales, Lima, IFEJANT/ Radda Barnen, 1997

4 SOLARI Z., Piero, Los derechos específicos del niño y del adolescente y el principio del interés superior del niño, Universidad de Lima, Lima, 1995

clasificación tradicional de los derechos fundamentales (reconocimiento la totalidad de los mismos para los niños y adolescentes). El reconocimiento jurídico de su condición de sujeto de derechos, no permite negarle, el ejercicio de derechos políticos, los cuales entendidos desde una concepción más amplia, subraya la cuota de poder que deberá brindárseles para adoptar decisiones en su comunidad, en asuntos donde sus intereses se encuentran involucrados.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

El principio de Progresividad es orientador en esta temática, la capacidad de goce de todos os derechos la tiene el niño desde que nace, son inherentes al mismo, por su condición de persona humana y por ende, de sujeto de derechos, pero la capacidad de ejercicio es paulatina, sus derechos se van haciendo exigibles con el desarrollo de ciertas capacidades y aptitudes.

¿Cuál es la finalidad de los Principios Jurídicos de la Doctrina de la Protección Integral?

1. Sus lineamientos genéricos cumplen un rol orientador en la lectura del articulado de la legislación nacional, en el caso de los niños y adolescentes, sintetizan los postulados de la Doctrina de la Protección Integral.
2. Permite enfatizar en la categoría jurídica autónoma del niño como sujeto de derecho es considerado como interés superior y como tal debe considerar en el momento de tomar cualquier medida correctiva.
3. La intervención de cualquier entidad acorde con estos principios, será justificada permitiendo la injerencia en el ámbito familiar, resolviendo el conflicto entre el derecho a la familia, a su intimidad frente al derecho del niño a su protección, entre otros.

Derechos del niño[5]

Haciendo una breve reseña histórica, la cuestión de los Derechos del Niño no figuraba en la Declaración de los Derechos del Hombre formulada

5 TEMOCHE GUTIERREZ, Jovana, RAMÍREZ, María Luisa, Alumnas de la Maestría en Ciencias Penales UNFV, 2003

en Francia en 1780. Los niños eran considerados una categoría residual de personas, carentes de verdaderos derechos humanos. En aquel momento, las sociedades europeas consideraban simplemente que los niños eran propiedad de sus padres. Según algunos comentaristas juritas en Inglaterra por Ej. el que robe un niño no se consideraba un robo a menos que el niño estuviera bien vestido. De otro modo, robar un niño equivalía a robar un cadáver. El cuerpo no estaba habitado por ninguna persona jurídica en ninguno de los dos casos. En la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención Internacional del Derecho del Niño, se ha establecido que el menor goza de una protección especial y dispone de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otro medio, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

El abandono, la explotación y los derechos del niño fuera del matrimonio son puntos que desarrollaré en este parte, haciendo presente que si no respetamos sus derechos, todo lo conseguido en la actualidad para ellos será un mero enunciado, quedando como letra muerta en los archivos del Derecho Positivo. Ideas iniciales acerca de los Derechos del Niño destaca ron la necesidad de acordarles protección especial. Si bien esas nociones fueron comunes durante el siglo XIX, muchas autoridades les asignaban a la labor de **ENGLANTYNE JEBB** los orígenes de la propuesta de que los niños tengan tipos particulares de derechos. Esta posición no siempre fue popular ante el público británico, pero **ENGLANTYNE JEBB** resistió a las persecuciones y afirmó que todas las guerras se libran contra los niños. Fue la principal promotora de la creación en 1919 del movimiento **"Save the Children"** dedicado a proteger a los niños, basado en una Declaración de los Derechos del Niño que más tarde fuera adoptada casi sin modificaciones al prepararse la **Declaración sobre los Derechos del Niño** formulada en Ginebra por la Sociedad de las Naciones en 1924 y reiterada por las Naciones Unidas en 1959.

Los niños fueron mencionados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, (1948) en la que se estableció el **principio de la injerencia** en los asuntos de otros Estado soberano. En el párrafo 2 del Art. 25 se establece: "La maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o

fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social". En todas las declaraciones y pactos se reiteró esta preocupación por la protección, tanto en las Declaraciones de las Naciones Unidas como en la de otros Órganos Internacionales, (Carta Social Europea). La necesidad que se percibe de brindar protección a la infancia se basa en la inmadurez física y mental de los niños.

La Declaración de 1959 estableció en el Preámbulo "que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle y expresa dicho principio una serie de disposiciones sobre protección, prestaciones y prioridades." Pero, en el siglo XX también surgió otro temario para los niños, representado principal mente en la labor de educadores como **A. S. NEILI**, quien reconoce los derechos de los niños a ser protagonistas y agentes en lugar de receptores pasivos. La historia de esta posición es más antigua que lo que uno podría imaginar: los niños han estado al frente de ejércitos y reinos, han participa do en forma independiente en las cruzadas y han realizado acciones políticas, como el niño que en 1969 presentó al Parlamento inglés "una modesta reclamación acerca de los intolerables padecimientos que los jóvenes experimentaban debido a los rigores habituales de la disciplina escolar de dicho país."

Es paradójico que estos derechos a la acción independientes sean más probablemente otorgados a niños ideales del primer mundo, cuya condición es definida por su necesidad de recibir protección. Este es el punto de conflicto entre dos ideas de la civilización occidental: el desarrollo de la personalidad individual y la cuarentena de la infancia. Pero esta paradoja no es superior a la que plantea la situación de los niños del tercer mundo, muchos de quienes asumen pesadas cargas de responsabilidad desde su más corta edad, y no obstante, son definidos por los medios de difusión como excepcionalmente pasivos y necesitados de protección. No puede haber un ejemplo más elocuente del paternalismo de occidente para esta diferencia entre el niño occidental, independiente y activo y el niño del tercer mundo, receptor y pasivo. Esa perspectiva forma parte incluso de la enseñanza en la escuela. La educación para el desarrollo tiende a destacar las necesidades de los niños del tercer mundo y asigna importancia a brindarles ayuda. Mientras uno de los resultados positivos de la publicidad dada al hombre que asoló a Etiopía en 1985-1986, fue que miles de alumnos de escuelas primarias aprendieron algo acerca de este país africano, por conducto de proyectos escolares, uno de los resultados negativos

fue que, debido al hincapié que se hizo en las situaciones de desastre reinante a la sazón, pocos fueron los que aprendieron algo acerca de la antigua historia cultural de este complejo país.

El otro temario de los derechos de niño pasó a ser parte de las deliberaciones de la comunidad internacional en 1979, Año Internacional del Niños, tras el cual la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas comenzó a examinar una propuesta del Gobierno de Polonia acerca de elaborar una Convención sobre los Derechos del Niño. Tal vez sea necesario explica que una Declaración de las Naciones Unidas no trasunta más que un consejo entre los Estados Miembros cuando se trata de algo bueno. No es necesario hacer nada al respecto y por lo común, ello es lo que ocurre. En cambio, una Convención es una Declaración e intención que los Estados Miembros suscriben y más tarde ratifican, cuando han ajustado su propia legislación a las disposiciones de la Convención. Después de ello, otros Estados Miembros tienen derecho a considerar las disposiciones de la Convención como un motivo de legítima preocupación que justifica una injerencia.

En el último decenio se celebraron deliberaciones acerca de la Convención. Sin embargo, estos instrumentos toman su tiempo, debido a las diferencias jurídicas y sociales entre los distintos Estados-Nación. Un párrafo sobre legitimidad por ejemplo, se complica debido a las diferencias en la legislación sobre el matrimonio; una declaración acerca de la explotación sexual talvez no sea aceptable para los Estados que niegan la existencia de la explotación sexual del niño en su sociedad y en consecuencia, se niegan a adoptar disposiciones al respecto en sus legislaciones nacionales. Una característica de esos debates ha sido la extraordinaria participación de las ONG como defensa de los niños-Movimientos Internacional. Otra característica ha sido la medida en que se ha tenido en cuenta el otorgamiento de derechos posibilitantes a los niños, para que éstos puedan tener voz en decisiones adoptadas para su protección y bienestar. En la Declaración de 1959 no había ningún atisbo del tipo de ideas subyacentes al Art. 7 del Proyecto de Convención.

Los Estados Partes en la Convención garantizan al niño que esté en condiciones de formar sus propias opiniones; el derecho de expresarlas libremente en todas las cuestiones y se tendrán en cuenta adecuadamente, los

derechos del niño en función de su edad y grado de madurez. El derecho del niño ha sufrido una evolución en el transcurso de los años y mediante un procedo gradual se transformó en un Derecho Internacional Positivo. En el marco de las Naciones Unidas, los Convenios sobre Derechos Humanos son instrumentos que pueden impulsar a los Estados a cumplir con las obligaciones que contiene y a aceptar las responsabi lidades cuando estas se incumplen. Dentro de esta transformación ha existido la evolución doctrinal basada en la noción de infancia surgida entre los siglos XVIII y XIX.

Haciendo una breve reseña histórica,[6] la cuestión de los Derechos del Niño no figuraba en la Declaración de los Derechos del Hombre formulada en Francia en 1780. Los niños eran considerados una categoría residual de personas, carentes de verdaderos derechos humanos. En aquel momento, las sociedades europeas consideraban simplemente que los niños eran propiedad de sus padres. Según algunos comentaristas juritas en Inglaterra por Ej. el que robe un niño no se consideraba un robo a menos que el niño estuviera bien vestido. De otro modo, robar un niño equivalía a robar un cadáver. El cuerpo no estaba habitado por ninguna persona jurídica en ninguno de los dos casos. En la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención Internacional del Derecho del Niño, se ha establecido que el menor goza de una protección especial y dispone de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otro medio, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

No puede haber un ejemplo más elocuente del paternalismo de occidente para esta diferencia entre el niño occidental, independiente y activo y el niño del tercer mundo, receptor y pasivo. Esa perspectiva forma parte incluso de la enseñanza en la escuela. La educación para el desarrollo tiende a destacar las necesidades de los niños del tercer mundo y asigna importancia a brindarles ayuda. Mientras uno de los resultados positivos de la publicidad dada al hombre que asoló a Etiopía en 1985-1986, fue que miles de alumnos

6 TEMOCHE GUTIERREZ, Jovana, RAMÍREZ, María Luisa. Alumnas de la Maestría en Ciencias Penales UNFV, Reseña histórica de la evolución de los derechos del niño. Lima, 2003

de escuelas primarias aprendieron algo acerca de este país africano, por conducto de proyectos escolares, uno de los resultados negativos fue que, debido al hincapié que se hizo en las situaciones de desastre reinante a la sazón, pocos fueron los que aprendieron algo acerca de la antigua historia cultural de este complejo país. El derecho del niño ha sufrido una evolución en el transcurso de los años y mediante un procedo gradual se transformó en un Derecho Internacional Positivo. En el marco de las Naciones Unidas, los Convenios sobre Derechos Humanos son instrumentos que pueden impulsar a los Estados a cumplir con las obligaciones que contiene y a aceptar las responsabi lidades cuando estas se incumplen. Dentro de esta transformación ha existido la evolución doctrinal basada en la noción de infancia surgida entre los siglos XVIII y XIX.

Los derechos del niño frente al abandono de su familia y del Estado

La Constitución Política del Estado en el Art. 4, se enuncia que: "**La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono**", consecuente con ello, en nuestro país, desde hace un buen tiempo los derechos humanos han cobrado mucha importancia y se han convertido en el fundamento del sistema político-social, para la garantía de desarrollo de todas las personas sin discriminación, sin embargo pese a ello es de observar en nuestra realidad, un olvido frente a los derechos de la infancia y adolescencia, pudiéndose afirmar que estos no se encuentran efectivamente protegidos, especialmente frente a los abusos que pueda cometer su familia, la sociedad y el Estado.

La Convención de Derechos Humanos reconoce a los niños como personas humanas y por lo tanto gozan de igual respeto y protección que un adulto, inclusive dicha protección es mayor porque estos se encuentran en menor desventaja para el reclamo de lo que por derecho les corresponde. Los derechos del niño han evolucionado favorablemente a través del tiempo, pero nos preguntamos si nuestra sociedad es consiente de la desigual dad de condiciones en que se encuentra nuestra niñez, por lo medios radia les, periodísticos y televisivos a diario escuchamos, violaciones, maltratos contra menores, niños que son usados para cometer actos delictivos, niños abandonados que deambulan por las calles, que no cuentan con el apoyo familiar, ni del Estado;

pero no sólo hay abandono en las calles, existe también abandono en los niños que están dentro de un hogar y sus familiares le son indiferentes, hechos que en reiteradas veces lleva a los adolescentes al suicidio, nuestra sociedad no ha tomando en cuenta el interés superior del niño, lo cual implica buscar el bienestar y respecto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo de su persona, para que en el futuro sean mejores seres huma nos y buenos ciudadanos en nuestra sociedad, siendo una de las causas la irresponsabilidad de muchos padres al no asumir sus deberes como tal, pero no podemos atribuirle completamente toda la responsabilidad al régimen social, ya que el Estado juega un papel importante en la defensa y protección de los Derechos del Niño.

En el Perú y en casi buena parte del mundo, se observa la inexistencia de una política social pública (de Estado) hacía la niñez y la familia, por el contrario se percibe un notorio olvido de las instituciones, frente a la niñez, especialmente a los que se encuentran en estado de abandono. Un ejemplo viene hacer la institución donde laboro, el Poder Judicial, el cual sólo se ha dedicado a resolver problemas ante la infracción a la ley por parte de niños, niñas y adolescentes, pero siendo un Poder del estado no cuenta con un programa de prevención y apoyo a la comunidad para el rescate de estos niños. En este contexto, los niños y niñas sujetos pasivos de delitos como el maltrato, la violación, trata de personas, abandono familiar, muchas veces son intervenidos en los mismos centros junto a adolescentes en conflicto con la ley, adicionalmente a esto sin respetar rangos de edades y garantías procesales, todo ello se realiza en nombre de la tutela y protección que refiere dar el Estado. Los niños y adolescentes albergados como medida de protección en instituciones públicas y privadas por encontrarse en presunto abandono material y moral, reflejan la grave crisis que atraviesa la familia en nuestro país, producto de un conjunto de factores económicos, políticos, sociales y culturales que han afectado su normal desarrollo y amenazan su existencia como tal. La infancia abandonada constituye uno de los problemas sociales más graves y notorios existentes en la actualidad; y a su vez incide en el surgimiento de otra cadena de problemas que también son preocupantes como es el caso de los jóvenes con problemas de conducta, drogadicción y otros. El abandono es un flagelo sobre todo de los niños extraviados de los hogares producto del terrorismo, hijos de padres en proceso judicial, niños abandonados en hospitales y mater-

nidades, en hogares ajenos y centros asistenciales; y también niños en peligro mortal rescatados por la policía por el peligro que corren en manos de padres alcohólicos y agresivos.

La inmensa población de menores con problemas de conducta y esos a los que regularmente solo puede decírseles **"transgresores"** se han convertido en los grandes olvidados del país. Son jóvenes y adolescentes que apenas acaban de dejar atrás la pubertad y no cuentan con el apoyo familiar, ni con el debido apoyo del Estado. Estos jóvenes están a la deriva, ocasionalmente son capturados por la policía por vagancia, alcoholismo, hurtos y robos, o cualquier otro hecho ilícito de gravedad, entonces el problema se complica: no hay sitios donde enviarlos. Algunos van a parar a centros de reclusión de menores (Maranguita) muchas veces con otro menores infractores de mayor peligro, o temporalmente quedan encerrados en las dependencias de la Policía Nacional hasta que se les encuentre un lugar. Asimismo los diarios, revistas, periódicos, televisión, cine, etc., hablan de jóvenes y niños abandonados a su propia suerte; los cuales no constituyen prioridad alguna al presupuesto nacional y son al parecer los más margina dos en los afectos y preocupaciones. Se habla de ellos sólo cuando aparecen involucrados en algún hecho que llame la atención a la ciudadanía. Solo en ese momento la atención se vuelve hacia esos menores y la opinión pública reacciona escandalizada porque muchachos que no pasan de 12, 13, 14 y 15 años se encuentran involucrados en actos delictivos, solos o compartiendo responsabilidades con los adultos.

Pero, de lo que nuestra sociedad no se da cuenta es que estos niños desde que nacieron sufrieron el **flagelo del abandono**, quizás no llegaron a conocer, lo que es tener el cariño del padre o de la madre, el ir a una escuela, tener un juguete, ir a un cine, u otra diversión. Son niños desdichados que más que una crítica necesitan de la atención de nuestra sociedad y del Estado. Son muchos los problemas de abandono no hay estadísticas concretas que representen la magnitud de este problema en nuestro país. Ejemplo en el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar "INABIF", la mayoría de madres y padres que abandonan a sus hijos son jóvenes pobres y con poca educación. También pueden ser adolescentes que niegan su embarazo y que tienen sus hijos a escondidas, algunas desean tener a su hijo pero se sienten abandonadas por sus parejas y por la sociedad y esta abandona al menor en una iglesia o

en una institución benéfica. Lamentablemente, los casos de abandono de los hijos ocurren con mayor frecuencia en los estados sociales más bajos de todo el país. Es allí donde hay una gran cantidad de mujeres trabajando en la calle y que hacen de madre y padre a la vez. Es un asunto realmente crítico y que vi de cerca, cuando fui mamá voluntaria en el Inabif, en el año 1994 a 1996.

La minoría de edad era considerada una situación personal en la que no se reconocía la libertad ni como independencia ni como participación. La minoría de edad es una situación de dependencia, de sumisión, a aquellos a quienes se atribuyen "oficios protectores". Esta ausencia de independencia no estaba compensada por una participación: el menor carecía de participación en la toma de decisiones tanto en la vida familiar como en la vida social. El carácter tuitivo que asumía la familia y, supletoriamente, el Estado configuraban al menor como una persona dependiente y heterónoma. Entre las diversas contradicciones implícitas en esta situación quizá sea la más llamativa la de la edad penal: el menor de edad era considera do incapaz de participar mediante su voto en la configuración de cuál fuera la ideología que conformase la mayoría legislativa, la cual decidirá los mínimos morales a imponer penalmente, pero era considerado capaz de asumir el grado de culpabilidad que la ley penal supone para ser imputable.

Existen en el mundo alrededor de 40 millones de menores que trabajan en fábricas, en la agricultura, en la minería, en pequeñas industrias, en talleres de artesanía, en hostelería y tiendas o como vendedores ambulantes. En los países en vías de desarrollo, las causas esenciales de este fenómeno son el atraso económico, vinculado en algunos casos al dominio colonial que casi todos ellos sufrieron, la supervivencia de estructuras socioeconómicas arcaicas, el brusco descenso del índice de escolaridad de los niños a partir de los 11 o 12 años de edad, y el aumento de la población. En el Perú trabajan no menos de 1'987,165 niños y adolescentes menores de 18 años (28.6% del grupo etáreo); 61.4% son niños y niñas entre 6 y 13 años, 38.6% tienen entre 14 y 17 años. Del total, 70% de los niños trabajadores está en el área rural y el 30% en zonas urbanas. Según un estudio de la OIT, 50 mil niños, niñas y adolescentes trabajan en la minería artesanal de oro en 120 caseríos mineros. Hay 110,496 niños, niñas y adolescentes que trabajan en el servicio doméstico (79% mujeres). El 43% no tiene acceso a la educación. Cientos de niños y

adolescentes trabajan en los mercados de abasto como estibadores que cargan pesos desproporcionados a su capacidad física. Otros trabajan en la extracción artesanal de piedra para construcción (por ejemplo en Carabayllo). Más de mil trabajan en Huachipa haciendo ladrillos. Miles de niños recólectan materiales en los basurales.

La Explotación sexual comercial infantil es una violación fundamental de los derechos de la niñez. Abarca el abuso sexual por parte del adulto, y remuneración en dinero o en especie para la niña o para una tercera persona o personas. La niña es tratada como objeto sexual y como mercancía. La explotación sexual comercial infantil constituye una forma de coerción y violación contra ésta, equivale al trabajo forzado y constituye una forma contemporánea de esclavitud, por cuanto las menores son tratadas como objetos o mercancías sexuales. Es una forma moderna de esclavitud, que implica situaciones de poder, subordinación y abuso, así como "la utilización de niños, niñas y adolescentes en actos sexuales o eróticos para la satisfacción de los intereses y deseos de una persona o grupo de personas, a cambio de un pago o promesa de pago o cualquier otro tipo de beneficio.

El 08 Jun 2004 se publicó la Ley Nº 28251 contra el abuso y la explotación sexual comercial infantil, mediante la cual se modificó el Código Penal peruano en la redacción de las conductas típicas y el quantum de las penas privativas de libertad de los delitos de violación sexual (Art.170), violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (Art. 171), violación de persona en incapacidad de resistencia (Art. 172), violación sexual de menor de catorce años de edad (Art. 173), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (Art.174), seducción (Art. 175), actos contra el pudor (Art. 176 y 176-A), favorecimiento a la prostitución (Art. 179), rufianismo (Art. 180), proxenetismo (Art. 181), trata de personas (Art. 182), exhibiciones y publicaciones obscenas (Art. 183) y pornografía infantil (Art. 183-A). Entre sus principales innovaciones, la Ley Nº 28251 incorporó al Código penal peruano el tipo penal de usuario-cliente (Art. 179-A) cuando, mediante prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, se tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce o menor de dieciocho años de edad.

El doctor **FERMIN CHUNGA LA MONJA,**[7] expresa que el estado de abandono debe entenderse como aquella situación en la que se encuentra a un niño o adolescente, debido a que sus pa dres, tutores o responsables incumplen con sus deberes y obligaciones, dejándolos en el de samparo. Refiere este jurista, que entre las causas de abandono podría citarse las siguientes:

a. **Cuando se trata de un expósito:** Que es el recién nacido que es abandonado en lugar público. El expósito encontrado en la vía pública: El Ministerio Público verifica el hecho denunciado, levanta el acta correspondiente y dispone que el niño o adolescente sea puesto a disposición del juez de familia para que abra el proceso tutelar.
b. **El derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos:** El niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres. Una vez determinada la filiación, es decir, estable cida la paternidad y maternidad surge la atribución a los padres del conjunto de derechos y deberes reconocidos en función del interés de los hijos y que se resumen en el cuidado integral de estos.

Según el jurista **ALEX PLACIDO VUILCACHAGUA,**[8] "el derecho a conocer a los padres resulta comprendido como uno de los atributos de la identidad de toda persona, identidad en las relaciones familiares. Se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, en el establecimiento de la paternidad y de la maternidad". El derecho al niño a ser cuidado por sus padres rige la idea de que el ejercicio compartido de la patria potestad por el padre y la madre atiende mejor al interés de los hijos menores, lo que constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquella importa, con prescindencia del origen de la filiación. A diferencia del Código Civil de 1984, que desarrolla el régimen de la patria potestad sobre la base de que los derechos inherentes a ella son acordados a los padres en razón a los deberes que deben cumplir y que es posible atribuirla a uno solo de ellos, los postulados de la Convención de los Derechos del Niño exigen que siendo un

7 CHUNGA LA MONJA, Fermín, Derecho Procesal de Menores, 1ª Edición, Editora Osbac SRL, Lima, 1998, p. 72.

8 PLACIDO VILCACHAGUA, Alex, Filiación y patria protestad en la doctrina y en la jurisprudencia, Gaceta Jurídica SA, 1ª Edición, marzo,2003, p. 68.

derecho del niño el ser cuidado por sus padres, estos siempre lo ejerzan y en su caso, se les restablezcan los atributos de la patria potestad en forma conjunta y determinen que el nuevo punto de atención sea el interés del sujeto a la patria potestad, ya que es en función a la protección del niño que existe la patria potestad paterna.

Abuso sexual y explotación

La explotación sexual comercial es una actividad esencialmente económica, de carácter comercial y mercantil, que somete a niños, niñas y adolescentes al trabajo de comercio y de la industria del sexo, en los ámbitos nacional e internacional. Por tanto, esa concepción traspasa la categoría de la prostitución infanto-juvenil, abarcando los aspectos de la producción industrial pornográfica, el turismo sexual, el tráfico de niños y adolescentes para fines sexuales, y como hechos más recientes, el sexo y pornografía vía internet. Es una forma extrema de abuso sexual. Consiste en la utilización del niño en actividades sexuales a cambio de una remuneración o de cualquier otro tipo de retribución. A diferencia del abuso sexual, además de la víctima (niño, niña o adolescente), y el abusador ("usuario" o "cliente"), interviene el o los explota dores, es decir, el proxeneta, administrador de locales (hostales, discotecas, etc.), intermediario, etc. Las principales manifestaciones de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes son la prostitución y la pornografía.

La explotación sexual comercial de la niñez y adolescencia, es una actividad lucrativa e ilícita que obedece a un conjunto de prácticas sociales propias de una cultura de ejercicio abusivo del poder y violencia frente a quienes, por su condición histórica de subordinación, o bien debido a sus circunstancias de vida, suelen ser más débiles y vulnerable. Se trata de un fenómeno en donde el adulto visualiza a la persona menor de edad como un objeto o producto comerciable (susceptible de ser comprado o vendido) para la satisfacción de sus propios deseos y fantasías. Diversas investigaciones, coinciden al identificar al menos cuatro formas o expresiones de la explotación sexual comercial, a saber: la prostitución infantil, el turismo sexual, la trata de personas menores de edad con fines sexuales y la pornografía infantil, todas producto de una demanda social que favorece la "cosificación" y utilización del cuerpo, la sexualidad, y la personalidad del niño, niña o adolescente. No se trata de un problema exclusivo de países en desarrollo o de grupos minoritarios, ni de

una actividad de trasiego desigual donde los países más pobres proveen a los más ricos de un mercado libre de niños y niñas para su utilización y consumo, aunque es bien conocido que sí se establecen vínculos estrechos entre países en desarrollo y países industrializados.

La explotación sexual comercial no conoce de fronteras ni de clases; existe prácticamente en todos los países del mundo y está presente en todos los estratos sociales y, contrario a lo que comúnmente se cree, también -y principalmente- se asienta y echa raíces en el nivel nacional, porque para dar continuidad a la actividad se requiere de generar en cada país un mercado local con consumidores nacionales. Dentro de este contexto, las condiciones de miseria o po breza (si bien, no sería prudente desechar este aspecto o ubicarlo en un lugar secundario) resultan insuficientes para explicar por si solas las causas de este flagelo. Está demostrado que no todas las víctimas de explotación sexual provienen de familias pobres. Puede tratarse también de personas menores de edad que por distintos motivos se fugan de sus hogares de clase media y que ven en la prostitución el único medio para poder sobrevivir por su cuenta, o sencillamente para poder adquirir más bienes de consumo. Si bien se puede señalar a proxe netas y clientes como el eslabón primario de esta compleja cadena, distintas investigaciones realizadas en el país concluyen que se trata de una actividad desarrollada al amparo de redes u organizaciones delictivas altamente especializadas y con soportes tecnológicos de avanzada, en las que participan diversos actores. Intermediarios, reclutadores (incluida la familia), taxistas y propietarios de hoteles, son solo parte de la vasta gama de personas involucradas en las distintas transacciones ilícitas subyacentes, tales como el soborno, la falsificación de documen tos, inmigraciones ilegales, para mencionar solamente algunas.

Acerca de las causas por las que los menores de edad se ven involucradas en esta actividad, debemos señalar que son variadas y complejas. Van desde la desintegración familiar y la violencia intrafamiliar, así como la apremiante situación económica y de desventaja social en que se encuentran (frente al espejismo de una mejor vida, ofrecida por los proxenetas) hasta el desgaste o distorsión de valores, donde aquellos más sublimes han sucumbido frente al materialismo y al bombardeo incesante de comerciales, transmitidos en los medios de comunicación colectiva, que invitan al con sumo desmedido. A todo lo anterior debemos agregar arraigados patrones culturales y actitudes

históricas, propios de una sociedad de estructura patriarcal, que ubica a la niñez y a la mujer en un nivel de inferioridad con respecto al varón adulto, quien mira en aquellas personas, un objeto de su posesión. En todo caso, lo realmente importante es comprender el fenómeno dentro del contexto social en que se desarrolla, para así orientar las acciones requeridas en la dirección correcta y evitar caer en la tentación (como comúnmente sucede) de involucrar prejuicios en la toma de decisiones, y juzgar a la persona menor como quien busca soluciones fáciles a su realidad. Es preciso tener conciencia de que, sin importar las causas que motivaron u obligaron a un niño, niña o adolescente a ser partícipe en este vergonzoso negocio, que lesiona y degrada su cuerpo, capacidades y autoestima, éste, lejos de ser un cómplice, es víctima de personas inescru pulosas que se aprovechan de su circunstancia, vulnerabilidad y necesidades.

El problema se complica con la existencia del tráfico sexual de menores, que puede darse dentro de los países o a través de las fronteras. Pero siempre con un denominador común: desde zonas pobres hacia otras más ricas. Generalmente, los flujos parten de las regiones rurales hacia las urbanas y, dentro de éstas, hacia áreas turísticas o zonas con alta concen tración de trabajadores extranjeros. En un ambiente extraño, las víctimas son extremadamente vulnerables y se encuentran totalmente desprotegidas. En el caso de tráfico entre diferentes países, esa inseguridad aumenta por su entrada ilegal en el país, así como por su descono cimiento de las leyes, la cultura y el idioma del país de destino.

Las principales causas del tráfico infantil con fines sexuales son la pobreza, la falta de educación y formación, así como la discriminación de la mujer. En la mayoría de los países del sudeste asiático, en muchos casos con reminiscencias esclavistas, la situación de la mujer es absoluta mente precaria. Queda subyugada al marido y sufre violencia doméstica como algo habitual. En el caso de las menores, un gran número es víctima del engaño, directamente o a través de sus familiares, y la entrada en el mercado del sexo se convierte en una oportunidad fallida para salir de la pobreza o una forma de saldar deudas. En ocasiones, saben que están siendo captadas para la prostitución, pero no son conscientes de las situaciones degradantes y de extrema explotación que tendrán que sufrir. Las víctimas son extremadamente vulnerables y se encuentran totalmente desprotegidas. En el caso de tráfico entre diferentes

países, esa inseguridad aumenta por su entrada ilegal en el país, así como por su desconocimiento de las leyes, la cultura y el idioma del país de destino. En los casos de tráfico sexual transfronterizo, se añaden problemas de desarraigo y de doble victimización, puesto que las víctimas son tratadas como criminales por haber entrado en el país de forma ilegal. Esto puede provocar que sean encarceladas antes de ser devueltas a su país de origen, con lo que su situación se complica.

Las menores padecen secuelas físicas y psicológicas difíciles de superar, pueden contraer el VIH/Sida y otras enfermedades de transmisión sexual y se exponen a embarazos no deseados. Además, sufren el rechazo de la sociedad y de la propia familia. Una vez en el mercado del sexo, cada vez tienen más dificultades para optar a un trabajo digno. La falta de formación adecuada o el estigma social que implica haber trabajado en el ámbito de la prostitución suponen grandes obstáculos para reinsertarse en la sociedad. El Art. 2 de la Ley Nº 28251 del 08 Jun 2004, adicionó al Código Penal el Art. 179-A que prevé diversas conductas o comportamientos que en su conjunto podemos denominar acceso carnal o acto análogo con adolescentes a cambio de dinero u otra ventaja de cualquier naturaleza. El delito de acceso carnal o análogo a cambio de dinero u otra ventaja con una persona adolescente, se configura cuando una persona pagando o entregando una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o le introduce objetos o partes del cuerpo por la cavidad vaginal o anal, con una adolescente mayor de 14 y menor de 18 años.

Según el autor **RAMIRO SALINAS SICCHA**[9] "Los elementos objetivos que deben concurrir en un comportamiento humano para configurarse el delito mal denominado prostitución infantil lo constituyen primero el ofrecimiento de pago económico o ejecutar una ventaja de cualquier na traleza (darle un puesto de trabajo, mantenerlo en su casa, conseguirle un trabajo para algún familiar, asesoramiento legal a un pariente que se encuentra en juicio, proporcionarle medicamentos, etc.). No es necesario pago o ejecución efectiva de lo pactado o convenido, basta con el ofrecimiento. La explotación sexual infantil es ejercida por otra persona usando su poder sobre el niño para

9 SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal, Parte Especial. Editora Juridica Grijley, Lima, 2007. p. 791.

establecer con el o ella una actividad sexual de cualquier índole hasta la forma más grave que es la violación. La explotación sexual del niño(a) o adolescente por otra persona para obtener un beneficio económico (prostitución o pornografía). La prevalencia del incesto revela la trasgresión de las normas básicas de convivencia social/ tipificado como una situación de anomia.

Clases de explotación sexual infantil

- **Prostitución infantil o explotación sexual tradicional:** Es la comercialización de niños y adolescentes como mercancía sexual a cambio de una renumeración en dinero o en especie, generalmente con la participación de un intermediario.
- **Tráfico de Niños y Adolescentes para fines comeriales:** Se denomina tráfico de niños y adolescentes a la actividad lucrativa de transportarlos con fines sexuales comerciales. El reclutamiento y traslado puede ser entre países o en el interior del propio país, con o sin el consentimiento de los responsables por el menor de edad, y mediante engaño o coerción.
- **Turismo Sexual:** Es la explotación sexual de niños y adolescentes por visitantes, en general, procedentes de países desarrollados o también visitantes del propio país, involucrando la complicidad, por acción directa u omisión, de los sectores y servicios del ramo del turismo. Puede ser a través de viajes organizados en grupos o individual, en los que se incluye dentro de los servicios a ser prestados, relaciones sexuales con menores de edad en el lugar de destino. También son considerados turismo sexual los casos en que la persona no haya contratado el servicio, pero, acepta las ofertas que hacen las redes de explotación sexual en el lugar de destino.

Pornografía Infantil: Se refiere a la representación visual o auditiva de una persona menor de edad en un acto sexual explícito, real o simulado, y con exhibición obscena de los órganos genitales para el placer sexual del usuario y casi siempre con fines lucrativos para el intermediario. Envuelve la producción, distribución y el uso de material visual o auditivo en que utilizan niños y adolescentes en un contexto sexual. Son considerados explotadores los productores (fotógrafos y videomakers), los intermediarios (personal de apoyo), los difusores (anunciantes comerciantes y publicitarios) y los consumidores del producto final. Actualmente el mayor y más complejo medio de difusión

de la pornografía infantil son los sitios web en Internet. El abuso sexual en niños (as) y adolescentes es difícil de detectar dada la variedad de indicadores que presenta y el hecho de que la mayoría de las personas:

a. No conoce cuáles son estos indicadores
b. No presta al niño(a) o adolescente, suficiente atención como para notar que algo lo está afectando

Generalmente, las personas piensan que si un niño(a) o adolescente se comporta diferente, esto se debe a que está tratando de ser independiente o que se ha vuelto rebelde o simplemente que está pasando por la adolescencia. Un cambio en la conducta no significa necesariamente que la persona sea víctima de abuso, peor los cambios significativos en diferentes áreas del comportamiento deben ser explorados como un posible indicador que requiere especial atención.

Los indicadores antecedidos son especialmente representativos de abuso sexual:

a) Indicadores físicos

Pueden existir indicadores físicos que muestran que un niño(a) o adolescente ha sido víctima de abuso sexual:

- Infecciones recurrentes en el tracto urinario
- Enfermedades de transmisión sexual
- Ropa interior inexplicablemente manchada o rota
- Sangrados alrededor de la boca, el ano o la vagina (también fisuras)
- Aumento general de trastornos somáticos, tales como dolores de estómago, cabeza, etc.
- Regurgitación o vómito de alimentos, especialmente si el ofensor ha introducido su pene en la boca del niño)(a) o adolescente (**inmisio penis in os** también llamado **felattio in ore**; **coito inter femora,** es la eyaculación entre los muslos del menor; **cunnilingus** consiste en lamer las partes pudendas de la mujer)
- Tono de voz o lenguaje propio de un nuño o niña más pequeño
- Dolor en el área de la vagina, el pene o el ano
- Mojarse en la cama (enuresis)

- Ensuciarse en la ropa (encopresis)
- Brotes o rasguños inaplicables
- Privarse voluntariamente de alimentos
- Comer y luego provocarse el vómito
- Picazón anormal en el pene o la vagina
- Olor extraño en el área genital
- Hallazgo de objetos pequeños en el ano o la vagina del menor
- Embarazo temprano de 9 a 14 años particularmente
- Dificultad para caminar o sentarse
- Verguenza de su propio cuerpo y resistencia a cambiarse en frente de otros
- Los jóvenes varones podrían sentirse atraídos por el fuego y podrían iniciar incendios
- comerse las uñas de los dedos, los labios, hasta romperlos, infectarlos o hacerlos sangrar
- Fugarse del hogar
- Adolescentes mujeres involucradas en pornografía o prostitución
- Promiscuidad
- Adolescentes mujeres que desean casarse jóvenes para salir de sus hogares o de situaciones abusivas
- Comportamiento muy seductor u obsesivo en relación al sexo, en conversaciones, dibujos, televisión, películas, etc.
- Masturbación excesiva
- Tendencia a abusar sexualmente de parientes o amigos menores de edad
- Depresión, pensamientos o tentativos de suicidio
- Sentimientos de disociación, es decir, el o la adolescente tiene la sensación de que se está viendo asimismo como en un ensueño
- Temor a la homofobia en los adolescentes varones (miedo a ser considerados homosexuales, temor y odio hacia los homosexuales)

b) Indicadores de comportamiento en niños(as)

- Dejar de comer o comer demasiado
- Problemas al dormir
- Pesadillas muy frecuentes
- Llanto o lamentos sin razón aparente
- Temor hacia os adultos en general

- Comportamiento mucho más tímido de lo normal
- Comportamiento más dependiente de los padres de lo usual
- Hiperactividad
- Incapacidad de concentrar la atención en algo por mucho tiempo
- Comportamiento regresivo, propio de un niño o niña de menos edad
- Comportamiento sexual inadecuado para levedad, en sur elación con otros niños(as) o en sus juegos
- Conversación sobre temas sexuales en términos poco adecuados para su edad.
- Rendimiento académico peor de lo usual.
- Incapaz de relacionarse bien con otros niños(as) y compañeros(as) de su clase.
- Comportarse en forma muy agresiva, generalmente llega a pelear con los otros.
- Temeroso(a) de alguien en particular, o por el contrario, quiere pasar demasiado tiempo con esa persona en especial.
- Comportamiento como si nada en el mundo le interesara.
- Temor a la oscuridad.
- Muy somnoliento(a) en la escuela.
- Tics nerviosos en la cara.

c) Indicadores de comportamiento en adolescentes

Algunos de los indicadores anteriores para niños(as) también se aplican a los adolescentes, además de los que se detallan a continuación:

- Mantenerse aislado(a) de los demás
- Evitar llegar a casa
- Evade a una persona en especial o quiere estar a solas con esa persona en particular
- Malas relaciones con compañeros(as) de clase y amigos
- Mala auto-imagen, habla de si mismo(a) en forma despectiva
- Con problemas de higiene o arreglo personal, usa algunas veces doble ropa interior
- Baja autoestima, dificultad para aceptar un cumplido
- Rendimiento académico demasiado bajo de lo usual
- Ausentismo en la escuela, vagancia
- consumo de alcohol o drogas

- Hace todo lo que dicen los demás; falta de asertividad
- Actitud hostil y enojo por encima de lo normal
- Peleas con los compañeros(as) de clase, con los amigos(as) y/o hermanos(as)
- Ansiedad, nervios y tensión
- Dificultad para confiar en otros(as)
- Aislado(a) de los demás compañeros(as) amigos(as), hermanos (as)
- Sentimiento de suciedad y necesidad de ducharse varias veces al día

Explotación sexual comercial infantil (ESCI)

Según la Convención de los Derechos del Niño, es el delito a través del cual se utiliza a niños(as) o adolescentes en actividades sexuales, ya sea para prostituirlos o producir porno grafía. Este delito es una forma de trata de personas en la que un individuo o grupo de perso nas explotan a niños(as) o adolescentes, obligándolos mediante el uso de la fuerza física, amenaza, coerción, dependencia emocional o económica uy otra forma de violencia, a realizar actividades sexuales contra su voluntad o cabal conciencia. Conforme esta Convención, niño(a) es todo ser humano menos de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Considera[10] que el menor es víctima de explotación sexual porque los adolescentes por su condición etérea no tienen capacidad plena para decidir libremente. Conforme al Código Civil peruano, los menores de 16 años tienen incapacidad absoluta (Art. 42 CC) y los adolescentes entre los 16 y 18 años tienen capacidad relativa (Art.43 CC). Por ello, las adolescentes no tienen capacidad plena para otorgar su consentimiento.

El abuso sexual se produce cuando siendo menor de edad otra persona le fuerza a mantener un contacto sexual. Par ello se puede valer de la fuerza física, de engaños, de amenazas o se sobornos. Generalmente, se produce por adultos o jóvenes. Se considera abuso, cualquier tipo de penetración, roces, caricias de órganos genitales en contra de la voluntad del menor. También se incluye el tocamiento de los órganos genitales del abusador, pero no siempre tiene que haber contacto físico, puede ser que alguien pida que le observen

10 http://www.unhchr.ch

desnudo, que le miren mientras se toca sus genitales o mantiene relaciones sexuales con otra u otras personas, o que obligue a ver películas o asistir a conversaciones de contenido sexual, o que pida que el menor pose desnudo con el fin de excitarse u obtener placer sexual.

La ESCI no debe considerarse como una forma de trabajo infantil, ni una manera de ayudar económicamente a una familia, sino tan sólo como una forma contemporánea de esclavitud. Si nos preguntamos por el explotador ¿quién sería? Se considera explotador tanto al que intermedia u ofrece la posibilidad de relación sexual a un tercero como a aquel que mantiene la misma con el niño o adolescente, no importando si es frecuente, ocasional o permanente.

En cuanto a las **modalidades de explotación sexual comercial infantil**, tenemos:

Pornografía infantil

Es toda representación, por cualquier medio, de un menor de 18 años, de actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales del mismo, con fines sexuales y para el pacer sexual del usuario. La comercialización de los cuerpos de los niños y adolescentes en todo el mundo ha sido un fenómeno que representa un reto no sólo para las familias sino también para las autoridades e instancias interesadas en acabar con la comercialización, fotografías, videos y revistas pornográficas que han sido los medio más usuales a través de los cuales los empresarios de este tipo de negocio muestran con morbosidad cuerpos enteros o partes de ellos de muchos niños y adolescentes, en francas escenas sexuales. Esto es buscado por unos para su gratificación sexual y perseguida por otros para aplicar las sanciones correspondientes, pero sin lograr poner el fenómeno bajo control. Mientras tanto, productores y promotores de la pornografía infantil continúan comerciando impunemente a escala mundial vendiendo en locales comerciales formales o informales, abierta o encubiertamente. Internet es el más reciente y eficiente sistema que ofrece como en el menú de un restaurante, videos y miles de fotografías de niños y ado lescentes en situaciones pornográficas.

La palabra pornografía se uso por primera vez, en forma oficial, en la décimo quinta edición del Diccionario de la Lengua Castellana de la Real

Academia Española, publicada en 1925. No obstante, antes había sido usada en el idioma francés. Etimológicamente el término pornografía es una derivación del griego **pornographos** que estudia la prostitución. A su vez, esta palabra proviene de **pornè** (prostituta) y de **grafein** (describir). Es decir, es la descripción de la actividad realizada por las prostituyas. Actualmente, el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española tiene tres acepciones:

a. Tratado acerca de la prostitución
b. Carácter obsceno de obras literarias
c. Obra literaria o artística de este carácter

Es toda representación de actividad sexual u exhibicionismo, sea cual fuere la modalidad en que se plasme, cuya finalidad es exclusivamente general placer sexual en el sujeto. De ello se deriva la concepción respecto a lo qué es pornografía infantil: Todo material del cual puede captarse que un menor de edad realiza actos de sexo explícito, real o simulado o exhibe sus partes íntimas con el gin de generar excitación sexual en el sujeto receptor.

En cuanto a los **antecedentes legislativos nacionales** y la sistemática en el actual Código Penal peruano de la pornografía infantil, desde comienzos de la época republicana en el Perú se hizo evidente el interés de los legisladores por regular la comercialización de las publicaciones convide radas obscenas. En el Código Penal de 1836 publicado durante el go bierno del General Santa Cruz, Título VII "De los delitos contra las buenas costumbres," Libro II "De los delitos contra el Estado" contenía las regulaciones sobre el material obsceno. En el Capítulo I "De las palabras y acciones obscenas en sitios públicos y de la edición, venta y distribución de escritos, pinturas o estampados de esta misma clase". Arts. 416 a 418 estable cían las sanciones penales para los infractores. Casi un siglo después, entró en vigencia el Código Penal de 1924, publicado durante el Oncenio de Leguía regulándose en el Art. 209 lo siguiente:

> "El que fabricare o importar para la venta, escritos, imágenes, dibujos u objetos obscenos, los expusiera en venta, los anunciare por publicaciones, exposiciones o espectáculos, o en cualquier forma lo distribuyera o hiciera circular, será reprimido con prisión no mayor de un año o multa de la renta de tres a treinta días."

La principal diferencia con la norma del Código Penal de 1836 fue la ampliación del número de días de sanción. Adicionalmente, se observa que el interés del dispositivo legal está centrado en las publicaciones. En el anterior Código Penal el material gráfico tenía la misma importancia que los relieves, las estatus y otos productos elaborados. Con relación al bien jurídicamente protegido, esta norma buscaba proteger la decencia sexual pública o pudor público, concepto que los juristas definen como el sentimiento pudoroso promedio de toda una comunidad. Este Código tuvo más de 50 años de vigencia hasta que fue derogado por el Código Penal de 1991 el que abordó la pornografía desde una perspectiva distinta a la del anterior Código Penal, pues en el Capítulo XI "Ofensas al pudor público", Título Delitos contra la libertad", Art.183 regula lo siguiente:

"Será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de 2 años:

1. El que expone, vende o entrega a un menor de 14 años, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, que por su carácter obsceno puedan afectar gravemente el pudor del agraviado o excitar prematura mente o pervertir su instinto sexual.
2. El que en lugar público, realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u observa cualquier otra conducta de índole obscena.
3. El que incita a un menor de 14 años a la ebriedad o a la práctica de un acto obsceno o le facilita la entrada a los prostíbulos u otros lugares de corrupción
4. El administrador, vigilante o persona autorizada para el control de un cine u otro espectáculo de índole obsceno que permite ingresar a menores de 14 años.

Según este artículo, la exposición de los menores de edad ante imágenes o situaciones obscenas constituye un grave atentado contra su integridad moral, contra su pudor sexual, expresión personal del pudor público. En realidad, lo que la norma legal protege es una escala de valores morales, la que resulta ampliamente beneficiada, en desmedro de otro conjunto de valores, expresión de una visión distinta de la vida y de la naturaleza humana. Pero ¿de qué forma se llega a conocer lo que es el pudor público o el pudor individual? Diversos juristas han llegado a determinar que el pudor público es un sentimiento compartido por los miembros de una comunidad, el cual les permite saber qué actos son los que ofenden el pudor, es decir, qué actos lesionan la decencia sexual. Un hecho que incluye de forma decisiva en el pudor público de una comunidad son sus costumbres y formas de vida. De acuerdo

a este planteamiento se espera que los sentimientos colectivos en torno a la sexualidad permanezcan en reserva, ocultos, a fin de no ofender el pudor e los otros miembros de la sociedad. Por esta razón, cuando la decencia sexual de la comunidad es ultrajada y violentada a través de las imágenes pornográficas, las personas sienten vergüenza y asco ante aquellos objetos o situaciones consideradas inmundas.

El problema con el concepto de pudor (del que depende la noción de obscenidad) es que se trata de una evaluación estrictamente personal, cae íntegramente en el terreno de la subjetividad, es decir, depende de cada persona. Lo que para algunos puede ser fuente de goce y disfrute, para otros puede se repugnante o repulsivo, una bestialidad, algo propio de los animales. Como puede verse y constatarse fácilmente a través de sondeos de opinión, una imagen pornográfica puede generar múltiples respuestas entre las personas, incluso en la misma persona en dos períodos de tiempo distintos. En el supuesto negado que existiera algo llamado pudor público, éste no sería representativo del sentir de una colectividad. Pues no es posible que exista un estándar social en materia de pudor sexual. En consecuencia, no puede haber pudor público. Lo mismo puede decirse de la moral pública. Si por moral se entiende la capacidad de distinguir el bien del mal, los valores, las conductas responsables de los desenfrenos libertinos, es claro que ese juicio solo puede realizarse a nivel individual. Cada persona en su sano juicio está en capacidad de decidir qué es lo bueno y qué es lo malo.

Este artículo ha sido modificado en dos oportunidades:
- Mediante la **Ley N° 27459**, Art. 1 (26 May 2001) con el siguiente tenor:

> "**Art.183.-** Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 2 años al que en lugar público realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u otra conducta de índole obscena.
> Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 3 ni mayor de 6 años:
> ....
> 11. El que muestra, vende o entrega a un menor de catorce años, objetos, libros, escritos, imágenes sonora o auditiva, que por su carácter obsceno, puedan afectar gravemente el pudor, excitar prematuramente o pervertir su instinto sexual.

12. El que incita a un menor de 14 años a la ebriedad o a la práctica de un acto obsceno o el facilita la entrada a los prostíbulos u otros lugares de corrupción
13. El administrador, vigilante o persona autorizada para controlar un cine u otro espectáculo, donde se exhiban representaciones obscenas, permite ingresar a un menor de 14 años".

Incorpora al Código Penal el **Art. 183-A en el Art. 2**, con el siguiente texto:

"Art. 183-A.- Pornografía infantil

El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a menores de 14 a 18 años de edad, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años y con 120 365 días multa.

Cuando el menor tenga menos de 14 años de edad, la pena será no mayor de cuatro ni mayor de 8 años y con 150 365 días multa

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del Art. 173, la pena privativa de libertad será no menor de 8 ni mayor de 12 años".

Ultima modificatoria, **Ley Nº 28251**, Art.1 (08 Jun 2004) con el siguiente tenor:

"**Art. 183.-** Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 2 años ni mayor de 4 años, al que en lugar público realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u otra conducta de índole obscena

Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 3 ni mayor de 6 años:

....

1. El que muestra, vende o entrega a un menor de dieciocho años, por cualquier medio, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, que por su carácter obsceno, puedan afectar gravemente el pudor, excitar prematuramente o pervertir su instinto sexual.
2. El que incita a un menor de 18 años a la práctica de un acto obsceno o el facilita la entrada a los prostíbulos u otros lugares de corrupción
3. El administrador, vigilante o persona autorizada para controlar un cine u otro espectáculo, donde se exhiban representaciones obscenas, permite ingresar a un menor de 18 años."

"Art. 183-A.- Pornografía infantil

El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio, incluido el Internet, objetos,

libros, escritos, imágenes visuales o auditivas o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a personas de 14 y menos de 18 años de edad, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años y con 120 365 días multa.
Cuando el menor tenga menos de 14 años de edad, la pena será no mayor de 6 ni mayor de 8 años y con 150 365 días multa
Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del Art. 173, o si el agente actúa en calidad de integrante de una organización dedicada a la pornografía infantil, la pena privativa de libertad será no menor de 8 ni mayor de 12 años.
De ser el caso, el agente será inhabilitado conforme al Art. 36 incisos 1, 2,4 y 5".

En cuanto a los grados de desarrollo del delito, todos los verbos rectores de este tipo penal están sujetos a tentativa y por ende a desistimiento, arrepentimiento, puesto que el sujeto activo ha iniciado la conducta típica poniendo en riesgo el bien jurídico tutelado al atentar tanto contra la indemnidad sexual del menor como también contra su libertad. El delito se con suma cuando se cumple con cualquiera de las conductas prohibidas seña ladas en el tipo penal.

Turismo sexual infantil

Es la oferta de niños(as) y adolescentes como parte de un paquete turístico, para ser utilizados como objetivos en una relación sexual donde hay un explotador, un usuario cliente de dicha explotación, medios que facilitan la explotación y una víctima, es decir, el niño(a) o adolescente. Es el que implica turistas adultos, ya sea de procedencia nacional o extranjera, que explotan sexualmente a menores de edad mediante una prestación económica o favor de alguna clase. Es un asalto horrendo y vergonzoso a la dignidad y los derechos de los niños y es una forma de violencia y abuso infantil, el cual está sancionado en el Art.181-A del Código Penal peruano.

- ¿Por qué existe el turismo sexual infantil?

El entorno del turismo sexual, en general (motivos del turista sexual, intereses económicos, destinos turísticos orientados al sexo, estilos de publicidad, etc.) proporciona fuertes estímulos en las personas con inclinación a explotar sexual mente a los niños en sus viajes. Las poblaciones de los países afectados, casi en su totalidad, atraviesan problemas económicos, los cuales son utilizados por el explotador para introducirlos a un circuito de explotación sexual:

la oferta y demanda de sexo. Aquí la mercancía más valiosa, es aquella que el turista sexual demanda y por la que está dispuesto a pagar altas sumas de dinero.

- ¿De dónde proviene el turista sexual infantil?

El flujo de turistas sexuales se produce principalmente desde el mondo económicamente desarrollado (Europa Occidental, Norteamérica, Países Escandinavos, Asia, Australia, Países del Golfo) hacia los países pobre del Sueste asiático, África, Centro América y el Caribe, Sudamérica. Además, individuos acomodados de países menos desarrollados económicamente como México, Argen tina y la India, también realizan turismo sexual. Asimismo, hay un reducido número de destinos para este tipo de turismo en países desarrollados (Amsterdam, New Orleans, Las Vegas). Muchos países receptores están bajo presiones económicas y políticas para que promuevan el turismo con el fin de general divisas.

- ¿Quién es el turista sexual?

Es aquella persona nacional o extranjera que visita una ciudad, provincia o poblado con el objetivo de contratar servicios sexuales con niños (as) menores de edad, lo cual se encuentra sancionada en el Art. 179-A del Código Penal peruano. Existe el Código de Ética Mundial sobre turismo de1999 suscrito por la Organización Mundial del Turismo, que en el Art. 2 prescribe lo siguiente:

> "La explotación de seres humanos, en cualquiera de sus formas, especialmente el sexual, y en particular cuando afecta a niños, vulnera los objetivos fundamentales del turismo y constituye una negación de su esencia. Por tanto, conforme al Derecho Internacional debe combatirse sin reservas, con la aprobación de todos los Estados interesados, y sancionarse con rigor en las legislaciones nacionales de los países visitados y de los países de los autores de esos actos, incluso cuando se hayan cometido en el extranjero."

En el Perú **¿cómo se enmarca una campaña por el turismo sostenible y contra el turismo sexual infantil?** Todas las acciones que pueden desarrollarse a favor de un turismo respon sable y sostenible y contra el turismo sexual infantil se enmarcan en los lineamientos de política del Estado peruano:

a) **Plan Nacional de acción por la infancia y la** adolescencia (2002-2010) Dentro de la meta N° 5 asegura un sistema de atención, prevención y protección de los derechos de los niños(as) y adolescentes que se encuentren en situación de desventaja, de emergencia, de alto riesgo y con derechos vulnerados
b) **Bases del Plan estratégico nacional de turismo** –PENTUR (2005-2015) En el Objetivo N° 2, Estrategia 3, Medida C se desarrolla programas de capacitación y sensibilización para **la prevención de la explotación sexual comercial de niños(as) y adolescentes.**

Cifras impactantes sobre el turismo sexual infantil en Latinoamérica y el Perú

a) **Realidad mundial**

Cada año se producen más de 600 millones de viajes turísticos internacionales. Un 20% de estos viajeros buscan sexo en sus desplazamientos, de los cuales un 3% confiesa tendencias pedófilos, lo que significa que más de 3 millones de personas que viajan por el mundo buscan sexo con niños.[11] El turismo sexual infantil afecta a más de 2 millones de niños(as) y adolescentes en el mundo, los cuales son obligados a ejercer la prostitución o a trabajar en pornografía. Sus practicantes son también los mayores consumidores de pornografía infantil y proceden fundamental mente de Estados Unidos, Alemania, Reino Unidos, Australia y Japón[12]. El turismo sexual infantil es el principal motor de la mal llamada "prostitución infantil" (Explotación sexual comercial Infantil) que se ha desplazado del sudeste de Asia, donde las penas se han endurecido hacia Latinoamérica por su legislación permisiva y altos niveles de corrupción[13]. El turismo sexual infantil es un fenómeno que en estos últimos años se ha extendido portado el mundo, en especial ha migrado de Asia a Latinoamérica. Se halla estrechamente ligado al "tráfico de menores" y a "la porno grafía infantil"[14].

11 Fuente: Organización Internacional de Migraciones y Turismo
12 Fuente: Organización Internacional de Trabajo - OIT
13 Fuente: UNICEF y OIT
14 Fuente: Estudio de Explotación Sexual Infantil – Plan de acción para Europa

b) La realidad Latinoamericana

El turismo sexual infantil se ha convertido en estos últimos veinte años en una realidad muy dura para muchos países latinoamericanos, en especial para aquellos que atraviesan situaciones económicas difíciles, tiene niveles altos de población en extrema pobreza o en los que su legislación es aún muy permisiva. Principalmente, las zonas más afectadas son las tropicales y las de playa. Es importante precisar, que según numerosos estudios y análisis de casos relacionados a pornografía infantil y explotación sexual comercial de niños (as) y adolescentes, es en países como Estados Unidos, Reino Unido, Japón y Australia, donde la explotación sexual de menores está en auge, siendo Latinoamérica uno de los continentes más afectado[15]. En el decenio de 1990 un millón de menores en Latinoamérica fue introducido en la industria sexual cada año[16].

c) La realidad peruana

Existe un aumento considerable del turismo sexual infantil en el Perú. Lima encabeza la lista negra de las ciudades peruanas en las que se cometen mayores delitos de este tipo. Sin embargo, el paraíso sexual por excelencia está ubicado en la capital de la Amazonía peruana (Iquitos). Los otros destinos peruanos donde se producen abundantes casos de violaciones de los derechos de los menores son Pucallpa, Tarapoto, Puerto Maldonado, Cusco, Arequipa y la Libertad, que son los puntos más visita dos por los turistas. Los espacios por excelencia donde se produce o fomenta el turismo sexual infantil son las agencias de viaje, hoteles, taxis, night clubs, plazas[17].

Entre el 2002 y 2004 se han denunciado 1,358 casos de violación sexual, 1,032 de presunta violación sexual y 925 de actos contra el pudor[18]. Entre el 2002 y junio del 2005, 5,028 niños han sido atendidos por violencia sexual en los Centros de Emergencia de la mujer y en su mayoría son mujeres (4,508)[19] Entre Enero y Agosto del 2006 se recibieron un total de 2,324

15 Fuente: Red por los derechos de la infancia en México
16 Fuente: Coalición contra el tráfico de mujeres y niños - México
17 Fuente: Informe Oficial de la Dirección Nacional de Turismo
18 Fuente: Estudio muestral de las 1,660 Defensorías del Niño y el Adolescente a nivel nacional
19 Fuente: Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES)

denuncias contra la libertad sexual en Lima[20]. Las modalidades de trata de personas que se presentan en el Perú son las más diversas que van desde las promesas de trabajo, estudios, intercambio cultural hasta el modelaje y cybernovios. Los países de destino son principalmente Italia, Inglaterra, Japón, Francia, Estados Unidos, etc., siendo los países de tránsito Ecuador, Venezuela, entre otros[21].

- ¿Prostitución infantil o actividad sexual remunerada de menores?

Llamar a este problema "prostitución infantil" no permite ver que hay una situación de explota ción. En todos los casos existe una de poder, de subordinación y de abuso, ya que niñas(os) y adolescentes no tienen la madurez necesaria para decidir sobre su cuerpo y sexualidad: hay alguien que explota y alguien que es explotado. Además, todas las Convenciones, Declaracio nes y Planes de Acción en materia de infancia y adolescencia hablan de la explotación sexual comercial de niños(as) y adolescentes, dejando de lado por estas consideraciones el término de prostitución infantil.

- ¿Qué debe entenderse por actividad sexual remunerada de menores?

Cuando un individuo busca mantener relaciones sexuales con niños(as) y no quiere correr el riesgo de ser denunciado tiene una segunda opción: acudir a lugares donde se encuentre con menores que vienen siendo prostituidos, es decir, que realizan actividad sexual con fines comerciales. También se encuentra con la dificultad de encontrar un individuo o club que se lo facilite, pues la mal llamada "prostitución infantil" es ejercida de manera oculta, mucho más que la prostitución de adultos. Salvados los obstáculos, cualquier individuo puede convertir en realidad sus fantasías con un menor el que es esclavizado y obligado a ser un objeto para uso sexual. Dicha prostitución nunca es voluntaria y va acompañada del miedo, del hambre, las drogas y multitud de circunstancias que pueden convertir la existencia tanto de un menor como de un adulto en un auténtico infierno que sobrepasa nuestra imaginación.

20 Fuente: VII Región Policial - Lima

21 Fuente: ULLOA DÍAZ y César Humberto y ULLOA GAVILANO, José Rubén, El delito de trata de personas en el Código Penal Peruano

En el mundo hay redes de corrupción de menores de todos las edades a quienes además se les toma miles de fotografías que son utilizadas en la producción de videos sexuales que se venden entre particulares o mediante catálogo y casi siempre en países distintos al de su procedencia para evitar su posible identificación. La prostitución en general se ha definido tradicionalmente como la unión sexual con una mujer, por una remuneración u otra contraprestación. Esta definición ha sufrido transformaciones últimamente y ha dejado de limitarse a las mujeres y a la unión sexual. El **Black's Law Dictionary** en su 6ª Edición (1990) define la prostitución como la realización, el ofrecimiento o la aceptación de un acto sexual por un precio. Utiliza y aplica los criterios mencionados de la prostitución infantil definiéndola como la acción de contratar u ofrecer los servicios de un nuño para realizar actos sexuales a cambio de dinero u otra contraprestación con esa misma persona yo con otra. En virtud de esta definición, la prostitución infantil no la comete el propio niño, sino la persona que contrata u ofrece sus servicios. La definición disminuiría por tanto la confusión con otras formas de explotación y malos tratos de niños.

Entre los tipos más graves y detestables de violencia contra los niños figura la explotación sexual, especialmente la prostitución que es comparable al delito de tortura, en cuanto al trauma causado al niño y constituye una de las formas más graves de conculcar sus derechos.

Impacto de la ESCI en la vida íntima de la víctima

1. **Físicas:** Embarazos tempranos no deseados; enfermedades de transmisión sexual incluyendo el SIDA; lesiones e infecciones genitales y/o anales; envejecimiento temprano, violencia física
2. **Emocionales:** Trastornos de ansiedad; depresión que puede llevar hasta el suicidio; trastornos severos de conducta; abuso de sustancias (drogadicción y alcoholismo); anorexia, bulimia; inseguridad, desconfianza, agresividad, vergüenza, miedo, culpa y baja autoestima.
3. **Sexuales:** Inhibición del deseo y conducta sexual; exacerbación de la sexualidad; conducta promiscua y compulsiva; disfunciones sexuales.
4. **Sociales:** Estigmatización, discriminación, rechazo familiar, aislamiento social y retraimiento; victimización; relaciones interpersonales problemáticas y conflictivas; retraso y deserción escolar.

- **Posible perfil de la víctima** [22]
  1. En la mayoría de las veces se trata de una niña entre los 7 y 8 años de edad o de un adolescente entre los 15 A 17 años de edad
  2. La edad de inicio sexual frecuente es entre los 12 a 16 Años, concentrándose la mayor cantidad de víctimas entre los 14 y 15 años de edad
  3. Son migrantes de zonas rurales o urbano provinciales, en su mayoría favorecidas por algún familiar o amigo cercano
  4. Están en busca de trabajo o mejora económica
  5. Proceden de una familia desestructurada o disfuncional
  6. En un porcentaje importante han sido expulsados del entorno familiar
  7. En los adolescentes varones, la homosexualidad es un factor y en el caso de las adolescentes mujeres es el embarazo temprano.
  8. La pareja sentimental es la principal fuente de explotación, aunque en la mayoría de las veces ésta se da en forma encubierta
  9. Han desertado del colegio y en su mayoría se encuentran sin estudiar
  10. En la mayoría de veces han sufrido de abuso sexual previo a la situación de ESCI y muchas de las víctimas han pasado por procesos de aborto clandestino
  11. Hay un frecuente uso de alcohol y drogas

- **¿Qué factores facilitan la ESCI?**

Entre los factores que desencadenan el problema tenemos los siguientes:

1. Las relaciones sociales de poder sexual (desde el adulto y habitualmente masculino) que definen la dominación de niños(as) y adolescentes como eje de la explotación
2. La distorsión de valores provocados por los medios de comunicación que convierten a grupos vulnerables como los niños(as) y adolescentes en objetos de consumo
3. Los déficit de orientación en el ámbito educacional y familiar
4. Las expectativas consumistas inculcadas por el modelo de sociedad
5. Los problemas que comprometen el ámbito familiar, como la violencia familiar, el abuso sexual y el maltrato físico y psicológico
6. Los altos y crecientes niveles de pobreza y desigualdad
7. Los factores de exclusión social y fenómenos crecientes de migración
8. Las nuevas formas mercantiles de actividades vinculadas al comercio y el turismo

22 http://scielo.isciii.es

9. Los avances tecnológicos que sirven de soporte nuevas empresas de explotación, Ej. las de pornografía
10. El consumo de alcohol y drogas.

- Magnitud del problema

Es difícil definir la magnitud de la explotación sexual comercial infantil por la clandestinidad del delito y en muchas ocasiones, por la tolerancia al mismo. Sin embargo, puede afirmarse que la ESCI se extiende a todos los sectores y estratos sociales de las diversas regiones del país.

- ¿Qué puede hacerse para combatir la ESCI?

Es necesario acabar con la tolerancia hacia este delito. Debemos dejar de pensar en las víctimas como infractores y reconocer que no existen niños(as) o adolescentes prostitutos sino prostituidos. Por ello, es necesario que actuemos formando redes y trabajando coordinadamen te con la sociedad y el Estado en diversos niveles:

- Previniendo el abuso y la explotación sexual
- Enfrentando el delito y procesando a los delincuentes
- Rescatando y protegiendo a las víctimas
- Cambiando las circunstancias que promueven la ESCI

Ante abuso sexual de menores: sanciones ejemplares

Expertos en prevención y atención integral demandan señales claras ante este delito, que no sólo daña el cuerpo de menores indefensos sino que deja huellas indelebles en el alma de sus víctimas. La solicitud es unánime: Se requiere urgente de sanciones ejemplares en los casos de abuso y explotación sexual de menores, a fin de que la sociedad empiece a reconocer que los niños(as) y adolescentes tienen derechos que necesitan ser reivindicados y respetados. A esa conclusión llegan tanto especialistas en la protección de menores como expertos en el campo legal, quienes no ocultan su sorpresa por la falta de condenas que brinden señales claras frente a este delito que no sólo daña el cuerpo de menores indefensos, sino que deja huellas indelebles en el alma de sus víctimas.

La Ley Nº 28251[23] que modificó el Código Penal, eleva las penas para los delitos que tienen que ver con la prostitución, la pornografía y la trata de menores, incluyendo sanciones para el usuario y cliente de la prostitución, a las que se suman las consignadas para los que trafican con pornografía infantil y promueven el turismo sexual infantil. Lamentable mente, no se visibiliza que se condene a explotadores sexuales con penas ejemplares. El caso más saltante fue el del Congresistas Torres Caclla para quien hasta la fecha no existe sanción.

- Características peligrosas

MARIA PIA HERNANDEZ, integrante de la Institución DEVIDA manifestaba "que aunque este problema data de muchos años atrás, se observa un incremento de hasta el 50% de las denuncias en estos últimos tiempos, debido a que la gente víctima de este delito y sus familias confían en los cambios que se han dado en el ámbito legal y esperan una reparación, un mensaje de justicia ante el grave daño que se ha cometido. Es importante saber que cualquier niño(a) y adolescente de cualquier estrato económico puede ser victima potencial de abuso sexual; sin embargo, los que presentan baja autoestima o timidez excesiva son víctimas ideales porque los abusadores se aprovechan de esta situación para generar miedo y dependencia en sus víctimas y con ello cubren con un manto de silencio su delito".

Otros factores de riesgo son crecer en ambientes violentos, el desconocimiento de la sexualidad de los mismos niños, el hacinamiento (permitir que los niños duerman en la misma cama con sus parientes adultos) y la poca vigilancia de los programas de televisión o de internet a los que acceden los menores. Se debe ser más cuidadoso con las personas que cuidan a los menores en casa, pues e enemigo puede estar dentro, incluso ser un familiar. De ahí la importancia de conocer sus antecedentes, en vista de que en la mayoría de casos resulta una regla que aquellos que fueron abusados de niños se repetirá la historia cuando sean adultos. Es necesario que se entienda que los niños son una prioridad y que todo el sistema debe funcionar a favor de su defensa y protección, incluso el de su salud, sobre todo para los abusados, que son

23 Ley Nº 28251 modifica los Arts. 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 179, 180, 181, 182, 183, 183-A, e incorpora los Arts. 179-A, 181-A, 182-A a los Capítulos IX, X y XI del Título IV, del Libro Segundo del Código Penal peruano

obligados a prostituirse y no están en condiciones de negociar el uso de preservativos con los usuarios y clientes, situación que se enmarca en el peligroso mito de que los menores no se contagian del SIDA.

Cada día aumenta el número de niños y niñas prostituidos en todo el mundo. Desde hace siete años, ECPAT (End child prostitution and trafficking) coordina esfuerzos para erradicar esta lacra. Tailandia, 1993. Un grupo de turistas franceses, algunos de ellos hombres solteros. Cuando uno de ellos le comenta a otro que se va a buscar una niña prostituta, el compañero se siente ultrajado. Tienen una fuerte discusión pero, a despecho de esta, el primer hombre decide irse con la niña. El segundo hombre denuncia el hecho a la policía y hace arrestar a su compatriota. De un tiempo a esta parte, los casos de abusos, de prostitución y de porno grafia infantil han aparecido constantemente en los medios de comunicación. ¿Es que antes no existía esta explotación? Siempre se ha abusado de la infancia, pero probablemente nunca se había llegado a un nivel de comercialización tan feroz y global como el de hoy en día.

En Asia, los occidentales ayudaron a crear el negocio de la prostitución infantil. Algunos burdeles datan de la guerra de Vietnam o están situados alrededor de algunas bases militares de los EE.UU. Más de un millón de niños y niñas son esclavos sexuales en Camboya, India, Filipinas, China, Tailandia, Taiwan y otros países. El desarrollo económico del sudeste asiático no ha ayudado a reducir esta plaga, continua habiendo miseria y cuando no es la propia gente del país la que compra o rapta a los niños/as para la prostitución, son los propios niños los que, para sobrevivir, se ofrecen en cualquier esquina. El principal flujo de turistas ávidos de sexo infantil proviene de países económicamente desarrollados (Europa occidental, América del norte, Australia, Nueva Zelanda, Japón y estados del Golfo Pérsico) y se extiende por los países más pobres del sudeste Asiático, África, América Latina y el Caribe. Algunos países de Europa del Este, desde la caída del telón de acero, están empezando a atraer turistas sexuales y a exportar niños/as prostituidos/as hacia las zonas vecinas. Ya sea por medio de Tour-Operators que explícitamente preparan viajes con oferta sexual de menores incluida o bien por libre, el usuario de la prostitución infantil busca la impunidad que le ofrece el ejercicio de esta actividad en el tercer mundo. Otros son sencillamente viajeros que por miedo al SIDA se van con niños y niñas; piensan que no están contagiados porque son muy jóvenes, cuando esta es una creen cia absolutamente errónea. Vía In-

internet también, los explotadores sexuales han encontrado un potente medio de comunicación para intercambiar pornografía infantil o para informarse sobre nuevos "destinos turísticos".

- Incumplimiento de las normas por parte de los operadores y ejecutores

En los temas sobre Abandono de menor, la explotación laboral, como sexual de los menores se pueden encontrar un conjunto de problemas como son dilación de procesos, el incumplimiento del debido proceso, los altos costos, la impunidad en delitos de violencia familiar, maltrato infantil, explotación sexual, explotación laboral, violencia de género sin mecanismos de protección en la administración de justicia. Los operadores de justicia cuentan con poca califi cación, experiencia, actualización y sensibilización respecto a la problemática de la violencia familiar, maltrato, explotación laboral, sexual y otros. El incumplimiento de los derechos fundamentales en el trabajo, ya sea por acción u omisión, implicaría un alto costo económico y político para los Estados que fueran denunciados ante los tribunales de arbitraje internacional. En esa línea, el Gobierno peruano se vería instado a implementar una política integral de promoción del empleo decente, que garantice niveles óptimos de empleo de acuerdo a los estándares internacionales considera dos en el texto del TLC.

Uno de los factores que explica los altos niveles de informalidad e incumplimiento de la normativa laboral radica en el profundo déficit de la función fiscalizadora de la Autoridad de Trabajo. De acuerdo con la OIT, los indicadores óptimos en esta área son los que informan acerca de la capacidad de control de las condiciones de trabajo por parte del Estado, como la dotación de inspectores del trabajo y el número de trabajadores y empresas cubiertos por las inspecciones.

CONCLUSIONES

El abuso del niño está caracterizado por una relación asimétrica donde una de las partes posee ventaja sobre la otra, ventaja que puede basarse en la fuerza, la autoridad, la edad o cualquier otra condición que implique superioridad. Los estilos autoritarios crianza generan pobre autoestima en los niños y

los coloca en posición de sumisión frente a los adultos, dejándolos impotentes para decir no, defenderse o denunciar sus abusos.

Todos los tipos de abuso sexual, sin excepción, provocan alguna forma negativa de reacción emocional, un daño psicológico. Pese a existir el reconocimiento del niño a nivel intencional y reconocido por muchos Estados, estas han tenido que variar o adecuar su legislación acorde con la Convención de los Derechos del Niño. Pero es el caso, que existe una discrepancia entre las bases de la Convención y lo que los Estados aplican en sus normas para la protección del menor. Claro ejemplo de ello se dio con la ley sobre terrorismo. El rol del Estado en su mayor parte es asumido por organismos no gubernamentales (ONG).

La confirmación del status de niño, como los derechos fundamentales de la persona humana, tiene consecuencias que trascienden ampliamente en el ámbito jurídico. El reconocimiento de esta condición de sujeto de derecho constituye el punto de partida de todo esfuerzo de reflexión y concientización relativos al niño y su lugar en nuestra sociedad, vale decir, su rela ción con los adultos.

Los Estados deben respetar y hacer respetar las normas del Derecho Humanitario y la Comunidad Internacional debe velar para que dichas obligaciones se cumplan. La constante revisión y ejecución de la convención del derecho del Niño por los Estados Partes a fin de superar obstáculos que impidan un respeto integral de los derechos del niño.

Existe la necesidad de conformar un grupo de trabajo para elaboración de un Protocolo Facultativo de dicha Convención relativo a la participación de los niños en conflictos armados. Se debe potenciar los instrumentos y mecanismos existentes el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de Derechos Humanos. Propiciar la voluntad política en los Estados Partes enfrentados en conflicto armado, para el respeto de los instrumentos internacionales a fin de aminorar el impacto de las guerras sobre la niñez.

