

ISSN 0034-7949

Vol. 72
2015

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

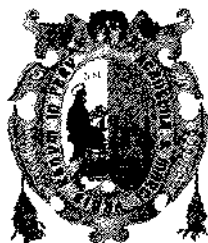


Facultad de
Derecho y
Ciencia Política



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**

DECANO

Dr. CHEDORLAOMER RUBÉN GONZÁLES ESPINOZA

DIRECTOR

Dr. WILLIAM MALLQUI QUIJANO

COMITÉ DE REDACCIÓN

Dr. Medardo Nizama Valladolid

Dr. Oscar Leyton Zárate

Dr. Augusto Hernández Campos

Dra. Clotilde Cristina Vigil Curo

Dr. Santiago Osorio Arrascue

Vol. 72 - Año 2015

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
FUNDADA EN 1936

Vol. 72. Año 2015

FUNDADORES

Drs. Pedro M. Oliveira, Decano (+1958), Alberto Ulloa Sotomayor (+1975),
Angel Gustavo Cornejo (+1943), Juan Bautista de Lavalle (+1970), Jorge Basadre (+1980) y
Manuel G. Abastos (+1983)

Director

Dr. William Mallqui Quijano

Comité Directivo

Dr. Medardo Nizama Valladolid

Dr. Óscar Leyton Zárate

Dr. Augusto Hernández Campos

Dra. Clotilde Cristina Vigil Curo

Dr. Santiago Osorio Arrascue

Diseño y Diagramación

Jorge Fernando Gómez Bautista

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 reseñas 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.

Derecho Administrativo

GLORIA CALDERÓN DE LOS SANTOS. *La Naturaleza jurídica de la relación agente individual de la Administración Pública - Estado.* 17 - 40

Derecho Civil

CARMEN MEZA INGAR. *El Maltrato infantil.* 41 - 63

JUAN MORALES GODO. *El Derecho de Acción y el Artículo VI del Título Preliminar del Código Civil.* 65 - 84

MIGUEL ÁNGEL GONZALES BARBADILLO. *Los nuevos cambios y retos del Derecho de Familia desde una perspectiva Constitucional y de Derechos Humanos.* 85 - 107

VICENTA SANDOVAL SAMANIEGO. *Los treinta y un años del Código Civil Peruano: "Una reflexión desde su entrada en vigencia".* 109 - 124

Derecho Civil Comparado

MANUEL MIRANDA CANALES. *Constitucionalización del Derecho Civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.* 125 - 141

Derecho Comercial

HERNÁN FIGUEROA BUSTAMANTE. *Mecanismos de seguridad jurídica en el contrato de franquicia.* 143 - 164

Derecho Constitucional

MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN. *El Principio de la Buena Fe en el contexto de la Constitucionalización del Derecho.* 165 - 191

RAÚL CHANAMÉ ORBE. *Cinco gigantes del Derecho Constitucional.* 193 - 205

Derecho Constitucional Internacional

JOSÉ PALOMINO MANCHEGO. *Homenaje a Peter Häberle en dos tiempo.* 207 - 227

Derecho Internacional

JOSÉ ANTONIO ÑIQUE DE LA PUENTE. *La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y sus efectos en el Derecho Peruano.* 229 - 253

SANTIAGO OSORIO ARRASCUE. *Transcendencia de Arabia Saudita.* 255 - 285

CÉSAR FLORES VERGARAY. *La influencia de la cultura jurídica anglosajona en la globalización del Proceso Penal.* 287 - 309

SILFREDO HUGO VIZCARDO. *Desarrollo Epistemológico y Evolución del Derecho Penal Moderno.* 311 - 338

JHONNY GARCÍA AQUINO. *El principio de publicidad en el Proceso Penal Peruano: A propósito de sus límites legales.* 339 - 363

DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL

TERESA DE JESÚS SEIJAS RENGIFO. *Tributación Minera y competitividad empresarial Nacional e Internacional.* 365 - 399

DEONTOLOGÍA FORENSE

JUAN ANDÍA CHÁVEZ. *Vocación para ejercer la Abogacía.* 401 - 410

LITERATURA

AUGUSTO SÁNCHEZ BUSTILLOS. *EL Derecho como recurso literario en la obra de Frank Kafka.* 411 - 435

PSICOLOGÍA JURÍDICA

RAMÓN RAMÍREZ ERAZO. *La Teoría del rasgo Cattell y la Psicología de la personalidad.* 437 - 465

Metodología de la Investigación

MEDARDO NIZAMA VALLADOLID. *Historia y Evolución de la enseñanza del Derecho Romano.* 467 - 491

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

"La Danza Hostil". Vergara, Alberto (CMI) 497

"La trata de Mujeres con fines de Explotación Sexual". Iglesias Skulj, Agustina. (CMI). 497

"Curso de Derecho Civil (IV) DERECHO DE FAMILIA, Constitución y Leyes". Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos; De Pablo Contreras, Pedro; Pérez Alvarez, Miguel Angel (CMI) 498

**AUTORIDADES PRINCIPALES Y
ACTUALES DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**Dra. ANTONIA CASTRO RODRÍGUEZ
(Rectora (i))**

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

PROFESORES EMÉRITOS (Derecho)

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

DOCENTES DE FACULTAD

PROFESORES PRINCIPALES

Amoretti Pachas, Víctor Mario
Beaumont Callirgos, Ricardo
Brousset Salas, Ricardo Alberto
Cabrera Vásquez, Marco Antonio
Carrión Lugo, Jorge Isaias
Castillo Montero, Jorge
Chanamé Orbe, Raúl Roolsevelt
Chávez de Paz, Gregorio Dennis
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
Delgado Guzmán, Octavio Galvarino
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
González Espinoza, Chedorlaomer Rubén
Gutiérrez Tudela, Jorge Guillermo
Homa Torres, José
Huancahuari Flores, Simeón
Hugo Vizcardo, Silfredo Jorge
Jaeger Requejo, Rafael Eduardo
Landa Arroyo, César
López Cava, Max
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 Sílvia 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
Figuroa Bustamante, Julio Hernán
Gamarra Vilchez, Leopoldo Félix
Godos Razuri, Víctor Inocencio
González Campos, Robinson Octavio
Hernández Campos, Carlos Augusto
Injante Grimaldo, Carlos Alberto
Leyton Zárate, Oscar Américo
Martín Figuroa, 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 Quintana, Jesús Mario

Príncipe 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 Cabañín, 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 María
Hinojosa Rodríguez, 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

EDITORIAL

La Universidad Nacional Mayor de San Marcos- Universidad del Perú – Decana de América, el 12 de Mayo del 2016, cumple 465 Aniversario de su Fundación, en ese contexto, fácil es imaginarse la legión de profesionales que salieron de sus aulas y que los conocimientos adquiridos han sido puestos al servicio del país sea en ámbito privado y/o público a nivel nacional e internacionalmente.

La Facultad de Derecho y Ciencia Política, desde los inicios de la Universidad ha sido y es el crisol donde la sociedad peruana ha visto fraguar sus esperanzas e ilusiones de una sociedad más justa y equitativa donde las desigualdades desaparezcan por constituir ésta un estatus de discriminación que el derecho y la justicia repudian.

La Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, año tras año se convierte en una ventana a través de la cual se irradia el conocimiento y las investigaciones que se desarrollan en las distintas Cátedras que se desarrollan con el afán de forjar nuevos profesionales competitivos y con espíritu de investigador empeñosos de ser cada día mejores en la oferta de sus servicios de calidad y eficiencia.

El presente Volumen Número 72 de la Revista contiene el trabajo de 20 investigadores en el campo de la Ciencia Jurídica que analizan con rigor científico la realidad nacional e internacional, imprimiéndole un enfoque personal en cada uno de los temas que salvaguarda el derecho de opinión de cada uno de sus autores, que sin un atisbo de egoísmos,

ponen a disposición de los interesados e investigadores nacionales y del extranjero, para que puedan intercambiar experiencias en el campo de la investigación jurídica.

El Comité de Redacción de la Revista ha tenido ardua labor para seleccionar los trabajos que se han incluido en el presente número de la Revista, quedando abierta la invitación permanente para que continúen con las investigaciones que seguramente tendrá el espacio para ser incluidos en los siguientes números, ya que el Numero 73 de año 2016 se encuentra en plena selección de los trabajos llegados hasta la fecha.

El Comité Directivo

ESTUDIOS

“La naturaleza jurídica de la relación agente individual de la Administración Pública – Estado”

“The legal nature of the relationship individual agent of Public Administration –State”

Gloria Calderón De los Santos

Abogada, Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO:

I.- Introducción

II.- Doctrinas respecto a la naturaleza jurídica de la relación Agente-Estado

2.1- Doctrinas privatistas

a) Teoría del mandato

b) Teoría de la locación de servicios

c) Teoría del contrato innominado de Derecho Civil

2.2- Doctrinas publicistas

a) Teoría política

b) Teoría estatutaria

c) Teoría del contrato de Derecho Público

d) Doctrina mixta

2.3- Doctrina de la relación de trabajo

2.3.1- El Estado como principal en una relación laboral

III.- Conclusiones.

IV.- Bibliografía

RESUMEN

A fin de determinar la naturaleza jurídica de la relación agente-Estado, se han esbozado cuatro tipos de doctrinas: las doctrinas privatistas, las doctrinas publicistas, la doctrina mixta y la perteneciente a la relación de trabajo. Sin embargo, esta última es la única que explica de forma certera, la esencia jurídica del nexo agente-Estado. El Estado es el empleador, mientras que el servidor es un trabajador dependiente. La relación agente-Estado reúne los tres elementos indispensables para que haya un vínculo laboral: actividad personal, remuneración y subordinación jurídica.

ABSTRACT

In order to determine the legal nature of the agent-state relationship, they have outlined four types of doctrines privatist doctrines, doctrines advertisers, the joint doctrine and belonging to the working relationship. However, the latter is the only accurate way to explain the legal essence of the agent-state nexus. The State is the employer, while the server is a dependent worker. -State Agent relationship meets the three essential elements for there to be an employment relationship: personal activity, remuneration and legal subordination.

I.- INTRODUCCIÓN

Es conveniente indicar que al referirnos al término “Agente individual de la Administración Pública”, debe entenderse como tal a toda persona que efectúa prestaciones personales para la marcha del servicio público y otras operaciones estatales. Esta condición se determina por su naturaleza de persistencia y cooperación al funcionamiento del sector público; mas no por el tipo de actos que ejecute.

Siendo así, la citada denominación abarca a gobernantes (funcionarios políticos), y a funcionarios administrativos. Para una mejor comprensión, es preciso conocer que en este grupo encontramos a los funcionarios públicos, a los empleados públicos y a los obreros al servicio del Estado.

Se considera como funcionario público a aquella persona que realiza una actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, en nombre del Estado o a su servicio o, de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos¹.

El empleado público es el ciudadano en ejercicio, que desempeña su labor en entidades de la Administración Pública contando con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades señaladas por Ley en jornada legal y sometido a una retribución remunerativa continua en períodos normales.

Un obrero al servicio del Estado es quien interviene en el funcionamiento estatal, por medio de su trabajo manual, revestido de profesionalidad; pero sin la atribución de representación.

Habiendo hecho estas precisiones, resulta necesario conocer si la posición del funcionario o empleado público corresponde al Derecho Público o al Derecho Privado. Asimismo, es importante saber la naturaleza del nexo funcionario o empleado-Estado. ¿Es de carácter contractual, legal o reglamentario?

II.- DOCTRINAS RESPECTO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN AGENTE-ESTADO

Con la finalidad de responder a la interrogante formulada a continuación: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la relación agente-Estado?, debemos advertir la existencia de dos teorías relativas a ello.

2.1- Doctrinas privatistas

Actualmente ha sido descartada y sobrepasada de modo concluyente, pues surgió en la etapa feudal y el Estado Policía, cuando aún no existían funcionarios públicos, siendo imposible imaginar su presencia en una organización política como tal. Lo cierto es que el empleado público únicamen-

1 Es necesario rescatar que la permanencia no es un criterio determinante de la calidad de funcionario público ya que, existen agentes tales como los obreros que, sin ser funcionarios, ejecutan actos de forma permanente.

te estuvo sujeto al Derecho Público hasta la aparición del Estado Jurídico Constitucional.

Ahora la cuestión por resolver es establecer a qué forma del Derecho Privado se ajusta la naturaleza jurídica de la función pública. Seguidamente se explicarán las tesis privatistas más importantes que aún cuentan con quienes las sustentan:

a) Teoría del mandato

Según esta teoría, existen características similares entre un contrato de mandato para el cumplimiento de una comisión y la relación jurídica funcionario público-Estado. El Estado asume el rol de mandante; ya que, escoge libremente al funcionario y así también, lo separa por su propia decisión; de su papel de mandatario.

El funcionario o empleado público ejerce la representación del estado y lo obliga a través de sus actos.

Los agentes poseen la atribución de retirarse de la función o del empleo público cuando lo deseen, pero habiendo cumplido el deber de concluir las comisiones iniciadas, de igual modo como puede actuar el mandatario en relación a su mandante.

a.1) Crítica a esta teoría:

No obstante lo antes dicho, estas semejanzas no deben confundirnos. El parecido es más superficial que auténtico y se fundamenta en la generalidad trivial con que se expone esta teoría.

Si fuera verdad que existe mandato en todos aquellos casos donde hay una misión proveniente del Estado que es perpetrada por un particular, se hallarían integrando esta estructura, la mayoría de relaciones jurídicas; entre ellas, el contrato de obra pública y concesión administrativa.

Asimismo, es equívoco sostener que el funcionario o el empleado pueden ser separados de su cargo en determinada circunstancia, por la sola disposición estatal. La decisión unilateral del estado únicamente funciona en ciertos puestos de confianza.

En el caso del empleado público, éste goza de estabilidad tanto en su cargo, como en su trabajo.

Por otro lado, el mandato implica igualdad jurídica de las partes; ya que dicho vínculo pertenece al Derecho Civil. Como sabemos, esta condición no se suscita en el nexo jurídico con el funcionario o empleado, que se hallan sometidos a una situación de dependencia jurídica.

Además, tomemos en cuenta que la labor del funcionario no se circunscribe a la realización de operaciones de representación; sino que, también efectúa servicios personales que se limitan a un quehacer de índole interno.

b) Teoría de la locación de servicios

De acuerdo a esta teoría, la relación entre agente y Estado es fruto de un convenio libre de las partes que, en similitud de circunstancias, convienen en una reciprocidad de prestaciones: el Estado otorga un estipendio y, a cambio, el agente brinda un servicio.

Esta teoría emergió en el Estado Policía, donde se concebía la existencia de una puntual semejanza entre el profesional y el obrero. Se estimaba al funcionario como un empleado particular del Príncipe, quien le retribuía pecuniariamente por sus labores.

Siendo así, los términos de la relación sólo podían modificarse en razón de la realización voluntaria de otro acuerdo.

b.1) Crítica a esta teoría

Quienes objetan esta postura aseguran que, si bien es verdad que en el empleo público se conservan los componentes de la locación de servicios como los son la prestación otorgada y una retribución pecuniaria a cambio, la relación agente –Estado sobrepasa estos elementos en una figura independiente que está constituida por nuevos competentes.

Entre estos nuevos elementos integrantes tenemos:

- La dependencia jurídica a la que se halla sujeto el agente individual de la administración, que no se da en la locatio.

- El plazo indefinido; por lo que se adquieren servicios personales, en el caso del empleo público; mientras que en la locación de servicios, el otorgamiento de servicios materiales es a plazo indeterminado.

c) Teoría del contrato innominado de Derecho Civil

A decir de Meucci, citado por Rafael Bielsa: “La relación agente-Estado es de naturaleza civil; pero no corresponde ni a la venta, ni al mandato, ni a la locación de servicios; sino que, se trataría de un contrato innominado que recibe una cierta determinación y reglas según leyes especiales”².

El citado autor trata de sostener su postura, basándose en el principio de autonomía de la voluntad que es en sí, la razón de ser del contrato civil.

c.1) Crítica a esta teoría

Para comprender mejor a quienes refutan esta hipótesis es necesario remontarse al Derecho Romano:

“En el Derecho Romano se entendía como contrato innominado a ciertas convenciones sinalagmáticas que se convertían en contratos, cuando una de las partes había ejecutado su prestación; quedando la otra obligada a cumplir la suya”³.

De ello podemos inferir que existían cuatro modalidades de contrato innominado: “Do ut des” (doy para que des), “Do ut facias”: (doy para que hagas), “Facia ut des” (hago para que des) y “Facia ut facias”: (hago para que hagas).

La primera y última clase de contratos innominados carecen de importancia; ya que, el empleo público no atañe dos obligaciones de dar, ni dos deberes de hacer.

En el caso del empleo público se trata de “obligaciones de dar para que hagas o hacer para que des”⁴.

2 BIELSA, Rafael. “Derecho Administrativo”, Tomo II. Quinta Edición. Editor Roque De palma. Buenos Aires, Argentina.1956. Pág. 246

3 JARA CRISTI, Manuel. “Manual de Derecho Administrativo.” Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1948. Pág.79

4 JARA CRISTI, Manuel. Op. Cit. Pág. 80

Mientras en los contratos innominados debe ejecutarse una prestación para que la otra parte se halle constreñida, los funcionarios poseen deberes y derechos correlativos.

En el Derecho Romano, el “contrato *do ut facia*” podía ser invalidado por ambos contratantes y por la inejecución de la obligación de hacer; en cambio, en la situación del funcionario, podía destituirlo voluntariamente”.

Después de haber expuesto las teorías privatistas más importantes, es útil destacar una diferencia notable entre la relación agente-Estado y figuras como el mandato, la locación de servicios y el contrato innominado de Derecho Civil:

Las partes que conforman el vínculo de empleo público se encuentran en una situación de disparidad jurídica; ya que subyace una sujeción del servidor frente al aparato estatal.

2.2- Doctrinas publicistas

Para las doctrinas publicistas, el Estado se erige como la personificación de los intereses superiores de la sociedad. De esta forma, afirman que en cualquier relación jurídica donde el Estado participa, se da la hegemonía de la voluntad estatal sobre la de los particulares.

Según esto, se sostiene que la Ley estipula, anticipadamente, los beneficios, derechos y deberes aplicables al vínculo agente individual –Estado. Así, el empleado público se ha sometido (voluntariamente o nó, de acuerdo a las diferentes posiciones), a las disposiciones establecidas y se sujeta a éstas.

a) Teoría política

Quien formuló esta teoría fue Seuffert, posteriormente perfeccionada por Gonner y seguida por Hauriou, quien sostuvo que la incorporación de operadores civiles y militares se fundamenta en un “embargo admitido” y una incautación.

Esta incorporación de empleados implica la existencia de un reglamento legal o sistemático de funcionarios, compuesto por dos factores:

1. El ser parte integrante de los cuadros de la institución administrativa,
2. La adquisición del empleo público.

Como observamos, resulta inadmisibile que encontremos componentes del contrato, tal como ocurre en la hipótesis civilista ya que, no existe una reciprocidad de asentimiento.

a.1) Objeción a esta teoría

Actualmente el Estado se halla desprovisto de la potestad plena que le atribuye esta postura.

El vínculo funcionario-Estado se caracteriza por ser voluntario. La dependencia jurídica del agente no genera una situación de sometimiento a la autoridad del Estado, lo que sí se acepta en determinadas “cargas públicas”.

Ésta es una creación diferente del nexo entre operador y Estado que se circunscribe a un ámbito dedicado a los actos estatales y que considera ciertas acciones en que el Estado no puede compeler a los ciudadanos, forzándolos a recurrir a la confrontación. Incluso, en muchos casos únicamente estos servicios obligatorios son conminatorios en ciertos casos.

Como bien lo señala Rafael Bielsa, esta hipótesis equivoca “el ser con lo que podría ser” de la naturaleza jurídica de la relación; pues se sitúa en la probabilidad peculiar de una ausencia de oferta de servidores frente a lo que el Estado exhorta a sus ciudadanos para la ejecución de sus funciones.

Si bien es verdad que el Estado asume la representación de los intereses generales de la sociedad y por ello está facultado de *ius imperium* que le posibilita constreñir, extraordinariamente, a los individuos a que realicen una prestación (transformándose en Carga Pública si no existiesen voluntarios), ésto no significa que la Autoridad y la Carga Pública sean los principios comunes y fundamentales del servicio que otorga el agente y por lo tanto, que establezcan la naturaleza jurídica del vínculo entre Estado y servidor⁵.

5 No olvidemos que la excepción confirma; pero no hace la regla ni determina su naturaleza esencial.

b) Teoría estatutaria

Propone que únicamente se requiere la voluntad estatal para dar origen a la relación jurídica de función o empleo público, no siendo necesaria ni la coerción, ni el contrato.

Este nexo establece un régimen jurídico general, unilateral e impersonal. Siendo así, los deberes y derechos de los funcionarios surgen de una circunstancia legal y reglamentaria; mas no de un vínculo contractual. Por consiguiente, el acto a través del cual el ciudadano se incorpora al servicio de la administración constituye un suceso particular para el individuo.

La Administración Pública designa y el servidor tiene dos opciones: aceptar o rechazar.

La base de esta postura se halla en la desigualdad jurídica de los sujetos de la relación:

El Estado determina el vínculo de empleo público, reformándolo o extinguiéndolo voluntariamente, en razón de sus intereses predominantes.

El empleado no contrata ni discute con la Administración Pública, sólo se adjudica una función preestablecida por el Estado para desempeñar labores consideradas necesarias o favorables para los objetivos de la sociedad.

Según esta tesis, el componente coercitivo no opera; a diferencia de la teoría política, debido a que la falta de oferta de empleados es mayor a la demanda. A decir de D'Alessio, quien es citado por D'avis, en su obra "Curso de Derecho Administrativo", son los componentes de la relación de empleo público:⁶

1). La impersonalidad

Se refleja en la generalidad con que rigen los principios y normas; aplicándose a la totalidad de servidores, sin que se dé lugar a condiciones particulares.

6 D'AVIS, Julio Alberto. "Curso de Derecho Administrativo." Editorial Letras. La Paz, Bolivia. 1961. Pág.331

2). *La potestad del poder público*

Autoriza al Estado a determinar unilateralmente la disposición en un reglamento o estatuto.

b.1) Objeción a esta teoría

Esta teoría ha sido discutida según los siguientes criterios:

- En esta posición prima el factor coercitivo de la doctrina política con una sola distinción: la hipótesis estatutaria sitúa la potestad estatal en un nivel inferior; a cambio de la teoría política donde el Estado se afirma como supresor de la voluntad individual.

A opinión de Sabino Álvarez, “esta postura únicamente establece derechos a favor del Estado y deberes para el agente; obviamente esto es intolerable.”⁷

Es inconcebible que el ciudadano vea su voluntad entorpecida al ejercitar su derecho de asumir o rehusar el cargo.

En verdad, la designación se origina en el acercamiento del ciudadano a la entidad administrativa y el trámite de esta designación; y si bien es cierto que únicamente se somete a disposiciones pre estipuladas en un estatuto, éstas son letra muerta hasta que el servidor otorgue su aprobación. Siguiendo este criterio, no se genera relación jurídica previa a la aceptación; ya que antes aún no existe uno de los miembros de este vínculo.

- En esta posición, se otorga singular importancia al acto que genera la relación agente-Estado, con el fin de establecer su naturaleza jurídica. Dándose a entender que, sobre el fundamento de la designación y el hecho que hay ciertas disposiciones previamente señaladas en un estatuto legal; emana la teoría estatutaria sobre la calidad del nexo jurídico entre el Estado y sus funcionarios.

No se examina el conjunto de facultades y deberes que surgen del empleo público; entre los que se hallan los componentes que precisarán su esencia jurídica.

Podemos concluir afirmando que el Estatuto no especifica la naturaleza jurídica de la relación de empleo público; sino que, se limita a mostrar el sistema legal adoptado en cierto momento, para normar los derechos

7 ALVAREZ GENDÍN, Sabino. “Manual de Derecho Administrativo Español.” Editorial Bosch. Barcelona, España. 1954. Pág. 406

de los trabajadores. Aunque no es verdad que estos términos continúen inalterables; mientras el Estado no los reforme a su voluntad.

c) Teoría del contrato de Derecho Público

Fue planteada por primera vez por el alemán Schmittthener, antes de la mitad del siglo XIX. Laband, Seydler, Mohl, Garelo, Lonning, Gaupp, Jellinek y Bielsa son sus representantes.

Son sustentos de esta postura:

1. No es posible rechazar la voluntad del individuo que confluye con el arbitrio del Estado para la adjudicación del cargo.
Esta voluntad no se halla supeditada al Estado; sino concertada y paralela, al menos durante el establecimiento de la obligación, de lo que se infiere que el nexo es de índole contractual.
2. Este contrato pertenece al Derecho Público, debido a que una de las partes es el Estado que encarna los intereses generales de la sociedad.

Para quienes sostienen esta posición, los intereses que se encuentran en juego son los que precisan a qué ámbito del Derecho corresponden.

Siendo así, la singular calidad de Derecho Público de la función pública se basa en que el servicio es esencial para satisfacer las carencias colectivas y, por ello el Estado la reglamenta, tomando en cuenta las necesidades de la función y el interés público. Por lo tanto, existe contrato ya que, hay de por medio un acuerdo de voluntades, una de las cuales se expresa en el asentimiento o adjudicación del cargo y además; porque el empleo genera una gama de derechos y deberes para los sujetos.

Se justifica la circunstancia de que el Estado determine las disposiciones del empleo, al igual que la necesidad de reformarlas, cuando lo requiera el interés público, según la naturaleza del Estado que simboliza los intereses sociales generales.

Se consideran como componentes imprescindibles de este tipo de contrato de Derecho Público⁸:

8 BIELSA, Rafael. Op. Cit. Tomo III. Pág.58

- | | |
|--------------------------|--|
| 1) Sujetos | El Estado
El agente |
| 2) Objeto | Otorgamiento de la actividad personal, como significado de la relación obligatoria. |
| 3) Causa jurídica | Formado por el conglomerado de facultades que posee el funcionario; aunque constituya el implícito de la relación jurídica en un nivel secundario, así tenga o nó, semejante apariencia legal. |

El Estado ha determinado unilateralmente las disposiciones; mas ello no tergiversa la índole contractual de toda función o empleo que se origina del consentimiento otorgado al nombramiento.

Bielsa considera que incluso en el propio ámbito del Derecho Privado, el vínculo jurídico entre trabajador y empleador poseen características singulares que no corresponden a los contratos de locación de servicios regulados por el Código Civil; sino antes bien por el Derecho Industrial, Derecho Comercial; etc. Constituyéndose así, una institución jurídicamente nueva.

c.1) El empleo público como "Ius Singularae"

De acuerdo a lo expuesto previamente, nos encontraríamos ante un contrato de Derecho Público; cuyos supuestos: estabilidad, inembargabilidad del sueldo, ascenso y modificación de la prestación caracterizan un "Ius Singularae" existente, también en el Derecho Privado.

El principal contraste entre estos contratos y los pertenecientes al Derecho Privado es que, los primeros son de carácter público por:

- El objeto Función Pública
- Finalidad Servicio de interés público
- Carácter que reviste la Administración, Personas de Derecho Público al constituirlos.

Por lo tanto, el empleo público constituye un "Ius Singularae" donde el servidor, según su voluntad, puede consentir o rehusar la investidura que

se le otorga. Asimismo, el Estado carece de potestad conminatoria sobre éste, para imponerle la ejecución de la prestación:

a) En lo concerniente a la capacidad de las partes: Quienes postulan esta teoría, consideran si el Estado no se coloca al mismo nivel de su contratante, ello no deformaría la esencia contractual del vínculo; pues incluso en el Derecho Privado hay contratos en los que una de las partes se halla en situación desventajosa.

b) En lo referente al objeto: Se considera un contrato conmutativo (implica prestaciones recíprocas), ya que el operador desempeña su labor a cambio de una remuneración que el Estado le confiere.

Las estipulaciones del contrato están predeterminadas en un Estatuto o Ley, estableciendo la forma de adhesión, característica de los contratos en que las cláusulas no se conciertan en una fase pre contractual. No obstante, esto no invalidaría la índole contractual del vínculo; ya que también en el Derecho Privado existe esta modalidad jurídica.

c.2) Características de la relación agente-Estado

Para esta hipótesis, el vínculo agente-Estado se halla revestido de los siguientes caracteres:

Profesionalidad:

Los empleados y funcionarios en general conciben su empleo o Profesionalidad función como una profesión frecuente, dotada de estabilidad y estipendio económico.

Continuidad:

El empleo requiere del trabajador, su ejercicio profesional y le consagra todo su tiempo productivo, originándole obstáculos para efectuar otras labores.

c.3) Objeción a esta teoría:

Existen diversas críticas a esta posición:

- Mientras que el contrato de Derecho Público puede ser rescindido unilateralmente, el empleo público expresa entre sus componentes

- la permanencia laboral de los trabajadores y, por ello, el Estado sólo puede resolver el contrato según las causales señaladas por Ley.
- La adhesión no precisa la esencia jurídica de la función pública; ya que ésta se evidencia en variedad de contratos.
 - La participación del Estado en esta relación, implica su interés en su papel de “empleador” y el afán del trabajador en su calidad de servidor. Es decir, admitir que el Estado requiere la ejecución personal de sus agentes para los objetivos del servicio público, únicamente precisa la naturaleza pública de este tipo de servicio.
 - La postura en estudio no determina a qué clase de contrato de Derecho Público pertenece esta relación, desconociéndose en qué casos un operador otorga servicios al Estado para la ejecución de la labor pública, afirmando que se trata de un “*Ius Singulare*”

d) Teoría del contrato de Derecho Público

Esta tesis considera que en el empleo público participan dos voluntades: la decisión estatal que designa al servidor y la voluntad del empleado que acepta el cargo.

De estas dos, la última de ellas resulta concluyente; ya que, la expresión de voluntad del servidor acontece después a la del Estado; sin ella no se activarían todo el conjunto de derechos y obligaciones señaladas en el Reglamento o Estatuto. Sin embargo, esto no significa que haya de por medio un contrato, ni sugiere semejanza jurídica de las partes en el perfeccionamiento y desarrollo de la relación.

Los defensores de esta teoría colocan la relación en análisis en el campo del Derecho Público, basándose en el hecho de que el empleado se halla en una situación de subordinación frente a la Administración Pública y por consecuencia, en el cumplimiento del vínculo agente-Estado sólo se norma a través de los actos unilaterales de la Administración, más o menos establecidos por el Derecho Objetivo.

Por lo expuesto, la voluntad del ciudadano únicamente participa el acto bilateral con el Estado durante el origen y extinción de la relación, en su

marcha. Sólo el Estado tiene facultad para modificar las estipulaciones y disposiciones del empleo.

d.1) Oposición a esta teoría

- Debe indicarse que la bilateralidad del acto radica tanto en el hecho del consentimiento, como en razón de todo el conglomerado de derechos y deberes que se van acatando constantemente, mientras se necesitan los servicios del operador y en cada etapa en que se efectiviza la retribución económica por la ejecución de estos servicios.
- Por lo tanto, hay acto unilateral de la Administración Pública en la permanente relación recíproca de las partes, intercambiando sus prestaciones: desempeño laboral y estipendio; más nó, en el acto arbitrario de la Administración en el desarrollo del nexo agente-Estado.
- No puede definirse el carácter público de una relación sólo en razón del acto que le da origen. He aquí un evidente contrasentido en la exposición de esta posición que afirma la bilateralidad de la relación agente-Estado, en virtud de la confluencia de dos voluntades en la constitución de éste, al mismo tiempo que cede a la voluntad estatal, la potestad privilegiada de generar consecuencias jurídicas de modo unilateral al desarrollo del vínculo.

2.2- Doctrina mixta

La teoría mixta se ha originado como una fusión de las posiciones civilistas y la tesis política, tomando en cuenta la sustantividad ajena a la postura autoritaria que invalida el arbitrio individual y suponiendo que la relación del empleo no puede ser estructurada simplemente por las normas del mandato, ni por las de la locación de servicios.

De tal modo, considera la naturaleza jurídica del vínculo entre el operador estatal y el Estado, como un contrato innominado o contrato de servicio público, cuya materia posee componentes de Derecho Público y Derecho Privado.

Como observamos, esta doctrina propone una composición común durante el sistema de policía; es decir, concibe a todo lo concerniente al desempeño de la función, así como los derechos y obligaciones del operador estarían establecidos por el contenido económico y los beneficios patrimoniales se

hallarían sometidos al Derecho Privado. En nuestro país, esta posición ha sido sustentada por el Dr. Fernando Tola:⁹

a) Réplica a esta doctrina

Petrozziello citado por Benjamín Villegas sostiene que una causa jurídica de Derecho Público no puede originar consecuencias directas e inminentes de Derecho Privado¹⁰.

2.3- Doctrina de la relación de trabajo

Como hemos visto, todas las tesis anteriormente analizadas poseen reparos y por ello, ninguna muestra la auténtica índole jurídica del vínculo agente-Estado.

La doctrina en estudio fue elaborada para justificar el derecho de sindicalización de los empleados que hasta la Constitución de 1979 había sido estratégicamente rehuída por legisladores, Jueces, gobernantes y juristas, escudándose en las diferentes teoría imperantes sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo público¹¹.

La hipótesis laboralista propone la existencia de un vínculo de trabajo entre el agente de la Administración Pública y ésta; partiendo de la refutación a las posturas civilistas y publicistas; así como del examen de los factores esenciales, constitutivos y accidentales del vínculo en comentario, que únicamente se distinguen del nexo laboral privado en criterios carentes de importancia.

9 TOLA, Fernando. "Derecho Administrativo del Perú." Editorial San Marcos. Lima, Perú. 1945. Pág.91

10 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. "Derecho Administrativo." Tomo III. Topográfica Editora Argentina. 1951. Pág. 300

11 Fue la Asamblea Constituyente de 1978, la que aprobó la Constitución de 1979 la que admitió manifiestamente los derechos de sindicalización y huelga de los empleados públicos. La actual Carta Magna reproduce esta disposición constitucional y más aún, unifica el régimen del empleado público con el sistema laboral de la actividad privada.

La crítica fundamental a la posición que ha sido rechazada, se basa en su perseverancia en el clásico e incisivo dualismo entre Derecho Público y Derecho Privado que, a pesar de ser verdad que posee cierta validez a priori (entendido como que una norma jurídica pertenece a cualquiera de estas dos ramas), actualmente no sólo es debatida y sujeta a revisión en cada caso; sino que ha sido enriquecida por nuevos ámbitos jurídicos como el Derecho Social.

El Derecho Social, sin duda alguna, será objeto de una modificación íntegra sobre la base de nuevos preceptos que comienzan a brotar por consecuencia de las deformaciones originadas por las percepciones economicistas e individualistas que el neoliberalismo viene generando; especialmente en los países latinoamericanos que deseen “crecer” y “desarrollar” a la manera del capitalismo americano o asiático, sin adecuación alguna; sin tomar en cuenta nuestros profundos contrastes con estas naciones.

Generalmente, se ha utilizado las siguientes pautas para establecer si un vínculo jurídico pertenece al Derecho Público o Derecho Privado: la presencia o ausencia del Estado como uno de los sujetos participantes, el nivel de subordinación o coordinación de las relaciones y la naturaleza “general” o particular de los intereses en juego. Sin embargo, estas pautas no son las únicas que explican el nexo jurídico en análisis; por lo que, resultan incapaces de dilucidar el carácter público de la relación jurídica que une al agente y a la Administración Pública.

Es de notar que se ha tratado de definir el vínculo entre servidor público y Estado como perteneciente al Derecho Privado; formándose un conjunto de teorías que han pretendido puntualizar los derechos y deberes de los trabajadores y funcionarios y, el Derecho a aplicarse.

“Lamentablemente, todas las instituciones jurídicas de Derecho Privado estudian deficientemente el asunto en cuestión, tanto porque este vínculo va más allá de sus componentes, como porque el carácter privado admitiría al Estado en condiciones de igualdad con sus servidores, imponiendo la autonomía de la voluntad que es inexistente en el empleo público”¹².

12 COVIELLO, Nicolás. “Doctrina General del Derecho Civil.” Cuarta Edición. México. 1938. Pág.12

Por otra parte, se ha deseado probar la esencia pública del nexo agente-Estado, basándose en los siguientes puntos: uno de los sujetos participantes es el Estado, el objeto de la relación está constituido por el cumplimiento del desempeño público como una de las finalidades estatales y la naturaleza subordinada del nexo.

Recordemos que la sola incursión del Estado en la relación jurídica no la hace pública (al menos no en el sentido de ser reglamentada por el Derecho Administrativo). Se requiere también, que el Estado acuda facultado de imperio y ello no se evidencia sólo por un sistema especial; sino además por hallarse incluido por el Estado en condición de titular del interés general no está implícito en una categoría superior a la del vínculo laboral.

Se ha indicado que el nexo corresponde al Derecho Público; porque el objetivo que se propone el Estado cuando asume las prestaciones de sus operadores es el otorgamiento de servicios públicos que satisfacen necesidades de interés social.

Resulta necesario diferenciar la finalidad de la relación jurídica para el cual el Estado percibe estos servicios.

Para el caso en estudio, la finalidad de la relación jurídica, la constituye la específica actividad personal del funcionario dirigida al otorgamiento de servicios

Pese a que en la actividad privada existan operaciones privadas consideradas como “Servicio Público”, esto no significa que los nexos entre los trabajadores y el concesionario del Derecho Público. Corresponderán a éste, los vínculos que hay entre el concesionario y el Estado; más no los existentes desde el hecho de que el objetivo de una empresa privada no interviene de modo alguno en el ámbito de los derechos y deberes de sus trabajadores.

Además, tomemos en consideración que el calificativo “público” o “privado” en el campo jurídico no es algo definitivo o concluyente. Esta designación se sujeta a la evolución histórica, social y su relativo orden jurídico. Así también, en una institución jurídica, generalmente confluyen normas

de Derecho Público y Privado al mismo tiempo e incluso, componentes del absolutamente reconocido, Derecho Social.

Por ello, si intentamos colocar a la relación agente-Estado en una de las ramas tradicionales del Derecho, la situaríamos como perteneciente al Derecho Público; pero de una forma diferente a lo estipulado por las tesis publicistas:

El Estado no ejerce su potestad para definir arbitrariamente el objeto de la relación y menos aún, para concluirlo; sino, como también acontece en el caso de los operadores de la actividad privada, para recubrir con aquel cinto defensor mencionado por Radbruch, cuando afirma que “[Éste] rodea el Derecho Privado como el corazón de todo el Derecho que es el Derecho Público y [es que], en el Derecho del Trabajo y en el Derecho Económico están el Derecho Público y el Derecho Privado en una situación de mezcla indisoluble”¹³.

Por lo tanto, el nexo agente-Estado corresponde al Derecho Público, en virtud de que el Derecho de Trabajo pertenece a este campo, por ejecutar una labor protectora de los derechos de los trabajadores.

A pesar de ello, si introdujéramos el nuevo Derecho Social, sin siquiera dudarlo, nos inclinaríamos por esta rama jurídica cuya tutela es de responsabilidad estatal, es el Estado el que ejercita su potestad de imperio en la defensa de las prerrogativas de quienes ostentan este derecho: la clase laborante.

“El Derecho del Trabajo es un Derecho de clase¹⁴”. Es decir, pertenece a la esfera trabajadora. Sus normas son de orden público, por cuanto es deber del Estado, velar por su cumplimiento, trascendiendo los intereses del empleador y de la voluntad del propio trabajador, en ciertos casos (irrenunciabilidad de derechos sociales; por ejemplo), y, finalmente más allá del propio interés estatal como persona jurídica supeditada a derechos particulares (de-

13 Citado por PÁSARA, Luis. “Introducción al Derecho.” Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. 1970. Págs. 253 y 254

14 DE LA CUEVA, Mario. “Derecho Mexicano del Trabajo.” Tomo I. Editorial Porrúa. México. 1954. Pág. 233

recho preferencial al cobro de los beneficios sociales sobre las acreencias del fisco).

2.3.1- El Estado como principal en una relación laboral

Para poder precisar la esencia del vínculo jurídico agente-Estado es imperioso disgregar la función normativa del Estado, de su papel como principal de una relación laboral.

- Asumiendo el rol de ente normativo, determina las condiciones fundamentales en las que pueden desenvolverse la función pública.
- Actuando como empleador se halla sujeto al ordenamiento jurídico, sin posibilidad de eludir su cumplimiento.

En esta circunstancia, el Estado representa a un “dador de trabajo”; es decir, es aquella persona que remunera al trabajador y percibe la prestación de servicios de éste.

Así también, Rafael Caldera concibe al patrono como “la persona por cuya cuenta y bajo dependencia, presta el trabajador sus servicios¹⁵”.

De Ferrari sostiene que “esta calidad puede ser asumida por cualquier persona física o moral; ya que, el patrono no es quien compromete su actividad personal. De ello podemos inferir que las personas jurídicas de carácter público son patronos respecto a los empleados y obreros que trabajan bajo su dependencia¹⁶”.

Siendo cierto esto, no hay por qué diferenciar la situación por la que el Estado, las provincias o Municipios explotan servicios públicos en calidad de personas jurídicas de Derecho Privado y adoptan la prestación directa de las actividades anteriormente a cargo de particulares (donde se considera que hay un contrato de trabajo donde el Estado ejerce el rol de patrono), y el caso de los funcionarios públicos donde el Estado cumple el papel de persona de Derecho Público.

15 CALDERA, Rafael. “Derecho del Trabajo.” Tipográfica La Nación. Caracas, Venezuela. 1939. Pág. 137

16 DE FERRARI, Francisco. “Derecho del Trabajo.” Tomo II. Editorial De palma. Buenos Aires, Argentina. 1969. Pág. 162

Esta diferencia es propuesta por Guillermo Cabanellas¹⁷.

La realidad es la siguiente: el objeto de la relación se encuentra definido por la actividad personal del trabajador a cambio de un salario, autónomamente de los objetivos del empleador o su empresa.

El concepto de empleador es independiente del tipo de labor que desempeñe el trabajador, ni que aquél sea una persona física o jurídica, de Derecho Público o de Derecho Privado.

En su relación con los agentes individuales, el Estado asume el rol de patrono y como tal, supeditado a los riesgos que su investidura trae consigo. Por otra parte, según el criterio socio-económico, la conducta estatal en la administración y explotación de sus servicios públicos ratifica la posición del Estado-empleador¹⁸.

Actuando como empleador, han existido ocasiones en que el Estado ha tenido que atender el pliego de reclamos de sus trabajadores, tan igual como si se tratase de un empleador privado¹⁹.

El Estado no sólo es capaz de asumir el rol jurídico del empleador; sino que, en repetidas ocasiones, se adjudica el papel social de éste, con semejantes posturas erróneas que ciertos patronos privados tradicionales. Siguiendo esta hipótesis, se ha sostenido que el Estado propietario también puede obrar por el lucro y el capitalismo. En el interior de la empresa estatal continúa el orden capitalista de marginación de los trabajadores en los acuerdos de todos los grados; los sindicatos tendrán imprescindible e inevitablemente, actuar como antiguamente lo hacían frente a empresas capitalistas.

17 CABANELLAS, Guillermo. "Compendio de Derecho Laboral" Tomo I. Editorial Omeba. Buenos Aires, Argentina. 1968. Pág. 397

18 Aunque resulta lamentable, en más de una ocasión su proceder ha sido similar al de un mal patrono privado que, en respaldo de sus intereses económico, se opone a satisfacer los intereses de la clase trabajadora.

19 Por citar un ejemplo, tomemos en cuenta que para la solución del pliego de peticiones de 1975 presentado por la Federación Nacional de Empleados Bancarios ante la Asociación de Bancos, se requirió la Paralización Nacional y total de los trabajadores durante dos días consecutivos y varios días de paralización durante el horario de atención al público, lo que generó una crisis que obligó a decidir sobre dicha solicitud.

Progresivamente, el llamado operario del servicio público o agente individual de la Administración Pública es un trabajador de base; mas no un constante representante de la voluntad estatal.

Ahora que hemos llegado casi al final de este artículo, cabe formularse la interrogante planteada al inicio: ¿cuál es la naturaleza jurídica de la relación agente-Estado?

Sin duda alguna, “el vínculo existente entre el Estado y el agente es de naturaleza laboral²⁰”.

Sabemos que trabajador es toda persona que presta servicios en una situación de subordinación. Siendo así, desde el punto de vista material, el funcionario público es un trabajador.

Por lo tanto, el Estado es el empleador; mientras que el servidor público es un trabajador dependiente. Observemos que esta relación reúne los tres elementos necesarios para que exista un vínculo laboral: actividad personal, remuneración y subordinación jurídica.

III.- CONCLUSIONES

- Los agentes individuales de la Administración Pública son aquellas personas que realizan prestaciones personales para la marcha del servicio público y otras operaciones estatales.
- El funcionario público, el empleado público y el obrero al servicio del Estado, son agentes individuales de la Administración Pública.
- Respecto a la naturaleza jurídica de la relación agente-Estado, existen cuatro clases de doctrinas:
 - Las doctrinas privatistas que a su vez se subdividen en las siguientes teorías: teoría del mandato, teoría de la locación de servicios y teoría del contrato innominado de Derecho Civil.

20 MORE BENAVENTE, Federico. “Revista del Foro.” Colegio de Abogados de Lima. Año 1968. Abril-diciembre. Nº 2-3. Pág. 336

- Las doctrinas publicistas comprenden la teoría política, la teoría estatutaria, teoría del contrato de Derecho Público, teoría del acto bilateral.
- La doctrina mixta concibe a la naturaleza jurídica del vínculo agente-Estado como una especie de contrato innominado, cuya materia está compuesta por elementos de Derecho Público y Derecho Privado.
- La doctrina de la relación de trabajo.
- Esta última doctrina es la única que precisa la naturaleza del vínculo jurídico agente-Estado; ya que si partimos de la noción de trabajador entendida como toda persona que presta servicios en una situación de subordinación, concluiremos que desde el punto de vista material, el funcionario público es un trabajador.
- Afirmar ello, significa admitir que el Estado es el empleador; mientras que el servidor público es un trabajador dependiente. Ahora, analizando esta relación, advertiremos que ésta presenta los tres elementos indispensables para que haya un auténtico vínculo laboral: actividad personal, remuneración y subordinación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino. “Manual de Derecho Administrativo Español.” Editorial Bosch. Barcelona, España. 1954.
- BERMEJO VERA, José. “Derecho administrativo básico: Parte general”; con la colaboración de A. Garcés Sanagustín. Editorial Civitas. Madrid, España. 2013.
- BIELSA, Rafael. “Derecho Administrativo”. Tomo II. Quinta Edición. Editor Roque De palma. Buenos Aires, Argentina. 1956.
- CABANELLAS, Guillermo. “Compendio de Derecho Laboral “Tomo I. Editorial Omeba. Buenos Aires, Argentina. 1968.
- CALDERA, Rafael. “Derecho del Trabajo.” Tipográfica La Nación. Caracas, Venezuela. 1939.
- COVIELLO, Nicolás. “Doctrina General del Derecho Civil.” Cuarta Edición. México. 1938.
- D’AVIS, Julio Alberto. “Curso de Derecho Administrativo.” Editorial Letras. La Paz, Bolivia. 1961.

- DE FERRARI, Francisco. "Derecho del Trabajo." Tomo II. Editorial De palma. Buenos Aires, Argentina. 1969. Pág. 162.
- DE LA CUEVA, Mario. "Derecho Mexicano del Trabajo." Tomo I. Editorial Porrúa. México. 1954.
- ESTEVE PARDO, José. "Lecciones de Derecho Administrativo." Pie de Imprenta Marcial Pons. Madrid, España. 2013.
- JARA CRISTI, Manuel. "Manual de Derecho Administrativo." Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1948.
- MORE BENAVENTE, Federico. "Revista del Foro." Colegio de Abogados de Lima. Año 1968. Abril-diciembre. Nº 2-3.
- PÁSARA, Luis. "Introducción al Derecho." Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. 1970.
- TOLA, Fernando. "Derecho Administrativo del Perú." Editorial San Marcos. Lima, Perú. 1945. Pág. 91.
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. "Derecho Administrativo." Tomo III. Topográfica Editora Argentina.

El Maltrato infantil

Una reflexión acerca de los 60 años
de la ciudadanía de la mujer

Child abuse

A reflection on the 60th anniversary
of the Citizenship of Women

Carmen Meza Ingar

*Investigadora y Profesora Principal en la
Facultad de Derecho y Ciencia Política - UNMSM*

SUMARIO:

- I.- Introducción.*
- II.- El Parlamento Andino.*
- III.- Clases De Maltrato Infantil.*
- IV.- Realidad Nacional.*
- V.- Legislación Especializada.*
- VI.- Necesidad de Políticas Públicas.*
- VII.- Propuestas.*
- VIII.- Conclusiones.*
- IX.- Referencias Bibliográficas.*

RESUMEN:

El estudio: “El Maltrato Infantil” procura buscar las formas de violencia y de maltrato que sufren las niñas, los niños y adolescentes, es decir, los menores de edad no solo en la calle o en la escuela, sino también en las paredes de su propio hogar, con el propósito de verificar si en el Perú se cumple o no el compromiso del Estado al haberse ratificado los Convenios del Niño, de 1989, para eliminar todas las formas de discriminación de la Mujer, 1979, de la OIT N° 182, referido a formas de trabajo; y, el N°138 sobre edad mínima para trabajar.

Analiza el Código de los Niños y Adolescentes Peruano, y los informes del estado que no se encuentran actualizados.

Se espera llamar la atención de la comunidad académica con información detallada, para proponer medidas urgentes y recomendaciones en cuanto a las políticas públicas del Estado.

ABSTRACT

The study “Child Abuse” Try to find forms of violence and abuse suffered by children and adolescents, the minors not only in the street or at school, but also on the walls of his own home , in order to verify whether in Peru or not to meet the state’s commitment to the Conventions of the Child of 1989 have been ratified to eliminate all forms of Discrimination Against Women, 1979, ILO No. 182, referred in forms of work; and No. 138 on minimum working age.

Analyzes the Peruvian Code of Children and Adolescents, and status reports are not updated .

Community care is expected to call detailed information Academic with the propose urgent and Recommendations for Public Policy of the State .

PALABRAS CLAVES

MALTRATO NIÑO ADOLESCENTE LEY

Key Words

Abuse children teenagers law

I.- INTRODUCCIÓN

Se ha constatado que existen casos de maltrato y de violencia contra niños y niñas y adolescentes de la costa, sierra y selva del inmenso territorio del Perú.

Asimismo, se sabe que cada año en los Estados del hemisferio sur, mueren 11 millones de infantes antes de cumplir los cinco años de edad y otros quedan discapacitados por la desnutrición y pobreza en la que viven. Asimismo, se ha comprobado que muchas muertes a edad temprana son consecuencia de trabajos inhumanos, como la búsqueda de oro en ríos de la selva de Madre de Dios, Arequipa y Puno.

Este grave problema social de la realidad peruana y de muchos países, representa en su conjunto grave pérdida para las familias, las comunidades, las naciones, el mundo, diríamos, para la humanidad entera.

Se trata de la urgencia de estudiar el maltrato infantil, es decir, la violencia contra los niños y niñas en sus propios hogares, así como situaciones de trata de personas que sufren los niños y niñas indocumentados y otros que son sometidos al trabajo infantil injusto, inhumano que prohíben las leyes, pero que difícilmente se puede erradicar o eliminar.

Es importante señalar que cada año, para sensibilizar a la sociedad mundial se celebra el 12 de junio el “Día contra el Trabajo Infantil”. Igualmente se celebra cada año el 25 de noviembre el “Día contra la Violencia contra la Mujer”, el que incluye a las niñas maltratadas.

II.- EL PARLAMENTO ANDINO

La Decisión N°1318 de 30 de octubre de 2013, del Parlamento Andino ha propuesto al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina la aprobación del PROTOCOLO ANDINO de ATENCIÓN INTEGRAL a las VÍCTIMAS de la “trata de personas”.

Es evidente que cada Estado tiene legislación para reprimir y sancionar dicho delito, ya que en forma conjunta los Estados parte o miembros de

la Comunidad Andina, han ratificado el Protocolo de Palermo, para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas.

Nótese que en la región es notable la presencia de la ONU después de la segunda guerra mundial, particularmente desde la creación de UNICEF que es un fondo de apoyo a las actividades por la infancia. Además de las actividades de ONU se da también varias formas de cooperación en muchas naciones, hay organizaciones privadas que unen sus esfuerzos a los organismos de cada estado para salvaguardar los derechos de los niños, pero siempre los responsables titulares son los Estados y los nacionales de cada país, trátase de individuos o de asociaciones con fines sociales y culturales, denominadas, sin fines de lucro.

Lo importante de las nuevas actividades del Parlamento Andino es que está tratando de unificar las normas de orden legal en la Comunidad Andina, y, sobre todo trata de unir a los Estados de la comunidad, para luchar –unidos– contra el crimen transnacional organizado, y, para proteger a las víctimas que atraviesan las fronteras¹.

III.- CLASES DE MALTRATO INFANTIL

El maltrato o la violencia que sufren los niños y niñas son de varias clases y se da en la vida diaria, tanto en el hogar, como en la escuela, así como en la calle, donde nadie cumple ese principio tan importante, como es el “interés superior del niño o de la niña”.

La situación de muchos menores de edad, denominados niños y niñas por la Convención Internacional ONU de 1989 y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en respuesta a la Consulta N° 17 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos², es válida en todos los estudios y trabajos de investigación.

1 Conferencia de prensa del Parlamentario Andino Hildebrando Tapia sobre la agenda y actividades del Parlamento Andino.

2 Consulta N° 17 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002

Una clasificación necesaria es la siguiente:

- a. La violencia física que sufren las niñas desde recién nacidas
 - b. La violencia psicológica o insultos, o el maltrato de los padres, que los afecta directamente
 - c. Las prácticas de discriminación cuando no van al colegio o son desertores escolares o sufren maltratos, como el denominado bullying
 - d. Cuando son víctimas del síndrome de “alienación paterna”
 - e. Cuando son obligados a trabajar pese a su corta edad o cuando desempeñan trabajos inhumanos
- a) El caso de la violencia física va desde graves reprimendas y cachetadas hasta maltratos corporales, como látigos, quemaduras por castigo y situaciones que han llegado a lesiones graves y muerte de niños y niñas.

Asimismo, algo que todos rechazamos: las violaciones de niñas por sus parientes y por sus propios padres.

Del abuso sexual incestuoso informa la prensa de difusión nacional, pero las investigadoras de la Facultad de Ciencias Sociales, de la UNMSM, han presentado un estudio valioso para nuestro trabajo de investigación³.

Este caso dio oportunidad a la científica social de entrevistar a 9 madres de niñas abusadas, las hijas son de 6 a 15 años y ella observó que existen diferencias en las pautas de socialización entre hijos varones y mujeres. Los casos que estudió son de 25 niñas, cuyos datos los encontró en dos hospitales de Lima. 23 de las niñas se encuentran en una casa de acogida y dos con sus madres, en su casa, tratando de olvidar lo ocurrido. De ahí la dificultad que la socióloga tuvo para conversar con las víctimas.

Una de sus conclusiones es que en muchos hogares a las niñas las tratan como a mujeres en miniatura, las dedican a las actividades domésticas y los padres son autoritarios, con actitudes de psiquismo cerrado, las confunden con adultas, y como son agresores, las víctimas están a su alcance.

3 Lucich Rivera, ob. cit.

- b). Los maltratos físicos y psicológicos se dan a menudo dentro de los hogares, tal vez por los usos y costumbres de padres que han sido maltratados, pero también debido a equivocaciones al leer el art. 423 inc. 3 del Código Civil Peruano de 1984, que al definir la “patria potestad”, autoriza a los progenitores a corregir moderadamente a los hijos, precepto que para el vulgo quiere decir que se puede dar palmazos o látigos a los pequeños. Nótese que dichos castigos pueden ser graves y tener nocivas consecuencias con los infantes

Dicho inciso 3) agrega que en caso que no obedezca el hijo, recomienda lo lleven ante el juez para que disponga su internamiento en un instituto socio educativo ¿no será en Maranga?⁴.

Dada la mala fama de algunos institutos y albergues, ningún padre de familia que cumple con sus deberes, podría recibir dicha norma, como una solución para mejorar la conducta de su hijo o de sus hijos. Es más, varios juristas recomendaron derogar dicho inciso del Código Civil. Se podría decir que se trata de un asunto pendiente en el Derecho de Familia y en el Derecho de los niños y niñas, si consideramos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, definió como niño a todo menor de 18 años de edad, el que debe gozar de protección integral, situación que no está garantizada en los institutos referidos, por sobre población y otras razones válidas.

Más aún, desde 1994 la Organización de Estados Americanos, OEA, adoptó la Convención de Belem do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, o sea, también contra las niñas.

- c) En el Perú hay muchos niños que no asisten al colegio por distintas razones, por pobreza, por ser huérfanos, por vivir lejos de los centros urbanos donde están las escuelas, o porque las escuelas no tienen maestros como en muchas comunidades alto andinas.

4 Código Civil Peruano de 1984: art.423 inc)3, que há sido invocado em los tribunales, por los defensores de padres agressores.

Existe la deserción escolar, es decir, la interrupción del período escolar en niños cuya familia cambia de domicilio o tal vez porque los niños sufren maltratos ocasionados por mayores o por condiscípulos perversos, que también los hay, y que actúan en las horas de recreo, o a la salida del colegio.

Últimamente se han presentado casos de acoso escolar en varios centros educativos, donde los profesores no están debidamente preparados para resolver conflictos infantiles o juveniles, mejor dicho, protagonizados por niños y adolescentes, como preceptúa el Código de Niños y Adolescentes del Perú.

Es que el sistema educativo ha omitido contar con psicólogos que participen en estos casos de manipulación de unos escolares sobre otros, amenazándolos y perturbando su tranquilidad, y de su familia, que muchas veces debe cambiar de escuela a su hijo, que es víctima. Los agresores, si bien no son declarados dementes, si tienen psicopatología, que exige tratamiento médico.

Los medios de comunicación han dado cuenta de varios casos denominados bullying, que han interrumpido la paz social de las aulas escolares⁵.

- d) Cuando hay separación o divorcio de los padres, hay casos en los que el progenitor que tiene consigo a los niños realiza una campaña de denigración contra el otro padre, impidiendo que ejerza el derecho de convivencia con sus hijos, tratando siempre de subestimar o ridiculizar los sentimientos de los niños para con el otro.

Los hijos, sin ninguna justificación son víctimas del síndrome de alienación paterna⁶.

Este proceder injusto de uno de los padres, sea él o ella, perturba la conducta de la familia, el acercamiento de los hijos con uno de sus pro-

5 Se trata del nuevo fenómeno del bullying o acoso escolar.

6 Gardner, Richard: "Síndrome de Alienación paterna" en Revista de Derecho y Cambio Social, Columbus University, N° 019, New York, 1985.

genitores y en el fondo, se trata de un cruel maltrato al padre, víctima de los hechos y, sobre todo a los hijos de dicha familia.

- e) Como en muchos países, en el Perú, se encuentra UNICEF, fondo de Naciones Unidas que procura una eficaz protección a los niños y niñas de todo el mundo, desde 1948.

De ahí que en muchas latitudes se ha desarrollado una conciencia ciudadana referida al interés superior del menor, como un signo importante de progreso en salud, educación e integración familiar, lo que significa que muchos niños de edad escolar, efectivamente van al colegio y ya no trabajan, o si lo hacen, solo es parcialmente y sin obstaculizar su primer deber, que, como todo menor de edad, debe ser siempre: ESTUDIAR.

Distintas leyes y normas vinculadas a los derechos del niño se han elaborado y especialmente el 20 de noviembre de 1989 se adoptó por la ONU, la Convención de los Derechos del Niño, que marcó historia hace 26 años, señalando que se trata de proteger a todos y a cada uno de los niños del mundo, tengan o no padres y madres. La Convención y su aplicación en todos los pueblos dio lugar a un especial compromiso de parte de los Estados Parte, es decir, de cada uno de los estados que ratificó el Tratado Internacional se comprometió a hacer realidad sus principios, postulados, declaraciones y todo el texto dogmático referido a los derechos fundamentales de los menores de edad. Esa característica calificó al Tratado como documento de los Derechos Humanos del Niño.

El interés superior del niño, quiere decir que a los niños y niñas se les da protección integral, asimismo, que la sociedad cuenta con justicia especializada y que en todos los casos, donde ellos son protagonistas existe la “presunción de minoridad” y la confidencialidad y privacidad en sus expedientes, debiéndose – en todo caso- garantizar su formación integral para asegurar su reinserción en la familia y en la sociedad.

En el año 2000 se celebró la Cumbre de los Derechos del Niño, en el que todos los dignatarios de 187 Estados se comprometieron a elaborar un Plan de Trabajo con miras a que en 2015 se erradicaría el trabajo infantil ya que se habría asegurado la asistencia a la escuela y por tanto se eliminaría el analfabetismo, se daría programas de salud y se eliminaría gran porcentaje de la pobreza.

A esos acuerdos se le llamó los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). Además, hubo una asamblea General de la ONU sobre la Infancia celebrado en febrero de 2002, con el llamado: "un mundo apropiado para los niños".

Los Estados tenían doble compromiso para cumplir las metas del "milenio" pero no todos los Estados cumplieron con presentar el informe oficial referido, o, si lo hicieron, no correspondía a la realidad de cada latitud.

No obstante ello, hemos presenciado en estos días de setiembre de 2015 el desfile de los dignatarios de todo el mundo en el foro de Naciones Unidas comprometiéndose a firmar y a cumplir la "Agenda 2030".

Las Naciones Unidas buscan la paz, es decir, que no haya guerras y que el mundo progrese, mediante el desarrollo. Si no existiera ese foro mundial, ¿quizá habría más atraso que en el presente?

Como decíamos, cada año mueren 11 millones de niños recién nacidos, en el mundo entero, causando malestar familiar y social. No se puede negar la magnitud de dicho problema a escala internacional.

Con esas dificultades; superada la infancia, los adolescentes siguen sometidos a fuerzas que ponen en peligro su vida y su bienestar. Sus problemas aumentan porque a menudo se les niega sus derechos, incluyendo el derecho a la educación, o a participar en el mundo laboral, de acuerdo a su edad, y –lo más grave- a ser protegidos de cualquier daño, como todo ser humano.

Como reconocemos el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF) se encarga de proteger los derechos de los niños. UNICEF promueve la plena aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño y de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. El objetivo de UNICEF es procurar que los niños inicien su vida en las mejores condiciones posibles. Para ello colabora con los gobiernos, los organismos asociados de las Naciones Unidas y las organizaciones no gubernamentales para fomentar la salud, la educación, la nutrición y la protección de todos y cada uno de los niños. En la labor que realiza en países y territorios, UNICEF presta especial atención al programa sostenible de bajo costo, en los que se anima a las comunidades a participar activamente.

Las prioridades actuales del UNICEF son el desarrollo en la primera infancia, la educación de las niñas, la inmunización, la lucha contra el VIH/SIDA y la protección de los niños frente a la violencia, los abusos, la explotación y la discriminación

- En cuanto al trabajo infantil, la metas de las Naciones Unidas son proteger a los niños trabajadores de la explotación y las condiciones peligrosas para su desarrollo, asegurar su acceso a niveles mínimos de educación, nutrición y salud por lo menos, y de largo plazo, eliminar progresivamente el trabajo infantil. El Programa Integral para la Erradicación del Trabajo infantil, que es iniciativa de la OIT, trabaja extensamente en este campo.
- La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos ha instado a que se tomen medidas para poner fin al reclutamiento de los niños en las fuerzas armadas, que en muchas naciones se admite como forma de trabajo. El Representante especial del Secretario General para la Cuestión de los niños en los conflictos armados trabaja para fortalecer la protección de los niños durante los conflictos.
- La comisión de Derechos humanos ha nombrado un Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

IV.- REALIDAD NACIONAL

En el Perú los niños trabajan, no solo los que tienen 14 años de edad, como autoriza el Código de los Niños y Adolescentes, sino muy pequeños y cuando se les pregunta dicen que trabajan para sus hermanitos, para ayudar a su mamá, que está en el hospital, o que ha fallecido.

En el Perú se dieron muchos trabajos de los maestros sanmarquinos, referidos a los Derechos de los Menores, uno de ellos el Ante Proyecto de Código que elaboró el equipo que presidía el profesor Manuel Tamayo Vargas en 1930. Dicho documento sirvió entre las fuentes del Código de Menores Peruano de 1962.

En la fecha trabaja un Comité Directivo Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, creado por R.S. N° 018-2005-TR, que es interministerial.

En puridad han trabajado varias comisiones similares, pero no han podido lograr sus metas.

Trabajan, asimismo, varias instituciones del exterior, a nivel nacional y en algunas regiones andinas y amazónicas en las que la desigualdad y la exclusión social están acentuadas y la situación de los derechos de la niñez es particularmente una ilusión, trabajan de la mano de peruanos, que juegan un papel central en el desarrollo de los programas y en la toma de decisiones. Diríamos que los programas y las actividades son nacionales.

Repetimos que en el Perú tenemos varias realidades, según se trate de costa, sierra o selva. Además hay que distinguir las zonas urbanas de las rurales y las habitadas por comunidades nativas, que tienen antiguas culturas, diversos idiomas. Como no se ha dado la educación bilingüe, sensiblemente todavía hay programas de interculturalidad.

De todos modos, debemos reconocer que al lado de las DEMUNAS o defensorías que son organizaciones locales que dependen de los Municipios Provinciales y Distritales, muchas veces hay organismos de particulares o esfuerzos privados y también de organizaciones de otros países que colaboran con instituciones privadas y las del sector público, las organizaciones de la sociedad civil como las asociaciones sin fines de lucro, los grupos de base, las federaciones y agrupaciones representativas de la población indígena, las iglesias, el sector privado empresarial, los medios de comunicación, entre otros.

Así, queremos presentar a grandes rasgos diversas formas de asistencia-lismo, aún cuando lo más importante sería un enfoque estructural del problema de la niñez peruana.

Los documentos oficiales, del Estado nos muestran una operación 2012 - 2020 que coordina con las organizaciones privadas, sean nacionales, locales o del exterior y que desarrolla los siguientes componentes:

- Políticas y defensa de los derechos de la niñez
- Supervivencia y desarrollo infantil
- Estudio de la calidad de la educación básica

V.- LEGISLACIÓN ESPECIALIZADA

La infancia en el mundo tiene como la principal norma de orden legal la Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada por la ONU en 1989, y ratificada por el Perú en 1990.

Además, en el Perú tenemos la Constitución Política de 1993, que expresamente protege los derechos del niño, así como el Código de los Niños y Adolescentes; asimismo debemos considerar el Código Civil de 1984 en su capítulo denominado Derecho de las Personas y del mismo cuerpo de leyes, el libro dedicado al Derecho de Familia, cuyo texto sobre “patria potestad” debe ser revisado, no solo en el concepto de “corregir moderadamente a los hijos”, sino lo más grave tratar de internar a sus hijos a institutos que no dan garantía de re educar a los adolescentes.

Asimismo, son leyes de la República los Tratados Internacionales ratificados, como las:

- Convenciones de la ONU:
- Convención ONU para eliminar todas las formas de discriminación de la Mujer, 1979
- Convención ONU de los Derechos del Niño, 1989
- Convención OEA de Belén do Pará, para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994
- La Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José
- Convención OIT N° 182 sobre prohibición del trabajo infantil
- Convención OIT N° 138, sobre edad mínima para trabajar.

Al estudiar la legislación de menores leemos, igualmente, la Ley General de Salud y la Ley General de Educación, pero nos preguntamos en voz alta:

¿Por qué erradicar el trabajo infantil?

Algunos profesionales que viven en zonas andinas podrán pensar, pero el trabajo que he visto hacer a los niños en el campo no necesariamente los afecta, además, esta actividad forma parte de su tradición cultural. Siempre lo han hecho y difícilmente dejarán de hacerlo. Otros argüirán; bueno, sus propuestas son muy interesantes pero el Perú no es Suecia.

Sin embargo debe tenerse presente que en El Salvador, Centroamérica, erradicaron el trabajo infantil mediante la escuela. En efecto, con la asistencia obligatoria a la escuela lograron erradicar el trabajo infantil.

No obstante ello, en nuestro amplio territorio los problemas no tienen solución simplista, se necesita siempre una construcción social. Quiere decir que son válidas las diferentes razones porque sencillamente miramos desde distintas ópticas a los fenómenos sociales. Algunos subrayamos unos aspectos mientras otros estudiosos subrayan distintos elementos del mismo hecho. Todos poseemos experiencias vitales distintas. Incluso nuestra imagen sobre cómo debe ser una sociedad mejor, no necesariamente será la misma. Felizmente todos somos diferentes y por eso todos somos necesarios. Cada quien, desde su óptica, esclarecerá y quizá algo aportará a favor de los niños que actualmente se ven obligados a trabajar. Hay que aprender a comprender el trabajo social de aquellos quienes sostienen posturas distintas, o incluso radicalmente discrepantes a las nuestras, para aprovechar sus aspectos positivos e incorporarlos a nuestra reflexión, porque es claro que en el esfuerzo colectivo por un mundo más humano, absolutamente nadie sobra y nadie ejerce el monopolio de la verdad.

Argumentaré, entonces, desde mi óptica las razones por qué creo que el trabajo infantil debe ser erradicado. Mi punto de partida es muy simple: todos los seres humanos tenemos los mismos derechos a gozar del bienestar y la felicidad. Sean éstos niños, jóvenes o adultos; sean blancos, negros o amarillos; sean creyentes o ateos; sean pobres o ricos. Todos los seres humanos somos esencialmente iguales y por ello tenemos los mismos derechos a las oportunidades de estudio y del desarrollo moderno.

La realidad cotidiana, sin embargo, es otra. En la sociedad contemporánea existen múltiples formas de exclusión que hacen que no todos los seres humanos tengan las mismas oportunidades.

Sucede lo mismo con la infancia. En el Perú constatamos que ésta es una categoría social en extremo heterogénea. No todos los niños y niñas tienen las mismas oportunidades frente al bienestar. En un país como el nuestro no existe infancia, sino infancias múltiples. Entre un niño que vive a 4,000 metros de altura en alguna comunidad andina del Cuzco o Huancavelica, que tiene que cocinar sus alimentos con excremento seco de auquénidos porque a esa altura sencillamente no crecen árboles y, por tanto, no se puede hacer leña; o un niño de alguna de las comunidades nativas de Shipibos en el Bajo Ucayali o los Mashiguengas al borde del río Camisea, donde los chicos se alimentan solamente con yuca, plátano y de vez en cuando algo de carne; entre éstos y un niño urbano, sea de uno de los asentamientos que en las Lomas de Carabayllo se han ido formando alrededor de un inmenso basural que eufemísticamente llamamos "relleno sanitario" o un chico de alguna casona de Rinconada del Lago; ¿qué tiene de común la vida entre estos niños y niñas?. Muy poco, quizá lo único que compartan es vivir en este territorio llamado Perú. En lo económico, social y cultural son mundos distintos, desconocidos entre sí. Sería difícil señalar quien es el niño peruano representativo. El niño peruano es sólo una generalización académica. Como tal –diríamos- que no existe.

Pero plantear que existen múltiples infancias quiere decir que existe mucha desigualdad y exclusión. El objetivo de los que trabajamos por los derechos humanos de los niños y niñas, reitero, consiste en promover todas las acciones necesarias para que todos los niños y niñas -tanto de las comunidades andinas o amazónicas, como de los asentamientos urbano marginales o sectores residenciales- tengan las mismas oportunidades de alcanzar el bienestar y la felicidad en sus diversas dimensiones.

Colocado así el problema nuestra pregunta es: ¿el trabajo infantil existente en el Perú promueve o limita el bienestar de la infancia? El trabajo que actualmente hacen los chicos en las calles, en las minas, en el campo o en el servicio doméstico ¿favorece o impide que los niños y niñas trabajadores tengan las mismas oportunidades para alcanzar el bienestar en relación a aquellos que no trabajan? Sin prejuicios examinemos este asunto.

Mirado en el corto plazo, el trabajo que hacen los niños les permite contribuir a la subsistencia familiar. Por poco que aporten, dicha contribución tiene significado, especialmente entre las familias en condición de extrema pobreza. Pero también un segmento de niños trabaja para comprar sus útiles escolares. Justamente en contextos pobres, muchas madres y padres ven al trabajo como una forma de capacitar a su hijo, no sólo en términos de alguna habilidad o conocimiento sino, enseñarles lo que es la vida: la vida es dura y eso debes aprenderlo casi desde que puedes caminar. El trabajo es percibido como una suerte de escuela de vida.

El trabajo infantil, desde la situación de la gente pobre y desde estos niños que trabajan, tiene una racionalidad. Y esta racionalidad hay que entenderla para poder actuar con éxito.

Algunos niños trabajadores aceptan su situación con orgullo, pero otros tantos no se sienten a gusto e incluso muestran vergüenza. Sin otra salida, sencillamente deben trabajar. Existe en la población en condición de pobreza una tensión entre el deseo de una vida mejor y la dura realidad cotidiana. Evidentemente, nadie se va a dejar morir, y para sobrevivir se movilizan todos los recursos a mano, sin tiempo para detenerse a reflexionar sobre el peligro o daño futuro. La propia concepción de riesgo entre las poblaciones muy pobres queda restringida exclusivamente a situaciones límites.

Múltiples estudios de antropología, y nuestra experiencia cotidiana, nos enseñan que la pobreza limita el horizonte. Resta perspectivas. En la cultura de las familias pobres, principalmente entre aquellas en condición de miseria, no existe el mañana. Sólo hoy, sólo el corto plazo. Las familias cuyos hijos trabajan parecen pertenecer a este patrón. No se problematizan las consecuencias del trabajo de sus niños a mediano y largo plazo. No pueden problematizárselo. La mira está puesta en cómo hacer para subsistir y comer hoy día, esta semana, este mes, y punto. Más adelante, sólo Dios sabe.

Pensamos en la infancia de nosotros, los universitarios, y es lógico que debemos reconocer ser privilegiados: hemos tenido otra trayectoria de vida. No nos correspondió vivir en pobreza absoluta, ni seguramente tampoco en la opulencia. Somos de los que tuvimos mejores oportunidades: tuvimos educación. Precisamente son nuestras condiciones de vida las que nos permiten

tener un horizonte más amplio. Nosotros estamos en capacidad de ver las consecuencias del trabajo infantil en la vida futura de los niños y niñas y en el desarrollo del país. Esto no solamente nos da un horizonte más amplio, sino también una responsabilidad mayor que debemos saber asumir.

Muchas familias con niños trabajadores –al igual que las personas e instituciones que defienden el trabajo de los niños pobres como un derecho– comparten una visión a corto plazo del problema. Bajo estos límites de tiempo, efectivamente, no se puede percibir cabalmente el grave daño que produce el trabajo infantil, ni a nivel individual ni a nivel del desarrollo del país en su conjunto.

No obstante, otra forma de examinar este problema consiste en sacarlo del corto plazo y observar sus consecuencias hacia el mediano y largo plazo. Si se cambia el cristal, otra será la visión y otra la opción final. Vista la infancia desde el punto de vista de su derecho inalienable al bienestar y la felicidad, la educación cobra primera relevancia como factor para mejorar las oportunidades y la calidad de vida de las personas. En nuestra perspectiva, la educación se convierte en el eje de análisis porque, en el mediano y largo plazo, lo que se pierde o se gana en educación dura exactamente para toda la vida. Sin educación las posibilidades de exigir el cumplimiento de los derechos sociales, económicos, culturales, civiles y políticos son mucho más estrechas, por ello es que la educación es un derecho que abre puertas a otros derechos.

Para probar los efectos del trabajo en la educación de los niños es inevitable hacer uso de algunas pocas cifras. Pero los datos de las Encuestas Nacionales de Hogares⁷, entre la población de 14-17 años solo ha recogido información laboral sólo desde 14 y más años de edad, y se sabe que de los chicos que trabajan, no asisten a la escuela el 38%. Es decir, 38 de cada 100 adolescentes que trabajan están fuera del sistema educativo. De otro lado, entre los chicos de la misma edad que no trabajan, no asiste el 13%.

Tenemos entonces, 38% de inasistencia escolar de trabajadores vs. 13% de inasistencia escolar de no-trabajadores. Acá se revela un problema: la mag-

7 Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2009.

nitudo de chicos que no van al colegio es tres veces más entre los trabajadores en relación a aquellos que no trabajan. Este dato hace razonable pensar que el trabajo es un factor que impide la asistencia escolar. Quizá no es el único impedimento, pero si es un elemento que dificulta ir al colegio.

Veamos cómo les va a aquellos que trabajando pueden compartir sus labores con el estudio. La misma encuesta nacional indica que de los trabajadores entre 14-17 años de edad, 49% tiene uno o más años de atraso en la escuela. En cambio, entre el grupo de no-trabajadores el atraso escolar disminuye a 32%. La desventaja de los primeros es bastante elevada.

En realidad no podía ser de otra manera. Trabajar implica un esfuerzo, no sólo consume y quita tiempo al estudio y posibilidades de hacer las tareas escolares, sino también resta energías tanto durante las clases como en la casa para estudiar. Evidentemente es un gran mérito que los niños y adolescentes que trabajan logren estudiar, pero el costo y esfuerzo que esto implica los coloca en desventaja frente a los otros estudiantes.

Ciertamente, algún educador o promotor, en su relación cotidiana con niños trabajadores, podrá decir: "pero todos mis chicos trabajan y a su vez asisten al colegio". Esto puede ser cierto y qué bueno que así sea. Sin embargo, los casos y experiencias personales no siempre son iguales a las cifras nacionales, recogidas tanto de zonas urbanas como rurales, tanto de grandes ciudades como de pequeños poblados y de los cuatro rincones del país. Es decir, la experiencia personal es muy importante, pero sería un grave error que el árbol impida ver el bosque.

Lo que las evidencias nacionales demuestran es que el trabajo prematuro resta oportunidades. Y los que luchamos -desde nuestros diversos puestos- por una sociedad donde todos tengan el derecho a tener las mismas oportunidades, no podemos permanecer indiferentes ante esta situación.

El trabajo infantil que en el corto plazo parece ser una salida o alivio a la pobreza familiar, visto en el mediano y largo plazo, es un factor que consolida la pobreza. El niño trabajador, por la pérdida en educación, en el futuro solamente podrá acceder a las ocupaciones de menor calificación y peor pagadas. Así, el trabajo infantil reproduce pobreza. Por ello el actual niño trabajador tie-

ne altas probabilidades de ser el futuro padre de nuevos niños trabajadores. La pobreza se reproduce inter generacionalmente. Este círculo vicioso se debe romper.

El trabajo de los niños, sin embargo, no es definitivamente un problema personal o familiar. No solamente resta oportunidades a nivel individual y familiar. En un contexto mundial de creciente globalización y cambio tecnológico donde la formación del capital humano se convierte en eje central para que un país pueda competir en condiciones óptimas, el trabajo infantil –por la pérdida que implica en la educación– se revela como un problema que tiene profundas repercusiones macro económicas. No habrá posibilidad de un país competitivo con 1 o 2 millones de niños, niñas y adolescentes que en lugar de concentrar su tiempo en la escuela, tienen que vender golosinas o separar basura.

Todo aquello que afecte la educación escolar debe ser combatido. Si el trabajo que hacen los niños impide la asistencia escolar, o provoca dificultades en el rendimiento académico, el trabajo infantil debe ser erradicado.

El trabajo infantil, visto en el mediano y largo plazo, es un problema que resta oportunidades individuales y traba el desarrollo nacional. No es viable un país con 10 o 15% de su población menor de edad trabajando en lugar de estudiar. El Perú está desperdiciando la formación de su capital humano.

Desde esta perspectiva, la erradicación del trabajo infantil es parte integrante del combate a la pobreza. En el largo plazo no se disminuirán de manera estable los índices de pobreza si paralelamente no se diseñan políticas tendientes a erradicar el trabajo infantil porque, como hemos argumentado, éste, por la pérdida en educación, reproduce pobreza.

Es una falacia la tesis que primero debe eliminarse la pobreza para luego enfrentar el trabajo infantil. No hay una relación causal unívoca entre pobreza y trabajo infantil. Esto último quiere decir que, aun en el supuesto que se haya erradicado la pobreza en el Perú, habrá niños trabajadores si es que no se enfrentan dos condiciones más directas que tienen que ver con la prevalencia del trabajo prematuro particularmente en ciertas zonas del país:

- 1) Acceso a una educación de calidad y correspondiente a las necesidades tanto de los niños como de sus padres;
- 2) Cambio de actitudes de los padres frente al trabajo, promoviendo en ellos una concepción de derechos que valore al niño en sí mismo y no lo reduzca solo a un instrumento de generación de ingresos.

Un aspecto es el fenómeno social -enclavado en estructuras económicas, sociales y culturales- y otra son los individuos que temporalmente ejercen los roles en cuestión. El pobre no es la pobreza y el niño que trabaja no es el trabajo infantil. De allí que las políticas no pueden confundir ambos niveles de análisis. Un asunto es cómo enfrentar las condiciones económicas, sociales y culturales que están en la base del trabajo infantil y comenzar a discutir, entonces, sobre las políticas sociales más apropiadas para superar tales condicionamientos y hacer lo posible porque no exista el trabajo en edades prematuras. Otro tema distinto consiste en evaluar qué hacemos hoy día y cómo protegemos el desarrollo de aquellos niños que actualmente padecen las consecuencias de tener que trabajar a corta edad, es decir, cómo protegemos el desarrollo humano de los actuales niños trabajadores. Siempre hay que articular de manera coherente las acciones de corto plazo con las políticas cuyo proceso de maduración son más en el mediano y largo plazo⁸.

Como ya se ha insinuado, la erradicación del trabajo infantil será una tarea de largo plazo. No hay otra forma en las condiciones económicas de nuestro país. Todo programa o proyecto de erradicación del trabajo infantil, por exitoso que pueda parecer, estará bloqueado por la pobreza. Nuevos niños pobres llenarán el vacío de los que ya no trabajan. Hay que trabajar a varios niveles. Tanto en el corto plazo con programas y proyectos, pero también a mediano y largo plazo proponiendo y demandando al estado las políticas sociales necesarias para lograr una educación de calidad para todos los niños y un trabajo decente para todos los adultos. Ni el proyecto o programa focalizado, ni las políticas tienen sentido y perspectiva en sí mismas sino se articulan ambos niveles. Las políticas demoran en madurar y la gente sufre hoy día. Pero limitarse sólo a los proyectos equivale a parchar la injusticia. Tenemos que trabajar en ambas esferas.

8 Entrevistas a profesionales de la Unión Internacional de Abogados, UIA, en el 54 Congreso realizado en Macao, China, 2013.

Vale la pena remarcar y dejar explícito que –desde la perspectiva de la Convención sobre los Derechos del Niño- nuestra finalidad última no es erradicar el trabajo infantil, sino lograr que todos los niños y niñas, trabajen o no, tengan las mismas oportunidades al bienestar y felicidad. En este marco, la erradicación del trabajo infantil es solamente un paso. Imaginemos por unos momentos que en el Perú no existen niños que trabajan; pero se mantiene invariable el hecho que en nuestro país 1 de cada 4 niños menores de cinco años padece de desnutrición crónica; siguen los que forman ese:.. “algo más de 1 millón de niños, niñas y adolescentes en edad escolar sin asistir a la escuela; 50% de los niños menores de 5 años en el Perú sigue padeciendo de anemia; 60% del total de menores de edad se mantienen bajo la línea de pobreza; 3 niños siguen muriendo cada hora en nuestro país antes de cumplir 1 año de edad, mientras en el Cuzco un niño al nacer tiene 4 veces más probabilidades de morir que un niño de Lima, sin haber celebrado su primer cumpleaños”. Siguiendo con el supuesto, ya no hay trabajo infantil; pero ¿acaso hay bienestar en los niños y niñas de nuestro país?. Reitero la lucha última no es porque los niños y niñas no trabajen, sino porque todos y todas estén en capacidad efectiva de ejercer plenamente todos sus derechos y puedan vivir con dignidad. En esta búsqueda, la erradicación del trabajo infantil es una tarea ineludible, pero es solamente un paso en un largo trecho.

Es necesario tener una visión estratégica. Esta será una tarea cuyos frutos se verán en el mediano y largo plazo. Hay que avanzar en la erradicación del trabajo infantil, pero no habrá éxito posible sin una sólida política de prevención que coloque en el eje central la educación escolar y la promoción de una cultura de derechos, focalizada principalmente en los sectores más vulnerables al trabajo infantil. No hay que limitar nuestra óptica exclusivamente a los que hoy trabajan, sino que debemos comenzar a reflexionar cómo podemos aportar para que no existan nuevas generaciones de niños que tienen que entrar a trabajar. Si hay que establecer consensos y prioridades, éstos deberían de construirse –no solamente en función a las ocupaciones más oprobiosas -sino en base a un acuerdo para que lo más pequeños no trabajen, porque ellos son más débiles y con menores recursos para enfrentar los riesgos.

VI.- NECESIDAD DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Esta investigación no tendría logros o resultados si no se llega a formular políticas públicas en las que el Estado se comprometa al esfuerzo por erradicar el “maltrato infantil”, y entre los problemas de niños y niñas, disminuir efectivamente el trabajo infantil, empezando por la erradicación del trabajo inhumano, desproporcionado a las fuerzas infantiles.

Es verdad que toda acción del Estado no tendría éxito sino se da la exigibilidad que debe ofrecer la sociedad organizada.

VII.- PROPUESTAS

- 1.-Debe precisarse un programa del Estado y de la sociedad en su conjunto para eliminar toda forma de maltrato infantil, asimismo debe prohibirse por ley, expresamente, el castigo físico a los niños y niñas.
- 2.-Debe derogarse, expresamente el art. 423 inc) 3 del Código Civil Peruano de 1984 que induce a error al señalar que se puede “corregir moderadamente” a los hijos, y cuando no bastare recurrir a la autoridad judicial “solicitando su internamiento en un instituto dedicado a la reeducación de menores”. Ambos extremos impiden la educación integral de los niños.
- 3.- La erradicación del trabajo infantil a mediano plazo, incidiendo en la erradicación de los trabajos inhumanos de los menores de edad, debe formar parte de las políticas del Estado.
- 4.-Para lograr eficacia en los resultados y logros propuestos, las instituciones que protegen y defienden a los niños y adolescentes deben organizarse en CONSEJOS NACIONALES, REGIONALES Y LOCALES, para que tanto los Ministerios de Salud, Educación, Trabajo y de Energía y Minas, así como las Regiones y Municipios se unan al Ministerio de la Mujer en el sano propósito de proteger a los todos los niños y niñas, sin excepción.

VIII.-CONCLUSIONES

- 1.- Solo el esfuerzo de la sociedad en su conjunto y de todas las instituciones públicas y privadas hará posible un cambio en la realidad actual que viven la mayoría de los niños y niñas del país.
- 2.- El año 2016 es una fecha propicia, dado que habrá elecciones generales que podrían facilitar el compromiso de los futuros gobernantes con la noble causa de garantizar la protección integral de todos los niños y niñas del Perú.
- 3.- Es necesario formar los Consejos Nacionales, Regionales y Locales integrados por representantes institucionales de dichos niveles, bajo la presidencia de Ministros de Estado en forma rotativa los de orden nacional, los Presidentes de Regiones en su jurisdicción y los Alcaldes en las Provincias y Distritos.

IX.-REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alzamora Valdez, Mario: “Derechos Humanos”, Lima, 1988
- Código Civil Peruano de 1984, Edición Oficial, Lima, 2014
- Código de los Niños y Adolescentes Peruano de 1992, Corregido en 2007, actualizado al 2015, Lima, 2015.
- Constitución del Perú de 1993. Edición Oficial, Lima, 2005
- Consulta N° 17 de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2002.
- Convención de Belem do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, OEA, Belem, 1994.
- Convención de los Derechos del Niño, 1989.
- Convención ONU para eliminar todas las formas de discriminación de la mujer, 1979.
- Cornejo Chávez, Héctor: “Derecho de Familia”, Studium, Lima, 1998
- Gardner, Richard: “Síndrome de alienación paterna” em Revista de Derecho y Cambio Social, Columbus University, N° 019, New York, 1985.
- Informes anuales de UNICEF – ONU.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Encuestas: Hogares, 1999.

- Lucich Rivera: “Violencia sexual contra niñas y adolescentes: principio sociocultural”, en Revista del Instituto de Investigaciones Sociales de la Facultad de Ciencias Sociales, UNMSM, Vol. 15 N° 27, pág. 457 a 474, Lima, 2011.
- Meza Ingar, Carmen: “Discriminación mediante el Derecho”, CONCYTEC, 1988.
- Meza Ingar, Carmen: “Ideas para un Código de Familia”, CONCYTEC, 1990.
- Meza Ingar, Carmen: “Más allá de la Igualdad”, Amaru Editores, Lima, 1986.
- Meza Ingar, Carmen: “Derechos Humanos del Niño” en Juriste, Revista de la UIA, No 3, París, 2009.
- NACIONES UNIDAS: “Discurso del Secretario General Kofi Anam, 2005.
- Resolución Suprema N° 018-2003- TR emitida por el Ministerio de Trabajo.

El Derecho de acción y el Artículo VI del Titulo Preliminar del Código Civil

Juan Morales Godo

Profesor Principal en la Facultad de Derecho y Ciencia Política - UNMSM

SUMARIO:

- 1.- *Antecedentes y naturaleza jurídica.*
 - 2.- *Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.*
 - 2.1. *Derecho de acción.*
 - 2.2. *Derecho de contradicción.*
 - 3.- *La Pretensión.*
 - 4.- *La Oposición.*
- Bibliografía*

1.- ANTECEDENTES Y NATURALEZA JURÍDICA

El art. VI del Título Preliminar del Código Civil de 1984, señala lo siguiente: “Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley”.

Tiene este dispositivo, como es evidente, una connotación procesal. El antecedente más remoto lo encontramos en el Código Civil Brasileño de 1916 que contiene una norma que traducida dice lo siguiente: “Para proponer o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral sólo autoriza la acción cuando afecta directamente al actor o a su familia”. Esta norma es prácticamente idéntica a la que motiva nuestro estudio y que, a su vez, es similar a la contenida en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1936. Son prácticamente copia fiel, por decir lo menos.

La norma en estudio es de naturaleza procesal y, para entenderla técnicamente, es necesario precisar algunos conceptos de la Ciencia Procesal; sin los cuales podríamos caer en imprecisiones como, consideramos, ha ocurrido con el legislador de 1984. Este artículo es una demostración del escaso dominio de los conceptos jurídicos procesales y de la falta de contacto con la realidad, careciendo absolutamente de utilidad, siendo necesario desligar los conceptos del Derecho Civil de los conceptos del Derecho Procesal, que es precisamente lo que ha ocurrido con el derecho de acción.

Por ello, debemos analizar, además del derecho de acción, el derecho de contradicción, la pretensión y la oposición, para luego aproximarnos al artículo materia de comentario.

2.- DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

La tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de todo sujeto de derecho de acceder al órgano jurisdiccional en busca de tutela, de que sus peticiones sean atendidas a través de un proceso que reúna las garantías mínimas, tanto desde la perspectiva del demandante como del demandado, y que las preten-

siones se hagan efectivas (demandante) o que se libere de ellas al demandado. En otras palabras, y siguiendo a Gonzales Pérez, es el derecho a que se haga justicia a todo sujeto de derecho¹.

La atención a los justiciables por parte del Estado no es un asunto meramente formal. Lo cierto es que, al haber monopolizado la función jurisdiccional de resolver los conflictos que se suscitan en una colectividad, los justiciables tienen el derecho de ser atendidos en sus peticiones, a través de un proceso con un conjunto de garantías y de manera justa; que la justicia no sea sólo un valor referencial sino efectivo, concreto, real. En esta apreciación involucramos tanto al demandante como al demandado. Igual derecho les corresponde. Igual derecho a ser escuchados, a participar de un proceso con garantías y con soluciones efectivas, tanto cuando se resuelve de manera positiva las pretensiones del demandante, como en sentido negativo. En consecuencia, debe entenderse que no todas las pretensiones serán amparadas necesariamente, ni todo demandado será liberado de las pretensiones dirigidas contra él, ni siquiera que el juez esté obligado a emitir un pronunciamiento sobre el fondo². Fundamentalmente, la exigencia es que se emita un pronunciamiento basado en Derecho y que se cumplan con los requisitos procesales.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al haber sido incorporado taxativamente en la Constitución, lo convierte en un derecho constitucional y, por su naturaleza, en un derecho fundamental que tiene todo sujeto de derecho y ello genera importantes consecuencias en el régimen jurídico nacional. En efecto, todas las disposiciones legales, existentes y por crearse, deben ser validadas constitucionalmente y, específicamente, en lo relativo al acceso a la jurisdicción, a un proceso con garantías mínimas para las partes y a la efectividad de las decisiones que deben tener las características de ser razonables, socialmente aceptables y justas.

En consecuencia, no sólo es asunto de los jueces que al interpretar y aplicar las normas existentes, deben respetar el contenido esencial de la tutela

1 GONZALES PEREZ, Jesús. *"El Derecho a la Tutela Jurisdiccional"*. Tercera Edición. Ed. Civitas. Madrid-España. 2001. Pág. 33.

2 IBIDEM, Pág. 33-35.

jurisdiccional, sin desnaturalizarla, sin que pierda su esencia, respetando el derecho de los justiciables que estando legitimados pretenden defender sus derechos o intereses, sino también, de los legisladores, que deberán cuidar que las leyes no signifiquen un obstáculo o una distorsión de la esencia de la tutela jurisdiccional, porque las mismas podrían ser declaradas inconstitucionales o ser materia de control difuso por parte de los órganos judiciales. La tutela jurisdiccional efectiva se convierte en un principio general del derecho, por constituir la base misma del ordenamiento jurídico, y como tal informa la labor interpretativa.

Manifestaciones de orden procesal de la tutela jurisdiccional son, entre otras, el derecho de acción y de contradicción.

2.1 Derecho de acción.

Los distintos mecanismos de solución de conflictos que han existido a través de la historia, demuestran los grados de civilización que ha alcanzado la humanidad. Un hecho histórico es aquel momento en que el poder público decide prohibir el uso de la fuerza para resolver los conflictos, en otras palabras, la auto-tutela de los derechos subjetivos o el hacerse justicia por su propia mano. Pero, ello implicaba que el poder público debía ofrecer un mecanismo alternativo de solución de controversias, gestionado por un cuerpo de funcionarios (jueces), encargados de dictar la resolución correspondiente, a quienes los sujetos en conflicto podían acceder libremente.

En consecuencia, lo que el poder público debía ofrecer es una organización de la función jurisdiccional, con funcionarios encargados de resolver los conflictos, con poderes coercitivos en el caso de resistencia a cumplir con lo ordenado en las sentencias. Esta organización es lo que conocemos como Poder Judicial. Además, debe brindar el instrumento jurídico que permita a los funcionarios conocer los términos del conflicto que han de resolver. Este instrumento es el proceso, que no es más que el conjunto de actos en el que los sujetos exponen sus pretensiones, ofrecen sus medios probatorios para acreditar sus afirmaciones, para finalmente ser resueltas por el juzgador y, por último, el reconocimiento a favor de los sujetos enfrentados en un litigio, la posibilidad de acceder libremente a dichos funcionarios judi-

ciales, que es lo que se conoce como el derecho de acción, que es la forma como se da pie al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva³. Indudablemente, esta posibilidad de acceder libremente a los funcionarios judiciales, no está limitada al demandante, quien hace efectivo dicho acceso a través del derecho de acción, sino que, también, le corresponde dicho derecho al demandado, quien hace efectivo el acceso a través del derecho de contradicción, que como analizaremos luego, tiene las mismas características que el derecho de acción.

El tránsito para la comprensión del concepto de acción, tal como la entendemos hoy en día, ha sido lento, y está relacionado con los orígenes de la Ciencia Procesal. En efecto, hasta mediados del siglo pasado la antigua fórmula de Celso tenía vigencia en el ámbito procesal. Para Celso, la acción era el derecho de perseguir en juicio lo que es debido. La idea fundamental en esta concepción es que sólo el titular de un derecho puede acudir al órgano jurisdiccional, para hacer valer ese derecho frente al adversario, la acción era el derecho mismo. En esta concepción la acción se dirigía contra el adversario⁴. La *actio* romana, como derecho de acceso a los órganos judiciales, no era considerada de manera autónoma al derecho material objeto del litigio. Al menos, en la época clásica no existía distinción entre la *actio* y el derecho que se reclamaba⁵.