BIBLIOGRAFÍA

- **CHUNGA LA MONJA, Fermín**, Derecho Procesal de Menores, 1ª Edición, Editora Osbac SRL, Lima, 1998, p. 72
- **CUSSIANOVICH VILLARAN, Alejandro,** Jóvenes y niños trabajadores: sujetos sociales, Lima, IFEJANT/ Radda Barnen, 1997
- Fuente: Estudio de Explotación Sexual Infantil – Plan de acción para Europa
- Fuente: Red por los derechos de la infancia en México
- Fuente: Coalición contra el tráfico de mujeres y niños - México
- Fuente: Informe Oficial de la Dirección Nacional de Turismo
- Fuente: Estudio muestral de las 1,660 Defensorías del Niño y el Adolescente a nivel nacional
- **PLACIDO VILCACHAGUA, Alex**, Filiación y patria protestad en la doctrina y en la jurisprudencia, Gaceta Jurídica SA, 1ª Edición, marzo,2003, p. 68
- **SALINAS SICCHA, Ramiro**, Derecho Penal, Parte Especial. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007. p. 791.
- **SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús**, Derechos Humanos,¿Enunciado, mito o realidad?, Capítulo VIII, Los derechos del Niños, Editorial Gráfica Horizonte, 2ª Edición, Lima, 2013
- **SOLARI Z., Piero**, Los derechos específicos del niño y del adolescente y el principio del interés superior del niño, Universidad de Lima, Lima, 1995
- **TEMOCHE GUTIERREZ, Jovana, RAMÍREZ, María Luisa**, Alumnas de la Maestría en Ciencias Penales UNFV, Reseña histórica de la evolución de los derechos del niño, Lima, 2003
- **ULLOA DÍAZ, César Humberto y ULLOA GAVILANO, José Rubén**, El delito de trata de personas en el Código Penal Peruano
- Organización Internacional de Migraciones y Turismo
- Organización Internacional de Trabajo - OIT
- UNICEF y OIT
- Fuente: Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES)
- Fuente: VII Región Policial - Lima
- Ley Nº 28251 modifica los Arts. 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 179, 180, 181, 182, 183, 183-A, e incorpora los Arts. 179-A, 181-A, 182-A a los Capítulos IX, X y XI del Título IV, del Libro Segundo del Código Penal peruano.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

El Tridimensionalismo cristiano de Mario Alzamora Valdéz

José Antonio Ñique de la Puente
Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: *Introducción. 1.- Planteamiento del estudio. 2.- Marco teórico. 2.1. Mario Alzamora Valdéz: Influencia temprana del cristianismo. 2.2. Los fundamentos filosófico-ideológico de su teoria. 2.3. La concepción integral del derecho de Mario Alzamora Valdéz. 2.4. Antecedentes en el Perú y el mundo. 2.5. Mario Alzamora Valdéz: Su tridimensionalismo cristiano. 3.- Hipótesis demostrada. 4.- Objetivos (General y específico alcanzados). 5.- Metodología y técnicas de investigación utilizadas. 6.- Recolección e interpretación de datos. 7.- Conclusiones y recomendaciones. 8.- Referencias bibliográficas.*

INTRODUCCIÓN

La posibilidad de estudiar el derecho desde tres puntos de vista es el logro de una corriente de tratadistas que han dedicado su vida y obra jurídica a descubrir las conexiones entre normas, valores y hecho social, como parte de su funcionalidad. Este enfoque aparecido en la primera mitad del siglo XX cambió el modo de ver el derecho, que había sido contemplado durante toda su historia desde un solo punto de vista; así los iusnaturalistas preferían el punto de vista valorativo, los iusformalistas, las normas, y los iusrealistas, el hecho social. En cada cambio de paradigma los juristas volvían los ojos hacia cada una de estas tres esencias fundamentales del derecho sin llegar a la plenitud, pues tuvo a la par que desarrollarse en cada una de estas visiones unilaterales, la filosofía del derecho, la sociología jurídica y la jurisprudencia para que a su vez la plenitud triádica de esta concepción pudiera correlacionarse y formar una unidad, que por ejemplo, el ilustre Miguel Reale, en 1941, le agregaría a su bidimensionalismo jurídico "norma y hecho": el elemento intermediario: el valor[1]. Desde entonces, muchos maestros trialistas como Reale, tridimensionalistas o Werner Goldschmidt, como Carlos Fernández Sessarego en el Perú, y hasta tetradimensionalistas como Pérez Luño, han dejado su huella, pero ninguno ha llegado a elaborar un tridimensionalismo cristiano expresado en la concepción integral del derecho, en la filosofía del derecho neoiusnaturalista o neotomista basado en los griegos y romanos; pasando por la cristianización del derecho romano pagano, en la versión de los Padres de la Iglesia y en Santo Tomás de Aquino, sumando los posibles aportes de otras teorías como el neokantismo y el marxismo; pero sobre todo, ofrecer una propuesta que en su versión del Derecho como hechos, valores y normas integra una concepción tridimensional comparable con la obra de Miguel Reale.

El presente trabajo consta de cinco puntos. En el primero se analiza la influencia temprana del cristianismo que tuvo en él, la Cajamarca de comienzos del siglo XX con su sólida tradición religiosa y su formación en las escuelas primaria y secundaria. En el segundo punto, se estudian los fundamentos

1 Reale, Miguel. Posición del tridimensionalismo jurídico concreto. En: Revista *Dianoia*. Instituto brasileño de filosofía. Universidad Sao Paulo. Pág.329. Vol. 13, N° 13. Sao Paulo. 1967

filosóficos y religiosos que inspiraron la teoría tridimensionalista. En el tercer punto, En el tercer punto se expone su concepción integral del derecho a partir de sus influencias contemporáneas y de la realidad hispanoamericana. En el cuarto punto se revisan sus antecedentes y vínculos con otros tridimensionalismos y teóricos de otras partes del mundo. En el quinto y último punto, analizamos su teoría tridimensionalista y sus aportes a la disciplina.

1.- PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO:

Al plantear el estudio del tridimensionalismo cristiano de Mario Alzamora Valdez formulamos el problema en el sentido de su originalidad y su expresión iusfilosófica y como concepción teórica del derecho, que permita orientar al abogado y estudioso del derecho en los métodos y técnicas utilizados para obtener un enfoque válido, vigoroso y en desarrollo, eludiendo los sesgos positivistas de enfocar solamente un aspecto del derecho, generalmente la norma, obviando la riqueza de la valoración y el prisma del hecho social. En ese sentido formulamos el problema en base a estas interrogantes:

1. ¿Tiene un fundamento cristiano el humanismo jurídico de Mario Alzamora?
2. ¿La idea y el concepto del derecho en Alzamora son predominantemente neotomistas o neopositivistas?
3. ¿Es el neotomismo de Alzamora tridimensional?
4. ¿Son el tridimensionalismo y el trialismo interpretaciones del derecho natural resurgidas por el positivismo?
5. ¿Es la concepción integral del derecho de Alzamora una teoría bidimensional?
6. ¿Cuál es el método que utiliza para su concepción del derecho?
7. ¿Cuáles son los elementos que integran el tridimensionalismo de Alzamora?
8. ¿Cuál es la ideología que subyace en su concepción del derecho?
9. ¿En qué doctrinas se inspiran los valores de Alzamora?
10. ¿Qué otras técnicas utilizó de manera concomitante a su método?
11. ¿Qué otras teorías contribuyeron a su concepción del derecho?

2.- MARCO TEÓRICO

El tridimensionalismo de Mario Alzamora Valdez, sus antecedentes e influencias, así como sus aportes a la disciplina tienen un marco teórico ininterrumpido en la filosofía del derecho, la teoría del derecho y la historia del derecho, en la que destacan ilustres juristas y sólidas teorías que van a hacer posible distintas interpretaciones de esta triple conjunción de puntos de vista que alguna vez, por razones metodológicas, de objeto de estudio y desarrollo histórico estuvieron dispersas. En la actualidad y en teoría podemos considerar superados los enfoques unidimensionales, sin embargo, vuelven en la práctica, sesgadas y cubiertas de un manto objetivista o positivoide, abstraído del valor, el hecho social o la jurisprudencia.

2.1. Mario Alzamora Valdez: Influencia temprana del cristianismo

Cajamarca, la Suiza de América, con sus innumerables lagunas y su gran historia, desde la resistencia a los peninsulares en la tarde del 16 de noviembre de 1532 hasta la gloriosa batalla de San Pablo del 13 de junio de 1882 contra los invasores chilenos, fue la galaxia espiritual y teórica del cristianismo de Mario Alzamora[2], que ya se vislumbraba en las aulas del colegio San Ramón de dicha ciudad[3] Su concepción del mundo estuvo nutrida por la tradicional bondad y espíritu que en San Ramón se impartía desde la época de otro cajamarquino y estudiante de San Marcos José Silva Santisteban en el siglo XIX, a contrapelo de las grandes haciendas como "La Colpa", "Los tres molinos" o "El triunfo".

El cristianismo que se practicaba en ese claustro provenía de fuentes tales como San Agustín, San Buenaventura, la Virgen de los Dolores de Cajamarca y el mensaje franciscano que van a anteceder en su formación al descubrimiento del tomismo y el neotomismo en San Marcos, sin descuidar la necesaria formación en los clásicos griegos y romanos y a los modernos Kant, Hegel y Marx, a los que estudia para hablar con conocimiento de causa como lo demuestra su célebre tesis de 1934 "El aspecto filosófico

2 Mario Alzamora Valdez (1909-1993) Nació en el Jr. Cruz de Piedra N°572, Cajamarca el 16 de octubre de 1909, estudió en el Colegio San Ramón (Chávez Aliaga, Nazario. Cajamarca Tomo V Pág.153 Talleres CMLP Lima julio 1957) Falleció en Lima el 21 de febrero de 1993.

3 Ravines S., Tristán. *Diccionario histórico y biográfico de Cajamarca.* Editorial Los Pinos EIRL, Lima.1999 Págs.14 y 15)

del marxismo"[4]. César Pacheco Vélez, en su homenaje al jurista cajamarquino[5] subraya también que su encuentro con el neotomismo se habría producido en la Pontificia Universidad Católica de Lima.

Fue influenciado en este periodo por una síntesis de la patrística o filosofía de los padres de la iglesia y el tomismo integrado a su vez al neokantismo[6] y encontró la pasión por la teoría del derecho en el aragonés y discípulo de Hans Kelsen Luis Legaz y Lacambra (1906-1980), en el antiguo rector de la Universidad de Roma Giorgio del Vecchio (1878-1970) y en su maestro y amigo Francesco Carnelutti[7] (1879-1965) que apoyó al maestro peruano en su debate con Hugo Alsina[8] (1891-1958) sobre "la verdad en el proceso civil".

12.2 Los fundamentos filosófico-ideológicos de su teoría

Su concepción del derecho se expresa de manera amplia en su "Introducción a la ciencia del derecho"[9], como una concepción integral del derecho, que coincide con el trialismo iniciado por Giorgio Del Vecchio, Luis Recasens Siches (1903-1977), así como en el mexicano Eduardo García Maynez (1908-1993), que comenzó planteando un trialismo genérico como en el mundo jurídico de Werner Goldschmidt (1910-1987) y que al igual que en Miguel Reale (1910-2006) y Carlos Fernández Sessarego (1926-),

---

4 Tauro del Pino, Alberto. *Enciclopedia Ilustrada del Perú.* Editorial Peisa. Tomo I. Lima. 2001. Pág.126.

5 Pacheco Vélez, César En: *Libro homenaje a Mario Alzamora Valdez.* Cultural Cuzco. Lima.1988. Pág. 336.

6 Ver: Marias Julián. *Historia de la Filosofía.* Editorial Alianza Universidad. Textos. Madrid. 1962. En esta obra de la escuela de Madrid se hace un estudio del cristianismo neotomista. Ver también: Fassó, Guido. *Historia de la Filosofía. Vol.* 1 *Historia de la Filosofía del Derecho. Antigüedad y Edad Media.* Ediciones Pirámide S.A. Madrid.1980. El cristianismo evangélico y el derecho. (Pág.119) y sobre Santo Tomás (Pág. 179).

7 Según Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985) en su *libro Veinticinco años de evolución del derecho procesal (1940-1965).* UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas de México.México.1968.Pág.17. Carnelutti fue "uno de los dos más grandes revolucionarios que el derecho procesal haya quizás tenido", el otro era Goldschmidt.

8 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, en la misma obra (Pág.18) señala a Alsina como"espíritu nobilísimo cuyo *Tratado* disfruta de máximo predicamento en todas las naciones de habla española".

9 Alzamora Valdez, Mario. *Introducción a la ciencia jurídica.* Editorial Liborio Estrada. Lima. 1972.

implican un solo objeto con tres direcciones que se enfocan en hechos valorados axiológicamente y que se expresan en normas jurídicas llegando en el caso de Reale[10] al tridimensionalismo específico en una llamada "dialéctica de la complementariedad".

El neotomismo de Alzamora Valdez es la ideología jurídica base sobre la que se erigen sus demás influencias, sobre todo la neokantiana en la formulación de los valores y los fines del derecho, basado en un iusnaturalismo inclusivo y un positivismo incluyente que en Alemania post segunda guerra mundial se expresó en la fórmula Radbruch[11], que todo derecho positivo debe tener un fundamento del derecho natural, un mínimum de moral social, el derecho tremendamente impuesto no es ley[12].en referencia a las leyes nazis. Así el derecho es derecho positivo y cuando es justo es para los neotomistas, expresión del derecho natural.

El otro fundamento ideológico es el humanismo integral similar al de Jacques Maritain (1882-1973), el filósofo francés[13] que aportó junto al abogado Rene Cassin, el fundamento filosófico a los 30 artículos de la Declaración Universal de los Derecho Humanos. Este humanismo limita a Leviatán con la Constitución y los derechos humanos, pues sobre Leviatán debe cabalgar el espíritu, en este caso humanista y progresista al servicio del hombre a la manera de Hermogeniano, a quien citaba el maestro Alzamora Valdez cuando decía "Todo el fundamento del derecho está en el hombre" y que guía sus obras más conocidas como "La filosofía del derecho en el

10 Padre actual del vigente Código Civil de Brasil. Ley N° 10.406 del 10 de enero del 2002 y que entró en vigencia el 11 de enero del 2013 con un periodo de vacancia legal de un año.

11 Gustav Radbruch (1889-1950) jurista alemán, filósofo del derecho.

12 Gustav Radbruch resuelve de esta manera en 1946, el conflicto entre justicia y seguridad jurídica: Para Robert Alexy esta fórmula constituye el núcleo iusfilosófico de la tesis por la cual lo que era justo antes de 1945 en la Alemania nacional-socialista, hoy se podía afirmar con seguridad que era injusto. En: Alexy, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña N°5 (2001), pp.75-96.

13 Sus dos obras donde expone su filosofía humanista: Maritain, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural. Cristianismo y democracia.* Ed.Palabra.Madrid.2001; y Maritain, Jacques. *Humanismo integral. Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad.* (2ª edición) Ed.Palabra.Madrid.1999.

Perú"[14], en su "Derecho Procesal Civil: Teoría general del proceso"[15] o en "Los derechos humanos y su protección"[16], donde encontramos lo que el jurista sanmarquino natural de la ciudad del Cumbemayo y los Baños del Inca nos ilustraba en clase enseñándonos el pensamiento de Xavier Zubiri, de Karl Jaspers, de Max Scheler y los valores, así como el apego a la obra en dos tomos del jurista italiano Flavio López de Oñate(1912-1944)[17] y su "Filosofía del derecho: Compendio de filosofía del derecho", donde se concluye la importancia de la filosofía del derecho en mejorar el razonamiento jurídico y por consiguiente mejorar nuestra práctica, pues a decir de nuestro ilustre maestro que la filosofía del derecho "ilumina las regiones oscuras de la teoría del derecho".

2.3. La concepción integral del derecho de Mario Alzamora Valdez.

En su "Introducción a la ciencia del derecho" considerada como su obra superior, no por el volumen de información, sino por seguir los criterios de los más ilustres juristas en la línea de Luis Recasens Siches, Eduardo García Maynez o Miguel Reale, apreciamos el núcleo de su doctrina expresado en una *concepción integral del derecho*. Para los que hemos seguido permanentemente su magisterio podemos decir que su método integral tiene puntos convergentes con el tridimensionalismo de Miguel Reale: i) Coloca en el centro de la teoría de los valores la concepción de Max Scheler como producto de una tradición que vendría desde Alberto Magno, Santo Tomás de Aquino y el humanismo de San Buenaventura, en Francisco de Suárez y su obra *De legibus ac deo legislatore*, escrita entre Salamanca y Coimbra, que Alzamora la encontraba precursora de la teoría de la protección internacional de los derechos humanos, del principio pro homine y de la jurisdicción universal para proteger a la persona y la humanidad[18]; ii) El

14 Alzamora Valdez, Mario. *La filosofía del derecho en el Perú*. Librería Editorial Minerva. Lima.1968

15 Alzamora Valdez, Mario. *Derecho Procesal Civil: Teoría general del proceso*. Talleres Gráficos de la Editorial Lumen. Lima. 1953

16 Alzamora Valdez, Mario. *Los derechos humanos y su protección*. EDDILI. Lima. 1977.

17 López de Oñate, Flavio. *Filosofía del derecho: Compendio de filosofía del derecho*. Vol. I y Vol. II. Europa-américa. Buenos Aires. 1961

18 En la misma línea de lo que denominó Mounier"personalismo". En: Mounier, Emmanuel. *Manifiesto al servicio del personalismo*.Ed.Taurus.Madrid.1986.

sincretismo metodológico de Alzamora es coincidente con la dialéctica de la complementariedad de Miguel Reale, pero en Alzamora la intuición del Dante Alighieri en el derecho es también la presencia del *lumen*, del iusnaturalismo integrado con el elemento social que ya adoptaba la iglesia en 1879 cuando el papa León XIII en su encíclica *Aeternis patris*, consagró como filosofía oficial del Vaticano la filosofía del derecho natural de santo Tomás de Aquino[19].

En los claustros universitarios se mostró como un humanista siempre abierto al esclarecimiento jurídico y filosófico en el debate estudiantil, proponiéndose los siguientes temas: i) Debate entre la Teoría Pura del Derecho y el Materialismo Histórico; ii) Debate entre la Teoría Pura del Derecho y la Teoría Egológica del Derecho; iii) Debate entre la Teoría tridimensional del Derecho y la Teoría Egológica del Derecho y finalmente; iv) Debate sobre las corrientes contemporáneas en la filosofía del derecho.

2.4. Antecedentes en el Perú y el mundo

Entre los antecedentes más connotados de la concepción integral y tridimensionalista de Alzamora encontramos al jurista del siglo XIX José Silva Santisteban[20] (1825-1889) al primer filósofo del derecho del siglo XX Juan Bautista de Lavalle (1887-1970) y a José León Barandiarán (1899-1987) .Silva Santisteban adopta "una postura ecléctica que combinó el racionalismo con su adhesión a principios religiosos" y un método que "recurrirá al análisis lingüístico y luego psicológico de los conceptos jurídicos, y después los corroborará mediante la conciencia pública y el análisis antropológico"[21] En Juan Bautista de Lavalle[22], encontramos el esfuerzo por "unir

19 Al respecto ver la obra de Graneris, Giuseppe. *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Eudeba. Buenos Aires.1977.

20 No en vano el filósofo David Sobrevilla señala que "El libro de Silva Santisteban (Derecho natural o filosofía del derecho, escrito en 1854, pero publicado en 1860) es el primer manual dedicado a la filosofía del derecho en el Perú" Ver: Sobrevilla, David. *La filosofía del derecho en el Perú*. Fondo Editorial Universidad de Lima. 2013. Pág. 106.

21 Sobrevilla, David. Ibídem.

22 Tradujo junto a Adrián Cáceres y Olazo el libro de Icilio Vanni *Lecciones de filosofía del derecho* (1909).Asimismo en la misma faceta junto a Julio Ayasta González tradujo de Claude Du Pasquier su *Introducción a la teoría jurídica general y a la filosofía del derecho*.(1944)

el positivismo comtiano y el criticismo kantiano" ante "el peligro de que la filosofía del derecho pudiera desaparecer diluyéndose en el positivismo sociologista"[23]. De José León Barandiarán, debemos destacar su concepto del derecho como *categoría dimensional humana*[24], cuando sostiene que "El derecho como categoría gnoseológica y ontológicamente hablando, pertenece a la dimensión del existente humano".

El libro clave de la teoría del derecho en Mario Alzamora es su *Introducción a la ciencia jurídica*, publicado en 1964; en ella podemos apreciar, en su capítulo V la definición de Derecho, que "La historia del pensamiento ofrece las más diversas concepciones sobre el origen del fenómeno jurídico, su naturaleza, los modos como se conoce y el fundamento último de su validez"[25] y entre todas ellas "derivadas unas de doctrinas filosóficas y surgidas otras como puntos de vista sobre el derecho mismo, cabe acentuar las diferencias que separan tres posiciones extremas: aquella que considera el derecho bajo el aspecto de la vida social humana, la que se reduce a sistema de normas o de leyes y la que lo explica como realización de ideales o valores"[26]. Esta clasificación que en palabras del iusfilósofo mexicano Eduardo García Maynez son "nociones distintas e irreductibles entre sí, admite esta triple consideración en su teoría de los tres círculos sobre la validez, vigencia y eficacia, en su definición del derecho"[27]. Ante esa "necesidad de superar las limitaciones de los tres puntos de vista anotados e integrados en una concepción total y fecunda que acentúe sus aspectos valiosos y elimine sus negaciones estériles"[28] .

---

23 Sobrevilla, David.Op.cit.Pág.116.

24 Publicado en *Revista del Foro* (Lima, Año XV, núm. 2,mayo-agosto de 1953, pp.320-332) y reproducido en *Ius et Praxis* (Lima, núm. 10, diciembre de 1987,pp.156-168)Citado por Sobrevilla, David.Op.cit.Pág.136

25 Castán Tobeñas, José. *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto de derecho*. Instituto Editorial REUS.Madrid.1947. Pp.6-15.Citado por: Alzamora Valdez, Mario. *Introducción a la ciencia jurídica*.Pág.37

26 Alzamora Valdez, Mario. Op. cit. Pp. 37-38.

27 García Maynez. *Ensayo del perspectivismo jurídico*.1948.Pág.17 y ss. Citado por: Alzamora Valdez, Mario. Op. cit.Pág.37.

28 Alzamora Valdez, Mario. Op. cit.Pág.39.

Su concepción o definición integral del derecho es de base neotomista y neokantiana. Influido por el ajuste del iusnaturalismo a las corrientes positivas de principios del siglo XX, que puso en valor el pensamiento de la Encíclica *De rerum novarum* del papa León XIII de 1891, donde la cuestión social supera la "cuestión romana"[29] y un encuentro y comunión con el iuspositivismo, integrándose en la expresión que el derecho positivo es la manifestación del derecho natural, salvo cuando la ley positiva no corresponde a sus fundamentos. Para Alzamora "...el precepto fundamental del derecho natural señala que el hombre de acuerdo con su esencia tiene que querer el bien y evitar el mal, de él derivan las demás reglas y las normas de ley positiva"[30], un ejemplo de ello sería Luis Recasens Siches, que -según Alzamora-"subraya la inspiración iusnaturalista de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre"[31].

Mario Alzamora Valdez concibe el derecho como "El derecho es un poder moral de la persona, nacido de su naturaleza y al servicio de su destino trascendente sobre los medios que le pertenecen en orden a la consecución de su fin racional, expresado a través de normas que regulan su conducta en una relación justa con los demás"[32]. De esta manera en su concepción integral del derecho, se integra el hecho social o lo fáctico con lo axiológico o la axiosofía con su expresión normativa, con un estudio de Rudolf Stammler y la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen.

El punto de partida de la fundamentación cristiana del derecho en una concepción integral la encontró en Santo Tomás de Aquino como "el más elevado exponente del pensamiento filosófico cristiano es sin duda Santo Tomás de Aquino (n.1225) Su concepción del derecho, su teoría sobre la justicia, su interpretación del Estado, constituyen dentro el sistema que elaboró, exponentes de una clara y profunda comprensión del sentido ético

29 La cuestión romana fue una disputa política entre el gobierno italiano y el papado por la sede de El Vaticano en Roma desde 1861 hasta 1929, en que finalizó con los pactos de Letrán entre Benito Mussolini y el papa Pio XI.

30 Alzamora Valdez, Mario. Op. cit. Pág. 349.

31 Ibídem.

32 Alzamora Valdez, Mario. Op. cit. Pág. 350.

de la vida humana temporal a la luz de las ideas cristianas"[33]. Al parecer de Alzamora, "la filosofía cristiana se inspiró en el pensamiento griego y en la jurisprudencia romana para crear un sistema de derecho natural con sentido teológico"[34] y que unos siglos más tarde desarrollaría San Agustín, al señalar que "la ley eterna constituye el modelo de las leyes humanas y están limitadas a un sector de la conducta que es el que corresponde a las relaciones sociales"[35]. Este desarrollo que según Guido Fassó, se inicia con Alberto Magno[36] encontraría su punto máximo en la escolástica de Santo Tomás, cuyo problema capital "no era otro que el de las relaciones entre razón y fe, entre ciencia humana y revelación"[37].

Sostiene el maestro Alzamora que "la cultura es pues, objetivación espiritual o para designarla con frase de Hegel, espíritu objetivo"[38] y que "en cada objeto cultural debe distinguirse tres ingredientes: el soporte material, el espíritu y el valor"[39]. Y citando a Radbruch en referencia a dicho ámbito que: "el concepto del derecho es un concepto cultural, lo que es lo mismo, un concepto de una realidad referida a valores, una realidad cuyo sentido consiste en estar al servicio de los valores. El derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de derecho. El concepto de derecho está, pues predibujado en la idea de derecho" [40].

El derecho, la comprensión del sentido ético del derecho expresado en normas, como "comprensión del ético de la vida humana temporal" siempre a "la luz de las ideas cristianas" vivientes en el evangelio y en la historicidad de la vida humana llamada "temporal" para subrayar el fundamento fáctico, histórico social del derecho, son los componentes fundamentales

33 Alzamora Valdez, Mario. Op. cit. Pág. 323.
34 Ibídem.
35 Ibídem.
36 Fassó, Guido. Op. cit. Pág. 179 "La obra de adaptación del aristotelismo al pensamiento cristiano, iniciada por Alberto magno, fue concluida por su discípulo Tomás de Aquino..."
37 Ibídem.
38 Alzamora Valdez, Mario. Op. cit. Pág. 36.
39 Alzamora Valdez, Mario. Op. cit. Pág. 35.
40 Radbruch, Gustav. Filosofía del derecho.2ª edición. Ed. Revista de Derecho Privado.Madrid.1959.Pág.44.En: Alzamora Valdez.Op. cit. pág. 40.

de esta concepción. Recordamos a Miguel Reale, que en el prólogo a la primera edición en castellano de 1967 afirmaba que "la estructura esencial de la experiencia humana, es tridimensional"[41] y que "dicha cualidad no puede existir únicamente para el jurista, en el plano de su actividad científico-positiva, sino que debe constituir un bien, un presupuesto de validez trascendental, condicionando por consiguiente todas las estructuras y modelos que componen la experiencia jurídica"[42].

El tridimensionalismo se vislumbraba ya en Rudolf von Ihering en sus obras "El espíritu del derecho romano en las diversas etapas de su desarrollo", en "La lucha por el derecho" y en "El fin del derecho" que abarca las tres dimensiones del derecho romano: fáctica o social, valorativa y normativa. En este siglo la desarrollaron Rudolf Stammler en Alemania, Icilio Vanni, Giorgio del Vecchio y Giuseppe Capograssi en Italia, y en especial, Werner Goldschmidt, que desarrolló la teoría trialista del mundo jurídico. La teoría socialista tomó la concepción bidimensional que tras las normas jurídicas encontramos las relaciones sociales de producción[43].

En la obra de Umberto Cerroni[44], se emplea un método tridimensional sin mencionarlo pero se afirma en el método que cuando se habla de teoría del derecho hay que ubicarlos en la historia, cuando se habla del derecho llevarlos a la política y cuando se habla de libertad, hablar también de igualdad.

El tridimensionalismo genérico se convirtió en Miguel Reale, Carlos Cossio y en Carlos Fernández Sessarego en un tridimensionalismo específico con la ética cristiana[45] y axiológica de Max Scheler (1874-1928) integran-

41 Reale, Miguel. *Teoría tridimensional del derecho.* Edeval. Valparaíso. 1978. Pág.12.

42 Reale, Miguel. Op. Cit. Pág. 35.

43 Rendón Vásquez, Jorge .*El derecho como norma y relación social. Introducción al derecho.*Ed.Tarpuy.Lima.1984

44 Cerroni, Umberto. *Marx y el derecho moderno.* Ed. Grijalbo. México D.F.1975.

45 "El iusnaturalismo o neotomismo de naturaleza tridimensional "podría resumirse así: la ciencia del derecho natural es una parte de la filosofía del derecho (desde otro punto de vista, es una corriente o sistema de filosofía jurídica), siendo la ciencia del derecho positivo". Por tanto, no sería parte de una Filosofía del Derecho...sino "una parte de la ciencia y arte

do a Hans Kelsen, con sus estudios de la Sociología de Georg Gurvitch y la teoría de los valores del personalismo neotomista y neokantiano, estudiando además otros enfoques como los tetradimensionalismos de Antonio Enrique Pérez Luño o la teoría multidimensional de Edgard Bodenheimer.

Mario Alzamora Valdez, como Carlos Cossio en Argentina, estudió seriamente a Hans Kelsen[46] sobre todo su Teoría Pura del Derecho, y a sus discípulos Luis Legaz y Lacambra (Zaragoza, 1906-Madrid, 1980) -que tradujo la obra fundamental de Kelsen y también la de Max Weber *El espíritu del protestantismo y el desarrollo del capitalismo*-, así como la obra de Luis Recasens[47] Siches (1903-1977) *Vida humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*, donde "el derecho es vida humana objetivada en normas" y la norma es "un pedazo de vida humana objetivada"[48] y cuyas huellas están presentes en su *Introducción a la Ciencia Jurídica.*

Estudiando a Carlos Cossio, este define a su Teoría Egológica del Derecho como "vida viviente, como la conducta humana misma" "la conducta humana considerada en su interferencia intersubjetiva"[49], buscando como objetivo y a la vez como valor supremo, lo justo, "la apreciación de lo justo dentro de la justicia social", interpretando el Evangelio y las Encíclicas Sociales de la iglesia en las que el maestro sanmarquino estaba inspirado

del derecho, porque siendo el derecho en parte natural y en parte positivo, la ciencia y el arte jurídico han de conjugar, a la vez los factores naturales y los factores positivos"..."En este sentido, "la ciencia del derecho natural es ciencia del derecho y jurisprudencia" Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural.* Undécima edición. Universidad de Navarra.Pamplona.2011.Pág. 189.

46 Ver: Alzamora Valdez, Mario. *Los fundamentos epistemológicos de la Teoría Pura del Derecho.* Revista de Derecho y Ciencia Política.UNMSM.Lima.1972.

47 Refiriéndose a Recasens Siches, el maestro de San Marcos señalaba: "Dado el carácter objetivo de la estimativa jurídica, los ideales jurídicos tienen un sentido histórico y es también histórica la naturaleza de la valoración jurídica" En: Alzamora Valdez, Mario. Op. cit. Pág. 347.

48 Recasens Siches, Luis. *Vida humana. Sociedad y derecho. Fundamentación de la Filosofía del derecho. Editorial Porrúa.* México DF. 1962. Para Alzamora "...el orden jurídico constituye una plenitud hermética y la interpretación del derecho no se refiere a las normas sino a la conducta y tiene como instrumento la actitud emocional del intérprete" En: Alzamora Valdez, Mario. Op. Cit. Págs. 346 y ss.

49 Alzamora Valdez, Mario. Op.cit.Pág.348.

señalando que la "justicia social impulsó el progreso del derecho" con una afirmación personalista, situando a la persona humana-fin y no medio- que existe en sí como una unidad, centro de sus actos, que dirige su propio destino original e insustituible"[50].

El estudio de la esencia y el fundamento del derecho natural y su relación con el derecho positivo, le sirvió para afianzar su concepción integral con un predominio neotomista como el de su admirado Victor Cathrein (1845-1931), empleando el método filosófico de la comprensión y el método integral del derecho, expresado en las obras de José Castán Tobeñas (1889-1969), de Antonio Hernández Gil (1915-1994), y en la obra de Karl Larenz(1903-1993) caracterizada por una integración de hechos, valores y normas, exegético, dogmático, histórico jurídico, teoría de los valores y fines del derecho, profundizando en las disciplinas jurídicas fundamentales en Rudolf Stammler y en Gustav Radbruch[51].

2.5. Mario Alzamora Valdez: su tridimensionalismo cristiano

Al enfatizar la manera en que llegó a su concepción que a pesar que en ninguna de sus obras llegó a afirmar que lo era[52], es tridimensional. Mario Alzamora reconoce que: "Tres son los caminos que hemos seguido para llegar a una definición integral del derecho; la sociabilidad del hombre nacida de su propia naturaleza; la exigencia de regular su conducta mediante normas y el deber ser orientado hacia valores. La teoría tridimensional del derecho sustentada por el tratadista brasilero Miguel Reale lo considera como integración de tres elementos: hecho valor y norma, pero no en una referencia genérica y abstracta, como en el culturalismo de Lask y de Radbruch o en los estudios de Roscoe Pound[53] Julius Stone[54] y Jerome Hall[55],

50 Alzamora Valdez, Mario. Op. cit. Pág. 349.

51 Alzamora Valdez, Mario. Op. cit. Pág. 39.

52 El filósofo peruano David Sobrevilla sostiene que no se podría denominar tridimensionalistas a juristas como Mario Alzamora "cuando ellos mismos no se vieron así" Sobrevilla, David. Op. cit. Pág. 209.

53 Filósofo del derecho norteamericano.(1870-1964)

54 Jurista norteamericano y profesor de derecho internacional (1907-1985)

55 Jurista norteamericano. Pionero del análisis interdisciplinario de los problemas legales (1948-1992)

que separan aquellos elementos, sino de modo específico y concreto, reuniéndose en un complejo unitario"[56].

Ya lo afirmaba Miguel Reale, en el sentido que "la unidad del derecho es una unidad de *processus*, esencialmente dialéctica e histórica[57], no sólo una distinta aglutinación de factores en la conducta humana, como si ésta pudiese ser conducta jurídica. No se ha de pensar en suma, en la conducta jurídica como una especie de mansión donde se hospeden tres personajes, pues, o la conducta es la implicación de aquellos tres factores y se confunde con ellos, o no pasa de falaz abstracción, de inconcebible actividad desprovista de sentido y contenido"[58].

El hombre de derecho es "el ámbito del *hombre theorético* a cuya actitud hay que agregar una permanente conciencia axiológica derivada de la necesidad de descubrir justicia"[59]. A esta unidad integradora orientada por el humanismo jurídico se llega a través del método de la comprensión que es" el camino que se debe seguir para llegar desde el sustrato material de aquellos objetos hacia su sentido, con el fin de aclarar los enlaces que entre ellos se traban para formar complejos valiosos o estructuras"[60].

El derecho[61] en Alzamora estudia el conjunto de principios y normas e instituciones que regulan las conductas sociales y organizan la sociedad para realizar su fin supremo hacia el bien, que es el sol del mundo de los valores "...El derecho, constitutivo de la ética regulada por la justicia como su virtud específica, sólo puede hallar sustento en lo que debe ser el hombre"[62].

---

56 Alzamora Valdez, Mario. Op. cit. Págs. 40 y 41.

57 Los juristas romanos clásicos no dieron un paso sin filosofía política, historia y geografía según Pomponio en el *Enchiridion*, una primera Historia del Derecho Romano

58 Reale, Miguel. Op. cit. Pág. 99. Mario Alzamora comparte también con Reale la intuición del Dante y su idea de justicia. Ver: Alzamora Valdez, Mario. *La justicia en la obra de Dante*. Mercurio Peruano.Nov-Dic. 1965.

59 Alzamora Valdez, Mario. Op. cit. Pág. 74.

60 Alzamora Valdez, Mario.Op.cit.Pág.48.

61 Ver: Alzamora Valdez. *El jurista en el mundo del hoy*. Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Abril de 1962.

62 Alzamora Valdez, Mario. *La filosofía del derecho en el Perú*. Librería Editorial Minerva. Lima.1968.Pág 8.

El filósofo peruano Augusto Salazar Bondy (1924-1974) consideraba al maestro Alzamora con justicia autor principal "en la difusión del neotomismo y en la formación de un pensamiento peruano en esa dirección, en su *Historia de las Ideas en el Perú contemporáneo*[63]". Este pensamiento caracteriza su tridimensionalismo como cristiano, más cerca del iusnaturalismo que del neopositivismo, a diferencia de un tridimensionalista posterior y más elaborado como Carlos Fernández Sessarego (1926), que desde la ontología de Edmund Husserl en su tesis inicial, se desplaza hacia la hermenéutica de Heidegger y en su libro *El derecho como libertad*[64], se adhiere al pensamiento cristiano de Emmanuel Mounier (1905-1950), en un matiz parecido al de su maestro Alzamora, de personalismo y transpersonalismo donde la persona y la comunidad que se complementan dentro de una dialéctica del amor.

Este camino al cristianismo jurídico, al humanismo cristiano y al tridimensionalismo de su concepción integral, tuvo desarrollo y genialidad propia y autónoma donde "la esencia personal del ser humano que 'es lo más perfecto de toda natura' según la acertada calificación de Santo Tomás, constituye la raíz y el fundamento de su dignidad"[65].

La integración del derecho natural en su versión tridimensional cristiana hasta el positivismo incluido y no excluyente al criterio neotomista del derecho positivo, debe ser la manifestación del Derecho natural. El fundamento ético del derecho en la dignidad humana.

La noción social de Derecho y del Estado en la idea del bien común, fundamento y bien del derecho, lo mismo en un Estado Social del Derecho, lo mismo en un Estado Social de Derecho con derechos económicos, sociales y culturales para el pueblo y el paradigma del abogado que el maestro Alzamora integró en la cátedra, la defensa, la academia, la magistratura internacional y la diplomacia como embajador del Perú en Francia y como

63 Salazar Bondy, Augusto. *Historia de las Ideas en el Perú contemporáneo*.Lima.1969. Tomo III.Pág.381.Citado por Pacheco Vélez, César. En: *Libro homenaje a Mario Alzamora Valdez*. Cultural Cuzco. Lima.1988.Pág.333.

64 Fernández Sessarego, Carlos. *El derecho como libertad*. Librería Studium.Lima.1987.

65 "Summa teológica" Tomo I q.xxix a.3. En: Alzamora Valdez Mario. Op. cit. Pág. 159.

parlamentario y político de la Democracia Cristiana, buscando un estado del bien común y la justicia social, siendo elegido en los años 1966 y 1967, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

3.- HIPÓTESIS DEMOSTRADA

La concepción integral de Mario Alzamora Valdez es tridimensionalista, fundada en el nuevo derecho natural cristiano o neotomismo orientado por la concepción del humanismo integral, base de una teoría de un Estado Social de Derecho, que tiene como finalidad la búsqueda del bien común. El método de la comprensión que desarrolla en su concepción permite estudiar las normas como objetos culturales, como estructuras del mundo jurídico. Alzamora Valdez aporta al tridimensionalismo de Miguel Reale, Carlos Cossio y Recasens Siches, una versión genuina del Derecho que sirve al desarrollo de la ciencia jurídica en América Latina y en el mundo.

La teoría del derecho es tridimensionalista cristiana a partir de una concepción integral del derecho que fundamenta y orienta nuestro ordenamiento jurídico, para la formación del abogado y de la abogada, con rectitud y honestidad, ricos en valores, que integren al hombre de toga con el alma de la toga y que realicen la interpretación de los principios y normas del derecho dentro de los límites de la jurisdicción, contribuyendo a la plenitud de un Estado de Derecho auténticamente constitucional.

4.- OBJETIVOS (GENERAL Y ESPECÍFICO ALCANZADOS)

GENERAL: DEMOSTRAR que hay una teoría general del derecho de naturaleza tridimensional, con la particularidad que ese tridimensionalismo tiene un fundamento en el iusnaturalismo cristiano, con influencia en la filosofía griega, Platón y especialmente Aristóteles, enriquecidos con la escuela del estoicismo, más la jurisprudencia clásica romana, y la evolución de la filosofía cristiana de la vida y del derecho, desde la patrística hasta la filosofía tomista y neotomista.

ESPECÍFICO: DEMOSTRAR que el elemento cristiano más importante en su teoría y el otorga un matiz muy definido es el personalismo dialógico que se da en la comunión entre lo individual y los social y que Mario Alzamora lo define como "bien común", que es un influencia directa de los filósofos franceses Emmanuel Mounier y Jacques Maritain

5.- METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS

La metodología utilizada es el teórico descriptivo, utilizando el estudio intensivo de un objeto como entidad holística en todas sus características y de manera longitudinal en la historia del derecho. Para ello, no hemos dudado en recurrir al método de nuestro investigado, adoptando la concepción integral se pondera por el método de la comprensión de las normas como objetos culturales, así como las técnicas y enfoques deductivo, inductivo, histórico y la dialéctica de la complementariedad.

6.- RECOLECCIÓN E INTERPRETACIÓN DE DATOS

La información del trabajo se obtuvo de las lecturas minuciosas y detalladas bibliográficamente, a partir de las fuentes histórico-jurídicas cuyos enfoques han dado luz a la ciencia del derecho. A partir del estudio de la corriente tridimensionalista y sus diversas variantes por un lado y de las teorías iusnaturalistas y iuspositivistas, por el otro, se plantearon las hipótesis de trabajo que nos abrieron camino al estudio de las particularidades de nuestro autor respecto a otro tratadistas, cualidades que lo hacían único y diferente, habiéndose realizado la debida valoración y tomado nota en fichas textuales, de resumen, crítica, pero sobre todo, tal como lo aconsejó Reale al estudiar su propia teoría, con la dialéctica de la complementariedad como la capacidad de co-implicación entre sujetos y objetos.

La interpretación se realizó utilizando el enfoque inductivo y deductivo, resaltando las influencias históricas y tradiciones jurídicas decisivas en las características especiales del tridimensionalismo de nuestro tratadista.

7.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El humanismo jurídico de Alzamora tiene un fundamento cristiano.
2. La idea y concepto del derecho de Alzamora es neotomista.
3. El neotomismo de Alzamora es tridimensional
4. El trialismo y el tridimensionalismo, integran el derecho natural resurgido con el positivismo.
5. La teoría del derecho de Alzamora se denomina concepción integral.
6. La concepción integral se pondera por el método de la comprensión de las normas como objetos culturales.
7. Los tres elementos del derecho de Alzamora se integran en la síntesis integral de hechos, valores y normas.
8. La ideología de Alzamora es el cristianismo que constituye, en su versión particular, sustento del humanismo integral.
9. Los valores para el derecho en Alzamora se inspiran en el personalismo cristiano de Emmanuel Mounier y Jacques Maritain.
10. El método, técnicas y enfoques deductivo, inductivo, histórico y dialéctica de la complementariedad.
11. El neotomismo de Alzamora se enriquece con el neokantismo y con el marxismo académico.

8.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Veinticinco años de evolución del derecho procesal (1940-1965)*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas de México. México. 1968.
- Alexy, Robert. *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña N°5. A Coruña. 2001. Pp.75-96.
- Alzamora Valdez, Mario. *Derecho Procesal Civil: Teoría general del proceso*. Talleres Gráficos de la Editorial Lumen. Lima. 1953.
- Alzamora Valdez. El jurista en el mundo del hoy. Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Abril de 1962.
- Alzamora Valdez, Mario. *Introducción a la ciencia del derecho*. Editorial Liborio Estrada. Lima. 1972.

- Alzamora Valdez, Mario. *La filosofía del derecho en el Perú.* Librería Editorial Minerva. Lima.1968.
- Alzamora Valdez, Mario. La justicia en la obra de Dante. Mercurio Peruano.Nov-Dic.1965.
- Alzamora Valdez, Mario. *Los derechos humanos y su protección.* ED-DILI. Lima. 1977.
- Alzamora Valdez, Mario. *Los fundamentos epistemológicos de la Teoría Pura del Derecho.* Revista de Derecho y Ciencia Política.UNMSM. Lima.1972.
- Cerroni, Umberto. *Marx y el derecho moderno.* Ed. Grijalbo. México D.F.1975
- Chávez Aliaga, Nazario. *Cajamarca.* Tomo V. Talleres CMLP. Lima. Julio 1957.
- Fassó, Guido. *Historia de la Filosofía. Vol. I. Historia de la Filosofía del Derecho. Antigüedad y Edad Media.* Ediciones Pirámide S.A. Madrid.1980.
- Fernández Sessarego. *El derecho como libertad.* Librería Studium. Lima.1987.
- Graneris, Giuseppe. *Contribución tomista a la filosofía del derecho.* Eudeba. Buenos Aires.1977.
- Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural.* Undécima edición. Universidad de Navarra.Pamplona.2011
- *Libro homenaje a Mario Alzamora Valdez.* Cultural Cuzco. Lima.1988.
- López de Oñate, Flavio. *Filosofía del derecho: Compendio de filosofía del derecho.* Vol. I y Vol. II. Europa-américa. Buenos Aires. 1961
- Marías Julián. *Historia de la Filosofía.* Editorial Alianza Universidad. Textos. Madrid. 1962.
- Maritain, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural. Cristianismo y democracia.* Ed.Palabra.Madrid.2001.
- Maritain, Jacques. *Humanismo integral. Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad.* (2ª edición) Ed.Palabra.Madrid.1999.
- Mounier, Emmanuel. *Manifiesto al servicio del personalismo.*Ed. Taurus.Madrid.1986.
- Ravines S, Tristán. *Diccionario histórico y biográfico de Cajamarca.* Editorial Los Pinos EIRL, Lima.1999.

- Reale, Miguel. *Teoría tridimensional del derecho*. Edeval. Valparaíso. 1978.
- Reale, Miguel. *Posición del tridimensionalismo jurídico concreto*. En: Revista Dianoia. Instituto brasileño de filosofía. Universidad Sao Paulo. Vol. 13, N° 13. Sao Paulo. 1967
- Recasens Siches, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*. Editorial Porrúa. México DF. 1962.
- Rendón Vásquez, Jorge .*El derecho como norma y relación social*. Introducción al derecho.Ed.Tarpuy.Lima.1984.
- Sobrevilla, David. *La filosofía del derecho en el Perú*. Fondo Editorial Universidad de Lima.Lima.2013.
- Tauro del Pino, Alberto. *Enciclopedia Ilustrada del Perú*. Editorial Peisa. Tomo 1. Lima. 2001.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Esbozo a la Ciencia Sociológico - Jurídica

José Horna Torres
Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: *1.- Carácter y alcance del estudio. 2.- Breve referencia historia-cristina de la ciencia. 3.- Sistematización del pensamiento jurídico- socio-lógico. 4.- La sociedad jurídica y su significación.*

1.- CARÁCTER Y ALCANCE DEL ESTUDIO

Cuando, hace más de tres décadas, tuve en mente la feliz idea de elaborar un ensayo que haga posible la comprensión del Derecho como un fenómeno social que se da en la realidad, tal vez opuesto a lo que en otrora postulara Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*[1], advertí que al Derecho no podía concebirlo ni depurarlo de una ideología política-social; ni alejado de los demás elementos que constituyen el dominio de las otras ciencias, llámense éstas de la naturaleza, de la cultura, de la sociedad y hasta de las denominadas ciencias exactas.

Consideré, así, que si bien el Derecho se ha constituido como una ciencia, con objeto, metodología, valores y fines propios, no por eso vamos a suponerlo encerrado en su «caja de marfil» y alejado, por lo tanto, de la realidad viva y palpitante de una realidad compleja y concreta, con todas sus grandezas, miserias y contradicciones: la sociedad[2]. Desde entonces empecé a meditar y reflexionar; fruto de tal actitud, si se quiere filosófico-jurídico-sociológica, es el presente estudio.

La prospección fue significativa, aunque limitada por los medios intelectuales. Sin embargo, me orienté a la búsqueda los principios, que a mi juicio, pudieran servir-en parte-de sustento a la teoría científica del Derecho. Abrigamos la esperanza de que la investigación empírica guiada por la teórica habría hecho posible la elaboración de una nueva ciencia sociológico-jurídica, ubicada conjuntamente con las demás ciencias sociales y encaminada paralelamente con las más atacadas, como el Derecho, la Historia, la Sociología, la anomía, la Antropología y, últimamente, la Psicología Social y la Ciencia Política.

Si bien nada o poco se ha hecho en nuestro país acerca tan importante tarea, sigamos, por lo menos, el camino las investigaciones realizadas en países de Europa, como manía, Inglaterra, Francia, o en los Estados Unidos[3], a de que,

1 KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 3ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1963, pp. 95-100.

2 EHRLICH, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* [*Funda-tos de la Sociología del Derecho*], 4ª- ed. [1ª ed., 1913], Duncker & Humblot, Berlín, 1989.

3 MERTOX, Robert K., *Teoría social y estructura social*, Cuadernos de la FLACSO. Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1960, pp. 23-50.

sirviéndonos de modelos teóricos o tal vez puntos referencia, podamos elaborar una teoría científica que fiera servir de sustento al cambio social o las transformaciones que requiere nuestra realidad, sin soslayar nuestra idiosincrasia, con sus usos, costumbres, tradiciones y, ¿por qué no decirlo?, nuestra rica escala de valoraciones. Sólo así habremos de elaborar una ciencia social que responda a las necesidades de los hombres reales que viven en constante interacción social; sólo así podremos colaborar en alguna medida con la construcción de un país que se oriente al desarrollo, fortaleciendo una muy definida conciencia nacional.

Los resultados positivos, no habremos de verlos, mientras los estudiantes y profesionales peruanos nos limitemos o simplemente continuemos aquellos caminos harto recorridos por los grandes teóricos e investigadores de casi todas las latitudes. Orientemos nuestro estudio al objeto mismo de interés: los propios hombres, con toda su lucha, conflictos, ajustes y desajustes, tanto sociales como económicos, políticos, biológicos, físicos y hasta emocionales. Así estaremos en condiciones de establecer la naturaleza propia de nuestro Derecho peruano, que, si bien tiene como base principios generales y valores universales, como el bien, la verdad, la libertad y la justicia, que lo identifican con idéntica naturaleza, no por eso su aplicación, validez o jurisdicción tiene que ser general o universal. Y esto es obvio, poique si consideramos al Derecho como una gran e importante manifestación de la cultura[4] y a ésta como única y universal, pese a tener evidencias y manifestaciones diferentes[5], resulta, de la misma manera, que el Derecho como norma, como valor, como vida humana y, por lo tanto, como aspiración suprema[6], también es único y universal, pero diferentes sus expresiones porque así lo son las áreas culturales en las que ha de manifestarse. De ahí que nada nos impide formular como tesis, desde luego discutible, que el Derecho del futuro estará fuertemente ligado a la estructura socio-económica y política; tanto como desligado del simple quehacer teórico, aun cuando no de su fundamentación teórica, será en gran parte de tipo lógico-racional y estará vigente dentro de sistemas de rigurosa solidaridad institu-

4 CHINOY, Ely, *Introducción a la sociología*, 3ª ed., Paidós, Barcelona, 1964, p. 28.

5 HERSKOVITC, Melville, *El hombre y sus obras*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 32 y ss.

6 ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la ciencia del derecho*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965, pp. 21 y ss.

cionalizada y establecido sobre una realidad total científicamente estudiada y humanísticamente orientada.

La interrelación entre el Derecho y las demás ciencias mencionadas es de vital importancia. La amplitud del cono-cimiento influirá en gran medida en el pensamiento jurídico, que, sin duda, nos ayudará a resolver con mayor precisión la amplia problemática que plantea al hombre y la sociedad, en relación con los desajustes jurídico-sociales de nuestra época[7].

La naturaleza de este estudio, por las razones expuestas, será, en la medida de lo posible, francamente objetiva; sus proyecciones a partir de las observaciones empíricas y no pocos estudios teóricos ya se avizoran. Tengo la impresión de que, si llegáramos a auscultar la profundidad teórico-conceptual de esta nueva ciencia, habremos cumplido con nuestro cometido. De lo contrario nos quedarán grandes satisfacciones intelectuales.

El tema propuesto es difícil en su búsqueda y arduo en su problemática, si tenemos en cuenta lo laborioso que es encontrar los puntos de coincidencia y/o contacto entre la ciencia jurídica y la ciencia sociológica, las dificultades y barreras que existen frente a la investigación científica del Derecho del porvenir[8] y los grandes intereses que obcecan la búsqueda de la verdad jurídica.

2.- BREVE REFERENCIA HISTÓRICO-CRÍTICA DE LA CIENCIA

Los últimos hallazgos de la ciencia histórica nos proveen de las fuentes necesarias para interpretar sus hechos. Tan valiosos instrumentos nos detendrán un momento, para examinar en qué condiciones y bajo qué circunstancias se produjo y aún se sigue produciendo el encuentro entre Sociología y Derecho. Más adelante veremos que estas ciencias durante mucho tiempo se ignoraron y hasta no se toleraron, por lo que asignar culpabilidad a una u otra sería precipitar la opinión.

---

7 MANNHEIM, Karl, *El hombre y la sociedad en la época de crisis*, Leviatán, Buenos Aires, 1987, pp. 26 y ss.

8 SÁNCHEZ DEL Río, Carlos, *El derecho del porvenir*, Montecorvo, Madrid, 1964, pp. 61 y ss.

Al imputar cargos, habría que referirse a la enorme distancia cronológica en el nacimiento y desarrollo de ambas ciencias. En cuanto al Derecho se puede aludir a muchas obras prejurídicas, que sin ser Derecho *strictu sensu*, no dejaron por eso de preocuparles en una u otra medida los problemas del orden y la paz social, así como, más tarde, aquellos de las formaciones y reglamentaciones prelegales. Bastaría mencionar las grandes obras prejurídicas de la Humanidad, que, aunque confundidas con reglas morales, religiosas o sociales, muy bien podrían servirnos de referencias[9].

Con mayor razón, al referirnos a la Sociología podemos decir también que, sin ser propiamente tal -aunque con diferencia de siglos- se ocuparon ya de temas tan vinculados a la realidad social que bien podemos considerarlas como fuentes inmediatas a la formación de la Sociología. Ejemplos de ellas son las obras de Platón, Aristóteles, Santo Tomás, Montesquieu, Rousseau[10]; literatura abundante que ha sido llamada por Jacques Leclerc, la Pre-Sociología[11].

La Sociología propiamente dicha comienza a constituirse en la primera mitad del siglo XIX con Saint-Simon y Augusto Comte; ambos, hasta cierto punto, desconocedores del Derecho; llegando, incluso a sostener el primero, bajo la influencia de la escuela histórica, que el Derecho estaba formado por instituciones artificiales; expresiones que comparadas con las de Carlos Marx, no resultan ser muy duras, cuando refiere que el Derecho es una creación artificial destinada a desaparecer[12]. Más tarde, Herbert Spencer publica sus *Prin-*

---

9 El Código de Hammurabi, referido por las grandes obras jurídicas, especialmente histórico-filosóficas, ha servido de ejemplo al misceláneo de reglas de conducta y, por lo tanto, a los albores de las instituciones propiamente jurídicas. La misma Biblia en sus libros, sobre todo el quinto de Moisés, comúnmente llamado «Deuteronomio», o el libro de los Salmos donde podemos leer por ejemplo aquellas sentencias bíblicas: «¡Oh Congregación! ¿Pronunciáis en verdad justicia? ¿Juzgáis rectamente, hijos de los hombres?» (Salmo 58-1).

10 ARISTÓTELES, Política, Buenos Aires, 1975. Los conceptos que se vierten a través de sus libros son básicamente de filosofía social positiva, por lo mismo, considerados como obra pre-sociológica. Ver los Libros II y VI sobre «Examen crítico de las teorías anteriores y de las principales constituciones» (pp. 23-50), el libro VI sobre «De la Democracia y de la Oligarquía», «División de los Poderes» (pp. 147 al 160).

11 LECLERC, Jacques, *Introducción a la sociología*, 3ª ed., Instituto Católico de Estudios Sociales, Barcelona, 1961, pp. 14 y ss.

12 MARX, Carlos y F. ENGELS, *La ideología alemana*, Ercilla, Santiago de Chile, 1945. Ver capítulos IV y VI, sobre la propiedad y el Estado. Ver también El materialismo histórico,

cipios de Sociología (1882), en los que simplemente consagra un capítulo al estudio de las leyes, sosteniendo que el Derecho no es sino una cristalización de la costumbre.

Más adelante, llegamos a los sociólogos del denominado Control Social, donde destacan los trabajos de Ward por considerar que el Derecho no es más que un ensayo de modificación del medio ambiente[13]; los trabajos de Ross sobre el control social, donde enuncian, los cimientos de un orden social firme, base de cambio social y donde el Derecho hace intervenir su ordenación jurídica sobre una nueva estructura social[14]. Por último, los trabajos de Summer, que dedica un amplio espacio al Derecho comparado y además hace un estudio exhaustivo sobre la costumbre[15]. Pero hay algo más, la famosa tesis de la integración, que sostiene que no hay «orden social» sin integración de valores compartidos[16].

Estas referencias, tan breves, omiten a las figuras del pensamiento sociológico-jurídico, por considerarlo materia de un capítulo especial aparte.

---

editado por la Academia de Ciencias de la U.R.S.S. (capítulo VI, «El Estado y el Derecho», pp. 162-209).

13 WARD, L.F., *Dynamic Sociology*, Nueva York, 1883.

14 Roos, Edward, *Social Control*, Mac-Millan, New York, 1952, p. 132.

15 BOGARDUS, Emory S., *El desarrollo del pensamiento social*, 4ª ed. [título original: *The-Development of Social Thought*], Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1960. Ver en forma muy resumida el estudio de Edward A. Ross, sobre el control social: *Social control: a survey of the foundations oforder*, The Citizen's Library of Economics, Politics and Sociology, Nueva York, 1901. También la obra William G. SUMMER, *Folkways: a study of the sociological importance of usages, manners, customs, mores, and morals*, Ginn and Co., Boston, 1906.

16 PARSONS, Talcott, *The Social System*, Free Press, Nueva York, 1951. Hay traducción castellana: *El sistema social*, Revista de Occidente, Madrid, 1976. Ver además este punto sobre *estabilidad social y orden democrático* en LIPSET, Seymour, *El hombre político. Las bases sociales de la política* [Título original: *Political Man: The Social Bases of Politics*, 1960], Tecnos, Madrid, 1987.

3.- SISTEMATIZACIÓN DEL PENSAMIENTO JURÍDICO-SOCIO-LÓGICO

La tarea de adecuar, metódica y sistemáticamente, las relaciones entre Derecho y Sociología no ha requerido de poco esfuerzo. Los autores, como hemos visto, se ocuparon de limitar o vincular los campos de investigación de una u otra ciencia; pero pocos, o ninguno, acertó tanto como el gran maestro francés Emilio Durkheim; por eso, si hacemos un juicio justo y le asignamos el lugar que le corresponde, nuestra actitud resulta ser loable.

Desde entonces, la norma jurídica ya no es decididamente algo inmutable o sagrado, para ser tan cambiante como los grupos humanos y su situación existencial. El Derecho ha dejado de ser definitivamente un ente etéreo, esotérico, para constituirse en un hecho social real, tanto como los demás hechos sociales, arte, lenguaje, religión, costumbres.

La posición en referencia proyecta una nueva orientación a las investigaciones jurídicas, planteando al jurista nuevas situaciones sociales, que le imponen estudiar y analizar tal realidad y buscar los medios más adecuados para la elaboración, formación y aplicación de las normas. Tales ideas se encuentran en algunos ensayos esbozados y en otros trabajos desarrollados por Durkheim[17], como el suicidio, o la Sociología Criminal.

En 1898, Emilio Durkheim funda el periódico *L'Année Sociologique*, donde dedica buena parte a los amplios comentarios y debates en torno al tema de las relaciones entre Derecho y Sociedad[18].

---

17 DURKHEIM, Emilio, *La división del trabajo social*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1985. [Título original: De la división du travail social, 1893]. Más tarde pública *Le suicide. Elude de sociologie*, Alean, París, 1897. Hay también versión castellana: *El suicidio*, Losada, Buenos Aires, 2004.

18 *L'Année Sociologique* fue una revista fundada por Durkheim en 1898, que también fue su editor. Se publicaba anualmente hasta 1925 y luego volvió al público como *Annales Sociologiques*. Participaron como colaboradores: Paul Fauconnet, Célestin Bouglé, Marcel Mauss, Henri Hubert, Robert Hertz, Maurice Halbwachs y Francois Simiand.

No obstante, sólo después de la Segunda Guerra Mundial podemos decir que se llega efectivamente a un entendimiento más o menos cercano entre el Derecho y la Sociología; más claramente, entre sociólogos y juristas.

Sin embargo, en Francia la tirantez ha dado paso al buen entendimiento y existe de veras una cordial y funcional colaboración entre ambas disciplinas.

La fundación de la revista *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique* en 1931, los Coloquios de Estrasburgo y de Toulouse de 1956 y 1958, respectivamente, son muestras del buen acercamiento.

En el campo estrictamente universitario, mencionaremos también la creación de cátedras en relación directa o indirecta con la Sociología Jurídica, como es el caso de la Facultad de Derecho de la Universidad de París.

Fuera de Francia, la ciencia ha sido estudiada, tanto por sociólogos como por juristas. Así, por ejemplo, en Alemania H. Kantorowitz con su obra *Der Kampf un die Rechtswissenchaft (La lucha por la ciencia del Derecho)*, escrita en 1906; en Austria, Eugen Ehrlich, con su obra *Grundlegung der Soziologie des Rechts (Fundamentos de la Sociología del Derecho)* 1913; en Rusia, Nicolás S. Timasheff, con su obra *Introducción a la Sociología Jurídica*, cuyo original escribió en París en 1939; en los Estados Unidos Roscoe Pound, con su obra, *Social Control Through Law (El control social a través del Derecho)*[19].

En forma especial, mencionamos al más reciente y destacado maestro, también de la Sociología Jurídica: George Gurvitch, con sus obras dedicadas a la investigación netamente de la ciencia sociológico-jurídica. Entre ellas tenemos las más comprensibles: *Elementos de sociología* jurídica o su Tratado de sociología en dos tomos, en cuyo segundo tomo dedica una buena parte a dilucidar los problemas de la Sociología Jurídica.

---

19 Las obras de los autores arriba mencionados, con excepción de dos, nos son conocidas simplemente por referencias y comentarios concienzudamente elaborados por autores ajenos a ellos mismos Henry Lévy-Bruhl, por ejemplo, los cita y comenta a menudo en su obra **Sociología del derecho** (trad. de Myriam de Winizky, Eudeba, Buenos Aires, 1967). No sucede lo mismo con la obra de TIMASHEFF, como con la de POUND, editadas ambas en idioma inglés por la Universidad de Yale, la primera en 1940, la segunda en 1942.

Por último, en los Estados Unidos, tenemos al connotado maestro de la Universidad de Harvard, Talcott Parsons, quien en su obra *The Social System* dedica interesantes y conceptuosos capítulos a los problemas del ordenamiento social.

No podemos dejar de mencionar que en San Marcos ya se viene dictando la cátedra de Sociología Jurídica, en especial por el maestro Ismodes Cairo[20] desde la década del sesenta; habiéndose irradiado ahora a todas las Facultades de Derecho de la Universidad peruana. En el post-grado incluso se ha introducido la cátedra de «Seminario de Sociología Jurídica» desde hace mas de dos décadas.

Esta simple enumeración de alguno de los nombres más significativos para los fines de la elaboración de la ciencia sociológico-jurídica tiene objetivos muy claros; entre otros, hacer resaltar el camino a la sistematización de la Sociología

Jurídica. La idea acerca de lo que fue la ciencia en sus inicios y la orientación delicada y austera, a que están abocados los sociólogos de la actualidad. Por eso, a despecho de las divergencias, podemos afirmar que el número siempre creciente de investigaciones dedicadas a tan elevada misión es también un índice revelador, que nos permite al mismo tiempo apreciar y valorar la transformación en el conocimiento, que se va operando desde más de medio siglo. Lévy-Bruhl con razón piensa:

> «Ya no es suficiente una vaga filosofía del derecho, pretexto para lugares comunes. Toda vez que el objeto de la investigación consiste en el estudio metodológico de las instituciones sociales y de los sistemas jurídicos»[21].

Posición muy alturada, por significar un replanteamiento en el enfoque y estilo de los problemas jurídicos, tan vinculados a la realidad social en la que vivimos.

---

20 ISMODES CAIRO, Aníbal, *Sociología jurídica*, Editorial San Marcos, Lima, 1998.
21 LÉVY-BRUHL, Henry, *Sociología del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1967, p. 47.

4.- LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y SU SIGNIFICACIÓN

A la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima se le denominó también, en el devenir histórico, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales; lo que quiere decir que, empezando por su nombre, había ya una aceptación y una proyección tácita, tendiente a la integración de sus conocimientos, con las demás ciencias sociales, tales como la Política, la Economía, la Sociología, etc. Si esta terminología encerró la amplitud que se le asignó, pronto encontraremos que tal característica no ha sido funcional ni, menos, interrelacionada con los dominios de tales ciencias.

Facultades de Derecho del Perú, con excepción en alguna medida, en estos últimos años, de la Facultad de Derecho del Cusco[22], han olvidado en sus inicios, tal vez por infortunio, la base de la cual proviene el Derecho y a la cual se orienta para ordenarlo: la sociedad. No obstante, una de las consecuencias más señaladas del desarrollo del estudio de las ciencias sociales: Derecho, Sociología, Economía, Política, etc., y que constituye síntoma de madurez científica, es su especialización orientada a los fines de las diversas carreras universitarias.

La Sociología General, en íntima vinculación con el Derecho, está desarrollando con acierto una rama especializada: la Sociología Jurídica. Sus hallazgos nos darán en el futuro uno de los instrumentos básicos más valederos para el análisis del fenómeno jurídico. Es claro que tan sólo esta ciencia no dará la solución a la seria crisis que vienen planteando los sistemas jurídicos actuales. No pretendo magnificar, ni menos minimizar, la labor que podría desempeñar la Sociología Jurídica; tenemos fe en el concurso de las demás ciencias sociales y en la acción adecuada a la problemática social de la regulación jurídica de la sociedad.

La Facultad de Derecho de San Marcos, en su rol de liderazgo, ha de analizar el fenómeno social concreto en íntima relación con nuestro objeto de estudio: el fenómeno jurídico. Impartirá así un conocimiento tal vez más preciso de lo que es el Derecho como fenómeno social; del influjo de la vida social

22 Plan de estudios de la Facultad de Derecho del Cusco. Adoptado en parte desde 1964 por recomendación de la Primera Conferencia Latinoamericana de las Facultades de Derecho, reunida en Lima en abril de 1959 (adoptado y modificado).

sobre las instituciones jurídicas y de éstas sobre aquéllas; y de las mutuas relaciones del hecho social Derecho, como muy bien lo llama Durkheim[23] con los demás hechos sociales de la vida real.

La nueva ciencia investigará, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tales normas en lugar de otras: intentará a su vez, determinar los efectos de su decisión y, en tal sentido, se preguntará: ¿en qué medida los hechos económico-sociales o las concepciones religiosas influyen en la formación y aplicación de las leyes y los sistemas jurídicos? Asimismo, se preguntará por ejemplo: ¿por qué las leyes, a pesar de estar vigentes, no son aceptadas ni menos reconocidas por la sociedad?; y, finalmente: ¿por qué las leyes producen disconformidad entre las gentes, vale decir, desajustes y hasta conflictos sociales? Éstos, y muchos otros problemas, serán preocupación constante en el accionar de los científicos sociales.

> «Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan»[24].

Tal afirmación, según las expresiones sucesivas del autor a través del capítulo pertinente, considera que la Sociología Jurídica va a prescindir de la norma jurídica, de la «noción del deber ser» y va a ver al Derecho como un simple hecho, igual a cualquier otro de la naturaleza. Muy por el contrario, si tenemos en cuenta que el Derecho está inspirado en normas y valores universales, la actitud de orientar nuestro estudio al hecho jurídico se realizará bajo ese supuesto. Entonces, la manifestación de la norma en la conciencia de los hombres no es un hecho natural, como quiere Kelsen, sino hechos sociales, colectivos

---

23 DURKHEIM, Emilio, *Las reglas del método sociológico* [título original: *Les regles de la méthode sociologique*, traducción de Antonio Ferrer], Dédalo, Buenos Aires, 1959, capítulo II, «Reglas relativas a la observación de los hechos sociales», pp. 41 a 68. En la p. 44 el autor expresa «...las cosas sociales sólo se realizan por los hombres, son un producto de la actividad humana...» y, más adelante (p. 67), dice: «una regla de derecho es lo que es y no hay dos maneras de percibirla, puesto que, de otra parte, éstas prácticas no son otra cosa que la vida social consolidada (correspondiente a los hechos sociales) y, es legítimo, salvo indicaciones contrarias, estudiar esta a través de aquellas».

24 KELSEN, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 97-99

humanos[25]. Luego, el objeto de esta ciencia, si bien no es la norma, el valor en sí mismo -que los supone y/o sustenta, y de facto es así-; son los fenómenos sociales, que se suceden en la vida real y que tienen que ver en razón directa con el Derecho. Si su cometido final no es indagar o preguntar qué es el Derecho en cuanto a su misma significación, su cometido será, si se desea, metajurídico o parajurídico sólo en el sentido etimológico de la palabra. Conocerá, por eso, las causas, alcances y consecuencias, así como los acontecimientos, a veces imprevistos, o los cursos probables que pueden seguir a un fenómeno jurídico.

Si la Sociología Jurídica no se interesa, *prima facie*, por el estudio de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico, sino más bien por los actos, razones, móviles, ambiciones por los cuales estas normas fueron creadas o por las causas y efectos en la complicada red de relaciones humanas; no significará por esto que la ciencia postule la destrucción de todo Derecho como norma o como principio director y ordenador de los hechos.

Si ambas ciencias: Derecho y Sociología, tienen objeto distinto, constituidas en ciencias perfectamente autónomas, parecería a simple vista que no podrían realizar una labor de conjunto, o de dos fenómenos distintos; aunque las dos sean de origen, naturaleza y finalidades humanas.

La falsa apreciación proviene, como lo sostiene Gurvitch, del hecho de que pareciera que los juristas sólo se limitaran a la cuestión del *quid juris* y los sociólogos sólo interpretarán el *quid facti*, haciendo aparecer tales fenómenos en esferas de investigación poco o nada convergentes. En efecto, nos encontramos con un serio interrogante: ¿podrán ignorarse sociólogos y juristas y trabajar cada cual en su terreno, objeto y métodos propios de investigación? La respuesta, de ser afirmativa, resultaría incorrecta, limitativa y hasta injusta. La alternativa del exclusivismo, ya sea sociológico o jurídico[26], y el aislamiento o separación total de las esferas, han devenido en ya superado, no pudiendo haber sido de otra manera, dado el desarrollo tanto de la ciencia sociológica, como de la ciencia del Derecho.

---

25 DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, cit., pp. 30-40. Para una buena comprensión acerca de la duda, ver capítulo I, «¿Qué es el hecho social?».

26 GURVITCH, George, *Elementos de la sociología jurídica*, José M. Cajica, Universidad de Puebla, México, 1967, p. 10.

Gurvitch está en lo cierto cuando afirma: «Nadie ha descrito mejor que el gran jurista sociólogo Maurice Hauriou, al proclamar que un poco de sociología nos aleja del derecho y que mucha sociología nos conduce a él; a lo que debería agregarse por precisión, que un poco de derecho nos aleja de la sociología y que mucho derecho, nos conduce a ella»[27].

Tal aseveración no está, como vemos, referida específicamente al Derecho positivo; luego, ¿cómo explicar-la? Tal vez por la reacción misma de los fenómenos humanos, porque al analizarlos, observarlos, sacar conclusiones y síntesis más o menos precisas, nos encontraremos plenamente en el terreno de las relaciones humanas y donde existe «relación» existirá «ordenación»; es decir, normas que regulen la actividad conductal de las personas, de los grupos, de las instituciones. Esta sería, a mi juicio, la manera de interpretar -aunque un tanto empírica- a más Sociología, más Derecho y viceversa.

El Derecho sólo se da en el seno de la sociedad; su dominio pertenece al campo de las relaciones humanas en su más amplia diversidad. Gurvitch ha descrito el problema con mucha más precisión, cuando afirma que ya no existe asombro ni en los sociólogos ni en los juristas y que, pese a su acentuada desconfianza reciproca, «los zapapicos de ambos equipos, al cavar, cada uno por su lado, sus galerías han terminado por encontrarse»[28]. Ese lugar ha sido, precisamente, la Sociología Jurídica.

Los conflictos entre la Sociología y el Derecho, que condujeron en más de una vez a la imposibilidad de constituir la nueva ciencia, no fueron sino *consecuencia* de la estrechez conceptual e inadecuado enfoque sociológico-jurídico en la concepción del objeto de estudio, los métodos de investigación científica y los campos de interés de ambas ciencias.

27 GURVITCH, *Elementos de la sociología jurídica*, cit., p. 12.
28 GURVITCH, *Elementos de la sociología jurídica*, cit., p. 14.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Lo cuantitativo y lo cualitativo en la investigación jurídica

Medardo Nizama Valladolid*
Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM
Miembro del Comité de Redacción de la Revista de Derecho

SUMARIO. *Introducción. 1.- Génesis, nociones y evolución de la epistemología. ¿Qué es y para qué sirve la epistemología?. 2.- Epistemología Jurídica. 3.- Ciencia e Investigación Jurídica. El Derecho como Saber Científico. 4.- Mitos de la investigación. 5.- Lo cuantitativo y lo cualitativo en la investigación Jurídica. Vertiente o Enfoque Cuantitativo. Enfoque o Vertiente Cualitativa. Características que posee el enfoque cualitativo de investigación. 6.- Conciencia de una investigación ética. 7.- Utilidad de la ciencia y la investigación científica. Conclusiones. Referencia Bibliográfica.*

---

* Medardo Nizama Valladolid. Bachiller, Magíster y Doctor por la UNMSM. Profesor titulado por la Universidad Nacional de Trujillo y estudios en de Maestría en la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle" La Cantuta. Profesor Principal. Investigador

INTRODUCCIÓN

Uno de los propósitos del presente trabajo es promover debate acerca del significado de la epistemología en relación al Derecho, en consideración a los otrora y nuevos enfoques que exploran al Derecho como filosofía y como ciencia.

1.- GÉNESIS, NOCIONES Y EVOLUCIÓN DE LA EPISTEMOLOGÍA

La epistemología, entendida en su sentido amplio resulta ser muy antigua. La epistemología es un término que, aunque generado a partir de una antigua palabra, sirve hoy para designar una relativamente nueva palabra. Etimológicamente, viene del griego, de un vocablo que se utilizaba para denominar una forma de conocimiento[1] con características similares a lo que ahora llamaremos ciencia.

Para comprender esta evolución en el significado de la palabra epistemología, debemos remontarnos a a antigua Grecia. Allí, sobre todo a partir de **Sócrates**[2] (469 – 339 a de C), uno de los filósofos griegos de mayor trascendencia de la historia, decía: "solo sé que nada sé" afirmando que debemos ser conscientes de nuestras limitaciones y tener la posibilidad de expandir el nivel de conciencia y autoconocimiento para superarnos. Además, anunciaba que la finalidad de la búsqueda del conocimiento auténtico, no era el saber por el saber, el saber teórico, sino la techné o saber práctico, que tiene una utilidad para el hombre; y en este sentido, la medicina es el saber por excelencia. Sin duda, Sócrates pretendió fundamentar una filosofía de la ciencia. Asimismo, el divino Platón[3] (428 – 347 a de C),quien fue discípulo de Sócrates a los 40

1 El profesor Sierra Bravo anota que los presupuestos del conocimiento son el mundo interior y el mundo exterior y que el hombre es un microcosmos que compendia todo lo observable en el universo.

2 Un Sócrates que no dejó nada escrito, sino una serie de obras acerca de él, procedentes todas de la misma época y que tienen como autores a discípulos inmediatos suyos.

3 En tiempos de Platón era usual distinguir entre **doxa** y **epistemè**. La primera fue considerada opinión, creencia, apariencia; imaginación, conjetura. La segunda, era considerada: ciencia, arte, saber, habilidad, ingenio. Conocimiento científico, conocimiento verdadero.

años fundó la ACADEMIA, primera escuela filosófica organizada con un plan pedagógico; en ella explicó durante 20 años los más diversos temas como filosofía, matemática, astronomía, zoología y otros. Platón nos enseñó acerca de la necesidad de lograr que el maestro exponga sus ideas y el alumno aprenda por sí mismo, porque aquello que aprende por sí mismo no se olvida nunca. Igualmente, Arquímides, precursor del espíritu científico moderno fue más lejos al proclamar: **¡dadme una palanca y moveré el mundo!** Con ello –escribe Aranzamendi- quería explicar que el conocimiento de la naturaleza nos suministra poder suficiente para dominarla (2008, 15).

Aristóteles (384 – 322 a de C), fundó su propia escuela, el *Liceo*, que al principio tuvo características similares al de la academia, pero que con los años se convirtió en un círculo cultural. Sobre la **episteme** dijo que es una "forma de saber y alcanzar la verdad, hacia la que todos los hombres tienden por naturaleza y por virtud". Aristóteles, contribuyó con muchas investigaciones científicas a la humanidad[4].

En tesis sumaria, en el periodo clásico, los griegos consideran a la categoría **episteme** como la "actividad humana que hizo brotar el conocimiento científico, junto a una preocupación humanizante".

Hasta mediados del siglo XX- señala Mario Bunge- observamos una serie de ideas y conceptos epistemológicos de carácter histórico, en los que la epistemología aparece como una "rama de la filosofía que estudia la investigación científica y su producto, el conocimiento científico". Así, la epistemología resulta ser una mera hoja del árbol de la filosofía hace un siglo, la epistemología es hoy una "rama importante del mismo".

Evidentemente – prosigue Bunge - una definición que consideraba a la epistemología como brote o rama de la filosofía, o como un capítulo de la gnoseología o teoría del conocimiento, resultaba menesterosa y necesitada. Igualmente, se resalta la carencia de cátedras, revistas, congresos y sociedades en este campo; todo lo cual afectó el avance de la epistemología en el mundo; y en especial, en nuestro Continente.

---

4 Sus clases las daba a sus alumnos en los jardines, al aire libre y en constante movimiento, por lo que sus discípulos tenían que seguirlo para poder escuchar las lecciones.

Felizmente, hoy en día la situación anotada ha sido revertida porque se han fundado varias cátedras, revistas, organizaciones especializadas (academias, sociedades y asociaciones científicas, etc.), así como también se han celebrado varios certámenes de epistemología.

¿QUÉ ES Y PARA QUE SIRVE LA EPISTEMOLOGÍA?

Hoy en día, el mismo Bunge, afirma que la epistemología[5] se ha convertido, en un área importante de la filosofía, tanto conceptual como profesionalmente; y siendo así, vale la pena averiguar qué es y para qué sirve o podría servir. Previamente, conviene referir que de los cuatro periodos de evolución que tiene la epistemología: el clásico, de la profesionalización (con el círculo de Viena), de decadencia, y renacimiento o revolución epistemológica, es éste último el más importante, porque se ve que la epistemología responde a la necesidad del pensar y comprender que se puede y debe hacer una epistemología útil para la ciencia y para la sociedad. En verdad, una epistemología será realmente útil a la ciencia y la sociedad si es que: 1. Concierne a la ciencia propiamente dicha, no a la imagen pueril y a veces hasta caricaturesca tomada de libros de textos elementales; 2. Se ocupa de problemas filosóficos que se presentan de hecho en el curso de la investigación científica o en la reflexión acerca de los problemas, métodos y teorías de la ciencia, en lugar de problemitas fantasma; 3. Propone soluciones claras a tales problemas, en particular soluciones consistentes en teorías rigurosas e inteligibles, así como adecuadas a la realidad de la investigación científica, en lugar de teorías confusas o inadecuadas a la experiencia científica; 4. Es capaz de distinguir la ciencia auténtica de la seudociencia; la investigación científica, de la superficial; la búsqueda de la verdad, de la búsqueda del pan de cada día; 5. Es capaz de criticar programas y aún resultados erróneos, así como de sugerir nuevos enfoques promisorios.

2.- EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Al respecto a la epistemología jurídica, Aranzamendi, afirma: "aunque la epistemología se ocupa de temas globales del universo y el conocimiento científico con una dimensión holística, es claro que se hace evidente la existencia de

5 Según el Diccionario de la Lengua Española, la voz **epistemología** deriva de las raíces griegas: **episteme** que significa conocimiento y **logía** que quiere decir estudio

epistemologías regionales o epistemologías disciplinares, construidas desde las necesidades propias de cada ciencia específica y a partir de un sistema de conocimiento de la misma. Luego –añade- al investigador del derecho le interesa el estudio de la segunda, en particular, lo referente al estudio de la epistemología jurídica, como sustento del conocimiento de la ciencia del Derecho, asimismo, el estudio de los hechos o fenómenos de relevancia jurídica y social. En este caso, el objeto de la epistemología jurídica, es el estudio del significado, contenido, alcances, límites, métodos, orientaciones y expresiones de la cientificidad del Derecho. Es en este sentido que la epistemología jurídica se la considera como "una parte de la teoría de la ciencia jurídica donde se tratan los temas que se refieren a la cientificidad jurídica y sus formas." Entre tanto –el precitado autor – también arguye que la epistemología en tanto reflexión sobre el conocimiento científico del Derecho, trata de dilucidar si este conocimiento es posible científicamente y cómo se acredita como tal. En el área de la investigación jurídica estudia los métodos de producción y validación de las teorías y orientaciones epistemológicas que construyen el sistema jurídico en particular o en general. Por último – refiere – que la epistemología permite la reflexión filosófica-jurídica sobre el conocimiento del Derecho. La epistemología jurídica es también un procedimiento metodológico que permite conocer, descubrir, desarrollar, interpretar o transformar el conocimiento sobre el Derecho[6].

3.- CIENCIA E INVESTIGACIÓN JURÍDICA

En verdad, el mayor reto de la investigación, no está tanto en definir claramente su concepto sino en el cómo investigar de un modo adecuado y pertinente. Las mejores ideas del educando pueden quedarse en el tintero, de no contar con la ayuda metódica, oportuna, que sea capaz de enseñarnos la aplicación del método científico que facilite el desarrollo de la investigación[7]. Sin embargo, se concibe a la investigación como un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno o problema[8].

---

6 **Lino ARISMENDI.** Epistemología, páginas 45-46.

7 Es una palabra latina que deriva del verbo **investigare** que quiere decir: "seguir la pista", "inquirir, "indagar"

8 Hernández Sampieri. Metodología de la Investigación, página 4

Señala Aranzamendi que todo lo referido al Derecho, al sistema jurídico u ordenamiento jurídico se denomina ciencia jurídica, epistemología jurídica, doctrina jurídica, jurisprudencia, etc. Los romanos, a la ciencia del Derecho la denominaron jurisprudencia[9]. Para diferenciar la filosofía del Derecho de la ciencia del Derecho, a esta última se le denomina también ciencia jurídica. La ciencia del Derecho se ocupa principalmente, aunque no de forma exclusiva, de la dimensión normativa del Derecho y de los problemas relacionados con la estructura del Derecho. Es más señala también el referido autor que la ciencia del Derecho tiene como zona central de trabajo al Derecho vigente (formalmente válida) desde un punto de vista interno: conceptuación, sistematización, análisis, interpretación, aplicación, etc. Como ciencia ha centrado principalmente su dimensión estructural, en el análisis de los elementos que la integran, en las relaciones entre los mismos y el estudio del conjunto de los elementos, coherentemente interrelacionados en lo que constituyen la norma jurídica.

Una misión de la universidad es la formación de sus alumnos en la investigación científica, misión que tiene su máxima expresión en los estudios doctorales. Mario Tamayo y Tamayo, en su Diccionario de la Investigación Científica[10], señala que "este proceso formal, sistemático e intensivo de llevar a cabo el método científico del análisis; es decir, un procedimiento reflexivo, sistemático, controlado y crítico, que permite describir nuevos hechos o datos, relaciones o leyes, en cualquier campo del conocimiento humano". Diríamos que la investigación responde a un permanente afán del ser humano por conocerse a si mismo y observar el medio en que vive, penetrando en los hechos o fenómenos que lo rodean. A su vez, actúa como sujeto cognoscente, hace uso de su capacidad cognitiva, indaga los objetos y percibe que el universo no es igual u homogéneo sino múltiple y heterogéneo en el plano natural, social e individual. Vive así en constante asombro, inquietud, y admiración: he ahí el origen de la investigación.

---

9 Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia, cuya traducción es. La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto. Ver la obra Cuerpo del Derecho Civil Romano, de Ildefonso L. García del Corral. Tomo Primero. Primera Parte Instituta-Digesto. Jaime Molinas, editor. Barcelona España; 1880, página 5

10 Tamayo y Tamayo, Mario. Diccionario de la investigación científica. Editorial LIMUSA; 1ra edición. México; 1988. Pág. 129.

El Derecho como Saber Científico

La ciencia jurídica, como saber científico, se inicia en Europa a comienzos del Siglo XIX y tiene tres grandes centros de desarrollo: Alemania, Francia e Inglaterra. Ahí surgieron y desarrollaron las corrientes más importantes: Escuela histórica, Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia Analítica[1]. Estas tres corrientes tuvieron preeminencia en el pensamiento jurídico y, a pesar de ser claramente diferentes entre sí todas tienen en común algo muy importante: el único derecho es el derecho positivo[11]. Sin embargo, más allá del Derecho simplemente positivo, en esencia está constituido por normas, hechos, valores o por actitudes psicológicas, o por una combinación entre esos elementos.

Al Derecho como saber científico, juristas y epistemólogos, lo ubican en el mundo de los objetos culturales, perteneciente al campo de la cultura, y, por ende, significa que posee un sentido, un contenido valioso y debe ser comprendido como fenómeno espiritual. El Derecho como cultura es lo que el hombre ha hecho según valoraciones, o conforme al positivismo el Derecho es una ciencia de objetos reales. Savigny, afirmaba que el Derecho está en la experiencia, es algo real que se da en la historia, en el espacio. En todos los casos, la innegable presencia del Derecho como ciencia ha dependido en gran medida del objeto y fenómenos de estudio, de sus características, su coherencia lógica, su capacidad explicativa, argumentativa e interpretativa, los métodos y técnicas para resolver problemas. Todo ello le otorgó objetividad y legitimidad al conocimiento jurídico y aceptación en la comunidad científica.

Sin embargo, han existido controversias con respecto a sus alcances y límites epistemológicos, caso de los métodos apropiados para su estudio, insuficiencia creadora e inventiva de nuevos conocimientos materiales, en su falta de verificación científica, etc. En este caso, se considera que la ciencia no solamente resulta importante en el plano de los aportes científicos materiales. La ciencia[12] es importante porque modela, modifica, interpreta, regula y desarro-

11 Véase el interesante estudio sobre el positivismo jurídico de García Figueroa, consignado por Francisco Carruitero, en el libro Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica, página 100

12 El ideal de la ciencia –escribe Tamayo- es la sistematización, es decir, el logro de una interconexión sistemática de los hechos; ya que las proposiciones aisladas no constituyen una ciencia, es necesaria la integración.

lla valores espirituales del hombre, resultando productos culturales, caso de la justicia, equidad, igualdad, la ponderación, la proporcionalidad, etc. Lograr la credibilidad del Derecho como ciencia significa hacer una buena ciencia jurídica. Buena ciencia significa construir – no descubrir – un Derecho oportuno, fiable, útil, pertinente y con valores.

4.- MITOS DE LA INVESTIGACIÓN

Al respecto Hernández Sampieri y otros autores indican dos mitos antiguos en torno a la investigación científica. Diríamos que el primero refiere a que la investigación es sumamente complicada y difícil. Durante años, algunas personas han dicho que la investigación es muy complicada, difícil, exclusiva para personas de edad avanzada. Otros siguen afirmando que la investigación es propia de mentes privilegiadas; incluso un asunto de "genios". Sin embargo, la investigación no es nada de esto. La verdad es que no resulta tan intrincada ni difícil. Cualquier ser humano puede hacer investigación y realizarla correctamente, si aplica rigurosamente el proceso correspondiente. En cuanto al segundo mito de que la investigación no está vinculada al mundo cotidiano, a la realidad; diríamos que hay alumnos que piensan que la investigación científica es algo que no tiene relación con la realidad de la vida diaria. Otros alumnos estiman que es "algo" que solamente se acostumbra hacer en centros muy especializados tal por ejemplo los institutos de investigación, cuyos nombres son largos y complicados.

Estamos de acuerdo con Hernández Sampieri cuando señala que gracias a la investigación se obtiene muchas cosas, tal por ejemplo, la solución de asuntos jurídicos; generación de procesos comerciales, industriales, y desarrollo organizacional que mejoran el desarrollo de los pueblos.. También por medio de la investigación se abordan temas como las relaciones interpersonales: audiencias, conciliaciones, arbitrajes, etc. Además, se afrontan situaciones como la violencia social y familiar, teletrabajo, teleducación, feminicidios, sicariato, corrupción, etc. Amén de otros problemas como elecciones municipales y regionales, congresales y presidenciales, marketing social y político, etc

En cuanto a la segunda preocupación enfatizamos que un egresado o egresada carente de conocimientos de investigación se encontrará en desven-

taja frente a otros colegas de su misma institución y de otras universidades o equivalentes en todo el mundo por cuanto las instituciones educativas buscan diferenciar sus alumnos del resto y por ello hacen un mayor énfasis en la investigación con el fin de formar mejor a sus estudiantes y prepararlos para ser más competitivos. No saber métodos de investigación implicará rezagarse, asimismo, hoy en día no es posible concebir a una amplia gama de trabajos sin mencionar la investigación. ¿Nos podemos imaginar a un gerente de mercadotecnia en cuya área no se efectúe investigación de mercados? ¿Cómo sabrán sus ejecutivos lo que sus clientes quieren?, ¿Cómo conocerían su posición en el mercado?. Realizan investigación por lo menos para estar al tanto de sus niveles de ventas y participación en el mercado.

5.- LO CUANTITATIVO Y LO CUALITATIVO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Son varios los autores de hoy, y entre ellos Hernández Sampieri, quienes sostienen que a lo largo de la historia de la ciencia han surgido diversas corrientes de pensamiento que han abierto diferentes rutas en la búsqueda del conocimiento; sin embargo, y debido a las diferentes premisas que la sustentan, tales corrientes se han polarizado en dos aproximaciones o vertientes principales: que son el enfoque cuantitativo y el enfoque cualitativo.

Tales enfoques o vertientes emplean procesos cuidadosos, metódicos y empíricos en su afán de generar conocimiento, por lo que la definición arriba anotada, se aplica a los dos igualmente. En términos generales, estos modelos aunque utilizan las mismas estrategias; sin embargo, cada una tiene sus propias características.

Vertiente o Enfoque Cuantitativo

El enfoque o vertiente cuantitativa es secuencial y probatoria; es decir, cada fase precede a la siguiente y no se puede "saltar" a la subsiguiente. El orden es riguroso; parte de una idea y, una vez delimitada, se derivan objetivos y preguntas de investigación, se revisa la bibliografía, se prepara un marco o una perspectiva teórica. De las preguntas nacen las hipótesis y se determinan las variables. Asimismo, se traza un plan para probarlas (diseño); se miden las variables, se analizan las mediciones obtenidas utilizándose los métodos estadísticos, y se extraen las conclusiones respecto de la hipótesis.

El profesor Hernández Sampieri y otros autores, exponen que una de las características del enfoque cuantitativo es reflejar la necesidad de medir y estimar magnitudes de los fenómenos o problemas de investigación. Otra característica consiste en que el investigador plantea un problema de estudio delimitado y concreto sobre el fenómeno estudiado. Sus preguntas de investigación versan sobre cuestiones específicas. Una tercera característica señala que una vez planteado el problema de estudio el investigador o investigadora considera lo que se ha investigado anteriormente (la revisión de la literatura) y construye un marco teórico (la teoría que habrá de guiar su estudio), del cual deriva una o varias hipótesis (cuestiones que va a examinar si son ciertas o no) y las somete a prueba mediante el empleo de los diseños de investigación apropiados. Si los resultados corroboran las hipótesis o son congruentes con éstas, se aporta evidencia a su favor. Si se refutan, se descartan en busca de mejores explicaciones y nuevas hipótesis. La cuarta característica advierte que en los inicios de la investigación las hipótesis, no son tales, sino simples "creencias" que se generan antes de recolectar y analizar los datos. La quinta característica, indica que la recopilación de datos se fundamenta con la medición (porque se miden las variables contenidas en las hipótesis). Esta recopilación se efectúa al utilizar procedimientos estandarizados y aceptados por una comunidad científica. Para que una investigación sea creíble y aceptada por otros investigadores, debe demostrarse que se siguieron tales procedimientos. Como en este enfoque se pretende medir, los fenómenos estudiados deben poder observarse o referirse al "mundo real". La sexta característica refiere que debido a que los datos son producto de mediciones, se representan mediante números (cantidades) y se deben analizar con métodos estadísticos. La séptima característica muestra que en el proceso se trata de tener el mayor control para lograr que otras posibles explicaciones, distintas o "rivales" a la propuesta del estudio (hipótesis), se desechen y se excluya la incertidumbre y minimice el error. La octava característica dice que el análisis cuantitativo se interpreta a la luz de las predicciones iniciales (hipótesis) y de estudios previos (teoría). La interpretación constituye una explicación de cómo los resultados encajan en el conocimiento existente.

Enfoque o Vertiente Cualitativa

El enfoque o vertiente cualitativa se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis **preceda** a la recolección y el análisis de los datos

(como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante y después de la recolección y el análisis de los datos. Con frecuencia, estas actividades sirven, primero, para descubrir cuáles son las preguntas de investigación más importantes; y después para perfeccionarlas y responderlas. La acción indagatoria se mueve de manera dinámica en ambos sentidos: entre los hechos y su interpretación, y resulta un proceso más bien "circular" en el que la secuencia no siempre es la misma, pues varía con cada estudio.

Aunque ciertamente hay una revisión inicial de la literatura, esta puede complementarse en cualquier etapa del estudio y apoyar desde el planteamiento del problema hasta la elaboración. En la investigación cualitativa a veces es necesario regresar a etapas previas.

Características que posee el enfoque cualitativo de investigación

El mismo profesor Hernández Sampieri afirma que una de las características de esta **vertiente o enfoque es que el investigador o investigadora** plantea un problema, pero no sigue un proceso definido claramente. Sus planteamientos iniciales no son tan específicos como en el enfoque cuantitativo y las preguntas de investigación no siempre se han conceptualizado ni definido por completo. **Una segunda** característica está dada en la búsqueda cualitativa, en lugar de iniciar con una teoría y luego "voltear" al mundo empírico para confirmar si ésta es apoyada por los datos y resultados, el investigador comienza examinando los hechos en sí y en el proceso desarrolla una teoría coherente para representar lo que observa, Dicho de otra forma, las investigaciones cualitativas se basan más en la lógica y proceso inductivo, explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas. Van de lo particular a lo general. Por ejemplo, en un estudio cualitativo típico, el investigador entrevista a una persona, analiza los datos que obtuvo y saca conclusiones; posteriormente, entrevista a otra persona, analiza esta nueva información y revisa sus resultados, y conclusiones; del mismo modo, efectúa y analiza más entrevistas para comprender el fenómeno que estudia. Es decir, procede caso por caso, dato por dato, hasta llegar a una perspectiva más general. Una **tercera** característica refiere que en la mayoría de los estudios cualitativos no se prueban hipótesis, sino que se generan durante el proceso y se perfeccionan conforme se recaban más datos;

son un resultado del estudio. La cuarta característica anuncia que el enfoque se basa en métodos de recolección de datos no estandarizados ni predeterminados completamente. Tal recolección consiste en obtener las perspectivas y puntos de vista de los participantes (sus emociones, prioridades, significados y otros aspectos más bien subjetivos). También resulta de interés las interacciones entre individuos, grupos y colectividades. El investigador hace preguntas más abiertas, recaba datos expresados a través del lenguaje escrito, verbal y no verbal, así como visual, los cuales describe, analiza y convierte en temas que vincula y reconoce sus tendencias personales. Debido a ello, la preocupación directa del investigador se concentra en las vivencias de los participantes tal como fueron (o son) sentidas y experimentadas. La quinta característica avisa que el investigador cualitativo utiliza técnicas para recoger datos, como la observación no estructurada, entrevistas abiertas, revisión de documentos, discusión en grupos, evaluación de experiencias personales, registro de historias de vida e interacción e Introspección con grupos y comunidades. La sexta característica indica que el proceso de indagación es más flexible y se mueve entre las **respuestas** y desarrollo de las teorías. Su propósito es "reconstruir" la realidad, tal como la observan los actores de un sistema social definido previamente. **Es holístico porque se precia** de considerar el "todo" sin reducirlo al estudio de las partes. La séptima caracteristica apunta que la aproximación cualitativa evalúa el desarrollo natural de los sucesos, es decir, no hay manipulación ni estimulación de la realidad.

6.- CONCIENCIA DE UNA INVESTIGACIÓN ÉTICA

Se ha dicho que los principales propósitos de la investigación científica son: acudir en busca de lo desconocido, nuevo e imprevisto; plantear y solucionar los más heterogéneos y múltiples problemas y perseguir sistemáticamente el desarrollo de la técnica de pensar.

En este mismo sentido, Bunge refiere que "el blanco primario de la investigación científica es pues, el progreso del conocimiento"[13].

13 BUNGE, Mario. la investigación científica. Editorial Ariel. Barcelona. Pág. 44.
* ARISTA, Gildomero. Ob.cit. Pág. 45.

Se trata de una "búsqueda altruista", profundamente desinteresada de las utilidades o ventajas inmediatas que pudiera reportar la satisfacción del "ansia de conocer, de saciar la curiosidad o situaciones parecidas".

En todo momento ha sido nuestro anhelo educar para el compromiso social y político. Nada más lejos de nosotros que la simple contemplación o el juicio ético aséptico y a la distancia; quien lea y estudie con detenimiento estas líneas observará la opción y el compromiso social y político nuestro y el ánimo de que se transmita a los alumnos con ese mismo ímpetu. Nuestra intención entraña la exigencia de brindar la enseñanza de una investigación de calidad académica e interés nacional, eficiente en la solución de problemas, obteniendo los mejores resultados en relación a los recursos invertidos y se procura el liderazgo de un alumno competitivo, líder en los aspectos cualitativos en el mercado ocupacional. Es tiempo ya de recupera los espacios perdidos merced a la negligencia o irresponsabilidad de los mismos actores de la vida universitaria. Por eso, seguimos en lo posible los valores impartidos por la Universidad en cuanto a los valores de responsabilidad, compromiso y ética. Responsabilidad en cuanto a la observancia en el sentido de preocupación haciendo lo que corresponde hacer y justificando debidamente las acciones pertinentes. Compromiso, en cuanto al respeto que debemos a San Marcos como universidad abierta al futuro bajo los principios de lo que siempre fue: universidad democrática, responsable y verdadera. Y ética por cuanto aseguramos el respeto a las normas científicas y se promueve el uso de procedimientos y mecanismos éticamente adecuados para mejorar la investigación.

Las investigaciones por su esencia, deben estar dirigidas al servicio y beneficio de la comunidad, así como también a lograr un más alto nivel de vida; sin embargo, hemos sido testigos como muchas investigaciones lejos de proporcionar un beneficio han estado y están dirigidas lamentablemente hacia la destrucción, hecho reprochable que atenta contra todo tipo de vida que afecta a la colectividad.

Fatídicamente, la guerra y todo sistema de opresión alientan grandemente la investigación y son las primeras en utilizar sus logros no precisamente con criterio positivo, sino para aumentar dominios irracionales. "En este caso, el uso de los resultados de la ciencia y su aplicación, esta sujeto a criterios que

lindan con una escala diferente de valores morales. La responsabilidad puede acercarse a la conciencia del científico, tal como un remordimiento hondo caló el espíritu de **Einstein** al entrever los cercanos y desastrosos resultados de la bomba atómica que recogía los frutos de la creación científica, en la que participó entusiastamente, ajeno a la utilización fratricida. Sin embargo, las decisiones del buen o mal empleo de la investigación, a veces visiblemente, escapan ya al poder y opción del científico. Básicamente, otros serán principalmente los responsables, como los políticos y quienes, detrás de ellos, se sitúan a la expectativa para sacar ganancia y acrecentar cualquier imperio, sea económico, territorial, etc.".

Dado que la ciencia y sus aplicaciones técnicas ocupan en el mundo actual una posición cada vez más absorbente como fuente de información y base de la actuación del hombre, puede deducirse fácilmente la importancia excepcional de la Investigación científica para la humanidad en su conjunto; y, en particular, para todos aquellos países que no quieren quedarse rezagados en la marcha de la civilización. Vivimos en un mundo dominado crecientemente por la ciencia y la técnica. La investigación científica es el motor que sostiene e impulsa a ambas.

La investigación, como elemento indispensable de la existencia humana en este siglo, constituye fuente de la riqueza de la ciencia. Los éxitos y los fracasos de la investigación tienen repercusión inevitable en el estado de los conocimientos científicos. Fuera de la investigación, la ciencia es nada. Por la investigación la ciencia conoce de los rasgos y de las vicisitudes propias de los hombres que la forjan.

Para la sociedad, la ciencia es un instrumento valioso que, entre otras funciones, sirve para la producción de bienes y servicios especializados y hasta masificados.

A lo largo de la historia de los pueblos, la investigación desde sus formas más elementales y tentativas hasta su actual sofisticación, contribuyó con el desarrollo del trabajo y se vinculó con sus exigencias y necesarias.

Debo poner fin a estas líneas exponiendo dos pensamientos, uno moderno y otro no muy antiguo. El primero, de Ramiro Ezcurra, y que a la letra dice: "necesitamos un modelo, un plan estratégico para la Universidad. También necesitamos un modelo educativo, así como la participación de todos para construir la Universidad, una universidad transdisciplinaria, abierta, descentralizada, cooperante y participativa, al igual que libre, virtual, dinámica y de excelencia". Y el segundo pensamiento, de Rizieri Frondizi que indica lo siguiente: "Creo, sin embargo, que postergar la investigación científica y el fortalecimiento de la enseñanza superior, hasta que se hayan resuelto los problemas políticos, económicos y sociales, es poner el carro delante de los caballos".

7.- UTILIDAD Y NECESIDAD DE APRENDER A INVESTIGAR

Como creemos haber hablado suficientemente sobre la investigación, aquí no queda más que hablar de la utilidad y necesidad de aprender a investigar desde los primeros días de clase. En verdad, si es que queremos entender hoy lo que es la investigación científica es indispensable conocer previamente no solo las orientaciones epistemológicas, sino también los procesos de la investigación cuantitativa y la investigación cualitativa; así como también es conveniente comprender la conciencia de una investigación ética.

Igualmente, es muy importante inculcar a los estudiantes el valor que representa obtener nuevos conocimientos por medio de la investigación científica, lo mismo que un pensamiento crítico y lógico, etc. Pensamos también y estamos de acuerdo con lo dicho por Sampieri, que la investigación es muy útil no sólo para crear nuevos sistemas, servicios o productos, sino también para resolver problemas de toda índole; así también ubicar mercados, diseñar soluciones y hasta evaluar si hemos hecho algo correctamente o no (...) Además, el mismo autor sostiene que cuanto más investigación se genere, más progreso existe; ya se trate un bloque de naciones, un país, una región, una ciudad, una comunidad, una empresa, un grupo o un individuo. No en vano las mejores compañías del mundo son las que más invierten en investigación. Por ello, los profesores y estudiantes debemos arriesgarnos todos los días a realizar la aventura de la investigación: Sólo nos queda hacerla pronto.

CONCLUSIONES

1. **Sócrates,** filósofo griego, decía: "solo sé que nada sé" afirmando que debemos ser conscientes de nuestras limitaciones y tener la posibilidad de expandir el nivel de conciencia y autoconocimiento para superarnos. Además, anunciaba que la finalidad de la búsqueda del conocimiento auténtico, no era el saber por el saber, el saber teórico, sino la techné o saber práctico, que tiene una utilidad para el hombre;

2. Asimismo, el divino Platón, discípulo de Sócrates, nos enseñó acerca de la necesidad de lograr que el maestro exponga sus ideas y el alumno aprenda por sí mismo, porque aquello que aprende por sí mismo no se olvida nunca; y Aristóteles dijo que la **episteme** es una "forma de saber y alcanzar la verdad, hacia la que todos los hombres tienden por naturaleza y por virtud".

3. Evidentemente, se observa que las antiguas definiciones consideraba a la epistemología como una disciplina retrasada, carente de revistas y congresos en este campo. Hoy, tal situación ha sido revertida porque se han fundado varias cátedras, revistas, organizaciones especializadas y se han celebrado varios certámenes internacionales, en los que se ve que la epistemología responde a la necesidad del pensar y comprender que se puede y debe hacer una epistemología útil para la ciencia y para la sociedad. Es útil porque aborda asuntos y problemas que conciernen a la ciencia propiamente dicha; asimismo, se ocupa de problemas filosóficos que se presentan de hecho en el curso de la investigación científica

4. El objeto de la epistemología jurídica, es el estudio del significado, contenido, alcances, límites, métodos, orientaciones y expresiones de la cientificidad del Derecho. Es en este sentido que la epistemología jurídica se la considera como "una parte de la teoría de la ciencia jurídica donde se tratan los temas que se refieren a la cientificidad jurídica y sus formas

5. En el área de la investigación jurídica la epistemología estudia los métodos de producción y validación de las teorías y orientaciones epistemológicas que construyen el sistema jurídico en particular o en general. Aborda también la reflexión filosófica-jurídica sobre el conocimiento del Derecho. La epistemología jurídica es también un procedimiento metodológico que

permite conocer, descubrir, desarrollar, interpretar o transformar el conocimiento sobre el Derecho.

6. El mayor reto de la investigación, no está tanto en definir claramente su concepto sino en el cómo investigar de un modo adecuado y pertinente. Las mejores ideas del educando pueden quedarse en el tintero, de no contar con la ayuda metódica, oportuna, que sea capaz de enseñarnos la aplicación del método científico que facilite el desarrollo de la investigación. Sin embargo, se concibe a la investigación como un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno o problema

7. La ciencia del Derecho se ocupa principalmente, aunque no de forma exclusiva, de la dimensión normativa del Derecho y de los problemas relacionados con la estructura del Derecho. Es más, se afirma que la ciencia del Derecho tiene como zona central de trabajo al Derecho vigente (formalmente válido) desde un punto de vista interno: conceptuación, sistematización, análisis, interpretación, aplicación, etc.

8. Evidentemente, la innegable presencia del Derecho como ciencia ha dependido en gran medida del objeto y fenómenos de estudio, de sus características, su coherencia lógica, su capacidad explicativa, argumentativa e interpretativa, los métodos y técnicas para resolver problemas. Todo ello le otorgó objetividad y legitimidad al conocimiento jurídico y aceptación en la comunidad científica.

9. La ciencia no solamente resulta importante en el plano de los aportes científicos materiales. La ciencia es importante porque modela, modifica, interpreta, regula y desarrolla valores espirituales del hombre, resultando productos culturales, caso de la justicia, equidad, igualdad, la ponderación, la proporcionalidad, etc. Lograr la credibilidad del Derecho como ciencia significa hacer una buena ciencia jurídica. Buena ciencia significa construir – no descubrir – un Derecho oportuno, fiable, útil, pertinente y con valores.

10. Se ha dicho, erróneamente, que la investigación científica es muy complicada, difícil y exclusiva para personas de edad avanzada. Igualmente, se afirma que la investigación es propia de mentes privilegiadas; incluso un asunto de "genios". Sin embargo, la investigación no es nada de esto. La

verdad es que no resulta tan intrincada ni difícil. Cualquier ser humano puede hacer investigación y realizarla correctamente.

11. Por la investigación se obtienen muchas cosas, tal por ejemplo, la solución de asuntos jurídicos, generación de procesos comerciales, industriales y desarrollo organizacional que mejoran el desarrollo de los pueblos. También por medio de la investigación se abordan temas como las relaciones interpersonales: sesiones de trabajadores y empresarios, audiencias, conciliaciones, arbitrajes, etc. Además, se afrontan situaciones como la violencia social y familiar, teletrabajo, teleducación, flexibilización, mooving laboral, feminicidios, sicariato, corrupción, etc. Amén de otros problemas como elecciones municipales y regionales, congresales, presidenciales, etc.

12. A lo largo de la historia de la ciencia han surgido diversas corrientes de pensamiento que han abierto diferentes rutas en la búsqueda del conocimiento; sin embargo, y debido a las diferentes premisas que la sustentan, tales corrientes se han polarizado en dos aproximaciones o vertientes principales, que son el enfoque cuantitativo y el enfoque cualitativo

13. El enfoque o vertiente cuantitativa es secuencial y probatoria; es decir, cada fase precede a la siguiente y no se puede "saltar" a la subsiguiente. El orden es riguroso; parte de una idea y, una vez delimitada, se derivan objetivos y preguntas de investigación, se revisa la bibliografía, se prepara un marco o una perspectiva teórica. De las preguntas nacen las hipótesis y se determinan las variables. Asimismo, se traza un plan para probarlas (diseño); se miden las variables, se analizan las mediciones obtenidas utilizándose los métodos estadísticos, y se extraen las conclusiones respecto de la hipótesis.

14. El enfoque o vertiente cualitativa se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis **preceda** a la recolección y el análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante y después de la recolección y el análisis de los datos. Con frecuencia, estas actividades sirven, primero, para descubrir cuáles son las preguntas de investigación más importantes; y después para perfeccionarlas y responderlas. La acción indagatoria se mueve de manera dinámica en ambos

sentidos: entre los hechos y su interpretación, y resulta un proceso más bien "circular" en el que la secuencia no siempre es la misma, pues varía con cada estudio.

15. Es importante inculcar a los estudiantes el valor que representa obtener nuevos conocimientos por medio de la investigación científica, sin olvidar que ella es muy útil no sólo para crear nuevos sistemas, servicios o productos, sino también para resolver problemas de toda índole; así también ubicar mercados, diseñar soluciones y hasta evaluar si hemos hecho algo correctamente o no. Además, debe tenerse en cuenta que cuanto más investigación se genere, más progreso existe; ya se trate de un bloque de naciones, un país, una región, una ciudad, una comunidad, una empresa, un grupo o un individuo. No en vano las mejores compañías del mundo son las que más invierten en investigación. Por ello, los profesores y estudiantes debemos arriesgarnos todos haciendo investigación: Sólo nos queda hacerla abriendo nuestra propia meta y camino.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

- ALVARADO DE PIEROLA, Carlos. Epistemología. Primera Edición. Editorial Mantaro. Lima-Perú. Junio del 2005, 172 páginas
- ARANZAMENDI, Lino. Epistemología y la Investigación Cualitativa y Cuantitativa en el Derecho. Primera edición. Editorial Adrus S. R. L. Arequipa. Marzo 2008; 184 páginas.
- ARANZAMENDI, Lino. Fundamentos Epistemológicos de la Investigación Básica y Aplicada al Derecho. Editora y Librería Jurídica GRIJLEY E.I.R. L. Lima-Perú. 2011; 200 páginas.
- ARISTA M. Gildomero L. *Metodología de la investigación*. Editorial Albatros; primera edición. Lima; 1980. 206 págs.
- BUNGE, Mario. *La investigación científica*. Editorial Ariel; segunda edición. Barcelona; 1985. 955 págs.
- BUNGE, Mario. *Epistemología. Curso de Actualización. Siglo XXI Editores S.A.* México; 1980. 252; páginas.
- CARRUITERO LECCA, Francisco. Introducción a la Metodología de la Investigación Científica. Primera edición. Ediciones Jurídicas San Bernardo. Lima-Perú; Junio 2014, 414 páginas.

- CERVO, Luiz Amado y otros. *Metodología Científica*. Editorial Mc Graw Hill; primera edición. México; 1997. 137 págs.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. Metodología, Docencia e Investigación Jurídica. Cuarta Edición. Editorial PORRÚA S.A. México. 1995. 446 páginas.
- GARCIA DEL CORRAL, Ildefonso L. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte Instituta-Digesto. Jaime Molinas Editor. Barcelona-España; 1889. 980 páginas.
- GILDOMERO ARISTA M. Metodología de la Investigación. Lima-Perú. 1980. 206 páginas.
- GUEVARA GALVEZ, Bladimiro. Curso Básico de Epistemología. Filosofía y Teoría de la Ciencia. Ediciones Pensamiento y Acción. Lima-Perú. 2002, 260 páginas.
- HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la investigación*. Sexta edición. Editorial Mc Graw Hill. México; 2014; 600 páginas.
- JAEGER Wernes. Paideia: Los Ideales de la Cultura Griega. Primera Edición. Fondo de Cultura Económica. México. 1996. 1147 páginas.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. I Tomo. 22° Edición. Impreso en Gráfica MPS. SRL Buenos Aires Argentina, 2001, 1180 páginas
- RUSSELL Bertrand. Sociedad Humana: Ética y Política. Quinta Edición. Ediciones Cátedra. Madrid-España. 2002. 244 páginas.
- SIERRA BRAVO, Restituto. *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*. Editorial Paraninfo; cuarta edición. Madrid; 1996. 497 páginas.
- SIERRA BRAVO, Restituto. *Ciencias Sociales. Epistemología, Lógica y Metodología. Teoría y Ejercicios*. Editorial Paraninfo; Madrid. España. 1984; 308 páginas
- SOLIS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la investigación jurídico social*. s/e; primera edición. Lima; 1991. 236 págs.
- TAMAYO Y TAMAYO, Mario. *Diccionario de la investigación científica*. Editorial Limusa; primera edición. México; 1984. 242 págs.
- TAMAYO Y TAMAYO, Mario. *El proceso de investigación científica*. Editorial Limusa; segunda edición. México; 1991. 161 págs.
- 11. WHITNEY, Frederick. *Elementos de investigación*. Ediciones Omega; segunda edición. Barcelona; 1963. 395 págs.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Los plazos del control Post adoptivo y principio del interés superior del niño

Dolores Bujanda Gómez
Magister en Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: *I.- Introducción: Análisis y reflexión. II.- Importantes definiciones. III.- Derechos del Niño. IV.- Conclusiones. V.- Propuesta de solución. VI.- Bibliografía.*

I.- INTRODUCCIÓN

Para el hombre siempre ha sido muy importante su trascendencia temporal, de ahí, el objetivo de transmitir a su descendencia, sus posesiones sobre todo las internas y personales, aunque no es una necesidad de todos, la mayoría sí demanda suceder lo que tiene ya sea individual o colectivamente. A partir de esa abstracción se comprende el significado que adquiere la adopción en términos de respuestas sociales a necesidades particulares.

En nuestro país, 31 años después de la proclamación de nuestra Independencia, se habla formalmente de la adopción a través de la formulación de diversas normas, donde se prioriza el bienestar del niño, niña y adolescente adoptado/a, e irrumpe en el derecho contemporáneo culminada la Primera Guerra Mundial, ante la cantidad de niños/as huérfanos/as que dejó la guerra; y es recién posterior a la Segunda Guerra Mundial, que se sustenta en la formulación de un nuevo marco jurídico, que se garantiza la protección al menor dado en adopción.

Luego de avances y retrocesos en materia legislativa, con la incorporación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) en el ordenamiento jurídico se adoptará en 1997 la actual Ley de Adopción, y en el año 2005 la Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño (PIDN), considerándose en nuestros días la Adopción como una acción que prioriza el Interés Superior del Niño, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral.

Hemos de encontrar una serie de antecedentes que explican la evolución del proceso adoptivo como post adoptivo, por ejemplo Alonso **(2009)**, sostiene que la adopción alcanzó un gran desarrollo en Roma, en donde tuvo una doble finalidad: la religiosa, tendiente a la perpetuación del culto familiar, y otra política; destinada a evitar la extinción de la familia romana. Igualmente, según Hernández (2010), la adopción es de origen muy antiguo, con diversos matices y variantes, fue utilizada en numerosos pueblos de la antigüedad, tales como la India, China, Egipto y otros, pero fue en Roma donde alcanzó su máxima importancia.

Según Aulagnier (1975), para que sea investido el futuro, el Yo debe realizar un trabajo de historicidad del tiempo pasado, lo cual llama la autora, proyecto identificatorio, así el sujeto, puede encontrar y entender la causa de lo que fue, es, y espera ser.

La adopción es una institución de protección regulada por el Código Civil de 1936 y de manera especial por el Código de los Niños y Adolescentes, cuyo artículo 115° nos dice que se da bajo la vigilancia del Estado y que establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. Consecuentemente, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia biológica. A través de este acto jurídico voluntario se reputa padre y/o madre e hijo-a a quienes no lo son por naturaleza, produciendo efectos jurídicos análogos a la relación paterno-filial. Por ello, la adopción es solemne y es un acto puro que no está sujeto ni puede dictarse bajo ninguna modalidad.

Sólo el adoptado es quien puede solicitar se deje sin efecto la adopción realizada, al alcanzar la mayoría de edad o cesar su incapacidad, en cuyo caso vuelve a tener plena eficacia la filiación consanguínea.

Esto lleva a Schenone (2008), a esgrimir la tesis de comunicar al adoptado la naturaleza de su filiación, claro está de acuerdo a las recomendaciones y con el asesoramiento de un especialista, ya que todo niño tiene el derecho a conocer quiénes son sus padres y con la finalidad práctica de evitar impedimentos matrimoniales u otras contingencias futuras.

Realizada la adopción en el Perú, el Control post-adoptivo es de tres años para los ciudadanos residentes en nuestro país, y de cuatro años para los ciudadanos residentes en el extranjero, el cual consiste en la supervisión periódica cada seis meses a la casa donde reside el adoptado con su nueva familia, para verificar si se cumple con las condiciones adecuadas de seguridad afectiva, psicológica, cultural y material que requiere el niño, niña y/o adolescente, dado en adopción para su pleno desarrollo y bienestar.

Existen una serie de situaciones que no han sido consideradas al momento de establecer dichos plazos, y poder detectar los riesgos a los que se

encuentran expuestos los niños, niñas y adolescentes dados en adopción, los mismos que se sobredimensionan porque muchas veces provienen de realidades muy difíciles (maltrato físico, psicológico, explotación, abuso sexual, etc.), de los cuales el sistema los ha protegido de acuerdo a las convenciones internacionales de protección al menor.

El análisis y reflexión que merecen los plazos del Control Post Adoptivo establecidos en la norma, dada nuestra realidad devienen en insuficientes para poder garantizar un adecuado control post adoptivo, que garantice la protección de los derechos de los menores dados en adopción, en concordancia con el Principio del Interés Superior del Niño.

II.- IMPORTANTES DEFINICIONES

Son muchas las definiciones que existen en relación a la institución de la adopción dentro de las cuales tenemos:

Según Miranda (2006), etimológicamente adopción proviene de la palabra latina "adoptio" compuesta del prefijo "ad", que significa para, a favor de, y de "optio" cuyo significado es de opción, elección.

Ferri (Omeba, 2002), establece que la adopción es una institución jurídica solemne, y de orden público, le agrega la frase con intervención del poder judicial.

Para Puig (1972), La adopción es una institución en virtud de la cual se establecen entre dos o más personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación, semejante a la filiación legitima.

III.- DERECHOS DEL NIÑO

Etimológicamente, el término "niño" viene del latín *infans* que significa "el que no habla". Los romanos utilizaban este término para designar a las personas desde su nacimiento hasta los siete años de edad.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), señala que "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

Los Derechos de los Niños, son Derechos Humanos, es decir que buscan proteger a los niños como los seres humanos que son. Por tratarse de derechos humanos, los derechos de los infantiles están constituidos por garantías fundamentales y derechos humanos esenciales, que consagran las garantías fundamentales para todos los seres humanos como: el derecho a la vida, el principio de no discriminación y el derecho a la dignidad a través de la protección de la integridad física y mental (protección contra la esclavitud, tortura y malos tratos, etc.)

Según la Convención sobre los Derechos del Niño, en el caso de adopción, siempre se debe tener en cuenta por encima de todo, el bienestar del niño o la niña dado en adopción.

Los Derecho del Niño son derechos humanos específicamente adaptados, que toman en cuenta la fragilidad, las especificidades y las necesidades propias de la edad de los niños, considerando sus necesidades para un desarrollo físico e intelectual apropiados; lo que implica a su vez, la necesidad de brindarles un entorno de protección de acuerdo a su edad y grado de madurez, debiendo ser apoyados, asistidos y protegidos contra la explotación laboral, el secuestro, abuso sexual y maltrato físico y psicológico.

En el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 115° define la Adopción como; "Una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable la relación paterno–filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea".

El artículo 4° de la Constitución, que trata específicamente sobre la familia (que comprende el derecho a vivir en ella), considera a ésta como una institución constitucionalmente protegida antes que como derecho. Sin em-

bargo, algunos artículos constitucionales sí se refieren de manera expresa a algunos aspectos vinculados con la familia como derecho de las personas. (artículo 7°). Asimismo, establece que este derecho persigue como finalidad que los niños, niñas y adolescentes satisfagan sus "necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos los miembros, especialmente los niños".

Este derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes resulta central por tratarse de personas que, en razón de su especial situación de vulnerabilidad, requieren el establecimiento expreso de derechos específicos y una especial protección por parte del Estado, la sociedad y las personas mayores que los tienen bajo su cuidado (la familia, la comunidad, tutores, cuidadores).

El Artículo 21° de la Convención de los Derechos del Niño enuncia lo siguiente:

> Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el Interés Superior del Niño sea la consideración primordial, y de que estén reunidas todas las garantías necesarias para asegurar que la adopción sea admisible así como las autorizaciones de las autoridades competentes.

Meza (2010), afirma que el conocimiento y vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño es fundamental para su defensa. Sostiene que es una necesidad que en todos los países se conozca su contenido para proteger efectivamente a los niños y niñas, en estos días en los que muchos de ellos sufren situaciones de violencia y falta de atención debida en los sectores de la educación y de la salud.

El Interés Superior del Niño, niña o adolescente es uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño. De hecho, ha sido interpretado como el principio "rector-guía" de la misma, lo que significa que con base en él deben entenderse el resto de los derechos reconocidos en la convención.

A partir de su reconocimiento este instrumento internacional ha sido retomado en la mayor parte del marco normativo dirigido a la infancia, tanto del orden internacional como del interno, señalando que todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que su interés superior sea la consideración primordial.

De acuerdo al organismo de las Naciones Unidas (2010), este Principio incluye por una parte el Derecho a la Protección, lo que supone que todo niño, niña o adolescente sea protegido contra toda forma de sufrimiento, abuso o descuido, incluidos el descuido físico, psicológico, mental y emocional; y por la otra, la posibilidad de desarrollarse en forma armoniosa, es decir que tenga derecho a crecer en un ambiente armonioso y con un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Cillero **(1998)**, por su parte, plantea que la noción de Interés Superior es una garantía de que "los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas medidas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen".

IV.- CONCLUSIONES

De lo antes mencionado, se puede colegir que la adopción de niños, niñas y adolescentes declarados en estado de abandono judicial, sigue un arduo y meticuloso proceso sobre todo porque el marco normativo tanto nacional como internacional así lo establece.

El marco normativo que sustenta la adopción y todas sus etapas tienen una data que bordea los treinta años de antigüedad, el más reciente es el correspondiente al Código del Niño y del Adolescente, que procede del año 2000.

Esta investigación surge a partir del análisis acerca de la insuficiencia del Plazo del Control Post Adoptivo, establecido para garantizar la protección y bienestar del niño (a), no en condiciones normales de desarrollo, sino en las situaciones de inestabilidad y riesgo familiar que pueden surgir dentro de una familia con un entorno social, cultural y económico tan inestable como el

nuestro; sobre todo por el tiempo transcurrido entre la dación de las normas y las fechas actuales.

Los organismos internacionales encargados de velar por el bienestar y seguridad del niño, han levantado información diversa sobre las situaciones de peligro más comunes que tienen que enfrentar en condiciones normales los niños, niñas y adolescentes. Las líneas basales acerca de abandono, violencia familiar, abusos sexuales, trata, tráfico, explotación infantil levantadas periódicamente por los organismos de las Naciones Unidas, (Unicef, OIT, OMS, etc.) nos ilustran ampliamente al respecto.

Esta concepción obliga a los Estados a asumir que las necesidades de los niños, son responsabilidad de todos los ciudadanos; que los derechos de los niños son también derechos humanos; y que el Interés Superior del Niño es el bien jurídico a proteger por el Estado, consecuentemente la adopción fue incluida en un marco normativo asociado indesligablemente del Bienestar Superior del Niño y que a partir de ese momento es considerado Principio.

V.- PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Se recomienda que los Plazos de Control Post Adoptivo sean ampliados, tal como ocurre en otros países para garantizar el cumplimiento del Principio del Interés Superior del Niño, ante situaciones que pusieran en riesgo el desarrollo y bienestar de los niños, niñas y adolescentes dados en adopción.

Por consiguiente, se debe proveer a los órganos tutelares los recursos materiales, económicos y legales, para el adecuado cumplimiento de las acciones de Control Post Adoptivo y responder al mandato de la Constitución Política del Perú respecto a la protección del menor dado en adopción.

De igual forma, de debe tener presente modificar el marco normativo, previo análisis y estudio de nuestra realidad, para garantizar la protección de los niños, niñas y adolescentes ante situaciones de riesgo y de abandono.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO Bernal, Alma. (2009) Celeridad en el procedimiento de Adopción Plena en el Código Civil del Estado de Campeche, respecto a menores abandonados o expósitos. Una propuesta de argumentación eficaz. Tesis para obtener el título de Maestría en Derecho Judicial, Poder Judicial del Estado de Campeche. México.
- AGUILAR, Carvallo. Gonzalo. (2008). El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales, Año 6, N°1, pp. 223-247. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. AGUILAR, Carvallo. Gonzalo. (2008). El principio del Interés Superior del Niño (2003) El Interés Superior del Niño: del análisis literal al alcance filosófico. Instituto Internacional de los Derechos del Niño. Children's Rights and Burma, IDE.
- CABANELLAS, Guillermo. y Hoague, E. (2008) Diccionario Jurídico. Editorial Heliasta.
- CALDERON de Buitrago, Anita. y otros. (1995) "Manual de Derecho de Familia", 2a ed., Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador.
- CAPITANT De Palma, Henry. (1978) Vocabulario Jurídico; Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- CÁRDENAS Miranda, Elizalde. (2011) El interés superior del niño, División de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y del Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle.
- CASALINO Sen, Carlota, (2006) De los expósitos protegidos a los expósitos desprotegidos. La transición de la administración colonial al Estado republicano del Perú y sus efectos en grupos vulnerables.
- CHUNGA Lamonja, Fermín. (1999) Código De los Niños y Adolescentes Derecho de Menores, 3° Edición, Editorial y Distribuidora de Libros S.A Lima, Perú.
- CILLERO Bruñol, Miguel. (2009) El interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*. Número 1. UNICEF.
- COLIN y Capitant (1925) Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo 4. Madrid.
- CORNEJO Chávez, Héctor. (1976) "Derecho Familiar Peruano". T. II.

- FERRY, Jhon. (2002) La adopción, Afiliación. Enciclopedia Omeba. Editorial Bibliográfica Argentina.
- GONZÁLEZ, Alonso. (2000) La Adopción. Manual de derecho de familia. Coord. Eduardo Serrano Alonso, Madrid, España, Edisofer, S.L.
- Poder Judicial San José, Costa Rica, Escuela Judicial.
- HERNÁNDEZ, José. (2010) La Adopción en el Perú. Universidad de Ica. Perú
- HINOSTROZA, Minguez, Alberto. (1999) Manual de Derecho de Familia, Editorial San Marcos, Lima-Perú.
- MEZA INGAR, Carmen. (2010) Vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Revista Jurídica "Docentia et Investigatio" Facultad de Derecho U.N.M.S.M. Vol. 12, N° 1 – 09-05-2010. ISSN 1817-3594.
- MEZA INGAR, Carmen. (2011) El Interés Superior del Niño. Revista Jurídica "Docentia et Investigatio" Facultad de Derecho U.N.M.S.M. Vol. 13, N° 2 – 09-12-2011. ISSN 1817-3594.
- MIRANDA, Gonzalo. (2003). La Familia ¿por qué? Jaques Lacan y lo fundamental del Psicoanálisis. Santiago de Chile: Ediciones Ucsh.
- MIRANDA Canales, Manuel. (2006) La adopción en el Código Civil y en el Código de menores en el Perú".
- MIRANDA Corrales, Juan. (1999) La adopción como institución jurídica y medida de protección por excelencia. Pontificia Universidad Javeriana. Santa Fe, Bogotá.
- OMEBA (2002) Derecho Civil, Derecho de Familia. Enciclopedia Jurídica. Editorial Ameba.
- PERALTA Andía, Javier Rolando: "Derecho de Familia en el Código Civil".
- PIERA AULAGNIER, Luis. (1975) La violencia de la Interpretación: de pictograma de declaración. Universidad de Francia - Paris.
- PLANIOL, M. y RIPERT, G. Tratado elemental de Derecho Civil, tomo II. Trad. José Cajica. México, Cárdenas 1998.
- PUIG, F. (1972) Compendio de Derecho Civil Español. Tomo I. Editorial Pirámide. Madrid.
- RIVEROS Alarcón, Nancy. (2008) Actitudes de las Personas Pre-adoptantes hacia las características del niño adoptable en la ciudad de Lima. Tesis. Facultad de Psicología. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Crisis del Derecho

Juan Andía Chávez
Colaborador con la
Revista de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

Un hito en la evolución del Derecho ha sido crear la Ley, aquella norma que consiste en reglas de conducta que la sociedad impone a sus miembros para regular sus interacciones, siendo su competencia natural la interacción de la gente en sociedad más que la vida personal de cada individuo. La finalidad de las leyes mantener la paz, reforzar la moralidad, preservar los derechos naturales, promover el bien común, incrementar el bien de la humanidad, proteger la libertad y hacer progresar la justicia.

Dichas normas se han establecido para procurar a los hombres la mayor utilidad posible. Una ciencia jurídica que busque soluciones injustas o peligrosas sería falsa, iría en contra de su propio objetivo. El método lógico del derecho no puede emplearse aisladamente, debe templarse por consideraciones de utilidad y equidad. Es evidente que debe respetarse los límites para que el juez, que sólo es su intérprete, no sustituya la autoridad de las leyes por su pensamiento personal; pero también debe hacerse algo para que la ley, interpretada mecánicamente, no se vuelva contra su objeto que es el bien social.

Al no alcanzar el bien común en la sociedad surge la crisis, como acto de angustia, hecho que es inaccesible su contenido, indefinible los elementos que lo componen, circunstancia que satura al hombre de arideces y de congojas. La búsqueda de su sentido resulta penosa, insegura y aparece inalcanzable. El arte, la ciencia, la economía, la política, la padecen, y el Derecho la siente tal vez como ninguna otra actividad humana porque su crisis es crisis del individuo, que ha perdido la fe en la ley y no logra la certeza jurídica que anhela para su comportamiento futuro.

Un Derecho que no proporciona seguridad, que no garantiza, con pre ordenamientos fijos y constantemente válidos, la calificación que ha de darse en el porvenir al obrar del hombre, desatiende su función específica y se transforma, en el fondo, en un "no Derecho".

Esa falta de certeza jurídica es hoy la razón capital y dominante de la crisis del Derecho.

La inseguridad proviene, entre otros factores, no de la ausencia de normas, como ocurría en épocas pretéritas, sino de la proliferación de éstas que se acumulan en un frenesí 'por legislar que desvanece la confianza en el Estado;

de tendencias que propugnan la potestad del juez de hacer obra política cuando tiene que decidir una controversia; del creciente debilitamiento del Derecho subjetivo; del obscurecimiento de confines entre derecho privado y derecho público; de haberse quebrantado tantas veces la independencia de los jueces; del descrédito en aumento de la ley como expresión del Derecho y la justicia. Crisis significa mutación importante en el desarrollo de un proceso, de un curso de acontecimientos, de fenómenos, sea tal curso de orden físico, de orden espiritual o moral o de orden histórico; y por extensión, también la situación de un asunto o proceso, cuando está en duda su continuidad modificación o término. Por lógica, semejante situación va acompañada de una sensación de desorientación e inseguridad y por su propia índole suele provocar torpeza en las decisiones en los cambios, en la acción en general.

Las causas fundamentales de la crisis del Derecho son:

1. *Crisis de la cultura tradicional.* En la formación de la vida organizada de la sociedad libre se establecieron normas para crear y mantener las condiciones que defiendan la dignidad del hombre como individuo, fundamento que consiste no sólo en el reconocimiento de sus derechos civiles y políticos sino también en el establecimiento de las condiciones culturales, educacionales y económicas que son esenciales para el completo desarrollo de la persona. Los propósitos de dichas normas fueron cumplir y realizar al máximo aquellos valores, sobre todo los derechos que se consideran básicos para el logro de un orden social justo.

   Pero, a pesar de gozar las bondades del beneficio del avance científico y tecnológico, no se ha logrado alcanzar los objetivos planteados; se ha fracasado en su intento de determinar su propio sentido. En esa crisis de la cultura tradicional aparece arrastrado el Derecho.

2. *Crisis de los valores morales.* Consiste en la postergación del conocimiento de los valores morales, hecho que ha llevado a los hombres a comportamientos antisociales, motivando con dichos actos dolores a sus semejantes y desorden en la sociedad en la que vive. Ha sido importante el aporte que realizaron en este aspecto los principios de la fe católica, pero en un mundo secular como el de ahora ese frente de apoyo

al cumplimiento de las leyes ha venido en descenso. Todo lo contrario ha ocurrido sin embargo con el libre albedrío, que se ha servido del avance científico y cada vez genera más polémica por el uso que se le da -manipulación genética, clonación, vientre de alquiler, etc.-, situaciones que hace una década habrían sido impensables, pues el alcance del conocimiento no lo permitía. Todo esto ha hecho que ahora se mantenga en constante conflicto con los postulados clásicos que se tiene de la moral. Tal como lo sostiene Fernando de Trazegnies, la "moral la define cada individuo". Si sucediera un acto o suceso que me fuera a causar indignación y se merezca una sanción ética o moral desde mi punto de vista -pero más allá no vaya a causarme daño alguno a mi persona, a un tercero o a su propia persona- solo merecerá el reproche social, más no llegara a tener consecuencias jurídicas, por no existir conflicto. Lamentablemente, al abogado le cuesta mucho aceptar este tipo de análisis -sostiene Trazegnies refiriéndose a la propuesta funcionalista del análisis económico del derecho-- porque ha estado acostumbrado a una manera moralista de pensar y, lo que es más grave, se ha creído el sacerdote que cuida y aplica esa moral y el guerrero que la impone contra todo y contra todos. Cuando le dicen que la moral la define cada individuo y que el Derecho se limita a permitir precisamente que cada uno decida lo que es su propio bien y a que pueda lograrlo, los abogados se rasgan las vestiduras y claman blasfemia"[1].

3. *Crisis del Estado actual.* Esta es considerada como la causa fundamental de la crisis del Derecho, por cuanto el Estado asistencial ha generado una sobreproducción legislativa. Con ello ha ocasionado el derrumbamiento del Estado como fuerza creadora de un sistema jurídico con el que el individuo ha visto caer, uno a uno, todos sus valores humanos e incluso los patrimoniales primarios, como consecuencia de la sobrecarga de demandas a las que se ve sometido. La masiva utilización del Derecho como instrumento de la política intervencionista conlleva, inevitablemente, a una hiperproducción de normas: más crece

1 TRAZEGNIES, Fernando de, "Prólogo" al libro de BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra, Lima, 2003, p. 19.

el número de las leyes, más disminuye la posibilidad de su cuidada y equilibrada formación.

La abundancia de las normas provoca un fenómeno de desvalorización del Derecho. La multiplicidad y fugacidad normativa es síntoma de decadencia del ordenamiento jurídico, y quizá de la sociedad misma; un ordenamiento jurídico inestable y confuso resulta caro para el Estado y __ para los ciudadanos: los funcionarios pierden mucho tiempo en buscar normas, y los ciudadanos tienen que acudir a asesores para resolver la más mínima duda, porque no sólo es imposible conocerla con precisión, sino que es difícil saber lo que está vigente en cada momento.

Así, se ha venido observando una hipertrofia legislativa, convertida en un cúmulo salvaje de leyes, que se ha incrementado cada vez más por la concurrencia o entrecruzamiento de distintos ordenamiento s; y el ciudadano se queda perplejo ante esta excesiva proliferación de normas y, aún más, enmudece cuando se entera de que **"la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento"**. La finalidad de este principio es que cada cual pueda saber lo que está prohibido y lo que está permitido, y también que cada cual pueda calcular la consecuencia jurídica de sus actos, un principio que no se cumple en la realidad, por cuanto la verdad es que la mayor parte de los hombres ignora el alcance y aun el contenido de muchas normas jurídicas que son de aplicación constante en la vida. La saturación de normas y, en ocasiones, su desleal instrumentación es como la ausencia o el envejecimiento rápido y estéril de las normas, lo que va crear una situación proclive a la arbitrariedad, dando origen a la crisis de la ley.

Resumiendo esta parte, podemos señalar que la crisis del Derecho se manifiesta (a) cuando la ley ha perdido el papel de guía del sistema, que tradicionalmente le corresponde como fuente primaria por excelencia y (b) cuando ha perdido su preeminencia cualitativa y cuantitativa de su papel tradicional del sistema de fuente de Derecho.

Esta multiplicación de leyes, unida a otros factores que descuidan su adecuada elaboración, ha venido provocando una considerable pérdida de

calidad de las normas, tanto en su técnica como en su coherencia sistemática; lo mismo ocurre con su contenido ordenador, ya que se genera el peligro de las lagunas jurídicas. Este gran número de disposiciones carecen de técnica jurídica y están plagadas de casuismos oportunistas y asistemáticos, a los que es casi imposible interpretar metódica y científicamente, porque son dictadas por influencias del factor político circunstancial. Entonces la ley se convierte simplemente en la expresión de la voluntad de una mayoría de parlamentarios o grupos -políticos, quienes luchan por sus intereses ante la indiferencia general, o para salir con urgencia del paso, buscando captar adhesiones de los ciudadanos, más que para regular con equidad y convicción la realidad social. Se percibe, pues, un descuido en la aplicación de la doctrina y en la decisión política acerca de la necesidad de mejorar el proceso de elaboración de las leyes. Como consecuencia de ello, se ha generado **la crisis del Derecho.**

Son estas normas las que reflejan y regulan ciertos aspectos de la vida humana, y que arrastran al hombre moderno a un estado de angustia en la sociedad en la que se desenvuelve. Y hay entre ambos una necesaria correlación y es aquella quien provee su contenido, fluye sin ningún esfuerzo, cristalinamente, como corolario ineludible, la convicción de que el Derecho vive una etapa crítica en su trayectoria porque **lo que está realmente en crisis es la sociedad actual en su estructura.**

Al respecto **Rafael Bielsa** expresa:

"La crisis o la declinación del Derecho es consecuencia de una crisis moral honda, de un conformismo y de una cobardía cívica increíble y, claro está, de un egoísmo evidente en los que se benefician injustamente con regímenes legales anómalas o ambiguas, influencias políticas facciosas, corrupción de los funcionarios o miembros de los poderes del Estado. Y cuanto más poderoso es el beneficio, más asegurada tiene la impunidad de su injusticia ..."[2].

Como es de verse, con la legislación fragmentada en infinitos preceptos, se desordena, se vuelve confuso y cambiante el Derecho, circunstancia que da lugar a tres consecuencias negativas:

2 BIELSA, Rafael, *El abogado y el jurista,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 67.

a. *Doctrinal*, porque se presenta la desorientación y pérdida de una perspectiva global del Derecho.
b. *Práctica*, porque la abundancia de normas hace difícil que el abogado y la ciudadanía tengan un conocimiento al menos mínimo, obligándola a asesorarse jurídicamente, incluso a los profesionales del Derecho con otros especialistas del tema, encareciendo de este modo los servicios profesionales a las partes en conflicto.
c. *Profesional*, el perfeccionamiento marca la pauta en estos tiempos. El Derecho ha dejado de ser solamente las dos ramas medulares (civil y penal) y ha desembocado en materias variadas que se van a seguir desmembrando. Esto hace que el abogado inicie su vida laboral con conocimientos superficiales, con criterios generales y simples de la doctrina general del Derecho. Y para brindarle solvencia a sus conocimientos deberá continuar una especialización en cursos de post grado y la preparación será no solo constante sino más especializada.

El flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los profesionales. La falta de eficacia general del Derecho se traduce en un sentimiento de desconfianza y desprotección respecto al mismo, una aplicación inexorable y mecánica de las normas jurídicas, al margen del contexto histórico o personal en el que se produce, y puede traducirse en sentimientos de desamparo y temor respecto al orden jurídico y las instituciones. Y se convierte en tan peligroso porque atenta contra su certeza y su seguridad.

No existe uniformidad en la producción de la judicatura, en gran medida porque los jueces no tienen un perfil creador ni dinámico del derecho, pese a que siempre existen excepciones que evitan que el derecho judicial decaiga completamente. La interpretación literal de la ley prima en nuestro sistema jurídico, esto ha dado como resultado que los expedientes judiciales sean fonógrafos de la ley, y los jueces realizan recitales de legalismos sin vida. Al respecto Trazegnies señala lo siguiente: "el Derecho no es 'un conjunto de normas' que imponen rígidamente un orden estático preestablecido sino una red dinámica de argumentos e intereses que entran en contradicción y que buscan tanto su propia expansión autónoma como el establecimiento de un

orden en permanente construcción que facilite las condiciones sociales para la optimización de tales intereses individuales. De esta forma, el Derecho es, ante todo, una dialéctica de la libertad y de la organización, de la independencia y de la asociación"[3].

La sobreabundancia de normas jurídicas "ha creado la descodificación de un Derecho sencillo, racional y coherente, compuesto por pocas leyes, claras, con vocación de permanencia, con vistas a garantizar un adecuado conocimiento por parte de los ciudadanos y un fácil manejo por parte de los abogados. Esta etapa de descodificación que vivimos hace que incluso nuestra tradición legal que se gobierna por códigos en las diferentes materias -penal, civil, constitucional, laboral, tributario, etc.-, se hayan reducido y que sea mayor la producción de leyes especiales y que el mismo Poder Ejecutivo se haya vuelto un organismo legislador con un sinnúmero de decretos legislativos.

En cierta forma, con la sobreproducción legislativa, el Derecho se ha vulgarizado, ocasionando un fenómeno de inflación normativa, circunstancia que se opone a la aspiración de claridad y sistematicidad del Derecho. La estabilidad de las leyes revela una sociedad mejor organizada y más segura en su propia conducta, pero los ideales de justicia se convierten en inalcanzables ante la realidad de unos ordenamientos jurídicos cuyo crecimiento es imparable. Las leyes que cambian y se suceden rápidamente pierden fuerza, y autoridad, y no son dignas de respeto. Además, se constituye como una de las causas de la crisis en que está sumido el Derecho, la quiebra del principio de legalidad y la progresiva degradación del valor de las reglas de juego institucional.

Sobre el tema, **Mario Alzamora Valdez**, anota lo siguiente:
"Cometen grave error quienes consideran que este fenómeno doloroso que caracteriza a nuestra época, que es la crisis del Derecho, es algo aislado, como si lo jurídico fuera un sector lejano e incomunicado de la cultura [...]. La crisis del derecho tiene su origen en la crisis total en que vivimos, que es crisis moral, y más profundamente aún, crisis del

3 TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *Pensando insolentemente: tres perspectivas académicas sobre el derecho seguidas de otras insolencias jurídicas*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, p. 23.

hombre [...]. La sociedad materialista en la que nos ha tocado vivir ha efectuado una verdadera transmutación en la jerarquía de los valores, al colocar en primer plano la comodidad, el confort, el bienestar externo, la satisfacción de pasiones elementales, que se conquistan mediante el poder económico el poder social y el poder político. Las normas reguladoras de la conducta, que sujetan la voluntad y nos imponen deberes, constituyen obstáculos para tales objetivos. Al reino de tales normas pertenece el derecho, que en sus significaciones primigenias es *jus,* yugo, vínculo o atadura que liga la voluntad y la somete a un debe ser, o *directum,* lo directo, lo recto, con rectitud moral y no física"[4].

En relación con la ética y un posible remedio anota lo siguiente:

"Es el sentido ético del derecho el que explica el porqué de sus crisis en la sociedad moderna. Los síntomas reveladores de tal crisis se hallan a la vista de todos. En el ámbito de las relaciones privadas el incumplimiento de pactos y contratos ha suplantado a la palabra empeñada; las instituciones simuladas a las reales; la mala fe y la falsificación, a la verdad. En el campo del derecho público, menudean los delitos que cada vez revisten formas más novedosas y alarmantes; el vecino, el ciudadano, el contribuyente, dejan de cumplir sus obligaciones; quienes ejercen función pública actúan por interés o con negligencia; la arbitrariedad ha reemplazado a la regla de conducta; el servicio al interés particular, de grupo, partido o facción, que prima sobre el bien común. Es evidente que el remedio para el mal, no consiste en el dictado de nuevas leyes ni el trasplante de otras, sino en la creación de una auténtica conciencia del deber social, moral, y jurídico, porque de nada sirven las normas si van a quedar convertidas en letra muerta ..."[5].

En efecto, con la multiplicación de las normas, éstas se convierten en ineficaces. En algunas circunstancias provoca una apariencia de desvalorización y desprestigio del Derecho, que crea peligro en materia de certeza, hecho que se asocia con riesgo inminente en materia de justicia. Dichas normas, por

4 ALZAMORA VALDEZ, Mario, "Crisis del Derecho: crisis moral", en *Revista del Foro,* N° 1, Lima. 1968, p.4.

5 *Loc. cit.*

su complejidad, disminuyen la probabilidad de su cumplimiento; circunstancia de la que surge la violación del Derecho, como una perturbación de la paz, sobre todo cuando la norma jurídica es violada impunemente. En tal sentido, la ley ha perdido su capacidad reguladora, su fuerza normativa, ya no constituye una expresión de modelos generales de comportamiento, ni de normas nacidas para perdurar en el tiempo, sino solo un medio para responder a lo particular y coyuntural, y así el derecho *informal* termina engendrando discrecionalidad a favor de los intereses sociales y económicos más poderosos.

También es de conocimiento general que, en la historia de los pueblos, los mayores infractores de las normas justificaron sus violaciones amparados en la ley, en nombre de esta se han cometido innumerables atrocidades, invocándola ante cualquier necesidad y de esta manera establecieron más segura su impunidad. Por eso, no obstante tantos años de existencia, el Derecho no ha cumplido con su finalidad principal, "**la vigencia de la justicia social**", como la virtud de reconocer a cada uno lo suyo, lo suyo de cada ser humano, lo que les pertenece por ser tales; lo que en bienes y objetos corresponde a la condición humana; requisitos que requiere para elevarse a la plena dignidad de verdadera persona humana.

Por cuyos fundamentos podemos considerar que el Derecho viene teniendo una existencia precaria o mínima, lejos de los ideales de justicia que motivaron su creación.

Esto lo advierte **Leonardo Prieto Castro**, cuando señala:
"El Derecho está en peligro, porque el concepto ideal del mismo, como valor permanente, no inspira la formación de los juristas, ni el Derecho positivo, ni la técnica de las leyes, ni la realización de estas; y porque la conciencia jurídica del individuo se halla como embotada y no sabe reaccionar ante multitud de fenómenos de la vida jurídica moderna, que exigen una adopción de postura clara y definida para que, por encima de cualquier avatar de los que sobrevienen, persista, incólume, el valor eterno del derecho"[6].

6 PRIETO CASTRO, Leonardo, "El derecho en peligro", en *Anuario de Derecho Civil*, Nº 3-4, Madrid, 1951, pp. 875-890.

El Derecho, en su trayectoria de veinticinco siglos, se ha convertido en incierto y cada vez más injusto para normar la conducta humana; tiempo en el cual ha cambiado la concepción digna y solidaria del ser humano, a otra una demencial, egoísta, insaciable y peligrosa.

En la supuesta defensa de la libertad, de la justicia y de la seguridad jurídica, en la práctica sólo ha venido defendiendo el capital económico, el individualismo mezquino. Es lamentable comprobar que **el derecho sirve cada vez menos a la gran mayoría**, por la incapacidad de los hombres para organizar la paz, y por el egoísmo y la codicia humanas.

Siempre ha existido el desorden de la ley y el proceso, como consecuencia, se ha perdido la solidaridad, la esperanza en un Derecho capaz de distribuir con equidad los bienes. Ha sido defraudada la ilusión de un Derecho justo postergado, con tendencia a la extinción, lo cual es muy peligroso, porque representa la pérdida de la fe en los valores jurídicos y morales, en tal situación no puede existir una civilización.

Sobre las causas de esta crisis, **Félix Martínez de Diego** señala:

> "La causa de la crisis del Derecho se encuentra en el desastre de nuestras tradiciones, en la decadencia que nuestras instituciones más firmes padecen por gracia de lo que, con peregrino eufemismo, se ha dado en llamar *nuevo estilo* o *tiempos nuevos*, el derecho parece degenerar bufamente, si no es que en parte lo esté ya, en este triste engendro de las agencias de negocios"[7].

La crisis se inicia el mismo día del nacimiento de la ley. Célebre es una frase napoleónica, que el emperador Bonaparte pronunció al haber llegado a sus manos un trabajo comentando al *Code civil* francés: "han matado mi más grande creación" señaló. Es que el Derecho ha nacido, pero el legislador es quien debería perecer, pues el derecho cobra vida con el uso que cada uno de los hombres le va a dar para defender sus intereses, en un debate en el foro, o en argumentaciones escritas, la mejor sustentada tendrá mayor razón y por

7 MARTINEZ DE DI EGO, Félix, "Crisis del sentido ético y asepsia profesional", en *Astrea*, Nº 44, Valladolid, 1955, p. 22.

ende quien tendrá la razón por tener mejor derecho, es que el derecho es arte, argumentación y creatividad, ahí es donde radica su vitalidad, pero el Derecho ha sucumbido ante una supuesta practicidad que se materializa en una constante recitación del texto escrito de la ley sin vida ni creatividad que alienten su progreso acorde al contexto económico y social, esto trae como consecuencia derogaciones apresuradas y reclamos de reformas. Si no hay una dinámica jurisprudencial las reformas legales se seguirán sucediendo. Para oxigenar nuestro sistema jurídico, se debe alentar el uso de los principios generales del Derecho, pues estos iluminan el camino a la justicia, camino que se hace áspero y oscuro si solo se trata con las leyes tal como nos la muestran los códigos. Si bien la modernidad exige la configuración legal de nuevas situaciones jurídicas, las reformas no obedecen a un horizonte que nos muestre real seguridad jurídica y en el caso de mantenerse una solidez de nuestro sistema jurídico esta también se verá reflejada en la predictibilidad de las sentencias.

Por dichas realidades, en la actualidad es imposible hallar la balanza y la espada. La aspiración de justicia social que tiene la primaria exigencia de dignidad de la vida, se ha convertido en una ilusión, en indignidad gradual. En tal circunstancia, la crisis del derecho constituye una de las tantas expresiones de **la crisis del hombre, crisis de valores culturales y sociales de concepción del mundo**.