Fue la doctrina alemana la que hizo la depuración conceptual, separando totalmente la vinculación al derecho sustancial, para hacer de la acción un concepto netamente procesal. La célebre polémica entre los juristas Windscheid y Muther, marca un hito importante en la evolución del derecho de acción, pero coincidentemente con el paso del procedimentalismo al carácter científico del derecho procesal. En efecto, un importante trabajo

-
- 3 GARBERI LLOGREGAT, José. "El Derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Ed. Bosch. Barcelona-España. 2008. Pág. 11. También, MONTERO AROCA, Juan. "Derecho Jurisdiccional". T.I. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2002. Págs. 233-234.
 - 4 MORALES, José Ignacio. "Derecho Romano". 2da. Edición. Ed. Trillas. México. 1987. Págs. 270-271.. PETIT, Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editora Nacional. México. 1963. Pág. 611.
 - 5 GARBERI LLOGREGAT, José. Ob. Cit. Pág. 13.

publicó Windscheid, en 1856, “*La acción del Derecho Civil Romano desde el punto de vista del derecho actual*”. En esta obra, el pandectista alemán, reafirmaba la noción sobre la acción que venía desde el derecho romano. Importante, porque originó polémica y, especialmente, con Müther, quien basándose en lo que existía en Alemania, separó la acción de la pretensión. En Alemania, al lado de la *actio*, existía la *Klage*, que se utilizaba indistintamente para expresar lo mismo, pero en realidad no era lo mismo. La *actio*, se refería a una actividad dirigida contra el obligado (*actio romana*) y la *klage* o querrela, se entendía dirigida al Estado⁶. Müther, llegó a concebir el derecho de acción como un derecho frente al Estado, como un derecho a la tutela jurídica, como un derecho diverso del derecho privado lesionado o vulnerado, independientemente de quien sea el demandado, así como del contenido.

Como podemos apreciar, quedó zanjada la separación entre el derecho de acción, entendido como el derecho de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela, de la pretensión o el derecho que se reclamaba (derecho subjetivo). Sin embargo, Müther asumía todavía la posición concreta del derecho de acción, pues consideraba que tiene derecho de acción el sujeto a quien le asiste un derecho, le asiste la razón⁷.

Posteriormente, fue Von Bülow, quien desarrolla la teoría del proceso como una relación jurídica procesal, independientemente de la relación jurídica privada, que se desenvuelve por tres lados, “esto es, que tiene lugar entre las partes y el juez, el esqueleto de la cual está constituido por la obligación del juez de emanar la sentencia (.....), por el derecho de las partes a tenerla, y por la obligatoriedad del resultado del proceso para las partes: relación de derecho público, que es fundada por la demanda judicial, y que tiene naturaleza formal, de donde el derecho de las partes en la relación procesal tiende a la sentencia, pero no a una determinada sentencia. (...)”⁸.

6 CHIOVENDA, Giuseppe. “*La acción en los sistemas de los derechos*”, en “*Acción, Pretensión y demanda*”, Compilación a cargo de Juan Morales Godo. Editorial Palestra. Lima-Perú. 2000. Pág. 29.

7 MONROY GALVEZ, Juan. “*Introducción al Proceso Civil*”. T.I. Ed. Temis. Estudio De Belaúnde & Monroy, Abogados. Santa Fé de Bogotá- Colombia. 1996. Pág. 255.

8 CHIOVENDA, Giuseppe. Ob. Cit.. Pág. 32.

Wach, marca un hito importante en la evolución de la noción del derecho de acción y del derecho procesal como ciencia autónoma. Sigue el pensamiento de Mütther y considera que el derecho de acción es autónomo, existe independientemente de los derechos subjetivos, pero asume la posición concreta, es decir, sólo tendrían derecho de acción aquellos a quienes ha sido amparada su pretensión.

Si existe una fecha histórica en el derecho procesal, es el 3 de febrero de 1903, cuando Chiovenda, en la ciudad de Bolonia lee su proluación al curso de derecho procesal civil, que lo tituló: "*La acción en el sistema de los derechos*". Es considerado este acontecimiento como el inicio del derecho procesal como ciencia. Con relación al derecho de acción acepta la autonomía del mismo, por lo tanto, como algo distinto de los derechos subjetivos sustanciales. Sin embargo, considera que el derecho de acción es un poder frente al demandado y no contra el Estado, con lo que asumía una posición distinta de los procesalistas alemanes, a los que nos hemos referido anteriormente. Indudablemente, a estas alturas, podemos afirmar que se trataba de un error, ya que hoy en día, es clara la naturaleza pública del derecho de acción y no privada, como podría desprenderse del pensamiento de Chiovenda.

Con Carnelutti, se llega a un punto de solidez en la evolución de la noción del derecho de acción. Reafirma y se consolida el carácter autónomo del derecho de acción; de otro lado, asume decididamente la noción abstracta; también su naturaleza pública, ya que el derecho de acción se dirige al Estado; así como que se trata de un derecho subjetivo. Precisamente, en el estudio que se hace a la actualidad sobre el derecho de acción se reconocen estas características, es decir, es un derecho público, porque se dirige al Estado, subjetivo, porque es un derecho que lo tienen todos los sujetos de derecho, es autónomo, porque se diferencia del derecho sustancial que pudiera ser invocado en la demanda y es abstracto, porque es el derecho de poner en movimiento la maquinaria judicial, independientemente si le asisten razones para ello o no⁹.

9 MONROY GALVEZ, Juan. Ob. Cit.. Pág. 265.

- a) Es un derecho público, porque va dirigido al órgano jurisdiccional, al Estado. El ciudadano se dirige al Estado, representado por el órgano jurisdiccional, a través del derecho de acción. Es el derecho a través del cual se tiene acceso a la tutela jurisdiccional, por ello es considerado como derecho cívico. Ante la renuncia al uso de la fuerza, en buena cuenta, a la acción directa, debe recurrirse al tercero, en este caso el Estado, para que resuelva el conflicto de intereses. El derecho del justiciable de acceder a los órganos judiciales, a través del derecho de acción, genera para el poder público un deber, el de facilitar el acceso y atender al justiciable. La función jurisdiccional del Estado se organiza y en nuestro medio lo conocemos como Poder Judicial¹⁰.

Producido el divorcio entre la acción y la pretensión, que venían juntas desde Roma (*actio*), queda claro que la acción no va dirigida al demandado. Mediante este derecho el justiciable se dirige al Estado, al órgano jurisdiccional en busca de tutela, planteando una demanda que contiene una o más pretensiones que si van dirigidas al demandado, a través del órgano jurisdiccional.

- b) Es un derecho subjetivo, porque está presente intrínsecamente en todos los sujetos de derecho. Es un derecho humano. Todo sujeto de derecho tiene la aptitud de acudir al órgano jurisdiccional, a fin de que otro sujeto de derecho le satisfaga una pretensión. Tiene una raigambre constitucional, es realmente un derecho público subjetivo, que lo tenemos todos los sujetos de derecho, por ser un derecho fundamental.
- c) Es un derecho abstracto, porque carece de contenido; es sólo el derecho de solicitar tutela jurisdiccional al Estado. Es el elemento percutor que pone en movimiento la maquinaria judicial. La teoría concreta ha sido dejada de lado, por no resistir las principales críticas que se le hacen. La primera de ellas es que no se explica la actuación de un demandante, a quien el juez le declara infundada su demanda, si es que vamos a considerar que el derecho de acción sólo lo pueden hacer valer aquellos a quienes les asiste el derecho. Lo cierto es que, tanto el demandante a quien le han amparado su pretensión, como aquel a quien se la han

10 PEYRANO, Jorge. "Derecho Procesal Civil". Ediciones Jurídicas. Lima-Perú. 1995. Pág. 16.

desestimado, han acudido al Poder Judicial, han sido escuchados, y ha obtenido una respuesta por parte del Juez. En otras palabras, al haber instado la actividad jurisdiccional, lo han hecho a través del derecho de acción, y ambos han obtenido una respuesta, positiva para uno y negativa para el otro, pero no es posible sostener que aquel cuya pretensión no fue amparada no haya hecho uso de su derecho de acción¹¹. Esta crítica, por lo contrario, implica un argumento contundente a favor de la teoría abstracta.

- d) Es un derecho autónomo, porque no depende de la pretensión. La pretensión puede ser fundada o infundada, improcedente o procedente, pero lo que no puede discutirse es el derecho de todo sujeto de derecho de acudir al órgano jurisdiccional, de poner en movimiento la maquinaria estatal de administrar justicia. La demanda, que contiene una o más pretensiones, puede ser verdad lo que se afirma o una gran farsa. Lo que está en juego en un proceso no es la acción, sino la pretensión. Lo que es el objeto del proceso es la pretensión, es decir, sobre lo que se va a pronunciar el juez, la cual puede ser fundada o infundada, pero ello no condiciona de ninguna manera el ejercicio del derecho de acción.

2.2 Derecho de contradicción.

La contradicción es el derecho del emplazado judicialmente de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela. Es el equivalente al derecho de acción, pero desde la perspectiva del demandado. Así como el demandante haciendo uso de su derecho de acción solicita la prestación de la actividad jurisdiccional, es decir, solicita ser atendido por el órgano jurisdiccional, de la misma forma, existe un derecho individual del demandado a ser atendido por el órgano jurisdiccional. Rocco, señalaba al respecto: "Existe, pues, siempre un interés abstracto y secundario del demandado en que se conceda la prestación jurisdiccional, mediante declaración de certeza, y por ello es necesario que dicho interés, al igual que el del actor, sea tutelado por las normas jurídicas procesales frente al Estado"¹².

11 GARBERI LLOGREGAT, José. Ob. Cit., Pág. 16-17.

12 ROCCO, Ugo. "Tratado de Derecho Procesal Civil". Vol.I. Temis y Depalma. Bogotá-Colombia y Buenos Aires-Argentina. 1969. Pág. 315.

Es también un derecho fundamental y, quizás, como lo ha señalado Monroy, se expresa con más notoriedad esta característica que en el derecho de acción¹³. Para el destacado procesalista peruano, la naturaleza constitucional del derecho de contradicción se expresa con mayor nitidez que el propio derecho de acción. En efecto, es inconcebible que un proceso tenga validez, si es que el demandado no ha tenido la oportunidad de ser escuchado y, difícilmente, este derecho le puede ser negado, cualquiera fuere el nombre con que se le designe¹⁴. Este derecho forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y tiene que brindársele al demandado, porque éste ha sido compelido por una demanda que le plantea el demandante. A diferencia del derecho de acción, que siendo también un derecho fundamental, el justiciable es libre de hacer uso de él cuando lo estime conveniente; en el caso del demandado, tiene que brindársele esa oportunidad inevitablemente, aun cuando puede no hacer uso de él; pero de hacerlo, lo debe concretar dentro de los plazos establecidos en las distintas vías procedimentales.

En realidad, el derecho de contradicción traduce un doble interés, por un lado, el interés individual del demandado, porque es el derecho que le permite hacer valer sus defensas en un proceso (oposición), pero, también, contiene un interés público, de especial importancia para una organización social con pretensiones democráticas, y que se traducen en dos principios básicos: uno, el que nadie puede ser juzgado sin ser oído, sin habersele brindado la oportunidad para que se defienda y, dos, el que nadie puede hacerse justicia por sí mismo¹⁵.

De lo señalado anteriormente se desprende que el objeto de la contradicción no es la búsqueda de la tutela jurídica concreta mediante una sentencia favorable al demandado; con el derecho de contradicción, el demandado no obtiene su liberación respecto de la pretensión planteada por el demandante; pero sí es la oportunidad que tiene para ser oído, para plantear sus posiciones, para ejercer su legítimo derecho de defensa, lo que procesal-

13 MONROY GALVEZ, Juan. Ob. Cit. Pág. 283.

14 DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Teoría General del proceso", T.I. Ed. Universidad. Buenos Aires-Argentina. 1984. Págs. 221-222.

15 IBIDEM. . Págs. 221-222.

mente se denomina oposición o medio de defensa. Así, como no debemos confundir la acción con la pretensión, no hay que caer en el error de confundir la contradicción con la oposición o medio de defensa.

Tanto en el caso del derecho de acción, como con el derecho de contradicción, demandante y demandado, respectivamente, lo que persiguen es una tutela abstracta por parte del órgano jurisdiccional; en el caso del primero, el derecho a ser oído, atendido, en la pretensión contenida en su demanda y que se emita un pronunciamiento definitivo (sentencia) fundada o infundada, con el derecho de acción no está en juego la veracidad de la pretensión; y, en el caso del demandado, el derecho de contradicción, sólo le brinda la oportunidad de ser escuchado en sus defensas, independientemente que tenga razón o no, por lo que la sentencia que se dicte, puede o no favorecerlo.

Modernamente, el derecho de contradicción no puede ser entendido como un contra-derecho, ni tampoco como algo que se oponga al derecho de acción, mucho menos que se oponga a la pretensión esgrimida por el demandante. Acción y contradicción no se enfrentan, lo que sí ocurre entre la pretensión y la oposición o medio de defensa. En realidad ambos derechos, acción y contradicción, se implican, corren paralelos, como dos vías férreas, que conducen al mismo destino, tienen el mismo objeto y la misma finalidad¹⁶. El objeto es obtener un pronunciamiento definitorio, sin que necesariamente ampare sus posiciones, y la finalidad es el interés público en la justicia a través del Estado¹⁷.

Lamentablemente, en nuestro medio, es común que se confunda el derecho de contradicción con la oposición o medio de defensa. Quizás, la confusión la ha generado el propio Código Procesal Civil, cuando en la regulación de los procesos de ejecución, señala que el ejecutado puede formular “contradicción” contra el mandato de ejecución y se indica, taxativamente, cuáles son las causales que puede invocar en su defensa. Evidentemente, se está refiriendo a la oposición o medio de defensa. La reciente modificación del

16 ROCCO, Ugo. *Ob. Cit.* Pág. 316.

17 DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Ob. Cit.* Págs. 223.

Código Procesal Civil en lo relativo a los procesos de ejecución, efectuada a través del Decreto Legislativo 1069, del 28 de junio de 2008, en el que se propone un único proceso de ejecución, no resuelve el problema, porque en el artículo 690-D, regula nuevamente el derecho de contradicción, confundiendo con la oposición o medio de defensa.

El derecho de contradicción, al igual que el derecho de acción, es un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo. Es también expresión del derecho a la tutela jurisdiccional.

Es público, porque el demandado se dirige al Estado para ser atendido, para ser oído; es subjetivo, porque es un sujeto de derecho; es abstracto porque es un derecho que carece de contenido, es poner en movimiento la maquinaria judicial y, es autónomo, porque no depende de lo que el demandado vaya a decir en su defensa.

Hasta aquí, alguien podría asumir que teniendo las mismas características, teniendo el mismo objeto y finalidad, no habría mayores diferencias entre el derecho de acción y contradicción, a punto tal que se señale que el derecho de contradicción es una expresión del derecho de acción¹⁸. Las diferencias entre ambas, sin embargo, es que, mientras la acción puede ser usada en cualquier momento, cuando lo considere conveniente el actor, en cambio, la contradicción debe usarse cuando es emplazado judicialmente el sujeto de derecho, y dentro de los plazos establecidos para cada vía procedimental. No puede hacerse uso de la contradicción en cualquier momento. Por otro lado, para hacer uso del derecho de contradicción, es porque –previamente– alguien ha hecho uso de su derecho de acción. El derecho de acción es absolutamente voluntario, depende de la libertad del demandante, en cambio el derecho de contradicción es una suerte de imposición en la libertad del demandado. El derecho de contradicción carece de realidad, si es que alguien no ha hecho uso de su derecho de acción. Asimismo, el interés para obrar puede existir o no en el caso del demandante, pero es innegable que en el caso del demandado siempre existirá interés para obrar, ya que tendrá

18 ROCCO, Ugo. Ob. Cit. Pág. 316. También, MONROY CABRA, Marco. “Principios de Derecho Procesal Civil”. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia. 1988. Pág. 161.

el interés de un pronunciamiento sobre el fondo, para obtener su liberación respecto de la pretensión planteada por el demandante.

3.- LA PRETENSIÓN

Con la pretensión ha ocurrido, como con otras instituciones jurídicas, algo muy extraño. Siendo la pretensión procesal el objeto del proceso, es decir, la razón de ser del proceso, ésta ha cedido el paso históricamente a otras nociones, que han cobrado especial relevancia en la evolución hacia la cientificidad del Derecho Procesal. Así, se ha teorizado y escrito hasta la saciedad sobre el derecho de acción, aún sobre la misma demanda, descuidando el estudio de la pretensión. Sin embargo, la importancia es de tal magnitud, que no es posible encontrar una definición del Derecho Procesal sin que la pretensión no esté comprendida dentro de ella¹⁹.

Como lo sostiene CARNELUTTI, lo que existe en un proceso realmente es un litigio, donde se aprecia un sujeto que reclama la tutela de un interés y otra que la resiste. El litigio, así, se convierte en un presupuesto del proceso y para que el litigio exista, hace falta que existan dos sujetos y un bien de por medio, en otras palabras, la existencia de un conflicto de intereses. Ahora bien, el conflicto de intereses es un litigio cuando uno de los sujetos formule contra la otra una pretensión y esta otra oponga resistencia²⁰. Es difícil pensar en un proceso sin conflicto de intereses, sin litigio, sin pretensión. Sin embargo, esta apreciación correspondería a los procesos contenciosos, porque en los procesos voluntarios o no contenciosos no se perfilan estas características plenamente.

Como ya lo hemos asumido, el derecho de acción es abstracto; es el derecho de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela. La forma como se concretiza el derecho de acción es con la demanda que contiene una o más pre-

19 GUASP, Jaime. "La pretensión procesal". En "Acción, pretensión y demanda". Compilador Juan Morales Godo. Editorial Palestra. Lima-Perú. 2000. Pág. 297. Del mismo parecer es BRISEÑO SIERRA, Humberto. "Derecho Procesal". 2da. Edición. Editorial HARLA. México. 1995. Pág. 511.

20 CARNELUTTI, Francesco. "Sistema de Derecho Procesal Civil". T.II. Ed. UTHEA ARGENTINA. Buenos Aires-Argentina. 1944. Págs. 4-7.

tensiones. Hacemos uso del derecho de acción porque tenemos una exigencia material y concreta contra otro sujeto de derecho. Esta exigencia material y concreta es la pretensión que se convierte en el contenido principal de la demanda y, a su vez, se convierte en el objeto del proceso. No debe confundirse la acción con la pretensión, ni con la demanda. Siendo abstracto el derecho de acción, carece de contenido, simplemente es el derecho de ser oído por el juez, el derecho a que se le brinde tutela jurídica. La forma como se concretiza dicho derecho es a través de la demanda, que es el primer acto procesal con que se da inicio al proceso. La demanda, a su vez, tiene como contenido principal la pretensión y ésta es la exigencia concreta que se formula contra el demandado, a través del juez.

La pretensión es una manifestación de voluntad, por la cual se exige a un sujeto de derecho el cumplimiento de alguna obligación. Este acto de exigencia, que debe tener relevancia jurídica, cuando se realiza antes del proceso se denomina pretensión material.

La pretensión es material, cuando tenemos la aptitud de exigir algo a otro sujeto de derecho. Esta pretensión material la podemos exigir directamente a través de la palabra o por escrito o bajo cualquier otra modalidad lícita. Esta pretensión material puede ser satisfecha por el obligado, sin necesidad de acudir al órgano jurisdiccional y quedó solucionado el tema. Por ejemplo, si Pedro adeuda una suma de dinero a Jorge, derivada de un contrato de mutuo, celebrado entre ambos. La exigencia que hace Jorge a Pedro para que le pague la suma adeudada es la pretensión material; no es procesal, porque todavía no se ha acudido al órgano jurisdiccional. Esta pretensión material tiene sujetos: acreedor-deudor, tiene objeto: la suma que se reclama y tiene causa: el contrato de mutuo. En este supuesto concreto, si Pedro paga la suma adeuda a Jorge, la pretensión material habría sido satisfecha y no existiría la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional.

Pero, si la pretensión material no es satisfecha, entonces sólo queda el camino de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela, a través del derecho de acción, planteando la pretensión respectiva que, en ese instante, se convierte en pretensión procesal. Ello ocurre de esta forma, necesariamente, en vista de haberse proscrito el uso de la fuerza y se debe acudir al tercero (Estado) para que solucione el conflicto de intereses.

La pretensión procesal, vendría a ser la manifestación de voluntad, por la que un sujeto de derecho exige el cumplimiento de alguna obligación a otro sujeto de derecho, a través del órgano jurisdiccional, para que haga o deje de hacer algo. Sin embargo, más preciso sería que se trata de la manifestación de voluntad del demandante, que a través de la decisión del Juzgador, persigue vincular al demandado.

DEVIS ECHANDIA, define la pretensión procesal de la siguiente forma: "(...) el efecto jurídico concreto que el demandante (en los procesos civiles, laborales, y contencioso-administrativo) o el querellante o denunciante y el Estado a través del juez o del fiscal, según el sistema vigente (en los procesos penales), persiguen con el proceso, efecto al cual se quiere vincular al demandado (si lo hay) o al imputado y luego procesado"²¹. Magistralmente, CARNELUTTI, sintetiza la noción de pretensión definiéndola como "la exigencia de la subordinación de un interés ajeno a un interés propio"²².

Este fenómeno de transformación que ocurre con la pretensión material cuando se acude al órgano jurisdiccional, para convertirse en una pretensión procesal, es importante esclarecerlo. Quizás, la primera observación a tener en consideración es que mientras la pretensión material la exigencia es directa, el acreedor le exige directamente a su deudor el cumplimiento de su obligación, verbalmente o por escrito, en cambio, la pretensión procesal la exigencia a otro es a través del órgano jurisdiccional, no es directa ni inmediata, más bien, es mediata, ya que en un proceso no hay relación inmediata entre las partes, sino mediata a través del Juez. Una segunda observación son los niveles de exigencia para su cumplimiento. El titular de una pretensión material tiene amplia libertad para la exigencia del cumplimiento de la obligación, en cambio, tratándose de una pretensión procesal el demandante tiene que ceñirse a lo que las normas procesales señalen. Indudablemente, que la ventaja de la pretensión procesal es que la misma, una vez amparada, está dotada de coercibilidad en caso de resistencia, además de la definitividad que significa la cosa juzgada.

21 DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. Cit.. Pág. 232.

22 CARNELUTTI, Francesco. Ob. Cit. 1944. Pág. 7.

De lo expuesto podemos afirmar que la pretensión procesal, no es el derecho mismo, es una manifestación de voluntad, para que a través del Juez el demandado quede sujeto a la decisión final, para que haga algo o deje de hacer algo o, simplemente que quede vinculado a dicha decisión. GUASP, señala “que la pretensión procesal, por su estructura, es una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra ante un tercero supra ordenado a ambas un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada según los acaecimientos de hecho que expresamente se señalan”²³.

4.- LA OPOSICIÓN

El conflicto de intereses surge como consecuencia de la divergencia entre dos o más sujetos sobre un bien determinado y, cuando éste tiene relevancia jurídica, se resuelve de manera directa (pretensión material) o a través de los órganos jurisdiccionales (pretensión procesal). El demandante, haciendo uso de su derecho de acción, acude al órgano jurisdiccional en busca de tutela, planteando una demanda que contiene una o más pretensiones, como consecuencia de no haber logrado obtener la satisfacción de su pretensión material por la resistencia del obligado. Por su parte, el demandado, al tomar conocimiento de la existencia de la demanda con la pretensión dirigida a él, haciendo uso de su derecho de contradicción, acude al órgano jurisdiccional en busca de tutela, de manera similar como lo ha hecho el demandante a través de su derecho de acción, y plantea su oposición o medio de defensa que, en la realidad, puede adoptar distintas posibilidades y modalidades. En realidad, es la defensa que efectúa el demandado respecto de la pretensión planteada en la demanda.

Hemos indicado que la oposición o medio de defensa puede adoptar distintas posibilidades, algunas cuestionando el fondo de la pretensión, en todo o en parte, y, en otras, cuestionando aspectos de orden formal, que no van dirigidas al fondo de la controversia, pero que, de alguna manera pretenden enervar sus efectos, total o parcialmente. En ese sentido, la oposición o medio de

23 GUASP, Jaime. “La pretensión procesal”. En “Acción, pretensión y demanda”. Compilador Juan Morales Godo. Editorial Palestra. Lima-Perú. 2000. Pág. 351.

defensa, se expresa por defensas de fondo y de forma, éstas últimas se realizan a través de las excepciones procesales.

La oposición o medio de defensa es la contrapartida de la pretensión²⁴; es la resistencia o defensa de forma o de fondo que realiza el emplazado, y lo realiza a través del derecho a la contradicción. La acción no se contesta, lo que se contesta es la pretensión. La pretensión se contesta con la oposición y ésta se realiza a través de la contradicción. Pretensión y oposición son actos de voluntad que tienen la misma naturaleza, pero antagónicos, pues, mientras la primera persigue vincular al demandado en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos mediante la sentencia, la segunda, lo que pretende es la liberación de dicha vinculación, mediante el rechazo de la pretensión en la sentencia²⁵.

Cuando es emplazado el demandado, éste tiene la oportunidad de contestar la demanda, o de plantear excepciones procesales. En el primer caso está realizando una defensa de fondo, en el segundo caso, una defensa de forma. Pero, ambas situaciones, están encuadradas dentro del concepto de oposición. En efecto, en sentido estricto la oposición es toda resistencia del demandado a la pretensión del demandante, pero, además, comprende las defensas dirigidas al procedimiento para suspenderlo, mejorarlo o anularlo²⁶.

En consecuencia, la oposición es una manifestación de voluntad del demandado ofreciendo resistencia a la pretensión del demandante, proponiendo defensas que de alguna manera neutralicen la pretensión del actor, buscando una sentencia favorable o que no haya proceso. Oposición o medio de defensa son sinónimos, y comprende todo tipo de resistencia, desde la negación del derecho y de los hechos, como el planteamiento de las excepciones procesales.

24 MONTERO AROCA, Juan. "Derecho Jurisdiccional". T.I. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2002. Págs. 127.

25 CARNELUTTI, Francesco. "Sistema de Derecho Procesal Civil". T.II. Ed. UTHEA ARGENTINA. Buenos Aires-Argentina. 1944. Pág. 12.

26 DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. Cit. Pág. 251.

5.- UNA APROXIMACIÓN AL ARTÍCULO VI DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL

De lo dicho, podemos deducir que no es verdad cuando el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, señala que “para ejercitar una acción o contestar una acción hay que tener legítimo interés económico o moral”. El derecho de acción no es algo que se ejercite y, mucho menos que el demandado la conteste²⁷. Es indudable que el numeral referido está utilizando el lenguaje propio del derecho romano, cuando hace referencia a la acción, ya que la *actio* era el derecho mismo, como ya lo hemos señalado anteriormente y ese es el sentido que se le está otorgando. Sin embargo, como lo hemos señalado al hacer una referencia histórica al desarrollo de la noción del derecho de acción, contemporáneamente, se admite su autonomía respecto del derecho que se reclama, divorciándose la acción de la pretensión. En efecto, la acción es un derecho público, autónomo, subjetivo y abstracto, mediante el cual se acude al órgano jurisdiccional en busca de tutela y no hay que confundirla con la pretensión. Ni el demandante ejercita la acción, ni el demandado la contesta, En realidad, el numeral en referencia, al usar el vocablo acción en los términos que provienen del derecho romano, debemos entender que se está refiriendo a la pretensión.

Lo que realmente ejercita el demandante es la pretensión y lo hace a través de una demanda y, para ello, se ha valido de su derecho abstracto de acción, y lo que contesta el demandado, por lo tanto, no es el derecho de acción del demandante, sino la pretensión que es el contenido esencial de la demanda y el objeto del proceso y lo hace a través de su derecho de defensa u oposición que se concretiza a través del derecho abstracto de contradicción.

Ahora bien, aun cuando asumamos que lo que realmente hace referencia el legislador es a la pretensión y no al derecho de acción, aun así el sentido de la norma no es real. En efecto, si para interponer una acción (pretensión) o contestar una acción (pretensión) hay que tener legítimo interés económico o moral, resulta que el juez se encontraría frente a dos legítimos intereses, es decir, tanto del demandante como del demandado, frente a dos intereses protegidos, amparados por el sistema jurídico porque se trata de dos intereses legítimos y

27 DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. Cit. Pág. 252.

ello no es real. En un proceso se presenta un litigio, es decir, dos partes que no se ponen de acuerdo y, es evidente, que alguna de ellas tiene la razón, le asiste el derecho, y a la otra no. Ambas partes no pueden tener posiciones legitimadas

La confusión radica en no conocer que la acción es un derecho abstracto, vacío, autónomo y que la pretensión es el contenido de la demanda, que es la forma como se concretiza el derecho de acción; lo mismo ocurre con la contradicción y su paralelo que es la oposición. Ni para hacer uso del derecho de la acción, ni la contradicción se requiere tener interés económico o moral, y mucho menos que sea legítimo, porque ello implicaría que tanto el demandante como el demandado les asiste el derecho, la razón. Realmente lo que observamos es que hay demandantes que tienen la razón y el sistema jurídico los ampara a través de las decisiones judiciales, pero hay otros cuyos intereses planteados no son amparados. No todos los demandantes dicen la verdad. Lo que es evidente es que la pretensión sí debe contener un interés económico o moral y su legitimidad sustancial debe ser probada para ser amparada.

Finalmente, el segundo párrafo del artículo en estudio dice: “El interés moral sólo autoriza la acción cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley”. Aquí también podemos encontrar un contrasentido. Por cuanto si el interés moral sólo autoriza al agente o a su familia, podríamos concluir que en el caso del interés económico cualquier persona queda autorizada, no limitándolo al agente y a su familia. Ello no es así porque los casos justiciables son egoístas, sólo el interesado puede hacer uso de su derecho.

Como podemos observar, el artículo en comentario no resiste un mínimo análisis procesal, porque su lenguaje no responde a lo que modernamente se entiende por las categorías jurídicas procesales que utiliza. Se torna indispensable reconsiderar el contenido del artículo en lo relativo al legítimo interés sustancial, material, independientemente del derecho de acción, de la legitimación procesal y del interés para obrar.

BIBLIOGRAFÍA

- **BRISEÑO SIERRA, Humberto.** *“Derecho Procesal”*. 2da. Edición. Editorial HARLA. México. 1995.
- **CARNELUTTI, Francesco.** *“Sistema de Derecho Procesal Civil”*. T.II. Ed. UTHEA ARGENTINA. Buenos Aires-Argentina. 1944.
- **CHIOVENDA, Giuseppe.** *“La acción en los sistemas de los derechos”*, en “Acción, Pretensión y demanda”, Compilación a cargo de Juan Morales Godo. Editorial Palestra. Lima-Perú. 2000.
- **DEVIS ECHANDIA, Hernando.** *“Teoría General del proceso”*, T.I. Ed. Universidad. Buenos Aires-Argentina. 1984.
- **GARBERI LLOGREGAT, José.** *“El Derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. Ed. Bosch. Barcelona-España. 2008.
- **GONZALES PEREZ, Jesús.** *“El Derecho a la Tutela Jurisdiccional”*. Tercera Edición. Ed. Civitas. Madrid-España. 2001.
- **GUASP, Jaime.** *“La pretensión procesal”*. En “Acción, pretensión y demanda”. Compilador Juan Morales Godo. Editorial Palestra. Lima-Perú. 2000.
- **MONROY CABRA, Marco.** *“Principios de Derecho Procesal Civil”*. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia. 1988.
- **MONROY GALVEZ, Juan.** *“Introducción al Proceso Civil”*. T.I. Ed. Temis. Estudio De Belaúnde & Monroy, Abogados. Santa Fé de Bogotá- Colombia. 1996.
- **MONTERO AROCA, Juan.** *“Derecho Jurisdiccional”*. T.I. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2002.
- **MORALES, José Ignacio.** *“Derecho Romano”*. 2da. Edición. Ed. Trillas. México. 1987.
- **MORALES GODO, Juan.** *“Instituciones de Derecho Procesal”*. Editorial Palestra. Lima-Perú. 2005.
- **PETIT, Eugene,** *“Tratado Elemental de Derecho Romano”*. Editora Nacional. México. 1963.
- **PEYRANO, Jorge.** *“Derecho Procesal Civil”*. Ediciones Jurídicas. Lima-Perú. 1995.
- **ROCCO, Ugo.** *“Tratado de Derecho Procesal Civil”*. Vol.I. Temis y Depalma. Bogotá-Colombia y Buenos Aires-Argentina. 1969.

Los nuevos cambios y retos del Derecho de Familia desde una perspectiva constitucional y de derechos humanos

Miguel Angel Gonzales Barbadillo*

Colaborador con la Revista de Derecho y Ciencia Política

SUMARIO: *Introducción.*

- 1.- *Desarrollo.*
- 2.- *La familia: uniones matrimoniales y no matrimoniales.*
- 3.- *La herencia entre integrantes de unión de hecho.*
- 4.- *Otras formas de familias: Familias reconstituidas o ensambladas, monoparentales y la unión entre personas de un mismo sexo.*
 - 4.1. *Familias monoparentales.*
 - 4.2. *La unión entre personas del mismo sexo.*
- 5.- *La ley 27495 – ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio.*
- 6.- *El régimen de la filiación: entre la verdad biológica y la verdad legal.*
- 7.- *La Ley 28457: ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.*
- 8.- *Conclusiones.*

* Fiscal Provincial Titular del Distrito Fiscal de Lima Norte - Ministerio Público. Abogado y Licenciado en Educación por la UNMSM. Magister y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM

RESUMEN

El Derecho de Familia es una de las ramas del derecho que más principios e instituciones jurídicas ha desarrollado en los últimos tiempos, como por ejemplo las nuevas formas de familia, la cada vez más igualdad de derechos entre las uniones no matrimoniales con las matrimoniales, la igualdad de los hijos y la prevalencia de la verdad biológica por sobre la verdad formal en la filiación, la igualdad entre varón y mujer en la familia, entre otros; lo que ha originado incluso que en la actualidad en el mundo jurídico se hable del nuevo rostro del Derecho de Familia para identificar estos cambios y retos que se dan a la luz del mismo y desde una perspectiva constitucional y de derechos humanos.

Palabras claves:

Derecho de Familia, unión de hecho, sucesión, filiación.

INTRODUCCIÓN

Friedrich Engel en su famosa obra “El Origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado”¹, nos ilustra cómo se originó la familia, desde el salvajismo pasando por la barbarie y civilización, refiriendo que la familia, según Morgan, es el elemento activo: nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una superior a medida que la sociedad pasa de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos, sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren modificación radical, sino cuando se ha modificado radicalmente la familia. Antes que se empiece a desarrollar la familia, se convivía en total promiscuidad, luego se fue evolucionando con los distintos tipos de familias hasta llegar a las familias y civilización actual.

Para entender los cambios en la familia y su regulación por el Derecho, debemos previamente saber la ubicación del Derecho de Familia dentro de las tres grandes ramas del Derecho: Derecho Público, Privado y Social. Para llegar a su ubicación, no podemos soslayar que el Derecho de Familia está integrado

1 ENGELS, Friedrich. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, Edición digital. www.marxists.org. 2000,2012, p. 12

por el conjunto de normas jurídicas que regulan los vínculos jurídicos familiares y como estas relaciones conciernen a situaciones generales de las personas en sociedad, integran el Derecho Civil², sin embargo, muchas instituciones familiares por su repercusión social, están íntimamente ligadas o determinadas por normas de orden público.

Del concepto anterior podemos concluir prima face que el Derecho de Familia, en razón de la materia, forma parte del derecho civil, empero por las materias que se regulan como son las relaciones entre las personas y su reproducción, sus bienes, la familia, y el parentesco, hacen que el orden público intervenga en la misma, generando una mixtura entre el Derecho Privado (a la que pertenece el derecho Civil) y el Derecho Público (que regula las relaciones entre las personas y entidades privadas con los órganos que ostentan el poder público). La ubicación legislativa del derecho de familia es un problema que la doctrina debate desde hace varias décadas y es que la circunstancia que la mayor parte de sus normas sean de orden público, así como la intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos y numerosas cuestiones reguladas por él, ha hecho que la doctrina dude acerca de si dicha ubicación es o no correcta³.

Por otro lado, es de advertir que así como el Derecho Privado regula las relaciones jurídicas entre particulares, el Derecho Público regula las relaciones entre las personas y entidades privadas con los órganos que ostentan el Poder Público. De allí que en esta mixtura de normas que se da en el Derecho de Familia, ha permitido que tanto la familia, como el Derecho que la regula, hayan evolucionado más que otro tipo de institución y de derecho; siendo ello así, podemos decir que el Derecho de Familia se encuentra dentro de la rama del Derecho Privado y en consecuencia sus normas pertenecen al derecho civil, con orden público.

La Constitución de 1979, así como la actual Constitución Política del Perú de 1993, contiene normas expresas que regulan principios de protección a la familia y se pronuncian sobre el matrimonio; así tenemos que mientras la

2 PLÁCIDO VILCACHAHUA, ALEX. Manual de Derecho de Familia; Gaceta Jurídica, Lima 2001; primera edición; p 18.

3 *Ibidem*; p. 19.

Constitución de 1979 en su artículo 5° establecía que: “El Estado **protege el matrimonio y la familia** como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”, la actual Constitución de 1993 en su artículo 4° establece que: “La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de matrimonio. También **protegen a la familia y promueven el matrimonio**. Reconocen a éstos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. Ambas Constituciones dejan que la ley regule la forma del matrimonio y las causas de separación y disolución. Por otro lado, es importante resaltar que nuestra actual Constitución de 1993 en sus artículos 4°, 5° y 6°, regula principios fundamentales como el de **protección a la familia, promoción al matrimonio, amparo a las uniones de hecho e igualdad de los hijos**. Por último, es de advertir que el artículo 233° del Código Civil de 1984, establece que: “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”. Bajo esta perspectiva constitucional y de derechos humanos, el Congreso de la República ha expedido importantes leyes en temas de filiación, de uniones matrimoniales y no matrimoniales y otros. Asimismo, el Tribunal Constitucional viene desarrollando importante doctrina jurisprudencial y precedentes vinculantes respecto a los temas de familia antes mencionados, que facilitan el acceso a la justicia de las personas y dan herramienta jurídica a los operadores de justicia para que a la luz de esta nueva regulación, se logre la tan ansiada igualdad y justicia entre quienes de una u otra forma se encuentran excluidos y huérfanos de amparo legal, y es que podemos decir que se ha avanzado en ampliar los contenidos de ciertas instituciones familiares, pero aún falta mucho camino por recorrer bajo la luz de la llamada constitucionalización del Derecho.

1.- DESARROLLO

Para poder entender el nuevo rostro del Derecho de Familia desde una perspectiva constitucional y de derechos humanos, debemos acercarnos a la historia de los mismos, la cual se puede ver como el intento por definir y aplicar en diferentes periodos de la cultura occidental, todos aquellos conceptos que han tenido relación con el sentido de una vida digna y buena para los ciudadanos de los diversos estados políticos.

Pese al tiempo transcurrido, dada la complejidad y extensión de los derechos humanos, no existe una definición consensuada sobre la definición de los mismos, sin embargo, Pérez Luño define a los Derechos Humanos como *“Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”*⁴.

Los Derechos Humanos tienen fundamentos en instrumentos jurídicos de carácter internacional y los Estados están en la obligación de cumplir los compromisos asumidos, así pues el artículo 1.1 de la Convención Americana establece obligaciones precisas para los Estados, las que se traducen en respetar y garantizar los derechos, lo que implica adoptar medidas positivas de toda índole para asegurar un efectivo y real respeto de los derechos consagrados en la Convención.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos, desarrollando su jurisprudencia, ha señalado que esta obligación exige a los Estados adoptar medidas para investigar y sancionar a todas las personas que hayan afectado derechos, como también prevenir, reparar y eliminar todos los obstáculos existentes para el real ejercicio de los derechos. El artículo 2 de la Convención Americana en tanto, precisa esta obligación general, al regular el deber del Estado de tomar medidas de derecho interno para adecuar la conducta del Estado a sus obligaciones internacionales.

Debemos dejar en claro que los derechos establecidos en la Convención Americana no son absolutos y es posible imponer restricciones, empero, éstas deben respetar tanto límites formales como sustantivos, ello se desprende, entre otros, de lo establecido en el artículo 29° inciso segundo de la Declaración Universal de Derecho Humanos, artículo 30° y 32° de la Convención Americana y lo resuelto por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4 PEREZ LUÑO, Antonio E. Los Derechos Fundamentales. Pág 46, EN: DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Manual para Magistrados y Auxiliares de Justicia. Academia de la Magistratura. NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra, Primera Edición, noviembre de 2004. Pág. 38.

2.- LA FAMILIA: UNIONES MATRIMONIALES Y NO MATRIMONIALES

La familia es un instituto natural que goza de protección constitucional, empero los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de las uniones de hecho, ponen en debate jurídico si ambas instituciones se encuentran equiparadas o si existen diferencias irreconciliables entre ellas.

A través de la historia y como parte de la vocación excluyente de la legislación ochocentística, los Códigos civiles - que arrebataron al derecho canónico el modelo familiar basado en el matrimonio y lo convirtieron en convención (lo laicizaron)- condenaron al exilio legal a cualquier otra forma de constitución de una familia. Los concubinos fueron perseguidos y deslegitimados al no reconocérseles efectos jurídicos de ninguna clase. Los hijos de esas uniones de hecho, por lo demás, fueron estigmatizados como bastardos⁵.

Algunos entendidos en la materia familiar como la Dra. Rosario de la Fuente-Hontañón⁶, sostiene citando a Wójcik⁷, que el matrimonio y la unión de hecho o concubinato, son dos realidades distintas, desiguales y que requieren un tratamiento desigual, y no por el mero deseo del legislador, o de los mismos concubinos, se puede convertir en Derecho. Napoleón ya lo advirtió, los concubinos no quieren estar sometidos a la ley, entonces que la ley no los tenga en cuenta; aún más, citando al Jurista Álvaro d Ors, se destaca que “Eva nació casada”. Ya la multiplicación del género humano hizo posible que el matrimonio dependiera de la voluntad de los cónyuges. Sin embargo, al haberse introducido el divorcio vincular, en la mayoría de los países, se puede decir que además

5 VEGA MERE, Yuri, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana de Ciudad de México. Vol XXVIII, 2010, 535-555, P. 546.

6 DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario. REVISTA JURÍDICA de la Universidad de Piura – Repositorio Institucional PIRHUA, 25 (1), 1-4, 2013. Algunas reflexiones en torno a la Ley 30007: ¿similitud o equiparación de derechos hereditarios a los concubinos?, ¿una ley desfiguradora de la familia tradicional?, p. 5.

7 Cfr. Wójcik, A, Pareja de Hecho y matrimonio, Un estudio de diferencias, Pamplona, 2002, p 23 citado por DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario, EN REVISTA JURÍDICA de la Universidad de Piura – Repositorio Institucional PIRHUA, 25 (1), 1-4, 2013. Algunas reflexiones en torno a la Ley 30007: ¿similitud o equiparación de derechos hereditarios a los concubinos?, ¿una ley desfiguradora de la familia tradicional?, p. 5.

de ser contrario al derecho natural, ha supuesto la desaparición o muerte del matrimonio como institución⁸.

Sin embargo, no obstante estas posiciones de abierta defensa a la institución del matrimonio, existen otras que defienden lo contrario respecto a equiparar a la Unión de Hecho con el matrimonio y que se regule las nuevas formas de familia, como las posiciones expuestas por el Dr. Yuri Vega Mere, quien sostiene que la Constitución protege a la familia en general, independientemente de que exista o no vínculo nupcial, citando a José Luis Serrano⁹ refiere que el matrimonio ha sido reconducido a la categoría de derecho subjetivo en el sentido de que la persona tienen derecho a contraer o no contraer matrimonio. Pero el autor peruano, partiendo de la protección constitucional a la familia, sostiene que el concubinato ha dejado de ser un matrimonio de segundo rango y su admisión por diversos ordenamientos no ha sido ni es considerada como un atentado contra las uniones conyugales pues aquella no se regula desmontando los principios del matrimonio. Son opciones que el legislador ha tenido, finalmente, que admitir por cuanto lo que privilegia es la familia y no la ceremonia o la formalidad que rodea su inicio¹⁰.

El Dr. Alex Plácido, sostiene que no debe existir una plena identificación entre el concepto de familia y el de familia “matrimonial”. pues desde que la ratio de la Constitución Política del Perú, en los artículos 4 – que reconoce los principios de protección de la familia y de promoción del matrimonio – y 5 – que admite el principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho propias o sin impedimento matrimonial- es sobre todo positiva: proteger a la única familia que la Constitución considera tal, sin considerar su base de constitución legal o de hecho; prefiriendo el matrimonio antes que a otras unidades

8 Cfr. D Ors, A, Nueva Introducción al estudio del Derecho, Madrid, 1999, pp 151-152, citado por DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario, EN REVISTA JURÍDICA de la Universidad de Piura – Repositorio Institucional PIRHUA, 25 (1), 1-4, 2013. Algunas reflexiones en torno a la Ley 30007: ¿similitud o equiparación de derechos hereditarios a los concubinos?, ¿una ley desfiguradora de la familia tradicional?, p. 4

9 SERRANO, José Luis, “La Familia como asunto de Estado. El matrimonio como derecho ciudadano”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España), 4, 2001. P.45 ss. EN: VEGA MERE, Yuri, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana de Ciudad de México. Vol XXVIII, 2010, 535-555, P. 549.

10 Ibidem, p. 549.

convivenciales more uxorio. Surgiendo de la Unión de Hecho una familia, ésta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico; sin desconocer que debe promoverse el matrimonio como su base de constitución¹¹.

Por su parte el Dr. Enrique Varsi Rospigliosi¹², refiere que tradicionalmente la unión de hecho – también denominada concubinato o unión extramatrimonial – concitaba una percepción negativa y de rechazo por parte de cierto sector de la sociedad, concibiéndola como una forma de vida inmoral, situación que no se condecía con la realidad, tradiciones y cultura de otro gran sector de la sociedad peruana. Reflejo de ello era la ausencia del reconocimiento de efectos legales a este tipo de uniones. No obstante, el incremento de las prácticas convivenciales y la mayor secularización de la sociedad y del Estado (y su legislación) fue imponiendo un contexto a partir del cual se comenzaron a plantear respuestas - primero jurisprudencialmente y luego a nivel constitucional – a esta realidad social.

Es que la realidad no puede ser soslayada por la sociedad, ni mucho menos por el legislador, la realidad nos muestra la trascendencia que ha adquirido la institución de la unión de hecho en nuestro medio, pues, por diversas razones, las parejas pierden cada vez más confianza en el matrimonio para darle reconocimiento jurídico a su unión intersexual¹³. Sobre la Unión de hecho, termina agregando Enrique Varsi, aún existe un gran vacío normativo en relación a esta institución que no concuerda con la realidad y con la fuerza in crescendo que posee en la práctica esta institución jurídica.

Para llegar a comprender este tema, es de singular importancia el análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional como por ejemplo las sentencias recaídas en los procesos signados con los números: 03605-2005-AA y 09708-2006-PA.

11 PLÁCIDO V, Alex F. Manual de Derecho de Familia, Lima Gaceta Jurídica, 2002. P. 24-25

12 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Tratado de Derecho de Familia, Tomo I, La nueva teoría institucional y jurídica de la familia, Lima, Gaceta Jurídica, 2011, p. 297.

13 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, El nuevo rostro del Derecho de Familia, Comentarios a la nueva Ley No. 30007 sobre los Derechos Sucesorios en las Uniones de Hecho, Motivensa Editora Jurídica, 2014, p. 71

El Tribunal Constitucional en la sentencia No. 03605-2005-AA, apunta en su fundamento 5, que: "... hay que entender que no se puede tratar por igual al matrimonio y a las uniones de hecho, pues al ser situaciones disímiles deben ser tratadas desigualmente. Si no se puede obligar a nadie a casarse, tampoco se puede obligar a tener los efectos previsionales propios del matrimonio. Y lo que la norma fundamental quiere es favorecer al matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional...".

El Tribunal Constitucional en la sentencia 09708-2006-PA, establece en su fundamento 6, que: "... tanto la norma del artículo 5 de la Constitución como el artículo 326° del Código Civil, establecen que el reconocimiento de la unión de hecho da lugar a la comunidad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero además la pareja se comporta como cónyuge, asumiendo finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio...".

De la lectura de ambas sentencias se advierte que el Tribunal Constitucional resuelve ambos casos en el año 2007, bajo perspectivas constitucionales distintas, una bajo el imperio de la Constitución de 1979 y la otra bajo el imperio de la Constitución de 1993, sin advertir que ambos casos fueron demandados bajo la vigencia de la actual Constitución de 1993 en la cual se protege a la familia, se promociona el matrimonio y se ampara la unión de hecho, es decir, existe una separación conceptual entre la familia y matrimonio que la Constitución de 1979 protegía y que la actual ya no lo hace respecto al matrimonio.

Con sus yerros y aciertos, debemos reconocer que el Tribunal Constitucional ha ido desarrollando dentro de su doctrina varios campos del Derecho de Familia que antes eran tabú, como por ejemplo el reconocimiento de derechos a favor de las uniones de hecho (pensión de viudez en el sistema público, herencia, etc), de la familia ensamblada, entre otras.

3.- LA HERENCIA ENTRE INTEGRANTES DE UNIÓN DE HECHO

La Ley No. 30007, promulgada el 17 de abril de 2013, otorga derechos sucesorios entre los integrantes de unión de hecho. Esta ley se ocupa exclusivamente del concubinato propio, más no del impropio, pues en su artículo 1° establece que la ley tiene por objeto reconocer derechos sucesorios entre un

varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial que conforman una unión de hecho¹⁴.

Conforme al mismo texto de la norma, se modifican los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del Código Procesal Civil, y los artículos 35, 38 y el inc. 4 del artículo 39 de la Ley 26662.

Es de singular importancia el artículo 2° de la citada norma por cuanto establece que para la procedencia de los derechos sucesorios en una unión de hecho es requisito que reúna las condiciones del artículo 326° del Código Civil y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros; además el artículo 3° de la ley, establece que para el reconocimiento del derecho sucesorio a favor de los miembros de la unión de hecho, la misma tiene que estar inscrita en el Registro Personal, y sin perjuicio de ello el integrante sobreviviente de la unión de hecho puede solicitar el reconocimiento judicial si antes del fallecimiento del causante no se hubiere realizado la inscripción registral señalada.

Es verdad que es un gran avance en la intención de tratar de equiparar a la unión de hecho con el matrimonio, sin embargo, no podemos hablar de una igualdad en puridad, sin embargo falta poco, por ello, que la mejor fórmula legal que permita la igualdad sería el que se establezca que toda referencia a cónyuge, debe también entenderse referida al conviviente.¹⁵

4.- OTRAS FORMAS DE FAMILIAS: FAMILIAS RECONSTITUIDAS O ENSAMBLADAS, MONOPARENTALES Y LA UNIÓN ENTRE PERSONAS DE UN MISMO SEXO

Sobre el tema de las familias reconstituidas o ensambladas es de particular importancia partir del análisis objetivo de la Constitución Política de 1993,

14 VILLÓN ANGELES, Nilza Guadalupe, El nuevo rostro del Derecho de Familia, Comentarios a la nueva Ley No. 30007 sobre los Derechos Sucesorios en las Uniones de Hecho- La ley No. 30007, Un avance hacia la concepción pluralista de la familia, Motivensa Editora Jurídica, 2014, p. 95.

15 Ibidem. P.101

el Código Civil de 1984 y las sentencias del Tribunal Constitucional, expedientes No. 09332-2006-PA/TC y Exp. 04493-2008-PA/TC.

En la sentencia No. 09332-2006-PA/TC, el Tribunal constitucional hace un análisis del modelo constitucional de familia, señalando en su fundamento 7 que desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, cambios sociales y jurídicos tales como la cada vez más creciente inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o la que las doctrinas han denominado familias reconstituidas.

En su fundamento 8 de la sentencia en comentario, el Tribunal Constitucional, citando a Beatriz Ramos Cabanellas¹⁶, señala que no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de las llamadas familias ensambladas, reconstituidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familias-tras, son familias que se conforman a partir de la viudez o divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como: “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”. Indica el Tribunal constitucional que la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada en el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional. El Tribunal estima que en contextos donde el hijastro o hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En consecuencia, formada la nueva familia, no puede haber diferencia de trato

16 RAMOS CABANELLAS, Beatriz. “Regulación legal de la denominada familia ensamblada”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Uruguay, 2006. P. 192, EN STC No. 09332-2006-AA, fundamento 8, p. 3.

entre los hijastros y los hijos de la nueva familia conformada, lo que no significa mismos derechos y obligaciones entre los hijos afines y biológicos.

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 04493-2008-PA/TC, ratifica la doctrina y conceptos desarrollados a la luz de los nuevos cambios sociales y las nuevas formas de familia, y sobre el caso en concreto apertura los horizontes del deber familiar de los alimentos hacia los hijos sociales o afines, en tanto que no hay impedimento para ello y como una manifestación de solidaridad, valor constitucional en el Estado Social de Derecho, lo que no implica de modo alguno que los padres biológicos puedan dejar de cumplir con sus deberes alimentarios.

4.1. FAMILIAS MONOPARENTALES

La familia monoparental al igual que la familia ensamblada, no cuenta con regulación legal, pero sí con amparo constitucional y es que como apuntaba el Tribunal Constitucional, estas nuevas formas de familia son expresión de la realidad, sin embargo, la familia monoparental se caracteriza porque la cabeza de la familia es una sola persona y son formadas principalmente por viudos (as) y sus hijos, divorciados (as) o separados (as) y por madres solteras.

4.2. LA UNIÓN ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente No. 00139-2013-PA/TC, se pronuncia sobre una demanda de acción de amparo en la cual la persona de iniciales P.E.M.M. solicitaba el cambio de sexo (de masculino a femenino), en su documento de identidad y por consiguiente en su partida de nacimiento, habiendo emplazado al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC y el Ministerio Público. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional resolvió declarando infundada la demanda, al no haberse acreditado la afectación del derecho fundamental a la identidad; sin embargo, es de particular importancia los fundamentos 29 y 36 de la referida sentencia. En el fundamento 29, el Tribunal Constitucional deja en claro que como en otros pronunciamientos, no cabe dictar precedentes vinculantes “sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública” (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 46). Por otra parte en el fundamento 36, el Tribunal

Constitucional refiere: “De esta forma, este Tribunal estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial que contravendría el principio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) y el principio de corrección funcional (cfr STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12), pues el matrimonio – en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de Familia que configura el Derecho civil- debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes (artículos 43,45 y 90 de la Constitución), por lo que la discusión y eventual decisión debe hacerse en sede legislativa – cuyo producto legal podrá luego estar sujeto, por supuesto, al control de la jurisdicción constitucional – pero no jurisprudencialmente, ya que el diálogo democrático implica la discusión abierta al pueblo y a los parlamentarios que lo representan (...)”.

Sin embargo, hasta la fecha el Congreso no ha tomado un diálogo con las diversas instituciones sobre el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo, quedando como un tema de agenda y pendiente de resolver, no obstante la exhortación efectuada por el Tribunal Constitucional a efecto de que se resuelva en el campo legislativo y no judicial.

5.- LA LEY 27495 – LEY QUE INCORPORA LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y SUBSECUENTE DIVORCIO

Esta ley importa una gran reforma al actual régimen de decaimiento y disolución del vínculo matrimonial. Por mucho tiempo la legislación sólo regulaba el llamado “divorcio-sanción”, o sistema subjetivo, mientras que con la citada ley se regula el sistema del “divorcio-remedio”, o sistema objetivo que prescinde de la culpa y se funda en la ruptura de la convivencia conyugal sin indagar motivaciones¹⁷.

17 PLÁCIDO VILCACHAHUA, ALEX. Divorcio – Reforma del Régimen de Decaimiento y Disolución del Matrimonio, cuestiones sustantivas y aspectos procesales de la Ley 27495. P. 79.

La legislación peruana participa de un sistema mixto de divorcio, pues conforme a la reforma introducida por la Ley 27495, se contempla causales subjetivas o inculpatorias, propias del sistema del “divorcio-sanción” (artículo 333, incisos 1 al 11 del Código Civil), y las causales no inculpatorias de la separación de hecho y del acuerdo de los cónyuges, del sistema del “divorcio-remedio” (artículo 333, incisos 12 y 13 del Código Civil)¹⁸.

Esta reforma al actual régimen de decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, trajo algunos inconvenientes de interpretación a nivel judicial, como por ejemplo el artículo 345-A del Código Civil, respecto a la indemnización del cónyuge perjudicado que incluso fue materia de la Convocatoria de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, a la realización del Tercer Pleno Casatorio Civil¹⁹, el mismo que concluyó en reglas que constituye precedente judicial vinculante, entre otros:

- En los procesos de familia, como en los alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Perú, que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

- En los procesos sobre divorcio- y de separación de cuerpos- por la causal de separación de hecho, el juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con

18 Ibidem. P. 80.

19 TERCER PLENO CASATORIO CIVIL, Corte Suprema de la República, casación No. 4664-2010-Puno. P. 83.

lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio, señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

-- Otras reglas sobre la indemnización.

Sin embargo, es de advertir que el Tribunal Constitucional con la reciente sentencia STC, recaída en el Exp. No. 00782-2013-PA/TC, ha adicionado un supuesto al Tercer Pleno Casatorio que el Poder Judicial había descuidado, en el sentido de que el cónyuge que no muestre interés en expresar que existió perjuicio a su persona tras la separación de hecho, no debería estar sujeto a la indemnización económica. Hasta antes de esta sentencia, los jueces asumían que siempre debería proceder la indemnización por daño moral en casos de separación de hecho.

6.- EL RÉGIMEN DE LA FILIACIÓN: ENTRE LA VERDAD BIOLÓGICA Y LA VERDAD LEGAL

Otro aspecto que nace de los cambios por los que atraviesa el Derecho de Familia es la Filiación, la que tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o maternidad quedan, jurídicamente determinadas. La determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta²⁰.

Conforme a la legislación, la filiación puede ser de tres tipos:

LEGAL: Cuando nace de la propia ley como en el caso de la filiación matrimonial, en la cual la misma ley establece la presunción de paternidad en el artículo 361° del Código Civil, que establece que: “El hijo nacido durante

20 PLÁCIDO, Alex. Op Cit. P. 275.

el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido “e incluso el artículo 362° del Código sustantivo establece la presunción de la filiación matrimonial, cuando refiere: “El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”.

VOLUNTARIA: Cuando nace de la propia voluntad de la persona como en el caso de las filiaciones extramatrimoniales cuando el padre o la madre reconoce a su hijos conforme lo establece el artículo 388° del Código Civil al establecer: “El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno sólo de ellos”.

JUDICIAL: Cuando la filiación extramatrimonial la determina una sentencia, conforme lo establece el artículo 387° del Código Civil que establece: “El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial. Dicho reconocimiento o sentencia declaratoria de paternidad o maternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de éstas.

Desarrollada brevemente la figura de la filiación matrimonial y extra matrimonial, el tema pasa por cuanto durante mucho tiempo sobre la filiación, los Tribunales de Justicia estuvieron aplicando en estricto las normas del Código Civil, haciendo prevalecer la verdad formal, antes que la verdad biológica, dejando de lado la perspectiva constitucional y desconociendo los nuevos métodos científicos para determinar la filiación como la prueba del ADN, sobre este extremo es de advertir que posteriormente el legislador identificó el problema y dictó las normas modificatorias correspondientes a efecto de hacer prevalecer la verdad biológica, sobre la verdad formal, quedando para los jueces la difícil tarea de administrar justicia en temas tan delicados como establecer la filiación de un hijo.

Para la doctrina constitucional, la imagen de la supremacía de la Constitución se convierte en el punto de partida del derecho. Y, en ese contexto, el diseño político afirma la importancia de la separación de poderes – como observa el profesor Pizzorusso -, junto a la posibilidad del control de la constitucionalidad de las leyes, sobre la base de la configuración de la Constitución

como acto del pueblo, y de la legislación como acto de una Asamblea antes que como obra delegada del pueblo. Emerge, por tanto, el poder-deber del Juez de no aplicar la ley inconstitucional, a partir del contraste reconocible entre una ley anterior y una posterior, así como cuando se está frente a una norma ordinaria incompatible con una norma constitucional²¹.

En este escenario, el tipo de decisiones que la democracia demanda de la jurisdicción impide simplificar su papel al de una entidad útil sólo para dirimir conflictos y aplicar la ley²².

Es que el Juez no puede ser un mero aplicador de la norma, pues atrás quedó lo que decía Montesquieu en el sentido que: “el Juez boca de la ley” que quizás en su tiempo nadie se atrevió a discutir por el contexto histórico en la que se asumía que el pueblo soberano había dado una ley y que no había posibilidad de que el pueblo se equivoque.

El artículo 1° de la Constitución Política del Perú establece que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”. Asimismo, en su artículo 2, inciso 1 y artículo 6, nuestra Carta Magna consagra el derecho que tiene toda persona a la vida, a su identidad, entre otros derechos fundamentales, así como la igualdad entre los hijos, lo que se conoce como el principio de igualdad de filiación. Esto guarda estrecha relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la que en su preámbulo establece que los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la Justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana. Por otro lado, la Convención sobre los derechos del niño establece en su artículo 7° que: “En niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (...)”, y el artículo 8°

21 GONZALES MANTILLA, Gorki. LOS JUECES, Carrera Judicial y Cultura Jurídica. Editorial Palestra, Primera Edición, 2009. P.77

22 Ibidem, p. 82

que establece: “1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre, y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. Por último, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 6° prescribe: “El niño y el adolescente tiene derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos (...)”

Bajo este contexto, de normas constitucionales y de tratados internacionales, de los cuales el Perú es parte, la verdad biológica de la paternidad o maternidad, debe abrirse paso frente a la verdad formal establecida en la ley y en los Códigos sustantivo y adjetivo; dejando de lado el todo formalismo procesal o tecnicismo jurídico que impide a las personas saber quiénes son sus padres.

No obstante ello, es de advertir que existen normas en nuestro ordenamiento jurídico que han ido promulgándose en el transcurso del tiempo y que intentan priorizar la verdad biológica, frente a la verdad puramente formal; como la Ley No. 27048, del 28 de diciembre de 1998, Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de la paternidad y maternidad, que en su artículo 1, establece que: “En los casos de negación de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los artículos 363°, 371° y 373° del Código Civil, es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza (...)”. La norma modifica los artículos 363°, 402°, 413° y 415° del Código Civil, y asimismo establece la obligación del Estado para determinar el establecimiento de mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas

con igual o mayor grado de certeza, otorgando la oportunidad al demandante para acogerse a los alcances del auxilio judicial establecido en los artículos 179° al 187° del Código Procesal Civil. Asimismo, la norma establece una responsabilidad y el pago de una indemnización que será fijada a criterio del Juez, para la persona que de mala fe inicia un proceso de declaración de paternidad valiéndose de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, ocasionando con ello un daño moral y económico al demandado.

Es de particular importancia las modificaciones dadas bajo el imperio de la ley 27048, respecto a los artículos 363° (negación de la paternidad matrimonial) y 402° (respecto de la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial), pues con ellas, se pierde importancia las presunciones legales frente al descubrimiento de la verdad biológica sobre la filiación (matrimonial o extramatrimonial) a través de los medios probatorios de carácter científico como la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Los jueces hoy en día, siempre bajo una perspectiva constitucional de la filiación, cuando encuentran trabas para llegar a la verdad biológica como por ejemplo el artículo 364° del Código Civil (plazo de 90 días para contestar la paternidad, en la filiación matrimonial) o artículo 400° del Código Civil (plazo para negar el reconocimiento, en la filiación extra matrimonial), entre otras normas de orden formal, hacen uso de lo dispuesto en el artículo 138° de la Constitución Política del Perú, que establece que: “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”, norma constitucional que resulta concordante con el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución, estableciendo el mecanismo de la consulta en caso la resolución judicial no sea apelada. Así pues, con las herramientas constitucionales y legales que privilegian, entre otros, el derecho a la identidad, los jueces haciendo uso del control difuso, inaplican la norma incompatible con la constitución, sin afectar su vigencia.

En lo que respecta a la impugnación del reconocimiento, es de advertir que el artículo 395° del Código Civil establece que el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable; sin embargo, la Sala Civil permanente de la Corte Suprema de la República, se ha pronunciado sobre la impugnación del reconocimiento y ha establecido dos vías para impugnar el reconocimiento, conforme se advierte de la Casación No. 1831-2010-LIMA NORTE, en la cual establece: “El artículo 395 del Código Civil no prohíbe al reconociente la posibilidad de que pueda impugnar el reconocimiento, ya que si este es válido asume el carácter de irrevocable. Asimismo, la citada norma no impide la invalidez del reconocimiento, pues en términos generales, este puede ser impugnado por dos vías: a) la acción de invalidez y b) la acción de impugnación propiamente dicha. La primera se hace efectiva mediante la aplicación de los principios generales relativos a la invalidez del acto jurídico y la segunda, se basa en que el reconocimiento realizado puede no ser acorde con la realidad del vínculo biológico”.

7.- LA LEY 28457: LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

La Ley 28457, fue promulgada el catorce de diciembre de 2004 y varios años después fue modificada por la ley No 29715 del 22 de junio de 2011 y Ley No. 29821 del 28 de diciembre de 2011, constituye una ley especial que revolucionó el tratamiento de los procesos de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, la cual sin duda ha tenido varias críticas por destacados juristas como Alex Plácido, Enrique Varsi, Ariano Deho, Rolando Martel Chang, entre otros.

Se trata de una ley que no sólo establece competencia y vía procedimental especial para la pretensión de reclamación de paternidad extramatrimonial que se sustenten en el inciso 6) del artículo 402 del Código Civil, pretensión que se tramita ante el Juzgado de Paz Letrado, mientras que el resto de pretensiones establecidas en artículo 402, inc 1) al 5), se tramitan ante el Juez de Familia.

Señala la ley que quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedirle al juez de paz letrado que expida resolución

declarando la filiación demandada y asimismo faculta a la parte demandante a solicitar como pretensión accesorias, la fijación de una pensión alimentaria, debiendo el juez, además de expedir el mandato declaratorio de paternidad extramatrimonial, correr traslado al emplazado de la pretensión de alimentos. El emplazado tiene diez días de haber sido notificado válidamente para oponerse y absolver el traslado de la pretensión de alimentos sujetándose a lo establecido en el artículo 565 del Código Procesal Civil. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el juez dictará sentencia pronunciándose sobre la pensión de alimentos. La oposición suspende el mandato siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN, siendo el costo de la prueba abonado por la parte demandada en el momento de la toma de las muestras o puede solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil. Formulada la oposición y absuelto el traslado de la pretensión de alimentos, el Juez fijará fecha para la Audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días. En la respectiva audiencia se efectuará la toma de muestras para la prueba del ADN, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo. Asimismo se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 555 y siguientes del Código Procesal Civil en lo que respecta a la pretendida pensión de alimentos. Por el sólo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN, el juez resuelve la causa, no resultando necesario para los efectos de la ley, la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265° del Código Procesal Civil. De acuerdo al resultado de la prueba del ADN, se declarará fundada o infundada la oposición, si se declara fundada la oposición (resultado negativo del ADN), el juez dictará sentencia declarando también infundada la pretensión de alimentos, condenando a la parte demandante al pago de las costas y costos del proceso, y si se declara infundada la oposición (resultado positivo del ADN), se dictará además sentencia respecto a la pretensión de alimentos, condenando al demandado al pago de costas y costos del proceso. Por último, la declaración judicial de paternidad, la resolución que ampara la oposición y/o el fallo relativo a la prestación de alimentos, podrá ser apelado dentro del plazo de tres días de notificado. El Superior jerárquico señalará fecha para la vista de la causa dentro del plazo de diez días y se emitirá sentencia dentro de un plazo que no excederá de diez días.

Alex Plácido en su artículo: “Creditur virgini pregnant...”, volviendo al *ancien droit*: A propósito de la Ley No. 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial²³ refiere que la norma tiene rasgos de inconstitucionalidad por la forma en que se declara la paternidad, nos menciona que esta forma de legislar respecto de la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial importa desconocer que, el derecho del niño a conocer a sus padres, impone como principio rector un sistema de libre investigación de la filiación y que en el Código Civil de 1984 se debe suprimir el sistema de causas determinadas para la investigación de la filiación, es decir, el estado filial deberá encontrar como referencia sólo la realidad biológica, pues la igualdad de los hijos elimina la posibilidad de calificar los vínculos en punto a su naturaleza como matrimoniales o extramatrimoniales, acota el autor peruano.

Por su parte la procesalista Eugenia Ariano Deho, sobre la Ley No. 28457, refiere que no sólo se ha eliminado el contradictorio inicial, no sólo se ha limitado la posibilidad del demandado de defenderse, no sólo se ha eliminado todo rastro de contradictorio en la actuación de la única prueba legal posible, sino que además, se ha eliminado toda posibilidad de apreciación crítica del resultado de la “prueba científica”, reduciendo al juez a ser un “elemento decorativo y simplemente protocolizador” de lo que concluya el laboratorio. De allí que sea lícito preguntarnos: ¿realmente esta ley regula un proceso?²⁴.

Por otro lado, el también procesalista Rolando Martel Chang, sobre la Ley No. 28457, refiere que el nuevo proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, previsto en la ley No. 28457, ha establecido un proceso monitorio, en el que el juez decide ab initio e inaudita parte, mediante cognición sumaria, declarando la paternidad. Por tal motivo, considera que sería adecuado implementar los monitorios documentales, pues de esta forma el juez, si bien resuelve oyendo a una sola de las partes, lo hará no sólo sobre la base del relato fáctico sino a las pruebas aportadas²⁵.

23 PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex. Actualidad Jurídica No. 134, Gaceta Jurídica, enero 2005, p. 43.

24 ARIANO DEHO, Eugenia, Actualidad Jurídica No. 134, Gaceta Jurídica, enero 2005, p. 65.

25 MARTEL CHANG, Rolando. Actualidad Jurídica No. 138, Gaceta Jurídica, mayo 2005, p. 67.

Por último, en todos los procesos de filiación a nivel judicial se establece la participación del Ministerio Público; sin embargo, este tipo de proceso monitorio establecido por la Ley No. 28457, no prevé la participación del Ministerio Público en ninguna instancia.

8.- CONCLUSIONES

1. El Derecho de Familia viene ampliando fronteras y desarrollando instituciones familiares a la luz de un enfoque Constitucional y de Derechos Humanos.
2. La flexibilización de principios y de normas del Derecho de Familia permite que cuando las personas acceden a la justicia, los operadores de justicia se acerquen un poco más a la realidad de la familia o de las personas de su entorno a fin de resolver sus problemas demandados, pues por formalismos procesales no se puede dejar de hacer justicia.
3. Se hace necesario que bajo los parámetros que viene dando el Tribunal Constitucional, y órganos jurisdiccionales, el Congreso de la República revise y reforme la legislación en temas del Derecho de Familia teniendo en cuenta la realidad social y familiar.
4. La institución de la unión de hecho todavía no llega a equipararse del todo con la institución del matrimonio, empero en la actualidad, si se ha logrado varios derechos a partir del amparo constitucional a las uniones de hecho, como por ejemplo la sociedad de bienes que se sujeta al régimen de gananciales, la herencia entre los integrantes de la unión de hecho, pensión alimenticia o indemnización (en caso de ruptura unilateral de la unión de hecho), entre otros.
5. Conforme a lo expuesto por otros autores y a efecto de lograr una igualdad entre el matrimonio y la unión de hecho, sería conveniente que el Congreso de la República expida una ley por la cual se establezca que en toda referencia que se haga al cónyuge en el Código Civil y demás normas sobre la institución familiar del matrimonio, también debe entenderse referida al integrante de la unión de hecho.
6. Conforme a lo expuesto por otros autores se debe modificar el Código Civil a efecto de que se establezca un sistema de libre investigación de la filiación en busca de la verdad biológica y suprimir el sistema de causas determinadas para la investigación de la filiación que actualmente se consagra en el Código Civil.

Los Treinta y un años del Código Civil Peruano: “Una reflexión desde su entrada en vigencia”

The Thirty one years of peruvian civil code:
“A reflection from its entry into force”

Vicenta Bárbara Sandoval Samaniego
Profesora de la Facultad de Derecho de la UNMSM

SUMARIO:

- I.- Introducción.*
- II.- Codificación Civil en el Perú.*
- III.- Tendencias actuales de la Codificación en Latinoamérica.*
- IV.- La Reforma del Código Civil Peruano de 1984.*
 - 4.1.- Ideas que se esbozan en oposición a una reforma integral.*
 - 4.2.- Ideas que se esbozan a favor de una reforma integral.*
- V.- Recomendaciones.*
- VI.- Bibliografía.*

RESUMEN

Con motivo de la conmemoración de los treinta y un años del código civil peruano de 1984, es ocasión propicia para analizar algunos de sus aportes, las reformas que ha tenido en las tres décadas transcurridas y los asuntos pendientes; por lo cual se partirá desde un enfoque histórico de la codificación del código civil en aras a entender mejor sus instituciones jurídicas, así como develar su verdadero sentido; así mismo destacaremos la importancia de nuestros códigos civiles promulgados en su debido momento, las cuales reflejaron la realidad peruana en las distintas etapas de nuestra historia republicana.

Por otra parte se resaltará las tendencias reformadoras tanto en el Perú como en el resto de países latinoamericanos, en las cual se impulsan comisiones con miras a innovar las instituciones jurídicas como respuesta a una exigencia que se demanda de la realidad política, económica y social que se vive en la actualidad.

ABSTRACT

With commemoration thirty one years of the Peruvian Civil Code of 1984, is occasion to analyze some of their contributions, the reforms have had in three decades and the outstanding issues; so we will start from a historical approach to the codification of civil code in order to better understand their legal institutions, as well as revealing its true sense; Also we highlight the importance of our civil codes enacted in due course, which reflected the Peruvian reality at different stages of our republican history.

Moreover the reforming trends in both Peru and other Latin American countries, in which commissions are driven towards legal institutions to innovate in response to a requirement demanded of the political, economic and social reality that is highlighted we live in today.

PALABRA CLAVE

Historia de la codificación civil Código Civil Reforma Tendencias
Actuales realidad peruana

KEY WORDS

History of the civil code Civil Code reform Current
trends Peruvian reality

I.- INTRODUCCIÓN

El Código Civil es considerado como la norma del hombre común, de las situaciones y relaciones cotidianas, la norma que contiene la esencia de la dinámica social. Es en este sentido la norma más importante del sistema jurídico, precisamente por ser el continente legal propio del hombre común sin el que ninguna sociedad es posible. En los últimos treinta y un años, que es esencialmente el tiempo en el que ha estado vigente nuestro Código, se han producido cambios en el mundo que nuestros codificadores no pudieron

“El Código Civil Peruano cumple 31 años de vigencia cumpliendo con garantizar el derecho de las personas y de la propiedad. Sin embargo, en este periodo, la sociedad ha cambiado y todos los desarrollos conseguidos no están contemplados en esta norma por lo que debe ser reformulada”.

prever: la globalización, el avance de la informática, la reforma del Estado a nivel mundial y el consiguiente proceso de privatización de muchas de sus funciones, el desarrollo de la biotecnología y el triunfo de la economía de mercado ofrecen sin duda un nuevo escenario al codificador de este siglo.

Muchos señalan que al traspasar el umbral del tercer milenio, el Código Civil peruano vigente se quedó en el milenio pasado, por ser este un código del anterior milenio.

Ante esta situación cabe la pregunta *¿Se debe tener un código civil moderno y adecuado a las nuevas realidades que nos exige el contexto actual?* Creo que la respuesta es obvia, sí. Pero igualmente surge otra interrogante *¿Es nuestro código lo suficientemente firme y estable para enfrentar las situaciones y relaciones jurídicas que la sociedad exige en este tiempo y con miras al futuro?*, esta última interrogante merece una reflexión que contribuya a un mayor análisis por la juridicidad peruana y sobretodo de las facultades de Derecho y las escuelas de post grado.

La reforma de un Código no es tarea fácil, no se trata de una simple modificación legal, ni de la puesta al día con los avances de la doctrina. En el Código Civil se plasma la manera como la sociedad entiende las relaciones entre los particulares que la componen. De ahí que el Código no puede ser solo un conjunto de tecnicismos que apunten a facilitar las transacciones en el mercado, aunque es inocultable la importancia de esto.

Considero que el Derecho de un país debe basarse en cuatro columnas fundamentales: La Legislación, la Doctrina, La Jurisprudencia y el Proceso eficaz. En tanto alguna de ellas no satisfaga a regular adecuadamente y dar solución a los problemas que surgen en la sociedad respecto a las situaciones y relaciones jurídicas, entonces debe merecer un profundo análisis el rol del derecho frente a la convivencia humana.

Es totalmente cierto que con el advenimiento del tercer milenio, aparecieron situaciones nuevas tanto en lo cultural, político, social y económicas, que conllevaron a una nueva problemática a solucionar, para ello hasta la fecha se dieron una serie de modificaciones que desintegran en gran medida el espíritu del código civil de 1984.

Por eso, del Código solo ha de innovarse lo estrictamente indispensable, y en ningún caso innovar por mera moda. El Código Civil es una pieza angular en la arquitectura jurídica de un país; y los países no se desarrollan por el cambio permanente de sus leyes sino por el realismo de éstas y por su celoso respeto.

II.- CODIFICACIÓN CIVIL EN EL PERÚ

Resulta necesario tener en cuenta para esta reflexión, la evolución de nuestro derecho civil codificado, teniendo en cuenta que en un primer momento fueron las leyes hispanas las que tuvieron vigencia en nuestro país no sólo en la época de la conquista sino después de la independencia en 1821, puesto que dichas normas estuvieron vigentes con pocas modificaciones hasta nuestro primer código civil de 1852, pero hubo dos hechos jurídicos importantes a considerar la dación del Código de la Confederación Perú - Boliviana conocido como Código de Santa Cruz de 1836¹, vigente solo por pocos meses de manera parcial y el otro fue el proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836².

1 Código civil del Estado Nor Peruano, Imprenta mecías, Lima 1836.

2 Fundamentos de la historia del Derecho (1956), Jorge Basadre; donde se analiza la teoría y técnica de la historia del derecho, el alcance del derecho en el tiempo y las características de la evolución jurídica peruana.

Nuestro primer código Civil es el de 1852, que para algunos no es sino el primer Código propiamente latinoamericano si se le puede llamar así, (puesto que los Códigos Civiles de Bolivia y Haití eran considerados como copia del Código de Napoleón o Código francés de 1804)³. El Código de 1852 contenía un título preliminar y tres libros sobre personas (personas y familia), cosas (derechos reales y derecho de sucesiones), obligaciones y contratos. Estuvo vigente 84 años. Para algunos juristas un código de eminente corte francés, para otros sin embargo era original y basado en el derecho castellano (de raigambre romanista) que anteriormente rigió en su territorio. Sobre esta nada draconiana discusión de la influencia francesa del código, recordemos que era común que países latinoamericanos en sus primeros códigos tuvieron marcada influencia del código civil francés como es el caso de Haití, Bolivia, así como también en 1865 el código italiano seguía en líneas generales al Código Napoleónico. Como una última idea, el código de 1852 se caracterizaba por ser pedagógico y de fácil interpretación⁴.

Los codificadores del 1852 se inspiraron fundamentalmente en el Código Civil francés, pero también en el Derecho Español, especialmente el Derecho Castellano, el Derecho de Indias y el Derecho Canónico.

Se inspira, en la orientación Germánica, sea directamente a través del Código alemán de 1900; las instituciones tradicionales se mantuvieron, adaptándolas y modernizándolas conforme a las necesidades de la época. En realidad, la reforma de un Código no significa la destrucción de las instituciones existentes, porque la infraestructura social no cambia totalmente; las transformaciones culturales que aportan nuevo vigor a las instituciones jurídicas, únicamente cuando se han consolidado en la conciencia social, exigen nuevas formulaciones.

El segundo Código Civil es de 1936⁵, estructurado por un título preliminar y de cinco libros denominados personas, familia, sucesiones, derechos reales y obligaciones, finalmente contratos. Tuvo una vigencia de 48 años. Su influencia directa es la codificación alemana y puntualmente el Bürgerliches Gesetzbuch o BGB alemán, cuya redacción comenzó en 1881 por un

- 3 Cfr. Domingo, R. (2012), Elementos de Derecho Romano, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, pp. 78-79; cfr. Ramos Núñez, C. (2006), Historia del Derecho civil peruano. Siglos XIX y XX, Tomo V, Vol. II, pp.529-542.
- 4 Vargas Ugarte, Rubén: "Historia General Del Perú", X Tomos, Carlos Milla Batres, Lima, 1971.
- 5 Código civil peruano de 1936, Librería Mejía Baca, Lima, 1955.

deseo de tener un código civil al igual que Francia, pese al desacuerdo de la famosa escuela histórica del derecho y su máximo exponente Savigny. El BGB que entra en vigencia el 01 de enero de 1900 y que fue reformado en el derecho de Obligaciones el 2002 sigue siendo de influencia en códigos Actuales en Latinoamérica, Como en México y Paraguay. El código de 1936 se caracterizó por su tecnicismo, comprensible solo por algunos.

Por un orden cronológico, es momento de redescubrir en su totalidad nuestro flamante código civil y que mejor citando al maestro de las obligaciones el Dr. Felipe Osterling Parodi que nos recuerda que el entonces ministro de justicia, Dr. Carlos Fernández Sessarego⁶, opto no por preparar una ley de enmiendas, sino por la ardua y difícil tarea de redactar el proyecto de un nuevo código civil.

Una de las razones que motivo esa decisión fue que el derecho civil pusiera mayor énfasis en la persona humana y no en el patrimonio, se quería lograr un código inspirado en el más profundo humanismo⁷.

Un primer acto es el decreto supremo N° 95 del 1 de marzo de 1965⁸, ya

-
- 6 Fernández Sessarego, Carlos, Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Código Civil peruano en "Mercurio Peruano", Lima, mayo-junio de 1964. Como se ha señalado en precedencia, también publicado en el "Boletín del Instituto de Derecho Comparado del Perú", Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, enero-diciembre de 1965 y en el libro Nuevas orientaciones del derecho, editado en Lima por el Colegio de Abogados en 1965, así como, a pedido de la Universidad de Lima y editado por esta casa de estudios, este ensayo aparece también como capítulo primero del libro La persona en la doctrina jurídica contemporánea, en 1984.
 - 7 Fernández Sessarego, Carlos, Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil, en el libro del autor "La persona en la doctrina jurídica contemporánea", ob. cit., pág. 22.
 - 8 El siguiente es el texto del Decreto Supremo N° 95 del primero de marzo de 1965:
"El Presidente de la República
Considerando:
 - Que el Ministerio de Justicia y Culto es órgano del Estado a cuyo cargo se halla básicamente la
 - promoción del orden jurídico;
 - Que para cumplir debidamente tal función debe cuidar de mantener los Códigos y las Leyes fundamentales en constante adecuación con los avances de la doctrina, los aportes de la jurisprudencia, el derecho comparado y las necesidades de la realidad nacional;

que se constituye la comisión encargada del estudio y revisión del código de 1936. Maestros como José León Barandiarán, Felipe Osterling Parodi, Rómulo Lannata, Héctor Comejo Chávez, Max Arias Schreiber, Manuel de la Puente y Lavalle, y demás destacados juristas conformaban aquella comisión. Sobre este punto se hace interesante recordar que en 1864 en Argentina el presidente Bartolomé Mitre dio el encargo a un solo jurista de redactar el código civil, dicho acontecimiento puede ser criticado pero lo cierto es que en 5 años Dalmacio Vélez Sarsfield culminó la tarea asignada⁹.

- Que es necesario, además, coordinar determinadas Leyes con los Códigos Nacionales;
- Que, por otra parte, conviene hacer una revisión de dichos Códigos a fin de subsanar las deficiencias advertidas en el tiempo que llevan de vigencia;
- Que, asimismo, es necesario estudiar las leyes implicantes con los Códigos con el fin de solicitarse la reforma o derogatoria de aquéllas;
- Que esta labor debe ser permanente y entregada a comisiones de especialistas en cada rama del derecho; que entre los Códigos que merecen inmediata y preferente atención para su estudio se encuentra el Código Civil:

DECRETA:

- 1º.- Se establece una Comisión que se encargará del estudio y revisión del Código Civil, con el objeto de proponer las enmiendas que justifiquen las deficiencias advertidas durante la vigencia de dicho cuerpo de leyes.
 - 2º.- La Comisión estará integrada por el Ministro de Justicia y Culto que la presidirá, por un delegado designado por la Corte Suprema, y por los señores doctores don José León Barandiarán, don Félix Navarro Irvine, don Rómulo E. Lanatta Guilhem, don Jorge Vega García, don Jorge Eugenio Castañeda, don Héctor Comejo Chávez, don Max Arias Schreiber y el Asesor Jurídico del Despacho Ministerial, don Ismael Biélich Flórez. Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, el primer día del mes de marzo de mil novecientos sesenta y cinco.
- 9 Diversos autores se han referido a la historia externa del Código Civil peruano de 1984, lo que nos ahorra el detenernos en este punto. Véase, entre otros, de Max Arias Schreiber *El nuevo Código Civil del Perú* en "El derecho y los problemas contemporáneos", Córdoba, Argentina, 1991 y "Luces y sombras del Código Civil", ob. cit.; Fernando Vidal Ramírez, Presentación en el "Código Civil", edición oficial, Lima, Ministerio de Justicia, 1998; Basadre Ayulo, Jorge, *Apuntes para una historia externa del Código Civil de 1984* en "Instituciones del Derecho civil peruano (Visión histórica)", t. I, Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente y Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 1996; Vega Mere, Yuri en el estudio preliminar del Código Civil editado en Lima por Grijley, bajo el título de *El Código Civil al inicio de un nuevo milenio*, 2001, entre otros trabajos. Por su parte, Carlos Ramos Núñez está llevando a cabo el trabajo de elaborar la *Historia del Derecho peruano* cuya consulta es de rigor.

Continuando con este raudo recorrido histórico, fue promulgada el 24 de julio de 1984 un nuevo código civil que en la actualidad aún está en vigencia, mediante decreto legislativo Nro.295, un inefable acontecimiento que llenaba de orgullo, admiración y emoción al derecho nacional y sus operadores; y se encuentra vigente desde el 14 de noviembre de 1984¹⁰. Estructurado por un título preliminar y de diez libros que son personas, acto jurídico, familia, sucesiones, derechos reales, obligaciones, fuentes de las obligaciones, prescripción y caducidad, registros públicos y derecho internacional privado¹¹.

En aquel código de 1984 se aprecia una influencia del código italiano de 1942, recordemos que este último es producto del proyecto que reemplazaba el Código de 1865 y que comenzó en 1922. Se dice que el código italiano es conciliador de dos modelos como es el francés y alemán¹².

Una de las virtudes de nuestro código es que equilibra a los códigos de 1852 y 1936 en su técnica por no ser tan pedagógica o con abundante tecnicismo sofisticado.

Hoy Algunos opinan que debemos derogar el Código Civil, otros en adecuar, verificar y modificar los artículos que son desfasados de la realidad. Lo importante es ser conscientes que el tiempo y el derecho no son estáticos, el tiempo no se detiene y por ello las relaciones culturales y sociales cambian. El derecho como las instituciones no envejecen, pero sí su contenido va cambiando.

Como ejemplo el surgimiento de nuevas formas de contratación, innumerables reformas legislativas en todas las áreas del derecho peruano, avances en la ciencia, la tecnología, la bioética, los conceptos de reproducción humana asistida, fecundación invitro, trasplantes, la aparición del consumidor como sujeto cautelado.

10 Código Civil Peruano De 1984, Edición Oficial, Lima, 2010.

11 El doctor Jorge Eugenio Castañeda aparece como presente en las sesiones de la Comisión Reformadora de los días 27 de abril, 3, 17 y 24 de mayo y 14 de junio de 1965. A partir de esta fecha dejó de concurrir a las sesiones sin explicación alguna, pues en ningún momento cursó una carta de renuncia a seguir perteneciendo al seno de la Comisión. Fue un alejamiento de facto luego de estar colaborando normalmente con la Comisión durante el período antes señalado

12 ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho. Urna, 1965.

Mi posición es adecuar el Código Civil ya que son muchos los artículos que gozan de adaptabilidad a los nuevos tiempos, regular los contratos modernos y otros cambios que sean necesarios fortalecerán las relaciones comerciales así como garantizar la gobernabilidad del país.

III.- TENDENCIAS ACTUALES DE LA CODIFICACIÓN EN LATINOAMÉRICA

Las creencias del Iluminismo al querer considerar que los códigos abarcaran todo lo relacionado al derecho, sin lagunas, para toda la colectividad y que su vigencia sea eterna se ha desmoronado, por cuanto la realidad fue cambiando cada vez con mayor rapidez, en lo cultural, económico, tecnológico, social etc. Hecho que conllevó a que se dictaran leyes especiales para hacer frente a las situaciones que aparecían, teniendo como lema "*nuevas soluciones legales, para nuevas realidades*", tanto fue así que existen una gran cantidad de normas que superan a los mismos códigos. Algunos juristas incluso plantearon que habíamos llegado a la "*era de la decodificación*" o que estábamos asistiendo "*al funeral de la codificación*", en tanto que también se desarrolló la interpretación jurisprudencial para poder solucionar algunos problemas e incluso se desarrolló paralelamente un derecho civil constitucional.

Ante este panorama consideramos que los Códigos seguirán cumpliendo un rol de gran importancia porque son los que contienen principios y normas en un sistema orgánico y formal, que representa la base estructural de todo un sistema normativo civil e incluso para las demás ramas del derecho. Más aún que la tendencia en el mundo es la unificación y compatibilización de varios sistemas normativos caso de la Unión Europea, tanto así que incluso la Corte Suprema de Holanda hizo nuevas interpretaciones del Código Civil en base a borradores de la reforma, "interpretación anticipada".

Con toda esta realidad, tenemos en Latinoamérica uno de los principales procesos de reforma en marcha. La que se encuentra en debate en su Congreso Nacional, respecto al proyecto de un nuevo código civil y comercial¹³. Es así

13 Arias Schreiber, Max (1991) Luces y Sombras del Código Civil. Lima, Editorial Studium.

que el Dr. Ricardo Lorenzetti, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de ese hermano país, al presentar el proyecto de Código Civil y Comercial señaló “Nosotros creemos que este proyecto hay que tomarlo como la labor de una generación que incluye a todos, a los que piensan de una manera o de otra manera, porque es seguro y es obvio que no todos vamos a estar de acuerdo con todo lo que dicen los cientos de artículos que tiene un Código Civil y Comercial, pero sí podemos estar de acuerdo en los aspectos esenciales. Esto siempre ocurrió, cuando se trató el Código Civil Argentino en el siglo XIX hubo muchísimas discusiones y quienes estuvieron en aquella época dijeron: hay que aprobarlo, y se aprobó. Es obvio que vamos a discutir y que disidencias y esto es bueno, pero por favor tengamos siempre por delante de nosotros la idea de que el pueblo está por encima de los intereses particulares, de que es necesario que nuestra generación de una vez por todas tome una decisión trascendente en este campo que lleva tantos años de frustraciones”.

Un ejemplo digno de resaltar, es lo que señaló el Dr. Atilio Alterini -ex decano de la Universidad de Buenos Aires, del cual guardo una especial deferencia y que dejó un gran legado jurídico para Latinoamérica-: *“Es de esperar que Argentina –al igual que sus vecinos latinoamericanos Bolivia, Perú, Paraguay y Brasil- tengan pronto un nuevo Código Civil, lo cual sucederá no bien el legislador asuma cabalmente su rol y atienda como corresponde a las exigencias de los cambios, culturales, sociales y económicos propios de los nuevos tiempos. Y que ese nuevo código civil no resulte contaminado por las ideas economicistas que están en boga, y por lo tanto afirme de que el patrimonio no es un fin es sí mismo, sino un instrumento al servicio de la persona”*.

Consideramos que ese debe ser el rumbo de la Codificación en América latina y Como decía Couture siempre *“el Derecho al servicio de la Justicia”*, que sea siempre esa luz que ilumine a los juristas.

IV.- LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

No es nada nueva la idea de reformar el Código Civil, ya a los primeros diez años de su vigencia se designaba una primera comisión para enmendarlo, en círculos académicos formados en las facultades de derecho de las univer-

sidades del país, en las que se organizaba congresos donde ya se proponía a debate la reforma del novel código.

Actualmente tenemos en el Congreso de la República muchas propuestas de reforma, dentro de ellas una signada como Proyecto de Ley N. 582-2011 (de fecha 1 de Diciembre del 2011), siendo sus antecedentes de desarrollo el siguiente:

Mediante Ley 26394, publicada el 22 de noviembre de 1994 y modificada luego por Ley Nro. 26673, del 22 de octubre de 1996, el Congreso de la República constituyó una comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, la misma que estuvo integrada por representantes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.

Posteriormente, mediante Resolución Ministerial Nro. 460-2002-JUS, publicada el 03 de Diciembre de 2002, se reconfirma la comisión, nombrando 8 nuevos representantes del Poder Ejecutivo, los cuales se sumaron a los 5 nuevos representantes del Poder Legislativo.

Luego de 85 sesiones de trabajo, la citada comisión presidida por el Dr. Jorge Avendaño Valdez hizo entrega al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia la propuesta de enmienda de varios libros del Código Civil vigente, con su respectiva exposición de motivos.

Mediante Resolución Ministerial Nro. 043-2006-JUS, se dispone la publicación de las propuestas de reforma urgente al Código Civil vigente, con su correspondiente exposición de motivos, elaboradas por la comisión encargada de la Ley de Reforma del Código Civil, respecto al Título Preliminar, el Libro de Derecho de las Personas, Acto Jurídico, Derechos Reales, Registros Públicos, Responsabilidad Extracontractual y Derecho Internacional Privado. A través de su página web.

El 9 de marzo de 2006, el Dr. Alejandro Tudela en ese momento Ministro de Justicia remite al Presidente de la Comisión de Justicia y Reglamento del Congreso el oficio Nro. 150-2006-JUS-DM, mediante el cual expone el trabajo realizado por la comisión.

Mediante proyecto de ley 14040/2005-PE, presentada al Congreso de la República con fecha 9 de noviembre del 2005, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso de la República la delegación de facultades legislativas a fin de proceder a reformar el Código Civil.

Pero el Congreso de la República decide constituir una Comisión Especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, materializándose mediante Ley Nro. 28776, publicada en fecha 7 de Julio de 2006.

El informe de esta Comisión Especial fue presentado durante el periodo legislativo 2010-2011, a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y Constitución y Reglamento, recomendando y proponiendo: La presentación de un Proyecto de Ley Multipartidario en base a la informe final y se priorice el debate y aprobación de la propuesta legislativa. Este documento es la base del Proyecto de Ley Nro. 582-2011, firmado por las diferentes bancadas del Congreso y que cuenta con 38 páginas, el mismo que se encuentra pendiente de debate y que desde nuestro punto de vista existen muchas observaciones como las que sugerimos.

Claro está que pretender un Código Civil perfecto revela un delirio, pero no sería mala la idea de un tener un código acorde con el momento actual y de cara al futuro.

4.1. Ideas que se esbozan en oposición a una reforma integral:

- ✓ Es un código adolescente, es decir, que no ha terminado su ciclo, aún no ha madurado, algunos ni lo conocen, sus normas no han alcanzado a ser comprendidas e interpretadas correctamente.
- ✓ No existe una doctrina peruana suficiente para poder llevar a cabo un proceso de reforma integral.
- ✓ La modificación constante no significa la evolución del Derecho y la sociedad.
- ✓ Modificar es tener pereza interpretativa.
- ✓ No caigamos en un proceso de inseguridad jurídica.
- ✓ No existen trabajos de investigación muy serios que sustenten debidamente cuáles serán las normas a codificar en mérito a la realidad peruana.

4.2. Ideas que se esbozan a favor de una reforma integral:

- ✓ Es necesario tener un código acorde con los cambios sociales, econó-

- nicos, culturales, tecnológicos y políticos que acontecen en la realidad peruana.
- ✓ La constitución Política de 1993, ha cambiado el espíritu del Código Civil.
 - ✓ No se tiene un código civil que realmente contemple la realidad jurídico-social del país en sus diversas regiones.
 - ✓ Resulta necesario y urgente una reforma del Código Civil, por cuanto sus propias normas se contradicen, porque fue un código elaborado indistintamente por especialistas con puntos antagónicos sobre el derecho del cual seguimos padeciendo.
 - ✓ No es posible hacer decir a los códigos vía interpretación lo contrario, es por ello no es suficiente dejar sólo a la interpretación jurisprudencial, solucionar los nuevos retos del milenio.
 - ✓ El código civil vigente fue elaborado en escritorio y no fue producto de una seria investigación jurídico-social.
 - ✓ Se han producido diversas modificaciones parciales del Código por medio de otros textos legales.
 - ✓ Resulta necesario adecuar las normas del Código Civil a la Constitución Política de 1993, caracterizada esta última por la relativización y flexibilización de los derechos económicos y sociales, el debilitamiento del Estado en cuanto a su función en la actividad productiva y el giro de la economía hacia una opción de libre mercado. Igualmente, es imprescindible concordar los postulados de la Constitución de 1993 con las del Código Civil.

Ambas posiciones requieren reflexión por todos los llamados al que hacer jurídico, existen avances por cierto para tratar de adecuar algunos artículos del código civil al momento actual, pero consideramos que aún falta un trabajo de investigación serio y eficaz acorde con la realidad peruana y que afronte el desarrollo del país con miras hacia el futuro. Es labor de las universidades por intermedio de sus escuelas de post grado y facultades de Derecho avanzar en esta tarea, al igual que los Colegios de Abogados, la magistratura y toda la juridicidad en general (nos incluimos en este trabajo)¹⁴.

14 De la Fuente, R. (2014). Algunas consideraciones sobre una eventual reforma de las legítimas. A los 30 años del Código Civil peruano. En M. Torres (Coord.), Estudios críticos sobre el Derecho Civil: análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica (689-700). Lima: Gaceta Jurídica.