Esta realidad responde a una crisis en la comprensión de los fundamentos del Derecho, crisis que tiene profundas raíces en un proceso histórico que ha venido sucediéndose en el transcurso de la historia de la humanidad.

Esto lo ha advertido **Giuseppe Capograssi**, cuando considera que:

> "[La] crisis es la vida humana en estado de peligro. Y no se trata de una crisis presente en un lugar y ausente en otro, sino que se halla en todo lugar; en todo momento y en todo individuo de nuestra historia; en cada uno de nosotros como individuo, en cada uno de nosotros como pueblo"[8].

8 CAPOGRASSI, Giuseppe, "La ambigüedad del derecho contemporáneo" (traducción de Marcelo Cheret), en AA.VV, *La crisis del derecho*. EJEA. Buenos Aires, 1953.

Como consecuencia de la crisis del Derecho la sociedad se encuentra en estado peligroso, hecho que ha creado la comprensible desconfianza que sobrecoge a toda la comunidad, circunstancia que nos permite conceptuarla en la siguiente forma: tal vez para las almas en el paraíso hay un goce inextinguible, mientras que en la tierra las almas poseen un cuerpo que siente hambre y sufre sed de justicia. Para estas almas terrenales nunca ha habido la comprensión de su miseria, ni sus elementales derechos.

Por esa incomprensión, la gran mayoría de los desprotegidos, quienes se encuentran inmerso s en la miseria, sin contar con opciones o posibilidades de alcanzar un estatus de vida de un ser humano, no pueden por lo menos gozar de los derechos fundamentales como la educación, salud, empleo o contar con los elementales servicios básicos para su subsistencia. Para ellos tal vez de nada vale la libertad porque no alcanzan las bondades de la justicia ni el bien común, esencia de la vida del derecho.

Quienes durante largos años callaron, obligados por la necesidad, alzan su voz en su lucha por el Derecho, contra el espíritu conservador, con su aspiración de encontrar el orden en el cumplimiento de la ley, la paz, ese viejo y bello ideal de los grandes humanistas que sólo se conserva como un sueño, en una sociedad que permanentemente amenaza con despojar a los individuos de la vida, de la salud, de la libertad, o de la propiedad; esa vibración de nuestro espíritu que mantenemos como un impulso permanente de liberación por esencia digno de ser humano y la vigencia real de los derechos que en justicia les corresponde.

Vivimos abismos inacabables en nuestro país. Universidades de prestigio avanzan en el desarrollo del derecho como pequeñas islas alejadas del resto, estas son lo menos. Domingo García Belaunde hace una reflexión respecto del estudio del derecho constitucional que bien podría ser del derecho en general: "Aun cuando no vinculada estrechamente con la materia, es importante destacar el aspecto muy grave de la crisis por la que atraviesa el país, y de la que parece no nos libraremos en muchos años. Esto se refleja en una actitud realista en los estudiantes, quienes tratan de buscar asidero y apoyo en temas y cursos de orden 'práctico', como pueden ser laboral, civil, o tributario. Es decir, hay un primado de la práctica sobre la teoría, lo constitucional no reporta dividendos, y en épocas de crisis no hay tiempo para lujos "*primum vivere*,

deinde philosophari"[9], La crisis económica y social en la que vive el país va dejando secuelas profundas, pues. En la otra vereda se encuentran en mayor medida, universidades que han hecho de la profesión de abogado un lucro mediático, se han instalado facultades de derecho en cada ciudad de nuestro país, que funcionan como satélites, inorgánicas la gran mayoría, que no cuentan con una biblioteca mínima que fomente la investigación y el acercamiento a la doctrina, se ha postergado el acceso a los archivos documentales, y tampoco se toma en cuenta el periodismo forense, donde se puede advertir debates no solo de hombres de leyes sino de profesionales interesados en los temas de coyuntura. No conforme con ello han aparecido también *academias de preparación* para optar el título de abogado, resúmenes de expedientes de grado, elaboración de tesis que lucran con las falencias heredadas en la etapa de pregrado, fomentando de este modo un lamentable fortalecimiento de un conocimiento superficial y facilista del derecho. Incluso sus actividades son motivo de sanción penal, pues elaboran trabajos para terceras personas que por falta de una formación adecuada, acceden a este tipo de invitaciones.

Para concluir, un destacado maestro peruano, como es **Carlos Fernández Sessarego**, nos brinda esta reflexión:

"El Derecho atraviesa en la actualidad por una de las más decisivas y significativas crisis que ha experimentado desde la aparición de la primera pareja de seres humanos que pobló nuestro planeta, en un tiempo que nos resulta brumoso e incierto. Somos conscientes que el periodo de profunda crisis que el Derecho tiene, por su magnitud, el significado de una ruptura con el pasado, tanto en lo atinente a la precisión de su objeto de estudio como a la finalidad prioritariamente por él perseguida. Aunque aún no percibamos con toda claridad esta situación, pues estamos inmerso s en ella, intuimos que constituye una insoslayable realidad que determina, en gran medida, nuestras relaciones interpersonales [...]. Lentamente, con la causa con la que se llevan a cabo, en un amplio arco de tiempo, los grandes cambios y transformaciones de la humanidad van concretándose en el presente devenir histórico como natural consecuencia del repensamiento crítico de las más importantes instituciones jurídicas a la luz de los nuevos supuestos del derecho"[10].

9 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Cómo estudiar Derecho Constitucional (una década más tarde)*, Grijley, Lima, 1999, p. 14.

10 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "El escenario Jurídico contemporáneo y el ejercicio de la abogacía", en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho*. Lima, 2006, pp. 109-118.

La crisis del Derecho en el mundo globalizado no es más que una manifestación de la crisis general de la sociedad contemporánea, una crisis total que afecta a la humanidad entera. Una vida internacional en armonía aún está lejos, las tensiones aparecen con la velocidad con que ahora llega la información. En dicha circunstancia, las instituciones jurídicas que regulan la relación social de la comunidad mundial también se encuentran en crisis. En conclusión, la vulneración de las normas jurídicas ha venido ocasionando el dolor del semejante, convirtiéndose en la forma permitida por la vida contemporánea para satisfacer el egoísmo de las privilegiadas minorías. Esa es la real causa de la crisis del Derecho.

Referencias bibliográficas

- ALZAMORA VALDEZ, Mario, "Crisis del Derecho: crisis moral", en *Revista del Foro*, N° 1, Lima, 1968.
- BIELSA, Rafael, *El abogado y el jurista*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- CAPOGRASSI, Giuseppe, "La ambigüedad del derecho contemporáneo" (traducción de Marcelo Cheret), en AA.VV, *La crisis del derecho*, EJEA, Buenos Aires, 1953.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "El escenario jurídico contemporáneo y el ejercicio de la abogacía", en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho*, Lima, 2006.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Cómo estudiar Derecho Constitucional (una década más tarde)*, Grijley, Lima, 1999.
- MARTÍNEZ DE DIEGO, Félix, "Crisis del sentido ético y asepsia profesional", en *Astrea*, N° 44, Valladolid, 1955.
- PRIETO CASTRO, Leonardo, "El derecho en peligro", en *Anuario de Derecho Civil*, N° 3-4, Madrid, 1951.
- TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *Pensando insolentemente: tres perspectivas académicas sobre el derecho seguidas de otras insolencias jurídicas*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

La vida en común un deber fundamental del matrimonio

Santiago M. Llancari Illanes*
Colaborador con la
Revista de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO: *Introducción. **I.**- La familia. **II.**- Preparación para el matrimonio. **III.**- El matrimonio. **IV.**- La vida en común. **V.**- La imposibilidad de hacer vida en común. **VI.**- Conclusiones. **VII.**- Bibliografía.*

* Abogado, Investigador con estudios de Maestría y Doctorado en Derecho en la Unidad de Post Grado de la UNMSM.

RESUMEN

El matrimonio es una institución divina; la primera que Dios estableció en la raza humana. Es la unión por toda la vida de un hombre y una mujer, para formar "una sola carne", para la perpetuidad y felicidad de la raza humana. En consecuencia, la vida en común nace de la buena voluntad y buen comienzo del matrimonio, que comparten ambos cónyuges, de ceder y amar al otro con respeto mutuo.

Palabras clave

Dios/Matrimonio/Fidelidad

Abstract

Marriage is a divine institution; the first that God established in the human race. It is the union for all the life of a man and a woman, to become "one flesh", for the perpetuity and happiness of the human race. As a result, the common life was born from the goodwill and good start to the marriage, that share both spouses to surrender and love the other with mutual respect.

Key Words

God/Marriague/Loyalty

INTRODUCCIÓN

Actualmente la vida en común como deber fundamental del matrimonio, se encuentra en decaimiento, por la existencia de constante de infidelidad de varón y mujer, ya que, al matrimonio muchos no lo ven como una institución divina establecida por Dios, ya no es digno y honroso, y lecho sin mancilla, porque es deshonroso y pecaminoso lleno de adulterios, divorcios y recasamientos.

El presente ensayo, inicia con un desarrollo breve de la familia, en segundo lugar la preparación para el matrimonio, en tercer lugar el Matrimonio, en cuarto lugar la vida en común como punto fundamental del desarrollo del presente trabajo y finalmente la imposibilidad de hacer vida en común.

I.- LA FAMILIA

1.1.- Noción Conceptual

La Familia es la más antigua institución en la raza humana. Fue creada por Dios en el Huerto del Eden. Todas las demás instituciones que luego han surgido, como el Estado, la Iglesia, etc. Siempre tienen su base en la familia. Para que la Familia marche bien tiene que conservarse como Dios lo fundó: en comunión con Él y en obediencia a su palabra[1].

La Familia es la Cédula básica de la sociedad, vale decir, que es un grupo social cuya permanencia deriva de las necesidades, tanto de sus miembros como de la comunidad de la cual forma parte. Es decir, las relaciones entre los miembros del grupo no se dan al azar en forma arbitraria, sino están reguladas por la cultura de la comunidad, de la cual el grupo familiar forma parte. Las normas que rigen el comportamiento que deben observar los miembros en sus relaciones mutuas, son tan precisas y duraderas que constituyen una institución[2].

1 Ortiz, Luis M. Instrucciones Bíblicas para los recién convertidos. Copyright, 1980. Pág. 46.

2 Noción conceptual efectuada por el autor.

El artículo 233 del Código Civil Peruano, dice. La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú[3].

II.- PREPARACIÓN PARA EL MATRIMONIO

En nuestro país, día a día desaparece el Matrimonio como institución (desinstitucionalización del Matrimonio), ya que no existen cursos de preparación para el matrimonio desde el punto de vista cristiano y moral, más aún si se encuentra regulada legalmente la unión de hecho como institución familiar, más aun si pretende regularse uniones no matrimoniales de personas del mismo sexo denominados uniones civiles que va contra la palabra de Dios.

El problema es que muchas veces hay jóvenes que llegan al matrimonio con un cargamento de ilusiones, de buena voluntad, y con el firme convencimiento de que el amor, esa cosa tan maravillosa que no se ve, pero se nota les resolvería todo.

¿Qué se debe saber?

Existen muchas cosas fundamentales y que se deben conocer antes de decir "si". Unas serán de orden espiritual, otras de orden sicológico y otros de orden social y económico.

¿Por qué nos casamos?

Por lo general nos casamos por una de estas razones: porque amamos mucho al otro u otra y ya no es imposible seguir viviendo sin su presencia; por no estar solo en la vida; por encontrar otro apoyo; para "recogerse" y hacer una vida más seria y ordenada; por crear una familia y educar a unos hijos[4]. Otros actualmente se casan por interés económico o social.

En realidad, cual será hoy en día el fin fundamental del matrimonio: el amor, la procreación de los hijos o el interés económico o social.

3 Art. 233 del Código Civil Peruano vigente.

4 Calera, Ana María. Matrimonio y Hogar. Editorial Everest-España. Pag. 8.

La amistad, factor como factor indispensable

Lo más importante en la vida en común matrimonial, es que vaya evolucionando lentamente hacia un profundo sentimiento de comprensión, de estimación mutua, de ternura y de amistad, debido a que la buena armonía de un hogar exige lucidez, clarividencia y dominio de sí misma.

III.- EL MATRIMONIO

I.1.- Fuentes que dan Origen al Matrimonio

Desde mi punto de vista, debo señalar como fuentes que dan origen al matrimonio actualmente son principalmente los siguientes; el enamoramiento simple, el noviazgo y a la unión de hecho.

I.2.- Noción Conceptual

Visión cristiana

El matrimonio es una institución divina; la primera que Dios estableció en la raza humana. Es la unión por toda la vida de un hombre y una mujer, para formar "una sola carne", para la perpetuidad y felicidad de la raza humana[5].

Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó. Y los bendijo Dios, y les dijo; fructificad; llenad la tierra, y sojuzgadla, y señorear en los peces del mar, en las aves de los cielos, y en todas las bestias que se mueven sobre la tierra. Por tanto, dejará el hombre a su padre y a su madre, y se unirá a su mujer, y serán una sola carne[6].

Casadas estar sujetas a vuestros maridos, como conviene en el señor. Maridos, amad a vuestras mujeres, y no seáis ásperos con ellas[7].

5 Ortiz, Luis M. Ob. Cit. Pag. 41.
6 Reina Valera. Génesis 1: 27,28; 2: 24. La Santa Biblia. PX2012.
7 Reina Valera. Colosenses 3:18-19. Ob. Cit.

Visión Jurídica

El matrimonio, una de las instituciones fundamentales del Derecho, de la Religión y de la vida en todo sus aspectos, quizás ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres y estableció como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie y cédula de la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores estados[8].

Contrato legal para la constitución de la familia por medio del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la ley[9].

El artículo 234 del Código Civil Peruano, dice. El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.
El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales[10].

IV.- LA VIDA EN COMÚN

Debemos entender por hacer vida en común a vivir juntos ambos cónyuges en el hogar conyugal que ambos deciden, es decir compartir lecho y meza.

La vida en común conforme regula nuestro código civil vigente del año 1984, es un deber que se origina del matrimonio[11].

---

8 Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta SRL. 1980. Pág. 200.

9 Martínez Morales, Rafael. Diccionario Jurídico General. Tomo 2. IURE Editores. México 2006. Pág. 775.

10 Código Civil. Ob. Cit.

11 Art. 289.- Es deber de ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyuga. El Juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida,

La vida en común nace de la buena voluntad y buen comienzo del matrimonio, que comparten ambos cónyuges, de ceder y amar al otro (aun perdiendo para ello un poco de su propia personalidad y de sus legítimos derechos). "Dos no riñen si uno no quiere", reza el refrán popular y nunca mejor aplicado que es esta ocasión.

Cuando uno de nosotros está dispuesto a cumplir la felicidad del otro, está se podrá conseguir realmente, a través del buen trato, respeto mutuo y la atracción física de ambos durante el compartimiento del lecho, aunque haya existido en cierto momento esta última situación, no ha sido el motivo principal que las ha llevado al matrimonio.

Algunas feministas por ejemplo manifiestan que, son gran número todavía las mujeres casadas que no encuentran necesarios hallar en la vida íntima del matrimonio, el mismo placer que experimenta el hombre, y que la idea de su legítima parte de placer, en el acto sexual, les parece como una expansión audaz, situación que es totalmente errónea, ya que la vida intima del matrimonio es ejercida por ambos, en consecuencia se merecen los dos ese placer.

Lejos estamos ya, afortunadamente, de las diferencias entre el hombre y la mujer. Han desaparecido ya los "tabús" moralistas hoy en día.

Cuando hablamos de hacer vida en común, nos referimos entre otros aspectos al cuidado del hogar y de los hijos menores por la cónyuge que no trabaja, y por el otro cónyuge el sostenimiento del hogar conyugal, o contrario sensu.

El deber de cohabitación

Cohabitar o vivir juntos implica respeto de los cónyuges la obligación de convivir en una misma casa. De esto se desprende que, aparte del deber de alimentar y educar a los hijos, existe el de facilitar el logro de la plena comunidad espiritual y material de vida entre los cónyuges.

---

la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.

La confianza de los cónyuges

Cuando una joven o un joven dejan el hogar de sus padres y con él a sus amigos, tiene necesidad de encontrar en la pareja ese ser dispuesto a sus confidencias, que sepa escuchar hasta la más pequeña preocupación.

Esto no es fácil para el hombre abrumado por sus trabajos y problemas, y a quien, en honor a la verdad, le importan muy poco las cosas que ocurren en su casa, cuando está ausente de ella. Pero hay que saber escuchar a la compañera, hay que ganarse su confianza.

Aquí no hablamos de la mutua confianza, en cuanto a nuestras actitudes o nuestras fidelidades, se trata de esa confianza mutua que debe existir en todo hogar, y que nos empuja a participar al otro cuanto nos ocurre, bien para esperar consejo, o para solicitar ayuda.

Carmen Meza dice que, en defensa de los Derechos domésticos. Su santidad agrega: "si los ciudadanos, si las familias, al formar parte de una comunidad y sociedad humana, hallasen, en vez de auxilio, estorbo, y en vez de defensa, disminución de su derecho, sería más bien de aborrecer que de desear la sociedad", vemos pues, que hace cien años el papa señalaba la urgencia de organizar la sociedad para proteger a la familia y dicho propósito está contenido en nuestras constituciones políticas de 1979 y de 1993[12].

Los deberes y derechos que nacen del matrimonio, en esencia son el respeto y la consideración[13].

El domicilio conyugal, es siempre el del matrimonio, donde radica la familia. En nuestros días surgen casos en los que difícilmente podemos decir que el matrimonio ha radicado en una casa, si observamos el gran movimiento migratorio. Campesinos y trabajadores se desplazan con facilidad de una a otras ciudades y muchas veces demoran en trasladar a sus familias[14].

---

12 Meza Ingar. Carmen. Reflexiones de Fin de Siglo. Exigráfica E.I.R.L. Lima. 1999. Pág. 151.

13 Meza Ingar. Carmen. Ideas para un Código de Familia. Registros de derecho de autor. Nº 1143. Primera Edición1990. Pág. 35

14 Meza Ingar, Carmen. Ob. Cit. Pág. 36-37

Igualdad de Derechos

Entre la pareja debe existir una absoluta igualdad de derechos; por tanto, sería estúpido suponer que exista infidelidad cuando todo marcha bien, tanto de una parte como de otra[15].

Debemos entender como finalidad fundamental de la vida en común dentro del matrimonio la maternidad y la paternidad, que se origina gracias al nacimiento de los hijos y/o hijas, está basada en la igualdad de los cónyuges que ante todo deben considerados cónyuges, madre y padre respectivamente.

V.- MUERTE DEL AMOR Y/O IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN

Pero es lamentable cuando surge la imposibilidad de hacer vida en común por el incumplimiento de los deberes del matrimonio, como por ejemplo el surgimiento de infidelidad dentro del matrimonio perjudicando de esta forma a uno de los cónyuges, que origina el decaimiento y posterior disolución del vínculo matrimonial.

La imposibilidad de hacer vida común, comprende entre otras causas a las siguientes:

1.- Abusos de uno de los cónyuges contra el otro: como no permitirle la entrada al hogar; internarlo innecesariamente en un sanatorio para enfermos mentales; introducir clandestinamente en el hogar a personas ajenas a la familia.

2.- Acciones judiciales: como la promoción de ciertas acciones judiciales infundadas como la de nulidad del matrimonio por existencia de otro anterior del esposo que no se acredita o por impotencia del marido no probada; la tramitación en el extranjero de una acción de divorcio vincular a espaldas del cónyuge; la promoción infundada y maliciosa de juicio de interdicción civil por insania.

15 Calera, Ana María. Ob. Cit. Pág. 25.

3.- Actitudes impropias de la condición de casado: como las salidas o viajes sin dar a conocer el paradero ni prevenir al otro cónyuge; la llegada habitual al hogar a altas horas de la noche, sus ausencias periódicas sin ánimo de abandonar el hogar común; la ocultación del estado de casados.

4.- Cuestiones patrimoniales: como la promoción de una serie de demandas de divorcio desistidas con el fin de mantener una situación de pleito permanente para conseguir objetivos económicos; el apoderamiento de los muebles del hogar, trasladados a otro lugar so pretexto de mudanza; la venta simulada de un bien social para sustraerlo de la sociedad de gananciales; los repetidos requerimientos de dinero en préstamo a espaldas del otro cónyuge, unidos a la entrega de títulos valores falsificando la firma de éste.

5.- Cuestiones sexuales: como la pretensión de que el cónyuge acceda a prácticas sexuales antinaturales o aberrantes; la negativa a consumar el matrimonio; el inmotivado incumplimiento del débito conyugal; la imposición de prácticas anticoncepcionales por uno de los cónyuges contra la voluntad del otro; el propósito reiterado de abortar; el ocultamiento de la esterilización practicada después del matrimonio.

6.- Deficiencias de carácter: como el carácter fuerte y nervioso de uno de los cónyuges que produce incidentes a diario a pesar del buen trato del otro, que trataba de calmarlo; la intemperancia de un consorte en el trato conyugal; el carácter taciturno y poco comunicativo de un cónyuge que permanece muchos meses en silencio y sin dirigir la palabra al otro; el trato desconsiderado y manifiestamente grosero y la asunción de una actitud de superioridad frente al otro; el obligar a callarse, darle órdenes perentorias y hacerle recriminaciones ante terceros; la total indiferencia de uno de los cónyuges hacia el otro; las reiteradas amenazas de muerte.

7.- Falta de aseo: como el grado extraordinario de falta de aseo y de observancia de las más elementales reglas de higiene; el descuido y desaliño extremos a pesar de la posición desahogada de la familia.

8.- Incumplimiento de deberes derivados del matrimonio: como la falta de contribución al sostenimiento económico del hogar por parte de un cónyuge a pesar de tener medios para hacerlo, o cuando no los obtiene por su holgazanería, falta de apego al trabajo o desprecio de las oportunidades que se le presentan de obtener ocupación; la desatención de las tareas del hogar por un cónyuge o la realización de gastos personales por encima de las posibilidades económicas de la familia; la abstinencia de visitar al cónyuge internado por enfermedad o bien cuando media un total distanciamiento. imputable a un cónyuge, que priva al otro del cumplimiento de su deber espiritual de comunicación de sentimientos y afectos; las relaciones equívocas o sospechosas con una persona del otro sexo; la afición al juego, cuando ya acompañada de desatención de los deberes conyugales o pone en peligro la estabilidad económica del hogar.

9.- Relaciones con parientes: como la actitud de un cónyuge que lleva al otro a vivir a la casa de su familia, donde se le hace la vida insoportable o no se le da el lugar que le corresponde como consorte; la conducta desconsiderada o irrespetuosa de un cónyuge hacia los parientes del otro; la negativa injustificada de permitir la visita de los padres o parientes próximos del otro; la exclusión del hogar del hijo de uno de los cónyuges, por la acción del otro.

10.- El surgimiento de celos enfermizos, es difícil de vivir con una persona celosa, si no existe una causa que lo origine.

Actualmente la imposibilidad de hacer vida en común como causal de separación de cuerpos y/o divorcio, se regula legalmente en el artículo 2 de la Ley N° 27495 ha variado el inciso 11 del artículo 333 del Código Civil con el siguiente texto: "La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial".

VI.- CONCLUSIONES

1.- Urge difundir los principios cristianos sobre el matrimonio a todos los ciudadanos desde la época escolar.
2.- Toda persona antes de contraer matrimonio, previamente debe prepararse.
3.- Debemos promover el cumplimiento del deber fundamental de hacer la vida en común dentro del matrimonio.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

- Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta SRL. 1980.
- Calera, Ana María. Matrimonio y Hogar. Editorial Everest-España-
- Martínez Morales, Rafael. Diccionario Jurídico General. Tomo 2. IURE Editores. México 2006.
- Meza Ingar. Carmen. Reflexiones de Fin de Siglo. Exigráfica E.I.R.L. Lima. 1999.
- Meza Ingar. Carmen. Ideas para un Código de Familia. Registros de derecho de autor. Nº 1143. Primera Edición 1990.
- Ortiz, Luis M. Instrucciones Bíblicas para los recién convertidos. Copyright, 1980.
- Reina Valera. La Santa Biblia. PX2012
- Código Civil de 1984

SECCIÓN ESTUDIANTIL

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Desvelando los intereses ocultos: Neoliberalismo en la nueva "Defensa posesoria extrajudicial"

Joshimar De la Cruz Aroni*

"El derecho desde abajo"
Pietro Barcellona "Intervento statale e autonomia privata"
Anton Menger "Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen volksklassen"
Leon Duguit "Les tranformations générales du Droit Privé depuis le code Napoleon"

SUMARIO. *1.- A manera de introducción. 2.- Los fundamentos de la autotutela posesoria. 3.- Los motivos políticos económicos de la "Modificación". 4.- La Nueva Norma. 4.1) Ideas preliminares para una mejor interpretación. 4.2) Análisis técnico-legal de la norma. 4.2.1- ¿Acaso dejamos de ser importadores de categorías jurídicas? 4.2.2- Otra vez, las omisiones de la nueva norma. 4.2.3- Vulneración a la inmediatez de la autotutela: 15 días de conflicto. 4.2.4- El criterio subjetivo de la autotutela posesoria, ¿La extinción de los interdictos? 4.2.5- El supuesto en pro de las inmobiliarias. 4.2.6- ¿Tutela posesoria o tutela propietaria?. 5.- Antecedentes de una concepción neoliberal: Las propuestas legislativas y doctrinarias de los últimos años. 6.- Propuestas.*

* Miembro Fundador del Taller de Investigación de *"Derecho Privado Comparado"*, Coordinador del Área Civil de Actualidad Civil- Instituto Pacífico, ex miembro del Estudio Jurídico De la Flor, García Montufar & Arata Abogados Asociados. Alumno del cuarto año de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

RESUMEN

Será osada mi pretensión al abordar estas líneas, discernir sobre derecho sin pensar solamente en un análisis exegético de tales. Abordaré mi análisis principalmente en la utilización del Derecho Comparado y un análisis técnico- jurídico, y utilizaré como herramientas a la economía y la política para desentrañar el significado de la nueva modificación del artículo 920 del Código Civil, con la finalidad de arribar a una propuesta.

En tal sentido, el objeto del presente trabajo, será la novísima invención peruana ***"La defensa posesoria extrajudicial"***, modificación al Artículo 920 del Código Civil *(en adelante "la modificación")*, el cual fue creada por la Ley N° 30230, ***"Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la inversión en el país"*** (conocido por el lego como la ley "del paquetazo económico"), publicada el 12 de julio del 2014.

Por ello, develaré los intereses legales, económicos y políticos de la norma, asentándonos en los métodos y herramientas antes mencionados, con la finalidad de demostrar que las propuestas legislativas y doctrinarias en los últimos años con respecto a los Derechos Reales, han tenido caracteres de una reforma neoliberal en el país. No obstante, plantearemos algunas propuestas para sanear el grave problema de las vulneraciones al derecho de propiedad que existe en nuestra realidad.

PALABRAS CLAVE:
Autotutela- Posesión- Interdictos- Neoliberalismo- Inmobilairia

1.- A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Los autores citados son el "leitmotiv" de estas líneas que escribiré, dichos juristas han discernido diferente al común abogado de sus épocas; sustentaban sus tesis en una visión no legalista del Derecho, desenvainando en lo profundo de la historia, la economía, la política y otras ramas, el verdadero sentido de la norma sin desmedro de la practicidad jurídica.

Es así de osada mi pretensión al abordar estas líneas, discernir sobre derecho sin pensar solamente en un análisis exegético de tales. Abordaré mi análisis principalmente en la utilización del Derecho Comparado y un análisis técnico- jurídico, y utilizaré como herramientas a la economía y la política para desentrañar el significado de la norma, con la finalidad de arribar a una propuesta.

En tal sentido, el objeto del presente trabajo, será la novísima invención peruana ***"La defensa posesoria extrajudicial"***, modificación al Artículo 920 del Código Civil *(en adelante "la modificación")*, el cual fue creada por la Ley Nº 30230, ***"Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la inversión en el país"*** (conocido por el lego como la ley "del paquetazo económico"), publicada el 12 de julio del 2014.

Por ello, develaré los intereses legales, económicos y políticos de la norma, asentándonos en los métodos y herramientas antes mencionados, con la finalidad de demostrar que las propuestas legislativas y doctrinarias en los últimos años con respecto a los Derechos Reales, han tenido caracteres de una reforma neoliberal en el país. No obstante, plantearemos algunas propuestas para sanear el grave problema de las vulneraciones al derecho de propiedad que existe en nuestra realidad.

2.- LOS FUNDAMENTOS DE LA AUTOTUTELA POSESORIA

La autotutela posesoria es un medio de defensa extrajudicial, sustentada en los principios de la legítima defensa que permite el uso de la fuerza, para poder retener el predio ante los actos de perturbación, o de recobrar, si se hubiese sido despojado de la posesión.

Dicha conceptualización ha tenido un devenir constante. Así, se cimentó las bases en el Derecho Romano sin desarrollar una categoría jurídica[1], se am-

1 Los romanos no desarrollaron una categoría propiamente dicha de *"Autotutela posesoria"*, sino que basaron el uso de la fuerza en un principio natural ***"La legítima defensa"***. Dicho principio, se puede observar claramente en una sentencia de *Ulpiano en el Digesto L.XLIII; Tit. XVI, n. 9:"Así, pues, podemos repeler con las armas al que viene con armas; mas*

plió dicha protección en el Derecho Canónico[2], para finalmente consolidarse en el Código Civil Alemán (BGB)"[3] tras un largo desarrollo en los países de origen germana, así los primeros códigos en regular la autotutela posesoria fueron el Código Civil Austriaco de 1811(ABGB; Parágrafo 344) y el mítico Código Prusiano de 1794 (ALR; § 142 y 143)[4].

> *Se establecía en el § 143 de la ALR("Allgemeines Landrecht für Preußischen Staaten"):"aquel que es despojado violentamente de su detentación o de su posesión, puede igualmente recurrir a la defensa privada permitida por ley"*

Es debido a ello que, la mayoría de códigos contemporáneos, prescinde de regular la "autotutela posesoria"; por excepción encontramos al mencionado Código Civil Alemán (Art. 859),Código Civil Suizo(Art.926), Código Civil Argentino (Art. 2470), Código Civil Español (Art.441) y el nuestro, son de los pocos que codifican dicha categoría.

---

esto inmediatamente , no después de un intervalo, con tal que sepamos que no solamente está permitido resistir, para no ser echado, sino que el hubiere sido echado eche al mismo, no después de un intervalo, sino inmediatamente". Cfr.: GARCIA DEL CORRAL Idelfonso L.*"Cuerpo del Derecho Civil Romano"*, tomo 2 segunda parte, Ed. Consejo de Ciento, Barcelona, pag. 431; IHERING, Rudolf von, *"Der Besitzwille: Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode"*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1889, pag, 47; PETIT, Eugene, *"Traité* Élémentaire *du Droit Romain"*, Quatrième edition revue et argumentée, Éditeur Arthur Rousseau,Paris, 1903, pág. 256.

2 La protección posesoria se extendió gracias a la "exceptio spolii", "actio spolii" y sobre todo por el decreto de Graciano con el famoso canon de "Reintegranda"; la cual permitió, entre otras cosas, que la tutela posesoria pueda ser ejercida por el servidor de la posesión, ser ejercida a los bienes inmuebles y muebles, así como ejercer la tutela contra el tercero diferente al despojante. Cfr.:*"Evoluzioni (Fortbildungen)posteriori al diritto romano"* en WINSCHEID Bernard *"Teoria delle Pandette"*, trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa, Torino, editrice Torinese, 1925, vol.1, pag. 572.

3 El derecho germano de la propiedad ("Gewere") a diferencia del romano y canónico, no poseyó las categorías de interdictos o acciones posesorias; más bien la defensa de la posesión estuvo sustentada en el derecho penal, en la legítima defensa. Cfr. RAMIREZ Eugenio Maria *"Tratado de Derechos Reales"*, Tomo 1, Rodhas, Lima, 1996, pag.692.

4 El Código Prusiano o conocido como ALR (*"Allgemeines Landrecht für Preußischen Staaten"* establecía en su parágrafo 142: *"permitido rechazar la violencia, cuando la resistencia del estado se produjese demasiado tarde para prevenir una pérdida irreparable"*, asimismo en su parágrafo 143: *"aquel que es despojado violentamente de su detentación o de su posesión, puede igualmente recurrir a la defensa privada permitida por ley"*.

No obstante, los demás códigos civiles al poseer una laguna normativa integran su ordenamiento aplicando la "analogía iuris" al principio de legítima defensa en los casos en que se requiere el uso de la autotutela posesoria. Así podemos ver como ejemplo principalmente, al código civil francés[5], código civil italiano[6], y las demás codificaciones latinoamericanas.

Es así que la doctrina alemana es la autorizada para desvelar dicha categoría, por consiguiente analizaremos su normatividad y los aportes doctrinarios. Así, partiremos en mostrar su norma:

§859 *Autotutela de la posesión("Selbsthilfe des Besitzers")*

(1)El poseedor puede defenderse de la ***privación ilícita*** *mediante el uso de la fuerza*

(2) Si una cosa mueble es arrebatada a su poseedor mediante privación ilícita, dicho poseedor puede recuperarla mediante el uso de la fuerza contra el actuante si es sorprendido o es perseguido en el acto.

(3)Si el poseedor de una finca es privado de su posesión mediante privación ilícita, inmediatamente después de la posesión, puede apoderarse nuevamente de la posesión de la fina expulsando al que perpetro el acto.

(4)Los mismo apartados derechos corresponden al poseedor contra aquellos que, según el § 858, apartado 2, se puede hacer valer la posesión ilegítima.

---

5 El maestro francés Marcel Planiol reafirma que el código civil francés otorga solamente las acciones particulares llamadas posesorias, que le sirve para mantener o recobrar la posesión vía judicial. En el capítulo de la posesión no se hace alusión alguna sobre la "autotutela posesoria". Cfr: PLANIOL Marcel y RIPERT Georges *"Derecho Civil"*, Parte Primera, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México D.F.,pag.386 y ss. Cfr.: STOULS Ernest, *"Étude sur la protection de la possession"*, Brayet et Retaux, Paris. 1874, pag.85 y ss.

6 Así, la doctrina italiana ha establecido que si bien no posee una categoría de autotutela jurídica, si hacen uso de la fuerza como defensa posesoria cuando interpretan "analogía iuris" el principio de "legítima defensa". El maestro Trimarchi dice: *"solo en el momento en el cual viene injustamente privado de la posesión, el propietario está permitido de reaccionar, porque en tal caso hay un peligro actual de una ofensa injusta contra la cual es admitida una legítima defensa"*(trad.libre)Cfr. TRIMARCHI, Pietro *"Istituzioni di Diritto Privato"*, Ed.Giuffreë,Milano,1998, pag.563.

Antes de analizar los supuestos de la norma, debemos tener en claro que el sustento de la tutela posesoria se basa en la **paz jurídica**, de ahí que se limita el uso de la justicia a mano propia, así también lo puntualiza Westermann: *"recuperación de la posesión solamente puede ser admitida dentro de estrechos límites, pues de lo contrario nunca se lograría que se pacificase el estado posesorio y, con ello, que se instaurase la paz jurídica"*[7].

De acuerdo a la norma citada, se puede interpretar literalmente dos supuestos:1) cuando el poseedor está sufriendo actos de perturbación, 2) cuando el poseedor se ha visto despojado del inmueble.

El primer supuesto, está permitido que el poseedor repele por la fuerza los actos perturbatorios o de intención de despojo sin excederse en su uso más allá de su defensa. Es debido a que dicho supuesto está cimentado en la legítima defensa[8]. El segundo supuesto, en este caso el despojo ha sido consumado, pero aún el poseedor puede ejercer la fuerza para recobrar su posesión en un plazo inmediato. ¿De cuánto es el plazo? La jurisprudencia alemana ha establecido un plazo de 24 horas[9].

En resumen, podemos inferir algunos fundamentos esenciales de la autotutela posesoria:

1. Es inusitado, debido a que pocos códigos civiles contemporáneos han institucionalizado la autotutela posesoria.

---

7 WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Karl-Heinz, DIETER, Eickmann. "*Derechos Reales*", Vol. I, Traducción de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia, Bruno Rodríguez-Rosado, Séptima edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998,pag.269.

8 La doctrina alemana, si bien es cierto comparte la idea de que el sustento de la autotutela posesoria es la legítima defensa, ha inferido una diferencia, en que una defiende a la persona y la otra a los bienes. Cfr.: WOLFF, Martin. "*Derecho de Cosas*", En: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *"Tratado de Derecho Civil. Parte General"*, Tomo III, Volumen I, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1936, pag.109.

9 Es curioso que Westermann al mencionar el plazo de 24 horas, diga que la jurisprudencia ha sido generosa. Se imaginan lo que diría de nuestro ordenamiento, que establece 15 días con la nueva "modificación". Cfr.: WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Karl-Heinz, DIETER, Eickmann, *"Derechos Reales"*, Op.cit. pág., 270.

2. Es excepcional, ya que la regla es la protección vía judicial y no la justicia a mano propia.
3. Es proporcional, la fuerza está basado en el principio de legítima defensa.
4. Es inmediata, según el derecho comparado en un rango de 24 horas.

3.- LOS MOTIVOS POLÍTICOS-ECONÓMICOS DE LA "MODIFICACIÓN"

En este acápite nos correspondería abordar la modificación del artículo 920, pero creemos necesario analizar primero la Ley Nº 30230 *"Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la inversión en el país"*, con la finalidad de comprender las razones qué dieron merito a la "modificación".

La citada ley no ha tenido un desarrollo pacífico, aforadas críticas desde todos los sectores han mellado su discurso de ser *"el salvataje de la desaceleración económica"*. Dichos sectores inconformes representados por más de 100 organizaciones ambientales entre nacionales e internacionales, la defensoría del pueblo e inclusive las Naciones Unidas han criticado el "paquetazo"[10] porque se han vulnerado los principios básicos del desarrollo sostenible.

Este descontento puede ser explicado mejor con algunas cortas preguntas:
¿Qué origino la Ley? La Ley se crea ante la desaceleración económica peruana sufrida los últimos semestres. El "milagro económico peruano" de casi un crecimiento del 9% era solo una ilusión producto de la alza de precios de

10 Esto es preocupante aún más cuando el Perú será la sede de la COP 20 en el 2014, que es una Conferencia Mundial sobre el Clima donde se reúnen los países miembros de la ONU. Debido a la ley más de 100 organismos entre nacionales e internacionales han cuestionado la participación peruana como sede. Cfr: *"Preocupación internacional en torno al liderazgo peruano en la COP 20"* (online), fecha de consulta 26 /08/14, disponible en: http://grupoperucop20.org.pe/. Cfr.: Manuel Pulgar Vidal *"No le han cortado los brazos al ministerio del Ambiente" en Semana económica"*, recurso disponible: http://semanaeconomica.com/article/economia/139083-manuel-pulgar-vidal-no-le-han-cortado-los-brazos-al-ministerio-del-ambiente/; *14°Reporte del Observatorio de Conflictos Mineros del Perú*, correspondiente al primer semestre de 2014. Fecha de consulta 26/08/14, recurso disponible en la página web(online): http://www.cooperaccion.org.pe/OCM/XIV_OCM_2014-07-15.pdf

los "commodities" en el mercado internacional. Ahora ante su caída, el Perú se ha despertado de su ilusión, viéndose ahora que sigue siendo un país mercantilista primario-exportador, con una baja presión tributaria y escaza inversión en proyectos sociales[11].

¿Para *qué se creó la ley?* Dicha ley tiene la finalidad de resolver el descenso de la inversión privada. De acuerdo al último informe de Julio del BCR, la inversión privada ha caído en los sectores más importantes del país: minería, manufactura y pesquería. Lamentablemente, las políticas económicas en el Perú siguen siendo depredacionistas y mercantilistas, ya que solo se sustenta en bienes no renovables.

¿Cuáles son los alcances de la ley? Los cambios producidos han sido a todo el sistema jurídico. Ha originado cambios principalmente en la legislación tributaria, ambiental y urbanística. No obstante, nosotros analizaremos, debido a la ponencia, solamente el aspecto del impacto de la inversión inmobiliaria en la Ley.

El Perú está sumergido en una burbuja inmobiliaria, basándome en los criterios del connotado economista Nouriel Roubini[12], ya que el precio de las casas son muy altas, los créditos hipotecarios aumentan, el precio del inmueble no coinciden con el desarrollo productivo (PBI) y aún menos con el sueldo de los trabajadores.

---

11 Véase el último informe de la BCR con respecto al último balance del semestre económico (Ene-Jul), el crecimiento ha sido calificado inclusive como una "recesión económica": 1) Sector minero, %0,4; 2)sector manufactura,%0,2;3)sector inmobiliario; %2,0; a su vez la inversión pública y privada ha sido casi nulo" en: *http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2014/julio/reporte-de-inflacion-julio-2014.pdf*

12 Nouriel Roubini, el famoso economista por avizorar la crisis inmobiliaria norteamericana, estableció dos variables: ***en primer lugar***, que tan grande están subiendo los precios de las viviendas en comparación con el aumento de los ingresos de los individuos. ***La segunda variable*** es el precio de la vivienda entre la renta que recibirían por la misma, la tercera es el crecimiento de las deudas hipotecarias -identificando si es que son riesgosas o no-, y la calidad de la supervisión de las hipotecas. Basados en estos factores entre las economías avanzadas como Canadá, Suiza, Suecia, Noruega e incluso Alemania y Francia, se está hablando de lo que podría ser una burbuja, declaró. Cfr. ROUBINI, Nouriel *"Why Central Banks Should Burst Bubble"*, Roubini Global Economics, New York, 2006.

Es en este contexto económico decadente y especulativo que se intenta promover esta Ley N° 30230. No hace falta decir que dicha ley solo generará falsas expectativas y aumentará aún más la especulación. Ya lo decía Paul Krugman *" Gran parte del éxito aparente de la industria financiera(Citigroup) ahora se ha revelado como una ilusión"*[13]; el Perú toma una vía errónea, así como lo tomaron en su momento la legislación española. ¿Quién dijo que la Ley no influye en la economía?.

Finalmente, esta Ley no solo es antieconómica[14] y especulativa. Sino también inconstitucional ya que ha sobrepasado diversos derechos, en cada uno de sus artículos propuestos, este análisis sobrepasa los límites del presente artículo pero si revisan la norma podrán disentir vulneraciones al derecho a la vivienda, la paz, el medio ambiente y sobre todo los derechos de las comunidades nativas y pueblos indígenas[15].

4.- LA NUEVA NORMA

Con la modificación del artículo 920 del Código Civil[16] efectuada por la Ley N° 30230 publicada el 12 de julio último, el tenor de aquella norma ha quedado de la siguiente manera:

---

13 KRUGMAN, Paul " *Making Banking Boring*". fecha de consulta:01/09/14. recurso disponible en: www.newyorktimes.com/2009/04/10/opinion /10krugman.html?_r=0

14 Hay economistas en el Perú que plantean un camino diferente al propuesto por esta ley: Cfr.: GONZALES Izquierdo, Jorge *"Sobre la diversificación productiva del país* ",en el diario: Gestión, *martes 19 de agosto*, pp.21; CASAS Tragodara, Carlos" *Supply side economics criolla*" en el diario Gestión, lunes 18 de agosto, pp. 23.

15 Véase el excelente informe legal *Juan Carlos Ruiz Molleda* del Instituto de defensa Legal, sobre el impacto de la ley en las propiedades colectivas de las comunidades nativas y comunidades indígenas, fecha de consulta 30/08/14, recurso disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc26062014-172037.pdf

16 En su versión original el artículo 920 del Código Civil establecía que: "*El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias*".

"El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. ***La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión***. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.

El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.

La Policía Nacional del Perú así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.

En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción regulada por el artículo 950 de este Código".
(el resaltado es nuestro)

4.1) Ideas preliminares para una mejor interpretación:
El derecho y la ideología son dos elementos inseparables desde el momento en que las normas son producto del ser humano, por ende histórico. Así lo concebía el jurista francés Léon Duguit" *no hay nada definitivo en el mundo: todo pasa, todo cambia; y el sistema legal desarrollado será cambiado por otro en algún momento, y que los juristas del futuro tendrán que estudiarlo"*[17].

Es por ello que para un mejor comprensión del contenido y la redacción se debe conocer las intenciones del legislador, y tal propósito está plasmado en la *"exposición de motivos"* del proyecto de Ley N° 3627/ 2013-PE, documento que origino la Ley N° 30230. El referido Proyecto ha sido propuesto por el Ejecutivo supeditado a los "lobbys empresariales" con la finalidad

17 DUGUIT, Léon *"Les tranformations Genérales du Droit Privé depuis le Code Napolean"*. Libraire Félix Alcan, Paris, 1912, pag.7

de impulsar la inversión privada del país, sin importarle el respeto de la gobernabilidad y la democracia, es una prueba veraz de este desafuero los llamados "cornejoleaks"[18].

Así, se puede colegir tras la lectura de la "exposición de motivos" que la estructura y la redacción del nuevo artículo 920 tiene un sujeto específico, las inmobiliarias y su inversión. No obstante, aunque la norma no haya sido pensada y no tenga el propósito, procuraremos analizar la norma con otros sujetos, del ciudadano de pie, aquel que construye un segundo piso con tanto esfuerzo para alquilarlo o aquel que arrienda un terreno mientras él vive en un maltrecho departamento.

4.2) Análisis técnico-legal de la norma

La norma puede enmarcarse en tres supuestos, los cuales abordaremos para su posterior crítica

1. "El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. ***La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión***. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.
2. ***El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.***
3. ***En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción regulada por el artículo 950 de este Código".***

4.2.1- ¿Acaso dejamos de ser importadores de categorías jurídicas?

En nuestro sistema jurídico existe una costumbre maniaca de importar categorías jurídicas sin un debido uso de la metodología comparatista; es por

18 "Cornejoleaks", son los correos donde se puede leer la presión del Ministro de Energía y Minas, Mayorga, al Ministerio del Ambiente para que no intervenga en las minas y pueda facilitar la promulgación de la ley del "paquetazo".

ello que infructuosamente el código civil de 1852 quiso ser francés, el de 1936 quiso ser alemán y el de 1984 quiso ser Italiano. Pero ahora parece que la historia ha cambiado, el Perú ha creado una figura única en su tipo: ¿Será cierto?

EL Código Civil de 1936(art.830) fue el primero que regulo la "autotutela posesoria". Influenciado básicamente por el Código Civil Alemán (BGB; §.859), Suizo (ZGB; art. 926) y argentino(art.2470). Su objetivo, según Oliveira[19], era el otorgar una defensa inmediata contra los despojos frecuentes en nuestro estado social embrionario. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia no desarrollaron un marco teórico de dicha categoría jurídica.

El actual C.C. de 1984 (art.920), reprodujo literalmente el art.830 del anterior código. A causa de ello, la maestra Maisch von Humboldt[20], criticó arduamente esta pasividad del legislador debido a que la norma debía haber sido modificado por su parquedad y vaguedad. Lamentablemente, la maestra no pudo modificarla debido a su ingreso tardío en la Comisión de Derechos Reales para la codificación de nuestro actual código.

En contracorriente a nuestra tradición, el nuevo art. 920 (publicada el 12 de julio del 2014) brilla por su originalidad nacional e internacional. No obstante, los cambios abruptos a veces implican determinación y en otras imprudencia. Es en mérito de lo último, como se logra explicar las particularidades de la norma. En la exposición de motivos[21] está ausente cualquier referencia a algún código civil contemporáneo, y tiene una incompleta justificación al cambio de los principios de la "autotutela posesoria". En contrario, se devela los intereses políticos- económicos que posee el gobierno supeditado a los "lobbys empresariales", cuando se interpreta toda la ley N°20320 que justifica la modificación del art.920.

19 Véase la *Exposición de Motivos del Código Civil de 1936* en: GUZMAN Ferrer, Fernando" Codigo Civil", T.2, Ed. Cultural Cuzco, 1982, pag.893.

20 Véase *Exposición y Comentarios del Código Civil de 1984* en: REVOREDO De Debakey, Delia"Codigo Civil" ,T.V, 2 edición, 1988, pag.172.

21 Véase la *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N°3627/2013-PE*, dicho documento origina la Ley N°30230.

4.2.2- Otra vez, las omisiones de la nueva norma

La "modificación" sigue adoleciendo de las mismas omisiones que tenía su predecesora. Craso error puede ser enmarcado en tres supuestos:

Primero, no se hace mención a los ***"actos perturbatorios"***. En la dogmática civil se ha establecido que el poseedor posee el derecho del uso de la fuerza contra los actos de perturbación y los actos de despojo. Lamentablemente, nuestro legislador ha basado el supuesto normativo solo para los actos de despojo. A diferencia del código civil alemán, en la categoría de privación ilícita (Verbo tene Eigenmacht) en el parágrafo 858 y a su vez el código art 928 del código civil suizo[22] que expresamente estipulan los actos de perturbación.

Segundo, la norma sigue omitiendo regular la ***"desposesión clandestina"***. Así, existe el despojo que se produce sin el conocimiento del poseedor y sin el ejercicio de la violencia. ¿Se podrá proteger al poseedor que no estuvo en casa y no tenía conocimiento del momento del despojo? De acorde a la "modificación" no se podrá recurrir a la autotutela. Sin embargo, el ordenamiento alemán otorga dicha protección, y la doctrina nos otorga un ejm. *Imaginemos que Carlos sale de su casa para ir al aeropuerto en un viaje ya programado, pero por algunas inconvenientes pierde el vuelo y regresa a casa después de unas horas; cuando llega a casa se da con la sorpresa que alguien está ocupando. ¿Podrá Carlos ejercer autotutela posesoria? Sí, en Alemania pero sólo si se encuentra del plazo establecido que según su jurisprudencia es de 24 horas ¿y en el Perú? La protección es incierta, no lo tipificamos.*

Finalmente, la norma ha omitido cualquier referencia al ***"servidor de la posesión"***. En base a la "modificación" el único legitimado a ejercer la fuerza es el poseedor inmediato, limitando aún más la protección posesoria. A diferencia de otras legislaciones donde se extiende este poder al servidor de la posesión (BGB ZGB). ¿Quién podrá ejercer la autotutela si nos vamos de

22 Código Civil Suizo en su artículo 926.2: *"Cuando la cosa le ha sido arrebatada mediante violencia o **clandestinamente**, puede recuperarla inmediatamente, expulsando al usurpador si se trata de inmuebles, o arrebatándola al ladrón sorprendido en flagrante delito o detenido en su fuga, si se trata de cosas muebles"*

viaje o paseo? No es otro que el guardián o familiar encargado en el domicilio. Es debido a ello que el parágrafo 860 del código civil alemán estipula claramente dicho supuesto.

4.2.3- Vulneración a la inmediatez de la autotutela: 15 días de conflicto. Existen pocos juristas que tienen el poder de convertir cada una de sus palabras en una "máxima" del derecho. En definitiva, Rudolf Jhering tiene tal poder, estudioso del derecho romano y germánico nos legó la esencia de la protección de la posesión. Así, Ihering buscaba la naturaleza de la protección posesoria preguntándose ¿Por qué se protege la posesión?, podemos intentar responderlo con sus propias palabras, dice:

> *"(...)ist völlig gleich*gültig, *wenn die Besitzestörung ihre Richtung nicht gegen den Besitz, sondern gegen die Person nimmt."*
> *Der Schutz gegen das darin liegende unrecht ist nicht eine Frage der Zweckmäßigkeit und des Bedürfnisses sondern eine einfache Sache der Consequenz"*[23]
>
> *("el derecho") es totalmente indiferente cuando las perturbaciones al predio se dirigen contra la posesión, pero no cuando se dirigen contra la persona.*
> *La protección contra las perturbaciones de la posesión no son una cuestión de funcionalidad o necesidad, sino solamente una simple consecuencia (trad. libre)*

En estas palabras dichas por Ihering, podemos colegir que la protección de la posesión protege primordialmente a la persona, a su seguridad y a la paz; y solamente como efecto coadyuvante se protege la relación fáctica de la posesión. A consecuencia de dicha protección, se cimenta una sociedad en base de la presunción de la propiedad con la finalidad de construir una sociedad civilizada. En pocas palabras, *" la protección de la posesión es la protección de la paz jurídica, entendida como la prohibición al uso de la justicia por mano propia"*.

No obstante, la necesidad de una rápida intervención ha conllevado, por excepción, a crear la categoría de la "autotutela posesoria", dando así po-

23 JHERING Rudolf "*Ueber den Grund des Besitzeschutzes: Eine revision der lehre Besitz*", Maute's Verlag, Jena 1869, pag.10

der al particular para defenderse bajo los *principios de la legítima defensa, teniendo esta la esencia de ser una reacción inmediata y proporcional al acto perjudicial.* Es por ello que los ordenamientos contemporáneos han entendido como reacción inmediata, la reacción dentro del transcurso de 24 horas después de cometido el acto de perturbación o despojo.

En contracorriente nuestra nueva norma ha establecido 15 días para el uso de la fuerza, revelándose así a la historia jurídica, a la tradición, la doctrina y los códigos civiles contemporáneos. En perjuicio de ello ha vulnerado principios y derechos fundamentales como el derecho a la paz y la tranquilidad. Es a partir de ahora, donde el Perú se convierte en un estado social decadente.

4.2.4-El criterio subjetivo de la autotutela posesoria, ¿La extinción de los interdictos?

Otra vez contra la corriente, la modificación ha establecido el criterio subjetivo como el mecanismo para el correr de los plazos de prescripción. Así, la "modificación" establece que:*"(...) La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión."*

En consecuencia, el criterio subjetivo generará problemas en diversas aristas como:*1) En la prueba,* la "praxis" ha demostrado que probar el conocimiento efectivo es complicado e incierto, y que muchas veces es juzgado arbitrariamente; *2) en la inmediatez de la autotutela posesoria,* pudiéndo de ese modo el despojado ejercer la autotutela muchos años después de ejercerse el despojo;*3) en los interdictos,* no existe una armonización entre el criterio objetivo de los interdictos (Artículo 602 del C.P.C) y el criterio subjetivo de la autotutela.

Imaginemos un caso, *"Ricardo después de años de trabajo decide pasar unas largas vacaciones de dos años en Europa, dejando su casa cerrada por todos los lados posibles. A pesar de ello, a los meses un sujeto irrumpe en el predio con sus muebles para vivir. Terminan las vacaciones, Ricardo llega a su casa y se da con la sorpresa que el sujeto vive ahí con todos sus hijos. ¿Qué podrá hacer Carlos? Según nuestro nuevo ordenamiento Ricardo tendrá 15 días para poder ejercer la fuerza y echarlo a la fuerza de su*

predio. Pero incoherentemente ya no posee ningún interdicto, ya que estos prescriben al año".

En consecuencia, esta modificación permitirá que la autoutuela posesoria sea la regla y los interdictos sean la excepción. No puede existir algo más ilógico e irrazonable, la autotutela siempre ha sido un medio de excepción, así lo clarifica Wolff : *"(...) esta facultad de proceder directamente no deja de ser una excepción rarísima. Por lo general, el titular no estará asistido de esta facultad(...)"*[24].

4.2.5- El supuesto en pro de las inmobiliarias

El segundo supuesto de la "modificación" es el más grande equívoco de la norma. No solo ha afectado las instituciones del derecho privado, sino que ha develado que la norma creada tiene una finalidad económica –política en favor de un sector.

En el ámbito jurídico, la "modificación" ha vulnerado en diversos aspectos: *1) a la inmediatez*, ya que en este especial supuesto el propietario podrá ejercer la defensa posesoria extrajudicial dentro de los 10 años; *2) a la posesión*, ya que para ser considerado poseedor (art. 896 del Código Civil) bastará tener un título sin haber ejercido posesión; *3) a la tutela posesoria*, el supuesto referido otorga al propietario no poseedor un medio defensa que se ha forjado históricamente para el poseedor;-*4) a la presunción de la propiedad* (art. 912 del C.C.), el poseedor poseía esta presunción en pro- de su seguridad personal y el resguardo de la paz jurídica.

Establezcamos un caso, por cierto real, de una propietaria con una extensión de su propiedad de casi 1 700 000 km2 de terreno eriazo, en un pueblo de un área de 475, 47 km2 y con densidad poblacional muy alta. No es acaso un principio de la propiedad, la posesión y la prescripción adquisitiva, el uso más eficaz y útil de los predios. Está norma no sólo generará más injusticia al poblador que vive asinado, sino que generará que los grandes propietarios no usen o inviertan en sus tierras debido a que la norma, le otorga 10 años para querer hacerlo, e inclusive con tan solo su título podrá usar la autotutela posesoria.

24 WOLFF, Martín. "*Derecho de Cosas*", Op. Cit. pág. 69.

Por otro lado, las inversiones inmobiliarias son las únicas beneficiadas ante estos perjuicios. Tal vez no se pueda observar el interés económico –político detrás de la modificación, pero si lo podemos encontrar claramente en la exposición de motivos de la referida ley N° 30230. Quizás por un desliz o descuido de la exposición de motivos, confesando que la norma es en pro de las inmobiliarias o los grandes propietarios, dice: *"Luego, el artículo no considera que el **propietario de inmuebles** sin construirlo o en proceso de construir requiere de mecanismos efectivo de protección de su posesión frente a invasores.(...)"*[25].

4.2.6- ¿Tutela posesoria o tutela propietaria?

El último supuesto establece que: *"En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción regulada por el artículo 950 de este Código"*. De esta manera la modificación no tanto solo ha suprimido la naturaleza de la tutela posesoria, sino también ha vulnerado un derecho fundamental, la legítima defensa.

De acuerdo a lo mencionado, Jhering estableció que la tutela posesoria se fundamentaba en un deber social de defensa, dice en su libro "Der Besitzwille":

> *"(...)wer mir dieselbe zu entziehen sucht, tastet meinen Willen und damit meine Persönlichkeiten, die ich zu behaupten juristisch ebenso berechtigt wie social genöthigt bin."*[26]
>
> *"Quien busque vulnerar mi poder sobre la cosa, vulnera mi voluntad y mi personalidad, pero tengo el derecho de defenderme respaldado juridicamente como socialmente" (traducción libre)*

Dicho supuesto, que vulnera la legítima defensa, es claramente dirigido a los casos de arrendamiento de inmuebles, pretendiendo otorgar violencia legítima para un desalojo arbitrario contra el poseedor precario. De esta manera a contravenido varias normas de nuestro código civil, veamos: 1) al

25 Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N°3627/2013-PE, pag.85.

26 IHERING, Rudolf von, *"Der Besitzwille: Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode"*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1889, pag.48.

poseedor precario (art. 911 del C.C.), dicho supuesto limita la categoría de poseedor al precario al no otorgarle la autotutela posesoria, defensa básica de cualquier poseedor; 2) a la presunción de propiedad (art. 912 del C.C.), ya que el supuesto de no oponibilidad del poseedor inmediata al mediata, se amplia a todos los demás casos de precario; 3) a la defensa de los actos "perturbatorios" (el derogado artículo 920 del C.C), 4) a la naturaleza de la tutela posesoria (Art. 598 del C.C)

Así en un primer caso de actos perturbatorios: *"un arrendatario que no ha pagado sus mensualidades, convirtiéndose en precario, y su arrendador molesto comienzo a perturbarlo con ruidos, echarle basura, insultos,etc. Contra dichos actos el arrendatario no podrá ejercer la autotutela posesoria , ya que de lo contrario sería procesado penalmente según el art.417 del código penal"*[27].

Por otro lado, en un caso de acto de despojo: *"el mismo precario, que ante un caso de desalojo forzoso, termina en una gresca con el propietario, ocasionándose ambos mutuamente daños considerables.* ¿Quién responderá por los daños *sufridos? En este caso solo el arrendatario, al no poseer el derecho a la autotutela posesoria, tendrá que responder penalmente(art.417 del Código Penal) e indemnizar los daños y perjuicios(inc.2 artículo 1971 del Código Civil)".*

Concluyendo, la referida norma ha transgredido todo ámbito de razonabilidad jurídica, vulnerando los principios básicos de convivencia social y seguridad jurídica. ¡Ojalá Dios nos coja confesados!.

27 Artículo 417 del código penal peruano.- Ejercicio arbitrario de derecho-Justicia por propia mano *"El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas."*

5.- ANTECEDENTES DE UNA CONCEPCIÓN NEOLIBERAL: *Las propuestas legislativas y doctrinarias de los últimos años.*

La nueva modificación no es tan original como parece, en los últimos años lo han precedido propuestas partidistas como el *proyecto de ley N°219-2011-CR* que planteaba un plazo de 72 horas para recuperar el inmuebles; *proyecto de Ley N°3357-2013-CR* que planteaba al igual que esta modificación, la ampliación de 15 días para ejercicio de la autotutela posesoria.

A esto se suma leyes en los últimos años que han pretendido ser el salvataje de estos problemas, pero ocasionando no más que falsas esperanzas y mayor angustia; se puede mencionar la *Ley N° 30199(18/05/14) "Ley que modifica el art.603 del código procesal civil sobre interdicto de recobrar"*[28] y *la Ley* N° *30201 "Ley que crea el registro de deudores judiciales morosos"*[29].

Y por último, encontramos las propuestas de catedráticos con una visión neoliberal, que planteaban hace mucho el aumento del plazo a 72 horas con una visión pro-inmobiliaria, En merito a ello, planteaban que la solución solamente radicada en la autotutela posesoria o en la desjudicialización de las defensas posesorias. Inclusive a pesar de aceptar que la nueva norma generara abusos del propietario, apoyan a la norma diciendo: pero ¿Quién abusa más?,

---

28 Pretendió implantar una medida cautelar, mientras que mediante una interpretación sistemática se podía colegir que si existía una medida cautelar para los interdictos. Véase: GUERRA Maria Elena *"Se requiere una medida autosatisfactiva para una real tutela express"* pág. 180; Valverde, Luis Alfaro "¿Medida cautelar o técnica anticipatoria sobre derechos posesorios?" pág. 182; CARRRANZA Alvarez *"La posesión provisional en el interdicto de recobrar"*, pág. 184 en: Gaceta Civil y Procesal civil, tomo 11,lima, mayo 2014.

29 Ley que pretendía forjar a un desalojo por 15 días, que no fue más que una simple ilusión, e implantar un registro de deudores morosos, que vulneraba los derechos de carácter procesal como el "principio de doble instancia", al imponer que se necesitaba solo sentencia de primera instancia para registrar al moroso. Cfr.: NINAMANCCO Cordova *"Notas criticas sobre la denominada ley de inquilinos morosos"* pag.25 y ss; LAMA More Hector *"Sentencia con condena de futuro con nuevas reglas: Critica a la nueva regulación"* pag. 13; SORIA Aguilar Alfredo *"Registro de deudores judiciales morosos y desalojo célere: Breves apuntes sobre la ley N 30201"*, pag.19; ROCA Mendoza, Oreste, *"El registro de deudores judiciales morosos: impacto no profundo en beneficio de los acreedores"* pag.31 en : Gaceta Civil y Procesal civil, lima, tomo 12 junio, 2014.

aplicando de ese modo la visión rancia de la "Teoría de los dos demonios" que justificaba el uso de la fuerza de los gobiernos dictatoriales[30].

En lo particular, soy consciente que en el País existe un grave problema con las invasiones de terrenos públicos y privados, y a su vez una amalgama de inquilinos morosos; pero la forma de legislar o las propuestas mencionadas buscan una solución pragmática en desmedro de derechos fundamentales..

Concluyendo, se ha designado erróneamente las causas de los problemas. Las autoridades no han analizado la situación de la realidad peruana. El Perú constituye uno de los más altos índices de un fenómeno mundial llamado" The century of displacement"("El siglo de los desplazados")[31]. Esto debido a la alta densidad poblacional en las ciudades, conflictos socio- ambiental y la excesiva violencia. ¿Acaso creen que el legislador haya pensado esto?

6.- PROPUESTAS

6.1- Propuesta principal- Propongo interponer una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 67 de la ley N°30230 que modifica al art.920 del código civil, debido a que dicha norma vulnera los artículos 2.9(Inviolabilidad de domicilio), 22 ("derecho a la paz y la tranquilidad pública"), 23 (legítima defensa) y 195.8 ("acceso a la vivienda") de la Constitución.

6.2- Propuesta secundaria- La supresión de la vetusta división de los procesos posesorios en procedimientos interdictales y las acciones posesorias. Por consiguiente, la propuesta consiste en la unión de los procedimientos mencionados, con la finalidad de convertirlo en un solo procedimiento con dos fases:

---

30 Véase: MEJORADA Chauca, Martin: *"DEFENSA POSESORIA EXTRAJUDICIAL ¿El artículo 920°, 921° del C.C. y el artículo 603° del C. P. C. es suficiente?",disponible en: http://studiumlegis.blogspot.com/2014/08/defensa-posesoria-extrajudicial-el_11.html; "La recuperación de bienes a manos propias", disponible en:* http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2014/06/26/la-recuperacion-de-bienes-por-mano-propia/.

31 Véase: El folleto N° 25 de la ONU sobre "el siglo de los desplazado" en: *"Fact Sheet No.25, Forced Evictions and Human Rights"*, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet25en.pdf.

La primera fase, consistente en la fase interdictal con el objetivo de otorgar medidas urgentes anticipatorias en un procedimiento de cognición sumaria, las cuales tendrán una función cautelar. Así mismo, el juicio finalizará con una resolución que no tendrá carácter de sentencia, además de ser un requisito previo para la segunda fase.

La segunda fase, con el objetivo de tomar una decisión definitiva (sentencia) sobre el merito, determinará la licitud de la posesión, la existencia de peligro ante un daño irreparable y la responsabilidad de las partes, en un procedimiento de cognición plena.

6.2.1- Exposición de Motivos

La mencionada propuesta surge ante los diversos problemas de nuestro procedimiento interdictal: 1) procedimientos larguísimos sin reparar en los riesgos; 2) procesos interdictales que arriban hasta la Corte Suprema,3) la existencia de un proceso dividido en sumario y cautelar en el mismo procedimiento interdictal (artículo 603 del C.P.C.).

Es debido a los antes mencionado que recurrimos a la historia y al derecho comparado en favor de una solución. Y es así como encalamos nuestra propuesta en las bases procesalistas del derecho romano y el procedimiento alemán e italiano.

Describiendo lo mencionado, los procesos posesorios desde su creación en los comienzos del derecho romano clásico, han sido por esencia vertiginosos debido a la necesidad de prevenir el daño y hacer efectiva la protección del bien al despojado o perturbado. En virtud de ello, los procesos interdictales eran diferentes a las acciones ordinarias, el primero finalizaba con un Edicto del Pretor ("Privatmann") o el presidente de una provincia y se desarrollaba bajo el proceso formulario, a diferencia del segundo, que terminaba necesariamente con el Edicto del Iudex(Judex).[32] Así, se comenzaba el proceso con el interdicta retinandae possessionis o la interdicta recuperandae, y posteriormente el pretor mediante los edictos, mandamientos y

32 SAVIGNY, Friedrich Carl von, *"Das Recht des Besitzes: Eine civilistische Abhandlung"*, Gießen: Heyer , 1803,pag.328 , 329.

prohibiciones, resolvía cada caso sin conocimiento de causa[33]. Lamentablemente, en el derecho justinianeo desaparece la protección posesoria por vía interdictal, al perder su antiguo carácter, estos litigios comenzaron a resolverse por vía ordinaria, y es por ello como el nombre interdicta no será más que un recuerdo en el Corpus Iuris Civilis[34].

A pesar del aporte romano, el causante de los procedimientos modernos fue el derecho canónico. Los códigos europeos más importantes(Italiano, Alemán y Frances) han basado sus procedimientos posesorios en el connotado "*sumarissimii possessorii*". A pesar de ello existia aisladamente, el procedimiento vetusto del código procesal español que dividía el proceso posesorio en un sumario y el otro plenario, que luego se exportará a los códigos latinoamericanos.

Dicho proceso, "*summarissii possessorii*", se basó en la concepción de un solo procedimiento conformado por dos fases. El maestro Hector Lafaille explica mejor sus fundamentos" *esta instancia se producía en la siguiente forma: cuando en un juicio la autoridad judicial sospechaba que dos o mas personas que se disputaban la posesión podían llegar a las vías de hecho u otro procedimiento que perturbara el orden social, dicha autoridad por su propia iniciativa realizaba una indagación o sumario, a raíz del cual decidía quién asumía la posesión provisoria durante el juicio. De este modo se evitaban en discusiones que en esas épocas se traducían casi siempre en violencias armadas.*

(Prosigue el autor) Posteriormente este procedimiento se generalizó de manera que siempre al entablarse una demanda posesoria, el juez resolvía previamente a quien correspondía la posesión mientras la demanda se resolvía.

Recién después de tomada esta medida preventiva que se llevaba acaso sin audiencia de las partes, entraba a discutirse la acción posesoria. De modo

33 JÖRS, Paul, "*Derecho Privado Romano*", trad. L.Prieto Castro, Ed. Labor, Madrid, 1937, pag.168.

34 SOHM, Rodolfo, "*Instituciones del Derecho Privado Romano: Historia y Sistema*", trad. W.Roces, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, pág. 258.

que el summariissimum no tenia nada que ver con lo que se podía resolver después en la acción posesoria"[35].

Lamentablemente nuestro ordenamiento **acogió** al vetusto procedimiento español. Es debido a esto que nuestros procedimientos interdictales son ineficientes, ya que permite guiar dos procesos distintos al mismo tiempo(el proceso interdictal y posesorio) e inclusive el procedimiento interdictal puede llegar a la Corte Suprema, perdiéndose dos años (en promedio) en engorrosos procesos sin una devolución del predio o la prevención del daño. A este tiempo sumémosle, el procedimiento de las acciones posesorias llevadas en un proceso de conocimiento. El proceso argentino también poseía los problemas descritos, es debido a ello que el maestro Lafaille criticó duramente está división innecesaria, dice:

> *"Los interdictos se han convertido en un procedimiento tan largo como la propia acción petitoria. Esto explica porque la división entre sumario y plenario de la posesión no se ha mantenido en el hecho"*[36].

En consecuencia, proponemos una reforma de los procesos interdictales y posesorios, recepcionando los aportes que nos brinda el derecho comparado. Entre ellos principalmente el ordenamiento procesal Alemán e Italiano, así podemos observar algunas características del proceso civil italiano:

> *"El juicio se desarrolla en dos sucesivas fases de las cuales la primera se funda en una fase interdictal con cognición sumaria, y que termina jurídicamente con la orden de reintegraccion, de competencia en todo caso del pretor, el cual debe constar sobre todo el acontecido despojo asumiendo noticias incluso informalmente, y debiendo ser notorio el hecho*[37]*. En segundo lugar sobre el plano jurídico, el pretor debe valorar exclusivamente si existe in fumus boni iuris del recurrente, esto es por decir la no manifiesta improcedencia de la pretensión desde el punto de vista de la legitimación. Se impide a la demanda recurrir a la segunda hasta que en la primera fase se defina la decisión*[38]*. Emitido la*

35 Lafaille Hector, *"Curso de derechos Reales"*, T.I, edi. Biblioteca Juridica Argentina, Buenos Aires, 1926, pág. 214.

36 Ibíd. pág. 219.

37 SACCO, Rodolfo y CATERINA, Rafaele, *"Il Possesso"*, Seconda edizione, Giuffré Editore, 2000, pág. 350.

38 BALENA Giampiero, *"Istituzioni di Diritto Processuale Civile"*, Volume III, Cacucci, Bari 2010, pág. 286.

providencia de urgencia que, como tal, es provisoria y meramente cautelar, se inicia la segunda fase del juicio, aquella que da merito al juez competente por cuantía (que podría ser el mismo pretor, pero podría también ser el tribunal y que termina con una sentencia definitiva que valora la procedencia de la pretensión en base del ordenamiento jurídico y puede, eventualmente, rechazar la demanda, incluso si te da la reintegración hubiese sido ordenada provisionalmente por el pretor: es claro que una cosa es valorar el fummus boni iuris, y otra cosa es juzgar en vía definitiva en base a una completa instrucción sobre los hechos)[39].

En conclusión, nuestro procedimiento interdictal ha sido recepción de un procedimiento antiguo de la edad media, debido a la pasividad y limitación de nuestros legisladores, seguro por el idioma, hemos solo podido recepcionar los aportes vetustos de la doctrina procesal española. Ignorando los avances de la doctrina procesal francesa, alemana e italiana, en la materia de interdictos. Si bien es cierto todas estas diversas entre sí, poseen un tronco común, el "sumarissimii possessorii". ¡Ahora es cuando, debemos reforzar nuestras instituciones jurídicas!

7.- PUNTOS CONCLUSIVOS

La "defensa posesoria extrajudicial" es una categoría jurídica creada aisladamente de los aportes de la doctrina y el derecho comparado. Es por ello que ha llegado a contravenir los principios de la "autotutela posesoria": inusitado, excepcional, inmediata y proporcional; y así, ha logrado construir una figura que no encuentra parangón en los códigos civiles contemporáneos.

Los propósitos de la nueva "modificación" yacen en intereses políticos-económicos. La cual se constata en la exposición de motivos en el Proyecto de Ley N°3627/2013-PE, realizando una interpretación social-económica de la ley y sobre todo, en la restringida redacción de los supuestos de la nueva norma.

39 GAZZONI Francesco, *"Manuale di Diritto Privato"*, edizione Scinetifique Italiana, Nápoles, 1998, pag-220

En el ámbito del código civil, la nueva "modificación" ha contravenido en gravedad, principios de trascendentales instituciones del derecho privado, principalmente contra : la posesión (art. 896 C.C.), la posesión precaria(art.911 C.C.), la presunción de la propiedad (art. 912 C.C.), la defensa posesoria(el derogado art. 920 C.C; art. 921 C.C.), la legitimación activa del afectado(art. 598 C.P.C) y los interdictos (art.601-603 C.C.).

En el ámbito constitucional, la nueva "modificación" vulnera los artículos 2.9 (Inviolabilidad de domicilio), 22 ("derecho a la paz y la tranquilidad pública"), 23 (legítima defensa) y 195.8 ("acceso a la vivienda") de la Constitución.

En los últimos años, las reformas legislativas y los aportes de la doctrina peruana tienen una visión neoliberal del derecho y la economía. Se legisla codiciosamente en favor de los propietarios, sobretodo de los empresarios "lobbystas", y en desmedro, de los derechos fundamentales de los ciudadanos, el libre acceso al mercado de rectos empresarios y la libre competencia.

El primer paso a la solución es reformar nuestras instituciones jurídicas a los estándares de una sociedad moderna y globalizada, en el presente caso reformar el proceso de "interdictos" con los aportes que nos brinda las legislaciones modernas a través de una correcta aplicación de la metodología comparatista.

Por último, no se debe incurrir en la necedad de los "economics-lawyers" de propugnar una privatización del uso de la fuerza o la desjudicialización de los procesos posesorios, con el mismo discurso peyorativo y disfemista de las funciones del estado.

BIBLIOGRAFÍA

- JHERING, Rudolf ,*"Ueber den Grund des Besitzeschutzes: Eine revision der lehre Besitz"*, Jena, Maute's Verlag, 1869.
- IHERING, Rudolf von, *"Der Besitzwille: Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode"*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1889.