Por lo pronto toda reforma parcial en la cual están de acuerdo la mayoría de los juristas debe realizarse, porque “lo urgente, no debe posponerse”,

Expresemos en su momento:
“Nuestra verdadera Gloria no está en haber ganado al contrincante, sino el haber otorgado a nuestra patria un Código Civil, que verdaderamente regule las relaciones y situaciones jurídicas para una sociedad Justa”

pero también es necesario empezar una cruzada de investigación jurídica, para que las normas jurídicas en especial de nuestro Derecho Civil no sean solo hechas en el escritorio o copias de otras legislaciones sin mayor análisis (no desmerecemos las virtudes del derecho comparado), sino que sean propias de la realidad peruana en sus distintos ámbitos, que contemple nuestra diversidad de regiones y cultura.

Es intención de estas líneas llamar a la reflexión para no anteponer intereses personales o de grupo frente a un tema tan importante como lo es nuestra codificación civil. Saludamos a todos los juristas y colegas que vienen desarrollando un trabajo de investigación y proponen cambios normativos en base a una investigación jurídica, acorde con nuestra realidad nacional.

V.- RECOMENDACIONES

Desde que entro vigencia nuestro código civil de 1984, se han llevado a cabo debates y propuestas hacia una posible reforma al naciente código; dado este contexto, se han propiciado en las facultades de derecho de las universidades del país la realización de congresos, así como seminarios en dónde se formulan cambios, reformas e incluso la presentación de proyectos de ley avocadas a esta causa.

Por otra parte es necesario que deba existir una concientización por parte de la sociedad peruana, y con mucho más razón de parte de los operadores jurídicos, abogados, o toda persona que se encuentre inmerso en las ciencias del derecho; tal concientización consistirá en que nuestro código civil de 1984 vigente en la actualidad, que regula los diferentes ámbitos de la realidad peruana; debe seguir una innovación y renovación constante de las instituciones jurídicas, pues un código civil no debe ser inerte en el tiempo, sino más bien debe apuntar a las nuevas exigencias que demanden los cambios sociales, polí-

ticos y económicos que atañen a la realidad de un país. Asimismo considero de vital importancia que se deban organizar comisiones de estudio del articulado del código civil en vigor para perfeccionar su redacción teniendo presente los preceptos constitucionales sobre igualdad de todos los ciudadanos, sin ninguna excepción.

Por lo tanto también considero necesario que se debe promover en las facultades de derecho la investigación jurídica con el objetivo que a través de ella podamos proponer cambios en la legislación nacional con miras a impartir justicia de manera idónea y justa, que propicie de ese modo el bien común en la sociedad peruana.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

- **Código civil del Estado Nor Peruano**, Imprenta mecias, Lima 1836.
- **Fundamentos de la historia del Derecho (1956)**, Jorge Basadre; donde se analiza la teoría y técnica de la historia del derecho, el alcance del derecho en el tiempo y las características de la evolución jurídica peruana.
- **Vargas Ugarte, Rubén: “ Historia General Del Perú”**, X Tomos, Carlos Milla Batres, Lima, 1971.
- **Código civil peruano de 1936**, Librería Mejía Baca, Lima, 1955.
- **Fernández Sessarego, Carlos, Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Código Civil peruano en “Mercurio Peruano”**, Lima, mayo-junio de 1964.
- **Max Arias Schreiber El nuevo Código Civil del Perú en “El derecho y los problemas contemporáneas”**, Córdoba, Argentina, 1991 y “Luces y sombras del Código Civil”, ob. Cit.
- **Fernando Vidal Ramírez, Presentación en el “Código Civil”**, edición oficial, Lima, Ministerio de Justicia, 1998.
- **Basadre Ayulo, Jorge, Apuntes para una historia externa del Código Civil de 1984 en “Instituciones del Derecho civil peruano (Visión histórica)”**, t. I, Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente y Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 1996.

- **Vega Mere, Yuri en el estudio preliminar del Código Civil**, editado en Lima por Grijley, bajo el título de **El Código Civil al inicio de un nuevo milenio**, 2001.
- **Código Civil Peruano De 1984**, Edición Oficial, Lima, 2010.
- **ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho**. Urna, 1965.
- **Arias Schreiber, Max (1991) Luces y Sombras del Código Civil**. Lima, Editorial Studium.

PAGINAS WEB:

- <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-i.pdf>
- <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf>

Constitucionalización del Derecho Civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano

*Manuel Jesús Miranda Canales**

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO:

I.- Introducción.

II.- Constitucionalización del Derecho.

III.- La Constitución y el Derecho Civil.

IV.- El Derecho civil en la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

V.- Conclusiones.

VI.- Bibliografía

* Vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Doctor en Derecho.
Ex Consejero del Consejo Nacional de la Magistratura. Ex Juez de la Corte Suprema de la República.

I.- INTRODUCCIÓN

La evolución de las ciencias jurídicas puede ser medida y contrastada en el dinamismo y crecimiento de sus instituciones. Son estas las que finalmente determinan la materialización del Derecho.

El Derecho constitucional no se encuentra exento de esta evolución, por el contrario, despliega todos sus efectos en el ordenamiento jurídico. A este proceso llamaremos constitucionalización del Derecho, toda vez que los efectos de nuestra Carta constitucional, se irradian en todas las ramas del Derecho. Así el Tribunal Constitucional, ha determinado en la STC 0042-2004-AI/TC la existencia de un *principio de constitucionalidad*– y no sólo de conformidad con la ley –*principio de legalidad*–. Ello es así, en la medida en que en nuestra Constitución están incorporados el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa (artículo 51). La Constitución no es un mero documento político, sino también norma jurídica, lo cual implica que el ordenamiento jurídico nace y se fundamenta en la Constitución y no en la ley. El principio de fuerza normativa de la Constitución quiere decir que todos los llamados a aplicar el Derecho deben considerar a la Constitución como premisa y fundamento de sus decisiones (art. 38º y 45º de la Constitución); sin embargo, en el presente artículo, nos detendremos en el ámbito del Derecho Civil y, más concretamente, en el del Derecho de Familia.

Debemos reconocer la importancia de la transición de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, y con este nuevo modelo, la acogida de un principio constitucional que se superpone al principio de legalidad, otrora eje del Ordenamiento jurídico. Por ello, el presente artículo, también tiene como objetivo que el lector no pierda de vista algunos conceptos claves que le permitirán tener una perspectiva más completa de la materia.

Además, considero esencial destacar cómo el Tribunal Constitucional, en su rol de máximo intérprete de la Constitución y garante de los derechos fundamentales, debido a su jurisprudencia, ha ido dilucidando los conceptos de familia y matrimonio, dotándoles de nuevos contenidos que se ajustan a las nuevas exigencias de nuestra sociedad.

En ese sentido, el objeto del presente artículo no es otro que poner en evidencia que el Derecho Constitucional, hoy por hoy, trasciende a todo el Ordenamiento jurídico y lo sujeta a sus disposiciones. Esta labor de constitucionalización es fuertemente acentuada por el Tribunal Constitucional que, mediante su jurisprudencia, logra complementar y fortalecer las instituciones jurídicas del Derecho Civil, específicamente, del Derecho de Familia.

II.- CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Desde los albores del siglo XIX, el orden jurídico tuvo la Ley como eje central y esencial que condicionó el comportamiento de la sociedad de aquel entonces. En ese sentido, el Derecho establecía sus cimientos en el principio de legalidad, lo cual significaba que la Constitución, concebida como tal, no era otra cosa que una norma política, desprovista de contenido jurídico vinculante¹.

Desde mediados del siglo XX, el marco de referencia y parámetro del ordenamiento deja de ser la Ley, dando paso a una nueva etapa marcada por la Constitución, la que fundamenta sus contenidos en valores y principios superiores, colocando a la persona humana como eje del sistema jurídico. Desde entonces, el concepto de Constitución ha transitado hacia una etapa en la que ya no quedan dudas sobre su carácter de norma jurídica suprema en el ordenamiento jurídico nacional.

Debemos, pues, reconocer que hoy día la Constitución ha logrado desplazar a la Ley como fuente primaria y plena del Derecho, y ha irradiado sus efectos de manera imperativa y directa sobre todos los poderes públicos y privados, sujetándolos al cumplimiento de sus mandatos. Sin embargo, como acertadamente lo recuerda el profesor César Landa, “no se trata solo de un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que [esta transición nos] lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el rol propio del juez a la luz de nuevos contenidos cuyo vértice es la

1 LANDA, César. “La constitucionalización del Derecho Peruano”. PUCP, Revista de Derecho. Lima, 2013. N°71. P.14

protección de la persona humana”². Es decir, que el fenómeno de constitucionalización del Derecho no solo ha afectado al carácter de la propia norma, sino también a la forma cómo se hace Derecho ya que los principios rectores que ahora lo regulan tienen su basamento en valores y principios cuya importancia radica en el respeto a los derechos fundamentales.

El término Constitucionalización del Derecho surgió, por primera vez, en la reunión de la Asociación Francesa de los Constitucionalistas, en Febrero de 1980, en la Facultad de Derecho de Saint – Maur, y tuvo como finalidad cambiar la concepción del Derecho, a fin de sujetarla a una regulación mucho más imperativa³. Por ello, se afirmó que la constitucionalización de las distintas ramas del Derecho marcó una quiebra en el tradicional modelo de Estado de Derecho para trasladarnos a uno nuevo, el Estado Constitucional de Derecho.

Conviene destacar cuál es la diferencia entre un ordenamiento constitucionalizado y otro que no lo es. La principal distinción radica en que en el último, la Constitución está limitada al ámbito de su carácter normativo y se erige, únicamente, como un documento cuyo contenido contempla un mero catálogo de disposiciones para regular una adecuada actuación estatal; funge como un orden marco que solo es funcional cuando se vislumbra una trasgresión de sus fines, que descriptivamente están determinados. En cambio, en un ordenamiento constitucionalizado se evidencia una estructura ordenada y fundamental que impone realizar determinadas acciones afirmativas y ya no solo restricciones a Estado privados.

La constitucionalización del ordenamiento no es una cualidad “todo o nada”, algo que se tiene o no se tiene en absoluto, sino que se configura como un proceso que admite grados o intensidades⁴.

2 PRIETO, Luis. “*El constitucionalismo de los derechos*”. En Revista Española de Derecho Constitucional, 2004. P.15

3 FAVOREU, Louis. “*Constitucionalización del Derecho*”. Universidad Austral de Chile. Revista de Derecho, Vol. XII, agosto 2001. P.31

4 GUASTINI, Riccardo “*La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*”. Presentación de Miguel Carbonell. México, 2001. P.153

Al respecto, es importante destacar los atributos y las facultades que acompañan al fenómeno de la constitucionalización del Derecho. En tal sentido, encontramos la Justicia constitucional, la Constitución sustantiva, la Constitución que está impregnada en todo el ordenamiento jurídico y la rigidez constitucional del caso.

La rigidez constitucional

La Rigidez Constitucional supone que cualquier reforma de la Constitución sólo será posible si se cumple algún procedimiento previamente dispuesto para su aprobación, modificación o derogación. De este modo, al definir y cualificar al poder competente para la reforma de la Constitución, frente a otros poderes constituidos, se pretende garantizar la primacía constitucional. “Las constituciones rígidas y solamente ellas gozan de un régimen jurídico especial, diverso del que tienen las leyes, en el sentido de que el procedimiento de reforma de la Constitución es distinto al procedimiento de formación de las leyes”⁵.

Una Constitución sin rigidez terminaría abandonando todo en manos de las mayorías. Como señala Ferreres, una Constitución rígida genera en el legislador la capacidad de producir fundadas razones para el cambio constitucional⁶.

La Justicia Constitucional (La garantía judicial de la Constitución)

La justicia constitucional instituye formas de defensa de la Constitución, por ello se ha convertido en pilar angular para garantizar el respeto y el cumplimiento de sus dispositivos. Esta situación, obligó a que la Constitución se previera de mecanismos de tuición para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Hoy en día debemos reconocer que la importancia de la justicia constitucional es indiscutible, ya que gracias a esta, se garantiza el verdadero equilibrio de los poderes o, como modernamente se conoce, el de las funciones atribuidas a cada uno de los componentes del Estado.

5 GUASTINI, Riccardo. “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”. México P.175

6 FERRERES, Víctor. “Una defensa de la rigidez constitucional”. En Doxa, N.º 23, año 2000. P.39.

Es oportuno señalar, para un mejor entendimiento del estudio, que como parte de estos mecanismos establecidos en la Constitución sea, tal vez, la forma más evidente en que el fenómeno se manifiesta como creciente protagonismo del Tribunal Constitucional (TC), supremo intérprete de la Constitución, que a través de sus sentencias, prevé la real significación de conceptos, derechos y principios jurídicos que repercuten desde el derecho tributario hasta los derechos humanos⁷.

Este proceso de Judicialización del Derecho, que se manifiesta en las funciones de los tribunales constitucionales, encargados de garantizar los derechos fundamentales, también se evidencia en el desarrollo del proceso de globalización internacional y regional el cual no solo es económica sino también política y social⁸.

En ese contexto, podemos aseverar que, el Tribunal Constitucional es el órgano llamado a impartir justicia constitucional, no solo porque dicha competencia le ha otorgado directamente la Carta Magna, sino también porque su razón de ser es vigilar principalmente el cumplimiento de los derechos fundamentales; labor será solo posible cuando el TC interprete los contenidos y alcances fundamentales de manera integrada, combinando las disposiciones constitucionales, con los valores y principios superiores de la sociedad.

Así, podemos evidenciar que la Constitución, a través de los elementos que la conforman, tanto en el reconocimiento de derechos, como en la estructura de Estado, establece los mecanismos de protección de su normativa potencial, concretizando, de esta forma, su eficacia (procesos constitucionales) y supremacía constitucionales.

De lo expuesto, podemos afirmar que tanto nuestro sistema de administración de justicia y la relación entre personas naturales y jurídicas, como también las instituciones públicas, inician la fundamentación de su razonamiento jurídico en la Constitución, debido a que, como lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, “no existe área del derecho que esté exenta de su control”,

7 Ib. 1. P.13

8 Ib. 1. P.16

debido necesariamente a que tanto el Derecho como la Constitución, tienen como finalidad la tutela y defensa de los derechos fundamentales de la persona.

Por todo lo anterior, consideramos importante concluir con una cita de Cappelletti:⁹ “la Justicia Constitucional es la vida, la realidad y el porvenir de las Cartas Constitucionales de nuestra época”.

Constitución sustantiva

En el Estado Constitucional, la Constitución se convierte en una norma con gran carga axiológica. Siguiendo a Aguiló, podemos afirmar que así como la Constitución estatuye una serie de instituciones y les otorga competencias (por ejemplo: Poder Ejecutivo, Congreso de la República, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, etc.) también prescribe una “dimensión valorativa”. Esto es, que aparte de los preceptos estrictamente normativos que tangiblemente le impone, también reconoce situaciones y valores igualmente importantes, tales como la soberanía popular, la dignidad y seguridad de las personas, la diversidad cultural, la educación, la salud pública¹⁰. La “rematerialización” de la Constitución implica que ésta no solo determina cómo debe organizarse el poder para tomar sus decisiones sino que es lo que puede o debe decidir¹¹.

Si el sistema jurídico careciera de esta dimensión sustantiva, y fuera exclusivamente un conjunto de órdenes respaldadas por el imperio de la Ley, no podríamos hacer uso de él para resolver los conflictos entre valores que la propia Constitución encierra¹². Por ello, debemos enfatizar que concebir la Constitución como una norma de contenido material –y no solo competencial– conlleva a una consecuencia práctica muy importante en el momento de efectuar el control constitucional, puesto que no solo serán constitucionalmente válidos aquellos actos emitidos por la autoridad competente y en ejercicio de sus funciones sino que será preciso también analizar el grado de afectación de una medida en un derecho fundamental.

9 Cappelletti Mauro. “La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo”. De UNAM, Facultad de Derecho, México, 2007.

10 AGUILÓ, Joseph. “*Sobre la Constitución del Estado constitucional*”. En *Doxa*, N° 24, año 2001. P.446 - 447.

11 *Ib.* 2. P-48.

12 GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alfonso. “*La argumentación en el Derecho*”. Segunda edición, 2005

La Constitución impregnada en el Ordenamiento jurídico

La combinación de los dos últimos factores mencionados (materialización del ordenamiento y justicia constitucional), permite que la Constitución se encuentre “impregnada” a todo el ordenamiento, es decir, que sus efectos se desplieguen a todos los ámbitos de la vida social y jurídica. De este modo, los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador sino que lo hacen directamente; por cierto, la Constitución ha abarcado más ámbitos de relevancia social, y como resultado de ello, es difícil encontrar un problema jurídico que carezca de relevancia constitucional.

En este sentido, los preceptos constitucionales ya no solo actúan como límites sino como fuerzas expansivas reconocidas en la determinación del orden jurídico, por lo que es posible hablar del “orden jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales”. El contenido del orden jurídico legítimo ya no resultará explicable en términos de respeto de los límites y discrecionalidad entendida como libertad; sino en términos de una concreción de los derechos a partir de una “razonable” ponderación de bienes y principios constitucionales.

III.- LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO CIVIL

Una vez explicado el proceso de constitucionalización del Derecho y cuál es el rol de los Tribunales Constitucionales en el ejercicio de la justicia constitucional, conviene analizar la incidencia que la Constitución tiene sobre el llamado Derecho de los privados, la del particular el Derecho Civil.

Debemos señalar que la constitucionalización del Derecho Civil no es otra cosa que la aplicación de las normas constitucionales, cuyos efectos recaen en la relación con los particulares.

De hecho, así viene sucediendo en nuestro ordenamiento, ya que si bien es cierto que el juez está sometido a la ley —principio de legalidad—, es verdad también que lo está, ante todo, a la Constitución —principio de constitucionalidad—. El juez realiza una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso

concreto, en la medida en que debe considerar conjuntamente las razones de la ley y las razones de la Constitución¹³.

La mejor garantía del goce y ejercicio de los derechos y libertades civiles se encuentra en su reafirmación en los derechos fundamentales. De allí que la reforma del Código Civil tendrá mayor arraigo en la medida en que se edifique como un Derecho civil constitucional¹⁴. Esto significaría que las normas de carácter legal o reglamentario deben guardar coherencia y sujeción a la Constitución, no solo en su aspecto formal, sino también, material; de modo que al aplicarlas a un caso particular se evidencie una afectación a un derecho fundamental.

Así, tanto la dignidad de la persona, como el libre desarrollo de su personalidad y el respeto a los derechos de los demás, imprimen su huella en la consolidación de la constitucionalización del Derecho Civil.

Como consecuencia de lo anterior, y tomando en consideración el carácter normativo de la Constitución, su incidencia en el ordenamiento civil resulta innegable, y llega a alcanzar de forma más o menos intensa, a sus contenidos e instituciones jurídicas. Esto significa que muchas figuras, reglas y derechos civiles tradicionales han sido constitucionalizados, imprimiendo un límite infranqueable para el legislador ordinario. En ese sentido, el Código Civil, como cuerpo normativo que guía las relaciones entre los privados, deberá interpretarse a la luz de los preceptos establecidos en la Constitución y la jurisprudencia, a fin de respetar las garantías fundamentales.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos resaltar que la reinterpretación de las normas civiles a la luz de la Constitución, ciertamente podría irrogar dificultades y excesos por parte de los operadores del Derecho, pues “un enfoque que extrema el principialismo constitucional y desliga los derechos de la ley”¹⁵ ocasiona severos conflictos para los Jueces civiles, toda vez que estos, al

13 Ib. 11. P. 42.

14 Ib. 6. P.22.

15 ARAGÓN, Manuel. “*El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*”. Madrid, P.185,186

verse más vinculados a la Constitución que a la ley, podrían –en su potestad de intérpretes– sobrepasar los límites al inaplicar irrestrictamente preceptos legales so pretexto de una propia exégesis de la Constitución, “haciendo tambalear los principios de seguridad jurídica y certeza del Derecho, que constituyen hoy los pilares esenciales de un Estado democrático de Derecho”¹⁶.

Sin embargo, la situación antes descrita se corrige cuando el Tribunal Constitucional, en su rol de máximo intérprete de la Constitución, otorga pautas de observancia obligatoria (sentencias y precedentes vinculantes) que sirven como norte para la actuación de los jueces ordinarios. De esta manera, cuando los operadores ordinarios apliquen el derecho correspondiente, ciertamente estarán sujetos a los parámetros constitucionales, empero, gracias a la labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional por lo que, se impedirá la comisión de abusos y arbitrariedades sustentadas en las particulares interpretaciones de la Constitución.

Así, pues, el Código Procesal Constitucional prevé, en el artículo VI del Título preliminar, la siguiente pauta: “(...) Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, **conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional**” (énfasis propio).

Siguiendo la misma línea, es oportuno precisar que el Derecho civil y sus disposiciones recogidas en el Código Civil, reciben influencia directa de la normativa constitucional y la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en dicha materia, lo que permite la adaptación de las Instituciones civiles a los postulados constitucionales.

En ese contexto, algunos Tribunales del Poder Judicial, a la luz de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, han debido amoldar el sentido de sus Resoluciones al contexto de cambio social. Ello no solo ha sucedido en los casos más polémicos y conflictivos para las relaciones entre ambos órganos, como son los de tutela de honor, intimidad y propia imagen, en donde

16 GUTIÉRREZ, Pilar. “La constitucionalización del Derecho Civil”. Año 2011. P. 76.

la controversia suscitada entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema ha llegado a alcanzar tintes relativos al orden público, sino también en otros, que aunque no encontraron eco alguno en los medios de comunicación, dejan de ser trascendentales para el perfeccionamiento de la tutela que el Derecho persigue dispensar a todas las personas¹⁷.

De esta forma, el Derecho civil se encuentra en transición, debido a que el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho adapta, modifica y dota de nuevos contenidos a las Instituciones que están involucradas. En ese sentido, sus elementos deberán estar en permanente armonía con la normativa constitucional y la labor interpretativa que realizan sus órganos jurisdiccionales a través de la jurisprudencia como fuente de derecho.

Como consecuencia de lo previamente señalado, debemos hacer hincapié en que la Constitución ha incidido de manera determinante en la rama del Derecho civil, sobre todo, en aquellas áreas que tienen como eje a la persona.

Así, a manera de ilustración, desarrollaremos cuál ha sido el impacto de la jurisprudencia constitucional en el llamado Derecho de Familia, poniendo en notoria evidencia que la composición de la legislación civil actual, a través de sus reformas, ha trazado ciertas directrices que a continuación analizaremos.

Antes de ahondar en la materia, es conveniente reseñar como dato importante, los orígenes del Derecho de Familia y cuál ha sido sus aportes en el Derecho Comparado.

La constitucionalización del Derecho de Familia tiene sus orígenes en la Constitución de Weimar de 1919, la que en su artículo 119° estableció que “El matrimonio, en tanto que fundamento de la vida social familiar y del mantenimiento y crecimiento de la nación, está bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexos. [...]”. Con la misma tónica, propondré algunos ejemplos en el Derecho Comparado; tal es el caso de la Constitución Española de 1931 que estableció en su artículo 43° que “La

17 BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. “*La Constitución y el Derecho Civil*”. Universidad de la Rioja, REDUR. N° 2.

familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos [...]”; del mismo modo, también podemos citar el ejemplo de la Constitución italiana de 1947, la que estipuló en su artículo 29° que “El matrimonio se regulará en base a la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar.”, y en su artículo 31° indicó que “La República estimulará, con medidas económicas y otras providencias, la formación de la familia y el cumplimiento de sus obligaciones, con particular atención en relación a las familias numerosas¹⁸.”

En el caso peruano, el Derecho de Familia fue por primera vez, regulado y conceptualizado en la Constitución de 1933, y con ella se logró garantizar, por primera vez, su protección por parte del Estado. Años más tarde, con la Constitución de 1979, el valor asignado a la familia tuvo mayor trascendencia pues se la reguló como una Institución civil y social, vinculándola de manera conexas al matrimonio¹⁹.

En lo que respecta a la Constitución de 1993, esta sigue la línea planteada por la Carta anterior, aunque con algunos cambios sustanciales, como la desvinculación del matrimonio como condición *sine qua non* para la existencia de la familia. Esto supone, la aceptación de nuevas formas de familia, formadas a partir de la unión de hecho o concubinato²⁰.

18 CÓRDOVA, Álvaro. “La perspectiva constitucional de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Gaceta del Tribunal Constitucional, 2008. P. 4.

19 Constitución Política del Perú de 1979, artículo 5°:
“El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley (...).

20 Constitución Política del Perú de 1993:
Artículo 4°: La comunidad y el Estado protegen (...) a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

IV.- EL DERECHO CIVIL EN LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde la instauración de la Carta Constitucional de 1993, el Tribunal Constitucional ha podido desarrollar, en contadas ocasiones, el concepto de familia. Por ejemplo, puede evidenciarse en la sentencia del expediente N° 2868-2004-PA/TC “José Antonio Álvarez Rojas”, el desarrollo del *ius connubii* como potestad fundamental correspondiente al ámbito del derecho al libre desarrollo de la persona. En dicha sentencia, el Tribunal disgrega los conceptos de familia y de matrimonio como elementos otrora dependientes y explicita que “más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados (Fundamento 13). De este modo, la precitada sentencia hace referencia a los conceptos jurídicos siguientes:

“Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente] (énfasis agregado), a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio (...)” (Fundamento 14)

Con el ánimo de desarrollar el presente artículo, nos detendremos en el análisis de la sentencia del expediente N°. 9332-2006-PA/TC en la cual el Tribunal Constitucional hace una interpretación más exhaustiva sobre el artículo 4° de la Constitución.

La mencionada sentencia versa sobre una demanda de amparo interpuesta contra el Centro Naval del Perú, porque la entidad demandada no otorgó el carnet familiar a la hija del demandante, toda vez que ésta tenía la condición de hijastra del demandante. Por tal razón, el Tribunal Constitucional, en tutela de los Derechos fundamentales, declaró fundada la demanda, ordenando a la

entidad demandada que no debía realizar distinción alguna entre el tratamiento que recibían los hijos del demandante y el de su correspondiente hijastra.

Así, el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo estipulado en el artículo 4° de la Constitución, reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad; en virtud de ello, el Estado y la comunidad se ven obligados a prestarle especial protección; en consecuencia que el Tribunal replantear los contenidos conceptuales de familia y matrimonio, a fin de que, bajo interpretaciones diversas, no se trasgredan derechos fundamentales.

Al respecto, resulta importante mencionar el tratamiento de la familia a nivel internacional, la que también recibe considerable atención porque se encuentra protegida y amparada como derecho humano; así, el *soft law* sostiene que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho – sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión- a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que “tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (subrayado agregado) – Artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (fundamento 4).

Expuesto lo anterior, y desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, los grandes flujos migratorios del campo a las ciudad, entre otros aspectos. Todo esto ha significado una evolución de la estructura familiar tradicional, en la que esta, sentaba sus bases esencialmente en una estructura nuclear y bajo la dirección de un *pater familias*, hacia una figura más abierta, cuya conformación incorpora nuevos conceptos jurídicos sobre la noción de familia. Como consecuencia de ello, se han generado familias con estructuras distintas, como son las surgidas de las uniones de hecho, las mono parentales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas* (fundamento 7).

Conforme se señala en el fundamento 8 de la precitada sentencia, “no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstituidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familias-

tras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la *familia ensamblada* puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”.

Así, en el caso de autos sí se puede afirmar que existe una relación “estable, pública y de reconocimiento que determina la oponibilidad de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra” (fundamento 23). Empero, la Asociación demandada sostiene que la medida impuesta se respaldó en su normatividad interna, sustentada en sus prerrogativas de organizarse. Cabe rescatar, que en ningún modo, las prerrogativas otorgadas a las Asociaciones deberán atentar contra otros bienes jurídicos, sobre todo si estos ostentan mayor relevancia, como la constitución de una familia.

A partir de todo ello, el Tribunal infiere que si bien el matrimonio y la familia son conceptos íntimamente relacionados el uno con el otro, son a su vez diferenciables. “No cabe por lo tanto establecer una relación de dependencia entre ambos, debe distinguirse claramente el derecho al matrimonio del derecho a fundar familia”²¹.

V.- CONCLUSIONES

Recapitulando lo señalado a lo largo del presente artículo, podemos concluir que la constitucionalización del derecho es un fenómeno cuyas características permiten garantizar la permanencia y eficacia de la Constitución en el Ordenamiento jurídico.

En esa línea, el abandono de un modelo estrictamente legalista ha facilitado que el legislador entienda el Derecho como una unidad sujeta a los parámetros establecidos en la Constitución, ya que, solo a partir de esta, los dispositivos normativos con que cuenta cada área del derecho, cobran un sentido cabal.

21 Ib 17. P.7

Dicho esto, debemos asumir que también el Derecho civil está inmerso en el marco de los contenidos constitucionales y su actuación se rige bajo principios de constitucionalidad recogidos en la Carta fundamental. Empero, no solo se encuentra únicamente subordinado a estos mandatos supremos, sino que también está permanentemente dotado con el contenido constitucional que la jurisprudencia, por intermedio del Tribunal Constitucional, desarrolla y que permite que el Derecho civil pueda ir transformándose acorde al dinamismo por el que atraviesa nuestra sociedad.

El Derecho de Familia es un claro ejemplo de lo expuesto, pues, la evolución de la Familia en la legislación nacional no ha sido siempre la misma, sino que ha ido de la mano con el desarrollo de los derechos fundamentales. Esto, ha permitido que sus alcances y preceptos lleguen a ocupar un espacio más amplio, con mayor proyección cuando hace referencia al pasado.

Así pues, la constitucionalización de esta Institución ha permitido que se aborden nuevos aspectos, dejando de lado algunas concepciones tradicionales. Todo ello, ha permitido ampliar su margen de protección cuya razón de ser reposa en las nuevas necesidades sociales.

En suma, hoy por hoy, el fenómeno de la constitucionalización del derecho implica una acogida a preceptos constitucionales, cuyo centro es el respeto de los derechos fundamentales de la persona. En consecuencia, el respeto de las disposiciones emanadas de la Carta Constitucional deberá ser de obligatorio acatamiento para todos los poderes públicos y para las relaciones entre los privados.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, Joseph. *"Sobre la Constitución del Estado constitucional"* En Doxa N° 24, año 2001. P.446,447
- ARAGÓN, Manuel. *El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*. En UAM, Madrid. P.185,186
- BARBER, Roncesvailles. *"La Constitución y el Derecho Civil"*. Universidad de la Rioja, REDUR. N° 2

- CÓRDOVA, Álvaro. “*La perspectiva constitucional de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. En Gaceta del Tribunal Constitucional, 2008. P.4
- FAVOREU, Louis. “*Constitucionalización del Derecho*”. Universidad Austral de Chile, Revista de Derecho, Vol. XII, agosto 2001. P.31
- FERRERES, Víctor. “*Una defensa de la rigidez constitucional*”. En Doxa N.º 23, año 2000. P.39.
- GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alfonso. “*La argumentación en el Derecho*. Segunda edición, 2005. P. 42.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1994. P.11
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 4º ed. Caracas, 2002. P.33
- 10.GOMES CAHOTILHO, José. “*Teoría de la Constitución*”. Dykinson, Madrid. P.331
- 11.GUASTINI, Riccardo. “*La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*”. En UNAM- México, 2001. P.153
- 12.GUTIÉRREZ, Pilar. “*La constitucionalización del Derecho Civil*”. Año 2011. P-76
- 13.HELLER, Hermann, “*Teoría del Estado*”. Madrid, 1998 P.295
- 14.LANDA, César. “*La constitucionalización del Derecho Peruano*”. PUCP, Revista de Derecho. Lima, 2013. N°71. P.14
- 15.PRIETO, Luis. “*El constitucionalismo de los derechos*”. En RE-DC-Madrid, 2004. P.49
- 16.TAMAYO Jaramillo, Javier “*La constitucionalización del derecho privado en Colombia*” artículo, Revista Justicia y Derecho N° 3, 2012

Mecanismos de seguridad jurídica en el contrato de franquicia

Mechanisms of legal certainty in the contract franchise

Hernán figueroa Bustamante

Abogado y Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO:

- 1.- Antecedentes.*
- 2.- Naturaleza jurídica del contrato de franquicia.*
- 3.- Planteamiento para su regulación jurídica.*
- 4.- Conclusiones.*
- 5.- Recomendaciones.*

1.- ANTECEDENTES

Hoy en día podemos ver que se vive contratando constantemente, no hay individuo en su quehacer diario no celebre algún contrato con el objeto de alcanzar las más variadas finalidades de la vida económica¹. Es así que en la doctrina y jurisprudencia nacional, observamos que son escasos los trabajos que procuran analizar el problema que se suscita en torno a la seguridad jurídica de los contratos de franquicia, desde la perspectiva de la globalización, las nuevas tecnologías, el fenómeno del comercio exterior, entre otros.

La evolución del sistema de franquicia en el actual contexto peruano, hace que se encuentre en permanente cambio y transformación, es por ello que en los últimos años el contrato² de franquicia ha tenido un positivo y destacable desarrollo en el Perú³, pero dicha figura nominada⁴ y atípica⁵, carece de regulación específica, es así que los

-
- 1 CASTILLO FREYRE, Mario y MOLINA AGUI, Giannina. *El contrato*. Lima: Editora Jurídica Motivensa, 2004, volumen 11, p. 37.
 - 2 El contrato según algunos autores es: el principal vehículo de innovación jurídica (Francesco Galgano), es el instrumento jurídico más importante de las relaciones económicas (Messineo), el instituto jurídico de ordenación y desarrollo del mercado (Perlingieri), es el más fino producto de la libertad humana, el contrato está en el centro de nuestra propia vida: nacemos, crecemos y nos desarrollamos por contrato (negociación, celebración, ejecución, terminación). En: José Leyva Saavedra. *Materiales de lectura*. Congreso Internacional XXX Aniversario del Código Civil. II Jornada Preparatoria, Jesús María, setiembre de 2014.
 - 3 La evolución del sistema de franquicia en el Perú ha tenido en los últimos años un desarrollo sumamente importante y una línea de crecimiento destacable con un impacto directo en la economía Peruana. En la actualidad, su consolidación como modelo de desarrollo, gestión y expansión de negocios, es una realidad inminente, creciendo a un ritmo acelerado de 20% al año. El sistema genera alrededor de US\$1,000 millones de dólares norteamericanos anuales, existen más de 1,200 unidades franquiciadas que generan empleos para más de 20,000 peruanos. Al 2013, tenemos más de 330 marcas en el mercado peruano: 63% extranjeras y 37% nacionales. De las nacionales, un 66% en el rubro de gastronomía, y el otro 34% dividido en diferentes rubros como joyería, estética, salud, educación, servicios especializados, indumentaria y accesorios. Fuente: Walter Aguirre – AGUIRRE ABOGADOS & ASESORES.
 - 4 En la antigua Roma originalmente se podían distinguir entre contratos nominados e innominados, para el primero de ellos, eran aquellos que tenían nombre propio, como una compra vena, un arrendamiento, contrato de sociedad, el mandato y los contratos innominados eran aquellos que no tenían nombre, pero en Roma era importante que el contrato tuviera nombre, ya que si el contrato tenía nombre las partes podían ir a los tribunales romanos y pedir el cumplimiento de la obligación nacida del contrato nominado, pero si dicho contrato era innominado las partes no podían hacer absolutamente nada para acudir a los tribunales, allí se quedaban en una situación de injusticia, por tanto el ponerle nombre al contrato era tremendamente importante en el Derecho Romano, tanto que hasta nuestros días se tiene dicha idea.
 - 5 Con respecto a los contratos típicos y atípicos, pues se habla de que son contratos innominados que posteriores a la Segunda Guerra Mundial, cobran una gran importancia (Plan

primeros antecedentes de este figura suelen situarse entre los años 1850 y 1860 en los Estados Unidos de Norteamérica. Por aquellos años aparece *I.M. Singer & Company*, quienes crearon el primer embrión de este tipo de franquicia, como medio para distribuir y vender sus máquinas de coser⁶, desde aquel entonces hasta hoy en día el contrato de franquicia ha demostrado ser una fuente para la obtención de grandes beneficios económicos, comerciales, laborales, tributarios, etc.

Es así que el Perú no ha sido ajeno a dichos beneficios brindados por los contratos de franquicia, pues ha demostrado ser una gran fuente de ingresos. Pero dicho contrato, a pesar de encontrarse en el boom del desarrollo, tanto de las empresas nacionales como internacionales, carece de una regulación propia en el Perú, pese a estarse frente a un tipo de contrato mercantil *sui generis*, complejo, con característica consensual, bilateral, de tracto sucesivo, principal,

Marshall). Por ello los contratos atípicos son productor de la inversión de las partes donde dos personas de mutuo acuerdo o son mezcla de contratos que ya están regulados en las Leyes especiales o el mismo Código. Ahora, los contratos atípicos encuentra algún antecedente en formas contractuales que ya están contemplados en los ordenamientos jurídicos existentes como por ejemplo el contrato de Leasing, Joint Venture, Factoring, Franchising, etc. Por tanto, es un error en empeñarse en regular estas formas contractuales aplicándoles analógicamente ya sea el Código Civil, Código de Comercio o las Leyes Especiales, porque desde el momento en que nosotros decimos que son contratos atípicos ya estamos dando por un hecho que las formas contractuales que contemplan los Códigos y las Leyes no les son aplicables, por ello uno de los problemas que suscita es asegurarse el cumplimiento de las partes en este tipo de contratos. José Leyva, define a los contratos típicos manifestando que «se da la relación propia dentro de un ordenamiento jurídico como en un Código Civil, Código de Comercio, Leyes generales o especiales, en cambio los contratos atípicos no tienen una tipicidad legal, pero si social. Asimismo, con respecto a los contratos nominados e innominados manifiesta que no tiene nada que ver con lo típico o atípico, lo que marca claramente es que los contratos nominados tienen nombre propio para ser identificados en el ámbito jurídico, en cambio el contrato innominado se da, cuando no tiene nombre propio, pero tiene fuerza que lo genere, la mayoría de los contratos nace como innominado y luego se vuelve nominado, así como la permuta (trueque) a este se le dio un nomen iuris. Por tanto, los contratos típicos son nominados, pero no todos los nominados con típicos porque hay atípicos, asimismo, el autor Vicent Chulia manifiesta que se conceptúan contratos atípicos los no regulados legalmente, aunque esta los menciona reconociendo simplemente su existencia en la realidad social. CHULIA VICENT, Eduardo. *Aspectos jurídicos de distintos contratos atípicos*. Barcelona: Editorial Bosch, 1995, tomo I, p. 162.

6 Cfr. ARGE CARGOLLO, Javier. *El Contrato de Franquicia*. Cuarta edición. México: Themis, 2001, p. 3.

oneroso, de ejecución sucesiva en el tiempo, de colaboración entre empresas, y como no de «cooperación donde cada parte colabora para un fin en común»⁷.

Pero este contrato no tiene una normativa propia, una regulación propia, es casi incierta la seguridad jurídica que se le brinda a las partes (franquiciador y franquiciado), pues la solución de controversias es ambigua y oscura al no existir una norma específica que la regule, por lo que los operadores jurídicos optan por recurrir de manera supletoria a las distintas regulaciones que versan de forma ligera sobre los contratos de franquicia, entre las cuales encontramos las siguientes:

- a. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI⁸ (Título XI – Transferencia de Tecnología Extranjera, artículo 55, 56 y 57), ente encargado de regular y registrar las franquicias extranjeras en el Perú, pero la específicamente encargada es la Oficina de Signos Distintivos, área de Registro de Transferencia de Tecnología Extranjera. Esta Oficina es la que establece los requisitos para acceder a la inscripción mediante llenado de formatos de solicitud con los datos de la persona (natural o jurídica) y su representante legal, indicando el nombre del titular del signo distintivo (número de certificados, denominación, vigencia de poder actualizada y otros), comprobante de pago respectivo, constitución de la empresa, copia del contrato de Transferencia de Tecnología Extranjera y demás documentación. Es así que esta norma otorga la protección de la propiedad intelectual del franquiciante como son las marcas, nombres comerciales. Patentes, know-how o saber hacer (conjunto de conocimientos derivados de la experiencia del franquiciante), logos y demás distinciones, pero no va más allá de esta protección.

7 Cfr. MONATERI, Pier Giuseppe. *Reformulando la noción de contrato. Hacia una visión antagónica del contrato*. Lima: Themis. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 49, 2004, p. 38.

8 Creada para tutelar el libre mercado, evitar prácticas monopólicas, combatir las conductas anticompetitivas y la competencia desleal, proteger al consumidor, reducir los costos de acceso y salida del mercado, proteger la propiedad intelectual, y consumidores y proveedores cuentan con una institución donde puedan solucionar sus conflictos en vía administrativa, en base a los principios de predictibilidad, simplicidad, celeridad, eficacia, idoneidad y confianza, se ha creado, mediante Decreto Ley n.º 25868, INDECOPI. TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Contratación masiva. Protección al consumidor*. Lima: Editorial Motivensa, 2009, p. 119.

- b. La Decisión N° 291 de la Comisión de Acuerdo de Cartagena, sobre tratamiento de capitales Extranjeros y sobre marcas, Licencias y Regalías, nomas que señalan los requisitos esenciales para la inscripción de una franquicia extranjera (identificación de las partes como la consignación de su nacimiento y domicilio, identificación de las distintas modalidades que presenta la transferencia de la Tecnología, determinación del plazo de vigencia del contrato (determinado o indeterminado), entre otros.
- c. El Decreto Legislativo N° 662, Ley de Protección de la Inversión Extranjera (Seguridad Jurídica),
- d. El Decreto Supremo N° 162-92-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 662.
- e. El Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial.
- f. El Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos del INDECOPI.
- g. El Código Civil, el cual otorga pautas y normas sobre las relaciones contractuales, las obligaciones de las partes, la ejecución de las garantías, las penalidades, responsabilidades, mecanismos de solución de controversias, entre otros⁹.
- h. El Código de Comercio de 1902¹⁰, otorgando el vehículo de inversión, uso de títulos valores, gestión social, transacción comercial y demás cuestiones.

9 El Derecho Civil es el derecho de las personas, es el Derecho que regula las interrelaciones subjetivas privadas, es decir, es el Derecho Privado, el Derecho Común, el Derecho Común a todas las personas, etc. por ende, este Derecho tiene orígenes tan antiguas como el hombre mismo; sin embargo, con el desarrollo de la vida social y económica, el Derecho Civil fue evolucionando y/o dividiéndose en diversas ramas que relacionan a las personas entre sí, esto quiere decir que el Derecho Civil es la base o cimiento por el cual nacieron una serie de Derechos autónomos. En: *Balotario para el examen de CNM. EGACAL.*

10 El Código de Comercio de fecha 15 de febrero de 1902, es el Código más antiguo que ostentamos y que continúa vigente actualmente.

- i. El Código Tributario, brindando planteamiento y estructuración fiscal de la operación a nivel local, y aún más, al momento de la internacionalización, utilizando aspectos fiscales vinculados con los mismos.
- j. La normativa de Aduanas, que versa sobre negocios de importación y exportación, aranceles, tributación aduanera, etc.

Asimismo, existiendo otras regulaciones afines a los contratos de franquicia en el Perú, pero resultando y/o actuando de manera supletoria, más no existiendo una regulación específica que regule a los contratos de franquicia.

Al margen de lo indicado líneas arriba podemos determinar que en el Perú, no existe una regulación propia para este tipo de contratos nominados y atípicos, por ello pretendo sustentar mediante investigación, parámetros para la regulación del mencionado contrato de franquicia, tomando como referencia a las distintas regulaciones normativas extranjeras existentes en la actualidad, como por ejemplo la regulación norteamericana, francesa, española, mexicana, brasilera, ecuatoriana, venezolana, entre otras. Asimismo, no podemos obviar al Código Deontológico Europeo de Franquicia que entró en vigencia el 1 de enero de 1991¹¹.

En ese sentido, los contratos de franquicia necesitan ser regulados mediante un Código Deontológico de Franquicia (CDF) y una Circular de Oferta de Franquicia (COF), con el objetivo de brindar y garantizar seguridad jurídica a las partes contratantes como es el caso del franquiciador y el franquiciado, otorgando una seguridad jurídica comercial y demás aspectos a la hora de realizar las transacciones que por cierto conllevan a invertir grandes y millonarias sumas de dinero.

Ahora, muchos autores manifiestan que deberían regularse rigurosamente o de forma flexible este tipo de contratos, para de esa forma se le brinde garantías a los participantes de los contratos de franquicia, ya que los países más desarrollados del mundo ostentan una regulación estricta como señala un representante de

11 ESPALIAT CANU, Mauricio y ESPALIAR PLANAS, Patricia. *Franquicia: Una alternativa de trabajo independiente*. Madrid: Editorial Windsor, 2002, p. 135.

Francorp, que «para desarrollar este sistema en el Perú, es necesaria la existencia de una legislación específica sobre los contratos de franquicia»¹².

Asimismo, el representante de la Asociación Peruana de Franquicias afirma que los «contratos bajo este régimen suelen ser convenios de 10 o más años, por lo que el Estado debe mantener una legislación y una política que aliente a los empresarios a invertir a largo plazo»¹³. En la misma línea, el Código Civil, para bien o mal, es expresión y componente de la cultura, entendida como «modo de vivir», de nuestro país. Este convencimiento debería bastar para prevenir a los encargados de la reforma de sucumbir ante el peligro de la imposición irreflexiva de aquellos estándares del *common law* que son impensables en un país con los niveles de desigualdad y pobreza del Perú; estándares que se pueden disfrazar con un atractivo discurso de la «globalización», o con sonsonetes favorables a «la no – regulación», a la «regulación por principios», o a la «inserción del país en el mercado internacional».

En opiniones formuladas anteriormente hemos manifestado que «ante los profundos cambios producidos por la modernización de la economía, las necesidades del tráfico comercial y del suministro de bienes y servicios, materias primas u otros elementos del proceso productivo, urge regular mediante un marco legal general y no reglamentarista las nuevas modalidades contractuales»¹⁴. En la misma línea, el abogado Walter Aguirre comenta que, «en el Perú aún no se ha regulado el contrato de franquicia y podemos observar que estamos frente a un contrato complejo y de características peculiares: bilateral, consensual, principal, oneroso, de ejecución sucesiva en el tiempo, de colaboración empresarial y muchas veces de transferencia de tecnología». Ante esta falta de regulación y complejidad, tenemos que recurrir a otras áreas del Derecho a efectos de elaborar el contrato de franquicia. Así, tendremos que utilizar, entre otros, los siguientes aspectos.

En línea con lo señalado, considerando la importancia económica y las características propias del sistema de franquicia, somos de la opinión que se

12 DEL RIO, José. Representante de FRANCORP PERÚ – Consultora de Franquicias.

13 GLEISER, Samuel. Representante de la Asociación Peruana de Franquicias.

14 FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. *Los contratos comerciales modernos*. Diario Oficial El Peruano, 11 de noviembre de 1993.

requiere de una regulación específica y flexible en la materia, que garantice un equilibrio entre los participantes del sistema, otorgando seguridad tanto a franquiciantes como a franquiciados, y asegurando oportunidades de inversión que se aprovecharan plenamente con una identificación de actores, derechos de propiedad intelectual bien definidos, obligaciones específicas de las partes, fácil ejecución de garantías, entre otros muchos aspectos¹⁵. Lo relevante no es que la ley otorgue o no un nombre al contrato, sino que este tenga su regulación propia aunque la ley puede efectuar remisión o reenvío de la cual se infiera aquella disciplina¹⁶.

Al respecto, y en contraposición a ellos hay autores que se oponen a una regulación, manifestando que «no es conveniente legislar específicamente el franchising por ahora, puesto que estamos ante una modalidad contractual que recién evolucionando en nuestro país, por lo que regularlo sería obstaculizar su aplicación. Una posible legislación es vista por los empresarios en nuestro país con temor y desconfianza, puesto que generalmente introduce en la contratación restricción y limitaciones en vez de cumplir una función de promoción y que actualmente vivimos en una economía social de mercado, donde no hay restricciones ni limitaciones a las contrataciones e inversiones de diversa índole siempre y cuando no contravenga a nuestro ordenamiento jurídico interno, los usos y buenas costumbres tal cual se halla establecido en los artículos 62 y 63 de la Constitución Política¹⁷.

Otro autor que se opone a una regulación considera que en la medida que el sector vaya madurando y los agentes determinen sus necesidades reales, recién podemos pensar en darle un marco jurídico al sector, y es que los países que ha logrado cierto desarrollo en franquicias no lograron un impulso real vía marco jurídico protector, sino el sector debido a su madurez demandó una regulación particular¹⁸.

15 AGUIRRE, Walter. *El contrato de franquicia. Multiplicador de negocios*. En: <http://revistalawyer.com/index.php/practica-juridica/item/1266-el-contrato-de-franquicia-multiplicador-de-negocios>

16 SPOTA, Alberto. *Instituciones del Derecho Civil*. Buenos Aires: Astrea, 1975.

17 BRAVO MELGAR, Sidney. *Contratos modernos*. Lima: Ediciones Legales, 2010.

18 KISER RODRÍGUEZ, Luis. *Franquicias. La elaboración de una idea de negocio, en base a la oportunidad detectada*. PERUMYPE COMPETITIVA, Lima, 2009.

Como vemos diversos autores manifiestan sus posiciones. Al respecto, también se cuenta que había una vez un rey que ante las insistentes quejas de la población por el elevado precio del pan, determinó un buen día que el precio de este producto debería ser 'X' (es decir, fijó la tarifa del pan). Al día siguiente, los panaderos redujeron la calidad de la harina empleada a fin de abaratar sus costos y seguir ganando. Ante esta actitud, el rey emitió un decreto mediante el cual estableció el estándar de calidad de la harina empleada. Esta conducta motivó a los panaderos a reducir el peso del pan para poder ganar lo esperado.

Un nuevo decreto fue emitido estableciendo cual debía ser el tamaño y peso mínimos del pan, razón por la cual los panaderos hicieron ciertos arreglos al pan de forma que más parecía un pastel o bizcocho que otra cosa, estando libre de todos los controles impuestos. El rey se vio obligado a extender la regulación a todos los productos similares al pan, por lo que los panaderos empezaron a exigir la compra de leche para adquirir pan (es decir, ataron dos productos). El rey finalmente cansado de esta situación, estatizó todas las panaderías¹⁹.

En su mayoría los autores que se contraponen a una regulación manifiestan que podría restringir en gran medida el crecimiento de las franquicias nacionales y extranjeras que además de ello se estaría cayendo en una regulación de todos los contratos, cuando con ello una suma de restricciones, y que es suficiente de forma supletoria regular los contratos de franquicia mediante el Código Civil, Código de Comercio, normas de INDECOPI y demás normas afines.

Ante estas dos perspectivas, en esta investigación pretendo plantear una regulación a los contratos de franquicia acorde al desarrollo y madurez del país y del contrato de franquicia nacido en el sistema del *Common Law*, no siendo tan rigurosa pero suficiente para brindar una seguridad jurídica a las partes, sustentando en que aún no estamos preparados para una regulación tan rigurosa de este tipo de contratos en el Perú, por ello el presente trabajo se circunscribirá a dar una propuesta regulatoria para establecer un Código Deontológico de Franquicia (CDF) y una Circular de Oferta de Franquicia (COF), para lo cual sustentaremos desde el punto de vista dogmático formalista.

19 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *La década de los noventas. La experiencia peruana en Libre competencia*. Themis. Lima, 2004.

Al respecto, el Código de Ética de Franquicia o llamado también Código Deontológico de Franquicia puede constituir un paso muy importante para el Perú sobre _____, asimismo establecer en nuestro país una Circular de Oferta de Franquicia – COF, como en algunos países lo ostentan, tal es el caso de Francia, México, Argentina, Ecuador, Venezuela y otros, la cual ayuda a la seguridad jurídica de ambas partes, sobre todo a la parte más débil del contrato de franquicia, nos referimos al franquiciado, ya que dicho contrato es por lo general un contrato de adhesión, donde la parte débil es sometida a la voluntad del franquiciador, pero con la Circular de Oferta de Franquicia, el proceso de negociación de compra o venta de una franquicia es mandatoria u obligatoria, la cual debe hacer un seguimiento de los parámetros que indique la COF, puesto que en dicha Circular o documento como acto preliminar al contrato, debe ser entregado al franquiciado por parte del franquiciador, antes de la firma del contrato de franquicia, o sea en la etapa de negociación.

Entonces, la Circular de Oferta de Franquicia debe funcionar como parámetros, guías que deberán coincidir con el contrato de franquicia en cada uno de los puntos o cláusulas señalados, de este manera se podrá evitar los atropellos, los malos entendidos, los abusos, los incumplimientos de obligaciones, las estafas, etc., hoy en día más conocidos dichas estafas como *franchichas*²⁰.

20 En este millonario negocio de las franquicias existe una variada terminología que, de suyo, separa a las buenas de las malas franquicias. Así por ejemplo, una franquicia de indiscutido prestigio y probada rentabilidad, ofrecida por empresarios que, pese a no existir una ley específica sobre la materia, actúan con responsabilidad y dentro de lo legal, puede dar origen a una franquicia máster (que da derechos al franquiciado para subfranquiciar dentro de una región, país o continente, actuando en representación exclusiva del franquiciante en los territorios definidos en el contrato), a una multifranquicia (cuando el franquiciado tiene varias franquicias pertenecientes a la misma marca; la existencia de multifranquiciados suele ser un buen indicador del éxito de una franquicia, pues nadie a quien le funcione mal un establecimiento franquiciado, va a adquirir otro de la misma marca) o a una plurifranquicia (cuando el franquiciado maneja franquicias o marcas diferentes que suelen ser complementarias y no competitivas).

Sin embargo, en esta jungla de cemento llamada 'mercado de franquicias' y dada la nula fiscalización de la autoridad competente, también existen las llamadas 'franquicias chata-rra', lo que para algunos no se trataría de franquicias propiamente dichas sino, más bien, de 'franchichas', es decir, de marcas que inescrupulosos empresarios lanzaron y promocionaron en el mercado de las franquicias sin poseer los conocimientos técnicos ni el apoyo suficiente, trayendo como consecuencia que el franquiciado pierda, en todo o en parte, su inversión.

Ahora si el contrato de franquicia difiere sustancialmente de la COF, el franquiciado debe actuar con cautela, ya que podrá tratarse de una estafa, por su contraparte (el franquiciador).

Por ello indudablemente la entrega de la COF debe ser un requerimiento legal obligatorio e indispensable a la hora de comprar o vender una franquicia, en caso de ignorarse la entrega y a la vez diferir entre la COF y el contrato de franquicia (adhesión) por parte del franquiciador, podría motivar una demanda o denuncia por parte del franquiciado (parte débil) por el delito de violación y transgresión del reglamento de la COF.

Por ello es necesario avanzar paso a paso para no caer en una normativización extrema y rigurosa que podría causar, que dichos contratos de franquicia se nublen con una regulación rigurosa que ostentan algunos países desarrollados como es el caso de los Estados Unidos de América, ya que aún no hemos logrado madurar lo suficiente en este tipo de contratos modernos para nosotros, ya que en nuestro país recién conocemos más claramente a partir de 1993 y

El primer paso para 'poner la casa en orden' en materia de franquicias en el Perú, sería proteger al franquiciador y al franquiciado a través de la creación de un Código Ético que autorregule este sector que se halla en el limbo legal, mientras se concluya la elaboración de un proyecto de Ley que le dé transparencia a este lucrativo negocio, vigilando mediante este instrumento legal aspectos tan fundamentales para el éxito de una franquicia como la calidad del servicio ofertado, la real solvencia económica de los negocios franquiciables y la información pública de la empresa, a fin de evitar millonarios fraudes.

Para ello, en otros países se ha establecido la obligatoriedad que tienen los franquiciantes de entregar a los franquiciados, por lo menos 30 días antes de la firma del contrato de franquicia o durante el período de negociación, la denominada Circular de Oferta de Franquicia (COF) o Documento de Divulgación de Franquicia (DDF), que en México –detrás de Brasil, el segundo país más importante de Latinoamérica a nivel de franquicias– y otros mercados, ha logrado evitar abusos y fraudes en la venta de franquicias.

Uno de los aspectos prioritarios de una COF es el capítulo referido a los registros de marca. En este punto, el franquiciador está obligado a demostrar la legalidad de la franquicia mostrando los originales y las copias autenticadas de estos registros de marca al franquiciado, indicando los números de dichos registros. En caso de no tener estos documentos o el convenio de uso de licencia de marca emitido por el titular, se estaría incurriendo en el delito de estafa. En: *Franquicias peruanas, los riesgos de un negocio sin ley.* Heidi Castilón. MORE NEWS: www.bizusaperu.com

1995 (primer boom)²¹ y 2003 – a la fecha (segundo boom)²², y que otros países desarrollados ya ostentan más de medio siglo de existencia, por ello no pretendemos ir a un extremos y normativizarlos creando su propio Código, leyes y normas como lo hay en otros países, pues como ya lo manifestamos aún no hemos alcanzado la madurez suficiente para poder reglamentar rigurosamente dicho contrato.

Por ello es menester crear un Código Deontológico de Franquicia y una Circular de Franquicia, para poder regular a las partes intervinientes en el contrato de franquicia, evitando con ello los abusos, incumplimiento de obligaciones, estafas, etc., pues la cultura de protección no debe ser ignorada por los compradores de franquicias nacionales y extranjeras, ya que nadie quisiera perder los ahorros de toda una vida en parte o totalmente sólo por no cumplir con un reglamento a la hora de adquirir una franquicia, es por ello que la COF es importante, pues si hay una seguridad jurídica las cosas pueden marchar muy bien, evitando con ello inconductas por parte de personas inescrupulosas dedicadas a este rubro mercantil que está constantemente en crecimiento y desarrollo a nivel nacional e internacional.

2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

El presente trabajo busca comprender la estructura de las alternativas de protección jurídica a los contratos de franquicia en el Perú en el sector privado, para lo cual se ha definido el espacio y tiempo de investigación, planteándose a necesidad de comprender los instrumentos jurídicos concretos que planteamos.

La definición de este tipo de contrato no es fácil, debido a que concurren caracteres o modalidades propias de otros contratos, tales como la licencia, el *know how*, el uso del nombre comercial, entre otros²³. Asimismo, son muchas

21 El primer boom estalló en el Perú con una inversión del 95% de franquicias extranjeras y 5% nacionales.

22 El segundo boom en el Perú, se dio a partir del año 2005 y va en crecimiento logrando 311 locales a nivel nacional, el 67% en Lima y el 33% en el interior del país.

23 Cfr. SCHEREIBER PEZET, Max y SCHEREIBER MONTERO, Angélica. *Los contratos modernos*. Lima: Gaceta Jurídica, 1996, p. 106.

las definiciones que se le han otorgado a lo largo del tiempo, pero como la gran mayoría de contratos modernos atípicos han surgido por la necesidad de la expansión y crecimiento del tráfico comercial moderno.

Entonces, el contrato de *franchising* es un sistema de distribución comercial moderno y se define como un formato contractual de negocios que celebran dos personas físicas o jurídicas, económicamente independientes, por el cual una de ellas (franquiciador) cede a la otra parte (franquiciado) el derecho a utilizar, una técnica en la actividad industrial o comercial, como la marca o nombre, los conocimientos técnicos, bajo determinadas condiciones de control, por un tiempo determinado y en zonas delimitadas, a cambio de una contraprestación económica previamente acordada.

De igual manera, el tratadista argentino Marzorati define al contrato de franquicia como «aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado franquiciante, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción para vender o distribuir sus bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales»²⁴.

El autor Arce Gargollo,²⁵ define a la franquicia como «el contrato por el cual el franquiciante otorga al franquiciado la licencia de uso de una marca con el derecho de distribuir ciertos productos o a explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negocio mercantil de bienes o servicios. En ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca (s) y nombre (s) comercial (es), a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación»²⁶.

24 MARZORATI, Osvaldo J. *Franchising*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, p. 17.

25 ARCE GARGOLLO, Javier. *El Contrato de Franquicia*. México: Themis, 1995, p. 34.

26 CHULIA VICENT, Eduardo. *Aspectos jurídicos de distintos contratos atípicos*. Barcelona: Editorial Bosch, 1995, tomo I, p. 165.

Los mecanismos de seguridad jurídica a los contratos de franquicia deben ser flexibles para no causar una fuga o restricción de empresas que desean invertir e incursionar en este tipo de contratos modernos, ya que deben ser regulados conforme al crecimiento, madurez, solidez de este tipo de contratos en el Perú. Cabe plantear por el momento una flexible regulación como un Código Deontológico de Franquicia (CDF) de manera concurrente con una Circular de Oferta de Franquicia (COF), que permitirán alcanzar con éxito los objetivos de la investigación, a fin de brindar protección jurídica a los contratos de franquicia en el Perú.

Entonces, en este marco de referencia, incluimos el aspecto histórico, ya que el contrato de franquicia es una rama relativamente nueva y moderna de «origen anglosajón. Se extiende por Europa a partir de los años 70». Aunque en la Edad Media existieron figuras un tanto similares al actual contrato de franquicia. Los primeros antecedentes y registros datan de los años 1851, fecha en que tuvo lugar su creación en los Estados Unidos de América, por la necesidad de tener un sistema de venta y colocación de productos más efectivo y eficiente en el mercado de entonces. La primera compañía en cambiar el sistema de ventas tradicional y común de ventas bajo comisiones fue la compañía Singer²⁷, vendidas en calidad de comisionista a cobrar a los agentes en ventas por el derecho de distribución y venta de las máquinas de coser de las compañías, las cuales se les entregaban a los vendedores a un precio inferior del mercado normal y el vendedor las vendía con un sobreprecio, resolviendo varios puntos negativos del sistema tradicional y clásico de comisiones, entre los cuales encontramos, las exageradas cargas salariales, flujo de caja, stock de productos, fletes, etc.

Este sistema de alta ingeniería tuvo mucho éxito, y como toda buena idea fue copiada y mejorada por otras compañías de la época, como es el caso de General Motors, Coca Cola y varias otras compañías petroleras como Estándar Oil.

27 A mediados del siglo XIX por los años 1862, en Estados Unidos un hombre de apellido Singer, dueño de la compañía *I.M. Singer & Company* que se dedicaba a la fabricación y venta de máquinas de coser tenía necesidad de distribución de sus productos pues el mercado estaba creciendo, pero no contaba con el capital para establecerse en otras partes o para surtir sus productos a consignación. Por lo anterior, decidió venderlas a sus propios vendedores para que estos las llevaran al consumidor final con un sobreprecio, sentando ahí sin saberlo las bases de lo que hoy en día es cuando las practicas más comunes para expandir un negocio.

Para el año 1900 se crea el sistema de sub-franquicia, por parte de la compañía Coca Cola, el cual revolucionó el mercado tradicional, tanto así que al poco tiempo no se daba abasto en la producción de dichas bebidas gaseosas, pero el verdadero auge se dio en la década de los años 50, y así su revolución en el mundo mercantil empieza un siglo después de su creación, debido a que los Estados Unidos se encontraba en una época de cambios ante deficiencias en los medios de comunicación lo cual debía solucionarse. Todo ello transcurría en el siglo XIX, al no existir vías de transporte moderno, comunicación entre Estados y demás mecanismos que hacían difícil el crecimiento de este tipo de contratos modernos.

Ya por el siglo XX, en la Segunda Guerra Mundial y con la depresión se produce un retroceso y estancamiento mercantil. Posteriormente, los Estados Unidos se posicionó como potencia mundial, tanto económica como bélica. Es por aquella época que se dieron diversos factores para su crecimiento y desarrollo, como lo es, la evolución legislativa – la *Lan Ham Acts* o Ley Federal de Marcas de los Estados Unidos de América de 1946, donde la dueña de la marca podía controlar la calidad de los bienes y servicios vendidos bajo la misma. En las décadas de 1950 y 1960 se comercializan cientos de franquicias en todo el territorio de los Estados Unidos, sobre todo en rubros de comida rápida, pero ya no solo se otorgaban derecho de uso de la marca, sino que el franquiciado compra el derecho de *know how*²⁸, experiencias en las diferentes operaciones del negocio y como debe administrarse la franquicia, es el caso de las tiendas de comida rápida *Mc Donald's*²⁹.

En Sudamérica, las franquicias comerciales y/o mercantiles empezaron a surgir en la década de los años 60 cuando se produjo la internacionalización de franquicias por parte de los Estados Unidos de América, iniciando dichos

28 ALCANTARA FRANCIA, Olga. «El contrato de licencia de *Know How* y la regulación de las obligaciones de confidencialidad y no competencia». En: *Ius et Praxis*. Lima: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, n.º 31, 2000.

29 Tres personas fueron clave en la historia de la compañía más grande de la historia de las franquicias de comida rápida: Los hermanos Dick y Mac Mc Donald, que desarrollaron el concepto de «comida rápida», y Ray A. Kroc, quien creó el imperio. El paso a paso desde la apertura del primer local hasta la gran cadena de la actualidad en: <http://www.iprofesional.com/notas/155549-La-historia-de-McDonalds-y-cmo-pas-de-restaurante-de-barrio-andler-mundial>

contratos en Médico, introduciendo sobre todo en el rubro de comida rápida como *Mc Donald's*, gaseosas como Coca Cola, tiendas de ropa, industrias, etc. Con el tiempo cada país inicio la creación de su propia franquicia, es así que en la actualidad en Brasil existen más franquicias nacionales que norteamericanas.

Actualmente, los países donde más se han desarrollado los contratos de franquicia son: México, Brasil, Chile, Argentina, Venezuela, Colombia, donde engloban más de 60 mil puntos de venta propios o franquiciados y una facturación aproximada de 30 mil millones de dólares.

Con referencia al Perú, los contratos de franquicia fueron inestables debido a la inseguridad jurídica e inestabilidad política, producto de los golpes de Estado, terrorismo, corrupción, normas restrictivas en este tipo de contratos, modelos económicos cerrados al comercio internacional y demás restricciones. Pero la evolución del sistema de franquicia en el Perú ha tenido en los últimos años un desarrollo sumamente importante y una línea de crecimiento destacable con un impacto directo en la economía Peruana. En la actualidad, su consolidación como modelo de desarrollo, gestión y expansión de negocios, es una realidad inminente, creciendo a un ritmo acelerado de 20% al año. El sistema genera alrededor de US\$1,000 millones de dólares norteamericanos anuales, existen más de 1,200 unidades franquiciadas que generan empleos para más de 20,000 peruanos. Al 2013, tenemos más de 330 marcas en el mercado peruano: 63% extranjeras y 37% nacionales. De las nacionales, un 66% en el rubro de gastronomía, y el otro 34% dividido en diferentes rubros como joyería, estética, salud, educación, servicios especializados, indumentaria y accesorios³⁰.

Es así que actualmente las franquicias acaparan los medios televisivos, esmerándose en la presentación de los formatos de entretenimiento como el programa “Operación Triunfo”, franquicia española con mucho éxito que condujo al estrellato al cantante David Bisbal, otros programas de entretenimiento son “Yo Soy” y “El Ultimo Pasajero”(cuyo precio superó el millón de dólares norteamericanos), pues dichos formatos probados en diversos países otorgando positivos resultados en concurso y realities, lo cual proporciona millonarias ganancias. Asimismo, son relevantes los casos de GV Producciones (Gisela Val-

30 Al respecto, conviene revisar: <http://revistalawyer.com/index.php/practica-juridica/item/1266-el-contrato-de-franquicia-multiplicador-de-negocios>

cárcel) quien ha adquirido las franquicias más caras en el Perú, manifestando que es un Boom a nivel mundial, pero no todo es éxito. Por ejemplo la productora de ATV compró una franquicia llamada “Trato Hecho”, pero la experiencia no fue buena. Luego adquirió otro formato llamado “Bailando por un Sueño” que fue un éxito. Otro personaje en adquirir formatos de franquicia fue Raúl Romero (Conductor de televisión y cantante), quien adquirió “Canta si Puedes” (costó un promedio de US\$.450.000.00 mil dólares norteamericanos), “Dr. Tv”, etc. Hay empresas que están adquiriendo formatos de franquicia a los cuales les está yendo muy bien, como es el caso del franquiciador Endemol³¹ empresa que vendió muchas franquicias como alguna de las mencionadas líneas arriba.

Asimismo el Perú no se queda atrás³², pues los empresarios norteamericanos compraron un formato de franquicia peruano “Los Exitosos Gómez”. Pero no son los únicos, pues Astrid & Gastón, Las Canastas, Pardo’s Chicken, Bombos, D’Galia, Chi Lecca (estos dos últimos en el rubro institutos de formación), Enfokate (servicios especializados), Jeanet Salón Spa, Amariage (Peluquerías), Claudia Lira (Joyería), Sarcleti (cafeterías), Delicias (juguetería), se están sumando a los formatos de franquicia nacional que están siendo vendidas en el exterior.

Con respecto a las franquicias extranjeras la presencia en el mercado peruano sigue siendo dominada por los Estados Unidos de Norteamérica (37.1%), seguido de Argentina (26.7%), España (8.6%), Venezuela (3.3%) y Colombia (3.3%). Estas son las reconocidas Mc Donalds, KFC³³, Pizz Hut, Gold’s Gym,

-
- 31 Las empresas franquiciadoras más importantes en producciones de realities, programas concursos son Endemol y Talpa de nacionalidad holandesa, Free Market, de nacionalidad inglesa (formato american idol), Sony, Televisa, Caracol, Sodiad, Harto (venden series)
 - 32 según cifras oficiales el mercado peruano promueve aproximadamente US\$860 millones de dólares norteamericanos anuales, correspondiendo 140 millones de dólares norteamericanas a las franquicias peruanas con locales en el país y en el extranjero, asimismo un aproximado de 100 mil empresas peruanas tienen las condiciones necesarias y están a la espera de una oportunidad para franquiciar su marcas, tanto a nivel nacional como internacional. En: MORE NEWS: www.bizusaperu.com
 - 33 Kentucky Fried Chiken fue la primera franquicia internacional que ingreso al Perú, atravesando diversos obstáculos como el terrorismo, su primero local estuvo ubicado en la Avenida Arequipa en el distrito de Miraflores, sufriendo ataques en dos ocasiones por parte de los subversivos de Sendero Luminoso.

Adidas, Bally, Kenneth Cole, Hollys Café, Inmobilia, Mod'Art International, Gloria Jeans Coffee, Combate Tv, Yoguen Fruz, etc., es tanto éxito que cada 15 minutos, se abre una nueva franquicia en el mundo y en Latinoamérica³⁴.

Pero la falta de una regulación, que establezca garantías necesarias para el adecuado desarrollo de este formato de contrato de franquicia, hace constar la deficiencia que existe, ya con una adecuada y flexible normatividad, que comprende un Código Deontológico de Franquicia (CDF) y una Circular de Oferta de Franquicia (COF), que aliente a la inversión evitando abusos, incumplimiento de obligaciones, estafas, fraudes, principalmente por parte del franquiciador (contrato de adhesión), como es el caso controvertido de la franquicia "Mis Costillitas" empresa dedicada al rubro de comidas (parrillas), pues aquí se incumplió la obligación contractual por parte del franquiciador, ya que se vendieron dos franquicias en una zona determinada solo para una de ellas (primer franquiciador), en esta transacción se desvirtuó el contrato (cláusula de exclusividad), pues a falta de una normatividad explícita para tal tipo de contrato, simplemente la primera franquiciada es vulnerada mediante un incumplimiento de obligación, ya que dichos locales entraron en competencia, disminuyendo sus ingresos y a la larga se ha creado un tipo de conflicto entre las franquiciadas dando como resultado la quiebra de una de ellas. Este accionar delictivo no solamente se da por parte de empresas determinadas en el territorio nacional, sino también de franquicias extranjeras que vienen a invertir al Perú.

A partir de ahí, podemos manifestar que es necesario otorgar alternativas de protección jurídica al contrato de franquicia, ya que la actuación de la empresas franquiciadoras mediante un contrato de adhesión vulnera los derechos de los franquiciados (parte débil en un contrato de adhesión), por lo general. Por tanto es necesaria una regulación mediante la dación de un Código Deontológico de Franquicia y una Circular de Oferta de Franquicia, para otorgar mayor seguridad a los inversionistas que muchas veces invierten los ahorros de toda su vida.

Como sabemos países como Estados Unidos, España, México, Francia, Brasil, Argentina, Ecuador, Venezuela y muchos otros como los pertenecien-

34 MORE NEWS: www.bizusaperu.com

tes a la Unión Europea³⁵, tienen un Código Deontológico de Franquicia y una Circular de Oferta de Franquicia, que otorga mayor seguridad a los inversionistas, sobre todo a los franquiciados que son la parte más débil en este tipo de contratos, lo cual no se otorga en el Perú, ya que son varias las leyes que en forma conjunta regulan los contratos de franquicia, pero de forma supletoria, mas no específica y clara, otorgando interpretaciones mucha veces erróneas a los operadores jurídico (jueces). Algunas de ellas, que se utilizan de forma supletoria son la Constitución Política del Perú, el Código Civil del 1984, el Código de Comercio, normas del Indecopi y las normas nacionales y regionales (decisiones de la Comunidad Andina) sobre propiedad intelectual, leyes laborales, tributarias, etc.

Ahora surgen diversas posiciones unos a favor y otras en contra, pero al margen de ello es necesario otorgar protección jurídica a las fuertes cantidades invertidas en la compra de un franquicia en el Perú, pues existen elementos suficientes para determinar su necesidad como lo mencionamos líneas arriba, por lo cual un Código Deontológico o llamado también Ética sería de gran ayuda y protección, ya que otorgará un equilibrio entre las partes (franquiciador y franquiciado), evitando de esta manera los abusos (contratos de adhesión), incumplimiento de obligaciones, usurpaciones, estafas, deslealtades, etc.

Pues de esta forma estaríamos otorgando protección y velando por un comportamiento ético del todo poderoso franquiciador en sus relaciones con el débil franquiciado, sometido a un contrato de adhesión, con lo cual se estaría brindando una seguridad jurídica a los inversionistas que desean incursionar en este innovador contrato de franquicia, que si bien es cierto otorga grandes beneficios si se tiene una seguridad jurídica, también apareja dificultades, ya que este tipo de Código por lo general carece de un poder vinculante, asimismo para que exista este tipo de Código es necesario que las empresas franquiciadoras y franquiciadas pertenezcan a una asociación.

De esta manera se podrá sancionar a las empresas que incumplan dicho Código, pero a la vez otorgar una Circular de Oferta de Franquicia, el cual es un instrumento que ha contribuido a lo largo de los años a consolidar el formato

35 Este Código es más conocido como *European Franchise Federation* (EFF), que entró en vigencia el 1 de enero de 1991, la cual es aplicada a todas las operaciones de franquicia, exceptuando las franquicias master. Cfr. *ABC de la franquicia*. En: www.torno.com

de franquicias en muchos países del mundo, otorgando mayor seguridad a los contratos de franquicia, es así que en la mayoría de los países en los cuales se aplica esta figura jurídica se está obteniendo un desarrollo y una consolidación considerable. En algunos países se conocen con otros nombres como Carpeta de Información de Franquicia (CIF), es por ello que la Circular de Oferta de Franquicia (COF) es tan importante como el contrato mismo de franquicia, ya que en ella se plasman las obligaciones principales de las partes que serán detalladas en el contrato de franquicia, pues con esta COF el franquiciado antes de celebrar el contrato definitivo de franquicia, tendrá la posibilidad de conocer con mayor precisión, veracidad y confianza el formato ofrecido como franquicia, como su fórmula, su red, los socios (o) de la franquicia, precisiones acerca de los resultados económicos posibles del negocio y los términos y condiciones que regirán en el otorgamiento de dicha franquicia.

Es por ello que esta COF deber ser entregada como una guía antes de la firma del contrato definitivo, pero es menester también brindar protección a los franquiciadores, en consecuencia también ellos evaluarán a los posibles franquiciados. Ahora también deben indicarse los puntos que deben estar señalados de forma clara y precisa, para así gozar de validez. Por ello este documento debe ser indispensable como requisito para todo tipo de contratos de franquicia que pretenda vender un franquiciador y a la vez que pretenda comprar un franquiciado cumpliendo un papel informativo y promocional sobre todo para el adherente de este tipo contractual, ya que la COF le permitirá formar un idea primaria de la franquicia a adquirir antes de dar una conformidad de las negociaciones y del contrato brindado. Por ello proponemos que se regule con el fin de otorgar protección jurídica a los contratos de franquicia en el Perú.

3.- PLANTEAMIENTO DE REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

En el Perú la incidencia delictiva mediante, abusos, estafas, usurpaciones, engaños, incumplimiento de obligaciones tiene cada vez más arraigo y frecuencia, con tendencia a continuar desarrollándose. Un gran número de empresas franquiciadoras conocidas en el mercado como *franchichas* incurrir con frecuencia en delitos de estafas, incumplimiento de obligaciones, abusos graves, etc. Dichas acciones se encuentran debidamente tipificadas y sanciona-

das por diversas normas, pero de forma supletoria y general, mas no explícita y específica, por lo cual es aprovechada por los estafadores que hacen pasar un franquicia como una oportunidad para invertir, pero que al tiempo cae en fracasos, incumplimiento de obligaciones como por ejemplo las capacitaciones, propagandas, territorialidad como exclusividad, entre otros, otorgando un aire de injusticia ante la sociedad, por lo cual la reacción al detrimento de sus derechos afectados ya sea mínima o leve no es muy bien acogida.

Por ello esta falta de regulación a los contratos de franquicia en el Perú, genera cierta forma que se cometan diversas acciones negativas en contra de los franquiciados, por los que es vital formular una propuesta legislativa para otorgar una mejor seguridad jurídica a los contratos de franquicia, mediante un Código Deontológico de Franquicia, para lo cual deben estar asociadas las empresas franquiciadoras y también se debe formular una Circular de Oferta de Franquicia, lo cual servirá para brindar un equilibrio entre las partes contratantes (franquiciador y franquiciado) en el Perú.

La falta de regulación jurídica ha traído a colación directa el ostensible incremento de las empresas que incurren en incumplimiento de obligaciones, estafas, abusos en los contratos, y además actos delictivos que contravienen a las normas, quedando el operador jurídico sin alternativa más que calificar recurriendo de forma supletoria a las normas del código Civil (Obligaciones y Contratos), Código de Comercio, Normas del INDECOPI, normas de la Comunidad Andina y Tratados de Libre Comercio.

Ante ello, resulta necesaria una inmediata regulación legislativa, (Código Deontológico y una Circular de Oferta de Franquicia) con la finalidad de aplicar un mejor y acucioso criterio de real magnitud a la hora de calificar a dichas empresas franquiciadoras que desarrollan conductas y acciones en detrimento de los franquiciados y la sociedad peruana.

4.- CONCLUSIONES

Se requiere la aprobación de Códigos Deontológicos en el contrato de franquicia y formular alternativas que conlleven al cumplimiento de las obligaciones de las partes.

Igualmente, se requiere una normatividad especial que brinde seguridad jurídica a los inversionistas, consumidores y el Estado.

5.- RECOMENDACIONES

Exhortar a las organizaciones empresariales y ____ para que alientes el desarrollo de esta modalidad contractual.

El Principio de la Buena Fe en el contexto de la constitucionalización del Derecho

The principle of good faith in the context of the Law Constitutionalisation

*J. María Elena Guerra Cerrón**

*Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM
Fiscal Superior del Ministerio Público - Callao*

SUMARIO: *Introducción.*

I.- *Introducción.*

II.- *Diagnóstico situacional.*

III.- *Precisión del problema.*

IV.- *Marco Conceptual.*

4.1. Entre la norma natural y la norma positiva: los principios.

4.2. El principio de la buena fe: principio general de contratación.

V.- *Sub-principios de la buena fe en la contratación.*

5.1. El sub-principio de información.

5.2. El sub-principio de lealtad.

VI.- *Deberes de conducta complementarios.*

6.1. Deber de consejo.

6.2. Deber de reserva o secreto.

VII.- *La Constitucionalización del Derecho.*

VIII.- *Solución.*

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de postgrado en Responsabilidad Civil y Derecho de Daños en la Universidad Castilla La Mancha y en la Universidad de Salamanca. Egresada de la Maestría de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Lomas de Zamora en Argentina. Miembro de ADEPRO, del Instituto Peruano de Derecho Mercantil del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y miembro honorario del Instituto Peruano de Derecho Civil. Docente en la Universidad de Lima.

RESUMEN

Junto al principio de la buena fe < como medida valorativa y reconocido como garantía de las partes en la contratación> en el marco de la autonomía privada o autonomía de la voluntad y consensualidad; hoy se presenta el fenómeno de la constitucionalización del Derecho con consideraciones también valorativas, pero desde una perspectiva de Justicia Social. De ahí que resulta necesario conocer los alcances de la buena fe, a la que reconocemos como un “principio continente”, y que está implícito en la Constitución Económica, para contrastarlo con la constitucionalización del Derecho, esto es, la protección de los derechos fundamentales.

Palabras clave

Principios, buena fe, libertad de contratación, derechos fundamentales, Constitucionalización del Derecho.

SUMMARY

Beside the principle of good faith <as valuation measured, and recognized as a guarantee of the parts in a contract> under the private autonomy or consensuality, today exists the phenomenon of Law Constitutionalisation, also with valuation considerations, but from a Social Justice perspective.

Hence it is necessary to know the scope of good faith, which we conceive as a “continent principle” and that is implicit in the “Economic Constitution”, to contrast with the Law Constitutionalisation, namely the protection of fundamental rights.

KEY WORDS

Principles, good faith, freedom of contract, fundamental rights, Law Constitutionalisation

I.- INTRODUCCIÓN

Desde el *Ius Mercatorum* (Ley Mercante); categoría histórica con relevancia de las costumbres, usos comunes y prácticas, creado por y para los mercadores en la Edad Media, hasta hoy; existe una permanente evolución normativa que se manifiesta en el Derecho Comercial, como rama jurídica especial, que no hace más que avanzar en forma paralela a consecuencia de la especificidad y complejidad de las relaciones económicas (producción, distribución y consumo).

El Código de Justiniano y la recepción del Derecho Romano en Europa, aún con el instituto de la *Fides* (*por la diosa Fides*) <del latín que significa fe, confianza, lealtad y respeto a la palabra>; fueron insuficientes para regular relaciones tan especiales como las comerciales, y es por eso que se produce una ruptura jurídica y surge el Derecho Comercial: como disciplina jurídica autónoma con la primera codificación formal: el *Code de commerce* de 1807.

La secesión en el Derecho y el reconocimiento de dos ramas jurídicas principales en el Derecho Privado: Derecho Civil y Derecho Comercial, lleva a reflexiones como que “[C]uando se dice que el Derecho comercial es progresivo, que adopta las costumbres, que es flexible, que es dinámico, que favorece la buena fe, el crédito, la rapidez, la libertad, la simplicidad, que es el derecho del capitalismo moderno, que tiende a ser internacional y se oponen esas características al derecho civil, en realidad lo que se dice es que el derecho comercial es actualmente mejor que el derecho civil y entonces lo lógico es hacer beneficiar al derecho civil de estas reglas mejores del derecho comercial”¹.

En nuestro concepto es innecesario un debate o comparación respecto a qué disciplina es más importante, si la Civil o la Comercial, puesto que no cabe duda que dentro del concepto unitario del Derecho, todas las ramas del árbol jurídico, están relacionadas y lo que las distingue es el objeto especial de estudio y de regulación. Incluso desde una visión amplia y actual del Derecho Co-

1 SOLA CAÑIZARES, Felipe, El problema de la autonomía del derecho comercial, en Tratado de Derecho Comercial comparado, T.I, Montaner y Simón, Barcelona 1963, pp.195/218, p. 217.

mercial, el propio Derecho es insuficiente para regular la actividad económica, siendo necesario recurrir a otras disciplinas como la Economía, la Contabilidad, la Administración, entre otras, siempre con un enfoque multidisciplinario.

En este contexto, debe señalarse que si bien de forma no vertiginosa como la evolución del Derecho Comercial, han surgido y se han desarrollado otras disciplinas, entre ellas, el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional, este último como efecto de la constitucionalización del Derecho, descrito como un fenómeno del siglo XX que se ha presentado transversalmente en los ordenamientos jurídicos nacionales, imponiéndose el principio de constitucionalidad², con un marcado sesgo garantista, frente al tradicional principio de legalidad.

Siendo el ámbito de desarrollo de este trabajo el de la contratación; < y teniendo en cuenta el principio de pacta sunt servanda, así como la consagrada frase “el contrato es ley entre las partes” recogidos por diversas legislaciones como la peruana³ e incluso expresamente en la Constitución Política del Perú en el artículo 62⁴>; planteamos nuestra inquietud académica acerca del fenómeno de la constitucionalización del Derecho y su relación y efecto con el principio de la autonomía privada o como también se conoce la autonomía de la voluntad - que nosotros usaremos-, y el principio de la buena fe contractual.

Para esclarecer nuestra inquietud académica, como marco conceptual describiremos en qué consiste el principio de la buena fe como fundamento general de la contratación, luego los sub-principios y los deberes de conductas complementarios exigibles, para finalmente referirnos a la constitucionalización del Derecho o constitucionalización de los derechos, en el marco de la autonomía de la voluntad.

-
- 2 En la Comunidad Europea hablan del Principio comunitario y a nivel supra nacional del Principio de convencionalidad.
 - 3 Código Civil peruano, artículo 1361 - “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.
 - 4 “Artículo 62°. 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. 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...”

II. DIAGNÓSTICO SITUACIONAL

Con un enfoque general podemos decir que la autonomía de la voluntad de las partes en su doble manifestación: libertad de contratar y libertad contractual ha sido tradicional y ordinariamente garantizada, sin que haya sido necesario recurrir a normas constitucionales o invocar vulneración a derechos fundamentales; sin embargo en las últimas décadas, en las Cartas democráticas como la peruana se han incorporado modelos económicos con bases de Justicia Social.

En nuestra Constitución Política entre los artículos 58° al 65° hay principios orientadores de la actividad económica, conjunto de principios que han sido calificados como la “Constitución Económica”⁵.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “3. No es ajeno a este Colegiado el hecho de que cierto sector de la doctrina y de la propia comunidad económica cuestione la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo de restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado.

5 El régimen económico peruano es la Economía Social de Mercado; su regulación, los principios que subyacen a él, los enunciados técnicos respecto a la actividad económica privada y los roles del Estado en la actividad económica; < a diferencia de muchos países > tienen una ubicación especial en la Constitución Política del Perú. Esa parte especial constitucional es nuestra “Carta Magna económica”, y por lo tanto tiene tanto valor y carácter imperativo como cualquier otra norma constitucional.

En la Constitución Económica el derecho fundante es la libertad (autodeterminación) y entre el abanico de derechos que derivan de éste, está la libertad de contratación, la libertad de empresa y con ello hay que resaltar el principio de pluralidad económica, esto es, la coexistencia de diversas formas de empresa o de organizaciones económicas, como por ejemplo las sociedades mercantiles. No obstante haber resaltado el principio /derecho libertad, éste no debe ser confundido como un “libre albedrío”, como a veces puede ocurrir, generándose rechazo a ciertas formas de ejercitar la libertad y consecuencia de ello surgen enunciados como la “crisis de las sociedades mercantiles” o “la deshumanización de las sociedades”, entre otros.

Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía.

En efecto, así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la regencia del principio de justicia...” (...). Por ello, no sólo es saludable, sino imprescindible, consolidar al más alto nivel jurídico y político las reglas macro que procuren una economía orientada hacia un Estado social y democrático de derecho⁶.

Por su parte a nivel de la Judicatura peruana, hay una lectura constitucionalista de los derechos, como el caso del derecho fundamental a contratar “2.2. (...) 35. La lectura del derecho civil debe realizarse a partir del desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, que se encuentra recogido en los precedentes vinculantes y la reiterada jurisprudencia constitucional desarrollados por el máximo intérprete de la Constitución. De esta manera, si bien la libertad de contratar es una de las expresiones del principio de autonomía de la voluntad, propio del derecho civil, no podemos soslayar la lectura que realiza el Tribunal constitucional con y desde la Constitución”.

De lo expuesto se constata que hoy, más que nunca, la libertad en sus diferentes manifestaciones como libertad de contratación, libertad de comercio y de empresa, entre otras libertades; más allá de las reglas del Código Civil y de las normas especiales del Derecho Comercial, está sujeta a un marco constitucional con una tendencia garantista de protección de los derechos fundamentales.

Con la Justicia Social han cobrado importancia principios como el de solidaridad social y de responsabilidad social empresarial que alcanzan a las tran-

6 Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N.º 0008-2003-AI/TC, Lima, 11/11/2003.

sacciones económicas, con el posible efecto de relativización de la autonomía de la voluntad de las partes, motivando precisamente la reflexión y desarrollo que se hace en este trabajo.

En el ejercicio de la libertad de contratar y la libertad contractual, como una garantía para las partes, se reconoce al principio general de la buena fe como la piedra angular de integración de los contratos. En la relación de buena fe y contratación, el principio de la buena fe no puede ser confundido con el principio de solidaridad social, aún en el contexto de la Justicia Social, ya que en el ámbito comercial importa mucho la objetividad y seguridad jurídica, sin que ello signifique desconocer que no puede haber libertad individual prescindiendo absolutamente del bien social o común.

En cuanto a la mencionada objetividad, aun cuando *ésta* se requiere, no se puede perder de vista que el principio de la buena fe tiene un contenido ético-moral <lo que es bueno>, por lo tanto, las soluciones a los conflictos contractuales no siempre van a ser objetivos.

III.- PRECISIÓN DEL PROBLEMA

A partir del diagnóstico situacional, formulamos el problema a desarrollar de la siguiente manera:

- a) ¿Es el principio de la buena fe una garantía en la contratación?
- b) ¿Cuál es la lectura del principio de la buena fe a partir de la constitucionalización del Derecho?
- c) ¿Qué alcances y efectos tiene el fenómeno de la constitucionalización del Derecho en la autonomía de la voluntad?

IV.- MARCO CONCEPTUAL

4.1. Entre la norma natural y la norma positiva: los principios

Cuando hablamos de normas, lo primero que pensamos es en una norma jurídica, aquella creada por el Derecho Positivo, sin embargo el punto de partida para el desarrollo de esta parte del trabajo son las normas en general, como reglas o preceptos u órdenes.

Desde el enfoque normativo positivo del Derecho, nos referimos a él como un conjunto de normas dirigidas a regular las conductas de las personas que conviven en sociedad, sin embargo, este concepto no excluye de modo alguno las normas naturales u originariamente llamadas normas divinas o morales como la verdad, confianza, equidad y justicia. La norma positiva es una creación del hombre, es creada de acuerdo a la cultura de una determinada nación y aplicable a ella, mientras que las normas naturales son anteriores y tienen un carácter universal. No vamos a hacer la distinción entre norma natural y norma moral, pero sí afirmamos que toda norma natural tiene implícito un mandamiento ético-moral.

¿ Y por qué no es suficiente la norma natural o la palabra dada?, ¿ por qué se necesita la norma escrita?.

La necesidad de la norma positiva en relación a la norma natural es explicada de manera interesante por Fernández Elías, quien señala que, “Si el hombre fuera perfecto, y cumplierse con todos sus deberes; si cediese a la razón y no a los instintos y tendencias, le bastaría con el Derecho natural, y se regiría por él sin que el Poder tuviera que intervenir en sus actos; pero como no es así, y como el Poder social tiene que definir y arreglar las diferencias que entre los hombres surgen, por medio de cierta fuerza coactiva y de ciertas reglas de todos conocidas, de aquí que de las condiciones, leyes racionales del Derecho natural, se pase a las condiciones, leyes del Derecho positivo; las fuentes, pues, del Derecho positivo serán las leyes, emanación del Poder, y la costumbre, emanación muchas veces de la razón colectiva de los pueblos...”⁷.

Hernando Nieto, citando a Paine señala que los “Derechos naturales son aquellos que corresponden al hombre por el mero hecho de existir. De esta índole son los derechos intelectuales o derechos de la mente y también aquellos derechos de actuar, en cuanto individuo, para su propia comodidad y felicidad, siempre que no lesione los derechos naturales de los otros. Son derechos civiles aquellos que corresponden al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad. Todo derecho civil tiene por base algún derecho

7 FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente, *Novísimo Tratado Histórico Filosófico del Derecho Civil Español*, segunda edición, Librería de Leocadio López, Editor, Madrid, España 1880, p. 263.

natural preexistente, pero cuyo disfrute personal no está suficientemente asegurado en todos los casos. De esta índole son los que se relacionan con la seguridad y protección”⁸.

En el derogado Código Civil de 1936 se señalaba en el artículo 1285° que “No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social, ni para obtener un fin inmoral o ilícito”, hoy en el Código Civil de 1984 ha sido suprimida esa norma, pero desde el momento que se someten los contratos a las reglas de buena fe, hay una remisión a las normas morales y naturales, tal como señala Max Arias Schreiber Pezet en relación a la buena fe en el Código Civil peruano “(...) la ley no puede tener un rigor formalista sino un alto contenido de orden moral; de ahí las referencias al hecho de que su ejecución debe sujetarse a las reglas de la buena fe”⁹.

Las alusiones expresas a normas naturales o deberes morales se van suprimiendo de las legislaciones, puesto que se impone la norma positiva, pero queda claro que, sería ingenuo sostener que la norma positiva carece absolutamente de contenido moral.

Para no correr el riesgo de prescindir de un marco axiológico indispensable existen los principios, que son la positivización o materialización de los valores- como conceptos meta-jurídicos.

Los principios son valores o postulados éticos que han sido denominados como tales en el Derecho positivo, convirtiéndose en orientaciones generales (normas superiores) tanto para la creación de normas jurídicas como para su interpretación y posterior aplicación. Los principios son el eslabón entre la norma natural y la norma positiva; y tienen por función asegurar el equilibrio entre lo ético-moral, social y jurídico, y cumplen una función orientadora e integradora del Derecho.

8 PAINE, Thomas. Los derechos del hombre. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 61.

9 ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, “Exposición de motives del anteproyecto del doctor Max Arias Schreiber Pezet sobre los contratos en general” en Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, tomo II, Lima, 1980, p. 458.

Así existen los principios generales del Derecho y por supuesto hay principios especiales (a su vez generales y específicos) de acuerdo al objeto de estudio de las distintas disciplinas jurídicas, como el Derecho Comercial, el Derecho Laboral y el Derecho Tributario, entre otros.

En nuestra Constitución Política están consagrados los principios¹⁰, entre otros, los previstos en el artículo 139° numeral 8 de la Constitución peruana, donde se enuncia el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley y se señala que en tal caso, deben aplicarse los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario.

Como principios generales del Derecho o simplemente principios jurídicos existen muchos, pero esta vez el que tiene nuestra atención es uno que podría decirse que es el “macro principio”, por su carácter universal y como base de todo el Derecho, y a la vez por su carácter especial como base de la contratación. Se trata del principio de la buena fe.

La Buena Fe

En Roma la diosa *Fides* representaba el respeto a la confianza, a la palabra dada y junto con la creencia y el crédito (*creditum*- cosa confiada) históricamente éstos son fundamentos del tráfico comercial.

Para entender qué es la buena fe, o qué debe entenderse por ella, consideramos necesario referirse a su fuente que es la confianza o la fe¹¹, que de común puede definirse como esperanza firme o seguridad que se tiene en que una persona va a actuar o una cosa va a funcionar como se desea. Así, en su origen sólo se concebía la buena fé, como hoy la conocemos: buena fe objetiva, sin embargo luego surgió la clasificación doctrinaria que incorporó la buena fe subjetiva- aquella que especialmente se ubica en el ámbito de la problemática de la posesión, esto es, con los derechos reales. Esta cla-

10 En el Título III- Del Régimen Económico (artículos del 58 al 89) en el Capítulo hay un conjunto de principios económicos que en algunos casos adquieren la connotación de reglas y normas como: economía social de mercado, rol económico del Estado, pluralismo económico, principio de subsidiariedad, libre competencia, libertad de contratar, inversión nacional y extranjera, tenencia y disposición de moneda extranjera y protección al consumidor.

11 Se usa también como sinónimo lealtad, pero más adelante explicaremos la distinción.

sificación ha sido incorporada en nuestro Código Civil, tal como se verifica del cuadro siguiente:

Código Civil

Buena fe (objetiva)	Buena fe (subjctiva)
<p>Buena Fe</p> <p>Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.</p>	<p>Requisitos de la prescripción adquisitiva de bien mueble</p> <p>Artículo 951.- La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay.</p>

En este trabajo la buena fe que nos interesa es la buena fe objetiva, aquella que se erige como principio en la contratación, aquella que importa un comportamiento, el comportamiento esperado por las partes.

A manera de información complementaria, transcribimos una de las propuestas de reforma del Código Civil, que fuera publicitada a través de la separata especial publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 11 de abril del año 2006.

Se trata de la incorporación de un artículo en el Título Preliminar, el “Artículo II.- Buena fe”. En la exposición de motivos se señaló lo siguiente:

“La buena fe es un principio consustancial a nuestro Derecho y a nuestra tradición jurídica. La Comisión pretende, con esta norma, que la buena fe pueda ser siempre invocada a favor de una correcta y limpia aplicación del Derecho.

El efecto hermenéutico de este artículo consiste en introducir la buena fe en toda norma que contenga un derecho o un deber. Quien es el titular de ellos, siempre deberá tener buena fe al obrar y, consiguientemente, siempre podrá exigirla. Los jueces, al decir Derecho, también deberán tomar a la buena fe como una regla siempre aplicable.