- SAVIGNY, Friedrich Carl von,"*Das Recht des Besitzes: Eine civilistische Abhandlung*", Gießen : Heyer , 1803.
- MENGER, Anton, " *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen volksklassen*", Vierte Auflage. Verlag der H.Laupp'schen Buchhandlung,Tübingen,1908.
- ROUBINI, Nouriel "*Why Central Banks Should Burst Bubble*", Roubini Global Economics, New York, 2006.
- KRUGMAN,Paul " *Making Banking Boring*" en: www.newyorktimes.com/2009/04/10/opinion /10krugman.html?_r=0
- STOULS Ernest, "Étude *sur la protection de la possession*", Brayet et Retaux, Paris, 1874.
- PETIT, Eugene, "*Traité* Élémentaire *du Droit Romain*", Quatrième edition revue et argumentée, Éditeur Arthur Rousseau,Paris, 1903.
- DUGUIT, Lèon "*Les tranformations genérales du Droit Privé depuis le Code Napoleon*" Libraire Fèlix Alcan, Paris 1912
- WINSCHEID,Bernard, "*Teoria delle Pandette*", trad.Carlo Fadda e Paolo Bensa, Torino, editrice Torinese,vol.1, 1925.
- GAZZONI, "*Manuale di Diritto Privato*", edizione scinetifique Itlaian, Napoles, 2013,
- TRIMARCHI, Pietro "*Istituzioni di Diritto Privato*", Ed.Giuffreë, Milano, 1998
- SACCO, Rodolfo y CATERINA, Rafaele, "*Il Possesso*", Seconda edizione, Giuffré Editore, 2000.
- BALENA Giampiero, "*Istituzioni di diritto processuale civile*", Cacucci,Bari 2010,
- JÖRS, Paul "*Derecho Privado Romano*", trad. L.Prieto Castro, Ed. Labor, Madrid, 1937.
- SOHM, Rodolfo,"*Instituciones del Derecho Privado Romano: Historia y Sistema*", tra. W.Roces, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936
- WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Karl-Heinz, DIETER, Eickmann. "*Derechos Reales*", Vol. I, Traducción de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia, Bruno Rodríguez-Rosado, Séptima edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998,
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín."*Tratado de Derecho Civil. Parte General*", Tomo III, Volumen I, Traducción de

Blas Pérez González y José Alguer, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1936,

- GARCIA del Corral *"Cuerpo de derecho civil Romano"*, tomo 2 segunda parte, Barcelona. 1889.
- LAFAILLE Hector, *"Curso de derechos Reales"* T.1, edi. Biblioteca Juridica Argentina, Buenos Aires, 1926,
- RAMIREZ, Eugenio Maria *"Tratado de Derechos Reales"*, Tomo 1, Rodhas, Lima, 1996,
- GUZMAN Ferrer, Fernando *"Código Civil"*, T.2, Ed. Cultural Cuzco, 1982.
- REVOREDO De Debakey, Delia. *"Código Civil"* ,T.V, 2 edición, 1988

HEMEROGRAFÍA Y OTROS

MEJORADA Chauca, Martin:

- "DEFENSA POSESORIA EXTRAJUDICIAL ¿El artículo 920°, 921° del C.C. y el artículo 603° del C. P. C. es suficiente?", disponible en: http://studiumlegis.blogspot.com/2014/08/defensa-posesoria-extrajudicial-el_11.html;
- "La recuperación de bienes a manos propias", disponible en: http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2014/06/26/la-recuperacion-de-bienes-por-mano-propia/.
- PULGAR Vidal, Manuel,*"No le han cortado los brazos al ministerio del ambiente"*, en http://semanaeconomica.com/article/economia/139083-manuel-pulgar-vidal-no-le-han-cortado-los-brazos-al-ministerio-del-ambiente/
- 14° Reporte del Observatorio de Conflictos Mineros del Perú, correspondiente al primer semestre de 2014.
- Informe del último semestre(Enero-Julio) sobre el desarrollo económico peruano http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2014/julio/reporte-de-inflacion-julio-2014.pdf
- GONZALES Izquierdo, Jorge. "Sobre la diversificación productiva del país", en el Diario Gestión, martes 19 de agosto, pp. 21;
- Carlos Casas Tragodara" Supply side economics criolla":Gestión, lunes 18 de agosto, pp. 23.

- INFORME LEGAL SOBRE LA AFECTACIÓN A LAS COMUNIDADES NATIVAS Y PUEBLOS INDÍGENAS http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc26062014-172037.pdf
- El folleto N° 25 de la ONU sobre "el siglo de los desplazado" en: "Fact Sheet No.25, Forced Evictions and Human Rights", consultado el 30 de octubre del 2014,http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet25en.pdf.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Jueces, activismo, Derechos Humanos y cambio social

*Carlos Alberto Quispe Dávila**

SUMARIO. 1.- Introducción. 2.- El novedoso Constitucionalismo Latinoamericano: Una reacción ante la desigualdad estructural. 3.- Aportes de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, a propósito de la sentencia T-025-200. 4.- Casos estructurales en la jurisprudencia nacional. 4.1. Breve recuento de los orígenes del TC. 4.2. Casuística Constitucional: Problema y Posibilidad. 4.2.1. ¿Tengo derecho a pedirle ayuda al Estado?: Exp. N°2945-2003-AA/TC. 4.2.2. Cuando la indiferencia se articula con la carencia de infraestructura, presupuesto y se afectan gravemente los dd.ff.: apuntes a propósito del Exp. N° 03426-2008-PHC/TC. 5.- Recomendaciones: ¡Aún hay mucho por hacer!. 6.- Bibliografía.

A mi madre: ejemplo de vida, de lucha y perseverancia.

* Alumno de Tercer Año de la EAP de Derecho – UNMSM. Miembro permanente del Taller *Pro Iuris Hominum*. Asistente de la Cátedra de Razonamiento Jurídico en la UNMSM.

1.- INTRODUCCIÓN

<<Siendo Oliver Wendell Holmes magistrado del Tribunal Supremo, en una ocasión de camino al Tribunal llevó a un joven Learned Hand en su carruaje. Al llegar a su destino, Hand se bajó, saludó en dirección al carruaje que se alejaba y dijo alegremente: ¡Haga justicia, magistrado! Holmes paró el carruaje, hizo que el conductor girara, se dirigió hacia el asombrado Hand y, sacando la cabeza por la ventana, le dijo: ¡Ése no es mi trabajo!>>

Ronald Dworkin, La justicia con toga.

¿Ud. ha realizado alguna vez un juicio (cualquiera fuere el motivo)? Si es de los que ha tenido la posibilidad de afrontar uno, ganarlo y lograr su ejecución, pues realmente sepa que ha logrado una *proeza*. Y sí, es paradójico que un estudiante de Derecho –aparente conocedor de las leyes –le diga esto, pues suele pensarse que si uno tiene los argumentos pertinentes y las pruebas necesarias, es más que probable la obtención de una sentencia a su favor; sin embargo –no quiero seguir desanimándolo, pero –la práctica suele demostrar lo contrario.

Este trabajo no pretende teorizar respecto de lo que es justo, injusto o extremadamente injusto, sino que busca partir de algo aparentemente más sencillo, que parte por introducirse en uno de los muchos espacios de toma de decisión cuya relevancia es tal que termina definiendo el futuro o truncamiento del proyecto vital de cada persona; me refiero a la labor de los jueces, por ejemplo, éstos podrán ordenar que alguien pague cierto monto de dinero, o que vaya a la cárcel durante cierto número de años, o incluso que reciba un tratamiento psiquiátrico, o preste servicios a la comunidad, entre otras medidas.

El enfoque que presentaré sobre la labor judicial se centra sustancialmente en la labor que pueden cumplir los miembros del Tribunal Constitucional (en adelante TC); incidiendo en su contribución con la disminución de las desigualdades existentes producto de la inoperancia e indiferencia de los entes públicos encargados de hacerlo.

Así, habiendo sido superada –al menos en los debates teóricos –la decimonónica metodología de aplicar la ley al pie de la letra mediante el método lógico de la subsunción, hoy, los jueces al tratar casos *estructurales*, pueden

decirle a las autoridades: "¡Oye! Porsiacaso tienes ciertos deberes que cumplir, date cuenta de la situación precaria en la que mantendrías a las personas si sigues actuando de esa forma" (esto, obviamente, en términos prosaicos).

Owen Fiss[1] cita la sentencia *Brown vs. Board of Education* (1954) de la Suprema Corte de los Estados Unidos, para demostrar como una Magistratura puede contribuir con la erradicación de problemas estructurales existentes, para este caso: la segregación racial (realizada bajo el lema "trato desigual a los iguales", mediante lo cual se consintió la creación de colegios para alumnos de piel *blanca*, y otros para los de piel *oscura*); al decidir, la Corte se cimentó en la cláusula de *igual protección de las leyes* amparada en la decimocuarta enmienda de la Constitución Estadounidense; si bien la sentencia no pudo conseguir resultados inmediatos (por la presión política existente, entre otras razones), sí contribuyó con la consolidación del consciente colectivo de las minorías raciales, de modo que éstas fueron fortaleciéndose para más adelante lograr el ejercicio pleno de sus derechos (ello se vio reflejado durante los años sesenta en temas relacionados a la libertad de expresión, libertad religiosa, privacidad, debido proceso y la operación del sistema de justicia criminal)[2].

La situación no es fácil, más aún si se consideran las presiones políticas existentes, sin embargo, este trabajo parte por considerar la importancia que tiene para una sociedad desigual, un Tribunal que –ante las acciones y omisiones que atentan *dd.ff* por parte del Estado y de privados –pueda ejercer un rol protector de los afectados, sin caer en subjetivismos, clientelismo, corrupción, al contrario, se busca que sea objetivo, imparcial, independiente, y sobre todo un garante eficiente para todas las personas.

Lo anterior puede ser englobado en lo que se conoce como *activismo judicial*; sin embargo, debo advertir que estas dos palabras pueden ser enten-

1 La traducción del prólogo del libro donde cita ello ha sido tomada de: *Courts and Social Transformation in new Democracies. An Institucional voice for the Poor* (2006). En: GRANDEZ, Pedro. El Derecho frente a la pobreza. Lima, Palestra Editores, 2011. Pp. 17-26.

2 Incluso, en términos jurídicos contribuyó mucho pues permitió dejar sin efecto toda una serie de sentencias que mantenían dicho régimen de segregación racial (desde el caso *Plessy Versus Ferguson*, 1898).

didas de dos formas: primero, como el cumplimiento a cabalidad que asume la judicatura (esencialmente de índole Constitucional) para, incluso, poder exigir a otros poderes públicos y privados, la finalización de acciones u omisiones que afectan los derechos de las personas (más adelante comentaré un caso de la Corte colombiana en la que se declaró el Estado de cosas inconstitucional producto del desplazamiento forzado de las personas en correlación con la inacción estatal); una segunda –muy lamentable –forma de activismo surge de los conflictos de competencias, esto es, cuando el TC dispone decidir más allá de lo que razonablemente le corresponde, recordemos la disputa que se dio este año entre el TC y el Consejo Nacional de la Magistratura, en la que el primero, sobrepasando sus atribuciones, nombró como fiscal supremo al ex fiscal Castañeda y, a su vez, declaró la nulidad del nombramiento de las fiscales supremas Ávalos y Miraval para después disponer su reposición (ordenando la habilitación de dos nuevas vacantes debidamente presupuestadas en la Fiscalía Suprema).

A lo largo del trabajo iré demostrando que lo buscado es la primera forma de activismo, uno que vaya más allá de un simple uso nominal del término, uno cuyo contenido esté cimentado en base a unos jueces capaces de ir a contracorriente en *pro* de los derechos de los individuos, en sí, activista o no, lo requerido es un Tribunal o Corte que centre sus decisiones en la materialización de los derechos fundamentales.

2.- EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: UNA REACCIÓN ANTE LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL

Uno de los temas que más debate ha generado y que, hasta cierto punto, aún mantiene vigencia, vira en torno del positivismo y pospositivismo, reglas y principios, imperio de la ley y principismo; debate iniciado a mediados del siglo pasado tras lo que muchos autores denominan un *cambio de paradigma*[3]; cuyo eje referencial se encuentra en lo acontecido en los juicios de Nuremberg (o el descubrimiento de los campos de concentración en Auschwitz), pues a partir de este momento –teóricamente se considera que –se pasa de una concepción de la ley como parámetro de los derechos a tutelar, para ser ahora los

3 Así se ha referido Antonio García Amado, Juan Ruiz Manero, entre otros.

derechos fundamentales los que determinan el contenido de la ley.

Sin embargo, el concepto y fuerza que se le atribuía a la ley (mediante el cual los nazis pretendían ampararse: principio de legalidad penal), encuentra sus raíces en los límites al poder tiránico de los soberanos absolutistas (Francia, Juan XVI)[4], en efecto, tras la Revolución Francesa, la finalidad de establecer el imperio de la ley, partía por considerar que era la única forma de controlar a un tirano (la soberanía del rey tirano, derivo en la soberanía del legislador)[5].

Si consideramos eso podemos entender mejor al legalismo (mas no justificarlo). No obstante, la pregunta que inmediatamente surge es: Si en Francia, y en los demás países que siguieron la senda, la ley fue símbolo del fin del monarca absolutista ¿En Latinoamérica la obediencia a la ley también tuvo los mismos motivos?

La respuesta es no, porque en Latinoamérica existía el colonialismo que envolvía toda una red de imposición y vejaciones ante la cual los súbditos (indígenas y/o esclavos en su mayoría) debían de doblegarse bajo pena de ser juzgados y castigados, la influencia de esto se verifica en que a pesar del paso de los siglos, y la independencia de varias colonias, aun no se ha podido quitar la herencia –el pecado original, diría Mariátegui-, de haber construido una sociedad desintegrada, una pseudonación[6].

---

4 Vale aclarar que el enlace realizado entre el principio de legalidad penal de la Alemania nazi, y el concebido tras la revolución francesa, ha sido establecido de una manera didáctica, sin pretensión de aminorar todo el fenómeno sociológico, político, económico y cultural que motivo a los alemanes a la obediencia de un dictador.

5 Eso ocurre si seguimos el modelo del *civil law*, porque si analizamos otro modelo como el *common law*, encontraremos que tales preceptos se fueron logrando desde mucho antes (siglo XIII- Carta Magna en adelante). Sobre la evolución del Estado de Derecho hacia el Estado Constitucional existe un buen trabajo de Gustavo Zagrebelsky. El Derecho Dúctil. Pp.21-41.

6 El maestro Basadre haciendo mención del "libertador" San Martín, señala que éste al declarar la ley de vientres libres para la abolición de la esclavitud, en sí no logro que se efectivice, pues recién con Ramón Castilla se abolió realmente la esclavitud. *Institución* presente desde la colonia, sobre eso constan datos que confirman la existencia de abusos cometidos por los encomenderos hacia los indígenas a quienes explotaban en las más paupérrimas condiciones en las minas (véase los gráficos de Felipe Guamán Poma de Ayala. Nueva Crónica y Buen Gobierno).

El rechazo hacia el positivismo tardó en llegar, pero desde hace varias décadas se viene emprendiendo la generación de condiciones necesarias para su rechazo, e incluso una lucha contra el mismo, y sus consecuencias. De este modo, la *reacción* parte de un fuerte movimiento nacido en Latinoamérica que busca romper con todas aquellas desigualdades heredadas del colonialismo. En palabras de Boaventura de Sousa Santos, ante la globalización alienante, en américa latina se ha emprendido una <<globalización contrahegemónica>>, la configuración de una revolución desde abajo mediante las coaliciones indígenas. Pues busca hacer frente a la anomia reinante, a la invisibilización de los más necesitados (poblaciones vulnerables), la satanización de aquellos que buscan romper con estas brechas, pero sobre todo buscan hacerle frente a una mayor economización del desarrollo humano.

Lo buscado es una reacción ante la desigualdad estructural, pero ¿por qué estructural? ¿Qué es algo estructural? Cuando planteo ese término hago referencia de aquellos aspectos que forman parte de la esencia de la vida –digna- de cada persona, lo estructural indefectiblemente va de la mano con las situaciones de desigualdad en la que viven altos porcentajes de la población, se refiere a los puntos clave en el proyecto de vida de cada persona: educación, salud, alimentación, por citar algunos.

Frente a la desigualdad y sus consecuencias podemos contraponer dos límites: institucionales por un lado, y extrainstitucionales, por otro; así, el primero hace referencia a los espacios *oficiales* mediante los cuales el Estado materializa su rol de garante de los derechos de las personas, espacios que van desde la Administración Pública, las instituciones, organismos, hasta alguna Corte o el mismo Tribunal Constitucional. Respecto del segundo límite, extrainstitucional, se parte por la preexistencia de la razón pública, la fuerza y presión que ejerce la misma en las tomas de decisión. Así tenemos a las calles, las plazas, los espacios públicos, en fin, lugares en donde las personas puedan interactuar y -mediante la organización- exteriorizar su oposición a cierta medida[7].

7 Recordemos la rápida y eficaz movilización generada tras la archicitada "repartija" mediante la cual el Congreso, tras varios años, decidió elegir a los sucesores de los magistrados salientes

Sin embargo, también debemos reconocer que a nuestros límites (digamos A y B, respectivamente) se le oponen otros límites, sí, aunque suene incoherente: ¡límites a los límites!

En el caso del primer límite (A) (institucional), tenemos que si nos enfocamos en la *labor social* de las Cortes –materia del presente estudio –se puede argumentar que otorgarle mayores potestades puede derivar en ciertas arbitrariedades (algunos lo han llamado "imperio del juez"), en la medida que todo partiría por una discrecionalidad del mismo. Realistas como Jerome Frank señalan que –bajo este enfoque –el Derecho viene a ser reducido a lo que el comportamiento del juez conciba como correcto.

Frente a tal concepción –que, de ser cierta, derivaría nuestro tema en algo confuso e incierto, sujeto a la voluntad del magistrado- se opone los crecientes estudios en materia de razonamiento jurídico; mediante éstos, no se trataría de un simple subjetivismo judicial, sino que a dicha potestad también se le opone un límite ligado a las exigencias dirigidas al juez: principio de razonabilidad y debida motivación de las sentencias, criterios de interpretación jurídica, entre otros; de modo que la actividad del juez no sea algo relativo, sino que al contrario, sea lo más objetivo posible; y en caso de desacato, se aplique las sanciones correspondientes[8].

Con respecto de B, un fuerte límite a la razón pública, se encuentra en la desigualdad, la pobreza, las deficiencias en educación, desnutrición crónica, pensar en ciudadanos activos –a la par con esas carencias- resulta ser utópico.

En este trabajo quiero centrarme en las objeciones al primer límite, pues de manera añadida también serían una potencial crítica al activismo judicial que vengo aduciendo, para perfeccionar el esquema me apoyaré en un par de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, haciendo hincapié en la relevancia que un juez puede asumir –sabiendo siempre cuándo y cómo actuar-.

8 Sin embargo, un límite que escapa a todo estudio teórico se refiere a los aspectos políticos que subyacen de alguna decisión judicial, intereses en juego, corrupción, en fin, un tema mucho más complejo.

3.- APORTES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA T-025-2004

Bien se señala que *los estudios comparados nos demuestran que hay mucho más activismo judicial en países con un modelo concentrado de control de constitucional, que en aquellos otros de control disperso en distintas cortes y jurisdicciones*.[9] Bueno, teóricamente puede ser cierto, sin embargo en la práctica suele influenciar intereses políticos que –aplicado al caso peruano –son ejemplo de la tergiversación de lo anterior. El Perú mantiene un modelo de control concentrado de constitucionalidad, mediante el Tribunal Constitucional, sin embargo, pragmáticamente hablando, más de una sentencia ha sido cuestionada por estar ligada a intereses subterráneos.[10]

Haciendo un paréntesis a lo anterior, el caso colombiano es muy interesante, pues desde su creación en 1991 ha ido asumiendo un rol activo a favor de la protección de los DESC (derechos económicos, sociales y culturales), y aunque recientemente ha caído en un *estanque* producto del ascenso de jueces conservadores, no podemos obviar la rica jurisprudencia emitida desde su creación, veamos:

Imaginemos a Juan Pérez, un anciano de 69 años, quien -como usualmente ocurre –viene exigiéndole al Estado el pago de su pensión, pero –como también suele ocurrir –éste hace caso omiso a sus reclamos. Complejicemos más el problema, y pensemos que nuestro amigo necesita de una operación urgente a la vista (es la única forma para que no la pierda); en vista de que no recibe respuesta alguna, él decide vender lo poco que le queda, entre ello, su domicilio, pide ayuda al hijo con quien vive, pero éste también tiene fuertes complicaciones (económicas sobretodo) y poco o nada es en lo que puede ayudar. La pregunta es ¿Por qué el Sr. Pérez no solicita alguna acción de tutela para que de inmediato se le pague lo que le corresponde, al fin y al cabo ese dinero

9 NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. Pp. 119-120.

10 Ver: Sentencia absolutoria del polémico alcalde de Chiclayo, Roberto Torres Gonzales, mediante la cual se anula una condena de dos años de prisión impuesta (EXP. N° 1488-2011/TC); otra sentencia muy cuestionada es la que declara inexigible la deuda contraída por Panamericana Televisión ante la SUNAT (EXP. N°04617-2012-AA/TC).

es fruto de largos años de labores? Quizá se piense que nuestro amigo no puede solicitar la acción de tutela porque desconoce de la misma y/o no tiene dinero para pagar a alguien que le preste asesoría legal; puede que sí, puede que ¡no!

Es un no, pues, resulta que el derecho a la pensión, es un derecho recogido en el art. 48 (perteneciente al Cap. II de los derechos económico, sociales y culturales) por consiguiente se trata de un derecho no susceptible de acción de tutela, ¡que solo puede ejercerse por vulneración de un derecho fundamental! Ergo, la única vía que le quedaba era la ¡ordinaria!

Me explico, bajo la lógica del constituyente, influenciada por una jerarquización de los derechos civiles y políticos (de exigencia inmediata) por un lado; y los derechos económicos, sociales y culturales (de exigencia progresiva) por otro; los derechos incluidos en este segundo grupo debían de estar sujetos a una perspectiva programática, esto es, debían de esperar a una partida presupuestal mayor para poder materializarlos (por ende, a no ser que nuestro amigo, el Sr. Pérez, consiga financiamiento extra para su operación, debe de seguir *esperando*).

Estimado lector, el caso *en comento* puede ser encontrado en la **Sentencia T-418 de 1992**, sentencia en que la Corte consideró que "*la tutela procede en razón de la naturaleza del derecho y no porque esté en la lista de la constitución*", bajo esta lógica, la Corte aceptó la acción de tutela para el caso y resolvió a su favor tras considerar la vulneración del derecho innominado al mínimo vital; en efecto, en su razonamiento estaba presente que los derechos no pueden darse por migajas, menos aun si se trata de personas en una situación vulnerable.

Otro caso muy significativo puede ser encontrado en la **Sentencia T-025 de 2004**, referida a las víctimas del desplazamiento forzoso interno producto del conflicto armado con las FARC, (las víctimas en su mayoría son mujeres cabeza de familia, infantes, miembros de pueblos indígenas y personas de tercera edad), que solicitan ayuda de las entidades estatales de modo que se les pueda brindar condiciones mínimas para habitar en los lugares a los que son desplazados.

Para hacer más didáctico y comprensivo el tema, imaginemos –nuevamente –que el Sr. Pérez y su hija (madre soltera de 3 niños menores de 10 años) son desplazados de manera forzosa debido a un conflicto armado iniciado en la localidad en la que viven. El motivo parece justificable, ser desplazado hasta que las cosas se calmen de modo que su vida no corra riesgo; sin embargo, no solo se trata de desplazar a la gente y dejarla a su suerte, el tema consiste en brindarles apoyo para su establecimiento, nadie pide casas con jacuzzi y acondicionadas con muebles de mármol, lo que se pide son condiciones mínimas para poder mantener una vida digna.

No obstante, de manera similar a la primera sentencia comentada, la justificación estatal se amparaba en la falta de presupuesto para realizar acciones eficaces; ante tal argumento la Corte consideró:

> *"El que las leyes anuales del presupuesto limiten la asignación de recursos dirigidos a la ayuda de la población desplazada, es un indicativo de la realidad fiscal y macroeconómica en la que se encuentra el país. Sin embargo, ello no significa que las leyes de presupuesto constituyan una modificación de los alcances de la Ley 387 de 1997.* ***Desde el punto de vista constitucional, es imperioso destinar el presupuesto necesario para que los derechos fundamentales de los desplazados tengan plena realización. La obligación constitucional del Estado de garantizar una protección adecuada a quienes por razón del desplazamiento forzado interno se encuentran en condiciones indignas de vida no puede ser aplazada indefinidamente.*** *La Ley 387 de 1997 reconoció que la atención de la población desplazada es urgente y prioritaria. La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado la prelación que tiene la asignación de recursos para atender a esta población y solucionar así la crisis social y humanitaria que representa este fenómeno"* (negrita fuera de texto).

Por consiguiente, la Corte estimó que no justifica al Estado de su responsabilidad, el alegar la falta presupuestal, toda vez que su finalidad debe de estar orientada a la erradicación de las injusticias presentes, que parte por la generación de condiciones para la optimización de la dimensión material de la vida de cada persona; asimismo, en caso de los derechos de dimensión prestacional, programática o progresiva, debe sujetarse a los siguientes parámetros:

"Primero, prohibición de discriminación (por ejemplo, no se podría invocar la insuficiencia de recursos para excluir de la protección estatal a minorías étnicas o partidarios de adversarios políticos); segundo, necesidad de la medida lo cual exige que sean estudiadas cuidadosamente medidas alternativas y que éstas sean inviables o insuficientes (por ejemplo, se han explorado y agotado otras fuentes de financiación); tercero, condición de avance futuro hacia la plena realización de los derechos de tal forma que la disminución del alcance de la protección sea un paso inevitable para que, una vez superadas las dificultades que llevaron a la medida transitoria, se retome el camino de la progresividad para que se logre la mayor satisfacción del derecho (por ejemplo, señalando parámetros objetivos que, al ser alcanzados, reorientarían la política pública en la senda del desarrollo progresivo del derecho); y cuarto, prohibición de desconocer unos mínimos de satisfacción del derecho porque las medidas no pueden ser de tal magnitud que violen el núcleo básico de protección que asegure la supervivencia digna del ser humano ni pueden empezar por las áreas prioritarias que tienen el mayor impacto sobre la población".

Como se extrae de la lectura del párrafo citado, existe un núcleo básico cuya garantía y materialización no puede ser aplazada por una falta presupuestal, los derechos son *cartas de victoria*, frente a las mayorías, frente a los obstáculos y taras burocráticas, los derechos son exigibles aquí y ahora.

En consecuencia, la Corte procede a declarar el estado de cosas inconstitucional, en vista de la condición precaria en la que vivían las personas, razón por la que decidió exigir a las instituciones pertinentes la generación y ejecución, dentro de la órbita de sus competencias y en un lapso razonable, de planes y proyectos que permitan brindar los criterios mínimos y necesarios.

Así: "Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes:

I. la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;
II. la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;
III. la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;

IV. la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos;
V. la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;
VI. si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial".

La Corte demuestra que este tipo de temas, más allá de una solución jurídica, importan una solución ética, interesarse por las personas, lo que está en juego, las consecuencias de cada una de las decisiones políticas, en este caso, un fuerte problema social ante el cual se adoptaron medidas sin una base sólida que permita contrarrestarla.

En resumen, haciendo un paréntesis respecto del debate en cuanto a la clasificación y distinción entre derechos civiles y políticos por un lado, y los económicos, sociales y culturales por otro (que ameritaría un trabajo más extenso), lo que me interesa resaltar aquí, es el importante rol que puede asumir la judicatura, un rol activo mediante el cual contribuyan en la lucha contra la desigualdad; sin embargo, como lo vengo señalando, un fuerte obstáculo concierne a los factores políticos, así –respecto de la Corte Constitucional de Colombia –*podemos afirmar que durante los últimos años se ha producido su conservadurización, especialmente desde el año 2002, mediante las presiones del poder político sobre la misma y la voluntad de este de reintegrar la Corte con magistrados conservadores. Sin duda, el clima político ha cambiado desde que el presidente Álvaro Uribe (2002-2006) agarró el poder*[11].

4.- CASOS ESTRUCTURALES EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Empecemos con un par de preguntas aparentemente sencillas: ¿Nuestros magistrados (aquí hablo en general) estarán capacitados para resolver las circunstancias que implica el Estado Democrático Constitucional de Derecho

11 Ibíd. Pp. 135-136.

(ya no solo Estado de Derecho), uno de contextos cambiantes que no acepta dogmas ni axiomas? ¿Estarán capacitados para enfrentar a la opinión pública, a los detractores, y en general a todo aquel que se oponga; teniendo la firme convicción de que están obrando de la manera más óptima? Esta es una pregunta que intentaré responder casi al final de este trabajo, antes veamos algunos conceptos previos.

4.1. BREVE RECUENTO DE LOS ORÍGENES DEL TC

El Tribunal Constitucional fue reconocido en la constitución de 1993, clausurando a su antecesor, el Tribunal de Garantías Constitucionales (respecto de este, se señalaron muchas críticas, una de ellas hacía referencia a su politización durante la elección de los magistrados pues, al ser nueve, tres tenían que ser elegidos por cada uno de los poderes; con la modificación en los 90' se otorgó dicha potestad exclusivamente al legislativo, como consecuencia ¿este realiza a cabalidad su función de elegir a los magistrados cada vez que cumplen con su período, o no? ¿Mejor aún, se ha logrado aminorar la referida politización e intereses turbios de por medio, correcto?)[12].

12 El Tribunal de Garantías Constitucionales fue establecido por la Constitución de 1979, y tuvo un rol muy importante. Así, con su entrada en vigencia, el 28 de julio de 1980, no solo concluyó el régimen militar iniciado por Velasco Alvarado, que prosiguiera Morales Bermúdez hasta 1980, sino que se produjeron los más importantes avances en lo que respecta a la materia de control de constitucionalidad, reconociéndose a nivel de norma suprema el control disperso o difuso de constitucionalidad, y se inició asimismo el control concentrado de constitucionalidad con una de las más novedosas instituciones, el órgano constitucional autónomo denominado el Tribunal del Garantías Constitucionales, cuyo comportamiento institucional no había sido de defensa objetiva y concreta de los derechos fundamentales. Es decir, dentro de un mismo sistema jurídico se dio la coexistencia de los dos sistemas de control normativos, cada uno con características propias que los distinguían, tenemos que el control concentrado a cargo de modo exclusivo del Tribunal de Garantías Constitucionales, y el difuso por el Poder Judicial.
Ello tuvo un fuerte respaldo en la Constitución de 1979 que logró inscribir al Estado peruano dentro del marco del Estado social democrático de Derecho, al definirlo (artículo 79°) como una república democrática y social, independiente y soberana. Ello se aprecia a lo largo de las disposiciones constitucionales, así tenemos las referidas a la dignidad de la persona (artículo 1°), a los derechos de seguridad social (artículo 12°) y al trabajo (artículo 42°). En tal sentido, mediante la Constitución de 1979, se exhortaba al Estado a la promoción de condiciones económicas y sociales apropiadas para asegurar la eliminación de la pobreza y la igualdad de oportunidades en el empleo útil, así como la protección contra el desempleo y subempleo.

Es también conocido que no inició sus labores sino hasta su formal reinstalación el 24 de junio de 1996, es aún más conocido que – en innumerables ocasiones –el gobierno de turno lo manejó a su antojo, sino recordemos la modificación de su ley orgánica, o la destitución de sus magistrados[13], entre otros lamentables hechos.

Ese contexto, en palabras de César Landa, puede ser resumido en lo siguiente: "*Escasamente, los habeas corpus y las acciones de amparo, que tutelaban los derechos fundamentales de la Constitución de 1979, podrían ser incoadas ante el Poder Judicial, pero su mérito era resuelto en última instancia por una pléyade de vocales y magistrados nombrados por decretos leyes, amedrentados o sometidos al poder de facto político y militar*"[14].

Entre los hechos más lamentables de la dictadura se encuentra la modificación de la Ley Orgánica del TC, mediante el cual se le impuso el logro de un consenso prácticamente imposible de alcanzar –cuando de pronunciarse sobre una ley inconstitucional se trataba-. La modificación se dio respecto del artículo 4, de modo que se exigía 6 de 7 votos para declarar la inconstitucionalidad de una ley, en consecuencia no se pudo declarar la inconstitucionalidad de un sinnúmero de leyes (abiertamente inconstitucionales) por el solo hecho de no cumplir con ese requisito.

En consecuencia no sorprendía que, a manera de costumbre, en reiterada jurisprudencia se señalara que "*... al no haberse establecido 6 votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de la ley XXX exigidos por el artículo 4 de la ley 26 435, este Tribunal se ve obligado, contra la expresa voluntad de la mayoría de sus miembros, a declarar infundada la demanda*"[15].

13 Me refiero a la emisión del Decreto Ley N°23 506, mediante el cual se cesó inconstitucionalmente a todos sus magistrados.

14 LANDA ARROYO, César, Modelo de Jurisdicción Constitucional. Lima, Editorial San Marcos, 2004. P (5).

15 Véase: GRÁNDEZ Castro, Pedro. Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica. Lima, Palestra Editores, 2010. Pp. 60-62.

Tras una leída el párrafo citado, uno puede entender mejor que la actuación del TC durante este período no solo generó frustración y pesimismo, sino que también provocó una suerte de escepticismo dentro de aquellos que veían limitados sus derechos ante una entidad que supuestamente era la indicada para hacerlos prevalecer. Tal fue la desconfianza que muchos de los magistrados destituidos, en dicho período, consideraron que el Tribunal había muerto.

Momento después, tras la huida de Fujimori, y el establecimiento del gobierno de transición, en "algo" se pudo revertir lo anterior:

a. El 17 de noviembre de 2000 se reincorporaron a los magistrados destituidos.
b. El 30 de mayo de 2002 se eligieron a 4 nuevos integrantes del pleno.
c. El 12 de julio de 2002, se publica en "El peruano" la Ley 27 780, que modifica los artículos 4 y 26 de la Ley Orgánica del TC (LOTC), permitiendo que el Tribunal opere efectivamente en el control de la constitucionalidad de las leyes.

Uno de los hechos más celebrados, fue –aparte de la restitución de los magistrados destituidos –la modificación del artículo 4 de la LOTC a su texto original, incluso según consta en cifras, en general, los puntos antes señalados motivaron mayores expectativas para que las personas recurran al TC y soliciten la tutela de sus derechos:

En el año 2001 al T.C. ingresaron 1, 585 demandas; en el año 2002 3, 094; en el año 2003 3,822; en el año 2004 ingresaron 5,104; en el año 2005 la cifra llegó al récord de 10, 817demandas presentadas, de las cuales el grueso lo constituyen demandas para la tutela de derechos fundamentales a través de los procesos de hábeas corpus y amparo[16]. Sin embargo, a mi criterio, es igual de importante, saber cuántas de las demandas ingresadas fueron declaradas fundadas, infundadas e improcedentes, sobre todo para evitar generar solo expectativas que en concreto solucionen poco o nada.

16 Fuente: Oficina de Planeamiento y Estadística del Tribunal Constitucional.

4.2. CASUÍSTICA CONSTITUCIONAL: PROBLEMA Y POSIBILIDAD

Tendré la osadía de iniciar este acápite haciendo alusión a una conocida frase del historiador Jorge Basadre: *Quienes únicamente se solazan con el pasado, ignoran que el Perú, el verdadero Perú es todavía un problema. Quienes caen en la amargura, en el pesimismo, en el desencanto, ignoran que el Perú es aún una posibilidad*[17].

A pesar de los muchos años que han pasado esta frase parece adquirir mucha mayor vigencia; pues, por un lado tenemos a aquellas personas que invisibilizan la desigualdad existente bajo términos porcentuales con la finalidad de hablar de progreso (la superación de las miserias del pasado), descuidando un aspecto esencial afectado por los graves problemas que azotan a nuestra sociedad; de este modo, muchos, en su mayoría, políticos de manera jactanciosa dicen que nuestro país ha progresado y que ello se puede corroborar –por citar un ejemplo –al ver un incremento de la canasta básica familiar de ¡235 soles a 240![18] ¡Vaya cambio, pregúntemosle a las familias que viven hacinadas en quintas de adobe si con esa cantidad de dinero puede abastecer a sus familias, desde necesidades básicas hasta las de recreación!

Por otro lado se encuentran aquellos que frente a los problemas caen en el pesimismo, sin embargo, como bien lo dijo Basadre, nuestro país también puede brindar posibilidades, y precisamente sobre ello, es que hago hincapié en el importante rol que puede asumir la judicatura en lo constitucional, sobre todo para contribuir con la reducción de las grandes brechas existentes; para dar luces de que existe una mínima posibilidad de poder lograr grandes cosas he decidido centrarme en dos sentencias rescatables –del innumerable cantidad de sentencias criticadas -: Meza García (EXP. N° 2945-2003-AA/TC) y Marroquín Soto (EXP. N° 03426-2008-PHC/TC).

17 BASADRE, Jorge. Perú: Problema y Posibilidad. Lima, Cotecsa, 1984, p.6.

18 Ojo, esta cifra es arbitraria. Recuerdo haber leído hace un par de años una entrevista realizada a una funcionaria de alto cargo en el recién por entonces creado Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, en donde se proporcionaba datos similares...

4.2.1. ¿TENGO DERECHO A PEDIRLE AYUDA AL ESTADO?: EXP. N° 2945-2003-AA/TC

La pregunta es demasiado general, cabe dentro de ella la solicitud desde cuestiones bizantinas hasta aspectos relevantes y esenciales para la vida de cada persona, bueno, el caso en comentario se encuentra en el segundo grupo: La recurrente de nombre Azanca Meza García demanda al Ministerio de Salud para que éste le otorgue atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA[19], y de otras enfermedades contraídas producto de su baja inmunidad[20].

Lo relevante de esta sentencia es que el TC decide pronunciarse sobre un tema que en la práctica había sido dejado en el *pasillo de espera*; hago referencia a la efectividad de los derechos sociales, y en este caso: el derecho a la salud.

Ocurre pues que –los DESC en general –han sido relegados a una aplicación programática, progresiva, prestacional, en pocas palabras, su exigencia se haya supeditada a una partida presupuestal, y su exigencia –como en el caso en concreto –se encuentra ligada a factores de gravedad, razonabilidad del caso, afectación de otros derechos y *la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales*[21].

---

19 Esta deberá consistir en a) la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, que deberá efectuarse a través del programa del hospital Dos de Mayo, y b) la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiera.

20 Además de tener VIH/SIDA, la recurrente padecía de cáncer a la tiroides (producto de la baja inmunidad): *Para diagnosticarse SIDA, el contenido de CD4 en la sangre debe ser inferior a 100 mm3, observándose que, en su caso, el nivel de CD4 es de 37 mm3, muy por debajo del referido promedio, lo que, por las características de esta enfermedad, representa un riesgo para la paciente de contraer cualquier otra enfermedad adicional, ya que el organismo no cuenta con defensas suficientes para autoprotegerse; situación que se agrava por el hecho de padecer de cáncer a la tiroides.*

21 Ello amparándose en la Undécima Disposición Final y Transitoria de nuestra constitución: "*Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente*".

Lo notable de esta sentencia es que el TC considera erróneo el argumento de la defensa del Estado, pues señala que: *Debe recordarse, que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social*[22] [23].

En consecuencia, para este caso en concreto, dado el inminente peligro en el que se encontraba la vida de la recurrente, el TC considera que no exime de responsabilidad al Estado el alegar que tales hechos no están previstos debido a una falta presupuestal, pues incluso de los que sí están presupuestados se puede hacer un orden de prioridades favoreciendo a aquellos que impliquen una situación concreta de mayor gravedad o emergencia. En resumen, el hecho de que expresamente nuestra constitución adopte una visión programática respecto de los DESC, no exime al Estado de sus responsabilidades en cuanto garante de los derechos de las personas. Así lo definió el TC en la presente sentencia, que incluso puede ser usado como un buen precedente para futuros casos, sin embargo, lo lamentable es que esta sentencia fue emitida semanas después de que la recurrente había fenecido...

4.2.2. CUANDO LA INDIFERENCIA SE ARTICULA CON LA CARENCIA DE INFRAESTRUCTURA, PRESUPUESTO Y AFECTAN GRAVEMENTE LOS *DD. FF.*: APUNTES A PROPÓSITO DEL EXP. N° 03426-2008-PHC/TC

Este caso surge de un conflicto entre el recurrente, los entes penitenciarios (INPE y el Penal de Lurigancho), y de manera añadida las entidades de sanidad (Ministerio de Salud, en general), veamos:

---

22 Fundamento 18

23 De manera similar se pronuncia en el Fund. 11: *No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente.*

Ocurre que el recurrente (Pedro Gonzalo Marroquín Soto) fue declarado inimputable en el proceso penal que se le venía siguiendo por el delito de homicidio calificado, en vista de que éste padece de síndrome psicótico esquizofrénico paranoide, en consecuencia fue declarado exento de responsabilidad penal, disponiéndose a su favor la medida de seguridad de internación por el plazo de 4 años. Ergo, debía ser internado en algún centro psiquiátrico (Hospital Víctor Larco Herrera –en adelante VLH -, Hospital Herminio Valdizán –en adelante HV -, o en el Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado Hideyo Noguchi –en adelante IN HD-HN-); sin embargo, hasta la emisión de la sentencia, aun no se ha cumplido lo establecido por el mandato judicial, toda vez que permanecía recluido en el Pabellón N° 11 del Penal de Lurigancho.

Al respecto, los demandados alegan que hicieron todo cuanto pudieron para realizar el traslado del Sr. Marroquín, sin embargo, indican que las citadas instituciones –entre diferentes razones – fundamentaron no poder recibirlo:

Respecto del Hospital VLH:

Refiere el Director del Penal de Lurigancho que puso a disposición del Hospital VLH, a don Pedro Marroquín, quien fue evaluado por diferentes médicos psiquiatras y psicólogos; sin embargo, pese a la consideración de necesidad del internamiento, la Directora General del Hospital VLH, comunica al Director de Lurigancho la imposibilidad material de hospitalización inmediata del beneficiario, y para paliar el problema aduce que lo ha incluido en la lista de espera con el número N° 41.

Asimismo, indica que *sólo* cuenta con 12 camas para el internamiento de pacientes varones por mandato judicial, las cuales se encuentran ocupadas por pacientes que cumplen medida de internación desde hace varios años. Lo peculiar es que la mayoría están en condición de alta médica, habiéndose gestionado en forma reiterada para que los jueces autoricen se proceda con el alta y posterior control ambulatorio, sin embargo, no se ha obtenido una respuesta favorable, mientras tanto, seguirán ocupando cama[24].

24 Mediante el Oficio N° 065 DG-HVLH- 2008, de fecha 17 de marzo de 2008 (fojas 61).

Respecto del Hospital HV

El director del Penal de Lurigancho pone a disposición del Hospital HV al Sr. Marroquín, sin embargo, en contrastante diferencia con la información brindada por el Hospital VLH, el director general de dicho Hospital (HV) comunica que *el favorecido debe recibir atención médica por consulta externa y que su estado de salud mental no amerita hospitalización.*[25] Es decir, no requiere de un internamiento.

Respecto del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado Hideyo Noguchi

El director de dicho centro le comunica al Director del Penal de Lurigancho *la imposibilidad material de internación del favorecido, toda vez que, por ley, dicha institución sólo se dedica a la investigación y la docencia, y que, además, no cuenta con la infraestructura física necesaria*[26].

Como se puede apreciar, en los tres lugares a los que recurrió el Director del Penal de Lurigancho, en cumplimiento del mandato judicial, le fue denegado el traslado, llegando incluso a conclusiones contradictorias, como en el caso del diagnóstico brindado por el Hospital VLH que indica la necesidad de un tratamiento e internación inmediata, mientras que en el Hospital HV le indican que su estado de salud mental no amerita hospitalización. Aparte de eso, el presente caso permite desmantelar un constante problema en nuestro país, la falta de infraestructura, la carencia de políticas destinadas a una mejora (para este caso, centros penitenciarios y centros de salud mental mediante los cuales se contribuya a resocializar al individuo).

Sin embargo, no se trata de un problema que ha surgido de un hecho fortuito, e imprevisto, al contrario, es un tema bien conocido por las autoridades estatales; incluso el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Salud, crearon una Comisión Multisectorial encargada de "Evaluar la Problemática del

25 Mediante el Oficio N° 227-DG-HHV-2008, de fecha 14 de marzo de 2008 (fojas 67)

26 Mediante el Oficio N° 557-2008, SA-DG-OAJ N° 009-INSM-"HD-HN", de fecha 18 de marzo de 2008 (fojas 64).

Sistema Penitenciario y dar Propuestas de Solución"[27]. Pero, ello ha devenido en meras cuestiones formales que en la práctica no han logrado subvertir este grave problema[28].

Incluso, señala la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N° 102 que respecto de la situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental, los problemas principales están en cuanto a *la falta de camas en los hospitales que brindan servicios de salud mental ha llevado a que actualmente permanezcan internas en establecimientos penitenciarios 58 personas con enfermedades mentales. Algunas de estas personas se encuentran de manera permanente en el tópico del penal o, incluso, en celdas denominadas cuartos de meditación*[29].

Pero, ¿Qué pasó al final con el Sr. Marroquín? ¿Qué pasa con todos aquellos que día a día se encuentran privados de su libertad –peor aún si se encuentran en dicha condición *gracias* a una prisión preventiva -? Es significativo que el TC se haya pronunciado sobre un tema tan delicado –sobre todo ante el clamor popular[30] -empero, más significativo es la materialización de un acto de disposición, me refiero a su ejecución.

---

27 Mediante Resolución Ministerial Nº 336- 2006-PCM de fecha 18 de setiembre de 2006.

28 *Esta Comisión en su Informe Final, que contiene propuestas de urgencia a corto y mediano plazo para su solución, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 15 de diciembre de 2006, en el rubro Salud Penitenciaria, apartado 4.- Traslado de internos psiquiátricos a Hospitales de Salud Mental, señaló que "Se propone que los Hospitales de Salud Mental amplien su capacidad de albergue para recibir a los internos inimputables sujetos a medidas de seguridad, así como a internos sentenciados a penas privativas de libertad que, por efecto de la privación de libertad, han desarrollado alguna enfermedad mental". Tales propuestas han sido consideradas en el Plan Estratégico del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) para el periodo 2007-2011, cuyo rubro V Lineamientos Estratégicos: Salud Penitenciaria, señala que, es prioridad para el INPE: "Desarrollar y/o fortalecer los vínculos con el Ministerio de Salud en los respectivos niveles regional y local, así como la asistencia y traslado de internos psiquiátricos a Hospitales de Salud Mental".* (Fundamento 17).

29 En: http://www.defensoria.gob.pe/informe-defensoriales.php

30 Recordemos que si de imponer penas se trata, el *consciente popular* sería capaz de imponer pena de muerte a toda una larga lista de crímenes.

Como consecuencia general, el TC declaró en tal situación el Estado de Cosas Inconstitucional, sustancialmente por ser contraria a la constitución pues *se aprecia que existen escasos planes, programas y servicios de salud mental dirigidos a personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación. Los existentes no están debidamente articulados entre los sectores e instituciones del Estado, lo cual se aleja por entero del Plan Estratégico del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) para el período 2007-2011.* (Fundamento 30).

Para cerrar la idea, considero muy pertinente hacer una traslación literal de algunos aspectos de la parte resolutoria de la sentencia que declara fundada la demanda:

a. ***ORDENAR*** *al Ministerio de Economía y Finanzas para que adopte las medidas necesarias que permitan el incremento gradual del presupuesto destinado al Ministerio de Salud, y concretamente, a los centros hospitalarios de salud mental de país.*

b. ***ORDENAR*** *al Poder Judicial la adopción de las medidas correctivas para que todos los jueces del país emitan pronunciamiento oportuno sobre los informes médicos que les son remitidos por las autoridades de salud, que recomiendan el cese de la medida de seguridad de internación.*

c. ***EXHORTAR*** *al Congreso de la República para que proceda a la aprobación de una ley que regule el tratamiento, supervisión, procedimiento, ejecución y cese de las medidas de seguridad de internación.*

d. ***EXHORTAR*** *al Poder Ejecutivo que adopte las medidas necesarias que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución, fortaleciendo los niveles de coordinación con el Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y Finanzas, etc.*

DISPONER *que la Defensoría del Pueblo, en el marco de sus competencias constitucionales, se encargue del seguimiento respecto del cumplimiento de la presente sentencia, informando al Colegiado en el término de 90 días y emitiendo, si así lo considerara pertinente, un Informe al respecto.*

Me pareció muy importante debido a que el TC decidió de manera compatible con la primera noción de activismo que cité, exhorta a las diferentes instituciones el cumplimiento a cabalidad de sus funciones; por un lado, ordena al MEF la consideración de estos problemas, de modo que contribuya con la erradicación de este problema estructural, bajo el cual es Estado pretende justificarse so pretexto de carencia presupuestal; al PJ, para que inste a todos los jueces el hacer un pronunciamiento oportuno sobre la situación en la que se haya cada persona a la que se le impone una medida de seguridad; por otro lado, exhorta al Congreso para legislar sobre el tratamiento que se viene realizando con respecto de las medidas de seguridad; y al Poder Ejecutivo, para la coordinación eficaz de estas medidas. Por último, dispone que la Defensoría del Pueblo, realice un seguimiento para el cumplimiento de las medidas apreciadas.

Como se aprecia, a diferencia del **Caso Salazar Yarlequé** donde el TC se atribuye facultades incompatibles con su función, en este caso dirige varios de sus aspectos de su sentencia hacia otros órganos pero con la finalidad de tutelar los derechos fundamentales de las personas, dejando de lado el diferente tratamiento que se le da (si se trata de derechos civiles y políticos, o de los económico, sociales y culturales).

5.- RECOMENDACIONES: ¡AÚN HAY MUCHO POR HACER!

La tesis principal consiste en la importancia que un Tribunal Constitucional o una Corte puede asumir en una sociedad desigual, llámesele activismo o no –más allá de los temores que la palabra genera –de lo que se trata es de la mejor optimización de los derechos fundamentales.

Y ello parte por la superación de la arcaica clasificación y distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado; y los económicos, sociales y culturales, por otro.

Sobre la pregunta hecha al inicio del punto cuatro –respecto de si nuestros magistrados estarán preparados para afrontar verdaderos *casos difíciles* –hoy, el TC puede trazar la senda y superar los malos precedentes que tiene

–sobre todo con respecto del pleno saliente –y un caso estructural para hacerlo; es el *recién* aceptado caso "Conga": Personas que reclaman la protección de un medio ambiente saludable, equilibrado, y el respeto desde una perspectiva interrelacional-holística de todo un listado de derechos; el TC debe ser un ente activo capaz de entender cada uno de estos problemas, e incluso de internarse en los mismos. La Corte Constitucional Colombiana ya ha ido dando un paso muy significativo, Bolivia ha creado un Tribunal Constitucional Plurinacional, nuestro país no puede ser indiferente a los cambios e innovaciones existentes; pero más que por estar a la "moda" se trata de una mejor protección de los *dd.ff.*

BIBLIOGRAFÍA

- DWORKIN, Ronald. La justicia con toga. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- FISS, Owen. El Derecho como Razón Pública. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- GRÁNDEZ, Pedro; MORALES, Félix (Edit.). La argumentación jurídica en el Estado Constitucional. Lima, Palestra Editores, 2013.
- GRANDEZ, Pedro (Editor). El Derecho frente a la pobreza. Lima, Palestra Editores, 2011.
- GRÁNDEZ, Pedro. Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica. Lima, Palestra Editores, 2010.
- LANDA ARROYO, César, Modelo de Jurisdicción Constitucional. Lima, Editorial San Marcos, 2004.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Madrid, Trota, 2008.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

La prescripción extraordinaria en el Derecho Procesal Penal Peruano
-¿Art. 83 del CP. VS art. 339.1 del NCPP.?-

*José Eduardo Prado Soriano**

"No entiendo al Garantismo Penal que no sea como aquella conciencia justa de encerrar en prisión a los que deben estarlo y de no encerrarse a los que no se deben, porque el Derecho es de todos o no es de nadie. Es preferible tener a un criminal en la calle que a un inocente en la cárcel. Esto para mí es Garantismo".

SUMARIO. I.- INTRODUCCIÓN. II.- CONSIDERACIONES PREVIAS. 2.1) La Prescripción Penal y sus Fundamentos. A) Fundamentos Contingentes. B) Fundamentos Necesarias. 2.2) Prescripción Ordinaria y Prescripción Extraordinaria. 2.3) Suspensión e Interrupción de la Prescripción Penal. III.- BREVE ESTADO DE LA CUESTIÓN. 3.1) Tesis de la Interrupción. 3.1.1) Críticas. 3.2) Tesis de la Suspensión. 3.2.1) Críticas. 3.3) Tesis de la Unión. 3.3.1) Críticas. IV.- POSICIÓN PERSONAL. V.- CONCLUSIONES Y REFLEXIONES. VI.- BIBLIOGRAFÍA.

* Estudiante de la E.A.P. Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

PALABRAS CLAVES

Prescripción. Acción penal. Libre desarrollo de la personalidad. Interrupción. Suspensión. Antinomia. Interpretación jurídica. Principio de Legalidad.

I. INTRODUCCIÓN

El ingreso del Código Procesal Penal a nuestro ordenamiento jurídico ha suscitado desde ya una irrefrenable controversia, no poco relevante, sobre el tema de la prescripción de la acción penal, pues *per se* parece existir una contradicción insalvable entre el art. 83 del CP. y el art. 339.1 del NCPP. Ello ha obligado a que los aplicadores del derecho realicen una serie de maniobras interpretativas que se ha visto reflejada en la realidad como una *vulneración al principio de igualdad constitucional en la faceta de la aplicación de la ley* debido a la disparidad de soluciones sobre el tema; en ideas más simples diremos que por ejemplo un sujeto imputado de realizar un ilícito penal en la Ciudad de Lima o Huaura le será computado los plazos prescriptorios en conformidad con la institución de la "interrupción; mientras el mismo hecho sindicado en la Ciudad de Arequipa o Trujillo se regiría por la institución de la "suspensión", básicamente.

En este contexto es vital entender que las discusiones dogmáticos no solo son discusiones intepretativas, sino también aplicativas; pues no hay propuesta doctrinal que no aspire a ser materializada por el estado; esto es, buscar dar un salto del discurso a la realidad; y digo ello porque las consecuencias jurídicas -y por ende fácticas- de algún caso donde se vea comprometida la temática de la prescripción variará enormemente según la institución que se aplique o considere pertinente en base del sistema interpretativo que se elija.

Las respuestas para minimizar tal alarmante situación han partido de diversos lados -artículos, libros, resoluciones casatorias, etc-, llegando a ser materia, incluso, de análisis en un Acuerdo Plenario dado en el 2010 (A.P. N°1-2010/CJ-116), pero dicho acuerdo no llegó a tener el peso suficiente como para homogenizar satisfactoriamente la jusrisprudencia, por la simple razón de que los jueces aún no tienen la convicción o el convencimiento suficiente

de adherirse a los argumentos esbozados por la Corte Suprema; pensamos que los supremos no fueron justos conforme a las bases de un Estado Constitucional de Derecho, confundiendo, además, algunas instituciones jurídicas que veremos al final del artículo. Lo cierto es que tal actitud de los jueces obligó a que la Corte Suprema desarrollase un segundo Acuerdo Plenario donde, en pocas cuentas, moderó su posición pero con poco éxito, nuevamente.

Este artículo lo que pretende es en primer lugar, dar una salida interpretativa a los operadores jurídicos para canalizar conforme a "Derecho" sus decisiones, sin ofender ni al principio de legalidad ni al principio *pro hominis* y *pro libertatis* que exige nuestras base jurídica y política actual.

Lo novedoso de ello es que construimos nuestras formulaciones interpretativas con cimientos propios; rompiendo con la monótona tradición de fundamentar o entender la cuestión prescriptiva como hasta ahora se ha venido haciendo. Hemos logrado una sistematización puntual y didáctica sobre las diversas posturas nacionales que han surgido en torno a este problema. Dicho esto, presentamos una nueva forma de ver a la Prescripción de la acción penal en nuestro Código Procesal Penal.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

2.1) LA PRESCRIPCIÓN PENAL Y SUS FUNDAMENTOS

Existen dos grandes actores, no digo los únicos, que encaminan el quehacer de todo proceso penal, me refiero al Ministerio Público (personificado por el fiscal) y el Poder Judicial (personificado por el juez). Ambos son órganos constitucionales, independientes y autónomos con sus respectivos roles muy bien definidos por nuestra CPP. y NCPP[1], pero a la vez encontrándose estrechamente interrelacionados; diríamos bajo una relación de complementación, reciprocidad y necesidad en este caso.

1 Artículos 138, 139, 159 de la CPP.; así como en los artículos IV, V del Título Preliminar y los artículos 1, 60, 61 del CP.

Sólo para simplificar sus tareas[2] vamos a decir que el Ministerio Público tiene el rol de persecución e investigación del delito mientras que el órgano jurisdiccional el rol de controlar la investigación, juzgar y decidir sobre si una determinada situación merece la calificación de delito. En razón de ello, una vez que el fiscal haya obtenido los suficientes elementos probatorios para convencer al juez sobre la calidad de un hecho delictuoso cometido por un sujeto debidamente individualizado, podrá éste recién solicitar la puesta de movimiento del aparato jurisdiccional para obtener, luego, una sentencia del caso.

El nexo o puente que viabiliza el paso de la etapa pre-jurisdiccional a la etapa jurisdiccional está dado por el poder jurídico de la *Acción Penal*[3] que la CPP.[4],el NCPP.[5] Y la LOMP.[6] le reconocen la titularidad de ésta al Ministerio Público.

---

2 "Al respecto, la constitución establece en su artículo 159 que corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal pública, de oficio o a petición de parte, así como la de emitir dictámenes previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla. Bajo esta perspectiva, se entiende que el fiscal no decide, sino que más bien pide que el órgano jurisdiccional juzgue, o en su caso, que determine la responsabilidad penal del acusado; esto es, que realiza su función, persiguiendo el delito con denuncias o acusaciones, pero no juzga ni decide." (STC. Exp. N° 01620-2009-PHC/TC en su fundamento 2. Citada por la Serie de Publicaciones de la Escuela del Ministerio Público, *Sentencias del Tribunal Constitucional Especializada en Materia Penal y Procesal Penal*, Impreso en Aleph Impresiones S.R.L., Primera Edición, Abril del 2010, pág. 529.)

3 "En palabras más corriente: es *el poder de poner en funcionamiento la actividad del órgano que dice el derecho (el tribunal, el juez), para lograr que se pronuncie (dicte sentencia) sobre hechos que el que tiene ese poder -en nuestro caso el Ministerio Público- estima que son delito.*" Lo que se encuentra entre guiones es nuestra. (Zaffaroni, Eugenio, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Tomo II, Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, 1998, pág. 809.)

4 Art. 159 de la CPP.: "Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

(...)

5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte."

5 Art. 1 del NCPP.

6 Art. 11 de la LOMP.: "El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquellos contra las cuales la ley la concede expresamente".

De lo vertido hasta ahora podemos concluir que la Acción Penal Pública[7] es *el poder jurídico reconocido constitucionalmente dado al Ministerio Público para acusar a un sujeto individualizado ante el Poder Judicial exigiendo a este último el pronunciamiento pertinente fundado sobre derecho en torno a lo planteado por el titular de la acción.*

Es de suma importancia tener presente la idea de la acción penal ya que ésta juega un rol vital en el tema de la prescripción que mucho más adelante haremos notar con mayor precisión[8]. Esclarecido la primera idea – de la acción penal- pasaremos a ubicar sistemáticamente el desenvolvimiento de la prescripción penal en nuestro sistema jurídico vigente y así comprender su papel dentro de ella.

Para lograr tal cometido debemos partir en analizar los ***Medios Técnicos de Defensa*** que a palabras de Eduardo Carlos *"Es el derecho de impugnar provisionalmente o definitivamente la constitución o el desarrollo de la relación procesal, denunciando algún obstáculo o deficiencia que se base*

7 Nuestro NCPP. en su artículo 1 habla de una acción penal privada la cual se nos presenta de modo excepcional en nuestro sistema jurídico penal, de acuerdo al artículo 159 de la CPP y otros, pero a la vez como una alternativa de contención del Poder Punitivo; por tal motivo precisamos que la acción penal que vamos referimos a lo largo del presente escrito es la que posea el carácter público y oficial. Esto no quiere decir en ningún modo que los planteamientos que se esbozarán en torno a la figura de la prescripción extraordinaria no tenga cabida en las acciones privadas que se concretizan mediante querellas, sino optamos esta opción por una cuestión de comodidad ya que prácticamente casi toda conducta delictiva conlleva a la acción penal pública.
Para darnos cuenta de la distinción entre la dicotomía que presenta la acción penal y su potencial de ambas para ser afectadas por la institución de la prescripción penal, el profesor Juan Montero nos menciona: "La persecución de los delitos denominados privados depende, no sólo de la voluntad del ofendido, sino de que ésta se manifieste precisamente por medio de querella. Aparece entonces el acusador privado que es el titular único de la acción penal, tanto respecto de la incoacción del proceso como de su sostenimiento a lo largo del mismo. Por estos delitos el Ministerio Fiscal ni puede ejercitar la acción, ni se constituirá después como parte. El acusador privado será la única parte acusadora." (Montero Aroca, Juan, *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Edit. Tirant Lo Blanch, 17º Edición, Valencia-España, 2009, pág. 77).

8 Nuestro TC. Entiende del modo más amplio a la prescripción como: "...es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones" (STC. Exp. Nº. 1805-2005-HC/TC, en su fundamento 6.)

directamente en una norma de Derecho y no incide sobre el hecho que constituye el objeto sustancial de aquella"[9].

En conformidad con los artículos 4, 5 y 6 del NCPP. Nuestro Derecho Procesal Penal reconoce tres tipos de medios técnicos de defensa las cuales son: *Las cuestiones previas, las cuestiones prejudiciales y las excepciones*. Cada una de ellas procura que el proceso penal se desenvuelva en su debida marcha, dando oportunidad al imputado en pronunciarse por las agresiones, sin justificación jurídica alguna, por parte del Estado.

Solo nos interesa referirnos, para fines de este artículo, el último medio de defensa mencionado que son las *excepciones*. Me refiero en plural puesto que nuestro NCPP concibe cinco formas de excepciones establecidas en todo el artículo 6 interpretada sistemáticamente con el art. 78 del CP. Todas ellas tienen la finalidad concreta de contraponerse a la acción penal que por alguna razón fundada en derecho deviene en improcedente. Estas excepciones son: de naturaleza de juicio, de improcedencia de acción, de cosa juzgada, de amnistía y **de prescripción**.

Hasta este punto, una vez ubicada nuestra figura en cuestión, podemos decir, encerrando las ideas vertidas y agregando otras, que la *prescripción penal es aquella excepción que se plantea como medio técnico de defensa la cual consiste en el derecho subjetivo del imputado de poder limitar la potestad punitiva del Estado en la perseguibilidad del delito por haberse operado la **acción liberadora en el tiempo** conforme al vencimiento de los plazos señalados en el ordenamiento jurídico penal.*

La vigencia actual de la prescripción está fundamentada desde diversas aristas que, a opinión nuestra, muchas de ellas no son excluyentes entre sí; al contrario, pueden llegar a complementarse. Según nuestro a criterio podemos clasificarlas en dos grandes grupos; tanto, en ***fundamentaciones contingentes*** y ***fundamentaciones necesarias***[10]. La primera se refiere

9 Carlos, Eduardo B., *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959. Citado en Cubas Villanueva, Víctor, *El Nuevo Proceso Penal Peruano*, Edit. Palestra Editores, Lima, 2009, pág. 108)

10 Tal "nomen" de las clasificaciones pueden ser muy criticables por hacer referencia directa al ámbito ontológico-natural, ya que la "necesidad" de las relaciones causales es la base

a aquellos fundamentos que bajo ciertas circunstancias pueden ser, como también pueden dejar de ser, además de sustentarse, muchas de ellas, en apreciaciones hipotéticas; sin embargo las segundas hacen alusión a fundamentaciones que son convenientes en toda circunstancia por apoyarse en finalidades superiores y objetivas que iluminan siempre a todo el ordenamiento penal.

A) FUNDAMENTACIONES CONTINGENTES

- El olvido del delito por el transcurso prolongado de tiempo. Llegándose hasta el extremo de desaparecer de la memoria social.
- El paso del tiempo borra los efectos producidos por el ilícito penal.
- El paso del tiempo ya no conmueve o hace peligrar la paz jurídica ni la subsistencia social.
- La aplicación tardía de la pena carecería de ejemplaridad.
- El tiempo tiene la virtud de corregir al autor o al partícipe.
- Como un modo de auto-sanción debido a la negligencia del sistema jurídico penal.
- Los elementos de prueba gracias al discurrir del tiempo pierden fuerza probatoria.
- Existe mayor posibilidad de que el juez tome una decisión errada por las dificultades probatorias.
- Para dar prioridad a la persecución de los delitos recientes.

B) FUNDAMENTACIONES NECESARIAS[11]

Las finalidades político-criminal y constitucionales que se encuentran juridificadas[12] en nuestro ordenamiento le sirven como base estable o "ne-

de los objetos naturales. Tal vez otros llevando la crítica más allá podrían aludir que cometemos una falacia naturalista. No hay ningún problema si la crítica sólo se remite a la *etiqueta* de la clasificación ya que no hay relación de necesariedad ni necesidad entre el significado y el significante.

11 Es pertinente esclarecer el sentido, alcance, límites, objeto y base de la prescripción penal, ya que de acuerdo a tales especificaciones nosotros nos veremos obligados a interpretar nuestra legislación (lege lata) sobre la materia, además de brindar las propuestas que vengan al caso (lege ferenda).

12 Debemos hacer hincapié que no nos referimos a principios, finalidades o derechos "positivizados", ya que sería negar relevancia jurídica a un gran ámbito de derechos o principios innominados, entre otras cosas.

cesaria" a la figura de la prescripción penal, por lo mismo de que una vez halla prescrito la acción penal automáticamente se optimizan los siguientes fundamentos.

- ***Resocialización***[13] [14].
- **Libre desarrollo de la personalidad.**
- **La seguridad jurídica.**

*"...en una Norma Fundamental inspirada en el principio **pro homine**, la ley penal material otorga a la acción penal una **función preventiva y resocializadora**, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva; orientación que se funda en la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda **incertidumbre jurídica** y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el **principio de seguridad jurídica**"*[15].

Haciendo un breve paréntesis. En diversas sentencias -por ejemplo la citada- nuestro Tribunal constitucional se ha centrado en señalar que la prescripción se fundamenta tanto en el fin resocializador-preventiva del Derecho Penal como, homologamente lo ve, con el principio de seguridad jurídica.

Tal idea de nuestro T.C *aparentemente* podría llevarnos a la conclusión que ese fundamento pertenece a la clasificación de las **"fundamentaciones necesarias"**, sobre todo si lo complementamos con lo mencionado en el ar-

13 Nosotros consideramos que el **fundamento resocializador-preventiva** pertenece a la clasificación de las **"fundamentaciones contingentes"**. La hemos incluido aquí de modo provisorio ya que en reiteradas jurisprudencias del T.C (por ejemplo: **Exp. N°. 1805-2005-HC/TC, Exp. N°. 01065-2006-PHC/TC, Exp. N.° 9291-2006-PHC/TC** y muchas otras más) la iguala u homologa con la misma relevancia que con la fundamentación referido a la seguridad jurídica. En tal consideración es que hemos considerado pertinente hacer el discernimiento correspondiente en esta parte.

14 La idea de que la prevención especial y/o la necesidad de pena fundamentan la prescripción de la acción penal, además de otros fundamentos que la complementa, es un argumento que viene siendo respaldado por destacados doctrinarios nacionales, entre ellos: **Alonso Peña Cabrera, Salinas Siccha, Alcócer Povis, Raúl Pariona Arana, César Landa Arroyo, Alva Orlandini, Cubas Villanueva, Roy Freyre, Panta Cueva**, entre otros; así como connotados doctrinarios extranjeros: **Claus Roxin, Bustos Ramírez, Ramón Ragués I Vallés, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, José Díez Ripollés, Zambrano Pasquel**, etc.

15 STC. Exp. N°. 1805-2005-HC/TC, en su fundamento 8. La negrita es nuestra.

tículo 83 del **C.P** que dice en su tercer párrafo: "Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la ***comisión de un nuevo delito doloso***"[16]. Se desprende que mientras el sujeto demuestre su re-adaptación social, sin necesidad de ser sancionado penalmente, el plazo de prescripción continuará consumiéndose hasta que definitivamente la acción haya prescrito, siendo inútil abrir un proceso o interrumpirle la prescripción a alguien que se ha adecuado a las finalidades del Derecho Penal, ya que así se respeta el principio de necesidad.

Lo cierto es que lo argumentado no es más que un eufemismo, ya que sus presupuestos son manifiestamente inconstitucionales. Para ser preciso diremos que se basa, a priori, en la idea hipotética de ser el sujeto ya responsable de un ilícito penal -imagínese el caso de la prescripción extraordinaria- violándose el principio del debido proceso, derecho de defensa, igualdad y presunción de inocencia. Sólo aquel quien haya sido procesado y sentenciado debidamente se le puede predicar sobre las posibilidades de su resocialización y por ende pensar en las medidas para el cabal cumplimiento de dicha finalidad.

A nuestra opinión personal, el **tercer párrafo** del **artículo 83** del **Código Penal** no debería ser una causal de interrupción de la prescripción de la acción penal -los jueces pueden sujetarse al control difuso para inaplicarla- mas bien **debería ser una causal de interrupción en la prescripción de la ejecución de la pena.**

En conclusión, la fundamentación resocializadora-preventiva no es más que una "fundamentación contingente" y no necesaria como se ha querido imponer. Todo ello es materia de un análisis aparte en un próximo trabajo y es por tal razón que ya no continuaremos desarrollándola. Cierro paréntesis.

Las dos fundamentaciones restantes pero medulares -la Seguridad Jurídica y el Libre Desarrollo de la Personalidad; las cuales nosotros consideramos estrictamente como ***fundamentaciones necesarias***- se encuentran interrelacionadas y comprometidas entre sí, por eso hemos preferido desarrollarlas en conjunto.

16 La cursiva con negrita es nuestra.

Como ya hemos de notar, en consideración del resguardo y compromiso con los principios fundamentales que encarnan todo Estado Constitucional de Derecho, la figura de la prescripción se construye sosteniéndose de dichas bases[17]. Específicamente, a nuestro criterio, sustentadas en los **artículos 1 y 2.1 de la CPP.** en lo que concierne al *libre desarrollo de la personalidad;* y -aunque no se encuentre positivizada en nuestra CPP.- pero sí reconocida en diversas **sentencias del T.C** como son el **Exp. N° 0016-2002-AI-TC, Exp. N°. 0001-0003-2003-AI-TC,** y el **EXP. N° 01594-2013-PA/TC** en lo concerniente al principio de *seguridad jurídica.*

"La particularidad del ser de la especie humana consiste en tener que realizarse, en tener que elaborar su propio e intransferible ser personal, pues solo la muerte es el límite de la existencia, porque esta acaba con la vida y genera un escenario en donde no hay más posibilidad de proyección"[18] en razón de lo dicho es que el Estado establece las figuras jurídicas adecuadas para garantizar el libre desarrollo de la personalidad de cada integrante; entre tantos mecanismos que nos llevan a garantizar tal aspiración una de ellas es la institución jurídica de la prescripción de la acción penal.

Se llega un momento en la cual el proyecto de coexistencia de un sujeto se ve menoscabado, de una manera irracional y desproporcional, y esto es así cuando el Estado amenaza con un permanente e ilimitado riesgo de persecución y sanción penal sin darle las suficientes expectativas de actuación sobre su que hacer mundano (recordemos que aún estamos hablando de un

17 "La prescripción se sustenta en la debida protección de la persona humana dentro de un Estado Constitucional y de Derecho, siendo contrario a la dignidad humana que el Estado amenace en cada caso concreto con ejecutar su potestad punitiva sin limitación temporal. Si previsto el plazo, no se ha podido terminar el procedimiento... en el tiempo tasado para los delitos cometidos, la ineficacia es del propio Estado, no pudiendo ser soportada por el justiciable, manteniendo en incertidumbre ad infinitum la resolución de su situación jurídica frente al delito" (Mixan Mass, Florencio, *Cuestión Previa, Cuestión Prejudicial, Excepciones en el Procedimiento Penal.* Ediciones BGL, Trujillo, 1999, pág. 174, citado por Taboada Pilco, Giammpol, *Análisis del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 Sobre la Suspensión de la Prescripción en el Nuevo Código Procesal Penal.* En la Revista AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura, Año III, N° 5, 2012, pág. 89.

18 Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como Libertad*, segunda edición, Universidad de Lima, Lima, 1994, pág. 73.

sujeto libre e inocente) manteniéndolo en una constante incertidumbre jurídica sobre su futuro. Una forma de entender todo lo dicho es, como muy bien lo explica el profesor Giammpol Taboada, para el caso de la prescripción extraordinaria: "*El proceso penal implica soportar una enorme carga de aflictividad, tanto formal como material, para la persona. Todo proceso penal supone una injerencia y penetración en la vida del ciudadano que le obliga a realizar una serie de actos, a soportar un conjunto de obligaciones (v. gr. Comparecer al proceso) y a mantener una expectativa en el resultado y la duración de dicho proceso.* ***El proceso penal en su conjunto afecta derechos del imputado por su mera realización, aún cuando no se dispongan medidas concretas de coacción.*** *El proceso penal es una forma de coacción estatal y comporta la innegable restricción de la libertad del imputado: la incertidumbre provocada por la investigación del delito y por el mantenimiento de un proceso penal, más allá de un tiempo razonable, implica la conservación de una innegable carga de dramatismo, desesperanza, angustia y desazón del ciudadano que compromete no solo el desarrollo de su libre personalidad, sino la dignidad de la persona humana. Lo que está en tela de juicio dentro del proceso es la inocencia del procesado, su buen nombre y honra*"[19].

La consecuencia de lo dicho es entender que sin la figura de la prescripción en nuestro ordenamiento jurídico penal es no brindarle al imputado una seguridad jurídica que confirme sus próximas acciones. Esta afirmación entonces nos permite concluir que: "*Lo esencial de la seguridad jurídica es poder predecir la conducta de las personas y del poder a partir de lo que manda el Derecho. Puede ser que las personas discrepen con esas conductas, pero cuando tienen seguridad jurídica saben cuáles son las que predetermina el Derecho. Esto permite organizar la propia vida y sus situaciones de manera jurídicamente correcta*"[20].

19 Hay casos en que la duración del proceso produce un daño y dolor más intenso que la de la propia pena, sobre todo cuando se lo mantiene abierto sin necesidad o justificación racional alguna. (Taboada Pilco, Giammpol, Ob. Cit., pág. 89-90.) La negrita es nuestra.

20 *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima-Perú, 2006, Pág. 79.

Como notamos, estas dos bases son los pilares, además de un estado Constitucional de Derecho[21], de la prescripción de la acción penal en específico. Ésta es una institución de garantía (permite la legitimación de los derechos fundamentales) por ello debe estar presente en todo el derecho, pero sobre todo en el Derecho Penal.

Consideramos, por tanto, que la prescripción tiene una utilidad o incidencia procesal y no material. Esto es así por 5 razones puntuales.

Primero, con la prescripción (sea ordinaria o extraordinaria) no se produce una extinción de la responsabilidad criminal -como sostienen los partidarios de la tesis material- sino una obstaculización o impedimento a la acción persecutoria penal, esto quiere decir: *La prescripción de la acción penal pone límites a la capacidad persecutoria del Estado para reclamar la aplicación del Ius Puniendi manifestándose entonces como la prohibición de iniciar o continuar la tramitación de un proceso penal; en otras palabras, se extingue la posibilidad de investigar un suceso criminal.* Afirmar la tesis sustantiva o material implicaría comprender, necesariamente, que la prescripción, en estos casos, anula la pena al borrarse el castigo con el transcurso del tiempo. Idea que no tiene cabida en nuestro actual ordenamiento jurídico penal. Y es justamente esto último donde voy a desarrollarlo como segundo punto.