La buena fe es un principio de relación entre sujetos de Derecho. Una persona sólo tiene buena fe frente a una contraparte. Esto diferencia a la buena fe de la ausencia de dolo o de culpabilidad: estos dos elementos son internos del sujeto que actúa y se analizan dentro de su propio yo. La buena fe es una exteriorización hacia el otro y consiste en actuar limpiamente frente a él”.

Efectivamente, en palabras simples, de eso se trata la buena fe- consagrada como principio en las contrataciones- de actuar o comportarse limpiamente frente a la contraparte.

4.2. El principio de la buena fe: principio general en la contratación

Entre todos los principios generales del Derecho, centramos nuestra atención en el principio de la buena fe porque es el fundamento de todo el sistema jurídico. Suele invocarse el principio de la buena fe como uno del ámbito privado o en las relaciones entre particulares, sin embargo debemos precisar que por el carácter transversal de este principio, hay un efecto de irradiación en todo ámbito de la sociedad organizada, por ello consideramos que alcanza a la Administración Pública: Estado.

A diferencia de la Constitución colombiana que en su artículo 83° señala que “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”, en la Carta fundamental del Perú no se incorpora expresamente el principio de la buena fe, aunque como hemos expuesto anteriormente, sí hay una remisión total a los principios generales del Derecho, por lo tanto entendemos que está implícita la buena fe.

Ubicándonos en el contexto contractual, recordemos que el contrato es un acuerdo, que nace de la confianza y de la voluntad de partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad: libertad de contratar o libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y libertad contractual, o libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato, lo que viene a constituir un deber de conducta.

En el Perú, la buena fe como principio general de contratación y de consensualidad está previsto en el Código Civil (artículo 1362) y en el Código de Comercio¹² en el artículo 57 se establece que: “Los contratos de comercio

12 El Código de Comercio del Perú data de 1902, es una norma que a pesar de haber sido derogado su contenido casi en su totalidad, aún no queda derogada, entendemos porque no hay norma que la reemplace y tal vez por tradición jurídica se mantiene. En el año 2002 se aprobó a nivel de comisión congresal el llamado “Anteproyecto de la Ley Marco del

se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

En el Código Civil peruano el alcance general a todas las etapas de la contratación es expreso, esto es, la exigibilidad de la buena fe en y durante la negociación (pre-contractual), celebración del contrato y ejecución del mismo.

No podemos dejar de señalar que el principio de la buena fe está contenido también en normas supranacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, y con ello se confirma el carácter general y universal del principio, siendo éste el fundamento del Derecho Uniforme¹³. Por ejemplo, en el artículo 7 de la Convención se señala que “ 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional...”.

4.2.1 El concepto y contenido del principio de la buena fe

Como ya ha sido señalado vamos a delimitar el contenido del Principio de la buena fe, a lo que se conoce como la buena fe objetiva, en un contexto de contratación en la confianza o la fe de que la contraparte va a actuar limpiamente. Este principio impone a los contratantes un deber de actuación basado en la confianza, en la ausencia de engaño o mala fe, y el respeto a lo acordado, que es “ley entre las partes”.

Empresariado” con el objeto de reemplazar al Código de Comercio, sin embargo nunca llegó a ser debatido en el pleno del Congreso.

- 13 Se reconoce así por su carácter unificador en el comercio internacional, se busca reducir las incertidumbres acerca del derecho aplicable, ya que éste será sólo uno, lo que evidentemente acrecentará la confianza entre las partes contratantes máxime si, como sucede generalmente, los instrumentos que componen el Derecho Uniforme son neutrales y flexibles tanto en su contenido como en su aplicación.

Como la confianza se encuentra en la dimensión interna de la persona, y es una percepción subjetiva, entonces se requiere una materialización de ésta para tener un parámetro o estándar de conducta o “conducta ideal”. Lo que hace objetiva la confianza es el principio de la buena fe, éste es el que sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, prohibiendo el abuso en su ejercicio y previendo que las partes tengan una conducta coherente con lo acordado, esto es, que evita contradecir sus propios actos y la palabra dada. Recuérdese que “(...) todo contrato es, al propio tiempo, ejercicio de libertad y recorte de la misma. Cuando hablamos de contratación debe tenerse presente que en el contrato lo que se comprometen son conductas que las partes se obligan a realizar para llevar a cabo una operación económica, por lo tanto, el contrato es también un recorte voluntario de la libertad. De ahí que la Constitución (arts. 2, inc. 14, y 62) reconozca que quienes decidan celebrar un contrato lo hagan sin más limitaciones que las impuestas por el ordenamiento; esto es, con la mayor libertad legal posible...”¹⁴ y a ello hay que agregar, y no contradecir el deber de conducta.

Por más ejercicio de la libertad contractual, muchas veces no es posible prever todo, por lo tanto frente a supuestos no previstos en el contrato o simplemente por conductas evasivas al cumplimiento del acuerdo, con la buena fe se podrá evaluar y medir la supuesta infracción.

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el principio de la buena fe “... debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado...”¹⁵.

En conclusión, “La buena fe constituye un principio jurídico fundamental, esto es, algo que debe admitirse como supuesto de cualquier ordenamiento jurídico. Informa la totalidad del mismo y aflora de modo expreso o implícito en múltiples y diversas normas. Su vigencia adquiere intensidad cre-

14 GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Numeral 14 del artículo 02 de la Constitución, en: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Lima: Gaceta Jurídica. Segunda Edición aumentada, actualizada y revisada. Tomo I. enero 2013. p. 255.

15 Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 0022-2009-PI/TC, Lima, 09/06/2010.

ciente en el Derecho contemporáneo, pues se muestra como vehículo que facilita la socialización, restando eficacia a los principios rígidos del individualismo”¹⁶, de él se derivan principios o deberes o reglas de conducta que son aplicables o exigibles de acuerdo a circunstancia o relación particular y según la etapa que se trate: pre y postcontractual.

4.2.2 La buena fe y la costumbre

Es importante hacer un alto, antes de continuar con el desarrollo de la buena fe para referirse a la costumbre, para ello citamos el artículo 139 numeral 8 de la Constitución Política, en el cual < para no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley> hay una remisión a los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario.

Los principios generales del derecho y el Derecho Consuetudinario son creaciones del Derecho y tienen su propia connotación, se puede decir que el principio general y la costumbre, ambas cumplen una función orientadora e integradora en el Derecho, pero de forma distinta. Con el principio de la buena fe, cuando la situación lo exige, su busca el sentido del contrato, se determina el deber de conducta desde una valoración ética, y con la costumbre < que es una de las fuentes históricas del Derecho Comercial>, con efecto normativo por la habitualidad, se resuelve un conflicto de intereses, prevaleciendo su aplicación. En el Código de Comercio peruano, en el artículo 2, objetivamente se establece el orden de prelación para la regulación de los actos de comercio: la ley comercial, los usos del comercio y finalmente el derecho común, mientras que en el artículo 57 se regula el “Principio de la buena fe, señalándose que los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe...”. Podemos decir que mientras la buena fe contiene estándares éticos, la costumbre, uso y práctica contienen estándares socio-comerciales.

16 OMEBA, Enciclopedia Jurídica, tomo XVII, JACT-LEGA, A, v. Alberto Zwanck, p. 844.

V.- SUB-PRINCIPIOS DE LA BUENA FE EN LA CONTRATACIÓN

Es conveniente hacer, para fines metodológicos, una categorización a partir del principio de la buena fe, pero no vamos a entrar en disquisiciones respecto a cuántos principios son y a enumerarlos todos, puesto que no hay un número exacto, todo depende de la relación contractual en particular. Lo que sí vamos a hacer, es identificar dos sub-principios, el de información y lealtad, que consideramos están presentes en todo tipo de contrato y luego veremos cuáles serían los deberes complementarios o secundarios.

5.1. El sub-principio de información

Este sub-principio se manifiesta en un deber de información es un derecho fundamental, que tiene una especial garantía hoy con la constitucionalización del Derecho. En la Constitución Económica del Perú, uno de los principios es la protección al consumidor prevista en el artículo 65 “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”. El derecho a la información es un derecho fundamental que cobra especial relevancia en el campo de la contratación, especialmente en el contrato de consumo.

Efectivamente, en la actualidad la llamada asimetría informativa se ha convertido en el núcleo de estudio en el Derecho de Consumo o Derecho del Consumidor, imponiendo cargas antes no contempladas en el mercado y la regla de la oferta y la demanda. Hoy el derecho de información y derecho a la información exigen la transparencia, y además no basta informar, la información que se brinda debe ser adecuada, de calidad, veraz y suficiente para poder tomar libremente una decisión contractual, incluso aquí se deriva un deber complementario que es el deber de consejo o deber de colaboración para que la contraparte esté bien informada, el que explicaremos más adelante.

Es tal vez, en la fase pre-contractual, (de tratativas o de negociación) donde se presenta una mayor exigibilidad de este deber de conducta, ya que es la etapa en la cual se va formando la voluntad para concluir en el acuerdo.

No debemos perder de vista, que no se trata de imponer cargas rígidas y unilaterales, porque hay un deber recíproco, por lo tanto es indiscutible que se exija un deber de diligencia y autoinformación. Los principios, sub-principios y deberes complementarios de conducta no son aplicados de manera aislada, siempre hay que ver su concurrencia y concordancia, atendiendo claro está a cada caso concreto.

Por el sub-principio de información, en su dimensión positiva, se trata de facilitar o suministrar todos los datos necesarios y los complementarios para la negociación y celebración de los contratos. Existe un deber de cooperación implícito, que prácticamente hoy se ha convertido en un mandato legal en el contrato de consumo.

En su dimensión negativa (protección) puede decirse que existe el deber de no propiciar el engaño ni el error en la contraparte (evitar la publicidad engañosa, entre otros). No formará parte de la dimensión negativa, por ejemplo, que se pacte la reserva o el secreto, ya que ello precisamente puede resultar una condición de determinado contrato.

Derivado del sub-principio de información se reconoce el principio de transparencia. Por ejemplo en el Perú, la promoción de Prácticas de Buen Gobierno Corporativo con un contenido de principios ha llevado a crear el “Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas” de parte de la Superintendencia del Mercado de Valores, SMV. Entre los pilares del código en mención está el Pilar V: Transparencia de la información, “Principio 28: Política de información. El Directorio establece en el documento societario respectivo una política de información para los accionistas, inversionistas, demás grupos de interés y el mercado en general, con la cual define de manera formal, ordenada e integral los lineamientos, estándares y criterios que se aplicarán en el manejo, recopilación, elaboración, clasificación, organización y/o distribución de la información que genera o recibe la sociedad. La política de información abarca toda aquella que pudiera influir en las decisiones económicas de sus usuarios, tales como los objetivos de la sociedad, la lista de los miembros del Directorio y de la Alta Gerencia, la estructura accionaria, la descripción del grupo económico al que pertenece y los estados financieros, entre otros.

5.2. El sub-principio de lealtad

Para hablar de la lealtad, es necesario referirse primero a la fidelidad, la que "... en suma, como la fe no a algo definido en función de un objeto, de una esencia, sino a la inversa (...) la fidelidad es esencialmente fidelidad a una fe, o fidelidad a un valor ..."¹⁷.

Se dice que "La <filosofía de la lealtad> constituía el coronamiento del pensamiento de Josiah Royce, encaminado en los últimos tiempos a buscar un fundamento concreto que permitiese apoyar la acción moral, también concreta, y con ello la acción humana. Este fundamento podría ser, según, Royce, la lealtad. Por ella entendía primariamente la consagración consciente, práctica y completa de una persona a una causa (...) siempre que esta causa no fuese meramente impersonal. La lealtad o fidelidad es para Royce un principio ético, por el cual <todas las virtudes comunes, en tanto que defendibles y efectivas, son formas especiales de la lealtad a la lealtad>"¹⁸.

Entonces la fidelidad es el valor, es la categoría meta-jurídica y la lealtad es el deber de conducta estándar.

La lealtad será comprobada y medida atendiendo a lo que ha sido materia de acuerdo entre las partes, para no lesionar la relación ni poner en riesgo su celebración y ejecución, extendiéndose a la primera etapa de negociación, evitando interrumpir sin razón suficiente, las tratativas, generando un daño económico a la contraparte. La lealtad puede ser invocada para exigir una indemnización por daño en la etapa pre-contractual.

A manera de referencia señalamos que en la Ley General de Sociedades peruana, artículo 171 se regula el ejercicio del cargo de director y la reserva estableciéndose que "Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones". Al respecto Enrique Elías Laroza explica que "el desempeño del cargo con

17 OMEBA, Ibid.

17 Subrayado propio.

18 FERRATER MORA, José, Diccionario de Filosofía, E.J. Alianza Editorial, p. 1170

las cualidades de un ordenado comerciante y de un representante leal, en la nueva LGS, es más una norma jurídica de conducta que un parámetro para juzgar la responsabilidad de los directores (...). La doctrina señala que la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal tiene como premisa la aplicación de las cualidades que debe tener un buen hombre de negocios para tratar de conservar y desarrollar el patrimonio de la sociedad”¹⁹.

VI.- DEBERES DE CONDUCTA COMPLEMENTARIOS

Al continente del principio de la buena y los sub-principios se agregan deberes complementarios o como también se conocen deberes secundarios, aunque nos inclinamos más por la primera denominación, debido que son tan primarios o importantes como el propio principio de la buena fe, sólo que cobran relevancia de acuerdo al contrato en concreto.

Los deberes que a continuación se detallan son derivados del principio de la buena fe y sin duda, no es un *numerus clausus*, porque el enunciado depende de la relación jurídica determinada, de la naturaleza del contrato y del alcance del contenido contractual.

6.1. Deber de consejo

Ya hemos desarrollado el sub-principio de información e hicimos referencia al deber de consejo. En primer lugar debe señalarse que, aún cuando se considera que éste tiene un alcance mayor al deber de información, lo ubicamos cómo deber complementario debido a que se debe evaluar en la determinada relación contractual. Se parte de la asimetría informativa, se mide quién está en capacidad y posibilidad de brindar la información adecuada para que se pueda celebrar el contrato, se exige una cooperación para que se puedan conocer las ventajas y desventajas de una transacción y se llegue a una conclusión favorable, pero bien informado. Esto se da especialmente en las contrataciones técnicas en las que la contraparte, aún siendo diligente,

19 ELIAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano, la Ley General de Sociedades*, tomo II, Normas Legales, Limas, 1999, p.446

desconoce la materia, por ejemplo el ámbito de los seguros. La dimensión positiva es proveer toda la información adecuada, y la negativa omitir brindar cualquier información que pueda distorsionar la decisión final.

6.2. Deber de reserva o secreto

Opuesto a la publicidad; a veces exigible en algunas relaciones contractuales, especialmente en las públicas; es exigible la confidencialidad. En determinadas circunstancias se exige la confidencialidad para garantizar y proteger determinada información de la contraparte. Claro está que la confidencialidad no podrá ser una exigencia en la medida que ello no implique una desventaja o daño a la contraparte, en ese caso primará la necesaria publicidad y transparencia. De lo que se trata con la confidencialidad <a manera de reserva o secreto>, es que se garantice que cierta información de importancia ya sea por la calidad de técnica o por su valoración comercial o financiera. Atendiendo al contexto donde la confidencialidad es exigible, se tendrá que hacer una ponderación respecto a los diferentes intereses.

VII.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

La forma como se incorporan los derechos humanos en las cartas políticas de los Estados es a través de los derechos fundamentales, de los cuales el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la Constitución del Perú reconoce que “7.(...) son derechos subjetivos pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes y sus actos de aplicación se realicen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer, sobre todos los organismos públicos, un deber de tutelar dichos derechos”²⁰.

20 Sentencia Tribunal Constitucional, expediente N.º01848-2011-PA/TC, Cajamarca, 19/10/2011, Municipalidad Distrital de Pulán-Santa Cruz.

El efecto de irradiación tiene su antecedente en la teoría del *Drittwirkung* que es de origen alemán y se traduce como “tercer efecto”, y propiamente como la “eficacia contra terceros de los derechos fundamentales” o simplemente “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. Desde una lectura privatista, esta teoría es rechazada por considerarse que es una invasión a la esfera privada y una restricción de las libertades.

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha acogido el efecto horizontal de los derechos fundamentales, habiéndose afirmado que “[...] Los derechos fundamentales detentan un efecto horizontal o *inter privatos* (Cfr. STC N.º 1124-2001-PA/TC, entre otras).

Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38º de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad...”²¹.

Citar tantas veces las decisiones del Tribunal Constitucional peruano, tiene por objeto situarnos en el ámbito de la constitucionalización de los derechos, y de verificar la forma como este fenómeno, o si se quiere tendencia, se ha impuesto (para bien y para mal) con una alta carga de contenido valorativo.

“En efecto, el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre

21 Sentencia Tribunal Constitucional peruano, expediente N° 02799-2011-PA/TC, Cusco, 31/01/2012.

ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de “derecho”, pues estará condenado al repudio social”²².

No hay ningún ámbito en el Derecho ni en la sociedad en general, donde se pueda prescindir de la lectura constitucional y de la garantía de protección de los derechos fundamentales por la constitucionalización del Derecho, lo que obviamente alcanza al ámbito privado, sino piénsese en el “debido proceso corporativo”.

Hoy, la Judicatura peruana resuelve los conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas y determina los precedentes con sometimiento a los valores de la Constitución Política aún cuando fuese innecesario, ya que frente a la claridad de la norma común o norma especial, por la técnica hermenéutica simplemente se debe proceder a aplicarla. Ejemplificamos lo señalado con la siguiente cita del V Pleno Casatorio - Casación N° 3189-2012-Lima Norte:

“13. En atención a que todo Estado Constitucional de Derecho desarrolla sus actividades y funciones, con y desde la Constitución, corresponde la aplicación de la normativa vigente a partir de la norma fundamental de 1993, y por tanto debe revisarse y destacarse la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, en torno al tema que nos convoca, a propósito del cual se han establecido las líneas normativas que corresponde seguir a todos los operadores del derecho, para realizar un desarrollo interpretativo que considere la tutela de los derechos fundamentales, y nos sirva de fundamento a la labor que realiza la Corte Suprema de Justicia de la República en la realización del presente Pleno Casatorio Civil.

14. Todo lo cual se produce porque en la lectura inacabada de los derechos fundamentales a través de la Constitución, ésta debe adecuarse de manera dinámica a la tutela de nuestra comunidad, y por ello la interpretación normativa que se realice debe llevar internamente la defensa de los derechos fundamentales, en nuestro caso del derecho fundamental de asociación, buscando no sólo preservar este derecho sino también su promoción.

22 Sentencia Tribunal Constitucional peruano, expediente N° 0008-2003-AI/TC, Lima, 11/11/2003 fundamento 3/5.

15. Ahora bien, los criterios hermenéuticos y argumentativos del derecho civil, deben permitirnos una lectura en base a la unidad sistemática y coherencia del desarrollo legislativo de los derechos estatuidos en la normativa vigente, a partir de los conceptos antes precisados, que nos permitan realizar una lectura sin contradicciones de nuestro sistema jurídico.

16. Es por ello que, antes de proceder al análisis interpretativo y dogmático propio del derecho civil, presentamos a continuación el desarrollo normativo realizado por el Tribunal Constitucional a partir de los derechos fundamentales de Asociación y de Libertad de Contratar²³.

Este es el efecto del fenómeno de la constitucionalización del Derecho.

VIII.- SOLUCIÓN

Luego del desarrollo del marco conceptual podemos dar respuestas concretas a las preguntas- problema que han sido formuladas.

a) **¿Es el principio de la buena fe una garantía en la contratación?**

En teoría nuestra respuesta es afirmativa, sí es una garantía de la contratación el principio de buena fe, con sus sub-principios y los deberes complementarios derivados. Es una garantía porque es el eslabón entre la norma natural o moral (confianza) y la norma positiva, es la norma equilibrio por diseñar un modelo ideal de conducta. La buena fe es la versión material de las consideraciones ético-morales.

Entonces, junto a nuestra respuesta teórica hay una inquietud, ya que la función integradora, a partir de la buen fe, la realiza el juez o árbitro, y existe el riesgo que se equipare buena fe con justicia y que haya un matiz de subjetividad a partir del propio marco axiológico del juez o árbitro. Por lo tanto, la buena fe no es infalible, existe el riesgo de no aplicar el modelo ideal o la conducta estándar adecuada.

23 Quinto Pleno Casatorio Civil- Casación N° 3189-2012-Lima Norte.

La tendencia a consideraciones valorativas se acentúa como se manifiesta en la siguiente cita del Quinto Pleno Casatorio Civil en el Perú en el que se ha resuelto un tema sobre impugnación de acuerdos asociativos:

“213. Corresponde a los operadores del derecho, más aún a la judicatura, resolver los conflictos normativos de manera racional y razonable, lo que implica que la respuesta que emitan los órganos jurisdiccionales no sólo debe tener la coherencia propia de un razonamiento lógico, además debe estar imbuido axiológicamente de los valores que nuestro sistema tutela, tanto a través de la seguridad jurídica como de la justicia, lo cual presenta un panorama enriquecedor de las normas que se derivan de la disposición normativa interpretada (...), la cual tiene como fundamento y límite a nuestro sistema jurídico así como a sus valores, tarea en la cual todos los magistrados deben volcar toda su dedicación y esfuerzo para estar a la altura de este gran reto”²⁴.

En conclusión, si bien es una garantía, hay que cuidar que quien la aplica conozca bien la naturaleza de los contratos y especialmente que distinga las relaciones comerciales en el espectro de la actividad económica. Por otro lado hay que cuidar que a través de la aplicación de la buena fe, exista una grave injerencia en la esfera contractual, puesto que como hay una atribución creadora del juez o árbitro, se puede generar inseguridad jurídica.

b) ¿Cuál es la lectura del principio de la buena fe a partir de la constitucionalización del Derecho?

A la interrogante anterior hemos respondido que el principio de buena fe es una garantía para las partes, sin embargo hemos dejado constancia de una inquietud la cual se acrecienta con la constitucionalización del Derecho.

Para explicar vamos a hacer una referencia al debido proceso, reconocido como un derecho fundamental, al cual ejemplificamos como un abanico, que cuando se abre aparecen muchos derechos y con la constitucionalización del Derecho, cada vez hay más derechos y estos son exigidos, incluso de manera indiscriminada. Percibimos que algo así está sucediendo o está

24 Quinto Pleno Casatorio Civil- Casación N° 3189-2012-Lima Norte- Nulidad de acto jurídico.

por suceder con el principio de la buena fe, puesto que hay riesgo que su contenido se extienda incluso de manera innecesaria y que se confunda con un medio de protección de derechos fundamentales, que se aplique cual derecho de solidaridad social y que sirva para relativizar o limitar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

c) ¿Qué alcances y efectos tiene el fenómeno de la constitucionalización del Derecho en la autonomía de la voluntad?

La inclusión de principios económicos en la Constitución Política del Perú (Constitución Económica) haría pensar que habrá un tratamiento especial en las contrataciones, y en las relaciones económicas en general, y que tal vez sólo el principio de la buena fe sería suficiente para darle sentido a los acuerdos de las partes, sin embargo con preocupación advertimos que aún con principios económicos y el principio general de contratación, la constitucionalización del Derecho se impone.

Léase con atención lo señalado por el Tribunal Constitucional en una interesante comparación entre el poder público y el poder privado y la relevancia de la Constitución Política y la Constitución Económica: "... así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la regencia del principio de justicia"²⁵ y agrega que "[D]e ahí que el fundamento para la inserción de temas de carácter económico dentro de una Constitución, sea el sometimiento al valor de la justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tutividad de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común. En buena cuenta, la finalidad de tal incorporación normativa es enfatizar la idea de que toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia"²⁶.

La aclaración del porque no dar un tratamiento especialísimo a los principios de la Constitución Económica está en que no se trata de una norma o

25 Sentencia Tribunal Constitucional peruano, expediente N.º 0008-2003-AI/TC, Lima, 11/11/2003 fundamento 2/3

26 Sentencia Tribunal Constitucional peruano, expediente N.º 0008-2003-AI/TC, Lima, 11/11/2003 fundamento 3/8

carta autónoma, es una parte de la Constitución Política y como tal, está sujeta al marco axiológico general, especialmente en lo que se refiere al respeto y garantías de los derechos humanos y derechos fundamentales.

Entonces la proclamada autonomía de la voluntad y consensualidad se ve relativizada por el principio de solidaridad social que ha sido incorporado al Derecho, con el riesgo de confundir su contenido con el principio de la buena fe.

Finalmente señalamos que, en el contexto de lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano, en el sentido que “(...) dado el carácter “social” del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.”²⁷; fe “... debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado...”²⁸.

Frente a ello, sólo nos queda confiar en que cuando se presente un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, el juez o el árbitro, ponderarán los intereses y derechos, a fin de evitar que, invocándose protección a los derechos fundamentales, se haga un ejercicio abusivo del Derecho y así se abra una puerta para evadir responsabilidades o el cumplimiento de la palabra dada, esto es, del contrato.

27 Sentencia Tribunal Constitucional peruano, expediente N.º 034-2004-PI/TC, Lima, 15/02/2005, fundamento 20.

28 Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 0022-2009-PI/TC, Lima, 09/06/2010.

Bibliografía referencial

- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, “Exposición de motivos del anteproyecto del doctor Max Arias Schreiber Pezet sobre los contratos en general”, en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, tomo II, Lima, 1980.
- ELIAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano, la Ley General de Sociedades*, tomo II, Normas Legales, Lima, 1999.
- FERNANDEZ ELIAS, Clemente, *Novísimo Tratado Histórico Filosófico del Derecho Civil Español*, segunda edición, Librería de Leocadio López, Editor, Madrid, España 1880.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, E-J. Alianza Editorial.
- GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Numeral 14 del artículo 02 de la Constitución. En: *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica. Segunda Edición aumentada, actualizada y revisada. Tomo I. enero 2013.
- OMEBA, *Enciclopedia Jurídica*, tomo XVII, JACT-LEGA, A, v. Alberto Zwanck.
- PAINE, Thomas. *Los derechos del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.
- SOLA CAÑIZARES, Felipe, *El problema de la autonomía del derecho comercial*, en *Tratado de Derecho Comercial comparado*, T.I, Montaner y Simón, Barcelona 1963, pp.195/218.

Cinco gigantes del Derecho Constitucional

Raúl Chanamé Orbe

Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

El Derecho Constitucional como teoría jurídica ha adquirido plena madurez en el transcurso del siglo XX, gracias al aporte y sistematización de un conjunto de tratadistas que establecieron un conjunto de paradigmas sobre la Constitución, Estado, la democracia, el poder, la ciudadanía, los derechos fundamentales e incluso la globalización jurídica.

Reseñamos, de manera sucinta, a cinco paradigmas del derecho constitucional contemporáneo y sus principales aportes a esta singular disciplina jurídica.

KARL LOEWENSTEIN

Si la obsesión de Sieyes fue como limitar los privilegios de los Luises, la preocupación de Karl Loewenstein (1891-1973) fue como controlar el poder del Leviathan, contemporáneo, llamado Estado. Loewenstein, estudio en la tradición germánica de la primacía del Estado de Jellinek y vivió los años más exaltados de los Estados totalitarios, identificados con el fascismo y el comunismo.

Loewenstein influido por el pensamiento crítico de Max Weber (1864-1920), a diferencia de sus condiscípulos, no se dejó seducir ni por el formalismo jurídico ni el decisionismo político, unos cayendo en la pura institucionalidad normativista y los otros en la exclusiva voluntad personal o colectiva, que negaba la posibilidad de entender académicamente los diversos factores del poder contemporáneo.

Estudió en las universidades de Heidelberg, Berlín y París, doctorándose en Munich con la tesis “Pueblo y parlamento según la concepción del Estado de la Asamblea Nacional francesa de 1789”, con el sugerente subtítulo “Estudios sobre la legislación directa del pueblo”, cuyo intento pretendía superar la clásica teoría de la representación ciudadana, a través de una participación popular a través de los plebiscitos. Ejerció la docencia en Alemania, donde sus singulares ideas generaron polémicas con los seguidores de Carl Smith y Hans Kelsen. Este debate, que puso al derecho alemán en la vanguardia mundial, fue cancelado de manera bárbara en 1933 con el ascenso a canciller de Adolfo Hitler.

El ya prestigioso Karl Loewenstein se vio obligado a emigrar, como lo harían otros destacados intelectuales como Marcuse, Fromm, Adorno y Popper. En tanto, en el Tercer Reich, Heidegger se hacía rector sumiso y Schmitt, jurista complaciente del Estado totalitario.

Loewenstein, como los miembros de la escuela de Fráncfort, fijó su residencia en EE.UU., en ese entonces alejado de la confrontación ideológica, donde se produjo un interesante encuentro cultural entre lo más avanzado

de la ciencia jurídica germana y la ciencia política norteamericana; en este ambiente Loewenstein, se dedicaría a la enseñanza de derecho público en la universidad de Yale y de ciencia política en el College de Amherst. Merced a su obra “Derecho y práctica constitucional en los Estados Unidos” y sus estudios sobre el derecho norteamericano, fue llamado como asesor del Secretario de Justicia de EE.UU., y también como consejero del gobierno de transición en Alemania que tuvo feliz término con la Ley Fundamental de 1949, que se legitimó al haberse basado en las mejores tradiciones germanas: federalismo, bicameralismo y orden democrático.

Su exigente racionalidad, tendrá su punto más alto con la publicación de su obra cumbre, que apareció bajo el original título en inglés de “Political Power in the Governmental Process” en 1957, y que publicó en alemán, dos años después, con el título “Teoría de la Constitución”, título similar a una célebre obra (1928) de Carl Schmitt.

Loewenstein se plantea una triada del Estado Moderno: Estado, Constitución y Democracia. Para controlar los excesos decimonónicos del Estado, se requiere el pacto constitucional —que solo funciona si existe una sociedad civil organizada—, el texto constitucional tiene que reflejar a esta sociedad histórica y singular; para que se cumplan los presupuestos del Estado liberal se necesita la participación activa de los ciudadanos por medio de la democracia, el sufragio no es solo un medio de control social, sino la esencia del Estado Constitucional.

Sin duda, este libro erudito, no esconde una sutil polémica conceptual con Schmitt, que llevara a decir al profesor español Alfredo Gallego, que para Loewenstein no existen conceptos en el sentido estático, sino: “Una realidad constituida por relaciones de poder; estructuras sociales, funciones, ideologías, procesos, etc. y los conceptos que surgen no son sino los términos y expresiones que sirven para designar o identificar las partes de una situación de hecho, y no como en Schmitt, unas ideas con un contenido predeterminado (...) lo cual se basa en una incorrecta concepción de la relación norma-realidad, en la que el elemento normativo pierde toda su propiedad” (“Constitución y Política”, 1964).

Mientras en Schmitt sus puntos fundamentales son Constitución, Estado de Derecho, revisión constitucional; en Loewenstein, encontraremos estos mismos conceptos, empero, predispuestos en un análisis más allá del formalismo jurídico, buscando encontrar los ocultos mecanismos de la distribución del poder, los reales detentores del gobierno y las posibilidades legítimas del Estado moderno; como complejas piezas de domino del engranaje entre la sociedad plural y el Estado de Derecho, que adquiere plena legitimidad cuando respeta la voluntad de la mayoría democrática y protege tolerantemente –de manera especial- a la minoría, que representa el pluralismo social.

CARL SCHMITT

“Victorias y derrotas, revoluciones y restauraciones, inflación y deflagración, bombardeos, denuncias, crisis, ruinas y milagros económicos. Hambre y frío, campos de concentración y automatización. Todo lo atravesé. Todo me ha atravesado. Conozco los muchos estilos del terror.”

C. Schmitt

El Derecho Constitucional del siglo XX no puede ser comprendido sin conocer a Carl Schmitt (1888-1985). ¿Cuál es el mérito del autor de la Teoría de la Constitución? Sin duda, el jurista alemán emancipó de la teoría del Estado, un orden doctrinal autónomo –con métodos, contenidos y lenguaje propios- en base al derecho público y constitucional.

La peculiaridad de Schmitt, es que vivió la etapa final del imperio guillermino –empezó a escribir desde 1910- contempló desencantado la afebrada etapa espartaquista (1918-1919), inmediatamente la utópica República de Weimar (1919-1933), su caída a manos de la aplastante victoria electoral hitleriana, los procesos de Núremberg, la guerra fría y la distensión. Su vida, sin duda, fue atravesada por todas las esperanzas y sinsabores de siglo XX.

El mérito intelectual schmittiano fue, a la luz de estas formidables crisis y rupturas, haber establecido un marco teórico y doctrinal para el moderno derecho constitucional. Su colosal erudición se alimentó de la filosofía, política, historia, psicología, sociología y un profundo conocimiento del derecho. Busco su propia interpretación de Maquiavelo, Bodino, Hobbes, Sieyès y Tocqueville, entre los clásicos; y, entre sus contemporáneos a Smed, Héller, Kelsen, con quien libraría más de una polémica conceptual. Pablo Lucas Versú dirá que fue un sincretizador de lo mejor de su época. Su formación fue renacentista, no escapó ni al racionalismo ni al positivismo. No obstante, no fue seducido por el formalismo, en boga en el derecho europeo.

Cuando en 1928 el Estado de Derecho, el parlamentarismo como forma de presentación y la democracia parecían claudicar entre el avance incontestable

nible de las ideologías. Schmitt publicara su obra *Teoría de la Constitución*, que representará una emancipación conceptual del derecho público clásico y una automatización de la difundida *Teoría del Estado*, de raigambre hegeliana.

Schmitt fue consciente de que la etapa de los estados nacionales, al menos en Europa, ya era un proceso irreversible, que los 70 estados del mundo – de aquella época – representaban una comunidad política distinta a la estudiada por Montesquieu, Sieyès, Guizot o Constan; que producto del desarrollo de la racionalidad política y la normativa jurídica, habían surgido un nuevo tipo de relaciones reguladas por, el consenso y la fuerza, que a la vez se subsumían en cada constitución positiva, si bien este proceso se desarrolla de manera propia, era necesario resumirlo en una teoría capaz de ordenarlo e interpretarlo.

Por ellos, dará nacimiento a la *Teoría de la Constitución* (1928), *En defensa de la constitución* (1931) y *Legalidad y legitimidad* (1932), que buscará una nueva síntesis del concepto *Constitución*, adecuándolo a los tiempos modernos; a la vez enriquecerá la definición de *Estado de Derecho* de Kelsen, introduciendo la polémica sobre legalidad y legitimidad, que tanto dará que hablar sobre la ascensión legítima al poder de Hitler, y sobre el controvertido tema de la necesidad de formular periódicas reformas –en definiciones schmittiana: revisión- a la constitución a través de procesos legales.

En Schmitt aparecerá clara la vocación prusiana de orden, jerarquía y continuidad, que demandara aplicar al derecho constitucional ante una etapa signada por la inestabilidad institucional, la turbulencia política y el caos social. En esta etapa, Schmitt sentirá la tentación de sacrificar la legitimidad en nombre de la legalidad, y la democracia parlamentaria por la dictadura excepcional y pasajera, que restituya el orden y la constitucionalidad.

En el mundo académico existe un renacer de las ideas schmittianas, dejando atrás el largo ostracismo político de Schmitt, por haber consentido a una de las dictaduras más antijurídicas e irracionales que conozca la historia de la humanidad. ¿Cómo este cerebro excepcional pudo hacerse cómplice de la barbarie hitleriana?.

Schmitt no podrá escapar a sus propias ideas. Por ello dirá que Hitler llegó al poder por la vía legítima e hizo uso de sus poderes excepcionales que a propia Constitución de Weimar (art. 8º) le permitía para proclamar la dictadura. A este gobierno legítimo él le debía fidelidad en sus medidas de gobierno, de lo contrario traicionaría sus propios axiomas políticos. Se impondrá Hegel y su orden estatal sobre Kant y su objeción de conciencia.

Dirá que el bonapartismo fue un pre-fascismo, que se hacía con la legalidad y el mundo lo justifico en nombre de la nueva legitimidad burguesa llamada: modernidad. No obstante, Schmitt que combatió el formalismo en derecho termino atrapado por el formalismo de la legalidad, e intelectualmente justificando una dictadura despiadada que, entre 1933 y 1945, elimino por la vía extrajudicial a más de 10 millones de seres humanos y por vías judiciales (Tribunal Popular) a más de 16 mil opositores al III Reich. Quienes fueron juzgados en Nüremberg por delito internacional de genocidio, adujeron que actuaron premunidos de un "patriotismo constitucional".

A Schmitt, a pesar de este lapsus (al igual que Heidenberg), nada le resta esta impronta autoritaria, a sus formidables aportes constituciones y filosóficos.

El marco constitucional ideado por Schmitt fue tan sólido, que ni siquiera la Ley Fundamental (1949), pudo escapar a sus aportes doctrinarios, superando todo romanticismo inocente; la constitución alemana protege a las minorías democráticas frente a la mayoría antidemocrática. El gobierno federal no puede ser derribado en tanto la oposición no presente al mismo tiempo un candidato a canciller, de lo que se desprende que la oposición parlamentaria carece de poder sino se encuentra democráticamente unida, incluso aunque disponga de mayoría.

Carl Schmitt, a diferencia de Kelsen (1881-1973) o Loewenstein (1871-1973), estuvo ligado directamente al mundo hispano, hablaba y leía el idioma español y, varias veces, estuvo en la tierra de Cervantes, donde dejó muchos discípulos, además de admirar la obra jurídica de Francisco Victoria. De allí su importancia en el mundo hispano y su influencia sobre el Perú.

Schmitt fue un hombre excepcional para su época; de él ha dicho Manuel García Pelayo: “Su extensa y profunda cultura histórica permiten percibir esos momentos epocales donde comienza algo nuevo, sea un orden, una institución o una perspectiva. Sus conocimientos de historia de las ideas jurídicas y políticas, interpretadas y desde el presente, le permiten encontrar puntos clave de interpretación de los grandes conceptos políticos o, a veces, para mostrar el decálogo entre el sentido originario de un concepto y su sentido en el presente o, eventualmente, su cambio de funcionalidad”

Mantuvo contacto permanente con la últimas producciones en todos los campos, hasta los últimos años de su vida –en los años 80- demostrará una sobresaliente vitalidad reflexiva, estará al tanto de los acontecimientos más recientes de Europa, seguirá de cerca los conflictos del Tercer Mundo e indagará nuevas definiciones al proceso de internacionalización del derecho constitucional, enriqueciendo el concepto de Hauriou sobre superlegalidad.

En uno de sus últimos escritos “La revolución legal mundial” publicado en 1979 para la célebre revista *Estudios Políticos*, de España, analizará el fenómeno del euro-comunismo y, ponderará, las cualidades de su promotor español Santiago Carrillo. En este tema, se podrá apreciar la versatilidad del erudito, que con todo mortal, tuvo sus grandes luces y, también, penumbras, que en ningún caso pudieron apagar sus notables aportes al derecho constitucional.

DUVERGER Y JIMENEZ DE PARGA

Coincidentemente, en los últimos días nos dejaron dos referentes del Derecho Constitucional y la ciencia política contemporánea: el francés Maurice Duverger (1917-2014) y el español Manuel Jiménez de Parga (1929-2014).

Los dos forjaron su aprendizaje intelectual bajo regímenes políticos de excepción: Duverger bajo el régimen colaboracionista de Vich en la Francia ocupada y Jiménez de Parga bajo el régimen dictatorial de Francisco Franco. Esa restricción institucional fue un acicate para que ambos tomen interés académico por una disciplina que combinada el incipiente estudio de la ciencia política y el derecho constitucional, que asumió por lustros una denominación híbrida en la cátedra universitaria bajo la asignatura de Derecho Político.

Maurice Duverger, inauguró esta cátedra en la Universidad de Poitiers, luego en Burdeos y a partir de 1955 en La Sorbona de París, donde estableció el Instituto de Estudios Políticos (IEP), que tanto aportó a la comprensión del parlamentarismo, el presidencialismo, los partidos políticos y los sistemas electorales. Duverger, en el pensamiento latino, hizo la misma operación de cirugía epistemológica que hizo Karl Loewenstein (1891-1973) en las universidades anglosajonas, autonomizar la ciencia política del derecho constitucional, separar sus objetos de estudios: la constitución, en un caso, y el poder político, en el otro caso. Especializando al politólogo y al constitucionalista, delimitando campos entre la norma suprema y el hecho político.

Tras el estrepitoso fracaso de la IV República francesa, con su Constitución parlamentaria de 1946, Duverger se abocó a estudiar los factores fácticos de tal descalabro institucional, descubriendo la inmensa importancia de los partidos políticos y su combinación con el sistema electoral, eso lo llevo a sostener su tesis en *Le Monde* del semi-presidencialismo como un régimen corrector de la política gala. De allí surgiría su memorable libro *Los partidos políticos* (1951), cuya versión traducida en 1981 por el Fondo de Cultura Económica, fue nuestro libro clásico en el curso de Ciencia Política dirigido por Francisco Miro Quesada Rada en San Marcos. Duverger inspiró intelectualmente los drásticos cambios presidencialistas que introdujo la V República con Charles De Gaulle

(Para mayor información puede revisarse el magnífico ensayo de Darío Herrera Pulsen: *La Constitución Francesca de 1958*, Lima, UNMSM), que posee tímidas reminiscencias en las Constituciones peruanas de 1979 y 1993.

En paralelo. Manuel Jiménez de Parga, se forjó en las regimentadas aulas de Universidad de Granada, donde a pesar del control ideológico del falangismo, aparecerán dos sobresalientes profesores de derecho político: el mítico Tierno Galván y el flemático Pablo Lucas Verdún. Jiménez de Parga asumirá la cátedra de Derecho Político en la Universidad de Madrid en 1956, al año siguiente ganará el concurso de cátedra en la Universidad de Barcelona, donde llegará a ser Profesor Principal, Decano de la Facultad de Derecho y Rector (1976-1977), en plena transición.

En esta etapa escribió libros referenciales para Hispanoamérica, como *Teoría y realidad constitucional contemporánea*, y su clásico *Los regímenes políticos contemporáneos*, donde plantea al interior de las autocracias una sutil diferencia entre un régimen autoritario y otro totalitario –ello le valió ciertas críticas-, que el tiempo le dio la razón, pues es distinto una dictadura puramente represiva y otra es un régimen fundamentalista, su tesis fue que el franquismo se quedó a medio camino entre ambos modelos. Posteriormente escribió *Las monarquías europeas en el horizonte español* y *¿Qué es la democracia?*

Jiménez de Parga no sólo fue un académico, sino también tuvo participación activa en la transición española, donde fue Ministro de Trabajo del primer gabinete de Adolfo Suárez, después fue consejero de Estado y en el año 2001 fue elegido Presidente del Tribunal Constitucional de España, gracias a su capacidad concertadora.

Maurice Duverger y Manuel Jiménez de Parga marcan una época en el pensamiento constitucional y político, que sienta las bases del auge de la teoría constitucional y establecen los métodos del análisis político, despojado del corsé normativista; hoy que encontramos a los partidos políticos en crisis, que se renuevan los sistema electorales y se revaloriza la democracia de manera universal, debemos colocar el nombre de estos ilustres maestros al lado de los Norberto Bobbio, Giovanni Sartori y Robert Dalh, como hitos del derecho constitucional y la ciencia política.

GIOVANI SARTORI

Italia ha aportado una sólida doctrina constitucional que viene desde Santi Romano, pasa por Norberto Bobbio y se proyecta en el siglo XXI con Giovanni Sartori (1924) y Luigi Ferrajoli (1940).

¿Cuáles son las contribuciones teóricas y prácticas de Sartori? Este se forjó intelectualmente en la Universidad de Florencia, donde llegó a ser Profesor Principal hasta 1976, cuando los cazatalentos lo tentaron a proseguir con sus investigaciones al contacto con la ciencia norteamericana, donde se incorporó originalmente a la Universidad de Stanford, para luego tener una larga estancia en la Universidad de Columbia y terminar llevando su magisterio a la Universidad de Nueva York.

Los trabajos originales de Sartori estuvieron centrados en la teoría (Teoría de la democracia), las instituciones (Partido y Sistemas de Partidos), seguidamente en los métodos de análisis (La Política: Lógica y método en Ciencia Social y Ciencia Social: Un sistema de análisis); en su madurez intelectual se volcó a la aplicación sobre realidades concretas aplicando con rigurosidad su sistema de análisis; su preocupación por la constitución y la democracia lo llevo a recoger evidencia empírica del funcionamiento del-presidencialismo y el parlamentarismo, usando el método comparativista, recorre Europa, América y Asia, para encontrar las constantes y los singularismo; estudia con detenimiento los sistemas electorales, mayoritarios o proporcionales (como condicionante de la crisis o la gobernabilidad), estudia los procesos de segunda vuelta presidencial y parlamentaria; disecciona las instituciones de diferentes continentes y sus conclusiones las plasmas en un libro descollante: *Ingeniería Constitucional Comparada* (1994).

Sartori cree –con Jeremy Bentham- que los sistemas políticos funcionan con incentivos democráticos basados en el castigo y el premio. Así analiza los sistemas electorales, evidenciando que allí donde funcionan como mero procedimiento (mayoritario y no proporcional, por lista y no por persona, distrito uninominal en vez de plurinominal, entre otros), puede desarraigar la

participación y desincentivar la votación (por ello, el sufragio obligatorio). Aquí usa como antecedentes las investigaciones de Dieter Nohlen y Arend Lijphart, donde descubre que allí donde el elector no pierde el vínculo con su representante el sistema electoral refuerza la solidez del sistema político, en tanto cuando la relación entre elector y representante se divorcia tras el proceso electoral, el régimen político rápidamente se deteriora.

El segundo gran tema que aborda es la disyuntiva entre el presidencialismo y el parlamentarismo, estableciendo que los países donde mejor funciona es allí donde existe modelos heterodoxos o reformados, así los presidencialismos moderados o los parlamentarismos atenuados, caso el Presidencialismo francés de la V República o el parlamentarismo alemán de la Ley Fundamental de 1949 han sido exitosos siendo híbridos. Aquí se apoya en Juan Linz, para sostener que el presidencialismo de EE.UU. y Latinoamérica sólo son iguales de nombre, más distintos en sus alcances y límites. El presidencialismo sudamericano, a pesar de sus sistemas electorales, es fuente de crisis periódicas, sino se refuerza con salidas parlamentarias regladas por la Constitución, como el voto de confianza al Presidente del Consejo de Ministros, el voto de censura, la estación de pregunta, entre otros.

Sartori plantea sus tesis del “avión con dos motores” para la gobernabilidad (Jefe de Estado + Jefe de Gobierno); así, la dinámica política es tensión y disenso, cuando el presidencialismo latinoamericano entra en crisis (su único motor: la Jefatura de Estado), se precipita hacia un colapso de todo el sistema; en tanto, el semi-presidencialismo (con dos motores) le da salidas constitucionales con el cambio del Jefe de Gobierno, adelanto de elecciones parlamentarias o conformación de nuevas coaliciones sin poner en riesgo la gobernabilidad. Un avión con un solo motor, la vez que falle es catástrofe segura; uno con dos, tiene alternativas institucionales posible, sin necesidad de siniestrar el gobierno.

La preocupación central de Sartori es como preservar la democracia de las amenazas permanentes (la visión autoritaria, la corrupción política, el poder por decreto, la partidocracia, la reelección presidencial, la videopolítica y la manipulación electoral); pero a su vez, superando los mitos de que el parlamentarismo per se es superior al presidencialismo, el federalismo es me-

por que el unitarismo o que bicameralismo es preferible a la unicameralidad. Existiendo variadas posibilidades de llegar a la gobernabilidad, siendo el reto descubrirlas y no soñarlas.

El mensaje de Sartori es actual: los países que evitaron la imitación institucional o la copia legal, fueron los que mejor aprendieron la pluralidad de caminos hacia una democracia constitucional duradera.

Homenaje a Peter Häberle en dos tiempos

*José Félix Palomino Manchego**

Director Académico en la Facultad de Derecho y Ciencia Política - UNMSM

SUMARIO:

I.- Preliminares.

II.- La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

III.- El pensamiento vivo de Peter Häberle: Su talante académico.

IV.- La presencia de Peter Häberle en Córdoba.

V.- Epílogo.

* Magister y Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, UIGV, USMP y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Presidente del Consejo del Notariado (2007-2008).

§ I ENCUENTRO EN CÓRDOBA**

I.- PRELIMINARES

Durante los días 9, 10 y 11 de abril del año 2007, en compañía de Domingo García Belaunde tuvimos la ocasión de saludar en la ciudad de Córdoba (Argentina) —¡de inolvidable paisaje cultural!— al admirado profesor alemán Peter Häberle (n. Göppingen, Württemberg, 13-V-1934). El insigne maestro y hombre devoto de la ciencia constitucional iba a ser incorporado como Académico Correspondiente Extranjero (Alemania) en la prestigiosa Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales con sede en la provincia de Córdoba (Argentina).