Decir que la prescripción extingue la responsabilidad criminal permitirla entender que con el simple transcurrir del tiempo un hecho de carácter ilícito se convierta en uno lícito, pues se elimina el injusto y culpabilidad penal; pero justamente como hemos dicho en el párrafo anterior, tal fundamentación no tiene coherencia con nuestro sistema jurídico penal.

El artículo 91 de nuestro CP. regula en sus literales la renuncia a la prescripción de la acción penal, con los siguientes términos: "El imputado tiene derecho a renunciar a la prescripción de la acción penal." Esto quiere decir, por lo tanto, que la prescripción no elimina la responsabilidad criminal sino solo la posibilidad de ejercer la acción penal. De esta manera también

21 Interpretación sistemática entre el art. 3 y el art. 43 de la CPP.

lo entiende la Sala Penal de Apelaciones de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima: *"La renuncia a la prescripción de la acción penal es un derecho que tiene todo procesado, que conlleva la necesaria revisión del tema de fondo para pronunciarse con una sentencia absolutoria o condenatoria"*.

Tercero, en nuestra legislación penal, además, se reitera en varias oportunidades la incidencia procesal de la prescripción como podemos notar en los artículos 78 del CP. (*"La acción penal se extingue... por prescripción"*), 80 del CP. (*"La acción penal prescribe..."*), 82 del CP. (*"Los plazos de prescripción de la acción penal comienzan..."*), entre otros.

Cuarto, decir que lo que se extingue es la responsabilidad criminal y no la posibilidad de investigar un suceso criminal es afirmar, *a priori*, que el sujeto ya realizó dicho ilícito penal. Consecuencia que es visiblemente rechazada en un Estado Constitucional de Derecho.

Y por último; pensamos, fiel a nuestras bases, que entender a la prescripción como parte de una teoría procesal es estar en conformidad con sus lineamientos fundamentales en pro de la optimización del libre desarrollo de la personalidad. Esto es así por la simple razón de que todo sujeto tiene la posibilidad de renunciar a la prescripción de la acción penal cuando así se decida éste; posibilidad que se cerraría si se entendiese a la prescripción desde ideas sustantivas o materiales.

2.2) PRESCRIPCIÓN ORDINARIA Y PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA[22]

El Código Penal peruano hace uso de un sistema doble de prescripción de la acción penal[23].

22 No se desarrollará el tema de la prescripción extraordinaria con profundidad en esta parte ya que se le dedicará un análisis apartado más adelante por ser la temática de este artículo. Por ello, lo que se diga aquí debe entenderse de modo inacabado o insuficiente tanto para la figura de la prescripción ordinaria como extraordinaria.

23 Si la acción penal aún no se ha iniciado rige la *prescripción ordinaria* (art.80), es decir, prescribe el derecho del Estado a perseguir y sancionar el delito en el mismo término de

PRESCRIPCIÓN ORDINARIA; la encontramos regulada en el art. 80 del CP. en su primer párrafo. Es aquella que se da entre el inicio del ilícito penal[24] hasta la actuación del Ministerio Público[25]. En todo ese intervalo, dependiendo del ilícito en cuestión, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para ese delito; claro que esto rige solo para las sanciones penales que son privativas de libertad.

Es decir, este tipo de prescripción es aquel que se da antes del proceso penal en base de un plazo consignado según el supuesto ilícito penal.

PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA, opera cuando (...) se ha ejercido y se han realizado actos de investigación o actuaciones judiciales[26]; de ese modo se interrumpen el plazo ordinario de prescripción y se tendrá que adicionar o sumar al plazo ordinario un plazo extraordinario que por ley (art. 83 del CP.) es equivalente al 50% de aquel, cumplido el cual, la acción penal prescribe inexorablemente[27].

Perfilando la idea, quiere decir que cuando antes que se de la prescripción ordinaria se abre un proceso, ésta contabilización se ve ampliada ya que se necesita dar más tiempo a los organismos que intervienen en el proceso, pasando a ser ya una prescripción extraordinaria.

Hay que tener en cuenta que *la prescripción se puede dar tanto antes del juicio como dentro del mismo, ya que la acción penal no es un momento sino un estado que alimenta y sostiene las actuaciones del Ministerio Público como del Poder Judicial.*

---

tiempo fijado en la pena máxima conminada para el delito. En cambio si existe ya proceso penal, la acción prescribe en un término que se establece tomando la pena máxima para el delito incrementado en un 50%; tal es la llamada *prescripción extraordinaria* (art. 83, último párrafo). (Rojas Vargas, Fidel, *Delitos Contra la Administración Pública*, 4° Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, pág. 111)

24 El inicio de la prescripción de la acción penal por cada tipo de delito se encuentra regulada en el art. 82 del CP.

25 Más adelante precisaremos ese límite.

26 Sobre este punto profundizaremos en la siguiente parte.

27 Cubas Villanueva, Víctor, Ob. cit., pág. 131. Lo que está en paréntesis es nuestro.

2.3) SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN PENAL

Tanto la suspensión como la interrupción son efectos de algún quiebre o perturbación reconocida jurídicamente en la continuidad de la acción liberadora en el tiempo. Esos "quiebres" o "perturbaciones" del tiempo se encuentran especificados, sustancialmente, en los artículos 83, 84 del CP. y en el artículo 339.1 del NCPP, además de tomarse en cuenta datos jurisprudenciales como datos doctrinarios. En cada uno de esos artículos y argumentos se hace el discernimiento correspondiente de las causales o condiciones que llevan bien a interrumpir o suspender la prescripción de la acción penal.

Es importantísimo comprender y diferenciar los efectos que producen cada una por depender de ellas la calidad de afectación de un sujeto por su ilícito penal y ser, también, conceptos medulares para los propósitos de este artículo.

SUSPENSIÓN[28 29], implica que, por alguna causal reconocida en la legislación penal, la contabilización de la acción liberadora en el tiempo para prescribir la acción penal se vea congelada o paralizada, es decir, quede intacta desde su suspensión. Se reanuda tal contabilización si existe alguna causal que lo autorice. Un ejemplo sencillo sería en caso que a un sujeto se

28 La "suspensión" de la prescripción (...) consiste en la creación de un estado en la cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la ley que impide la persecución penal -constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso- (...) La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación. (Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, págs. 6-7)

29 García Cavero, comenta que el plazo de prescripción puede suspenderse si el proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento. (García Cavero, Percy, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima, 2008, pág. 723. Citado por Panta Cueva, David, *¿El fin de la prescripción extraordinaria? La problemática del artículo 339 del Código Procesal Penal de 2004*, en Gaceta Penal y Procesal Penal, *Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*, Lima, 2010, pág. 107.

le esté procesando por el delito de Bigamia (art. 139 de CP.) para lo cual el tipo objetivo exige, entre otros elementos, que el sujeto activo deba contraer matrimonio cuando éste ya estaba casado; es decir, que se case nuevamente siendo su anterior matrimonio vigente aún, pero paralelamente, en un proceso civil, se está discutiendo justamente sobre la validez del primer matrimonio (si es o no es nulo), por ello se suspende (congela) el plazo de prescripción de la acción penal hasta que el otro proceso (ya que la imputación del delito de bigamia depende del resultado de este proceso civil) quede concluido y así continuar sumando la contabilización desde donde se suspendió.

INTERRUPCIÓN, en términos muy cotidiano sería lo que comúnmente decimos: "borrón y cuenta nueva". La contabilización del tiempo ya transcurrido, por alguna condición que prevé el código penal y que más adelante profundizaremos, queda sin efecto. No es que se paralice o congele el tiempo ya transcurrido sino que simplemente hay un reinicio de ese tiempo. Desaparece todo lo ya transcurrido y comienza a correr una nueva contabilización. Como dice el código penal en el artículo 83 en su segundo párrafo: *"Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia".*

III.- BREVE ESTADO DE LA CUESTIÓN

El desarrollo que se hará por cada tesis, excepto con la Tesis de la Suspensión, es de modo genérico pues no llegaremos a analizar detenidamente las particularidades de cada autor.

3.1) Tesis de la INTERRUPCIÓN

Representan a esta postura los juristas Eduardo Alcócer Povis y Tomás Gálvez Villegas, entre otros. El profesor Alonso Peña Cabrera y el juez Giammpol Taboada también llegan a las misma conclusiones del problema solo que con ciertas diferencias argumentativas pero no del todo distantes. Esto es, se concluye que el art. 339.1 del NCPP. que ***suspende*** la prescripción de la acción penal cuando se formaliza la Investigación Preparatoria, no debe ser entendida de esa manera, sino mas bien como una causal de ***interrupción***.

Tal conclusión se fundamenta bajo la idea de ser la "prescripción" una institución propia del Derecho Penal Sustantivo, la razón es que su contenido y límite están descritas en el Código Penal, por lo tanto, ante cualquier duda siempre se impone la norma sustantiva. Interpretan que el fundamento, de nuestra figura en cuestión, es la *necesidad de pena* que se ve mermada por el transcurso del tiempo.

Es por tal razón que el art. 339.1 del NCPP. al utilizar el término suspensión de la prescripción penal por la mera formalización de la investigación preparatoria, se aleja de lo dispuesto por el art. 84 del CP. que regula los supuestos de suspensión del plazo de prescripción: "si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en *otro procedimiento*, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido". El acto de formalización de la investigación preparatoria se da durante el proceso (no en otro procedimiento), además no se pretende resolver una cuestión determinante para el comienzo o continuación del mismo. Por tanto, lo regulado en el art. 339.1 del NCPP. se adscribe a un supuesto de interrupción del plazo de prescripción (art. 83 del CP.), el mismo que se presente ante la actuación (intra-proceso) del Ministerio Público[30].

Por otro lado, cuando hay una incompatibilidad de normas, como es en este caso, la solución se da por una interpretación teleológica y sistemática de los artículos 139.1 de la CPP. y el art 83 del CP. donde se procura una salida buscando la optimización de la protección de los Derechos Fundamentales aplicando la ley más favorable al reo como es una causal de interrupción, ya que la *suspensión* al no fijarse algún término lo deja en una constante incertidumbre y la fundamentación de necesidad de pena se contravendría; desnaturalizando la figura y atentando contra los derechos Fundamentales del procesado.

30 Alcócer Povis, Eduardo, *¿Qué Aspectos Deben Ser Reevaluados en Torno a la Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal Prevista en el Artículo 339° del Código Procesal Penal, y qué Fundamentos o Alternativas pueden Plantearse al Respecto?*, en: http://es.scribd.com/doc/148477956/Prescripcion-Eduardo-Alcocer, pág. 2

Como muy bien lo sintetiza Tomás Gálvez[31]: *"creemos que el legislador ha confundido los conceptos de suspensión con interrupción; y lo que realmente ha querido es referirse a interrupción y no a suspensión"*. Y es que *"la actuación del Ministerio Público, en este caso, iniciando formalmente la investigación preparatoria (con lo cual da cuenta al Juez de dicha decisión) encaja claramente en el supuesto de interrupción"*. Afirma que habría una contradicción entre lo regulado en el art. 339.1 NCPP. y en el art. 83 CP.: *"estando ante una antinomia jurídica, se tendrá que determinar cuál es la norma aplicable al caso; y estando a que la prescripción es una institución de carácter sustantivo, la norma pertinente para su regulación es el Código Penal"*.

3.1.1) Críticas

- *Afectación del principio de legalidad.* Obligan a que el juez pase de la interpretación a la creación de leyes, cuestión que está prohibida. Esto se da cuando dicen que la palabra "suspensión" no es suspensión, sino "interrupción", es decir, que el legislador dijo lo que no dijo.
- *Se Confunde el plano Lege Lata con el plano Lege Ferenda.* Al identificar que el legislador cometió un error cuando precisó que con la formalización de la Investigación Preparatoria se produce los efectos de "suspensión", hasta ahí no hay ningún problema, puesto que en base de esa crítica da camino para la debida propuesta que en este caso es dejar el efecto de suspensión por el de "interrupción". El problema es que una vez que se llegó a la propuesta legislativa se trata de imponerla como una cuestión de estado, saltándose una enorme brecha entre lo que está y lo que debería estar.
- *Se Apela a una falacia por autoridad con un análisis asistemático.* Como entienden que la prescripción es de carácter sustantiva, punto que ya hemos controvertido en su momento, entonces todo lo que el señor legislador a colocado en el Código Penal es lo sustantivo y no procesal, y

31 Gálvez Villegas, Tomás y Otros, *El Código Procesal Penal*, Lima, 2008, pág. 673. Citado por Alcócer Povis, Eduardo, *¿Qué Aspectos Deben Ser Reevaluados en Torno a la Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal Prevista en el Artículo 339° del Código Procesal Penal, y qué Fundamentos o Alternativas pueden Plantearse al Respecto?*, en: http://es.scribd.com/doc/148477956/Prescripcion-Eduardo-Alcocer, pág. 2. La cursiva es nuestra.

todo lo que se encuentra en el Código Procesal Penal es de carácter estrictamente procesal y no sustantivo. Por tales razones, toda norma sobre prescripción que en el Código Procesal trate, deberá estar subordinada y hasta desconocidas en gran parte, como es el caso, cuando se las analice al lado de las normas del Código Penal. Ideas que llevan a un absurdo, porque la ubicación de una figura no dice nada sobre su carácter institucional, de lo contrario las diversas normas de carácter administrativo y civil que son vistas por un juez penal debería ser desconocidas por su incongruencia con el sistema penal mismo, tornándose el derecho penal en inservible, intolerante y rígido.

- *La prescripción no es de carácter sustantiva sino procesal.* Esta parte ya se analizó en su debido momento.
- *No hay claridad para explicar desde cuando inicia la prescripción extraordinaria.* No precisan con firmeza desde cuando exactamente inicia la prescripción extraordinaria. Si es, entonces, desde las actuaciones iniciales del Ministerio Público o de las autoridades judiciales o, de lo contrario, desde la formalización de la investigación preparatoria; o acaso entienden que se da la interrupción en ambos momentos.
- *La necesidad de pena no es fundamento necesario* o esencial de la prescripción de la acción penal como para generalizar la valoración y configurar todo desde ese punto de partida. Tal afirmación se explicó la inicios del artículo.

3.2) Tesis de la SUSPENSIÓN

Representante de dicha postura es el abogado David Panta Cueva.

Si bien él reconoce que el artículo 339.1 regula un supuesto de suspensión y no de interrupción; aún así muestra su disconformidad con esta regulación, proponiendo -*Lege Ferenda*- una reforma legislativa: donde dice "suspensión" debería haberse dicho "interrupción".

Se refiere, con respecto a la *naturaleza* de la prescripción, de la siguiente manera: "*Para nosotros la prescripción de la acción penal tiene naturaleza penal material (...) la naturaleza de las figuras jurídicas debe ser determinada con base a su esencia. La prescripción es un mecanismo limitador del ejercicio del Ius Puniendi del Estado, pues el tiempo que transcurre a partir de la comisión del delito genera el incremento de la falta de nece-*

sidad de pena, lo cual la fundamenta como un instrumento material que ***extingue la responsabilidad penal***"[32].

Según él[33] la prescripción es un mecanismo material que sirve para defender el respeto del derecho del ciudadano a la seguridad jurídica y a ser juzgado en un *plazo razonable* en irrestricto respeto del debido proceso en su expresión formal y sustantiva.

Por lo tanto, *la prescripción es el instrumento mediante el cual se cancela la responsabilidad penal (limitando de esa manera el ejercicio del Ius Puniendi) lo que conlleva que la acción penal quede aniquilada*[34].

El motivo por el cual consideramos a Panta Cueva como autor de la Tesis de la Suspensión[35] es porque concibe que el precepto procesal -art. 339.1 del NCPP.- derogaría lo normado en el artículo 83 del CP.; dejando de lado entonces la consideración de que las Actuaciones del Ministerio Público llevan a una interrupción de la acción penal. Pero esto, según su apreciación, no es inconstitucional pues no extingue la prescripción extraordinaria al no existir ningún impedimento procesal de poder solicitar en cualquier momento la prescripción de la acción penal antes, durante o luego de la investigación preparatoria, siempre y cuando ésta -la prescripción- se hubiese dado antes de dicha formalización.

Notamos todo ésto cuando nos dice: "... *la formalización (...) no es más que una actuación del Ministerio Público que promociona la acción penal (acto postulatorio verificable), lo que según el artículo 83 de nuestro CP., es una causal de interrupción, por lo que es evidente que existe una con-*

32 Panta Cueva, David, *¿El Fin de la Prescripción Extraordinaria? La Problemática del Artículo 339 del Código Procesal Penal de 2004*. En: Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia, Lima, 2010, pág. 101. La negrita es nuestra.

33 Panta Cueva, David, *Ob. Cit.*, pág. 102.La cursiva es nuestra.

34 Panta Cueva, David, *Ob. Cit.*, pág.103-104.

35 Como él mismo dice: "No me parece correcto entender que entre el artículo 83 in fine del CP. Y el artículo 339.1 del NCPP. pueda existir armonía sistemática construyendo un mejor sentido interpretativo. A mi juicio se atenta contra el principio de legalidad penal." (Panta Cueva, David, *Ob. Cit.*, pág. 119)

tradicción entre el artículo 339.1 del NCPP. De 2004 y el artículo 83 del CP."[36] En razón del reconocimiento de la contradicción de estos dos preceptos, Panta Cueva termina diciendo entonces: "*A nuestro juicio, y desde un punto de vista literal, queda claro que la formalización (...) conlleva automáticamente la suspensión de la prescripción del plazo extraordinario. En consecuencia, se estaría* ***abrogando*** *automáticamente el artículo 83 del CP., pues dicho efecto a nuestro parecer se extiende hasta que el proceso penal culmine*"[37].

Según nuestro autor, como ya hemos mencionado, esta contradicción no deviene en inconstitucional: "... *tanto la prescripción ordinaria y extraordinaria pueden fácilmente tener cabida durante las diligencias preliminares y hasta antes de la formalización de investigación preparatoria, lo que puede ser reclamado en el proceso a través de las vías pertinentes*"[38].

3.2.1) Críticas

- *La prescripción no es de carácter sustantiva sino procesal.* Esta parte ya se analizó en su debido momento.
- *La necesidad de pena no es fundamento necesario* o esencial de la prescripción. Tal afirmación ya se explicó.
- *Parte de un esencialismo pre-platónico,* porque el autor busca una "definición real" de la prescripción penal. Él establece, desde su perspectiva, que la prescripción penal tiene *naturaleza* material. Punto que controvertimos frontalmente pues el significado de las palabras es convencional; o sea, no hay una relación de necesariedad entre la palabra y su significado. Manuel Atienza dice: "El significado de una expresión puede -suele- variar con el transcurso del tiempo. Y no existe ninguna esencia o realidad inmodificable a la que tengan que referirse las palabras o conceptos (cuando tienen referencia) y que debamos necesariamente respetar cuando las usamos (o cuando las definimos)"[39].

36 Panta Cueva, David, *Ob. Cit.*, pág. 117. La negrita es nuestra.
37 Panta Cueva, David, *Ob Cit.*, pág. 106. La negrita es nuestra.
38 Panta Cueva, David, *Ob. Cit.*, pág. 112.
39 Atienza, Manuel, *El Sentido del Derecho*, Edit. Ariel, S.A., España, 2001, pág. 50.

- *Análisis asistemático con respecto a la prescripción de la acción penal extraordinaria.* Si se afirma que el art. 339.1 del NCPP. deroga o abroga al art. 83 del CP. entonces el cómputo de inicio de la prescripción extraordinaria es el mismo punto de inicio de su suspensión, negándose lo constitucionalmente establecido en el artículo 83 en su cuarto párrafo. En conclusión, con esta postura se da fin a la prescripción extraordinaria. No hay que confundir la prescripción extraordinaria con la posibilidad de exigir la prescripción de una acción penal luego de la formalización de la investigación preparatoria, pues lo que se reclama es un derecho que se constituyó en el tiempo que se encontraba vigente la institución de la prescripción ordinaria. Solo que se ha reclamado ese derecho en un momento distinto al que se adquirió. Lo dicho se advierte con mayor claridad en la siguiente crítica.
- *Ninguna acción penal prescribe de modo extraordinario.* Como muy bien lo señala el profesor Alexei Sáenz Torres: "... qué sucedería con el plazo transcurrido desde el día que se cometió el delito hasta el día en que el fiscal formaliza la investigación preparatoria. Los seguidores de la postura de la derogación de la interrupción, es decir los que sostienen la suspensión del plazo de la prescripción, si son coherentes tendrían que admitir que ahora ya no hay nada que suspender, que aquel plazo nunca empezó a correr, o todo lo contrario, el plazo corrió formalmente empero el plazo que corre formalmente siempre se tendrá que suspender. Por lo tanto, se debe admitir que el sistema penal peruano adaptó un sistema donde ninguna acción penal prescribiría[40]".Queremos señalar que estas apreciaciones son válidas siempre y cuando el Estado interviene seriamente para la persecución del responsable del ilícito penal.
- *El derecho al plazo razonable no fundamenta la prescripción penal.* Esto se explicará en la última parte de nuestra posición personal.

3.3) Tesis de la UNIÓN

Los llamamos así por lo mismo que compatibilizan o integran lo expresamente regulado en los artículos 83 y 339.1 del CP. y del NCPP., respectiva-

40 Sáenz Torres, Alexei Dante, *La Prescripción Penal en el Perú (A veinte años de vigencia del Código Penal de 1991)*, Tomo I, Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales, Lima, 2012, pág. 112.

mente; es decir, consideran que un dispositivo legal no niega al otro, solo que sus efectos se dan en momentos distintos.

Los partidarios de esta tesis son, entre otros, el profesor Raúl Pariona Arana -Catedrático de la *Decana de América*[41]- así como los Acuerdos Plenarios N° 1-2010/CJ-116 y N° 3-2012/CJ-116. Hay que hacer la salvedad que las fundamentaciones de sus posturas varían en ciertos puntos.

Según ellos, el artículo 339.1 del NCPP. es claro y puntual cuando menciona que la formalización de la investigación preparatoria lleva a la "suspensión" de la contabilización del tiempo para la prescripción penal; creándose, por lo tanto, una nueva regla de prescripción dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Por respeto al principio de legalidad, que obliga a que toda interpretación de la ley penal se circunscriba dentro del marco establecido por el texto de la misma, no se puede decir lo contrario; esto es, donde dice "suspensión" debe entenderse como "suspensión y no como "interrupción. La ventaja de todo esto es que la administración podrá investigar, juzgar y, si se da el caso, culpar a un sujeto sin el obstáculo de impunidad de la prescripción. El profesor Pariona nos dice: "... *si se suspende la prescripción no existirá ningún obstáculo para que la justicia juzgue al imputado; por el contrario, si se entiende que se interrumpe la prescripción, entonces la acción de la justicia podría bloquearse en pleno juzgamiento por efectos de la prescripción, dejando impune el delito, sin que se sepa la verdad de los hechos, con las consiguientes nefastas consecuencias que esto implica para la institucionalidad y legitimidad de la justicia*"[42] [43].

41 Así se le conoce a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

42 Pariona Arana, Raúl, *La Prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o Interrupción de la Prescripción?* en Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 23, mayo-2011, pág. 224.

43 Nuestra Corte Suprema tiene el mismo parecer: "Desde esta perspectiva el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto que aún se vislumbran posibilidades de éxito en la investigación del presunto delito y que la infracción pueda ser castigada (...) para evitar la sensación de impunidad en la sociedad, como marco de la política criminal del Estado." (Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, fundamento 29°)

Antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal del 2004, la institución de la prescripción penal se regulaba solamente por las normas, contenidas en el Código Penal de 1991. Ahora dicha institución se regula, en base de una interpretación sistemática bajo el principio de unidad y armonía del ordenamiento jurídico penal, en ambos cuerpos normativos. Por ello, la contradicción que ha surgido cuando entró en vigencia el NCPP. es solo aparente. Veamos por qué: *"En puridad, la nueva ley no entra en conflicto con la ley anterior, puesto que el art. 83 CP. no regulaba la "formalización de la investigación" preparatoria como actuación del Ministerio Público, puesto que hasta antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004 no existía una actuación tal"*[44]. Además: *"al tratarse de normas de la misma naturaleza, lo que corresponde es interpretarlas conjuntamente (...), sistemáticamente y siempre bajo la concepción unitaria del ordenamiento jurídico. En consecuencia, en el presente caso, al tratarse de dos normas que regulan la misma institución, se debe entender que el legislador, mediante la ley posterior ha querido introducir cambios en la regulación de la prescripción, asignándole una consecuencia jurídica concreta (suspensión) al acto de formalización (...)"*.

La aplicación de la "suspensión" no afecta el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas, según art. 139 en su inciso tres de la CPP.; porque ésto no llevaría a un juzgamiento indefinido del imputado. Es así porque entre otras razones: *"(...) en el ordenamiento procesal la <<suspensión de la prescripción>> se forja en un proceso estructurado que respeta las garantías del debido proceso, promueve valores constitucionales medulares y definitivos para la protección jurisdiccional efectiva"*[45]. *"Por tanto, con los límites racionales regulados no habría un exceso de tiempo hasta la culminación del proceso con un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre porque con la previsión de la ley fijando pautas de duración de los procesos no debería existir menoscabo a un juicio* ***en un tiempo razonable*** *(...)"*[46] [47].

44 Pariona Arana, Raúl, *Ob. Cit.*, pág. 229.
45 Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, literal "E" del fundamento 31.
46 Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, fundamento 32. La negrita es nuestra.
47 El Acuerdo del 2012 complementa lo dicho: "(...) ella guarda estricta coherencia con las

En conclusión, según lo expresado se colige inevitablemente que: *"En el nuevo sistema procesal, procederá la prescripción ordinaria hasta antes que se de inicio a las diligencias preliminares y procederá la prescripción extraordinaria desde el inicio de las diligencias preliminares hasta antes que se formalice la investigación preparatoria. (...) Esto es razonable, puesto que la formalización de la investigación preparatoria supone un avance significativo en la persecución penal: se tiene indicios reveladores de la existencia de un delito y se ha individualizado a los imputados. Se ha logrado determinar los hechos criminales, tipificar los delitos cometidos, se han identificados a los presuntos autores y partícipes (art. 336 NCPP.)"*[48].

3.3.1) Críticas

- *No podrá existir contrariedad de normas pero eso no quiere decir que no exista antinomia jurídica.* Esto se explicará más adelante.
- *El derecho al plazo razonable no fundamenta la prescripción penal.* Esto se explicará más adelante.
- *La prescripción penal no fomenta la impunidad de los delitos.* Decimos ésto debido a que ellos comprenden que la prescripción de la acción penal es un traba para la persecución y sanción correspondiente. "Según las máximas de un Estado Social y de Democrático de Derecho, la política criminal ha de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales del individuo, esto es, las libertades fundamentales, que no pueden ser afectadas, so pretexto de asegurar la persecución y sanción de todo fenómeno delictivo. (...) debe quedar claro, que la sociedad y el Estado, han de renunciar a la persecución y sanción del delito, cuando motivos legales -valederos-, así lo aconsejen, en este caso, cuando la acción penal haya prescrito..."[49] así sea en cualquier etapa del proceso. Por

exigencias, límites y efectos que derivan del **principio de plazo razonable** para la realización de la justicia." (Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, fundamento 11.)

48 Pariona Arana, Raúl, *Ob. Cit.*, pág. 226.

49 Peña Cabrera Freyre, Alonso, *La Discusión sobre la Naturaleza Jurídica de la Suspensión de los Plazos de Prescripción de la Acción Penal Prevista en el Nuevo CPP: Un Tema Fundamental en Defensa del Estado Constitucional de Derecho*, en la Revista Jurídica Institucional de la Corte Superior de Justicia de Piura: AEQUITAS, Año III, N° 5, enero del 2012, pág. 79-80.

lo tanto, no hay que ver a la prescripción como una piedra en el zapato que favorece la impunidad, sino como una garantía fundamental de todo ser humano que se integra con la actividad persecutoria penal del Estado al lado de los otros principios que fundamentan, también, dicho proceso; es decir, "la prescripción es parte de; no en contra de".

- *Prolongación "ad infinitum" de la suspensión del plazo de prescripción.* Se da cuando la "suspensión" del plazo de prescripción no tiene límite alguno, logrando de esta manera traicionar sus propias finalidades y bases constitucionales -según como se explicó a inicios de este trabajo-. Aunque el Acuerdo Plenario del 2012 es prudente en este sentido al establecer un límite, de todas maneras no nos brinda una solución convincente, comenzando por su falta de argumentación. En otras palabras: "... la suspensión de la prescripción prevista en el NCPP. del 2004 no solo vacía de contenido el derecho constitucionalmente protegido por la prescripción, sino que maximiza la persecución del Estado hasta la expedición de una sentencia firme (de absolución o condena), sin importar que la duración del proceso pueda exceder incluso el plazo legal de prescripción extraordinaria contenida en el artículo 83°, último párrafo del Código Penal, convirtiendo en la práctica cualquier delito en imprescriptible sin consideración alguna a la naturaleza o gravedad del mismo como acontece por ejemplo con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad"[50].

  "...no puede postularse una persecución penal *ad-infinitum*, es decir, que opere de forma indefinida en el tiempo, ello resultaría impensable, en una realidad social y judicial, que presente una serie de obstáculos y deficiencias, en lo que respecta a la fiabilidad de las argumentaciones (problemas en la retención de la información en la memoria) así como la sobrecarga procesal que cunde en los juzgados y Salas Penales de nuestro país. (...) La inoperancia, la desidia y pasividad de los órganos estatales predispuestos, para investigar, juzgar y sancionar los delitos,

50 Taboada Pilco, Giammpol, *Suspensión de la Prescripción por el Artículo 339 del Nuevo Código Procesal Penal*, en Alerta Informativa, pág. 2. En: http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=alerta%20informativa%20giammpol%20taboada%20prescripcion&source=web&cd=1&ved=0CBkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.lozavalos.com.pe%2Falertainformativa%2Fmodulos%2Fdocumentos%2Fdescargar.php%3Fid%3D5159&ei=AcnOU5zuGsPIsAT-6IDQBg&usg=AFQjCNF1SdIXBJE4cjYvkWvmwq-0fef-ukw&sig2=Pp03kK3PsZ4uy8fucdiawA

no puede justificar una validez indefinida de la acción penal en tiempo."[51] "(...) el hecho de evitar la impunidad no puede llegar al extremo de vaciar de contenido los principios fundamentales de un Debido Proceso Penal. (...) la institución de la Prescripción, no ha sido creada para fomentar la impunidad de los delitos, sino para cautelar la seguridad jurídica, indispensable en el Estado Constitucional de Derecho..."[52]. "El hecho de que la suspensión *sui generis* haya sido positivizada, no quiere decir, que su aplicación sea inevitable, pues cabe recordar, que no estamos ante un sistema estrictamente positivista, sino que las potestades valorativas que cuenta hoy en día el juzgador, le permite efectuar una interpretación normativa, que tenga correspondencia con la verdadera naturaleza de las instituciones jurídicas, así como la teleología que conduce su imposición en los casos concretos"[53].

IV. POSICIÓN PERSONAL

Desde nuestra perspectiva, el primer paso que debemos dar para abordar nuestra problemática es precisar si efectivamente existe, entre el artículo 83 del CP. y el artículo 339.1 del NCPP., una suerte de antinomia jurídica.

La antinomia jurídica es una situación donde dos o más normas, que tienen el mismo ámbito de validez, son incompatibles entre sí en un mismo ordenamiento jurídico. Esta incompatibilidad, según su estructura lógica-normativa, puede darse o bien por una relación de "contrariedad" o bien por una de "contradictoriedad"[54] entre dichas normas. La característica común es que no pueden ser ambas, al mismo tiempo, válidas.

---

51 Peña Cabrera Freyre, Alonso, *La Discusión sobre la Naturaleza Jurídica de la Suspensión de los Plazos de Prescripción de la Acción Penal Prevista en el Nuevo CPP: Un Tema Fundamental en Defensa del Estado Constitucional de Derecho*, en la Revista Jurídica Institucional de la Corte Superior de Justicia de Piura: AEQUITAS, Año III, Nº 5, enero del 2012, pág. 67.

52 Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Ob. Cit.*, pág. 81.

53 Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Ob. Cit.*, pág. 82.

54 1. Entre una norma que *manda* hacer alguna cosa y una norma la *prohibe* (contrariedad); 2. Entre una norma que *manda* hacer y otra que *permite* no hacer (contradictoriedad); y 3. Entre una norma que *prohibe* hacer y una que *permite* hacer (contradictoriedad). Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Edit. Temis, Colmbia, 1987, págs. 186 y 187

En resumen, estamos ante una antinomia jurídica cuando exista tres exigencias que deben concurrir al mismo tiempo. La dos primeras son requisitos formales y la última, requisito material:

- Incompatibilidad en su estructura lógico-normativa[55].
- Pertenencia a un mismo ordenamiento jurídico.
- Congruencia en su ámbito de validez o ámbito de aplicabilidad.

Según lo dicho, notamos que nuestras dos normas en cuestión *-el art. 83 del CP. y el art. 339.1 del NCPP.-*, tomándose en cuenta de que ambas pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico por ser normas de carácter penal dadas por la misma autoridad y para el mismo territorio, no son incompatibles en su forma puesto que comparten la estructura lógica del "mandato" u "obligación". Esto se debe a que ellas esperan la realización o el cumplimiento de determinadas circunstancias *–o bien las actuaciones del Ministerio Público o bien la formalización de la investigación preparatoria-*, para "ordenar" un determinado efecto prescriptorio *-interrupción o suspensión-*. En términos sencillos, no podemos pensar en una incompatibilidad del mandato cuando un padre le exige a su hijo que tome la sopa y al poco tiempo la madre le obligue, al mismo niño, a tomar la sopa y comer un pan.

En lo que concierne a la última exigencia podemos decir que no existe congruencia en el ámbito de validez entre el art. 83 y art. 339.1 del CP. y NCPP. respectivamente, por establecerse, de modo literal, en estas dos normas, distintas condiciones circunstanciales para su aplicación.

De modo gráfico sería del siguiente modo:

55 (...) en general se acepta que la prohibición de una acción es lógicamente incompatible con su permisión y con su facultamiento (o sea, la permisión tanto de la acción en cuestión como de su opuesta); que la obligatoriedad es incompatible con el facultamiento de la acción y con su prohibición, y que la permisión de una conducta es compatible con su facultamiento y con su obligatoriedad. (Santiago Nino, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, 2° Edición, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2003, pág. 273.)

	CIRCUNSTANCIA FÁCTICA	EFECTO
ART. 83 del CP.	Actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales	Se *interrumpe* la prescripción de la acción penal.
ART. 339.1 del NCPP.	La formalización de la investigación preparatoria	Se *suspende* la prescripción de la acción penal

Entonces, según lo vertido hasta ahora, tenemos que de los tres requisitos exigidos para la constitución de una antinomia jurídica, solo hemos logrado satisfacer una de ellas: *"la pertenencia a un mismo ordenamiento jurídico."* Esto significa que al no cumplirse las otras dos exigencias nos lleva, como resultado inevitable, concluir la imposibilidad de concebir una situación antinómica entre nuestras dos normativas en cuestión.

Una vez dicho esto último, tenemos que advertir, de buenas a primeras, que tales incongruencias en su ámbito de validez, así como la compatibilidad en su estructura lógico-normativa no es más que aparente. Mejor dicho, todo lo razonado hasta ahora no es más que un eufemismo. Vayamos por pasos.

Primero analicemos el porqué consideramos que estas dos normas sí versan o regulan una misma circunstancia fáctica.

Como sabemos, según a la letra del art. 83 del CP. las circunstancias fácticas que se refiere son: "*las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales*". La expresión aquí utilizada por nuestro legislador es muy imprecisa o abierta dejándose al juzgador la discrecionalidad de determinar cuáles son "los Actos o el Acto", en sí, que interrumpen la prescripción.

Tal discrecionalidad que hacemos mención no significa "arbitrariedad del juzgador" sino la posibilidad de subsanar estas vaguedades en base de una interpretación sistemática y teleológica puesto que el método literal nos es insuficiente; y no hay mejor cuerpo jurídico penal, para el caso, que analizarlo de la mano con el NCPP.

No se puede entender que el art. 83 del CP. regula "cualquier" actividad realizada por el Fiscal, desde que éste toma conocimiento de la noticia

criminal, para poder considerarlas como causales de interrupción ya que ello atentaría contra las mismas bases o finalidades por la cual se erige la prescripción de la acción penal como es la optimización del libre desarrollo de la personalidad. Es totalmente intolerable colegir, de modo literal, que sean varias y diferentes las actuaciones del Ministerio Público las que puedan interrumpir el plazo prescriptorio; a nuestra consideración solo es posible deducir tal efecto cuando se da "un Acto único" por parte del fiscal dentro de su actividad investigatoria. No se puede interpretar de otra manera porque el art. VII.3 del TP. del NCPP. no nos lo permite ni, sobre todo, nuestras bases constitucionales. Entonces lo que nos queda por hacer es determinar qué "Acto", que el NCPP. fija para el Fiscal como representante del Ministerio Público, tiene la suficiente virtualidad como para interrumpir el decurso del plazo ordinario de prescripción.

El Ministerio Público se encuentra facultado, según el art. 122 del NCPP., para dictar tres tipos de "Actos", éstas son las Disposiciones, Providencias y Requerimientos. Solo una de estas actuaciones tiene la suficiente entidad o relevancia jurídica para que pueda, racionalmente, interrumpir el plazo prescriptorio, la cual tiene que estar reducida solo a aquellas actuaciones conectadas con la promoción de la acción penal. Se razona de esta manera gracias, nuevamente, a lo exigido en el artículo VII. 3 del TP. del NCPP[56].

Lo dicho hasta ahora debemos de concordarlo con el art. 2°.4 del NCPP.[57] ya que es la única norma que incide sobre el tema de la promoción de la acción penal de modo expreso. Esta norma nos da a entender, entre sus líneas, que el fiscal mediante un Acto de "Disposición" es quien promueve la acción penal. Tal alcance normativo termina por reafirmarse en los arts. 61°.2 y 122°.

56 Art. VII.3 del NCPP.: "La ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que ***limite un poder conferido a las partes*** o establezca sanciones procesales, será ***interpretada restrictivamente***, La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos." La cursiva y negrita es nuestra.
Este artículo contiene lo que para nosotros es nuestro "principio bandera" que va a direccionar prácticamente toda nuestra posición personal por lo que va a estar presente en todo nuestro razonamiento así lo hagamos expreso o no.

57 Art. 2°.4 del NCPP.: "...De no producirse el pago, se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnable."

2 del NCPP.; en este último se indica: "*Las Disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones;...*".

"Por tanto, el inicio o promoción de la acción penal por el Ministerio Público se materializa por regla general en el proceso penal común con la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria (artículo 3° del NCPP). En la investigación preliminar[58] todavía no se decide el ejercicio de la acción penal y más bien la serie de recaudos que se practican se dirigen justamente a determinar si hay indicios suficientes o no de la comisión de un hecho delictivo para ejercitar o no la acción penal[59]. La formalización es un acto de postulación al proceso penal que permite el ingreso a la investigación preparatoria y que consiste en atribuir a una persona determinada participación en unos concretos hechos que presentan los caracteres de un delito (imputación); a diferencia de la acusación que es un acto postulatorio para el juicio que además de la imputación contiene una pretensión penal de condena y de reparación civil"[60].

Continuando con el razonamiento, los actos principales e iniciales de la investigación son las Diligencias Preliminares y la Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria. Para nuestros propósitos entendemos que solo una de ellas tiene la capacidad para promocionar la acción penal de modo decisivo contra un sujeto ya previamente identificado; la actuación a la que estamos aludiendo no es nada menos ni nada más que la Formalización de la Investigación Preparatoria que se da mediante un acto de Disposición.

---

58 Consideramos que el jurista Giammpol Taboada ha querido decir "Diligencia Preliminar" y no "Investigación Preliminar". Esto se debe a que la Investigación Preliminar es una etapa propia del Código de Procedimientos Penales, en cambio en el NCPP. se habla de Investigación Preparatoria donde la Diligencia Preliminar forma parte de ella.

59 Castillo Alva, José, *La Prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. N° 1805-2005-PHC/TC*. En: Castañeda Otsu, Susana (Directora). Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Grijley, Lima, 2010, pág. 691. Citado en Taboada Pilco, Giammpol, *Análisis del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 Sobre la Suspensión de la Prescripción en el Nuevo Código Procesal Penal*, en la Revista Jurídica Institucional de la Corte Superior de Justicia de Piura: AEQUITAS, Año III, N° 5, enero del 2012, pág. 110.

60 Taboada Pilco, Giammpol, *Ob. Cit.*, pág. 110.

Esto se debe a que las Diligencias Preliminares, según el art. 330 del NCPP., tienen por finalidad describir los hechos, asegurar los elementos materiales de su comisión y sobre todo individualizar e identificar a las personas involucradas en el posible ilícito; quiere decirse que hasta antes de que se de la Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria la identidad del sujeto es desconocida o dudosa, además hay que agregar que cuando se formaliza la Investigación Preparatoria es porque el fiscal califica que el hecho denunciado constituye delito y que por tanto debe ser justiciable penalmente (art. 334°.1 del NCPP.) o de lo contrario optaría por archivar lo actuado.

Por lo que yo no puedo accionar la interrupción del plazo prescriptorio de la acción penal bajo un contexto donde aún no se conoce o se duda sobre la identidad del imputado y donde aun, también, es incierta la situación delictiva de un hecho. No es debido darle relevancia prescriptoria a algo impreciso o vacilante por lo mismo que mengua las bases por la cual se construye la prescripción de la acción penal que son la seguridad jurídica y el libre desarrollo de la personalidad. Son muy distintas las consecuencias en el proyecto de coexistencia de una persona sobre su quehacer cuando su situación jurídica es aun incierta o imprecisa que cuando ya hay algo concreto o específico en su persecución penal dentro de un proceso donde intervienen sujetos procesales ya constituidos.

En conclusión, cuando el art. 83 del CP. nos habla de las "actuaciones del Ministerio Público", ésta contextualizada a la luz del NCPP. está referida a la "formalización de la Investigación Preparatoria"; o sea, la formalización de la Investigación Preparatoria es aquella actuación del Ministerio Público que exige el tenor literal del artículo 83 del CP. Lo dicho en el art. 339.1 no es más que la concreción de lo explicitado en ese artículo del CP.

Para finalizar, antes de pasar al siguiente ejercicio argumentativo, queremos hacer mención de una parte del artículo 83 del CP. donde todos los autores que hasta ahora hemos revisado han omitido de analizarla; nos referimos, pues, cuando se nos habla de las "actuaciones de las autoridades judiciales" como una causal para la interrupción de la prescripción. Esto se soluciona de la siguiente manera.

En este punto la interpretación sistemática y teleológica devienen en insuficientes, no se quiere decir que no se apliquen también a este contexto, pero la que al final nos va a dar el potencial explicativo decisivo es la "interpretación histórica"[61]. Recordemos que al CdePP. se caracteriza -y esto es también uno de sus más grandes defectos que luego con el NCPP. se logró subsanar en demasía-, de no diferenciar o definir de modo muy claro y preciso los roles de los sujetos procesales, en específico de los jueces de instrucción y de los fiscales; tanto es así que hasta los roles de los policías se confundían con la de los mencionados sujetos.

Como ahora sabemos que solo un "Acto" *-la Disposición de la Formalización de la Investigación Preparatoria-* es suficiente para interrumpir el plazo prescriptorio ordinario según lo normado en el CP., por lo que se queda en el aire o sin contenido "las actuaciones de las autoridades judiciales". La razón es obvia, ya no tiene, este ámbito de aplicabilidad, cabida en nuestro ordenamiento jurídico penal actual porque las actuaciones de los jueces ya no están destinadas a investigar ni promocionar la acción penal, sino a garantizar los derechos fundamentales del imputado, su juzgamiento y sentencia con imparcialidad e independencia; entonces al ya no confundirse los roles de los sujetos procesales, las actuaciones judiciales poco o nada tendrían que ver con el tema de la interrupción de la prescripción de la acción penal por no situarse ya el juez dentro las actuaciones investigatorias.

61 "... en sentido amplio este elemento alcanzaría también a la identificación y ponderación de las circunstancias políticas, económicas, sociales, o de cualquier otro orden, que existían al momento de aprobarse la ley y que pueden haber ejercido influencia en el contenido y objetivos de ésta.
El elemento histórico en sentido estricto parte de la base de que toda ley tiene una historia que es posible de ser reconstruida a partir de los distintos documentos que dan cuenta de su respectivo proceso de formación. Por su parte, el elemento histórico en sentido amplio **opera sobre la base de reconocer que el estado general del derecho al momento de aprobarse la ley que se trata de interpretar, así como las fuentes materiales que sea posible identificar en el origen de ésta, constituyen datos relevantes al momento de tener que acordar a dicha ley un determinado sentido y alcance."** (Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, págs. 409-410). La negrita es nuestra.

Como un punto más de referencia tenemos que recordar que nuestro CdePP. es mucho más antiguo que nuestro ahora CP.; por tal razón este CP. tuvo que regular y usar los términos pertinentes para las exigencias de la época; ajustándose a las reglas procesales de aquel entonces.

Nos corresponde ahora analizar sobre la incompatibilidad en su estructura lógico deóntica de los artículos 83 y 339.1 del CP. Y NCPP., respectivamente. Habíamos dicho que a *prima facie* no parecen contradecirse ambas normas por compartir la lógica del mandato. Nos queda la tarea, en estos precisos momentos y de modo muy sintético, demostrar que eso no es más que "apariencia".

Para este punto apelaremos inicialmente a una "interpretación lógica", entendida, según en palabras del profesor Miguel Reale, como aquella interpretación que: "*...cuidaría solamente del valor lógico de las palabras, haciendo abstracción de su posición de cada grupo de normas dentro del conjunto general del ordenamiento jurídico... Interpretar lógicamente un texto jurídico es situarlo en el sistema general del ordenamiento jurídico*"[62].

Una vez aclarado nuestro método de análisis que utilizaremos; vamos a continuar con nuestro camino.

Para avanzar con total ligereza y comodidad emplearemos un pequeño ejemplo que nos va ahorrar un gran tramo de explicaciones. Imaginemos que haya una norma penal que nos dice que "aquel que mata a un policía deberá ser sancionado con 12 años de prisión" y luego venga otra diciéndonos "aquel que mata a un policía deberá ser sancionado con 15 años de prisión"; la inconsistencia o incompatibilidad de esta dos normas parece no existir ya que manejan la misma estructura lógica normativa o deóntica, pero para mostrar que esto no es así se necesita hacer un análisis cuidadoso, y como ya dijimos, "lógico".

62 Reale, Miguel, *Introducción al Derecho*, Trad. Jaime Brufau Prats, Ediciones Pirámide, 6° Edición, Madrid, 1984, pág. 217.

Las normas penales deben siempre ser enlazadas y completadas con el art. 2, numeral 24, inciso d) de la CPP.[63], así como con el art. II del TP. del CP.[64] que consagran el principio *nulla poena, sine lege praevia* y además con los artículos 103, segundo párrafo de nuestra Constitución Política[65] y 6 del CP.[66] que invocan la aplicación de la ley penal más favorable al reo, así sea de modo retroactivo. Es por ello que notamos que una vez que esas dos normas son analizadas de un modo lógico-sistemático; es decir, de una manera más amplia y coherente, se nos muestran como contradictorias; ya que la primera prohíbe "implícitamente" a los jueces aplicar la norma que dice: "el que mata a un policía deberá ir a 15 años de prisión y la segunda norma, en cambio, obliga a que lo hagan. Primando como sabemos la primera norma siempre y cuando el hecho se haya consumado mientras ella estaba en vigencia.

Ese razonamiento se aplica para nuestro caso también. En nuestro ordenamiento jurídico o, para ser más preciso, en nuestro Bloque Constitucional[67]

---

63 "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley."

64 "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella."

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

66 "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 leyes penales. 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."

67 "... es una noción concebida para ampliar el ámbito de protección de los derechos fundamentales, de manera que el texto de la Constitución Política no se convierta en un límite o un marco cerrado, sino que tengan cabida otras normas procedentes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.
(...) La expresión bloque de constitucionalidad fue acuñada por la doctrina y la jurisprudencia francesa, para hacer alusión a la existencia de normas que hacen parte de la Constitución aunque no estén expresamente consignadas en su articulado. De ese modo se dio solución a algunas deficiencias que presenta la Constitución Francesa vigente en materia de reconocimiento de los derechos y las libertades de los ciudadanos." (Bernal Cuéllar, Jaime, *Bloque de Constitucionalidad y Derecho Penal*, en: El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Tomo I, Coord. Eduardo Montealegre Lynett, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 192.)

existen dos principios que son de exigencia vinculante para todo operador jurídico como normas que son; nos referimos a los principios *pro homine* y *pro libertatis*. Estos principios presentan dos manifestaciones o aristas las cuales a nosotros, por ahora, solo nos interesa desarrollar una de ellas; esto es, el principio *pro homine* y *pro libertatis* en su arista de "preferencia interpretativa" que ha sido consagrada en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[68] y en los arts. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[69]. Esta manifestación de "preferencia interpretativa" quiere decir, en pocas palabras, que el operador ha de preferir y aplicar siempre la interpretación normativa que mejor optimice a los derechos fundamentales.

En base de lo dicho podemos darnos cuenta que tanto el art. 83 del CP. como el art. 339.1 del NCPP. colisionan en su estructura lógico deóntica, pues mientras la primera norma prohíbe "implícitamente" a los jueces aplicar la norma que menos optimice los derechos fundamentales por lo que no debería ser aplicado el efecto de la "suspensión" sino el de la "interrupción" del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal -*el porqué la interrupción es más favorable al reo que la suspensión se desarrolló en líneas anteriores*-,

68 **Artículo 29. Normas de Interpretación**
Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dicho Estados;
c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno y
d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

69 "1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

sin embargo la segunda norma obliga a los operadores a aplicar el efecto de "suspensión" cuando se formaliza la Investigación Preparatoria. Tengamos en cuenta que ambas normas tienen el mismo ámbito de acción o aplicabilidad por lo que la incompatibilidad se torna sobre el problema de sus efectos jurídicos.

Después de realizar todos estos ejercicios mentales llegamos a la conclusión que efectivamente hay una relación antinómica en la modalidad de "contrariedad" entre los arts. 83 y 339.1 del CP. Y NCPP., respectivamente.

Por tanto, la interrogante que deviene en inevitable a la cual debemos responder es: ¿Cuál de nuestras dos normas en cuestión, al encontrarse en una situación antinómica, es la que debe ser aplicada por nuestros operadores jurídicos o tribunales jurisdiccionales?

Una salida, y seguro la más pensada, es considerar a la norma del Código Procesal Penal como la única normativa aplicable al caso, es decir, considerar al artículo 339.1 del NCPP. como aquella disposición jurídica que se erige como la "vigente" frente al art. 83 del CP., puesto que esta última ha sido derogada tácitamente gracias al principio "*lex posterior derogat legi anteriori*".

Nosotros no apostamos por esta salida por diversos motivos entre los cuales solo mencionaremos algunos; tal vez los más relevantes.

Primero, este principio jurídico de derogación tácita a la que nos hemos referido no tiene el mismo alcance ni la misma exigencia en todas las ramas del ordenamiento jurídico. En el Derecho civil, por ejemplo, este aforismo tiene asidero gracias al artículo primero del título preliminar del Código Civil[70] que la regula de modo expreso; en cambio en el Derecho Penal su situación es muy distinta. En nuestra legislación penal no existe norma que nos obligue a solucionar una situación antinómica de esta manera; incluso el art. 6 del CP. nos indica que en caso de conflicto entre la aplicación de una ley penal con respecto a otra ley penal no se tiene porqué necesariamente favorecer a la normativa

70 Art. 1 del TP. del CC.: La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.

posterior sino que esa decisión está supeditada a la lógica interna de principios jurídico que casi únicamente se sostienen en el Derecho Penal como es el Principio de Retroactividad Benigna, o piénsese en el caso también de la ultractividad que está permitida por el art. 8 del mismo cuerpo normativo. Por lo tanto se colige que en el Derecho Penal la preferencia por la norma posterior sobre la norma anterior está flexibilizada o relativizada conforme a principios propios de esa rama jurídica.

Pero una vez dicho lo anterior podría quedar dudas aún sobre la relativizada prevalencia de la norma posterior en el ámbito procesal ya que el artículo VII. 1 del TP. del NCPP. nos menciona que la ley procesal, como es en el caso nuestro, es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Hay que aclarar que esto último no tiene aun fuerza suficiente para poder obligarnos a pensar de manera distinta pues en el inciso 2 del mismo artículo nos aclara que la ley procesal referida a **derechos individuales que sea más favorable al imputado**, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible; por lo que volvemos a nuestra premisa inicial: el aforismo *lex posterior derogat legi anteriori* es nuestra materia jurídica no tiene el mismo peso ni la misma carga vinculativa que en otras ramas del ordenamiento jurídico.

Para completar la argumentación pasaremos a justificar tal premisa con un sustento político-jurídico, como corresponde.

Segundo, este brocardo citado tiene razón de ser, según nuestra opinión, en un Estado propiamente de Derecho[71]; no teniendo cabida o sustento en nuestra actual situación política, es decir, en un Estado Social y Democrático de Derecho[72]. El Estado de Derecho se construyó sobre la idea de la racionalidad de las normas proveniente de las ideologías de las revoluciones burguesas de corte liberalista bajo el imperio del iusnaturalismo-racional por la cual

71 La noción Estado de Derecho encuentra su génesis en las bases del liberalismo político y sus primeras manifestaciones concretas se da durante el auge de las revoluciones inglesa y francesa respectivamente. (García Toma, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 3° Edición, Edit. Adrus, Perú, 2010, pág. 158.)

72 Se entiende de esa manera gracias a la interpretación sistemática entre los artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú.

apostaron nuestros "iluminados"; significa ello que se pensó de que no era capaz de existir un derecho injusto o irracional por haber una relación directa entre "naturaleza-razón-justicia y derecho"; es por tales razones que el mayor de sus principios fundantes fue el "principio de legalidad" donde los particulares y el Estado mismo se encuentran sujetos o sometido a las leyes dadas por el parlamento sin posibilidad a crítica o negación por ser normas que encarnan, en su interior, la soberanía popular. Podemos dar muestra de esta forma de pensar, gracias a los movimientos exegéticos[73] que se desarrollaron en la Revolución Francesa, con la frase que fue bandera en aquellos momentos: "el juez es la boca por donde habla el legislador".

Esto quiere decir que había una suerte de presunción *Iure et de iure* con respecto a la racionalidad del legislador y sus leyes, -tesis que actualmente no tiene ningún asidero- por lo que el criterio de temporalidad *-lex posterior derogat legi anteriori-* en casos de antinomia jurídica era la única solución posible para situaciones problemáticas como la analizada en este artículo. Esta absurda "presunción de racionalidad" -por lo menos en el Derecho Penal que es lo que nos interesa- se hace notoria cuando Norberto Bobbio[74] nos explica las razones justificantes de este criterio de solución: *"Es regla general del*

73 "La ley fue colocada en un plano tan alto que pasó a ser considerada como si fuese la única fuente del Derecho. El problema de la Ciencia del Derecho se resolvió, en cierta manera, en un problema de la mejor interpretación de la ley.
Se daba por sentada la existencia de dos verdades paralelas que podrían enunciarse así: el Derecho Positivo es la ley; la Ciencia del Derecho depende de la interpretación de la ley según procesos lógicos adecuados.
Por ese motivo, la interpretación de la ley pasó a ser objeto de estudios sistemáticos que llegaron a alcanzar particular finura y agudeza. Correspondían a una actitud analítica de los textos legales, de acuerdo con determinados principios y directrices que, durante varias décadas, constituyeron la base de la llamada <<escuela de la exégesis>>.
Bajo este nombre de escuela de la exégesis se comprende el gran movimiento que, en el transcurso del siglo XIX, sustentó que en la ley positiva y especialmente en el Código Civil se encontraba la posibilidad de una solución para todos los casos que la vida social podía presentar. Todo consistía en saber interpretar el Derecho. Por ejemplo, decía Demolombe que la ley lo era todo hasta el punto que la función del jurista consistía simplemente en extraer y desenvolver el sentido pleno de los textos para captar su significado, ordenar las conclusiones parciales y, finalmente, alcanzar las grandes sistematizaciones." (Reale, Miguel, Introducción al Derecho, Trad. Jaime Brufau Prats, Ediciones Pirámide, 6° Edición, Madrid, 1984, págs. 215-216)

74 Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Edit. Temis, Colmbia, 1987, pág. 192.

Derecho que la voluntad posterior abroga la precedente, y que de dos actos de voluntad de la misma persona, es válido el último en el tiempo. (...) se presume que el legislador no busca hacer cosas inútiles o sin sentido (...)".

En nuestro actual sistema jurídico-político, la Constitución Política aparece como la norma jurídica de mayor jerarquía por la cual las normas infraconstitucionales se encuentran sometidas a ella hasta el punto que dependen de la norma fundamental para ser consideradas como normas válidas. Aquí el estado toma un rol protagónico dentro de las mismas relaciones sociales de libertad de los sujetos privados dotando de eficacia y contenido a sus disposiciones normativas. En un panorama jurídico construido sobre las bases de un Estado Social y Democrático de Derecho se pierde toda idea de "presunción" de racionalidad del legislador y de sus leyes, pero lo que no se debe perder es la idea de la racionalidad del legislador y sus leyes; me explico. La diferencia entre el Estado de Derecho y nuestro actual marco político-jurídico no es que se deje de lado la "racionalidad de las normas" solo que en la primera se la consideraba como una situación de hecho, o sea como algo ya logrado mientras que en este segundo contexto jurídico y político esta racionalidad pasa a ser una finalidad, por lo que el rol del juez alcanza mayor vitalidad ya que es éste quien va a ajustar a las normas jurídicas conforme a criterios racionales, es decir, conforme a los derechos fundamentales o bien interpretándola a favor de la libertad y la dignidad o bien inaplicándolas si se torna necesario.

En base de los argumentos esbozados es por lo que nosotros no compartimos la idea de que el criterio de la temporalidad sea la salida conveniente, sino más bien consideramos que la salida adecuada es aquella que mejor optimice los principios *pro homine* y *pro libertatis* como principios cardinales para el respeto de la dignidad humana y la reafirmación de una política criminal conforme a las exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho. Lo dicho no implica un desconocimiento al principio de legalidad pero sí implica una revisión de la misma, ya que incluso este principio tiende a variar sus contenidos en el plano sustantivo y en el plano procesal.

Hemos dicho que una de las aristas de los principios *pro homine* y *pro libertatis* es la de "preferencia interpretativa", pero para efectos de este apartado nos interesa ahora desarrollar la siguiente arista que es la "preferencia nor-

mativa o aplicativa" consagrada en el art. 139°.11 de nuestra Carta Magna[75]. Esta última arista o manifestación de los principios *pro homine y pro libertatis* quiere decirnos, a efectos del Derecho Penal, que se debe acudir a la norma más amplia cuando se trate de proteger derechos y, *contrario sensu*, se debe acudir a la norma más restringida cuando se establece límites al ejercicio de un Derecho en caso de que exista un conflicto entre éstas.

Llevando todas esas premisas o ejercicios mentales ya expuestas a nuestro caso podemos concluir que nuestras normas en cuestión se encuentran en una relación de conflicto por lo mismo que ambas son incompatibles en su aplicación por presentar bajo una misma circunstancia fáctica diferentes efectos jurídicos; por lo que nos queda acudir a la norma procesal que mejor proteja los derechos fundamentales gracias a los artículos citados como son el art. 139°.11 de la CPP. y el art. VII. 2 del T.P del NCPP. En consecuencia, la norma que se erige como jurídicamente válida es el art. 83 del Código Penal peruano, esto significa que en la Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal tendrá que ser interrumpida, dando inicio a la prescripción extraordinaria.

La consecuencia de ello, entre muchas, es que la prescripción se puede dar antes o luego de la formalización de la Investigación Preparatoria a diferencia de los seguidores de la Tesis de la Suspensión o de la Unión que solo conciben la posibilidad de prescribir la acción penal antes de la formalización y no después.

Antes de pasar a la siguiente parte de este escrito que son las conclusiones, nos es exigido desarrollar dos puntos importantísimos para terminar de dar forma a nuestros argumentos y esclarecerlas a la vez. El primer punto trata sobre la posible violación al Principio de Legalidad que el Derecho Penal tiene como conquista bandera gracias a la constitución de un Estado de Derecho y lo segundo es en torno a la relación entre el Principio del Plazo Razonable y la prescripción de la acción penal.

75 **Art. 139°. 11 de la CPP.:** La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

El principio de Legalidad se entiende como la subordinación de los jueces y de todo ciudadano en general con respecto a la Ley[76]. Esta sujeción en un Estado de Derecho, como hemos apreciado, prácticamente era absoluta o incuestionable por representar en su seno las máximas aspiraciones e intereses de la sociedad tornándose en racionales y razonables. Este tipo de ideas ya han sido desmitificada en este artículo sabiéndose que el rol del juez no toma una pasividad sino un protagonismo a la hora de situarlo en un Estado Constitucional de Derecho donde la sujeción a dichas leyes son menos vinculantes ya que el juez puede incluso rechazarlas o inaplicarlas[77]. Tómese en cuenta que no digo que no haya sujeción a una Ley sino que ésta se flexibiliza y relativiza pues la seguridad jurídica ya no está solo en la ley misma sino también en la motivación del juez. Existe una clara afectación al principio de Legalidad Penal cuando se crea derecho como es a través de la analogía jurídica *in malam partem,* pero para el caso nuestro tanto el artículo 83 del CP. como el art. 339.1 del NCPP. son normas que han ingresado a nuestro ordenamiento jurídico y no provienen de la propia creatividad del operador jurídico por lo que nuestras conclusiones terminan por reafirmar una norma jurídica ya pre-existente y no una creación jurídica que ha pasado en alto la tarea del Legislador, solo que ahora aplicamos, para este caso, el derecho basado en la ley pero con justicia y racionalidad y no de modo ciego pensando que la ley posterior siempre es mejor que la anterior. Esta idea viene reforzada en el mismo artículo VII. 1 y 2 del TP. Del NCPP. cuando nos dice que la ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal; sin embargo la ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible. Esto quiere decir que el Derecho procesal penal te permite aplicar normas anteriores, pero estas normas aplicables no han sido creación del juzgador sino del mismo legislador por lo que no escapa aún al principio de legalidad.

76 Si bien es cierto que la Dogmática Penal es aquel método en el cual permite interpretar de modo sistemático y coherente las leyes, en este caso, las leyes penales. No implica que se deba tomar a la ley penal de modo religioso o dogmático –aunque parezca paradójico- sino que la ley penal debe servir como base o punto de partida para su posterior desarrollo, análisis y crítica, deviniendo en inaplicable si la situación lo amerita.

77 Más que hablar de un Principio de Legalidad debemos referirnos a un "Principio de Juridicidad"; la primera está únicamente basada en un Estado de Derecho mientras la segunda, en un Estado Constitucional de Derecho. Pero esto es un desarrollo que no compete profundizar ahora.

Se ha hablado mucho sobre la íntima relación que existe entre el Derecho al Plazo Razonable con la figura de la Prescripción de la Acción Penal, pero todo esto no es más que una equivocada comprensión de ambas instituciones jurídicas porque no existe una relación directa entre ellas. En la prescripción lo que solo interesa es que transcurra el plazo fijado por la ley para su constitución sin ingresar, con ello, en valoraciones sobre la complejidad del caso ni en torno a las maniobras obstruccionistas como sí importa al plazo razonable; además su exigibilidad o cumplimiento no son tratadas de la misma manera pues para exigir el cumplimiento de la prescripción de una acción penal lo que se hace es presentar una excepción de prescripción; en cambio, para exigir el cumplimiento del Derecho al Plazo Razonable se llama a una "Audiencia de Control de Plazo" tal y como los estipula los artículos 334.2 y 343.2 del NCPP. Esto es debido a que ambos institutos provienen de fundamentos distintos, mientras el Derecho al Plazo Razonable se fundamenta en el Debido Proceso, la prescripción de la acción penal se basa en la optimización del Libre Desarrollo de la Personalidad y en la Seguridad Jurídica.

"Al respecto, Daniel Pastor analizando las diversas posturas, sostiene que se debe tener en cuenta que la relación entre prescripción y plazo razonable de duración del proceso es ante todo causal y no lógica ni jurídica. Se trata de plazos independientes advirtiéndose que en los casos concretos, un proceso puede alcanzar su plazo razonable sin que la prescripción se haya producido todavía y ésta puede operar en otro, en el que, sin embargo, aún no se hubiera llegado al límite de su duración razonable. Que en el derecho positivo se encuentran casos en los cuales la prescripción impone un plazo razonable a la duración total del proceso; sin embargo, esta coincidencia no es más que aleatoria y la prescripción no ofrece garantía alguna al satisfacer efectivamente y en todo lo casos el derecho del imputado al ser juzgado dentro de un plazo razonable, por diversas razones. En primer lugar, la razonabilidad de los plazos de prescripción no coincide (no tiene porque coincidir) con la de los plazos de duración del proceso. En segundo lugar, existen otras circunstancias que le impiden a la prescripción penal jugar el rol de ser, también, el plazo razonable de duración del proceso[78]".

78 Pastor, Daniel R., *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho. Una Investigación Acerca del Problema de la Excesiva Duración del Proceso Penal y sus Posibles Soluciones*, 1° Edición, Konrad-Adenauer-Stiftung-AD-HOC, octubre, 2002, págs. 447-

V.- CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

1. La "Acción Penal Pública" es el poder jurídico reconocido constitucionalmente dado al Ministerio Público para acusar a un sujeto individualizado ante el Poder Judicial exigiendo a este último el pronunciamiento pertinente fundado sobre derecho en torno a lo planteado por el titular de la acción. Entonces es la prescripción, por su utilidad procesal y no material, la encargada de limitar la capacidad persecutoria del Ius Puniendi, es decir, impedir la acción penal a causa del cumplimiento de un plazo legalmente establecido.

2. Para poder ejercer el derecho a la prescripción de la acción penal tenemos que recurrir a un Medio Técnico de Defensa. Para ser más específicos vamos a ubicarla sistemáticamente: *Medios Técnicos de defensa > Excepciones > de Prescripción.*

3. Según lo dicho, por tanto, la prescripción penal es aquella excepción que se plantea como medio técnico de defensa la cual consiste en el derecho subjetivo del imputado de poder limitar la potestad punitiva del Estado en la perseguibilidad del delito por haberse operado la acción liberadora en el tiempo conforme al vencimiento de los plazos señalados en el ordenamiento jurídico penal.

4. La prescripción se puede dar tanto antes del juicio como dentro del mismo, ya que la acción penal no es un momento sino un estado que alimenta y sostiene las actuaciones del Ministerio Público como del Poder Judicial.

5. Existen variadas fundamentaciones de la prescripción de la acción penal. Nosotros la hemos clasificado en: Fundamentaciones Contingentes y Fundamentaciones Necesarias.

6. Las Fundamentaciones Necesarias son tanto "El Libre Desarrollo de la Personalidad" como "La Seguridad Jurídica".

---

448. En el Décimo Séptimo fundamento del Colegiado para resolver en la Resolución Nº 3 del Exp. 00091-2011-2-1826-JR-PE-01 en el cual intervinieron como jueces los señores Castañeda Otsu, Salinas Siccha y Maita Dorregaray.

7. Negamos rotundamente que la "Resocialización" sea fundamento propio de la prescripción de la acción penal, no negamos si valor pero a lo mucho como una fundamentación contingente.

8. Hemos sistematizado tres posturas, con ayuda de autores claves, que se han venido dando desde el ingreso del NCPP. con respecto a la problemática de la "interrupción" vs la "suspensión" del plazo de cómputo para la prescripción de la acción penal. Además, son las tres posibles soluciones que se puede concebir para este problema. O bien se considera que la interrupción se impone ante la suspensión (Tesis de la Interrupción) o bien que la suspensión se impone ante la interrupción (Tesis de la Suspensión) o bien que ambas son compatibles actuando en diferentes momentos (Tesis de la Unión). Son necesariamente tres las conclusiones que se pueden llegar para el caso. Solo que cada autor toma diversos caminos argumentativos. Nosotros, con ideas propias, hacemos camino para derivar en la primera solución, esto es, en la Tesis de la Interrupción.

9. Se presenta una antinomia jurídica cuando exista tres exigencias que deben concurrir al mismo tiempo:
   - Incompatibilidad en su estructura lógico-normativa.
   - Pertenencia a un mismo ordenamiento jurídico.
   - Congruencia en su ámbito de validez o ámbito de aplicabilidad.
   - De los tres requisitos exigidos para la constitución de una antinomia jurídica, solo hemos logrado satisfacer una de ellas: *"la pertenencia a un mismo ordenamiento jurídico."* Ya que es de manifiesto que existe una notable diferencia entre los supuestos de ámbito de validez entre el artículo 83 del CP. Y el art. 339.1 del NCPP.; así como una compatibilidad en su estructura lógico-deóntica. Lo dicho no es más que apariencia pues en realidad sí existe una relación antinómica entre nuestras dos normas en cuestión.

10. Debe entender en donde dice Actuaciones del Ministerio Público como aquella disposición fiscal de "Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria". Esto no es una confusión de planos entre *Lege Lata* y *Lege Ferenda* sino pura interpretación jurídica.

11. Gracias a los principios *pro homine y pro libertatis*, en el Derecho Penal, se debe acudir a la norma más amplia cuando se trate de proteger derechos y, *contrario sensu*, se debe acudir a la norma más restringida cuando se establece límites al ejercicio de un Derecho en caso de que exista un conflicto entre éstas. En tal sentido, nos queda acudir a la norma procesal que mejor proteja los derechos fundamentales gracias a los artículos como son el art. 139°.11 de la CPP. y el art. VII. 2 del T.P del NCPP. En consecuencia, la norma que se erige como jurídicamente válida es el art. 83 del Código Penal peruano, esto significa que en la Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal tendrá que ser interrumpida, dando inicio a la prescripción extraordinaria.

12. La consecuencia de ello, entre muchas, es que la prescripción se puede dar antes o luego de la formalización de la Investigación Preparatoria a diferencia de los seguidores de la Tesis de la Suspensión o de la Unión que solo conciben la posibilidad de prescribir la acción penal antes de la formalización y no después.

13. Se ha hablado mucho sobre la íntima relación que existe entre el Derecho al Plazo Razonable con la figura de la Prescripción de la Acción Penal, pero todo esto no es más que una equivocada comprensión de ambas instituciones jurídicas porque no existe una relación directa ni necesaria entre ellas. Por tanto, El Derecho al Plazo Razonable no fundamenta a la prescripción de la acción penal.

14. Como se puede colegir, nuestra posición se circunscribe dentro de la "Tesis de la Interrupción" pero con razonamientos y argumentos muy distintos a lo tradicionalmente tratado hasta ahora. En principio no es necesario realizar una propuesta legislativa (*lege ferenda*) porque, sin salirse de los márgenes jurídicos, se puede llegar a brindar una adecuada protección al imputado conforme a su Derecho de prescripción de la acción penal, pero para dar una mayor garantía de ello debería de reformularse el artículo 339.1 y colocarse en donde se diga "Suspensión" por "Interrupción"; a su vez abrogar la parte del art. 83 del CP. referido al tema.

15. Ya como última reflexión queremos hacer mención sobre las limitaciones de rigurosidad científica del presente artículo.

16. Identificamos que nuestro escrito tiene una gran deficiencia en sus consideraciones sobre el plano ontológico ya que solo se ha trabajado con conceptos y no con personas, voluntades o datos estructurales de la realidad en el tratamiento procesal de los imputados, ni de las agencias ejecutivas y judiciales.

17. Por ejemplo como dato que debería considerarse para todo análisis dogmático y como se debió tomar en cuenta ahora es que los policías detienen de modo indiscriminado abusando de sus atribuciones legales para reafirmar autoridad o poder; es decir, que los policías detienen hasta para saber si hay que detener; los fiscales junto a los policías dilatan las investigaciones indebidamente por lo que se pone en riesgo la posibilidad de persecución penal a causa de su inoperancia u omisión; que esas omisiones, por otro lado, llevan a un tratamiento indefinido en un proceso penal donde se transgrede frontalmente la vida social y personal de los imputados; así como otras intolerables manifestaciones de igual peso.

18. Nosotros, frente a esta realidad, pensamos que nuestra salida interpretativa es la más idónea para enfrentar tales problemas pero no nos atrevemos a afirmar que esa es la mejor salida, solo que es la solución más conveniente dentro de lo legal por ahora.

VI. BIBLIOGRAFÍA

JURISPURDENCIA

- STC. Exp. N°. 1805-2005-HC/TC
- STC. Exp. N° 01620-2009-PHC/TC
- STC. Exp. N°. 01065-2006-PHC/TC
- STC. Exp. N.° 9291-2006-PHC/TC
- STC. Exp. N°. 0016-2002-AI-TC
- STC. Exp. N°. 0001-0003-2003-AI-TC

- STC. Exp. N.° 01594-2013-PA/TC
- STC. Exp. 00091-2011-2-1826-JR-PE-01 (Resolución N° 3)

ACUERDOS PLENARIOS

- Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116

DOCTRINA

- ALCÓCER POVIS, Eduardo, "*¿Qué Aspectos Deben Ser Reevaluados en Torno a la Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal Prevista en el Artículo 339° del Código Procesal Penal, y qué Fundamentos o Alternativas pueden Plantearse al Respecto?*", en: http://es.scribd.com/doc/148477956/Prescripcion-Eduardo-Alcocer.
- ALCÓCER POVIS, Eduardo, "*Conversatorio en Torno a los Temas que se Debatirán en el VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema. Problemas Interpretativos de la Prescripción como causa de Extinción de la Acción Penal*". En: http://blog.pucp.edu.pe/media/avatar/972.pdf
- ATIENZA, MANUEL, "*El Sentido del Derecho*", Edit. Ariel, S.A., España, 2001.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime, "*Bloque de Constitucionalidad y Derecho Penal*", en: El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Tomo I, Coord. Eduardo Montealegre Lynett, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BOBBIO, Norberto, "*Teoría General del Derecho*", Edit. Temis, Colmbia, 1987.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor, "*El Nuevo Proceso Penal Peruano*", Edit. Palestra Editores, Lima, 2009.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "*El Derecho como Libertad*", segunda edición, Universidad de Lima, Lima, 1994.
- GARCÍA TOMA, Víctor, "*Teoría del Estado y Derecho Constitucional*", 3° Edición, Edit. Adrus, Perú, 2010.
- MONTERO AROCA, Juan, "*Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*", Edit. Tirant Lo Blanch, 17° Edición, Valencia-España, 2009.
- PANTA CUEVA, David, "*¿El fin de la prescripción extraordinaria? La problemática del artículo 339 del Código Procesal Penal de 2004*", en Gaceta Penal y Procesal Penal, "*Investigación Preparatoria y Eta-*

pa Intermedia. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004", Lima, 2010.

- PARIONA ARANA, Raúl, "*La Prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o Interrupción de la Prescripción?"* en Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 23, mayo-2011.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, "*La Discusión sobre la Naturaleza Jurídica de la Suspensión de los Plazos de Prescripción de la Acción Penal Prevista en el Nuevo CPP: Un Tema Fundamental en Defensa del Estado Constitucional de Derecho"*, en la Revista Jurídica Institucional de la Corte Superior de Justicia de Piura: AEQUITAS, Año III, N° 5, enero del 2012.
- REALE, Miguel, "*Introducción al Derecho"*, Trad. Jaime Brufau Prats, Ediciones Pirámide, 6° Edición, Madrid, 1984.
- ROJAS VARGAS, Fidel, "*Delitos Contra la Administración Pública"*, 4° Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007.
- RUBIO CORREA, Marcial, *"El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*, Fondo Editorial PUCP, Lima-Perú, 2006.
- SALAZAR BONDY, Augusto, "*Iniciación Filosófica*", 5° Edición, Edit. Mantaro, 2000.
- SANTIAGO NINO, Carlos, "*Introducción al Análisis del Derecho"*, 2° Edición, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2003.
- SÁENZ TORRES, Alexei Dante, "*La Prescripción Penal en el Perú (A veinte años de vigencia del Código Penal de 1991)*", Tomo I, Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales, Lima, 2012.
- SERIE DE PUBLICACIONES DE LA ESCUELA DEL MINISTERIO PÚBLICO, *"Sentencias del Tribunal Constitucional Especializada en Materia Penal y Procesal Penal"*, Impreso en Aleph Impresiones S.R.L., Primera Edición, Abril, 2010.
- TABOADA PILCO, Giammpol, "*Análisis del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 Sobre la Suspensión de la Prescripción en el Nuevo Código Procesal Penal"*. En la Revista AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura, Año III, N° 5, 2012.
- TABOADA PILCO, Giammpol, "*Suspensión de la Prescripción por el Artículo 339 del Nuevo Código Procesal Penal"*, en Alerta Infor-

mativa, pág. 2. En: http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=alerta%20informativa%20giammpol%20taboada%20prescripcion&source=web&cd=1&ved=0CBkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.lozavalos.com.pe%2Falertainformativa%2Fmodulos%2Fdocumentos%2Fdescargar.php%3Fid%3D5159&ei=AcnOU5zuGsPIsAT-6ID-QBg&usg=AFQjCNF1SdIXBJE4ejYvkWvmwq0fef-ukw&sig2=-Pp03kK3PsZ4uy8fucdiawA

- ZAFFARONI, Eugenio, *"Manual de Derecho Penal Parte General"*, Tomo II, Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, 1998.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Responsabilidad Social Empresarial: ¿Gasto deducible o Liberalidad?

Roberto Florian Curasi Cutipa*

* Estudiante de Quinto año de la E.A.P. Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Palabras clave:
Responsabilidad Social, Principio de Causalidad, Gasto, Liberalidad, Renta Empresarial.

Problemática actual:
Las constantes convulsiones sociales que se vienen suscitando en los últimos años en nuestro país, especialmente en el interior del país, han generado que las empresas, específicamente las del sector minero, muestren interés en realizar Gastos de Responsabilidad Social con el objetivo de acercarse a su entorno y evitar contingencias en sus actividades empresariales; sin embargo, dichos gastos vienen siendo reparados por la Administración Tributaria (SUNAT), alegando que son liberalidades. Asimismo, en la medida que no existe una posición uniforme, tanto en la Doctrina, el Tribunal Fiscal y la Administración Tributaria, respecto del tema es pertinente señalar que el tema es controversial.

Objetivo: El objetivo del presente artículo, es realizar un análisis jurídico de los gastos de responsabilidad social, así como la viabilidad de la deducción del mencionado gasto para determinar la renta empresarial.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene la finalidad de realizar un análisis jurídico de los Gastos de Responsabilidad Social, y de esta forma, determinar si dichas erogaciones son deducibles para determinar la renta empresarial o son liberalidades de las empresas. Asimismo, cabe precisar que la Responsabilidad Social Empresarial no es solo tarea de las empresas, sino, por el contrario, es tarea del Derecho regular dicho aspecto.

En ese sentido, es pertinente realizar un análisis de como la ciencia jurídica ha sido impactada en los últimos años por el desarrollo de la actividad empresarial, que tiene como finalidad la obtención de mayores ganancias, pero con responsabilidad, es decir, ser responsable con la sociedad o con el entorno en donde desarrolla su actividad empresarial.

Por ende, es menester señalar que los retos en la ciencia jurídica respecto de la Responsabilidad Social Empresarial son muchos; sin embargo, en nuestro país se ha trabajado poco respecto a este tema. Por tal motivo, el presente artículo tiene la finalidad de contribuir a desarrollar con mayor amplitud la Responsabilidad Social Empresarial, para lo cual se ha abordado el tema otorgándole la estructura que a continuación se detalla:

- En el primer capítulo trataremos el principio de causalidad, que está recogido en el artículo 37° de la Ley de Impuesto a la Renta (en adelante LIR), y establece que los gastos que realicen las empresa para que sean deducibles debe tener una relación causal directa o indirecta con la producción de renta gravable o con el mantenimiento de la fuente productora de renta. Asimismo desarrollaremos los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y normalidad que están vinculado al mencionado principio.

- En el segundo capítulo desarrollaremos el concepto de la Responsabilidad Social Empresarial (en adelante RSE), es decir, determinar qué se debe entender por esta denominación, si tiene una definición jurídica, si no lo tuviera que problemas genera en el ámbito tributario. Asimismo señalaremos cual es la posición del Tribunal Constitucional al respeto. Por ahora partiremos señalando que, la RSE busca el desarrollo armonioso entre la sociedad y el capital privado, de esta forma se disminuiría las contingencias en el interior del país, especialmente en el sector minero.

- En el tercer y último capítulo analizaremos si los gastos de responsabilidad social son liberalidades por parte de las empresas o son gastos deducibles para determinar la renta empresarial, al respecto, debemos manifestar *a priori* que nuestra posición se inclina a que dichas erogaciones realizadas por las empresas, deben ser deducibles para determinar la renta empresarial, porque dichos gastos se realizan con la finalidad de mantener la fuente productora de renta o de generar renta gravada, en ese sentido; estaría cumplimiento con el principio de causalidad que está recogido en el artículo 37° de la LIR.

I. El Principio de Causalidad y los criterios de Razonabilidad, Proporcionalidad, Normalidad.

I.1. El Principio de Causalidad

El principio de causalidad, está recogido en el artículo 37° de la LIR en donde se enumeran una lista de gastos deducibles para determinar la renta neta empresarial; por otro lado, en el Art. 44° de la mencionada Ley se describen los gastos que no se consideran deducibles para el cálculo de la renta neta imponible. A diferencia de los gastos del Art. 37°, los cuales son *numerus apertus* debido al Principio de Causalidad, en el Art. 44° no ocurre lo mismo, sino en sentido contrario la lista contenida en éste dispositivo es *numerus clausus*, es decir su regulación tiene carácter taxativo.

Con relación a la aplicación del mencionado principio se pueden presentar dos concepciones:

I.1.1. Concepción restrictiva del principio de causalidad

Bajo esta concepción se permite la deducción de los gastos que tengan la característica de necesarios e indispensables para poder producir la renta y/o también mantener la fuente generadora, es decir, se entienden por gastos necesarios aquellos desembolsos estrictamente indispensables.

Al respecto, GARCÍA MULLÍN[1] señala lo siguiente: "*En forma genérica, se puede afirmar que todas las deducciones están en principio regidas por el principio de causalidad, o sea que sólo son admisibles aquellas que guarden una relación causal directa con la generación de la renta o con el mantenimiento de la fuente en condiciones de productividad*".

I.1.2.Concepción amplia del principio de causalidad

Se permite la deducción de todos aquellos gastos necesarios para producir y/o mantener la fuente generadora de renta, tomando en cuenta adicionalmente la totalidad de desembolsos que puedan contribuir de manera indirecta a la generación de renta.

1 GARCÍA MULLÍN, Juan Roque. Manual del Impuesto a la Renta. Centro Interamericano de Estudios Tributarios. Buenos Aires, 1978. pág.121.

Al respecto, JORGE PICÓN[2] señala: *"(...) que este principio no se considerará incumplido con la falta de consecución del efecto buscado con el gasto o costo, es decir, se considerará que un gasto cumplirá con el principio de causalidad, aun cuando no se logre la generación de la renta"*.

Coincidimos con la postura del autor antes citado, pues creemos que el gasto puede ser potencial, es decir, por más que no se efectivice la producción de renta, dicha erogación tenía la finalidad de generar más renta gravada, por ende, podrá ser deducible para determinar la renta empresarial.

En esa orden de ideas, ALVA MATEUCCI estable que: "*el gasto incurrido debe ser necesario para producir o mantener la fuente productora de renta, quizás esta sea la manifestación más clara sobre el principio de causalidad*"[3]. Al respecto también, debemos manifestar nuestro total acuerdo con el autor citado, debido a que los gastos en que incurran las empresas deben ser necesarios para producir y/o mantener la fuente productora de renta.

Asimismo el mencionado autor respecto del tema añade lo siguiente: "*de acuerdo al presente principio, corresponde deducir como gasto todos aquellos que se encuentren debidamente documentados de acuerdo a la norma del impuesto a la renta, los mismos que permitirán establecer la relación del gasto necesario para la generación de la renta o al mantenimiento de la fuente generadora de la renta*[4]".

Consideramos correcto lo que afirma el autor, pues los gastos que se pretendan deducir para determinar la renta empresarial deben estar debidamente documentados para de esa manera probar la fehaciencia del gasto incurrido por la empresa. Al respecto el Tribunal Fiscal mediante **RTF N° 5732-1-2005** ha establecido el siguiente criterio: "*Para deducir gastos, no basta*

2 PICÓN GONZALES, Jorge Luis. ¿Quién se llevó mi gasto? La ley, la SUNAT o lo perdí yo... Dogma ediciones. Lima, 2007. Pág. 29.

3 ALVA MATEUCCI, Mario. "El principio de causalidad y su implicancia en el sustento de los gastos en el Impuesto a la Renta". En Revista Actualidad Empresarial. N° 197 – Instituto Pacífico. Lima, 2009. Pág. 13.

4 ALVA MATTEUCCI, Mario. Aplicación Práctica del Impuesto a la Renta, Pacifico Editores, Lima-Perú, 2013. Pág. 188.

*con acreditar que se cuenta con comprobantes de pago que respaldan las operaciones realizadas, ni con el registro contable de las mismas, **sino que se debe mostrar que estas operaciones se han realizado. Para observar la fehaciencia de las operaciones, la Administración debe investigar todas las circunstancias del caso, actuando los medios probatorios pertinentes siempre que sean permitidos en el ordenamiento tributario valorando en forma conjunta y con apreciación razonada***".

Respecto del punto el Tribunal Fiscal mediante la **RTF N° 11213-2-2008** agrega lo siguiente: "***el contribuyente está obligado a acreditar la fehaciencia del gasto presentado**, por ejemplo, la documentación referida a las negociaciones, acuerdos, contratos, ejecución, valoración, culminación, y conformidad de los servicios recibidos con la respectiva constancia de recepción*".

Siguiendo el análisis del principio de causalidad MORALES MEJIA[5], opina que serán deducibles: "*los gastos que guardan relación causal directa con la generación o con el mantenimiento de la fuente en condiciones de productividad, en la medida que el gasto no se encuentre limitado o prohibido por la norma tributaria*".

Asimismo, PICÓN GONZALES[6], señala lo siguiente respecto del principio de causalidad: "*la relación existente entre un hecho (egreso, gasto o costo) y su efecto deseado o finalidad (generación de rentas gravadas o el mantenimiento de la fuente*)."

Por último, el Tribunal Fiscal mediante diversa jurisprudencia ha establecido similar criterio al de los autores antes señalados, de entre los cuales podemos citar los siguientes:

> **RTF N° 1704-4-2003**: "*Que un gasto para ser deducible para efectos del Impuesto a la Renta, **debe guardar una relación causal con la ge-***

5 MORALES MEJIA, Jaime. FISCALIZACION TRIBUTARIA: SUSTENTO DE OPERACIONES, Ediciones Caballero Bustamante, Lima-Perú, 2010, Pág. 139.

6 PICON GONZALES, Óp. Cit., pág.23.

neración de la Renta, en consecuencia, aquellos gastos que no tengan relación causal con la renta obtenida, no pueden incidir en la determinación del tributo".

RTF N° 04807-1-2006: "*Que a tenor de lo establecido por la Ley del Impuesto a la Renta, para que un gasto sea deducible debe existir una relación de causalidad con la actividad realizada, asimismo, el principio de causalidad es la relación de necesidad que debe establecerse entre los gastos y la generación de renta o el mantenimiento de la fuente, noción que en nuestra legislación es de carácter amplio pues se permite la sustracción de erogaciones que no guardan dicha relación de manera directa*".

Pronunciamientos similares han sido desarrollados en las RTF's N° 16591-3-2010, N° 17880-10-2011, y N° 1275-2-2004.

De conformidad a los precedentes jurisprudenciales antes reseñados, debe primar la interpretación amplia del principio de causalidad, en la medida en que la deducibilidad del gasto por Responsabilidad Social, *a priori*, se presenta como una erogación no vinculada directamente con el mantenimiento de la fuente productora, que sin embargo a nuestro parecer se presenta como un gasto a ser deducido.

Recapitulando lo señalado en el presente acápite de nuestro trabajo, es pertinente resumir las conclusiones a las que se ha arribado:

El principio de causalidad, consiste en una relación causal directa o indirecta entre el gasto incurrido por la empresa y la producción renta gravable o con el mantenimiento de la fuente productora de dicha renta. Por ende, es correcto afirmar que un gasto será deducible en la medida que exista la relación ´que desarrolla el principio antes referido.

Somos de la opinión, que el criterio adoptado por el Tribunal Fiscal, acerca de la interpretación amplia que se le debe otorgar a los supuestos en los cuales se deba de aplicar el principio de causalidad, es el correcto, puesto que postular lo contrario, deviene en la legitimación de las

actuaciones desproporcionales que la Administración Tributaria viene realizando para la determinación de la base imponible del impuesto, cuando en la práctica acota deducciones en función a criterios restrictivos del Principio de Causalidad.

Por su parte, creemos de una importancia primordial, vincular a la deducción de gastos sobre la base del principio de causalidad, al los medios probatorios que sustenten la fehaciencia de la operación causal de que se trate, pues no basta con que se cuente con un comprobante de pago para demostrar la realidad de una transacción, sino que ésta a su vez deberá acreditarse con documentación adicional que sustente tal situación.

I.2. Criterio de Normalidad

Sobre este punto creemos conveniente citar a la definición que presenta Durán Rojo[7]: "*En buena cuenta, se trata de un criterio de medición cualitativo del gasto, que alude a que este debe ser en sustancia destinado al objetivo de obtención de beneficios de la empresa*".

En ese sentido, el criterio de normalidad establece que podrán ser deducidos aquellas adquisiciones que resulten coherentes con la actividad del contribuyente, *contrario sensu* aquellas que no guarden relación alguna no podrán ser deducidas.

Básicamente, lo que el criterio bajo análisis dispone, es que los egresos en que incurra la empresa debe guardar una congruencia sustancial con la normalidad de las operaciones que ésta realiza, y dicha normalidad variara en función al giro del negocio que desarrolle la empresa bajo análisis, puesto que es evidente que algunas erogaciones, que pueden resultar normales para una empresa, pueden no serlo para otras.

7 DURÁN ROJO, Luis. "Alcances del principio de causalidad en el impuesto a la renta empresarial". En Revista Contabilidad y Negocios. Volumen 4, Número 7. Lima, 2009, Pág. 13.

I.3. Criterio de Razonabilidad

Acerca de este criterio MORALES MEJÍA[8] ha señalado que: "*debe existir una relación razonable entre el monto del desembolso efectuado y su finalidad en cuanto a producir y mantener la fuente productora de renta*".

En esa misma línea de ideas, Hernández Berenguel[9] ha postulado lo siguiente: "*Esta expresión no puede ser interpretada literalmente ni llevar a la conclusión que los gastos de un ejercicio no son razonables cuando exceden el ingreso obtenido en dicho ejercicio, pues entonces la legislación prohibiría – y, por el contrario permite – la obtención de pérdidas tributarias y su arrastre para ser compensadas con utilidades de los ejercicios siguientes*".

Por su parte, el Tribunal Fiscal siguiendo el mismo criterio ha desarrollado el criterio de razonabilidad en los términos expresados en variada jurisprudencia, dentro de las cuales destacan las siguientes:

> **RTF N° 11318-5-2011** ha señalado lo siguiente: "(...) *la necesidad del gasto debe ser analizada en cada caso en particular, considerando criterios de razonabilidad y proporcionalidad tales como que los gastos sean normales al giro del negocio o que mantengan cierta proporción con el volumen de operaciones, entre otros, pues la adquisición de un mismo bien podría producir un gasto necesario para una actividad, mientras que para otro no*".

> **RTF N° 5525-4-2008** ha establecido lo siguiente: "(...) *los gastos tienen que cumplir con el criterio de razonabilidad en relación con el ingreso del contribuyente, por lo cual la compra de combustibles debe ser razonable respecto a las horas trabajadas por la maquinaria que utilizo dicho combustible a efectos de su deducibilidad* (...)".

8 MORALES MEJIA, Op. Cit., Pág.140.

9 HERNANDEZ BERENGUEL. Luis. "Algunas consideraciones sobre el Principio de Causalidad en el Impuesto a la Renta". En Ius Et Veritas. Lima, pág. 299.

Por lo expuesto podemos concluir que el criterio de razonabilidad ha sido desarrollado a efectos de que los contribuyentes del Impuesto a la Renta de tercera categoría limiten sus erogaciones en función a los ingresos que, efectivamente, perciban en un determinado periodo; ello quiere decir que el criterio de razonabilidad se verá expresado en la medida en que los montos de los gastos a realizarse no sean absurdamente desproporcionados respecto a los ingresos que obtenga la empresa.

I.4. Criterio de Generalidad.

Este criterio no está expresamente regulado en la Ley del Impuesto a la Renta ni en el Reglamento de ésta, sin embargo es por la vía jurisprudencial, mediante la cual el Tribunal Fiscal ha desarrollado éste aspecto del principio de causalidad[10]. A modo de ejemplo se tiene lo señalado en la **RTF N° 2230-2-2003**, en la cual se estableció lo siguiente: "***para cumplir con la generalidad no es necesario que se deba cumplir con la totalidad de trabajadores sino que también se debe observar el rango o condición similar***[11].

El criterio bajo análisis, supone un límite a la libertad que tiene el empleador para con su trabajador, respecto a las contraprestaciones que éste recibe por parte de aquel, pues bien podría utilizarse este mecanismo para erosionar la base imponible del Impuesto a la Renta, en la medida que mediante bonificaciones, aguinaldos, etc., una Empresa podría deducir gastos que no cumplen con el principio de causalidad en su integridad.

II. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

En el presente capitulo definiremos el término de Responsabilidad Social Empresarial (RSE), también denominada Responsabilidad Social Corporativa (RSC), las que pueden definirse como una contribución al mejoramiento social, económico y ambiental de una determinada comunidad, por parte del Sector Empresarial, con el objetivo de mejorar su situación en el mercado

10 "Gastos deducibles y no deducibles: Criterios Jurisprudenciales 2002 – 2004". En Análisis Tributario. Volumen XVII, N° 202. Lima, 2004. Pág. 17.

11 "Gastos deducibles y no deducibles: Criterios Jurisprudenciales 2002 – 2004".Op. Cit. Pág. 17.

competitivo y además la de mantener la fuente productora de renta o generar renta gravable.

Si bien es cierto los conceptos antes señalados vienen siendo tratados de manera indistinta por ser aparentemente idénticos, se advierten sutiles diferencias entre la RSC y la RSE, en la medida en que distinguen entre la empresa y la corporación, entendiendo que esta última incorpora a todas las organizaciones, empresariales o no, independientemente de su magnitud.

Al respecto, TAQUIA GUTIÉRREZ[12] señala que: "*La Responsabilidad Social Empresarial es una forma de gestión empresarial en la que se tiene en cuenta a todos los grupos de interés, los internos (accionistas, trabajadores) y los externos, (El Estado, clientes, proveedores, ONGS, la comunidad, etc.) para una actividad empresarial con desarrollo sostenible. Asimismo, señala que la Responsabilidad Social Empresarial es una forma de aminorar las altas tasas de conflictividad social, y donde es claro que la población desea un cambio, la gente no solo quiere más riqueza también quiere más derechos, más igualdad, mas inclusión, el sector empresarial junto al Estado puede ser protagónico de ese cambio social en nuestro país*".

Por su parte, ARROYO LANGSCHWAGER[13] señala lo siguiente: "*la responsabilidad social empresarial constituye en principio una visión de negocio que forma parte de una estrategias empresarial basada en el respeto por los valores, las personas, la comunidad y el medio ambiente. Bajo esta visión de negocios se varia el enfoque tradicional donde las empresas filantrópicamente apoyan a la comunidad mediante acciones caritativas, por un enfoque en el que la responsabilidad social forma parte de la estrategia empresarial cuyo objetivo es incrementar la rentabilidad, garantizar el desarrollo de un proyecto en armonía con la comunidad el Estado y contribuir al logro de los objetivos de la empresa*".

---

12 TAQUIA GUTIÉRREZ, Rossana."Aplicación de la responsabilidad social empresarial al derecho peruano", Lima,<http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_resp_social/conferencias/promoviendo_aprendizaje/materiales/Exposicion_Rossana_Taquia.pd>

13 ARROYO LANGSCHWAGER, Gisela. "La deducción del impuesto a la renta de los denominados "gastos de responsabilidad social" efectuados en etapas preoperativas". Lima, Revista 53-febrero 2013. Página 108.

En esa misma línea de ideas, BELAUNDE PLENGE[14] señala lo siguiente: "*la responsabilidad social no es tema que atañe únicamente a las empresas, por el contrario se trata de la toma de conciencia individual respecto a las consecuencias que tienen nuestros actos en el entorno en que nos encontramos, esto desde las personas con las que vivimos o trabajamos, nuestros vecinos, la sociedad en su conjunto, el medio ambiente, entre otros*".

De los autores citados precedentemente podemos concluir que, la Responsabilidad Social es en esencia una estrategia empresarial, que se traduce en un sistema de gestión de las empresas que persiguen un nuevo equilibrio entre la economía, la sociedad y el medio ambiente. En ese sentido, la actividad así concebida constituye una visión de negocio cuyo objetivo final es el de mantener o incrementar la rentabilidad de las inversiones que se realizan, en la medida en que se garantiza un desarrollo empresarial sostenible de la comunidad donde se desarrolla la actividad de la Empresa.

II.1. Posición del Tribunal Constitucional respecto de la Responsabilidad Social Empresarial

El Tribunal Constitucional respecto del tema ha establecido lo siguiente:

Pleno jurisdiccional N°0048-2004-PI-TC[15] precisa lo siguiente: "***la responsabilidad social no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá del cumplimiento invirtiendo en el entorno local y contribuyendo al desarrollo de las comunidades en que se inserta, sobre todo de las comunidades locales, contribuyendo que en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la Economía Social de Mercado y del Desarrollo Sostenible, la responsabilidad social se constituye en una conducta exigible a las empresas****, de forma ineludible*".

14 BELAUNDE PLENGE, Walter. "Gastos de Responsabilidad Social: Algunas Implicancias", Lima, Marzo 2012, Análisis Tributario. Pág. 20.

15 Esta información puede consultarse ingresando en la siguiente página web: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html

Expediente N° 0001-2012-PI/TC[16] mediante el citado expediente estableció que: "*la responsabilidad social tiene diversos ámbitos de aplicación, como el interno: relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral, así como el buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno*".

De lo establecido por el Tribunal Constitucional, podemos concluir que, ser socialmente responsable no significa solo cumplir con las normas que regulan dicho aspecto, sino se trata de una serie de inversiones que se identificaran como gastos en responsabilidad social, en la medida en que se trata de erogaciones vinculadas indirectamente a la realización de las actividades de la empresa, para mejorar, en una actuación en esencia ética, el entorno geográfico donde se desarrollen sus actividades.

De lo expuesto en el presente capítulo respecto de Responsabilidad Social Empresarial, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

La Responsabilidad Social forma parte de una estrategia empresarial que persigue un nuevo equilibrio entre la economía, la sociedad y el medio ambiente. Asimismo, constituye una visión de negocio cuyo objetivo es incrementar la rentabilidad de las empresas, pero garantizando el desarrollo sostenible de la comunidad donde desarrolla su actividad.

En esa misma línea de ideas, la responsabilidad social debe ser entendida como el compromiso que tienen todos los ciudadanos, las instituciones –públicas y privadas- y las organizaciones sociales, en general, para contribuir al aumento del bienestar de la sociedad local y regional.

Lo antes mencionado, se ha visto plasmado en la realidad, en la medida en que el sector empresarial ha realizado la construcción de escuelas, centros de atención médica, carreteras, viviendas, entre otros beneficios para la comunidad en donde desarrollan su actividad, lo cual es una clara expresión

16 Esta información puede consultarse ingresando en la siguiente página web: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00001-2012-AI.html

de responsabilidad social; por ende, dichas erogaciones realizadas por las empresas generan un efecto fiscal que no puede ser pasado por alto por parte de la Administración Tributaria.

III.- LA DEDUCCIÓN DE LOS GASTOS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL

En el capítulo precedente definimos los gastos de responsabilidad social y destacamos que, dichos gastos constituyen una herramienta indispensable para el mantenimiento de la fuente productora de renta y/o la producción de renta gravable. Ello en la medida que estas erogaciones incurridas por las empresas, conllevan a la atenuación de los conflictos sociales existentes, pues impide de una manera directa que tales conflictos paralicen las actividades propias del giro de negocio de la Empresa de que se trate.

En las líneas que se desarrollarán a continuación, trataremos de determinar si los gastos que se realizan como consecuencia de lo señalado en el párrafo precedente, constituyen o no gasto deducible para la determinación de la base imponible para efectos del Impuesto a la Renta.

Respecto del tema PICÓN GONZALES[17] señala lo siguiente: "*dicho gasto sólo será deducible si cumple con el principio de causalidad, interpretado desde una perspectiva amplia. Es decir, sólo se reconocerán como gastos aquellas erogaciones que tengan como objeto la producción de renta gravada o mantener la fuente de acuerdo al artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta*". En este sentido, los gastos realizados deben tener destinatarios concretos e identificados que evidencien la relación con el negocio de la empresa y su interés de realizar dichos egresos con fines empresariales.

En esa misma línea de ideas, CÓRDOVA ARCE Y BARRENECHEA SALAZAR[18] han señalado lo siguiente: "*los gastos en los que incurren las*

17 PICÓN GONZALES, Óp. Cit., Pág. 42.

18 CÓRDOVA ARCE, Alex y BARRENECEHA SALAZAR, Lorena. "Impuesto a la Renta y Responsabilidad Social", Revista IUS ET VERITAS, N° 46, Julio 2013 pagina.2

empresas en ejecución de sus políticas de responsabilidad social, hoy indispensable para el desarrollo de sus proyectos extractivos, son deducibles al amparo del principio de causalidad".

De los autores precitados podemos concluir que la responsabilidad social es una conducta exigible a las Empresas, aunado a ello constituyen herramientas necesarias para mejorar la competitividad y sostenibilidad de las empresas, pues de esta forma permiten un ambiente adecuado para el desarrollo de las actividades generadores de renta. En otros términos, dichas erogaciones constituyen una herramienta indispensable para el mantenimiento de la fuente productora de renta o la producción de renta gravable, ya que a través de ellas se reducirán, eventualmente, los conflictos sociales latentes.

Por lo antedicho, consideramos que la deducción del referido gasto no sólo es procedente, sino que se presenta como una necesidad. En ese sentido, no creemos correcto el criterio que viene adoptando la Administración Tributario al señalar que dichos gastos constituyen liberalidades o "actos filantrópicos"; sino que por la especial condición de pluriculturalidad que tiene nuestro país, resulta que las comunidades donde se desarrollan actividades, principalmente, extractivas, tienen un impacto ambiental, cultural, y económico, que trastoca fibras sensibles de las comunidades y centros poblacionales donde tales operaciones se realizan, y es por tal motivo que los gastos por Responsabilidad Social cumplirían cabalmente con el principio de causalidad.

III.1. La posición del Tribunal Fiscal respecto sobre la deducibilidad de gastos de Responsabilidad Social

A través de la jurisprudencia el Tribunal Fiscal ha realizado un análisis sobre la deducibilidad del gasto por Responsabilidad Social, estableciendo lo siguiente:

RFT Nº 01424-5-2005: "*Era razonable que las empresas que, por ejemplo, se dedicaban a actividades* ***mineras adquirieran insumos para el cuidado o tratamiento de tierras agrícolas como parte de sus programas de responsabilidad social y protección del ambiente****, y que por tanto las adquisiciones que realizara para tal fin se encontraban vinculadas al giro del negocio*".

RTF Nº 16591-3-2010: "Que *en el caso de autos, a lo largo de la fiscalización y del procedimiento contencioso tributario la recurrente ha señalado que* ***la entrega de bienes o la prestación de servicios a los pobladores de las comunidades nativas de las áreas en las que realiza sus operaciones están vinculadas con el giro del negocio debido a que ello se realizó como parte de programas de responsabilidad social, por ende, son deducibles"***.

Por ello, teniendo en cuenta los criterios del Tribunal Fiscal antes citados, el principio de causalidad no puede ser analizado en una forma restrictiva sino, por el contrario, amplia, comprendiendo en él todo gasto que guarde relación directa o indirecta con la producción de renta o con el mantenimiento de la fuente productora de renta; en ese sentido, es viable afirmar que los gastos de responsabilidad social empresarial sí cumplen con el principio de casualidad, por ende es susceptible la deducción para determinar la renta empresarial.

Por último, podemos señalar que de lo anteriormente descrito, se extraen las siguientes conclusiones:

Los gastos incurridos por responsabilidad social no son liberalidades[19] de la empresa, pues tal acción implica el desprendimiento desinteresado de una parte del patrimonio de la Empresa; todo lo contrario, incurrir en dichos gastos, tiene como objetivo final que se produzcan rentas gravables o que se mantenga la fuente que las produce.

Como conclusión final del presente artículo, podemos establecer que, los gastos de responsabilidad social en los que incurren las empresas en ejecución de sus políticas de responsabilidad social, son necesarios para el desarrollo de sus actividades; por ende, deben ser deducibles para determinar la renta empresarial. Para efectos de tal deducción se deberá verificar in-

19 Respecto de la liberalidad el Tribunal Fiscal mediante **RTF Nº 2675-5-2007** ha establecido lo siguiente: *"la liberalidad consiste en el desprendimiento, la generosidad, la virtual moral que consiste en distribuir uno generosamente sus bienes sin esperar recompensa" y por tanto son "todas aquellas cantidades satisfechas sin contraprestación alguna por la parte que las recibe."*

defectiblemente que tales erogaciones cumplan con el principio de causalidad, y con los criterios de normalidad, razonabilidad, y proporcionalidad. Asimismo, se debe demostrar la fehaciencia del gasto, es decir, demostrar al fisco que dicha operación sí existió mediante documentación que acredite que la erogación realizada por la empresa se materializó con la finalidad de generar renta gravable o para mantener la fuente productora de renta.

CONCLUSIONES

Mediante el presente artículo hemos tratado de realizar un análisis integral de los gastos por Responsabilidad Social en el que incurren las Empresas, obviamente manteniendo como núcleo principal el estudio jurídico-tributario de las instituciones a las que hemos hecho referencia en las líneas que preceden, por lo que creemos conveniente señalar las principales conclusiones a las cuales hemos arribado:

La Responsabilidad Social forma parte de una estrategia empresarial que persigue un nuevo equilibrio entre la economía, la sociedad y el medio ambiente. Asimismo, constituye una visión de negocio cuyo objetivo es incrementar la rentabilidad de las empresas, pero garantizando el desarrollo sostenible de la comunidad donde desarrolla su actividad empresarial.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la responsabilidad social empresarial es una obligación de las empresas que tiene sustento constitucional, al originarse en el deber de respetar a las comunidades, al medio ambiente y a los recursos naturales que pudieran verse afectados con el desarrollo de sus actividades.

Por otro lado, el principio de causalidad, consiste en una relación causal directa o indirecta entre el gasto incurrido por la empresa y la producción renta gravable o con el mantenimiento de la fuente productora de renta; por ende, es correcto afirmar que, un gasto será deducible cuando existe una relación causal directa o indirecta entre el gasto incurrido por la empresa y la producción de renta gravada o el mantenimiento de la fuente productora de renta gravable.

Asimismo, el principio de causalidad del artículo 37° de la Ley de Impuesto a la Renta debe ser tomado en su sentido amplio, tal como lo establece el Tribunal Fiscal. En ese sentido, dichas erogaciones hechas por las empresas en su política de responsabilidad social son deducibles para determinar la renta de tercera categoría.

Haciendo una interpretación sistemática podemos señalar que, los gastos de responsabilidad social en los que incurren las empresas en ejecución de sus políticas de responsabilidad social, son necesarios para el desarrollo de sus actividades; por ende, deben ser deducibles para determinar la renta empresarial. En ese sentido, los gastos de responsabilidad social que incurren las empresas serán deducibles para determinar la renta empresarial, siempre y cuando cumplan con el principio de causalidad, y con los criterios de normalidad, razonabilidad, y proporcionalidad. Asimismo, se debe demostrar la fehaciencia del gasto, es decir, demostrar al fisco que dicha operación si existió con medios probatorios que acrediten que la erogación hecha por la empresa fue con la finalidad de generar renta gravable o para mantener la fuente productora de renta.

Bibliografía

- ARROYO LANGSCHWAGER, Gisela. "La deducción del impuesto a la renta de los denominados "gastos de responsabilidad social" efectuados en etapas preoperativas". Lima, Revista 53-febrero 2013.
- ALVA MATEUCCI, Mario. "El principio de causalidad y su implicancia en el sustento de los gastos en el Impuesto a la Renta". En Revista Actualidad Empresarial. N° 197 – Instituto Pacífico. Lima, 2009.
- ALVA MATTEUCCI, Mario, "Aplicación Práctica del Impuesto a la Renta", Pacifico Editores, Lima-Perú, 2013.
- BELAUNDE PLENGE, Walter. "Gastos de Responsabilidad Social: Algunas Implicancias", Lima, Marzo 2012, Análisis Tributario.
- CÓRDOVA ARCE, Alex y BARRENECEHA SALAZAR, Lorena. "Impuesto a la Renta y Responsabilidad Social", Revista IUS ET VERITAS, N° 46, Julio 2013.

- DURÁN ROJO, Luis. "Alcances del principio de causalidad en el impuesto a la renta empresarial". En Revista Contabilidad y Negocios. Volumen 4, Número 7. Lima, 2009.
- GARCÍA MULLÍN, Juan Roque. "Manual del Impuesto a la Renta". Centro Interamericano de Estudios Tributarios. Buenos Aires, 1978.
- HERNANDEZ BERENGUEL. Luis. "Algunas consideraciones sobre el Principio de Causalidad en el Impuesto a la Renta". En Ius Et Veritas. Lima.
- MORALES MEJIA, Jaime. "Fiscalización Tributaria: Sustento De Operaciones", Ediciones Caballero Bustamante, Lima-Perú, 2010.
- PICÓN GONZALES, Jorge Luis. "¿Quién se llevó mi gasto? La ley, la SUNAT o lo perdí yo...", Dogma ediciones. Lima, 2007.
- TAQUIA GUTIÉRREZ, Rossana. "Aplicación de la responsabilidad social empresarial al derecho peruano", Lima, <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_resp_social/conferencias/promoviendo_aprendizaje/materiales/Exposicion_Rossana_Taquia.pd>.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

El concepto dual del derecho: Por una nueva forma de entender el fenómeno de lo jurídico en el moderno estado constitucional de derecho

Alexander Rivera Chávez*

SUMARIO: *I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL CONCEPTO DUAL DEL DERECHO. 1. ¿Qué es un concepto?. 2. Dos perspectivas y el concepto del Derecho. 3. Dualismo conceptual. III.- EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL CONCEPTO DUAL DEL DERECHO. 1. El Estado de Derecho. 2. El Estado Constitucional de Derecho. 3. Implicancias conceptuales de este tránsito. IV.- VIRTUDES DE LA PROPUESTA CONCEPTUAL. 1. Las tensiones internas del Derecho. 1.1. La aplicación de normas no dotadas de respaldo autoritativo. 1.2. La inaplicación de normas dotadas de respaldo autoritativo. 2. Tomando en serio nuestros derechos. V.- AMBICIONES DE MI PROPUESTA: ESENCIALISMO VS. CONVENCIONALISMO. VI.- CONCLUSIONES. VII.- BIBLIOGRAFÍA.*

* Estudiante de Segundo año de la E.A. P. Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

RESUMEN

Desde dos perspectivas distintas frente al Derecho: la del observador y la del participante, es posible adoptar «ideas» del Derecho distintas. De estar forma, como en la luz, hemos de adoptar un concepto dual o bidimensional del Derecho que nos represente al Derecho, a la vez, como un sistema de normas dotadas de autoridad y como una práctica argumentativa.

Esta dualidad conceptual es necesaria para poder teorizar la moderna práctica judicial del Estado Constitucional de Derecho. Esta práctica judicial tiene como característica esencial lo que en filosofía del Derecho se suele denominar la «institucionalización de la razón». Esta nota comporta un cambio esencial respecto a la forma estatal precedente, el Estado de Derecho, donde lo esencial era el «imperio de la ley».

En efecto, ciertas «tensiones internas del Derecho» demuestran que la práctica judicial se ha complejizado en virtud de la institucionalización de la razón, de tal forma, que es necesario un nuevo paradigma conceptual, de un nuevo concepto de Derecho, para poder teorizarla adecuadamente. El concepto dual se muestra como el adecuado.

El concepto bidimensional no pretende universalidad, esto es, no busca explicar la totalidad de la «naturaleza del Derecho». Por el contrario, es un bidimensionalismo débil, ya que a lo sumo, se muestra como el mejor concepto para tratar «nuestro Derecho», el Derecho bajo la forma estatal de nuestro tiempo.

Un concepto de Derecho que sea útil para una teoría hecha en virtud de la práctica judicial significa tomar en serio la práctica judicial de nuestro tiempo donde están en juego mucho de nuestros más importantes derechos. En esencia, como Dworkin trató de convencernos en su tiempo, solo con un concepto que se vuelque en virtud de la práctica de las cortes hemos de tomar seriamente nuestros derechos.

Palabras clave:
Estado Constitucional de Derecho – concepto bidimensional - teoría de la argumentación jurídica- positivismo jurídico- convencionalismo conceptual.

I.- INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo defiendo un concepto dual del Derecho (como sistema de normas y como práctica argumentativa) donde cada dimensión conceptual tiene su origen en dos perspectivas distintas: La del observador y la del participante. Me distancio de esta forma de autores[1] que absorben una perspectiva a otra, y por consiguiente, una forma conceptual a otra.

Seguidamente, siendo la tesis neurálgica del texto, sostengo que solo mediante un concepto bidimensional con estas características es posible construir una teoría jurídica útil para la práctica judicial de un Estado Constitucional de Derecho. Naturalmente, la defensa de esta tesis exige responder a interrogantes como: a) En qué consiste la práctica judicial del Estado Constitucional de Derecho y b) ¿Qué es lo que hace al concepto dual adecuado? Para responder a la primera pregunta haré a una breve referencia a la transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho y sus implicancias conceptuales. Para responder a la segunda pregunta traeré a colación ciertas «tensiones» de la práctica judicial de nuestro tiempo que son incapaces de enmarcarse dentro de un concepto unidimensional como el que sostiene el positivismo jurídico normativista.

Una última pregunta por responder sería el por qué ha de importarnos la práctica judicial como relevante para el concepto de Derecho. La respuesta es clara e incisiva: La importancia de poseer una teoría para la práctica («teorías de la argumentación jurídica») estriba en el hecho de que es en estos campos donde están en juego muchos de nuestros más importantes derechos. No es posible que se sostenga que el Derecho deja de interesarse en estas cuestiones argumentando, sin más, que la aplicación de nuestros derechos en estos campos escapa de «lo jurídico» y entra en la esfera de la «discrecionalidad del juez».

1 Cfr. Alfonso Ruiz, Miguel (1997) y Bulygin, E, (1998).

Es momento, siguiendo aquí a Dworkin, que empecemos a tomar seriamente nuestros derechos y esto solo es posible con la defensa de un concepto de Derecho que sirva para una teoría hecha en función de la práctica.

II. EL CONCEPTO DUAL DEL DERECHO

1. ¿Qué es un concepto?

Un concepto es una representación mental, una idea. En esencia, enarbolar un concepto significa atribuir propiedades esenciales a un conjunto de fenómenos de la realidad. Así, el concepto de «mesa» imputa a un conjunto de objetos concretos del mundo unas propiedades esenciales que hacen que pertenezcan a la «clase» de mesas. Su importancia radica en que nos permiten sistematizar las experiencias del mundo.

Por lo demás, podemos y de hecho así sucede, atribuir más de dos sistemas de propiedades a un mismo conjunto de objetos. El ejemplo más esclarecedor de esto es el concepto físico de la luz. En efecto, los físicos poseen un concepto dual de la luz: como onda y como materia. Esto es así porque un concepto unidimensional, por sí solo, sería incapaz de explicar el comportamiento total de este fenómeno de la naturaleza. Sin ninguna pretensión adicional, este ejemplo de las ciencias naturales solo nos ha de servir para poder tratar como posible la dualidad conceptual.

2. Dos perspectivas y el concepto del Derecho

Así como puede haber representaciones mentales sobre objetos, también hay actitudes acerca de los mismos. No solo conocemos los objetos, sino que también decidimos valorarlos. En el campo de la ciencia moderna es un pensamiento común creer que en la ciencia las valoraciones son excluidas por el método científico. Mientras más purificado esté de nuestras creencias mejor será el resultado científico porque la naturaleza de los objetos por conocer son independientes de ellas.

Pues bien, quienes tengan un concepto de Derecho que asuma que este es un objeto independiente de nuestras creencias -ya que es una realidad que si bien creada por nosotros, una vez alumbrada esta adquiere independencia-,

no dudarán en asumir una perspectiva meramente descriptiva. Por el contrario, quienes sostengan un concepto de derecho dependiente de nuestras creencias, como una práctica interpretativa[2] por ejemplo, no dudarán en asumir una perspectiva valorativa y prescriptiva.

Es patente que esta diferencia de perspectivas nos lleva a dos formas diferentes de representarnos al Derecho. A su vez, estas dos perspectivas y formas conceptuales han recibido varias denominaciones. He considerado adecuado en el campo de las perspectivas usar los términos de Alexy[3] y en el de los conceptos los términos de Manuel Atienza[4].

2.1. El derecho como sistema de normas dotadas de autoridad y la perspectiva del observador

Alexy nos dice que «adopta la perspectiva del observador quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico»[5].

Esta actitud no solo puede, sino que sobretodo, debe agotarse en lo descriptivo pues es resultado de un concepto del Derecho que lo piensa como algo independiente de nuestras valoraciones, como una realidad ya dada que debemos procurar conocer, de hecho, un libro terminado que solo nos queda sistematizar[6]. Esta pureza es un imperativo, pues, debemos procurar conocer «el Derecho que es y no el Derecho que debe ser».

A pesar, como bien se han percatado Alexy y Dworkin, de que de una actitud tan limitada como la de la perspectiva del observador se puedan defender diferentes conceptos de Derecho - como el sociológico[7] por ejemplo- es el concepto de Derecho como sistema de normas dotadas de autoridad (que incluye reglas y principios) el que más ha influido en la imaginación de los juristas.

2 Cfr. Dworkin, Ronald, 1988.
3 Cfr. Alexy, Robert, 1994.
4 Cfr. Atienza, Manuel, 2006.
5 Alexy, Robert, 1994, pag. 31.
6 Cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1975.
7 El ejemplo más citado es el concepto de derecho de Max Weber.

2.2. El derecho como argumentación/ práctica argumentativa y la perspectiva del participante

Asumen una perspectiva del participante quienes «en un sistema jurídico participan en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado»[8]. En efecto, la perspectiva del participante es la perspectiva de todo operador jurídico[9] por el cual se adopta una actitud que incluye los tres elementos posibles: descriptiva, valorativa y prescriptiva.

En realidad, solo desde el campo de esta perspectiva se puede defender un concepto que no entienda al Derecho como una realidad ya dada, sino como un proyecto. El concepto, en palabras de Dworkin, debe representarnos al Derecho no como un libro sino como una novela que aún no termina de escribirse[10]. De hecho, un concepto del Derecho que muestre «lo jurídico» como una práctica argumentativa donde lo esencial no son las normas sino la resolución de conflictos lleva necesariamente a adoptar una perspectiva que valore y prescriba, y que además, sienta que esta actitud es una actitud jurídica. El profesor Atienza entiende al respecto que «el enfoque del Derecho como argumentación supone contribuir a la realización de una empresa: el objetivo de la teoría del Derecho no puede ser exclusivamente cognoscitivo, sino que la teoría (como ocurre en la concepción "interpretativa" del Derecho de Dworkin) se funde con la práctica»[11].

Esencialmente, esta perspectiva supone que el Derecho no solo debe ser descrito como un «objeto mundanal», sino como una práctica donde la obediencia de la autoridad debe estar justificada. Esto es así porque « (...) la cuestión "¿qué es el Derecho?" no se puede separar de la cuestión ¿por qué se debe obedecer el Derecho?" Una teoría del Derecho que quiera ofrecer solución a los problemas prácticos [de nuestro derecho] debe responder a las dos cuestiones y eso supone que uno de los pilares del paradigma neutra-

8 Alexy, Robert. 1994, pag. 31.

9 Un autor como Joseph Raz toma la perspectiva del participante limitado a la del abogado. Es esta dificultad que hace que Raz entienda la perspectiva del participante limitada y solo como el punto de partida para una perspectiva más completa. Cfr. Raz, Joseph, 2001.

10 Cfr. Dworkin, Ronald; 1988.

11 Atienza, Manuel, 2006, pag. 33.

lista se destruye como paso previo para la construcción de una teoría desde el punto de vista del participante»[12].

3. Dualismo conceptual

En primer lugar debemos rechazar la tesis que sostiene que no es verdad que por cada perspectiva se puedan defender dos formas distintas de concebir al derecho[13]. Esta tesis ha quedado refutada en el desarrollo de los puntos anteriores.

Por lo demás, debemos aceptar con Calsamiglia[14] que ambas formas conceptuales no se excluyen teóricamente, de ahí que sea posible de que adoptemos un «concepto dual o bidimensional del Derecho». En otras palabras, no hay nada dogmáticamente que nos inhabilite de entender al Derecho de las dos formas descritas: como un sistema de normas dotada de autoridad y como una práctica argumentativa.

Con las limitaciones que supone, el concepto que propongo se puede formular en términos de la tesis alexyana del «caso especial»[15]. Esta tesis sostiene que el discurso jurídico es una forma especial del discurso práctico general (derecho como argumentación) ,y consigue su especialidad, en el hecho de yace limitado institucionalmente, además de que las decisiones tienen fuerza autoritativa (derecho como normas dotadas de autoridad).

En base a todo esto, puede resultar entendible la tesis neurálgica que defiendo en el presente trabajo, a saber, que el concepto bidimensional del Derecho que entienda «lo jurídico», a la vez, como un sistema de normas dotada de autoridad y como una práctica argumentativa, es el adecuado para poder «teorizar» la práctica judicial del moderno Estado Constitucional de Derecho (en adelante, ECD). Esta tesis si bien entendible aún no es convincente. Para ello hemos responder a dos preguntas esenciales: a) En qué consiste la práctica jurídica del moderno ECD y b) Qué virtudes respecto a la práctica judicial tiene este concepto dual. El capítulo que sigue responderá a la primera, mientras que la segunda será objeto del capítulo subsiguiente.

12 Calsamiglia, Albert, 1997, pag. 492.
13 Cfr. Bulygin, Eugenio, 2009.
14 Cfr. Calsamiglia, Albert, 1997.
15 Cfr. Robert Alexy, 1989.

III.- EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL CONCEPTO DUAL DEL DERECHO

El ECD es una forma de Estado reciente que data desde la Segunda Guerra Mundial. Para entenderla es necesario compararla con la forma de Estado que la antencedió: El Estado de Derecho (en adelante, ED). Seguidamente, en base a esta distinción, reflexionaremos sobre los alcances conceptuales de este tránsito.

1. El Estado de Derecho

El ED (el *Rechtsstaat*) es la forma de Estado característica del siglo XIX. Se distingue y se opone históricamente a al *Machfstaat*, el Estado absolutista del siglo XVII y al *Polizoeistaat*, el Estado del despotismo ilustrado del siglo XVIII[16].

Esencialmente, el ED no es más que la decapitación del rey en el poder absoluto, es el paso de la soberanía del discurso del rey a la soberanía del discurso del parlamento. De modo que el ED se identifica con la consagración del principio de legalidad -del imperio de la ley- en el Derecho. Bajo este principio no hay derecho oponible a los derechos legales, de ahí que ni las facultades del pueblo ni del gobierno valen más de lo que estipula la ley. En esencia, lo que el Derecho dice se agota en lo que la ley -y con ella el parlamento- dice.

El concepto del ED es, como bien se ha esforzado en demostrar Zagrebelsky, un concepto elástico. Debido a esto puede ser formal (cuando no incluye cierto respeto mínimo de derechos, como sucedió en la Alemania nazi) o sustancial (se incluyen derechos). Más allá del hecho de que no se le incluyan derechos mínimos en el concepto de ED – como el Estado formal de Derecho- o se le incluyen valores limitados - como el Estado liberal de

16 Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, 2005. Zagrebelsky, en este libro, prudentemente, destaca que estos tipos ideales solo son claros conceptualmente. Por esta razón, su valor estriba en el poder ordenar una serie de realidades que muchas veces escapan de esta tipología ideal. Además nos recuerda que es importante dar cuenta que esta tipología se basa en la historia constitucional del mundo continental, ya que en el mundo anglosajón los procesos tuvieron otras connotaciones.

Derecho- o se les preñe de derechos sociales – como el denominado Estado social de Derecho-, la nota característica sigue siendo el imperio de la ley. De ahí que los derechos esgrimidos se las toma como inherentes a la ley, fuera de ella no pueden triunfar. Es esta forma de entender los derechos lo que entrará en crisis en la época actual.

2. El Estado Constitucional de Derecho

La práctica judicial del ED que como ya hemos señalado consistía en una sacralización de la ley entrará en una etapa de crisis desde la Segunda Guerra Mundial. En términos generales podemos decir que el imperio de la ley cederá su lugar al imperio de la constitución. Para entender el significado de este tránsito de «imperio» es preciso aclarar, en primera instancia, el sentido de la «constitucionalización del orden jurídico» y sobre todo, aclarar el porqué hemos entender al imperio de la constitución como una cosa opuesta al imperio de la ley. Conviene, pues centrarnos en estas cuestiones.

En primer término, la «constitucionalización del Derecho» está lejos de ser una cuestión de simple existencia de una Constitución política. En efecto, «el Estado liberal de Derecho es un Estado con una Constitución en el último sentido indicado, pero no sería un Estado constitucional porque la Constitución no tiene allí exactamente las mismas características (y, en consecuencia, no juega el mismo papel) que en los Estados occidentales en la última etapa de su desarrollo, esto es, fundamentalmente, a partir del final de la segunda guerra mundial»[17]. Por el contrario, la constitucionalización del orden jurídico es un fenómeno complejo que comporta un proceso gradual, no del todo o nada. En realidad, es el resultado de una serie de factores que forman los «síntomas de un orden jurídico constitucionalizado». Estos síntomas pueden no estar todos presentes, pues como acabo de indicar, es un proceso gradual. Para la enumeración de estos factores utilizaré el trabajo de Riccardo Guastini[18].

Guastini destaca una serie de factores que significan la versión máxima de un Estado constitucionalizado. Entre ellos tenemos: a) La rigidez de las

17 Atienza, Manuel, 2007, pag. 199.
18 Cfr. Guastini, Riccardo, 2003.

constituciones, para modificar o derogar una norma constitucional se requiere procesos más ásperos. b) Incorporación de derechos fundamentales; c) Dotación de jerarquía suprema en el orden jurídico y la creación de la «reserva de la constitución», esto es, ciertas materias solo pueden ser derogadas por la constitución; c) Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución. Las normas de la Constitución son más que programas, son normas imperativas.; d) Se produce una «sobreinterpretación de la constitución», es decir, se va más allá que el sentido literal, de manera que se puedan extraer diversas normas y principios; e) Se asume que las normas constitucionales pueden ser aplicados directamente por los jueves; f) Se interpreta las normas subconstitucionales de acuerdo con la Constitución y g) Los debates y procesos políticos tienen como límite y herramienta a la Constitución.

Todos estos hechos suponen, sin duda alguna, un cambio. Sin embargo, más allá de constatar estos hechos podemos, también, volcar nuestros valores sobre ellos[19]. Pero más importante que tomar posición política en relación a estos cambios es responder a la pregunta de si esta transformación comporta realmente un cambio con implicancias conceptuales. En efecto, ¿podemos hablar de una nueva forma de Estado o simplemente de un cambio de ropaje del ED decimonónico?, o en todo caso, ¿es aún posible explicar el Estado actual mediante el enfoque positivista normativista? Respondamos a estas interrogantes.

3. Implicancias conceptuales de este tránsito

3.1. La institucionalización de la razón

A todo lo escrito se le puede objetar, y efectivamente así ha sucedido, que el hecho que el imperio de la ley haya cedido frente al imperio de la constitución no significa nada más que el paso de la soberanía del legislador ordinario a la soberanía del «legislador» constitucional. A esta crítica debemos responder aclarando que en realidad «lo que caracteriza al "Estado Constitucional" actual es ante todo la separación entre los distintos aspectos o componentes del derecho en el Estado de derecho del siglo XIX estaban

19 Cfr. Laporta, Francisco, 1999.

unificados o reducidos en la ley»[20]. No existe pues, como bien señala Zagrebelsky, soberanía abstracta por parte de la Constitución. Lo que en realidad hay es un libramiento de cuestiones que en el Derecho se encontraban suprimidos en el absolutismo de algún discurso bajo las formas de Estado que antecedieron al moderno ECD.

Esencialmente, esto no significa otra cosa que la pérdida de legitimidad de la autoridad en el ECD. De hecho, la crisis del legislador es un tránsito de la soberanía de la autoridad a la soberanía de la razón. En este sentido, la pretensión de autoridad no basta por sí misma para justificar decisiones. De ahí que vivamos una época donde las normas jurídicas no son simplemente manifestaciones de voluntad de la autoridad, sino que son sobre todo, decisiones debidamente justificadas a la luz de las disposiciones constitucionales. La ley ya no es más Derecho por tener la simple forma de ley, sino que es Derecho por respetar las razones constitucionales y su debida ponderación. En términos de Ferrajoli[21], en el moderno ECD la validez de las normas no se agota en la validez autoritativa, sino que es necesario una validez sustancial.

Este desdoblamiento de la validez jurídica se identifica con lo que Alexy ha denominado la «institucionalización de la razón»[22]. De hecho, la institucionalización de la necesidad de una razón práctica para la aplicación del Derecho es la nota característica del ECD. Se puede decir que el Derecho de nuestro tiempo presenta una doble dimensión[23]: Una real, fáctica o autoritativa y otra ideal, correctiva o justificativa.

3.2. Positivismo jurídico

Actualmente, se entiende por «constitucionalismo» dos cosas diferentes[24]: Un fenómeno histórico donde la razón yace institucionalizada mediante una constitución y un paradigma teórico para poder abordar académicamente este fenómeno. Efectivamente, una cosa es defender un cambio real de for-

20 Zagrebelsky, Gustavo, 2005, pag. 45.
21 Cfr. Ferrajoli, Luigi, 2003.
22 Cfr. Alexy, Robert, 2009.
23 Cfr. Alexy, Robert, 2011.
24 Cfr. Comanducci, Paolo. 2003.

mas de Estado y otra distinta es defender un concepto del Derecho distinto para su tratamiento.

Líneas arriba cité a dos autores positivistas – Ferrajoli y Guastini- no en vano, pues me sirve como introducción para el siguiente problema conceptual. Tantos autores positivistas como no-positivistas pueden estar de acuerdo en aceptar al fenómeno descrito como dotado de una cualidad digna de ser tomado como algo «cualitativamente distinto» al ED. Sin embargo, hemos de resaltar que el consenso se acaba aquí. Las discrepancias son patentes al momento de tratar el problema sobre el paradigma conceptual adecuado para su tratamiento.

De esta forma, Luigi Ferrajoli sostiene que el positivismo jurídico aún está legitimado académicamente, pues si bien en el Derecho hay una dimensión valorativa (razón institucionalizada), esta dimensión yace sometida a la pretensión de autoridad (positivización) del Derecho. Esto es así porque «el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanza con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivización no sólo ya del *ser del Derecho*, es decir, de sus condiciones de 'existencia', sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de 'validez'»[25].

Por lo demás, es esta característica lo que hace que el positivismo jurídico sea insuficiente, como veremos en el siguiente capítulo, para dar cuenta debidamente de la práctica judicial del ECD. Deviene en incapaz ya que «el ver lo valioso como derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de las directivas (...) inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales. La primera es la de los conflictos entre principios, (...) Algo análogo ocurre con la discusión, hoy tan de actualidad, sobre las excepciones implícitas a las reglas. Tan sólo parece poder darse cuenta coherentemente de ellas como supuestos de sobreinclusión por parte de las reglas en relación con las razones, esto es,

25 Ferrajoli, Luigi, 2003, pag, 19.

con los juicios de valor, subyacentes»[26]. Es preciso seguir insistiendo en el hecho de que esta insuficiencia se debe esencialmente, al hecho de que el positivismo jurídico es una concepción del Derecho que defiende un concepto de Derecho exclusivamente como un sistema de normas dotadas de autoridad e ignora la perspectiva del participante para explicar la soberanía de la razón (dimensión correctiva) en casos puntuales dónde la justificación de las decisiones jurídicas no son «fáciles» y por tanto relativamente independientes de la autoridad. De hecho, fracasa porque no logra entender que el derecho no consiste en solo interpretar textos, sino que también se interpretna prácticas convencionales.

Ante esta contingencia, debemos dejar atrás el concepto positivista del derecho (que es unidimensional-normativo-autoritativo) y entender que, «en contra de lo que han sostenido algunos autores como Ferrajoli, Comanducci o Prieto, el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el Derecho»[27]. En su remplazo hemos de adoptar un concepto dual que sea capaz de dar cuenta de las dos dimensiones del Derecho de nuestro tiempo, dimensiones que en realidad no se presentan subordinadas una con otra como pretende encuadrarlas el positivismo ferrajoliano.

IV.- VIRTUDES DEL CONCEPTO DUAL DEL DERECHO

En términos generales, se puede sostener que el gran mérito de la propuesta que defiendo es el dar cuenta con mayor detalle de «la argumentación en el Derecho», que es otra forma de tratar la institucionalización de la razón. Esta cuestión es fundamental pues como el profesor Atienza bien sostiene[28], ninguna concepción del Derecho que se ha esgrimido en la historia del pensamiento jurídico es capaz de esclarecer con total claridad la argumentación en el Derecho. A su vez, esto nos permite construir, eficientemente, una «teoría de la argumentación jurídica», pues, necesariamente hemos de teorizar algo que este

26 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 2007, pag.24.
27 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 2007, pag.25.
28 Cfr. Atienza, Manuel, 2006.

dentro del alcance de nuestra idea de lo jurídico.

Dicho esto, nos toca ahora elucidar el alcance de este logro[29]. Para ello repararemos en dos fenómenos de la práctica judicial contemporánea que los teóricos han denominado «tensiones internas del Derecho». Nos valdremos de estas tensiones para evidenciar cómo mi propuesta conceptual sirve para su adecuado desarrollo.

1. Las tensiones internas del Derecho[30]

Las tensiones internas del Derecho son, *grosso modo*, el resultado del conflicto interno entre la corrección y la autoridad en el Derecho. En otras palabras, son el producto de un desajuste entre lo que prescribe la autoridad jurídica y lo justificativo de las decisiones jurídicas. Esta tensión se manifiesta en la distinción entre la validez – entendida como perteneciente a un sistema – y la aplicabilidad de las normas jurídicas. De modo que normas sin dotación autoritativa son aplicadas y normas dotadas de autoridad son inaplicadas. Debemos tratar estos dos casos por separado.

1.1. La aplicación de normas no dotadas de respaldo autoritativo

En un concepto de Derecho donde lo valorativo se deriva de lo ordenado por una autoridad solo es posible dar cuenta de la existencia y validez de aquellos casos donde la propia autoridad provee de conceptos valorativos en las normas jurídicas. Conceptos como «trato degradante», «abuso de derecho», «trato cruel», «dignidad humana», «buena fe» ,etc. son ejemplos de la remisión del legislador (ordinario o constitucional) a las «convenciones interpretativas vigentes en un determinado colectivo social»[31], convenciones que están exentas de cualquier respaldo autoritativo., cuya validez es meramente moral.

Sin perjuicio de lo escrito hasta ahora, hay casos donde estas convenciones interpretativas emergen a la práctica judicial sin la necesidad de una remisión de la autoridad. En estos asuntos se considera que, utilizando los

29 No hay aquí ánimos exhaustivos, de ahí que se puedan encontrar otras virtudes de nuestra propuesta conceptual.

30 Este apartado se ha basado en Ródenas, Ängeles , 2012.

31 Cfr. Bayón, Juan Carlos, 2002.

términos de Schauer[32], las «formulaciones normativas» de las reglas dicen menos de lo que dan a entender sus «justificaciones subyacentes». En efecto, cuando los jueces interpretan «extensivamente» una regla, en realidad se están apartando de lo institucionalmente dispuesto y aplican «razones morales» para la extensión normativa. ¿Hay acaso algún mecanismo meramente legislativo que establezca la existencia de este tipo de interpretación? ¿Es necesario que lo haya? En lo absoluto, esta forma interpretativa es una creación doctrinal e independiente de su positivización.

A la luz de un concepto del Derecho donde solo se preste consideración al Derecho como sistema de normas dotadas de autoridad, la aplicación de estas cuestiones quedan, ineluctablemente, fuera del alcance del «fenómeno de lo jurídico». Bajo este concepto, el Derecho renuncia a estas cuestiones, pues dicen estos teóricos, quedan en la «discrecionalidad del juez». A todo esto hemos de preguntarnos, seriamente si, ¿es verdad que al Derecho le deja de interesar la manera como estas convenciones interpretativas sobre los valores son aplicados?, ¿al derecho le debe dejar de interesar como las normas jurídicas son interpretadas más allá de su formulación literal?, ¿el juez puede decidir cómo le crea conveniente, porque va más allá de lo dispuesto por el "Derecho"?, ¿el derecho debe darle la espalda a lo que efectivamente creen los jueces que aplican[33]?, ¿debemos, sin más, rechazar lo que los jueces o los otros operadores jurídicos creen porque el Derecho es un objeto independiente de ellas[34]? Después de reflexionar estas preguntas, no es difícil darnos cuenta de la insuficiencia de un concepto de Derecho como el que defiende el positivismo normativista.

En realidad, la única forma de poder tratar este fenómeno es mediante un concepto de que dote de cierta independencia a la «argumentación en el de-

32 Cfr. Schauer, Frederick, 1991.

33 Dworkin, ha demostrado que los jueces de nuestros tiempos no aplican el derecho de una forma habitual, sino que se sienten vinculados jurídicamente a ello. Cfr. Dworkin, Ronald, 1977.

34 A ello debemos responder que «una buena teoría del derecho es la que logra proporcionar una imagen del Derecho que sea capaz de organizar en un todo coherente las ideas fundamentales compartidas en la cultura jurídica pública de nuestras comunidades jurídicas» Juan Ruiz Manero. 2014. pag. 124.

recho». Dado que solo así, entendiendo la dimensión correctiva del derecho como no derivado de lo autoritativo, podemos sostener que «una cosa es admitir que los jueces puedan aplicar normas que no resultan identificables de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes y otra diferente es hablar de discrecionalidad en estos casos. El derecho no renuncia a determinar cuándo los jueces pueden aplicar normas no identificables autoritativamente. Tampoco resulta indiferente cuál deba ser su contenido. El operador jurídico que aplique una norma no identificable autoritativamente tendrá que desarrollar una argumentación tendente a mostrar que, de acuerdo con el derecho, concurren razones para resolver el caso aplicando tal norma y que el contenido de dicha normas es coherente con el resto de valores del ordenamiento»[35].

1.2. La inaplicación de normas dotadas de respaldo autoritativo

La inclusión de la valoración en el derecho establece dos tipos de normas, los principios y las reglas. Ambos tipos de normas yacen dotadas de respaldo autoritativo, sin embargo, la «aplicación» de ambas no dependen de dicha dotación. De hecho, naturalmente, los principios no son aplicables en un caso concreto por su consagración en la constitución, sino por su «peso» en el caso concreto. Por su parte, las reglas son inaplicadas por una previsión legislativa, pero también por cuestiones que trascienden la remisión autoritativa.

En el caso de los principios, de acuerdo a la ley de la colisión, la aplicación de estos significa ineludiblemente la inaplicación de otros principios. Es una realidad -hasta deseable- que el sistema normativo sea indiferente a cómo, efectivamente, los principios son aplicados. De modo que el cómo de esta aplicación de normas esté, ineludiblemente, en manos de los teóricos del derecho y de la jurisprudencia (de nuestras convenciones interpretativas). Que sea necesaria una construcción supone que los principios no determinan por sí mismos su aplicación en los casos concretos, como lo entendió Dworkin. Por el contrario, los principios son insuficientes, de ahí que «los niveles de regla y de los principios deben ciertamente complementarse con un tercero, a saber, con una teoría de la argumentación jurídica»[36].

35 Ródenas, Ángeles, 2012, pag. 110.
36 Alexy, Robert, 2010, pag. 21.

Si los principios no determinan por sí mismos «la respuesta correcta», entonces debemos valernos de construcciones teóricas para dotar de racionalidad a la aplicación y sobre todo la inaplicación de principios constitucionales. Entre las muchas posibles, una de las formas de dotación de coherencia en la aplicación de principios es la estructura de la ponderación[37]. Esta construcción teórica que va más allá de lo que dispone la autoridad en el Derecho, ha dominado la justicia constitucional en los últimos años.

En el caso de las reglas, en muchas ocasiones el legislador regula la inaplicación de ellas. Utiliza metareglas como son los criterios de especialidad, jerarquía y cronología. Además se vale de mecanismos como los ilícitos atípicos para controlar la aplicación reglas permisivas (ejemplo de estos mecanismos es la clásica prohibición del «abuso de derecho) y de mecanismos que regulan la aplicación de reglas prohibitivas como son las causas de justificación en materia penal.

Por lo demás, los principios jurídicos no solamente son utilizados cuando no hay reglas de por medio. La práctica judicial nos demuestra que en realidad estos principios que aparecen como una «justificación subyacente» de una regla muchas veces regulan el caso a pesar de que haya una regla clara y lógicamente coherente con el sistema normativo. Este fenómeno donde una regla (norma dotada de autoridad) es inaplicada en virtud de su justificación subyacente se ha denominado como «la principialización de los casos». Veamos dos casos concretos para entender más detalladamente este fenómeno de la práctica judicial contemporánea.

Supongamos que una regla R: "Prohibido fumar" es válida en un país X. Supongamos también que la justificación subyacente de esa regla es la protección de la salud de los terceros no fumadores. Dos casos llegan a las cortes de X. El primero de ellos es uno donde el denunciado es una persona ha fumado en un cuarto cerrado sin afectación de un tercero, ¿realmente la regla es aplicable en este caso? La moderna práctica judicial considera que en este caso la «formulación normativa» dice más de lo que debería decir a la luz de su «justificación subyacente», considera, a fin de cuentas, que

37 Cfr. Alexy, Robert, 1997.

el caso queda fuera del alcance de la regla. Un segundo caso se configura donde hay ensayo clínico en un hospital dónde se busca estudiar el impacto pasivo del humo del cigarrillo. En este caso, se asume que el caso sí está dentro del alcance de la regla, pero es una «excepción implícita» a la misma, pues hay un principio, como el de la salud pública, que derrota a esa justificación subyacente en ese caso en concreto.

Estos dos últimos ejemplos son muestras de cómo la práctica judicial hace uso de la «interpretación restrictiva». Y es patente que a la luz de un concepto limitado como el del positivismo normativista este fenómeno de la práctica judicial es desatendido tanto en su existencia como en su aplicación. Nuevamente aquí surgen las preguntas tan odiadas o «recalcitrantes» que los positivistas desprecian, en efecto, ¿el Derecho debe desatender al cómo sus normas son inaplicadas?, ¿debe darle la espalda a la ponderación y a los casos donde se considera a un caso como excepción o fuera del alcance de una regla? Por lo demás, solo a la luz de un concepto de Derecho que entienda lo jurídico también como una práctica argumentativa puede mostrarse potencialmente capaz de participar y de brindar herramientas para su desarrollo teórico. Tener que participar teóricamente, como juristas, de estas discusiones es esencial porque la práctica judicial nos revela que «los aplicadores del derecho no son libres de formular cuantas excepciones o exclusiones del alcance de las normas deseen y cuando lo deseen. (...). El juez [está convencido que] tendrá que desarrollar una argumentación tendente a mostrar cuál es el balance de razones que subyace a la formulación normativa cuya aplicación se pretende restringir»[38].

2. Tomando en serio nuestros derechos

Estas tensiones internas del Derecho nos dejan bien en claro la insuficiencia de un concepto de Derecho como el criticado a lo largo del presente trabajo. A la vez, cumplen con la tarea de revelarnos las virtudes de un concepto como el que propongo. En efecto, creo que nadie, que se tome en serio las preocupaciones de los jueces puede permitir que estas contingencias de la práctica judicial queden fuera del alcance de nuestra idea de «lo jurídico» - de modo que esta práctica judicial no sea una práctica jurídica- por una

38 Ródenas, Ángeles, 2012, pag.

pretensión de «pureza» o de «claridad conceptual». No es tolerable que en virtud de una simpleza explicativa debamos darle la espalda a la práctica judicial dejando en zonas de penumbra la aplicación de las convenciones interpretativas donde están en juego mucho de nuestros más importantes derechos. Inspirado en el espíritu de Dworkin[39], termino esta parte sosteniendo que un concepto de Derecho que sirva para una teoría jurídica para la práctica, es la única vía por la cual podemos empezar a tomar seriamente nuestros derechos.

V.- AMBICIONES DE MI PROPUESTA: ESENCIALISMO VS CONVENCIONALISMO

Es oportuno ahora centrarnos en un problema distinto. Constantemente a lo largo del presente trabajo me he referido al concepto dual como «el mejor concepto en el contexto del ECD». He tomado como supuesto que el valor de un concepto está en función de cuestiones prácticas. En todo caso, ¿qué significa sostener que el valor de un concepto dependa de la explicación de algo? Nos toca ahora reflexionar sobre esto. Para ello hemos de traer a colación las dos posturas posibles en el campo desde la teoría de los conceptos (esencialismo y convencionalismo).

En primer término, los esencialistas entienden que existen conceptos «verdaderos» y que la verdad de un concepto se deriva de la capacidad que tenga este para aprehender la «naturaleza» de los fenómenos de la realidad. En el contexto que nos interesa, una posición iusfilosófica esencialista[40] que se esfuerza por encontrar la esencia del Derecho encontrará más adecuado un concepto cuanto más logra informar acerca de la «realidad inmutable» de «lo jurídico».

Por su lado, los convencionalistas, suponen que las «esencias» de las cosas es una ficción filosófica producto de un mala comprensión de nuestro

39 Cfr. Dworkin, Ronald, 1977,1986 y 2007.

40 Entre ellos tenemos a los positivistas, iusnaturalistas, realistas y algunos no-positivistas principalistas como Alexy.

lenguaje. Si no hay esencias entonces no existen conceptos «verdaderos». De ahí que la adecuación de un concepto esté en función de su utilidad y no de su «cognoscibilidad esencial».

Hecha esta distinción resultan claro ahora las ambiciones de mi propuesta conceptual[41]. Efectivamente, en un objeto cultural como el Derecho no es factible hablar de esencias. Con toda razón Dworkin sostuvo que es cierto que «los átomos y el ADN de los animales tienen estructuras físicas inherentes, y tiene sentido suponer que estas estructuras determinan la "esencia" del hidrógeno o de un león. Pero no hay nada comparable en una práctica social compleja. ¿Dónde deberíamos buscar esa "esencia" o naturaleza? (...) ¿Qué es lo que en el mundo físico, histórico o social nos impone estas "verdades" conceptuales con plena independencia de nuestros propósitos políticos y morales?»[42].

La distinción también me habilita para justificarme acerca del uso del sintagma «concepto dual del derecho». El uso de esta expresión me sirve para distanciarme de, llamémosle así, la versión fuerte o esencialista de la teoría dual del Derecho. En efecto, esencialistas como Robert Alexy no nos hablan de un «concepto bidimensional» sino de una «doble naturaleza del derecho»[43]. Esto es así porque para los esencialistas los conceptos, no son más que parásitos ideales de la naturaleza de las cosas, de ahí lo poco importante de tratarlos. Por el contrario, si asumimos la inexistencia de las esencias de las cosas, la única posibilidad factible es tratar la propuesta como un «concepto bidimensional», pues, en objetos culturales como el derecho no hay una distinción tajante entre objeto y concepto.

A esta última forma de tratar la bidimensionalidad en el Derecho se le puede denominar la versión «débil» del bidimensionalismo. Al respecto Pierluigi Chiassoni sostiene la tesis que la renuncia al esencialismo significa la

41 Aunque es preciso deslindarme de una absoluta posición antiesencialista.. Mi posición no es tan radical, ya que solo asumo que, por lo menos, en objetos culturales como el derecho no es posible hablar de esencias ya que en estos objetos no es posible diferenciar nítidamente el objeto de la representación (concepto). Cfr. García Figueroa, Alfonso. 2011.

42 Dworkin, Ronald, 2007, pag. 234.

43 Cfr. Alexy, Robert, 2011.

inutilidad del propio bidimensionalismo, pues asegura en estas condiciones «se puede "renunciar" a incluir en el concepto de derecho la propiedad clasificatoria necesaria u objetiva de corrección, y al mismo tiempo, a) ser conscientes de las conexiones contingentes entre el derecho positivo y moral, y b) abogar, sobre el plano de la filosofía iuspolítica y de la política del derecho, la instauración de sistemas jurídicos que protejan los mismos valores a los cuales se conecta el concepto alexyano (racionalidad, libertado, igualdad, derechos humanos). Lo que constituye, por ejemplo, un rasgo central del constitucionalismo iuspositivista y garantista de Luigi Ferrajoli»[44].

Más allá del hecho de que una posición como la defendida por Chiassoni y Ferrajoli sea contradictoria respecto a la relación entre derechos fundamentales y política jurídica[45]. Esencialmente, una posición con estas características se muestra inhabilitada, como ya lo hemos desarrollado, respecto a su participación competente de los diversos debates y sectores de la práctica judicial de nuestro tiempo.

El desarrollo de las tensiones internas del derecho nos sirve entonces para darle base a una concepción débil de la bidemensionalidad del derecho. Nos es útil dado que permite verificar que hay buenas razones para no considerar que la renunciA al esencialismo en realidad agote las posibilidades para un bidimensionalismo conceptual.

VI.- CONCLUSIONES

1. El concepto de derecho, como la luz, puede – y debe – tener un carácter dual. De modo que cada dimensión conceptual, llamémosle así, tenga su estructura ontológica en dos perspectivas distintas frente al derecho: la del observador y la del participante.
2. El ECD es una forma estatal cualitativamente diferente al ED. Diferente en la medida en que el imperio de la autoridad dimite frente el imperio de la razón.

44 Chiassonni, Pierluigi, 2011, pag. 140.
45 Cfr. Alterio, Ana M., 2011.

3. La nota característica del ECD es, pues, la institucionalización de la razón, esto es, la obligación en el derecho de justificar para hacer «válidas» las decisiones legislativas y judiciales. Así, en el ECD la tan citada frase kelseniana «el derecho puede tener cualquier contenido» carece de todo sustento institucional.
4. El concepto de Derecho del positivismo jurídico normativista – que tanta influencia e importancia ha tenido, sobre todo con el influjo de dos grandes pensadores como Kelsen y Hart – debe ser superado dado que la subordinación conceptual de la dimensión correctiva a la autoritativa del Derecho de nuestro tiempo deja fuera del campo de lo jurídico diversos fenómenos importantes de la práctica judicial del ECD.
5. Un concepto bidimensional del Derecho (donde se otorgue relativa independencia a la corrección de la autoridad) permite entender como parte de «lo jurídico» esta «zona oscura» de la práctica judicial donde son aplicadas convenciones interpretativas cuya validez es meramente moral y son inaplicadas normas autoritativas por razones morales.
6. Entender como parte de nuestra idea del Derecho estás contingencias de la práctica judicial es importante para una «teoría para la práctica». En efecto, en lugar de dejar en la orfandad de su «discrecionalidad» a los jueces, el Derecho ha de brindar herramientas teóricas para que el juez resuelva los casos, cuando -dado la forma estatal de nuestro tiempo- sienta que los casos deben verse a luz de ciertas convenciones interpretativas. Es esta importancia la que se refleja en el auge actual de las modernas teorías de la argumentación jurídica.
7. No existe una «esencia del derecho». El concepto bidimensional que defiendo no busca la «naturaleza del derecho», por el contrario, pretende ser válido en la medida en que sirva para explicar las contingencias de la práctica judicial de «nuestro derecho». La renuncia al esencialismo hace que el bidemensionalismo que defendemos sea uno de carácter débil – esto frente al bidimensionalismo fuerte-esencialista de Alexy –, a la vez, esta debilididad conceptual no torna insostenible al bidimencionalismo, pues hay razones prácticas para su defensa.
8. La importancia de la obra de Dworkin radica en su lucha por una teoría que se interese por las preocupaciones de los operadores jurídicos. En efecto, él entendió que solo así, volcando el concepto de Derecho a estas contingencias donde están en juego mucho de nuestros más importantes

derechos, hemos de construir una teoria útil para la práctica que sea capaz de responder al participante sobre qué es lo que el derecho «dice» en cada cuestión. Se puede decir, pues, que todos los trabajos -entre los cuales pretende enmarcarse el mío- que pretenden construir un concepto útil para la práctica judicial (los denominados «neoconstitucionalistas» o «pospositivistas»), son descendientes y están apoyados sobre el pensamiento de Ronald Dworkin.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1975): *Introducción a la metodología de las ciencias sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- Alexy, Robert. (1994): *El concepto y validez del Derecho y otros ensayos*, Gedisa, Barcelona.
- Alexy, Robert (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Alexy, Robert (1997): *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Alexy, Robert (2009): «Los principales elementos de mi filosofía del Derecho» en *Doxa*, num 32.
- Alexy, Robert. (2010): *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México.
- Alexy, Robert. (2011): «La doble naturaleza del Derecho» en Carlos Bernal Pulido (edición de), *La doble dimensión del Derecho*, Palestra, Lima.
- Alfonso Ruiz, Miguel (1997): «Derecho y punto de vista Moral» en *Anuario de filosofía del derecho*, número 14.
- Alterio, Ana (2011): «La esfera de lo indecidible en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: Un análisis crítico» en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, número 13.
- Atienza, Manuel (2006): *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.
- Atienza, Manuel (2007): «Argumentación y constitución» en *Anuario de filosofía del derecho*, número 24.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2007). «Dejemos atrás el positivismo jurídico» en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 27.

- Bayón, Juan Carlos (2002): «Derecho, convencionalismo y controversia» en María Cristina Redondo (compilación de), *La relevancia del derecho:ensayos de filosofía jurídica, moral y política,* Gedisa, Barcelona.
- Bulygin, Eugenio (1998): «Sobre observadores y participantes» en *Doxa,* número 21.
- Bulygin, Eugenio (2009): «Mi filosofía del Derecho» en *Doxa,* número 32.
- Calsamiglia, Albert (1997): «Teoría del participante *versus* teoría general del Derecho: una aproximación» en *Anuario de filosofía del derecho,* número 14.
- Chiassonni, Pierluigi (2011): «Alexy y la doble naturaleza del Derecho: comentarios escépticos» en Carlos Bernal Pulido (edición de), *La doble dimensión del Derecho,* Palestra, Lima.
- Comanducci, Paolo (2003): "Formas de (neo)constitucionalismo", en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s),* Trotta, Madrid
- Dworkin, Ronald (1984): *Los derechos en serio,* Ariel, Barcelona.
- Dworkin, Ronald (1988): *El imperio de la justicia,* Gedisa, Barcelona.
- Dworkin, Ronald (2007): *La justicia con toga,* Marcial Pons, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi (2003): «Pasado y futuro del Estado de Derecho» en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s),* Trotta, Madrid.
- García Figueroa, Alfonso (2011): «Derecho, metafísica y naturaleza» en Carlos Bernal Pulido (edición de), *La doble dimensión del derecho,* Palestra, Lima.
- Guastini, Riccardo (2003): "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s),* Trotta, Madrid.
- Laporta, Francisco (1999): "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley", en *Doxa,* número 22.
- Raz, Joseph (2001) *Ética en el ámbito público,* Gedisa, Barcelona.
- Ródenas, Ángeles (2012) *Los intersticios del Derecho,* Marcial Pons, Madrid.
- Ruiz Manero, Juan (2014): *El legado del positivismo jurídico,* Palestra, Lima.
- Schauer, Frederick (1991): Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision- Malking in Law and in Life, Clarendon Press, Oxford.
- Zagrebelsky, Gustavo (2005): *El Derecho dúctil,* Madrid, Trotta.

CONGRESOS

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

Informe del XVII Congreso Internacional de Derecho familiar

"Las familias y los Desafios Sociales"

Mar del Plata - Argentina 2012

Nelson Reyes Ríos
Docente Principal de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: *1.- Introducción; Motivación y justificación. 2.- Carácter científico de las ponencias. 3.- Disertaciones y ponencias de mayor relevancia. 4.- Conclusiones. 5.- Declaración.*

1.- INTRODUCCIÓN: MOTIVACIÓN Y JUSTIFICACIÓN

El Congreso Internacional de Derecho Familiar, se desarrolla de manera ininterrumpida cada dos años, en diferentes países de América y Europa. El último se llevó a cabo en Mar del Plata República Argentina, en Octubre de 2012, de cuyo evento nos hemos propuesto hacer un informe. El siguiente Congreso XVIII está programado para el mes de octubre de este año 2014 en la ciudad de Hurango, México. Con toda humildad, hacemos referencia que tuvimos la suerte de asistir a casi todos los Congresos anteriores, con excepción de uno o dos que tuvieron como cede México, de los muchos que se han desarrollados en dicho país. A estos eventos concurren delegaciones de muchos países de América y Europa, profesionales, especialistas, en la materia del Derecho Familiar, y otros afines, psicólogos, antropólogos, sociólogos, asistentes sociales entre otros, quienes presentan sus ponencias, los cuales se debaten, y sobre todo, algunos países aprovechan para dar cuenta de sus futuras legislaciones, como fue el caso de El Salvador, Panamá, quienes han presentado sus proyectos del Código Familiar, que posteriormente fueron debatidos y aprobados en sus respectivos países.

Hace ya algunos años, en una Revistas de nuestra Facultad, encontré precisamente un informe de un Congreso Internacional que presentaba un profesor de nuestra Facultad, el cual me pareció interesante, no solamente por los temas presentados, sino por la oportunidad de difundir su contenido y especialmente las conclusiones, para conocimiento de los profesionales, profesores y sobre todo de los alumnos, como parte de su formación académica. Son estas, las mínimas razones que me motivaron para presentar el presente informe, que se inicia con los temas sugeridos en el último Congreso pasado, para conocimiento de nuestros lectores.

TEMARIO:

- Presente y Futuro del Derecho de Familia
- Orden Público y autonomía de la Voluntad
- Políticas Públicas y Familia
- Matrimonio Igualitario. Unión Convivencial
- Divorcio y Ruptura de Parejas
- Filiación, identidad biológica y Social
- Adopción

- Fecundación Asistida. Maternidad subrogada
- Infancia y Adolescencia
- Responsabilidades parentales
- Alimentos y familia
- Restitución internacional de Menores
- Niñez, ancianidad y discapacidad
- Violencia familiar y de género
- Trata de personas
- Salud mental y familiar
- Muerte digna
- Vivienda Patrimonio familiar y herencia
- La reforma en el Código Civil en Argentina.

2.- CARÁCTER CIENTÍFICO DE LAS PONENCIAS

Las ponencias que presentan los participantes, precisamente son revisadas por un comité científico que está conformado por personalidades de diferentes países, en esta oportunidad ejerce la presidencia, el Doctor Julián Güitrón Fuentevilla, de nacionalidad Mexicana, cuya función es aprobar de manera especial la calidad científica de las ponencias, las que son expuestas y debatidas en diferentes comisiones, como se mostrará más adelante. La mecánica establecida para las exposiciones y sustentación de las ponencias, consiste en lo siguiente: en horas de la mañana se desarrolla las exposiciones de temas generales, y por la tarde se procede a la sustentación de las ponencias. Por ello, presentamos los temas de las exposiciones y el desarrollo de algunas de ellas, así como la relación de las ponencias y el contenido de las que consideramos de mayor actualidad.

DETALLE DE DISERTACIONES
(por orden alfabético de autores)

- EL CONSTITUCIONALISMO EN EL PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO FAMILIAR.
  Prof. Dra. Yadira Alarcón Palacio (COLOMBIA) - Página 5
- EL ESTATUTO BRASILEÑO DE LA DIVERSIDAD SEXUAL.
  Prof. Dra. Berenice Díaz, María (BRASIL) - Página 17

- LOS AVANCES DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA EN MATERIA DE DERECHO DE LA PERSONA Y DE FAMILIA.
  Prof. Dr. Egea Fernández, Joan (ESPAÑA).- Página 28

- EL DERECHO DE LA IDENTIDAD Y LA FILIACIÓN.
  Prof. Dra. Maricruz Gómez de la Torre Vargas (CHILE) - Página 58

- ORDEN PÚBLICO, NATURALEZA JURÍDICA Y AUTONOMÍA DEL DERECHO FAMILIAR MEXICANO.
  Prof. Dr. Julián Guitrón Fuentevilla (MEXICO) - Página 66

- EL LUGAR DE LOS PADRES ADOLESCENTES EN EL DERECHO DE FAMILIA CONTEMPORÁNEO.
  Prof. Dra. Marisa Herrera (ARGENTINA) - Página 73

- DEMOCRACIA POLÍTICA Y PRINCIPIOS FAMILIARES: LA IGUALDAD.
  Prof. Dr. Carlos Lasarte (ESPAÑA) - Página 88

- LA LEY DEL REGISTRO CIVIL EN ESPAÑA: EL NUEVO MODELO DE REGISTRO CIVIL DEL SIGLO XXI.
  Prof. Dra. María Linacero de la Fuente (ESPAÑA) - Página 107

- ALIMENTOS Y ABUELOS: LOS ABUELOS NO SON PADRES DOS VECES!
  Prof. Dra. María Aracy Menezes da Costa (BRASIL) - Página 120

- LA EXPERIENCIA CUBANA DE LAS SALAS DE JUSTICIA FAMILIAR: VALIDACIÓN DE LA NATURALEZA SOCIAL Y EL ENFOQUE INTERDISCIPLINARIO DEL DERECHO DE FAMILIA.
  Prof. Dra. Olga Mesa Castillo (CUBA) - Página 132

- EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN FAVOR DE LOS ADULTOS MAYORES. HACIA LA PROTECCIÓN DE ESTE GRUPO VULNERABLE EN EL DERECHO FAMILIA.
  Prof. Dr. Eduardo Oliva Gómez (MÉXICO) - Página 142

- FAMILIA Y HERENCIA EN EL DERECHO CUBANO. ¿REALIDADES SINCRÓNICAS?
  Prof. Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo (CUBA) - Página 155

- AFECTO COMO ELEMENTO ESTRUCTURANTE DEL DERECHO DE FAMILIA.
  De. Ricardo Pérez Manrique (URUGUAY) - Página 183

- AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS DIVERSOS TIPOS DE FAMILIAS.
  Psof. **Josefina Sapena** (PARAGUAY) - Página 198

- LA EMPRESA FAMILIAR EN EL MARCO EUROPEO.
  Prof. Dr Michele Sesta (ITALIA) - Página 214

- LOS NIÑOS Y NIÑAS DE AYER, LOS NIÑOS Y NIÑAS DE HOY: LOS CAMBIOS ACONTECIDOS EN SUS VIDAS.
  Prof. Dr. Jorge Juan Martín Valencia Corominas (PERÚ) - Página 224

- LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE FILIACIÓN.
  Prof. Dr. Carlos Villagrasa Alcaide (ESPAÑA) - Página 231

- EFECTIVIDAD DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES.
  Prof. Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci (ARGENTINA) - Página 232

- ENTRE STATUS Y CONTRATO: MODELOS FAMILIAR Y REGIMEN PATRIMONIAL EN EUROPA.
  Profra. Dott.a Virginia Zambrano (Italia) - Página 249

- EL DERECHO DÉ FAMILIA Y LOS PARADIGMAS ACTUA-LES: "EFECTIVIDAD", "ACCESO A LA JUSTICIA" Y "DESJUDICIALIZACION".
  Prof. Dra. Dolores Loyarte (Argentina) - Página 263

PRIMERA DISERTACIÓN. Transcribimos solo la Primera Disertación, que nos parece de mucha vigencia e importancia.

EL CONSTITUCIONALISMO EN EL PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO FAMILIAR

Prof. Dra. Yadira Alarcón Palacio (Colombia)

Abogada de la Universidad del Norte, Barranquilla. Especialista en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana Bogotá. Máster Oficial en Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia y Doctora en Derecho Privado, Social y Económico de la Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesora Asociada y Editora de la Revista Vniversitas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado de la misma universidad, categoría A1 de Colciencias, al que pertenece ésta contribución.

I. Antecedentes

Con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de Colombia, no se vivía un dinamismo constitucional táctico como el de nuestros días en razón a la configuración poco constitucionalista de la Carta Política de 1886 y a preponderancia de la exégesis como modelo de interpretación de frente a circunstancia de hecho. En temas de Derecho Familiar, el concepto de familia en Colombia no es claro. Del imaginario colombiano de que nuestro modelo era el de una familia monogámica y heterosexual, hemos pasado a una inclusión de modelos que van desde el reconocimiento básico de la familia tradicional, a formas más altruistas como la familia solidaria y más novedosas en nuestro ordenamiento como la familia fundada en parejas del mismo sexo. En Colombia, como ocurrió en casi todos los países de América latina, en materia de Familia se vivió la influencia del Derecho Romano-canónico, en la forma en que este fue recibido en España. Esta situación se mantuvo durante la época de la independencia, que estuvo marcada por una transición legislativa, hasta la codificación. Con la expedición del Código Civil Colombiano, ley 57 de 1887, el matrimonio se consagró como única fuente de la familia, este código sufre su primera reforma el mismo año, con la ley 157 de 1887, destacándose el reconocimiento de plenos efectos civiles a los matrimonios católicos celebrados antes de la vigencia de la ley.

Por varias décadas el legislador no revisa la temática del matrimonio como fuente de la familia. Es hasta la expedición de la Ley 20 de 1974, por la

cual se aprueba el Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede, en el que se revisan las relaciones con la Iglesia, se traslada el conocimiento de las causas de separación matrimonial a los jueces del estado y se deroga la ley Concha. Durante toda esa época y hasta la expedición de la Ley 1 de 1976, el matrimonio en Colombia sólo permitía el divorcio *no vincular*. Esta ley establece el divorcio vincular para matrimonios civiles y lo reglamenta, y pese a posteriores reformas, el divorcio vincular del matrimonio civil se mantiene en Colombia desde entonces.

Al mismo tiempo podemos señalar que los primeros registros de reglamentación del Concubinato en Colombia también se remontan a épocas del Derecho Romano. Ya en época de independencia y por tanto de transición legislativa, la primera Ley colombiana que habló del concubinato fue la proferida el 26 de mayo de 1873, la cual constituyó el Código Civil de la Unión, adoptado por la República posteriormente, mediante la ley 57 de 1887, como se ha visto. En su texto original, el artículo 329 de la mencionada ley denominó concubina: "a *la mujer que viviera con un hombre públicamente como si fueran casados, siempre que uno y otro estuvieren solteros o fueren viudos*".

De las características del concubinato reconocido por el legislador pueden resaltarse dos aspectos: por un lado, la preponderancia del matrimonio católico, colocaba entonces en una situación de repudio a quienes vivían sin estar casados, y por otro, aún mal visto por la sociedad de entonces, se realizaban intentos de reconocimiento de derechos, pero no a todo tipo de unión, sino a aquellas constituidas por quienes no tenían impedimentos para contraer matrimonio. El desarrollo que jurisprudencialmente se le había dado a las relaciones patrimoniales de las uniones maritales de hecho en Colombia, fue considerado como insuficiente frente a la realidad del incremento de las parejas de hecho en Colombia. Reconocida la necesidad de regulación de los aspectos patrimoniales de las relaciones maritales al margen del matrimonio, el legislador de 1990, asumió la tarea de buscar una respuesta jurídica que pusiera fin a la interpretación judicial frenada por las limitaciones legales mencionadas. La ley 54 de 1990, entra en vigencia el 31 de diciembre de ese año. Justo un año en el que Colombia vive un proceso político quizás irrepetible, el movimiento estudiantil de la séptima papeleta, que abrió paso a la Asamblea Nacional Constituyente, que finalmente fue la artífice de la actual Constitución, expedida hace 20 años. Por tanto, era un momento de cambio y de futurismo.

No se explica entonces cómo el legislador de 1990, no afronta el principal problema político que presentaban las uniones maritales de hecho: *la indisolubilidad del matrimonio católico.* De una manera aparentemente valerosa, se inicia la primera regulación de las parejas de hecho en Colombia en materia civil. Pero lo cierto es que la salida, aunque Salomónica, no finiquitó el problema de las Uniones Maritales, sino quizás fue el comienzo de lo que hoy tenemos que afrontar por la posibilidad de concurrencia entre la condición de "compañero (a) permanente" y la de "cónyuge".

Le mencionada ley definió en su artículo primero la unión marital de hecho como "...la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular..." Es decir, creó el reconocimiento de parejas de hecho heterosexuales y monogámicas, con vocación de permanencia. También especificó cuál sería el trato que en adelante se les daría a quienes históricamente sufrieron la peyorativa denominación de concubinos: "Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho".

De esta forma, el legislador, por un lado regula el régimen patrimonial del tradicional concubinato, conformado por quienes no tienen entre sí impedimento legal para contraer matrimonio, y por otro, exige, lo que el régimen de indisolubilidad del matrimonio católico le permite, es decir, la disolución y liquidación de las sociedades conyugales que uno o ambos compañeros hayan tenido vigentes. El legislador, no toca el concordato de 1974 con la Santa Sede, y permite entonces la coexistencia entre la condición de casado, eso sí, sin sociedad conyugal, y la de compañero permanente, con las consecuencias que luego se harían notorias en lo concerniente al estado civil de las personas, en el delicado ámbito de la familia, núcleo fundamental de la sociedad.

II.- Cambios Introducidos *por* 3a Constitución de 1991 al régimen de parejas en Colombia.

El carácter fundamental que posee el derecho constitucional ha determinado intrínsecamente una regulación por medio de principios y valores, para conquistar aquellos límites tipificados en el marco de la simple legalidad. Des-

de esta nueva configuración, todas las determinaciones sustanciales y procesales deben estar armonizadas en este contexto constitucional, lo cual justifica la aparición de un nuevo sistema que transfigura dinámicamente el ordenamiento jurídico. El Derecho constitucional establece el diseño de un nuevo ordenamiento exaltado por una serie de postulados de justicia que permite la constitucionalización del derecho para este nuevo contenido y este nuevo carácter de la Constitución. Esto es, el carácter garantista y proteccionista que concibe la aparición de normas que giran en torno a la regulación dogmática y fundamental de la convivencia social y de los derechos fundamentales, para adaptar la legislación a un "nuevo contexto constitucional material.

El Derecho Familiar en Colombia no ha sido ajeno a estos cambios. Con la Carta Política de 1991 se Constitucionaliza la Familia como núcleo fundamental de la Sociedad. Se establece el polémico artículo 42 que consagra que *"...la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla..."*. A partir de ese postulado, que tiene su origen en la evolución de los derechos de la pareja que hemos señalado, se consagra por el Constituyente de 1991 la superación de las diferencias históricas entre la familia heterosexual solemnemente constituida y la familia heterosexual de hecho. Ambas con arraigo en la realidad colombiana. Pero una Constitución que predica la libertad de cultos, la primacía de los derechos fundamentales tales como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, tempranamente dio lugar a una innumerable serie de demandas tanto por vía de tutelas como por vía de inconstitucionalidad, que bajo el paradigma garantista y el Marco de un Estado Social de Derecho pretendían la conquista de nuevos escenarios para el desarrollo de los derechos de familia en Colombia. Pasaremos a destacar las principales sentencias que a nuestro juicio han constitucionalizado el derecho de familia en Colombia y que han forjado un escenario inimaginable para los Colombianos que vivieron el surgimiento de la carta política hace poco más de 20 años.

1. La lucha por los derechos de las parejas del mismo sexo. Intento fallido. Sentencia No. C-098/96.

En esta sentencia se atiende la demanda de inconstitucionalidad de los artículos I° y 2° de la Ley 54 de 1990. La reivindicación de los derechos de las parejas del mismo sexo se inicia en Colombia a través del ataque por vía de exclusión y por tanto

discriminación de este tipo de parejas, respecto del régimen de parejas de Unión Marital heterosexuales reconocidas por¡ el derecho. Básicamente se demanda la inconstitucionalidad de las normas demandadas porque no toman en consideración a las parejas de mujeres o de hombres que cohabitan de manera estable y permanente y, por este motivo, se produce una discriminación que viola los artículos 1,13,16,18 y 21.de la C.J. La Posición doctrinal de la Corte es negatoria, bajo los argumentos de que la unión marital de hecho corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la que no se crea sólo en virtud del matrimonio. Sostiene la Corte que la unión libre de hombre y mujer, "aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales", debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar. Se admite que la definición y las presunciones que contiene la ley, en efecto, circunscriben la unión material de hecho a las parejas formadas entre un hombre y una mujer, vale decir, se excluyen las parejas homosexuales. Pero se defiende que el alcance de la definición legal de unión marital de hecho, reivindica y protege un grupo anteriormente discriminado, lo cual no crea un privilegio que resulte constitucionalmente censurable. La Corte enfatiza en que según la Constitución "la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades" y las "relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja": Además que los derechos patrimoniales que la ley reconoce a quienes conforman la unión marital de hecho, responde a una concepción de equidad en la distribución de los beneficios y cargas que de ella se derivan. A cada miembro se reconoce lo que en justicia le pertenece. Y que el hecho de que la misma regla no se aplique a las uniones homosexuales, no autoriza considerar que se haya consagrado un privilegio odioso. Se ven por tanto truncados los intereses de éste colectivo.

2. Un primer logro en sede patrimonial 11 años después. Sentencia No. *C-075/07.*

Pese a la negativa de la alta magistratura, en el fallo de 1996 se dejaron fijadas bases que permitían pensar que era posible un nuevo intento en la lucha contra la inclusión de las parejas homosexuales en la normativa de Uniones Maritales de Hecho en Colombia, así fue como por vía de la modificación parcial de la norma mediante Ley 979 de 2005, por efectos de descongestión judicial, que no de fondo en la ley, se Inicia un segundo intento contra la constitucionalidad de los artículos 1 y 2, parciales, de la Ley 54 de 1990. En la sentencia C-075/07, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la ley 979 de 2005, sobreentendiendo que el régimen de protección en ellas consignadas se aplica también a las parejas homosexuales. Es decir, la Corte decidió hacerles extensivo el régimen de la sociedad patrimonial de hecho, atribuible a las parejas heterosexuales que conviven sin que sus miembros estén casados entre sí.

En esta ocasión la Corte salvando la Cosa Juzgada, estableció que la norma acusada es contraria al derecho a la dignidad humana y desconoce el derecho de asociación. Supuso un cambio en el referente normativo sobre materias relevantes, un cambio en el bloque de constitucionalidad y a un cambio, también, en la percepción de la sociedad colombiana frente a la comunidad homosexual. Señaló que en principio es posible señalar que se pueda brindar protección patrimonial a quienes han decidido conformar una pareja como proyecto de vida permanente, y singular, pero que ello entra en el ámbito de configuración legislativa, porque no hay una fórmula única que resulte obligada conforme a la Constitución para ese efecto y la protección requerida puede obtenerse por distintos caminos. Sin embargo, resaltó que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. En ese escenario, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual fue interpretada como lesiva de la dignidad de la persona humana, contrario al derecho al libre desarrollo de la personalidad y que comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución. A partir de allí la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado.

3. La fracasada búsqueda del reconocimiento de condición de familia. Solicitud de inclusión en normas de adopción. Sentencia No. C-814 /01

Mediante demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 89 y 90 (parciales) del Decreto Ley 2737 de 1989, el ya derogado "Código del Menor" de Colombia, se intenta el reconocimiento como familia de las parejas homosexuales. Los cargos contra el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989 fueron por la exigencia de una *idoneidad moral* suficiente para adoptar y contra el artículo 90 del Decreto 2737 de 1989 se demanda la prohibición de adoptar de las parejas del mismo sexo. Desde entonces, la Procuraduría General de la Nación, empezó a mostrar su postura conservadora frente a la temática, y sostuvo que la expedición de un fallo modulativo que conceda a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar menores, no sería permitido en cuanto a que la norma no presentaba dificultades interpretativas, pero además implicaría en su concepto la usurpación de funciones legislativas por parte del tribunal constitucional y el quebrantamiento de las normas superiores sobre la organización del Estado democrático. La Corte en su análisis repasa algunas de sus sentencias referidas a la moral social tal como la C-224 de 1994, en la que se define el concepto de moral social como "la que prevalece en cada pueblo en su

propia circunstancia", añadiendo que "entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social". Así mismo hizo alusión a lo dispuesto en la sentencia C-404 de 1998 *"La exigencia de idoneidad moral hecha por el artículo 89 del Código del Menor a quienes pretenden adoptar, no desconoce la Constitución, bajo el entendido de que dicha exigencia debe entenderse como referida a la noción de moral social* o *moral pública, en los términos anteriormente comentados, y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno ético, a los que el juez pudiera estar en libertad de acudir según sus personales convicciones, para definir la suficiencia moral del solicitante".*

Pero este fallo en Colombia se constituye en uno de los más debatidos actualmente, pese a que en su momento no sorprendió, en él se establece de manera categórica por la Corte Constitucional Colombiana, que la Familia tiene una naturaleza heterosexual y monogámica. Se dice que la Interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere inequívocamente la expresión *"por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla."* Pero si esta Interpretación exegética no se considerara suficiente, la histórica corrobora la conclusión expuesta. Para ello se apoya además en las actas correspondientes a los antecedentes de la norma en la Asamblea Nacional Constituyente. De todo lo anterior la Corte concluye que la voluntad explícita del constituyente fue determinar la protección especial a que alude el segundo parágrafo del artículo 42 de la Constitución, para aquellas familias constituidas a partir de la unión matrimonial o de la unión libre entre un hombre y una mujer, y que la expresión superior contenida en el artículo 42 relativa a la voluntad libre de conformar la familia, se vincula a la familia heterosexual.

La Corte sienta la regla de la no discriminación por sexo, aseverando que la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; sin embargo, defiende que existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; afirma que en esa medida corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento y que toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente" .

4. Reconocimiento del DEFICIT DE PROTECCION-Configuración por ausencia de previsión legal para aplicación de ventajas *o* beneficios a parejas del mismo sexo. Sentencia No. C-029/09.

Después de reiterados fallos ya por vía de tutela, ya por vía de inconstitucionalidad, en los que paulatinamente se venían reconociendo derechos a las parejas del mismo sexo, la corte constitucional colombiana, sentando lo que la caracterizaría como una corte heterodoxa, sienta las bases de su doctrina constitucional respecto a las tres excepciones al alcance de la cosa juzgada constitucional absoluta: la cosa juzgada relativa implícita, la cosa juzgada aparente y la modificación histórica de los presupuestos fácticos del control de constitucionalidad, denominada por la jurisprudencia como la doctrina de la Constitución viviente. Sobre este último presupuesto, la Corte ha señalado que se trata de una posibilidad, en todo caso excepcionalísima, de someter nuevamente a análisis de constitucionalidad disposiciones sobre las cuales existe un pronunciamiento de exsequibilidad, en la que dicha opción concurre cuando en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma.

En esa medida sostiene que la pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, y, en ese contexto, la diferencia de trato para parejas que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de igualdad y, del mismo modo, la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, puede da lugar, a un déficit de protección contrario la Constitución, en la medida en que desconoce un imperativo superior conforme al cual, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe contemplar un mínimo de protección para ciertos sujetos, mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y derechos superiores, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad.

Es así como se aplica en Colombia en un fallo histórico en el 2009 la teoría del déficit de protección en más de 40 normas de diversa índole, tales como en el derecho de alimentos; a la vivienda familiar; a la nacionalidad por adopción a parejas homosexuales; a la aplicación de la normativa especial de residencia en el depar-

tamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; al principio de no incriminación; se les dio extensión de su garantía en procesos de carácter penal, penal militar y disciplinario; la aplicación de las circunstancias de agravación punitiva; la aplicación del delito de inasistencia alimentaria; la aplicación del régimen de guardas; la aplicación del delito de malversación y dilapidación de bienes de familiares; la aplicación de la ley de violencia intrafamiliar, la de amenazas a testigos; el derecho a la verdad, justicia y reparación; las medidas de protección a víctimas de secuestro; la curaduría de bienes de secuestrado; el régimen especial de salud de las fuerzas militares y policía nacional: el régimen especial de salud de las fuerzas militares y policía nacional; el régimen pensión al de las fuerzas militares y de policía; el subsidio familiar- -beneficiarios del subsidio familiar de vivienda, accidentes de tránsito-beneficiarios de las indemnizaciones del soat/ parejas homosexuales-inclusión como beneficiarios de indemnizaciones del soat, acceso y ejercicio de función pública-medidas de restricción/acceso y ejercicio de función pública-criterio en que se funda establecimiento de limitaciones y gravámenes/acceso y ejercicio de función pública-medidas de restricción aplicables a compañeros permanentes resultan asimilables a parejas homosexuales/régimen de inhabilidades e incompatibilidades-extensivo a integrantes de parejas homosexuales/impedimentos y recusaciones-causales se extienden a integrantes de parejas homosexuales

5. El logro del reconocimiento de la condición de familia. La confusión en el futuro del matrimonio de las parejas del mismo sexo en Colombia. Sentencia C-577/11.

La sentencia C-577/11 parte de reconocer que la familia, además de un grupo social constitucionalmente reconocido y protegido, es a su vez un derecho, que por ejemplo el artículo 44 C.R reconoce con condición iusfundamental a favor de los niños y niñas. Ese carácter significa que la exclusión del reconocimiento de un grupo humano ligado con lazos de solidaridad y ayuda mutua como familia, solo podía estar mediado por razones imperiosas, de modo que concurren fuertes limitaciones hacia el legislador para otorgar tratamientos diferenciados. En términos del fallo, la ley no es omnímoda en lo que respecta al otorgamiento de la posición jurídica de "familia", puesto que concurren límites de razonabilidad y protección de derechos fundamentales, que obligan a que solo en casos supletorios el Estado deba hacer uso de su poder de intervención en el ámbito de las relaciones familiares.

Solo entonces, a partir de consideraciones de esta naturaleza y luego de la recapitulación de la jurisprudencia sobre la materia, la sentencia encontró que a pesar que la Corte había identificado que respecto de las parejas del mismo sexo existía un recurrente déficit de protección, que había sido solucionado mediante sentencias aditivas que extendían derechos y demás posiciones jurídicas a su favor, estos fallos

habían prescindido de hacer referencia a las modalidades de familia constitucionalmente protegida y, en especial, si ese déficit de protección debía resolverse a través de la inclusión de la pareja del mismo sexo dentro del concepto de familia previsto en la Constitución y con esto elevando a grada constitucional su relacional familiar.

Asumida esta problemática por la sentencia C-577/11, se llegó a la conclusión que las parejas del mismo sexo son una forma constitutiva de familia y, en consecuencia, adquieren la protección y reconocimiento que la Constitución y la ley confiere a esa institución. Al respecto, el fallo planteó los argumentos siguientes para sustentar esos razonamientos apelando a los fundamentos del Neoconstitucionalísmo Ideológico, los cuales fueron:

- Considerar que el concepto de familia responde a realidades sociológicas heterogéneas, todas ellas partícipes del criterio voluntario contenido en el artículo 42 C.P para su Constitución. Así, son especies de ese género, y por ende receptoras del reconocimiento y protección constitucional, los diferentes tipos de familia, bien sea monoparental, biparental; biológica o adoptiva, e Incluso aquella conformada por personas con parentescos lejanos o generada por la loable decisión de otorgar protección desinteresada a otros, como sucede con la denominada familia de crianza.

- Considerar que la lectura de la Constitución que asimila el concepto de familia a la derivada de la unión entre hombre y mujer es abiertamente equivocada. Ello debido a que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 42 C.P, el vínculo familiar se logra a partir de diversas situaciones de hecho, entre ellas la libre voluntad de conformar la familia, al margen del sexo o la orientación de sus integrantes.

- Que la heterosexualidad o la diferencia de sexo entre la pareja, e incluso la existencia de una, no es un aspecto definitorio de la familia, ni menos un requisito para su reconocimiento constitucional. De forma que de conformidad a la sentencia C-577/11, el ámbito de protección superior de las relaciones familiares se circunscribe a las distintas opciones de conformación biológica o social de la misma, dentro de la cual se incorporan en modelos monoparentales o biparentales, o la derivada de simples relaciones de "crianza". Por lo que la existencia de una pareja no es consustancial a la institución familiar, tampoco puede serlo la orientación sexual de sus integrantes.

Así las cosas, la familia constitucionalmente protegida es aquella que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, al igual que por la simple voluntad de confor-

maria. En ese sentido, la nota característica de esta institución es la concurrencia de una relación de solidaridad y ayuda mutua, en la que aspectos como el parentesco o la conformación de parejas son rasgos que pueden concurrir o no. Como esas calidades efectivamente se verifican en la pareja del mismo sexo, no existe ninguna razón constitucionalmente relevante para dejar de reconocerlas como familia. Incluso, negar ese carácter es una discriminación injustificada, contraria a los derechos fundamentales de sus Integrantes. Se Impone, en consecuencia, una conclusión unívoca sobre la materia analizada: la pareja del mismo sexo, entendida como comunidad de vida estable y singular, es una modalidad de familia constitucionalmente protegida. Por lo tanto es titular de las prerrogativas, derechos y deberes que la Constitución y la ley le reconocen a la familia, en tanto núcleo fundamental de la sociedad.

La Corte se ha referido a ello indicando que la familia en su conformación resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de sus miembros", de manera que "la fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familia". El "carácter maleable de la familia" se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia "de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales", pues, en razón de la variedad, "la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados", por lo que "no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia".

Sin embargo, la Corte no asume su postura tradicional de resolver de fondo, sino que opta por exhortar al Congreso de la República, bajo el argumento de propiciar la colaboración entre la Corte y el órgano representativo por excelencia y en procura de garantizar la atención de los derechos de los asociados, para que dado que el déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas. De no hacerlo, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

6. Finalmente el corazón patrimonial. Porción Conyugal y Derecho hereditario. Sentencias No. C-283/11 y Sentencia No. C-238/12.

Una vez más la Corte Constitucional colombiana, con base en su forma flexible de interpretación, supera la cosa juzgada constitucional, pues en materia de porción conyugal ya había realizado un estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad de varios de los artículos que pasa en 2011 a volver a revisar. Las razones esgrimidas por la alta corporación son dos. en primer lugar, sostiene que su decisión adoptada se basó exclusivamente en una comparación de la forma cómo surgen a la vida jurídica las instituciones del matrimonio y la unión marital de hecho y las normas a las que se sujetan, pero en ella se omitió un análisis finalístico de la institución de la "porción conyugal" en estos dos escenarios; y en segundo lugar, por lo que tiene que ver con lo que la jurisprudencia ha denominado cambio del contexto normativo, concepto que hace referencia a los cambios que se presentan en la sociedad de los cuales debe ser consciente el juez constitucional para efectuar un nuevo análisis sobre normas que fueron consideradas exequibles en un tiempo pero que a la luz de la nueva realidad pueden no serlo. Todo ello se justifica para la Corte entonces, en que para el momento en que se dictó la regulación sobre porción conyugal no existía el deber para el legislador de desarrollar el artículo 13 constitucional actual, lo cual en su concepto no nos ubica ante una omisión legislativa: además afirma que tampoco se puede alegar que se profirió una regulación incompleta o insuficiente, pues no existiendo la obligación por parte del legislador de regular una consecuencia jurídica en relación con los compañeros permanentes, pues no eran reconocidos constitucionalmente como sujetos de una protección similar a la de los miembros de un contrato matrimonial: la Corte encuentra una Inconstitucionalidad sobreviviente en relación con lo normado en los artículos 5,13 y 42 de la Carta, que la obligó a un pronunciamiento que eliminara dicho tratamiento discriminatorio. La Corte retoma el alcance de la porción conyugal, como aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia, asignación que no es a título de heredero, pues su condición jurídica es diversa de la de éste, y que más que una prestación de carácter alimenticio basada en un criterio de necesidad, es una figura de naturaleza compensatoria, para afectar el patrimonio del causante a través de una asignación forzosa que le permite al supérstite contar con un patrimonio adecuado teniendo como referente el patrimonio del cónyuge fallecido. Es una especie de crédito a cargo de la sucesión.

La Corte estableció que no existe ninguna razón objetiva ni razonable que justifique que para acceder a la "porción conyugal", el requisito esencial sea el vínculo matrimonial, pues hoy, la libertad de autodeterminación reconocida a todos los indivi-

duos y que expresamente la Constitución Colombiana reconoce, permite sostener que la diferencia de trato en lo que hace al reconocimiento de esta garantía patrimonial para el supérstite sea cónyuge o compañero y/o compañera permanente, resulta contraria al artículo 13 constitucional, donde la diferencia de trato proviene de la naturaleza del vínculo con que dos personas han decidido compartir y hacer realizable su proyecto de vida, esta figura tiene su fundamento no en el contrato de matrimonio sino en la necesidad de proteger al miembro de la relación que después de una convivencia fundada en el apoyo y las renuncias mutuas, queda con un patrimonio inferior al de aquel que falleció y que le permite optar por participar en él.

Pese a tal declaratoria de igualdad, la Corte no aborda la problemática de fondo que se torna compleja, pues en Colombia existe la posibilidad de concurrencia entre la unión de hecho y el matrimonio. La Corte Suprema de Justicia ha admitido la posibilidad de que concurran los estados civiles de compañero permanente con el de cónyuge, más no el de sociedad conyugal con la sociedad patrimonial, hecho que obligará a que se interprete la ley para que este derecho se comparta, tal como la jurisprudencia lo ha admitido frente a la pensión de sobrevivientes y a los alimentos entre el cónyuge y el compañero permanente. Lo cual genera gran dificultad al operador jurídico. Por lo menos nos encontramos frente a varios escenarios, ninguno de ellos que ofrezca un panorama que se vislumbre como justo. En primer lugar, cuando el cónyuge opta por la denominada porción conyugal, en los términos del artículo 1236 del Código Civil, el cónyuge sobreviviente recibe "...la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes, pues habiendo descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima-rigurosa de un hijo; es decir, si hay hijos, el cónyuge sobreviviente recibe por concepto de porción conyugal lo mismo que recibiría uno de ellos, si no hay descendientes, recibe la cuarta parte de la masa herencial. En ese orden de ideas una primera aproximación cuantitativa nos llevaría a considerar que dada la posibilidad de concurrencia entre cónyuge y compañero o compañero, cada uno o una tendrán derecho a la legítima rigurosa de un hijo, por tanto disminuiría la asignación forzosa de los hijos; esta solución no se presenta como probable; por tanto podría considerarse como una segunda opción, la repartición entre ambos de la porción que se le otorgaría tradicionalmente a uno de ellos, pero aun así no quedaría claro si el derecho sería equitativo por partes iguales o teniendo en cuenta postulados realizados en el marco de derechos derivados de la seguridad social, procedería la repartición proporcional al tiempo convivido o el desplazamiento del último conviviente con el causante de quien a pesar de conservar el estado de cónyuge hubiere cesado en la cohabitación.

Con ello queda claro, que la concurrencia desvirtúa al menos el espíritu originario del legislador y que en la actualidad por virtud de la interpretación teleológica, el

modelo actual apunta a la pluralidad de relaciones de pareja respecto de un mismo sujeto, amparadas ambas en el marco de aplicación de la Constitución de 1991.

Por último, la sentencia C-238/12, extiende los derechos hereditarios a los compañeros permanentes del mismo o de diferente sexo, para subsanar una omisión legislativa relativa. La Corte sostiene que el reconocer el derecho de suceder, en los respectivos órdenes, solo a quien en vida haya estado unido con el causante en virtud del vínculo matrimonial se priva de esa concreta medida, de innegable base familiar, a la unión marital que, según se ha visto, comparte con el matrimonio el efecto de dar lugar a una familia y desde luego al compañero o compañera permanente que en vida del fallecido conformó con él una familia de hecho. Para el alto tribunal el silencio del legislador deviene, entonces, en una omisión relativa inconstitucional, en razón de ampliación del ámbito de protección de la familia en la Constitución de 1991, ampliación que torna insuficiente la previsión de la vocación hereditaria únicamente como derecho del cónyuge que sobrevive al causante con quien celebró el contrato de matrimonio. En su interpretación se evidencia el déficit de protección que se evidencia carece de justificación objetiva y razonable, ya que, la pauta organizativa de los distintos ordenes hereditarios y de la vocación sucesoral no es el contrato del matrimonio, sino la familia, concepto en el cual está comprendida la que surge de la unión marital de hecho.

Se puede entonces concluir que la Corte ha reconocido que los miembros de la pareja homosexual que conviven en forma permanente forman una familia, porque en sus palabras, el elemento que confiere identidad a la familia no es la *heterosexualidad* o *la consanguinidad, sino el afecto que da lugar a su existencia, fundada en "el amor, el respeto* y *la solidaridad"* y en la conformación de una *"unidad de vida* o *de destino que liga íntegramente a sus miembros e integrantes más próximos.*

PONENCIAS EN LAS DIFERENTES COMISIONES

TEMAS Y AUTORES

COMISIÓN AI (SALA COLÓN. DÍA 23.10.12, 15 horas). FAMILIA, PERSONAS Y GRUPOS VULNERABLES, VIOLENCIA Y DERECHOS HUMANOS

Presidente de Comisión: Dra. Birmania Sánchez Camocho.

1. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE SALUD MENTAL EN LA VEJEZ. SU IMPACTO EN EL DERECHO DE FAMILIA. PERSPECTIVA EN EL DERECHO PROYECTADO.
   DRA. ROSANA GABRIELA DI TUMO BUDASSI (Argentina)

2. EL ROL DEL DERECHO ANTE LAS PERSONAS VULNERABLES.
   DRA. JUANA ISABEL FERNÁNDEZ BALFHOR (Argentina)

3. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. LA FAMILIA, LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS ANCIANOS Y EL DERECHO A LA VIVIENDA.

4. LA CDPD: UNA NUEVA MIRADA EN TORNO A LAS PERSONAS CON DISCAPA-.CIDAD. HACIA UN SISTEMA COMPLEMENTARIO DE APOYOS GARANTISTA Y PROTECTOR
   DRES. MARÍA BELÉN MIGNON Y GABRIEL TAVIP (Argentina)

5. EFECTIVIDAD DE LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
   DRA. SONIA CRISTINA SEBA Y LIC. OMAR JAVIER AUGUSTO (Argentina)

6. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y EL DERECHO DE LOS ADULTOS vs EL DERECHO DE LOS NIÑOS.
   DRA. MÓNICA LUBERTINO (Argentina)

7. LAS PERSONAS VULNERABLES, LA SOCIEDAD, EL ESTADO Y EL DERECHO.
   DRA. CLAUDIA SILVIA ETCHEGOYEN (Argentina)

8. EL APOYO FAMILIAR: LOS DISCAPACITADOS ANTE LA MUERTE DEL CUIDADOR Y/O QUIEN PROVEÍA A SUS NECESIDADES.
   DRAS. OLGA ORLANDI Y SUSANA VERPLAETSE (Argentina)

9. LA FAMILIA Y LA POLITICA EN EL PERÚ DR. NELSON REYES RIOS (Perú)

10. CONTROL DE LA INTERNACIÓN GERIÁTRICA.
    DRAS. PATRICIA F. MARTÍN Y MARÍA LAURA FOLGAR (Argentina)

11. MODOS DE IMPLEMENTAR Y GARANTIZAR LA VIGENCIA LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LAS MEDIDAS DE AUTOPROTECCIÓN DE LOS ADULTOS MAYORES VULNERABLES.
    DRA. NÉUDA WALLACE (Argentina)

12. EL ROL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y EL DERECHO ANTE LAS PERSONAS VULNERABLES.
    DRA. NORMA H. JUANES (Argentina)

13. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL FOMENTO DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE FINANCIACIÓN PRIVADA DE LA DEPENDENCIA EN ESPAÑA.
    DRA. MARÍA DEL MAR HERAS HERNÁNDEZ (España)

14. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. LA CONDICIÓN DE MUJER EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.
    DRA. ISABEL MIRALLES GONZÁLEZ (España)

15. POSICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO CIVIL CHILENO.
    Dra. Susan Saelzer Tumer (Chile)

16. EL PREDOMINIO DE LAS CUIDADORAS FAMILIARES EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA DEPENDENCIA EN ESPAÑA.
    DRA. LUISA MOLERO MORAÑÓN (España)

17. LA PERSPECTIVA DE GENERO ES UN DEBER DE EQUIDAD.
18. LOS ADULTOS MAYORES Y EL DERECHO DE FAMILIA.
    DRA. MARÍA CRISTINA PLOVANICH (Argentina)

19. SITUACION DE VULNERABILIDAD DE ADOLESCENTES MAYORES DE EDAD "INSTITUCIONALIZADOS" CON PADECIMIENTOS DE SALUD MENTAL.
    DRA. SILVANA BASSO (Argentina)

20. ANCIANIDAD. ABANDONO-VIOLENCIA.
    DRA. MARÍA INÉS BARRIONUEVO (Argentina)

21. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS EN COLOMBIA, ENTRE LA REALIDAD Y LA FICCIÓN
    DR. VALMIRO SOBRINO OLIVEROS (Colombia)

22. LOS ADULTOS Y EL DERECHO DE FAMILIA
    DRAS. MARIANA E. HOLLWECIC Y LUCILA I. CÓRDOBA (Argentina)

PRINCIPALES CONCLUSIONES:

CONCLUSIONES FINALES DE LAS PONENCIA PRESENTADAS EN LAS COMISIONES DEL XVII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO FAMILIAR

COMISION A-1 (FAMILIAS, PERSONAS Y GRUPOS VULNERABLES. VIOLENCIAS Y DERECHOS HUMANOS)

1) Se recomienda que en aquellos países que carezcan aún de un amparo legal y resguardo jurídico para personas en situación de vulnerabilidad, o que aún no hubieran implementado políticas que permitan el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad, dentro de sus distintos grados de capacidades, se

inste a legislar, reglamentar y promover políticas tanto en el ámbito público como en el privado, con el objeto de de garantizar la tutela de los derechos humanos de aquéllas, tanto en relación con los derechos civiles como con los económicos-sociales y culturales. Ello, fin de lograr que en la práctica, las garantías ya contempladas a su favor, tanto en la normativa internacional como en la nacional, sean efectivizadas de manera concreta, evitando un resultado inverso al que se pretende proteger.

COMISIÓN A2 (FAMILIA, PERSONAS Y GRUPOS VULNERABLES. VIOLENCIA Y DERECHOS HUMANOS)

1) Todas las decisiones que se adopten ya sean judiciales, administrativas, legislativas y de cualquier otra índole , para las mujeres y los niños, niñas y adolescentes, víctimas de cualquier tipo de violencias, de trata, de explotación sexual y de delitos, o aquellas decisiones que los tengan como testigos, deben basarse en los paradigmas de la no discriminación y de la igualdad real - tal como ocurre, por ejemplo, en el Proyecto de Reformas al Código Civil argentino, en clave con los Tratados Internacionales de DDHH incorporados a la Constitución Nacional argentina, y la normativa del sistema internacional de derechos humanos.

COMISIÓN B (LA FAMILIA Y EL DERECHO EN UN MUNDO GLOBALIZADO)

1) Se considera necesario aceptar ciertos matices en el funcionamiento del orden público internacional en las relaciones de familia, el que debe amenizar con las expectativas de las partes.
2) Se propicia la consagración de cláusulas especiales en materias en las que se encuentran involucrados partes esencialmente débiles – v gr., como los niños y adolescentes- favoreciendo la inserción en la República Argentina de sus emplazamientos filiales y de otros institutos de protección constituidos en el extranjero, respetando en este último caso sus efectos propios y, en todos los casos, dando al orden público internacional un contenido limitado a su núcleo duro integrado por aquellos principios que favorecen su interés superior.

COMISION C (BIOETICA Y FAMILIA)

2) Se recomienda tener en cuenta que el derecho es evolutivo: una situación

que no ha sido contemplada por la norma - porque a la época de su sanción no existía tácticamente- admite una regulación posterior cuando una nueva situación aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades, dando respuestas que mejor satisfagan el cumplimiento y desarrollo de los derechos humanos.

COMISIÓN D1 (LA FAMILIA Y LAS FAMILIAS EN EL SIGLO XXI).

1) Se reconoce el valor de las normas jurídicas de índole positiva, basadas y sustentadas en los tratados internacionales sobre derechos humanos individuales, que tipificación y reglamentan lo que doctrinariamente se ha dado en llamar como "nuevos tipos y formas de familia", diversos, aunque sin excluir el elásico modelo de conformación familiar propio de la sociedad europeo-americana.
2) Se reconoce en tal sentido, que el fundamento de "la naturaleza" ha dejado lugar al de "la autonomía de la voluntad" de las personas en su conformación familiar, postulando como lo esencialmente constitutivo de este cuerpo social (familia), la afectividad y el deseo de sus miembros de integrarlo.

COMISIÓN D2 (LA FAMILIA Y LAS FAMILIAS EN EL SIGLO XXI)

1) Los Estados deben reconocer todas las formas de relaciones familiares, tomando la realidad social a fin de salvaguardar el concepto de democratización de las familias. Respecto de la familia ensamblada -que implica la coexistencia o simultaneidad de vínculos parentales-, sin sustituir al progenitor biológico, se reconoce la figura del padre/madre afín, incluyéndose la regulación del deber de cooperación en la formación del hijo, la delegación y el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental cuando el padre/madre biológico está ausente, es discapaz o tiene capacidad restringida y la posibilidad de que el padre/madre afín, en determinadas circunstancias preste alimentos, aún luego de la ruptura de la pareja.
2) Como consecuencia de las diversas aristas problemáticas que la inmigración plantea al Derecho de Familia, se recomienda la regulación expresa del matrimonio de conveniencia o matrimonio por complacencia, a fin de abordar los efectos del acto simulado.

COMISIÓN D2 (LA FAMILIA Y LAS FAMILIAS EN EL SIGLO XXI)

1) Los Estados deben reconocer todas las formas de relaciones familiares, tomando la realidad social a fin de salvaguardar el concepto de de-

mocratización de las familias. Respecto de la familia ensamblada -que implica la coexistencia o simultaneidad de vínculos parentales-, sin sustituir al progenitor biológico, se reconoce la figura del padre/madre afín, incluyéndose la regulación del deber de cooperación en la formación del hijo, la delegación y el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental cuando el padre/madre biológico está ausente, es discapaz o tiene capacidad restringida y la posibilidad de que el padre/madre afín, en determinadas circunstancias preste alimentos, aún luego de la ruptura de la pareja.
2) Como consecuencia de las diversas aristas problemáticas que la inmigración plantea al Derecho de Familia, se recomienda la regulación expresa del matrimonio de conveniencia o matrimonio por complacencia, a fin de abordar los efectos del acto simulado.

COMISION E (DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO DE NIÑEZ).

1) Se propone como regla, el ejercicio de la responsabilidad parental compartida, en beneficio de los hijos menores de edad y dirigido a la adquisición de las aptitudes y habilidades de éstos de manera progresiva. Ello, porque se reconoce a ambos progenitores equilibradas posibilidades para ejercer el cuidado de sus hijos, fomentando una paternidad y maternidad responsables y participativas.

COMISION G (FAMILIA Y PATRIMONIO)

1) A los fines de salvaguardar debidamente los derechos de terceros acreedores y herederos, se recomienda legislar sobre la libertad de contratar de los cónyuges entre sí; ello, sin perder de vista la realidad socio cultural de cada Estado en particular, y el impacto que traería aparejado tal normativa.
2) En atención a su incidencia en las economías nacionales y regionales, se recomienda la implementación y desarrollo de políticas públicas que impulsen y fortalezcan a las Empresas Familiares.

DECLARACIÓN DE MAR DEL PLATA":

"Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Familias"

a. Considerando el conjunto de intenciones y reconocimientos expresos efectuados por Declaraciones, Tratados y Convenciones internacionales sobre Derechos Humanos, que se asientan en la dignidad y el valor de la persona humana, y favorecen el respeto y la protección de las familias.

b. Aceptando que esas declaraciones y pactos internacionales han logrado la "humanización" del derecho privado y, en particular, del derecho de familia y sus normas, favoreciendo la universalización y la constitucionalización del derecho familiar.
c. Instando a los países y comunidades del mundo que aun no han efectuado la ratificación de declaraciones, tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, para que los suscriban e incorporen a sus legislaciones internas, como instrumentos de garantía y protección a todos los seres humanos por igual.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

XV CONGRESO DE DERECHO ROMANO

XVIII IBERO – AMERICANO DE DERECHO ROMANO

PODER Y DERECHO

14, 15 y 16 de Febrero de 2013
Lisboa y Evora, Portugal
UNIVERSIDAD DE LISBOA

Eduardo Vera Cruz Pinto
Decano de la Facultad de Derecho de Lisboa - Portugal

El Congreso reunió a 66 maestros de Derecho Romano de América y de Europa en la sede de la Universidad de Lisboa Portugal y tuvo lugar en dos ciudades: Lisboa y Evora.

Los debates del primer día se desarrollaron en la Universidad de Lisboa, el segundo día en la Municipalidad de la ciudad de Evora y el tercer día en la Universidad de Lisboa que coincidió con las solemnes celebraciones del centenario de la Facultad de Derecho.

Muchos de los estudios trataron la autoridad de la jurisprudencia a través de la aequitas, es decir, el ejercicio del poder político que depende de la acción coercitiva de los tribunales, mediante las sentencias de los jueces del Estado.

También se estudiaron las leyes fundamentales y las Constituciones en la evolución histórica del Derecho, así como el derecho –ius- o las "reglas jurídicas".

Igualmente se analizó casos de burocratización de la justicia y las diferencias entre los Estados de Derecho y los Estados totalitarios, presentando casuística del Derecho como instrumento de Justicia. Estuvo presente, asimismo, el estudio del poder que ejercen las empresas transnacionales que con su poder económico avanzan más allá de las normas del derecho y de los idiomas de las naciones, imponiendo marcas y nuevas formas de consumo que amenazan muchos aspectos de la sobre vivencia y la defensa del ambiente y de la vida sostenible.

El profesor de la Universidad de Coimbra Justo Santos disertó sobre la "Responsabilidad Civil del Juez en el Derecho Romano- Breve referencia al Derecho Portugués".

El profesor de la Universidad de Burgos. Alfonso Murillo Villar presentó la ponencia: "El llamamiento sucesorio a favor del Estado en ausencia de herederos de Roma a la actualidad".

El maestro de la Universidad de la Amazonía, André Augusto Malcher Meira agradeció el homenaje tributado a su padre, el jurista de Brasil Silvio Meira, autor de varios libros de Derecho y biógrafo de los grandes juristas, autores de Códigos de Brasil, como los notables juristas: Clovis Bevilaqua y Texeira de Freitas.

La profesora brasileña Silvia Alves explicó el Rapto de las Sabinas y casos parecidos en el mundo, en su trabajo: "Um olhar sobre a situacao jurídica das mulheres na sociedade Romana e atual: Poderes e Direitos".

Santiago Castá, profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, expuso sobre: "Agripa y Augusto, Poder, Imperium maius y problema sucesorio en el contexto de las tensiones República – Principado"

La profesora de la Universidad de Piura, Rosario de la Fuente y Hontañón presentó el trabajo: "Ocupatio, Usurpatio, Adsignatio, una semejanza entre el régimen minero imperial y el de la América Española".

La maestra de la Universidad de Almería Rosalía Rodríguez López desarrolló la conferencia sobre: "Teoría Política en los Specula Principis Protobizantinos", que incluye el capítulo: "El Poder y "el Arte de Gobernar"".

El profesor Luis Antúnez y Villegas se refirió al: "Poder y Juridicidad"

Carmen Meza Ingar, Directora de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, presentó el trabajo de Investigación titulado: "El poder y el derecho frente a las desigualdades de la persona".

Fue un encuentro científico que nos llevó por temas de dos mil años de antigüedad del Derecho, en Universidades con gran tecnología como la de Lisboa y en ambientes de historia como la ciudad de Evora que tiene los vestigios del Templo de Diana, de la época de los romanos.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

PRIMER CONGRESO REGIONAL INTERNACIONAL DE FIDA EN AMÉRICA LATINA

Del 28 de febrero al 4 de marzo de 2013

SANTIAGO DE CALI - COLOMBIA

Angela Cuevas de Dolmestch
Jurista Colombiana de la Universidad de Cali

La Federación Internacional de Abogadas, FIDA, que tiene sede en New York, organizó el Primer Congreso Regional Internacional en América del Sur, en la hermosa ciudad de Cali, Colombia, nominada oficialmente Santiago de Cali por haber sido fundada por Sebastián Benalcázar el día de su santo patrón, el 25 de julio de 1536, siendo una de las más antiguas ciudades de América y capital del Departamento del Valle del Cauca. Nótese que Cali es un año menor que Lima, capital del Perú.

Asimismo Cali es la tercera ciudad más poblada y la segunda en extensión, después de Bogotá. Destaca como centro financiero, económico, industrial, agrario y urbano, dada su ubicación a 115 kms del Pacífico y en el sur occidental colombiano. Siete ríos cruzan su territorio, Cauca, La Elvira, Aguacatal, Pance y Jamundi, entre los principales que convierte la zona en un enorme jardín o paraíso. Sus universidades tienen lagos con gansos, cisnes. Es la capital mundial de la salsa y sus cerros tutelares son Cristo Rey y Tres Cruces.

Cali también es gran centro deportivo ya que organizó los "Juegos Panamericanos" y después, en el mes de julio organizó como sede los "Juegos Mundiales 2013" en su estadio Pascual Guerrero. En 2015 realizará el IX Campeonato Mundial Juvenil de Atletismo.

La Biblioteca Departamental Jorge Garcés Borrero tiene lectores desde los tres años y salas especializadas para invidentes con equipos y computadoras que avisan qué letra marcó. Cuenta con Museo interactivo del universo, donde se pesan los visitantes. Quien pesa en la Tierra 52 kilos, en Mercurio pesa 20 y en la Luna 8, debido a la densidad.

En esa ciudad de la cultura, el arte virreinal y moderno nos reunimos las abogadas de los cinco continentes para estudiar los avances de la aplicación de la Convención de Belem do Pará para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la Mujer.

Las colegas colombianas nos recibieron en la Universidad de San Buenaventura en honor al famoso teólogo franciscano que vivió desde 1217, nacido en Bagnoregio, Toscana, hasta el 15 de julio de 1274, cuando pasó a la

inmortalidad en Lyon. San Buenaventura es doctor de la Iglesia, fue Cardenal y General de la orden franciscana.

El actual rector es Fray Alvaro Cepeda van Houten, quien es filósofo, teólogo y politólogo. La infraestructura de la Universidad es moderna, tiene gran biblioteca física y virtual, jardines, auditorios y un Parque Tecnológico que facilita el aprendizaje de las nuevas ciencias e innovación.

El temario sobre violencia, se desarrolló principalmente por las delegaciones sudamericanas, las que informaron sobre actividades de las:

- Comisarías de la Mujer,
- Las casas de acogida cuando se presentan estos casos graves de conflicto familiar,
- Los procesos contra violencia familiar,
- Los procesos sobre la violencia contra la mujer.

Hubo presentación de libros, habiendo destacado el de las colombianas Diana Bustamante Arango y Liliana Ambuila Valencia, titulado: "La Desconstrucción y Reconstrucción del Sujeto Jurídico Femenino", una Reflexión Práctica para el ejercicio del Derecho", comprende un análisis del ejercicio de derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales, y el de la peruana Doctora Carmen Meza Ingar: "El Derecho a la información", explicando de cada mujer, de cada agrupación y de las asociaciones femeninas.

En otros continentes, Africa, Asia, Europa, tienen políticas públicas de prevención, para evitar oportunamente que los casos lleguen al crimen.

En Alemania está prohibido que los locales de acogida tengan letreros porque algunos migrantes, como los turcos, llegaban y mataban a sus esposas.

En varios países tienen gran actuación las clínicas jurídicas formadas por abogadas de las Universidades, que ofrecen ser vicios gratuitos a las poblaciones de escasos recursos, parecidos a los "Consultorios Jurídico Gratuitos del Perú", uno de los cuales es de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Perú.

En los países donde existen servicios similares de atención a la población, sus estadísticas comprueban que han disminuido notablemente los casos de agresión.

Nótese que en Africa hay países como Malí que tienen todavía matrimonios polígámicos, pese a ello se dan divorcios, cuando hostilizan a una de las cónyuges.

Además de Malí hay otros países que como ellos, tienen una antiquísima religión –el animismo- que conserva los sacrificios humanos, ofrendando a los adolescentes más bellos en altares, donde los dan a sus dioses, los matan. La policía trata de evitar esos hechos que ofenden a nuestra cultura, pero que subsisten en algunas regiones del mundo todavía.

Hay también países muy adelantados en Africa y Asia, con grandes universidades. En Marruecos se encuentra la más antigua universidad del mundo, del siglo IX, en Fes, antigua capital. Hoy Rabat es la capital de Marruecos, país amigo del Perú y con muchos abogados y abogadas que defienden los derechos de las familias y de la ciudadanía de todas las edades.

Las colegas de La India, de Kenya y Perú presentamos proyectos sobre: "NECESIDAD DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA". La Presidenta de la delegación colombiana, Angela Cueva de Dolmetsch antigua presidenta de FIDA, explicó que FIDA Colombia tiene obras de proyección social, en comunidades rurales donde se ubican madres de familia en pequeñas casas, que están adquiriendo en la modalidad de cooperativas. Para urbanizar dichos lugares han instalado máquinas de filtración de agua, así consiguen agua potable, saludable y tienen acceso a la pequeña propiedad.

Fue un valioso intercambio de experiencias de legislación comparada de ponencias y de libros, con las participantes.

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

57° CONGRESO DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DE ABOGADOS (UIA)

28 de Octubre 2013 al 4 de Noviembre 2013
MACAU, REPÚBLICA POPULAR DE CHINA

Jean Marie Burguburu
Magister en Derecho y licenciado de la Universidad de Paris (LLM 1966)

Fue Decano del Colegio de Abogados de Paris, tiene especialidades de Derecho Civil, 1967, y Derecho Penal, 1968. Fue profesor Asociado en las Universidades de Paris y de Burdeos y en el Centro de Propiedad Industrial de la Universidad de Alicante, España.

Sucedió en el cargo de Presidente de la Unión Internacional de Abogados, UIA, al anterior Presidente Driss Chater, en la Asamblea General realizada en Dresde, Alemania, el 3 de noviembre de 2012.

Presidió el 57° CONGRESO DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DE ABOGADOS (UIA)

En la sesión inaugural el presidente de UIA, Jean Marie Burguburu, saludó en varios idiomas a las autoridades del Estado anfitrión y a congresistas de 120 países. A su turno, la Secretaria para la Administración y Justicia Florinda Chan, saludó a las autoridades políticas de la República Popular de China, presentes en el Congreso, al Presidente de la UIA, a los congresistas de cinco continentes. Explicó que Macau, es una Región con Administración Especial de la República Popular de China. Se respeta su autonomía. Es un territorio con historia, tiene pasado y futuro, vive con sus tradiciones y con la modernidad. También saludó oficialmente Rimsky Yuen, Secretario de Justicia de Hong Kong, informando del progreso de muchas ciudades chinas que han sido escogidas para las actividades económicas, y, que reconoce que tanto Macau como Hong Kong son el enlace del este con el oeste. En esta región se ha implementado el sistema legal romano – germano con gran impacto universal, pero con características locales. Se puede decir que existe un país, una nación con dos sistemas". El Secretario de Justicia anunció que cuentan con una nueva ley sobre mediación, y que en Hong Kong funciona para acreditar a los mediadores, una Asociación de Acreditación en Mediación.

Se realizó el 57 Congreso de UIA, en una ciudad construída sobre el mar, mejor dicho, ampliada en el mar con edificios tan altos, que se ha reconocido a Macao, como la nueva ciudad gótica. Y figura en la lista de ciudades patrimonio de la humanidad de la UNESCO.

Es visible la presencia de portugueses instalados allí hace varios siglos, su religión católica con muchas Iglesias, en cada barrio, las construcciones de sus casas, como si fueran los luso habitantes en el lejano oriente.

El tema principal del Congreso fue "La abogacía frente a la corrupción" cuya presentación tuvo lugar en la Comisión de Derecho Penal, siendo oradores Stephane Bonifassi, de Francia; Jerome Roth de los Estados Unidos, Juan Sierra Hierro de España, el profesor Yang de Macau, China, Judith Gibson de Australia, Sascha Grosjean de Alemania y Elizabeth Thole de Holanda. Dada la magnitud de los temas y sub temas tratados se desarrolló en varias sesiones habiéndose designado una comisión redactora de las conclusiones, las que en su oportunidad fueron presentadas y aprobadas por el Consejo de la Presidencia, reunido en la ciudad de Barcelona, el 29 de marzo de 2014, con asistencia

de los Presidentes de Comités Nacionales, de Comisiones de Estudio y de los Secretarios Regionales, como la Dra. CARMEN MEZA INGAR, Secretaria Regional III para América Latina, delegada del PERÚ y de la UNMSM, de Lima, Perú, quien tiene voz y voto en los Consejos de la Presidencia de UIA y en las Asambleas de los Congresos de UIA.

Asimismo asistieron al Congreso de Macao las abogadas graduadas en la UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS Tula Linares y Sonia Azucena Hilario Cruz, quien es Presidenta de la filial peruana de Abogados sin Fronteras.

Las delegadas del PERÚ participaron activamente en las Comisiones de Derecho de Familia, de Defensa de la Defensa y en los plenarios, logrando importantes acuerdos para la organización internacional, como la urgencia de conceder becas a los abogados, menores de 35 años, previo concurso.

Los debates y presentaciones de 56 Comisiones de Estudio, en simultáneo, reunieron a los "abogados jóvenes", a las comisiones de estudios de Derecho de Familia, de Sucesiones, de Derecho Civil, de Contratos, de Derechos Humanos, de la Defensa de la Defensa, de Derecho Laboral, de Negocios para Abogados en la era digital, de la Libertad de Expresión, del Derecho y el Deporte, el Derecho y el Arte. Se estudió –asimismo- las nuevas fronteras para los Abogados.

En el plenario final, previo a la clausura del 57° Congreso, en el que el Presidente Jean Marie Burguburu entregó el cargo al nuevo Presidente de UIA, Stephen L. Dreyfuss, se distribuyó el texto referido a: "Corrupción, transparencia y justicia"

"Uno de los instrumentos más importantes, tomado en cuenta para la redacción de dicho documento fue el Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción, aprobado el 31 de octubre de 2003.

Constatando que se trata de un problema global, llaman a los abogados y asociaciones profesionales de abogados a informarse y formarse sobre los mecanismos internacionales y nacionales existentes para la prevención y la

lucha contra la corrupción, para así poder asumir lo mejor posible su función como protectores de los derechos fundamentales en el marco de los procedimientos relativos a delitos de corrupción:

- Para la protección de los derechos de la defensa enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados
- Para la defensa del derecho de las víctimas a una reparación adecuada y eficaz, cualquiera que sea el autor de los actos de corrupción.

Poner su pericia a disposición de los estados y organizaciones internacionales o regionales especializadas en la lucha contra la corrupción, en especial para la creación y evaluación periódica de los instrumentos jurídicos adoptados en la materia".

Los delegados de 120 países del mundo, más 1500 abogados, nos comprometimos a difundir, estudiar y poner en práctica el texto que ayuda a defender a las personas y a la sociedad, del flagelo de la corrupción, presente en todos los confines de la tierra.

Se puede obtener información en la pág. Web:
www.unión internacional de abogados

Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Vol. 71 (N° 1) Lima 2014 - ISSN 0034-7949

XVI CONGRESO INTERNACIONAL y XIX CONGRSO IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO

"LA ACTIVIDAD DE LA BANCA Y LOS NEGOCIOS MERCANTILES EN EL MARE NOSTRUM"

10 - 12 ABRIL 2014
MURCIA y CARTAGENA, ESPAÑA

Carmen López Rendo de Rodríguez
Profesora de Ciencias Humanas y Derecho Romano en la Universidad de Oviedo, España,
Secretaria General de la Asociación Internacional de Derecho Romano, AIDROM

Como en todas las actividades de la AIDROM se tuvo presente las palabras de Simón Bolívar: " El Derecho Romano como base de la legislación universal, debe estudiarse".

El 10 y 11 de abril de 2014 se desarrollaron las sesiones en la Facultad de Derecho de la histórica Universidad de Murcia. Los delegados españoles y de las universidades del mundo, invitadas, participaron en varias actividades culturales y artísticas, como el concierto en la Catedral de Murcia a cargo de la Orquesta Sinfónica, asimismo rindieron homenaje al rey Alfonso X, el Sabio, enterrado en la Catedral de Murcia.

Entre los oradores destacaron la jurista María Teresa Duplá Marín, profesora de la Universidad de Barcelona, quien se refirió a "Algunas consideraciones en torno a la mediación en Roma a la luz de la nueva Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", la Dra. María Dolores Parra Martín, Profesora de la Universidad de Murcia, desarrolló el tema: "Notas sobre la libertas ex orare en el Imperio Romano", la Dra. Carmen Meza Ingar, Profesora Principal, Investigadora de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, PERU, presentó el trabajo de investigación: "La actividad de la Banca Contemporánea y los problemas de la Usura".

El sábado 12 de abril culminaron las sesiones académicas en la ciudad puerto de Cartagena, donde los congresistas visitaron el anfiteatro romano más grande de la península ibérica. Las conferencias magistrales estuvieron a cargo del profesor de la Universidad de Coimbra, Portugal, Dr.Santos Justo, quien desarrolló el tema principal desde la época justinianea, la era arcaica y clásica y post clásica hasta el actual Derecho Portugués; la doctora Austreia Magalhaes Candido, de la Universidad de Sao Paulo disertó sobre el Derecho Asociativo en la época Republicana.

Consultas:
www.aidrom

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

DUPLÁ MARÍN, María Teresa, coordinadora y co autora; Bardají Gálvez, Lola; Enzler Fandos, Sandra; Lázaro González, Isabel; Serrano Molina, Alberto: *"El Régimen Jurídico de la Mediación Familiar en España"*. Análisis de la normativa autonómica, Andavira editora, Santiago de Compostela, 2012.

Los tratadistas europeos recibieron el libro con algunos adjetivos que lo presentan como de alta calidad intelectual.

En efecto, dichos adjetivos son: oportunidad, utilidad, rigor técnico, valor añadido e ilusiones realizadas.

Evidentemente es un trabajo oportuno si se tiene presente que la Recomendación de 1998 del Consejo de Europa sobre mediación familiar, influyó en la transformación de la práctica del Derecho en el campo del derecho de familia. Precisamente España ha legislado la mediación familiar el 6 de julio de 2012 publicado al día siguiente en el Boletín Oficial de España como Ley 5/2012. Se trata de una norma que regula las relaciones entre la mediación familiar y el proceso judicial, y se fundamenta en el principio del respeto a la legislación que sea desplegado a nivel autonómico. En la fecha dela publicación trece comunidades autonómicas tienen ley que regula la mediación familiar.

Solo carecen de dicha Ley Extremadura, La Rioja, Murcia, Ceuta y Melilla. Esta obra tiene por objeto el estudio Comparado de la normativa autonómica en la materia, por lo que ve la luz en un momento idóneo, cuando más falta hacía en los medios académicos.

El trabajo es de suma utilidad ante el complejo panorama existente yno solo para la mediación familiar, por los profesionales, que en cada territorio pueden ejercerla, sino también para estudiosos e investigadores, o para los prácticos de dicha metodología.

Es una obra de consulta imprescindible en los cursos de pre grado, de post grado y en las diferentes actividades de formación tras el impacto social que causó la ley en España y en Europa, y, especialmente para la abogacía.

Carmen Meza Ingar

ROJAS HARO, Hugo Renzo: *"La interpretación del Decreto Supremo N° 009.76-TR sobre el porcentaje de participación de Pesca"*. En 206 páginas, GRIJLEY ediciones y el Centro de Altos Estudios en Metodología de Investigación Jurídica publican en 2014.

Una obra del san marquino Rojas Haro, quien recibió el apoyo intelectual de dicho Centro de Altos Estudios para desarrollar el trabajo académico sobre la pesca industrial de la anchoveta.

Dicha regulación lega – materia de la investigación- l se refiere al cálculo de la remuneración del pescador al servicio de la industria anchovetera para el consumo humano indirecto, situación jurídica que se inscribe entre los temas más polémicos y muy antiguos de la realidad nacional..

En efecto, la existencia del Decreto Supremo N°009-76-TR- ha permanecido en un debate mediático y económico, pero no en el ámbito jurídico, tratándose de una norma legal.

La falta de atención que se le ha otorgado y la inclinación a mantener una postura, más que buscar solución, ha perjudicado a la población pesquera peruana que no ha recibido explicación pertinente y entendible sobre esta controversia.

Resaltar la predictibilidad del Derecho, base de una administración de justicia, es la finalidad primordial del libro de Hugo Rojas, ya que ofrece explicación al trabajador pesquero y apoyo al juez, que al enfrentarse a un tema polémico y ante la celeridad de los procesos, sumada a la carga de los juzgados, se le hace difícil sentenciar.

Como declara el autor se trata de una primera exploración sobre este tema vital del Perú -país pesquero-, iniciando formalmente con estas páginas, el debate jurídico.

Carmen Meza Ingar