Anotemos ante todo que Häberle es Director del Instituto de Derecho Europeo y Cultura Jurídica y Director del Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional Europeo de la Universidad de Bayreuth (Alemania), y es, sin disputa, hoy en día el pensador más importante y representativo del Derecho Constitucional en el mundo. Además, Häberle es titular de la cátedra de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico de la Universidad de Bayreuth desde 1981, y Profesor Visitante Permanente de Filosofía del Derecho de la Universidad de St. Gallen (Suiza) desde 1980, donde en fecha reciente fue nombrado Senador Honorario.

Las apuntadas razones de peso, con ricas y fértiles consecuencias, demostró que las visitas que realizó Häberle, primero a la Universidad Nacional de Córdoba, fundada en 1613, y a la Academia Nacional, y luego a la Universidad de Buenos Aires, creada en 1821, eran bienvenidas por los cultores del Derecho Público. Como consecuencia de su excelente formación dogmática el maestro dejó en Córdoba una honda huella original en las dos facetas de su acción: a) vocación de servicio por la cátedra y b) cultivo indesmayable por la música.

** Una primera versión se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* (Jurídica) Lima, martes 6 de noviembre de 2007.

II.- LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

A nuestra llegada a Córdoba —ciudad agradable y de rica tradición en la Ciencia del Derecho— fuimos atendidos con García Belaunde, como no podía ser de otro modo, compartiendo un pugilato de gentilezas, por los colegas Ricardo Haro —viejo maestro del Derecho Constitucional— y por Antonio María Hernández, gran animador de eventos y tertuliano impenitente. Nos alojaron, al igual que a Häberle, en el cómodo Hotel *NIH* Panorama, que está ubicado en la calle Marcelo T. de Alvear (La Cañada) 251.

Bien es verdad que la razón de ser y la propia existencia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba —cuya acta de constitución data del 22 de agosto de 1941— se puede resumir, conforme lo ha puntualizado el querido profesor Pedro Frías, así: la pasión por la Justicia, el cultivo del Derecho, la superación de las inercias sociales, el diálogo interdisciplinario y los cambios de la sociedad. Y sus objetivos y fines, con miras prácticas, son los siguientes: *a)* Fomentar y difundir el conocimiento de las ciencias jurídicas y sociales. *b)* Estudiar las cuestiones relacionadas con el Derecho y las ciencias sociales. Y *c)* Propender al perfeccionamiento de la legislación del país.

III.- EL PENSAMIENTO VIVO DE PETER HÄBERLE: SU TALANTE ACADÉMICO

La primera vez que tratamos a Peter Häberle —ejemplo de abnegación en la cátedra— y escuchamos una exposición suya fue en la bella ciudad andaluza de Granada con ocasión del Congreso Internacional en su homenaje por su 65 cumpleaños, intitulado “Derecho Constitucional y Cultura”. García Belaunde, quien fue uno de los expositores principales, nos presentó. Pocas veces hemos visto cómo un maestro dimana el chorro cristalino de su elocuencia, habiéndonos producido un efecto extraordinario.

Es de advertir que, a partir de ahí, en más de una ocasión nos hemos beneficiado con el envío de sus libros desde Alemania, lo que hace hasta ahora. Uno de ellos guardamos con mucho celo en nuestra biblioteca particular. Se

trata del libro colectivo que se editó en su honor cuando cumplió 70 años, y que lleva por título *Verfassung im Diskurs der Welt (Liber Amicorum für Peter Häberle)*.

Posteriormente, con Häberle hemos coincidido en más de una ocasión en Lima, como también en México, a raíz de los congresos internacionales que realiza, con tanto acierto, el prestigioso Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en coordinación con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. El dinamismo puesto de manifiesto por el ex Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diego Valadés, y luego por Héctor Fix-Fierro, ha sido fundamental para que Peter Häberle siga cruzando “el charco” e irradie su pensamiento en los países de América Latina. Por lo demás, la mayoría de sus obras básicas ya fueron traducidas al castellano, especialmente por editoriales tanto de España y México como de Perú. Y más de pronto, en Argentina, donde está circulando una nueva versión de su libro medular *El Estado constitucional*¹.

IV.- LA PRESENCIA DE PETER HÄBERLE EN CÓRDOBA

Queremos hacer una precisión: Signo característico en el pensamiento häberliano lo constituye la forma como plantea los temas que desarrolla, abordando un criterio metodológico muy sólido. Al mismo tiempo, se advierte que en cada uno de sus trabajos, ya sean libros, artículos o ponencias brota esa línea de desarrollo tan innata del pensamiento germano.

Y la ponencia que sustentó para el ingreso a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, cuyo título es “Ciudadanía a través de la educación como objetivo europeo”, no escapa a la regla. Häberle la abordó y desarrolló en forma metódica de conformidad con las iniciativas científico culturales, bajo el lema “toda libertad es libertad cultural”; “concepto cultural

1 En Brasil se acaba de traducir, con el siguiente título, un libro clave para poder entender el *pathos* y el *ethos* de Peter Häberle: Valadés, Diego (organizador), *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*, traducido, do español, por Carlos dos Santos Almeida, Editora Saraiva-Instituto Brasiliense de Direito Público, São Paulo, 2009. Com o acréscimo da entrevista de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello quando da visita de Peter Häberle ao Brasil, em setembro de 2005. Apresentação de Gilmar Mendes.

pluralístico (1979)”; “textos clásicos en la vida constitucional” (1981), y “doctrina constitucional como ciencia de la cultura” (1982).

Con la claridad que campea en su pensamiento, Häberle empezó su conferencia recordando, con sugestión máxima, determinados valores fundamentales que pretenden “dirigirse” al ciudadano, incluyéndose a los preámbulos constitucionales y en artículos (que son especialmente sensibles a la actividad creadora de los poetas) que dan base a las sociedades democráticas abiertas desde la cultura, y que desean establecer un consenso básico para la sociedad. Trajo a colación dos textos históricos aparecidos en el siglo XVIII —conocido como el “siglo de las luces”— y que son considerados documentos clásicos de la ciudadanía, en pleno auge del constitucionalismo liberal o burgués: la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia (1789).

Sobre estos soportes teóricos, Häberle estructuró su brillante conferencia en función de tres parcelas, expresadas en apretadas síntesis, ante un selecto público muy atento que lo siguió de principio a fin. Entre los asistentes figuraban, entre otros, Pedro Frías, Ricardo Haro, Antonio María Hernández, quien se encargó de presentar a Häberle ante la comunidad científica; Alejandro Pérez Dualde, Olsen A. Ghirardi y Domingo García Belaunde. Lógicamente que su recia personalidad permitió que Häberle profundizara notablemente el tema que desarrolló con superlativa maestría.

Tras estas aseveraciones, es necesario recordar que el texto de la conferencia, que fue distribuida entre los asistentes, llevaba como título “Ciudadanía a través de la educación como objetivo europeo”. Y su edificio armónico y sistemático es el siguiente:

- Introducción.
- Primera Parte: “Ciudadanía”. Definiciones tradicionales y textos correspondientes.
 - I. “Ciudadano y Burgués”.
 - II. Textos de constituciones nacionales.
 - III. Textos constitucionales en el Derecho Constitucional Europeo, los contratos de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, precursora como *soft law*.
 - IV. Textos de Derecho Internacional (Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas).

- Segunda Parte: “Educación”.
 - I. “Educación”. El clásico tema alemán.
 - II. Objetivos de la educación en las constituciones de los Länder alemanes y otros objetivos.
 - III. El tema de la educación en el ámbito europeo general y a nivel internacional.
- Tercera Parte: Ciudadanía a través de la educación. La relación.
 - I. Ciudadanía a través de la educación. La relación entre ambas.
 - II. Educación hacia una democracia (plural) como objetivo educativo.
 - III. La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. La irrenunciabilidad a los lineamientos educativos a nivel nacional y europeo.
- Resumen y fin.
- Literatura.

De este modo, Häberle —erudito en alto grado— sustentó su ponencia, con perfecta sistemática, en alemán. Paralelamente, una traductora lo hacía en idioma español, con lo cual la mayoría de los asistentes se beneficiaron sobremanera escuchando la sonoridad solemne que brotaba de sus labios, con inequívoca claridad.

Llevada a cabo su incorporación a la Academia, en horas de la noche, luego de una merecida cena en el hotel, Häberle brindó un pequeño concierto interpretando, con tanto noble goce y tanta honrada satisfacción, algunas sonatas del compositor italiano Domenico Scarlatti (1685-1757): Sonata e-moll für Klavier y Sonate e-Dur für Klavier; del pianista polaco Frédéric Chopin (1810-1849): Vier Préludes, opus 28; del pianista y compositor ruso Alexander Scriabin (1872-1915): Étude Opus, 2, n. 1; y del organista alemán Johann Sebastian Bach (1685-1750): Jesu, Joy of Man’s Desiring y Chorale from Cantata n. 147. Todos ellos, hombres vivamente geniales.

Como se echa de ver, no es la primera vez que, con encomio máximo, Häberle da un concierto musical con libertad de criterio. Recordamos que en Granada también captó la atención de los expositores cuando, de pronto, el 3 de marzo de 2000 en horas de la noche ofreció un concierto de piano —devoción absorbente— tocando algunas piezas musicales, sobrenadando en el mar de la sinfonía, de Johann Sebastian Bach, del compositor alemán Robert Schumann (1810-1856) y del compositor austriaco Franz Schubert (1797-1828). Al violín, ¡aquella noche inolvidable!, lo acompañó su joven discípulo Lotthar Michaello, de alta inteligencia y gran cultura.

De igual forma lo hizo en México con ocasión del Congreso Internacional de Derecho Constitucional “Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados” y del “Sexto Congreso Nacional de Derecho Constitucional”, organizado por la UNAM, que se desarrolló del 6 al 10 de febrero de 2006 ante un grupo de profesores e invitados extranjeros que lo escuchaban con suma atención. Häberle, quien estuvo acompañado de su discípulo Markus Kotzur, demostró en cada uno de los conciertos en mención cómo el piano y el violín requieren de una gran capacidad de concentración y conocimiento de las partituras musicales. Como si fuera poco, al final de cada una de las brillantes jornadas musicales de Häberle, suavizadas por las condiciones de su carácter bondadoso, quedó prácticamente exhausto, por cuanto estaba dispuesto a no perder nota musical ni sílaba alguna.

¿Cómo se puede explicar esto en el reputado pensador alemán? La respuesta obedece a una categoría o matriz que Häberle ha ido perfeccionando al fluir de los años sobre la base de diversos contenidos o expresiones del saber humano, dotados de una gran tenacidad en sus propósitos: “La Constitución como concepto de cultura”. En cierta ocasión, ante una pregunta que le formuló su discípulo titular Héctor López Bofill, profesor de Derecho Constitucional en Barcelona, Häberle le respondió lo siguiente: “En la idea de *textos clásicos* se incluyen, asimismo, las grandes composiciones musicales, como ocurre con el *Himno a la Alegría* —del niño prodigio y compositor alemán Ludwig van Beethoven (1770-1827)— que representa un texto clásico para Europa, tal como se infiere en los trabajos de la Convención que ha redactado el proyecto de una Constitución para Europa.

Volviendo al Congreso Internacional de la UNAM, el día martes 6 de febrero, cuando las agujas marcaban las 11:00 horas, le tocó a Häberle desarrollar su conferencia magistral que llevaba por título “Aspectos constitucionales de la identidad cultural”, cuyo esbozo fue el siguiente:

- I. Introducción y problemática.
- II. Inventario de textos constitucionales, europeos e internacionales.
- III. Marco teórico.
 1. El enfoque de la ciencia cultural.
 2. La cuestión (filosófica) de la “identidad”.
 3. La cuestión de la identidad cultural como problema de referencia.
- IV. Ejemplos en campos concretos.
- V. Perspectivas.
- VI. Bibliografía.

La actualidad del tema es muy grande, tanto en el plano nacional como en el europeo, incluso a escala planetaria. En vista, por un lado, de la “globalización” acelerada y, por el otro, de los procesos de “federalización” y “regionalización” que se desarrollan en muchos Estados constitucionales, y ante las dudas que despierta el desbocado mercado (global), observamos a nivel mundial un retorno a la conciencia de la cultura como fuerza generadora de identidad, a la libertad cultural como libertad directamente referida a la dignidad humana (en contraste con la libertad económica y su significado puramente instrumental), a la diferencia cultural (desde la diversidad hasta la protección de las minorías).

Reafirmando que es un hombre de ideas tupidamente tejidas, Häberle sentenció que: “La Constitución no es sólo un texto jurídico o un ‘conjunto de reglas’ normativas, sino también expresión de un estado de desarrollo cultural, medio para la automanifestación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Las constituciones *vivas*, como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad, constituyen, por su forma y su fondo, más bien una expresión y una comunicación de la *cultura*, un marco para la (re)producción, recepción y acumulación de ‘informaciones’, experiencias, vivencias y sabiduría culturales tradicionales, y en la misma medida será la profundidad de su validez cultural”.

Cuán importante fue el encuentro académico sobre Derecho Constitucional que tuvo lugar en la sede del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, habiéndose estructurado en las siguientes mesas de trabajo: Mesa I: Derechos fundamentales. –Mesa II: Constitucionalismo social y constitucionalismo de las minorías. –Mesa III: Soberanía y ciudadanía. –Mesa IV: División de poderes. –Mesa V: Federalismo y descentralización. –Mesa VI: Rendición de cuentas y responsabilidad de los servidores públicos. –Mesa VII: Nuevos problemas del constitucionalismo.

Recordamos entre los expositores a Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpi-
zo, Diego Valdés, Héctor Fix-Fierro, Gustavo Zagrebelsky, Paolo Bonavides,
Miguel Carbonell, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José M^a. Serna de la Garza,
Edgar Corzo, José Prado Maillard, Giancarlo Rolla, Dieter Nöhlen, Daniel Zo-
vatto, Néstor Pedro Sagüés, Domingo García Belaunde, Arturo Zaldívar, Pedro

de Vega García, Alonso Lujambio, José Barragán, Manuel González Oropeza, Raúl Gustavo Ferreyra, José Ramón Cossío Díaz, José de Jesús Orozco Henríquez, Tania Groppi y Walter Carnota, entre otros.

V.- EPÍLOGO

Una breve consideración final. Tal y conforme lo ha expresado el catedrático granadino Francisco Balaguer Callejón, refiriéndose a Häberle: "... una de las facetas que más llama la atención de su trabajo investigador es la coherencia interna y el intento permanente de agotar al máximo las consecuencias de cada una de sus teorías, dentro de un sistema en el que la flexibilidad y la multifuncionalidad son valores esenciales". En efecto, no es de extrañar, por ello mismo, que el secreto para captar el mensaje häberliano es conocer directamente sus obras fundamentales, por cuanto a partir de ellas empieza a ensanchar los horizontes de su fértil pensamiento y robusta personalidad.

§ II SOBRE EL PREÁMBULO CONSTITUCIONAL

Con júbilo, nuestra pluma realiza una de las más gratas labores ahora que el célebre profesor alemán Peter Häberle, hermano mayor en la Ciencia del Derecho Constitucional, ha llegado —fecha tan llena de significación— a la octava decena de la vida, nacido en Göppingen, Württemberg (Alemania), el 13 de mayo de 1934. Tomaremos estas palabras cuya extensión sólo se puede justificar por el aprecio engendrado en diversas jornadas científicas —México, Córdoba, Lima, Granada—, significando la *affectio juris* que sus colegas le expresan con admiración y respeto. Por tanto, el pensador germano, dueño de ideas sutiles y penetrantes, ha llegado a la madurez de su espíritu.

En cuanto concepto categorial, ha sido Peter Häberle uno de los primeros constitucionalistas en desarrollar con amplitud de miras, especialmente aplicando el *método comparativo*, el estudio del preámbulo constitucional, tomando para ello diversos aspectos culturales y comparados para reafirmar su tesis, tan llena de sugerencias, en su libro *El Estado Constitucional*. Veamos:

A) El preámbulo como fundamentación y profesión de fe

Con plena conciencia de su responsabilidad, empieza el profesor de Bayreuth afirmando lo siguiente: Característica del contenido de los preámbulos es la formulación de posturas valorativas, (“altos”) ideales (Japón, 1946; Francia, 1958) convicciones, motivos; en suma, la imagen propia del constituyente. Esta confesión, la “fe” (así, expresamente, por ejemplo, la Convención de Derechos Humanos), se presenta ocasionalmente al lado de los “conocimientos”. En ocasiones se encuentran caracteres, rasgos casi himnicos, que transmiten el carácter de un estado de ánimo y en general irradian “brillo”. Cuando se tratan de este modo las cosas “primeras” y “últimas” es natural que de inmediato se establezca un aliento de *pathos*, con lo cual demuestra sus condiciones de investigador concienzudo.

A continuación nos dice que la alta intensidad valorativa de los preámbulos también se muestra en que gustan de remitir a realidades previas (ontológicas) como Dios o Cristo (por ejemplo, Australia, 1900; Indonesia, 1945;

Argentina, 1853) o las invocan (por ejemplo, Irlanda, 1937). La casi sagrada autoobligación hacia él, las ocasionales invocaciones o llamados son elementos y momentos formales y sustantivos recurrentes. Esto es, en parte se muestran los preámbulos como “proposiciones de fe” de una comunidad política, y no sólo en las referencias a Dios y a la responsabilidad ante él y los seres humanos, sino también en otras cláusulas de reconocimiento, que expresamente reafirman su “profunda fe en estas libertades fundamentales” (preámbulo de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950), objetivizan (Constitución de Renania-Palatinado, 1947) declaraciones de voluntad próximas a tales reconocimientos o normativizan deseos y esperanzas subjetivos (por ejemplo, Constitución de Berlín de 1950: “Con el deseo de seguir siendo la ciudad capital de una nueva Alemania unida”, lo que hoy es realidad) las convicciones y declaraciones de voluntad.

No se equivoca Häberle cuando sostiene que el carácter de reconocimiento, en ocasiones ficticio, conduce a las capas profundas de un pueblo constituido, y en proceso de constituirse continuamente después del acto constituyente. Häberle recuerda que el docto maestro Rudolf Smend las trató a su manera en 1928 en la obra *Teoría de la integración*. El Estado constitucional democrático no puede renunciar a estos vínculos más bien sentimentales de los ciudadanos hacia él, a la creación de posibilidades de identificación para el ciudadano y a su propia obligación y responsabilidad ante instancias y contextos más altos.

En todo caso —añade Häberle— los preámbulos remiten a verdades básicas o de fe prepositivas de una comunidad política; en ocasiones reactualizan un pedazo de la “*religion civile*”. Presumiblemente, las constituciones sin preámbulo contienen también dichas “verdades de fe”, que son previas a sus disposiciones jurídicas, pues todo orden jurídico positivo penetra en dichas capas profundas. Los preámbulos pretenden racionalizarlas y darles expresión, a veces en forma secularizada, otras en forma “todavía teológica”. Estos fundamentos de la autocomprensión (en la identidad) de una comunidad política, el concentrado, es aquello que obliga a todos los ciudadanos, casi como una “profesión de fe”, es aquello que es puesto “antes del paréntesis” y que con frecuencia es formulado en términos similares a un contrato (la Constitución como contrato).

B) La función de puente en el tiempo

En este epígrafe Häberle expresa que los elementos constructivos regulares de los preámbulos son expresiones de la dimensión temporal: por un lado, en el rechazo de un pasado determinado o en la vuelta o el “recuerdo” (por ejemplo, preámbulo de la Constitución de Irlanda) a determinadas tradiciones y periodos (referencia histórica, por ejemplo, Turquía: “en el curso de su historia”; Baviera: “historia más que milenaria”; Constitución de Bremen de 1947: “centenaria Ciudad Libre Hanseática de Bremen”); pretenden invocar y elaborar el pasado de manera negativa (polémica) o positiva. Además, los preámbulos se pueden referir al presente, ocasionalmente en la orientación de deseos, por ejemplo, Berlín: “Con el deseo de seguir siendo la ciudad capital de una nueva Alemania unida”, lo que hoy se ha vuelto realidad. Por último, pueden referirse al presente y al futuro como tales (así, Renania del Norte-Westfalia: “superar con trabajo conjunto la necesidad del presente”. Por último, Turingia (1993): “superar aquello que es motivo de división en Europa y el mundo”; Mecklernburgo-Antepomcrania (1993): “promover el progreso económico de todos”), o incluso querer “ganar” el futuro.

Estima Häberle también que en cuanto los preámbulos cuentan la “historia” y hacen profesiones de fe en relación con ella, pretenden hacer justicia a la necesidad de identidad y de hacer presente la historia que tiene el ser humano, no en el sentido de un tratamiento científico para un público especializado, sino más bien en el sentido de una historia que “se sienta comprometida con el lego”. Al respecto, puede llegar a haber conflictos en los preámbulos entre los reconocimientos y los conocimientos; así, por ejemplo, el preámbulo de la Ley Fundamental alemana de 1949 no resiste, en algunas de sus partes, una revisión histórica crítica.

Sostiene a renglón seguido que, en la medida en que los preámbulos se orientan hacia el futuro —así, por ejemplo, el modo como las futuras generaciones en la Constitución bávara (1946) encuentran en el círculo de la visión y la responsabilidad del constituyente— o expresan deseos y esperanzas, contienen un exceso *concreto-utópico*: en tal medida se encuentra en el preámbulo un bosquejo futuro. El preámbulo introduce un pedazo de la fructífera tensión entre deseo y realidad en la Constitución (y la política), como se puede comprobar también en otras partes de los textos constitucionales, por ejemplo, en los mandatos constitucionales. Con frecuencia un pueblo tiene que tener paciencia

con vistas a los deseos y esperanzas de los preámbulos. Un ejemplo afortunado es el del preámbulo de la ya citada Ley Fundamental de 1949 en relación con la reunificación alemana (1990): es al mismo tiempo muestra de una historia exitosa de la Ley Fundamental alemana.

C) Referencias a Dios

Häberle, al tocar este punto piensa que, conforme existen las cláusulas constitucionales con referencias a Dios, no constituyen de ningún modo una etapa evolutiva “superada”, anacrónica o atípica, sino una posible variante cultural del Estado constitucional. Son expresiones del “derecho constitucional de la religión” y, por tanto, de una imagen del ser humano que concibe a éste —y al pueblo— tanto en lo histórico como en la actualidad, como insertado en contextos de responsabilidad más altos: Estado y derecho son confirmados como ordenamientos limitados, fundados en la ética, lo que de por sí resulta característico del Estado constitucional. Así visto, existe una conexión interna entre las cláusulas de responsabilidad con referencias a Dios (o a la creación) y la dignidad humana, pero también con el principio constitucional de la tolerancia, como en lo absoluto tienen que integrarse los textos sobre Dios en la Constitución entendida como unidad. Con ello no se revierte la evolución histórica hacia el Estado constitucional secularizado, ya que el derecho constitucional no obliga a nadie al “culto religioso” a través de estos textos. Sin embargo, se toma culturalmente en serio al ser humano como *Homo religiosus*, llegando hasta la garantía de comportarse de manera indiferente o contraria a la religión. Es este trasfondo cultural el que justifica, histórica y actualmente, a los textos sobre Dios en el Estado constitucional, aunque también los limita.

D) “Derecho constitucional de la religión” en el Estado constitucional

En lo que sigue —continúa Häberle— se enuncia, a manera de términos clave, el modo de cómo la teoría constitucional comparativa ha desglosado el tema “derecho constitucional de la religión”. Merced al análisis de etapas textuales resultan ya aquí visibles, *prima facie*, intensos desarrollos que reflejan en Europa el largo camino desde el Estado de cuño cristiano hacia la sociedad secularizada (por tal motivo, la teoría constitucional debiera renunciar al concepto de “derecho eclesiástico del Estado”). En tal sentido, proyectándose hacia el futuro de la ciencia a la que está dedicado, Häberle se plantea las siguientes cuestiones:

¿De qué manera está ubicada sistemáticamente la relación entre Estado e iglesias y asociaciones religiosas? ¿Lo están en el inicio, en los artículos de bases de la Constitución, en apartados propios posteriores o solamente de modo puntual? He aquí una selección de ejemplos: al mero inicio, en el artículo 3º, la Constitución de Grecia (1975) establece un apartado sobre “relaciones entre la iglesia y el Estado”. La Constitución de Portugal (1976) procede de modo diferente, al establecer en el artículo 41, en el marco del catálogo de derechos fundamentales, el principio de la separación (inciso 4), mientras que España (1978), si bien trata el tema también en la parte de los derechos fundamentales (artículo 16), a la frase “Ninguna confesión tendrá carácter estatal” agrega el siguiente enunciado: “Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”. La Constitución de Italia (1947) se estructura sistemáticamente de otro modo. Ya en los “principios fundamentales” se regula el aspecto corporativo de la libertad de religión (artículo 80, segundo párrafo), también se abre la posibilidad de “acuerdos” (tercer párrafo 2). Dinamarca declara lapidariamente en el capítulo 1 § 4 de su Constitución de 1953: la iglesia evangélica luterana es la iglesia del pueblo danés, mientras que Finlandia (1919-1995) regula hacia finales de la Constitución un apartado IX: “Las comunidades religiosas”. La Constitución de Irlanda (1937) encabeza el tardío artículo 44 con el título “Religión”. (La Constitución de Suecia de 1975, establece ejemplarmente ya en su capítulo 1 § 2 inciso 4 la protección de las minorías religiosas).

Un análisis de las constituciones más recientes, también en el contexto de sus posibles referencias a Dios, disposiciones sobre días festivos, cláusulas de juramento y fines educativos sigue siendo un *desideratum*, para lo cual Häberle, con la sutileza que caracteriza todos sus trabajos, echa un breve vistazo a Europa oriental. La Constitución de Eslovaquia (1992) dispone ya en su artículo 1º, frase 2: “*It is not tied to any ideology or religion*”. La Constitución de Bulgaria (1991) dispone lo siguiente en su parte de bases, en el artículo 13, inciso 2: “*Les institutions religieuses sont séparées de l'État*”. El artículo 14, inciso 1, de la Constitución de Rusia (1993) dispone también en su parte de fundamentos: “La Federación Rusa es un Estado laico”. La Constitución del Chad (1996) garantiza la libertad de religión de manera individual y colectiva (artículo 35), sin perjuicio del reconocimiento de su responsabilidad ante Dios

(preámbulo). Un “espíritu” propio se manifiesta en el proyecto de Constitución de “Solidaridad” en Polonia (1994), en cuanto se señala, en la parte de los fundamentos (artículo 6º, inciso 1): “*The State shall guarantee the autonomy of churches and confessional organisations recognized by law*”. Y la Constitución de Polonia (1997) regula el estatus de las “iglesias y otras asociaciones religiosas” en el artículo 25 (parte de fundamentos).

Häberle recuerda que Francia se define ya en el artículo 1º de la Constitución de 1958 como “República laica”, ejemplo que es seguido por la Constitución de Mali ya en su preámbulo (“*laïcité*”), lo mismo que por la Constitución de Guinea (1991) en su artículo 1º, inciso 1. En el resto de África dispone, por ejemplo, la Constitución de Níger (1992) la separación entre “Estado y religión” (artículo 40), igualmente el artículo 1º de la Constitución del Chad (1996). La Constitución de Madagascar (1992) ratifica en su preámbulo su creencia en “*Dieu Créateur*”, prohíbe ya en la parte de fundamentos toda discriminación por causa de religión (artículo 8º, inciso 2). El artículo II, sección 6, de la Constitución de Filipinas (1986) —que en algunos temas irradia intensamente hacia África— dispone: “*The separation of Church and State shall be inviolable*”. Y, el artículo 288, inciso c) de la Constitución de Portugal (1976-1992) incluye la “separación entre Iglesia y Estado” incluso en sus cláusulas de eternidad (igualmente, el artículo 159 de la Constitución de Angola).

E) Días festivos-domingos

a) Días festivos. Planteamiento del problema

En opinión de Häberle, las garantías de los días festivos pertenecen a un “estrato” de normas constitucionales que frecuentemente se desatienden, pero que penetran hasta el centro de la identidad cultural del Estado constitucional respectivo y del Estado constitucional como tipo. Proviene de la “materia” de la que en ocasiones son los “sueños” (y primeramente sólo eso) —por ejemplo, la “unidad alemana”, que se hizo realidad en 1990— pero que sobre todo son o fueron valores fundamentales que se “dirigen”, junto a la *ratio*, también a la *emotio* del ser humano y el ciudadano en el Estado constitucional: los himnos, banderas, los fines educativos como “el amor hacia el pueblo y la patria” (por ejemplo, artículo 33 de la Constitución de Renania-Palatinado (1947)) o la “reconciliación de los pueblos” (por ejemplo, artículo 25, inciso 2,

de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia), así como los monumentos. Los himnos nacionales significan, lo mismo que los días de fiesta nacional, un pedazo de *memoria colectiva* de un pueblo, en lo cual puede realizarse una transformación: prácticamente ningún francés piensa ahora en el sangriento contenido de “La Marsellesa”. Estas “fuentes de consenso” más bien emocionales no deben ser subestimadas junto con el lado más bien racional (como la dignidad humana, la libertad, la democracia), pues ya lo impiden los mismos textos constitucionales positivos. En la garantía de los días festivos se refleja un pedazo de la concepción de sí mismo, propio del Estado constitucional, pero también un pedazo de la “imagen” que los ciudadanos pueden y deben hacerse de él y que él puede y debe hacerse de los ciudadanos. Solamente el enfoque culturalista puede iluminar las posibilidades y límites de los días festivos en el Estado constitucional, ya que el positivismo jurídico no sabe muy bien qué hacer con ellos. En un sentido más amplio y profundo, nos enseña Häberle, son todos los días festivos vivos “días de la Constitución”, porque pretenden traer a la conciencia elementos diversos del Estado constitucional en conjunto.

F) Las garantías de los días festivos como expresión de la integración, históricamente lograda, de las partes de la población en el Estado constitucional

Al decir de Häberle, las garantías de los días festivos pueden ser expresión de la integración, lograda o sólo esperada, de un grupo poblacional en el pueblo en su conjunto. Los ejemplos pueden ser, con vistas a la clase trabajadora, las garantías del 1° de mayo, en lo que ocasionalmente se agregan grandes objetivos, de los que también impregnan a la Constitución (por ejemplo, como objetivo general del Estado o particular de la educación). Representativo en este sentido es aquí el artículo 3°, inciso 2, de la Constitución de Baden-Württemberg (1953): “El 1° de mayo es, por ley, día festivo. Su propósito es reconocer la ‘justicia social, la paz, la libertad y el entendimiento de los pueblos’”.

Sin embargo, a juicio de Häberle, el ejemplo que quizá sea el más impresionante y al mismo tiempo más reciente de este tipo es el nuevo día festivo que Estados Unidos de América instituyó, por primera vez en 1986, en honor del defensor de los derechos civiles Martin Luther King (1929-1968), el 15 de enero. Aunque ello no se haya producido bajo la figura de una reforma constitucional formal (“*amendment*”), en el fondo se trata de derecho constitucio-

nal material. El nuevo día festivo o día de Martin Luther King constituye la conclusión simbólica de la larga lucha del movimiento estadounidense de los derechos civiles en favor de la igualdad y la integración de la “gente de color”.

A renglón seguido, Häberle explica, por vía de ejemplos, que cuando el gran Estado constitucional que es Estados Unidos, reconoce como día festivo el nacimiento de este representante de la resistencia no violenta, lo que anteriormente sólo se había hecho por George Washington (1732-1799), ello significa lo siguiente: tal día de enero se convierte en una especie de “día de la Constitución”; constituye el foro en el que pueden encontrarse de manera ideal todos los ciudadanos de los Estados Unidos de América como ciudadanos libres e iguales. El día de Martin Luther King (1929-1968) significa, por un lado, una “*conmemoración*” histórica de este gran ciudadano, pero al mismo tiempo la *conciencia* de las tareas del futuro: sobre el “camino eterno” hacia la eliminación de todas las formas sociales de discriminación racial que todavía puedan existir.

Pero —como señala Häberle—, una teoría del derecho del Estado desarrollada de manera puramente positivista no es capaz de desentrañar estos contextos y las dimensiones profundas. La fuerza simbólica, integradora de las garantías, sólo es capaz de revelarla una teoría constitucional que trabaje con el enfoque culturalista. Si se hace una comparación entre los objetivos declarados de los días festivos en las constituciones de los Länder alemanes después de 1945 (sobre todo las de Baden-Württemberg, Bremen y Hesse) entre sí y con otros enunciados de sus textos, se producen relaciones sorprendidas: “justicia social”, “paz”, “libertad”, “entendimiento de los pueblos” son “fines constitucionales” que también se presentan como fundamentales en otros pasajes, sobre todo como fines del Estado o de la educación. Así, en el artículo 12 de la Constitución de Baden-Württemberg —continúa ejemplificando Häberle— se encuentra el fin educativo “fraternidad de todos los seres humanos y amor a la paz”, así como la “fe en la democracia y la libertad”, en el artículo 26 de la Constitución de Bremen la “voluntad de justicia social” y de “convivencia pacífica con otros hombres y pueblos”, ahí mismo como “fines del Estado” en el artículo 65 (“justicia social, libertad, paz y entendimiento de los pueblos”), y el artículo 56 de la Constitución de Hesse postula como fin educativo el “servicio independiente y responsable al pueblo y a la humanidad a través del aprecio y

el amor al prójimo, el respeto y la tolerancia”. El “entendimiento de los pueblos” también está normado, como objetivo de la Constitución, en el artículo 69 del mismo documento.

Destaca Häberle que en todo ello queda de manifiesto que algunas garantías de los días festivos están tejidas de la “materia prima” constitucional. Cuando el Estado constitucional festeja o “hace” festejar, lo hace al servicio de determinados fines. Y estos fines son de naturaleza fundamental, pues solamente de este modo puede legitimarse la exención del trabajo y la vida normal, el *día de fiesta*. La historia del 1° de mayo enseña también que un día, frecuentemente de lucha sangrienta y que originalmente pertenecía sólo a una parte del pueblo, es “reconcebido” como día, ya pacífico, de todos los ciudadanos. Es un día que atestigua y ratifica la integración de los trabajadores (alemanes) en el Estado constitucional bajo el signo de las grandes ideas.

En particular, el 1° de mayo es un pedazo de “derecho constitucional laboral” desde el punto de vista material, porque permite a los trabajadores reencontrarse en la Constitución a través de “su” día; y desde la perspectiva formal, porque garantiza, en cuanto día feriado por ley, el “descanso del trabajo”, pero manteniendo el derecho al salario. Al mismo tiempo, constituye un pedazo de derecho constitucional de la cultura, porque vincula de manera específica a la Constitución con la cultura: el “descanso laboral” abre la posibilidad de reconocer el aspecto que como creador de sentido tiene el trabajo, al mismo tiempo que se puede dedicar a otras actividades culturales. El trabajo y el tiempo libre son igualmente un pedazo de cultura y, por lo tanto, también lo es el derecho que los desarrolla.

G) El ejemplo de “Europa oriental”

En este segmento, Häberle explica sobre la significación de símbolos como las banderas, los escudos y los himnos en Europa oriental. El comienzo y la transformación en Europa oriental (1989) —nos sigue diciendo— estuvieron acompañados, desde el principio, por el cambio de los símbolos del Estado. Si éstos habían sido otorgados desde arriba, literalmente “implantados”, y visibles como “signos” socialistas en la hoz y el martillo, estrellas rojas y otros similares, los nuevos días festivos de la toma del poder o en los días festivos clásicos, ahora refuncionalizados, como el 1° de mayo, fueron modificados casi siempre

desde el inicio al producirse la transición hacia el Estado constitucional, muchas veces a través de un recurso a la historia constitucional reprimida de la respectiva nación de Europa oriental. También en las democracias pluralistas, y particularmente en ellas, se requieren los símbolos del Estado como elementos de identidad cultural del Estado constitucional; incluso en las sociedades abiertas, y precisamente en ellas, necesita el ciudadano, en y para su comunidad política, signos de identificación y artículos de reconocimiento que generen consenso. Häberle, una vez más, trae a colación la *Teoría de la integración*, de Rudolf Smend, recordando que ofrece palabras clave que siguen siendo válidas hasta hoy. Los símbolos deben hacer visible y comprensible para los contemporáneos lo acaecido y transmitirlo a la “memoria colectiva” de la posteridad. Dichos signos dicen frecuentemente más sobre el “espíritu” de un pueblo que algunas normas jurídicas. De este modo se declaran los días festivos, se construyen monumentos, se nombran las calles, se crean y saludan las banderas, se cantan los himnos. De este modo se elabora la historia y arriesga el futuro.

Para Häberle, los elementos de la evolución más reciente, los cuales demuestran que la caída de los símbolos estatales antecede la mayoría de las veces a las normaciones de detalle: tan sólida es la fuerza significativa de estos símbolos. Y tampoco es casualidad que los documentos constitucionales le concedan frecuentemente a los símbolos un lugar preeminente en los artículos de bases (por ejemplo, el artículo 3° de la Constitución de la República de Weimar de 1919; el artículo 5° de la Constitución de Venezuela de 1961; el artículo 11 de la Constitución de Portugal de 1976; el artículo 4° de la Constitución española de 1978; el artículo 2°, incisos 2 y 3, de la Constitución francesa de 1958; el artículo 1°, incisos 2 y 3, de la Constitución de Baviera de 1946; ahora, el artículo 28 de la Constitución de Polonia de 1997, el artículo 1° de la Constitución de Costa de Marfil (1995), el artículo 4° de la Constitución de Madagascar (1995). Polonia volvió a celebrar, en 1990, su día de fiesta nacional y constitucional el 3 de mayo, en recuerdo de su primera Constitución de 1791.

Häberle considera que al iniciarse 1990 el águila blanca recuperó su corona en el escudo nacional de armas de Polonia (ahora, el artículo 28, inciso 1, de la Constitución polaca de 1997). En las modificaciones constitucionales se denomina a la “República de Polonia” como “Estado democrático de derecho”

que se orienta por la justicia social. La Constitución regenerada y parcialmente revisada de Hungría de 1949-1989, una solución transitoria y más bien para salir de apuros, regula en el capítulo XIV la ciudad capital y los símbolos nacionales de la República de Hungría: el himno nacional (artículo 75). En el artículo 76 se dispone: “El escudo oficial y la bandera nacional de la República de Hungría, así como el uso de los símbolos nacionales, son regulados por una ley con contenido jurídico-constitucional”. En el requisito formal de una “ley constitucional” se manifiesta la importancia del objeto. El 2 de mayo de 1990 expide el Parlamento húngaro una resolución en que se declara al levantamiento popular de 1956 como lucha revolucionaria de liberación. El 23 de octubre, aniversario del inicio de la revolución, será en adelante día festivo. Recientemente, al pretender Hungría combinar tres escudos —el “escudo de Kossuth” (1848-1849), el emblema socialista (1948) y el “escudo de la corona” (Reino de Hungría hasta 1945)—, está luchando por una reconciliación consigo misma y con sus agitados periodos de la historia constitucional: por la vía de una “recepción productiva” que remite a su patrimonio cultural.

En cuanto concierne al domingo y cultura dominical en el Estado constitucional, comportamiento dominical en la sociedad del tiempo libre, realidad del domingo, Häberle puntualiza lo siguiente: El domingo exige un tratamiento separado de los días festivos, pues, no obstante la frecuencia con la que son reunidos en una “doble garantía”, subsiste la diferencia, pues el “domingo” tiene más de mil años. Ni la Revolución Francesa de 1789 ni la Revolución Rusa de 1917, así como tampoco la China de Mao Zedong, pudieron suprimirlo o desplazarlo. Casi a escala mundial se afirma como tal.

Finalmente, Häberle completa su tesis interpretativa arguyendo que en lo particular sobre los domingos y la cultura dominical en el Estado constitucional: la figura clásica se encuentra en el artículo 139 de la Constitución de Weimar, con su doble orientación hacia el “descanso laboral” y la “elevación espiritual”. Desde el punto de vista dogmático se trata, primero, de una “garantía institucional” (Carl Schmitt, 1888-1985), y por tanto, protegida en su contenido esencial frente a todas las funciones estatales (a diferencia de las garantías “abiertas” de los días festivos, que pueden ser relativizadas por ley); y segundo, la garantía del domingo es un mandato de protección dirigido al Estado. El derecho ordinario le confiere perfiles más definidos en los conceptos clave: en

principio, no hay ningún “trabajo que se perciba públicamente”, protección de los servicios religiosos de los creyentes bajo la figura de ciertas prohibiciones en el marco del descanso laboral colectivo y un espacio público estructurado en este día en términos de descanso general, pero espacio para muy diversos comportamientos en el tiempo libre de los ciudadanos y grupos, en suma, del espacio público pluralista. De un modo que no siempre es comprensible en términos jurídico-positivos, sino que solamente puede profundizarse por la ciencia cultural, son los siguientes altos valores fundamentales constitucionales los que convierten al domingo en un multicitado “patrimonio cultural” o “patrimonio constitucional”: estructuración tanto de la soledad como de la convivencia humanas en el ritmo semanal a través del descanso laboral colectivo, con ello tensión-distensión, trabajo-tiempo libre y obligación-ocio y con ello apertura hacia: valores fundamentales (ejercidos voluntariamente) como el matrimonio y la familia, la vecindad y la asociación, la amistad y las reuniones, la religión, la ciencia y el arte, como ejemplos de la posibilidad básica de la “elevación espiritual” (en tal sentido, “carácter de oferta” del domingo).

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y sus efectos en el Derecho Peruano

The Vienna Convention on the Law of Treaties and its effects on the Peruvian law

José Antonio Ñique De la Puente

Docente Principal de la Facultad de Derecho de la UNMSM

SUMARIO:

- I. Introducción.*
- II. Objetivos.*
- III. Metodología y técnicas de investigación utilizadas.*
- IV. El Derecho de los Tratados: Obra de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.*
- V. Los Tratados como fuentes del Derecho Internacional Público. Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.*
- VI. Las relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno o Nacional. Tesis Dualista. Tesis Monista. Principio Pro Homine.*
- VII. Definición de Tratados Internacionales. Interpretación de los Tratados.*
- VIII. Principios que regulan el Derecho de los Tratados.*
- IX. Efectos de los Tratados.*
- X. Los Tratados y la Responsabilidad Internacional de los Estados.*
- XI. El Derecho Internacional Público y el Derecho Constitucional después de Viena 1969.*
- XII. Interpretación de datos.*
- XIII. Conclusiones.*
- XIV. Referencias bibliográficas.*
- XV. Recomendaciones con producto de estudio.*

RESUMEN

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados del 23 de mayo de 1969 es la mayor obra elaborada por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Es el Tratado de los Tratados, la *norma normarum*, el derecho de gentes contemporáneo o el Derecho Internacional Público. En el presente siglo se viene haciendo evidente su impacto e influencia sobre los sistemas jurídicos de la humanidad y los ordenamientos jurídicos, lo que ha permitido a través de sus principios y normas *ius cogens* y el principio *pacta sunt servanda*, afirmar la protección de los derechos humanos y el garantismo constitucional, y nutrir de nueva vida a la llamada Pirámide de Kelsen. Los efectos de la Convención de Viena en el derecho peruano se originan a partir de la influencia de las polémicas tradicionales entre dualismo y monismo, entre la escuela italiana, francesa, alemana y austriaca del monismo kelseniano, esto es, de predominio del derecho internacional sobre el derecho interno.

PALABRAS CLAVE

derecho internacional público - derecho de los tratados - derecho interno o nacional - normas *ius cogens* - control de convencionalidad - derecho constitucional.

ABSTRACT

Vienna Convention on the law of treaties (VCLT) concluded at Vienna on 23 May 1969 is the greatest project developed by the International Law Commission (ILC) of the United Nations. It is the treaty of treaties, *norma normarum*, contemporary *ius gentium* or international law. In this century it has been making clear its impact and influence on legal of humanity and legal systems, which enabled affirm through its principles and *ius cogens* rules and the principle *pacta sunt servanda*, the protection of human rights and the constitutional garantismo, nurturing this way of new life into the so-called Pyramid of Kelsen. The effects of the Vienna Convention in Peruvian law originate from the influence of traditional controversies between dualism and monism, between the Italian school, French, German and Austrian of Kelsen's monism, this is, the prevalence or primacy of international law over domestic law.

KEY WORDS

public international law – law of treaties – domestic or national law – *ius cogens* rules – conventionality control – constitutional law.

I.- INTRODUCCIÓN

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 es la objetivación o plasmación del desarrollo del Derecho de Gentes desde Hugo Grocio en la doctrina del Derecho Internacional Público positivo. En términos hegelianos viene a ser la realización de la idea absoluta como en el Estado prusiano. El ius internacionalista francés Paul Reuter la ubica en el tercer momento de la evolución del Derecho de los Tratados¹ que si bien comienza con la anterior Congreso de Viena de 1815, se remonta a los tratados acadio-babilónicos de Lagash y Ulm sobre arbitraje (3200 a.C.), pasando por el tratado hitita-faraónico sobre extradición (1272-1276 a.C.) al salto dialéctico en las fuentes del derecho interestatal que puso fin a las guerras de religión católicas, protestantes, calvinistas, arrianistas, como la Guerra de los 30 años, que culminó con el mayor tratado multilateral hasta entonces visto, el Tratado de Paz de Westfalia (Münster y Osnabrück, 24 octubre de 1648), celebrado en base a párrafos completos de la obra de Hugo Grocio *De iure belli ac pacis*. El Derecho de los Tratados de Viena recoge la impronta grociana como acto, norma de normas, como contrato y como ley y establece los principios fundamentales del Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y que constituyen Principios fuentes y Principios normas del Derecho de Gentes, a saber el principio *pacta sunt servanda* (art.25 de la CV) y el *principio de la bona fide*, inspirador de todo el derecho incluyendo la obra de Hans Kelsen *El contrato y el Tratado*.

Los principios y normas positivizadas en la referida Convención que surte efectos sobre la comunidad internacional y sobre el derecho interno de los Estados, afirmando el *Estado de los Derechos Humanos* o *Estado Constitucional garantista de los Derechos Humanos Fundamentales* expresada en la norma o artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 “Aquel estado donde los derechos de la persona no están garantizados y no existe la separación de poderes. Ese Estado no tiene una Constitución”².

1 El primer momento a) Del Congreso de Viena de 1815 a la primera guerra mundial, el segundo b) De la primera guerra a la segunda guerra mundial y tercera c) Después de la segunda guerra mundial. (Paul Reuter)

2 Ferrajoli, Luigi. Derecho razón. (1998) Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Madrid

El estudio dogmático y exegético de la Convención de Viena de 1969 recurre a los antecedentes doctrinarios de los grandes juristas de la Comisión de Derecho Internacional que representan a los cinco continentes y a los más variados sistemas jurídicos. El panorama constitucional comparado y las influencias recibidas por los lineamientos teóricos, principios y normas de la Convención de Viena de 1969, siguen los principios de Derecho Internacional Público de Hans Kelsen y a otros tratadistas revisados en la investigación sobre la materia.

El fundamento de los principios y normas *ius cogens* se plantean desde la visión de los romanos en su derecho quirritario o civil, en la pandectística alemana y en la profundidad del derecho en la historia, en la admonición e imputación de Nabucodonosor a Sedecías, rey de Judá, por algo equivalente a violar normas esenciales para el mundo.

Constatamos en el estudio no solo la necesidad de regirse bajo el Derecho interno o nacional, pues el derecho constitucional se ha internacionalizado, en gran parte por obra de la Comisión de Derecho Internacional con la codificación del Derecho de los Tratados entre los Estados y el Derecho Internacional se ha constitucionalizado como reflejo del principio *pro homine* y del desarrollo progresivo del derecho de gentes (art. 13 de la carta de la ONU) sin pasar pro alto la brecha existente el sistema de Naciones Unidas y la realidad mundial, lo mismo en el Derecho Nacional y el subsecuente divorcio entre la vigencia y la eficacia.

En la actualidad no solo se trata tan solo de garantizar el control de la constitucionalidad de las leyes, sino además el control de convencionalidad y responsabilidad del Estado como proyección de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y que plantea el problema de la transformación e incorporación de los Tratados Internacionales sobre todo de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario para desarrollar el Estado Constitucional de Derecho, irradiando su influencia y obligatoriedad a todo el ordenamiento jurídico con la preeminencia³ o prevalencia de los Tratados Internacionales de Derecho Humanos y el garantismo constituido en el troquelado normativo de la Convención de Viena, sobre todo en los artículos 26,27,31,46,53,64 y 66

3 Confrontar: Villegas Delgado, César. (2013) *La preeminencia del derecho en Derecho Internacional*. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs.175 y ss.

En el Estado constitucional se consolidan la jerarquía normativa y la teoría monista de Hans Kelsen del predominio del Derecho Internacional Público sobre el Derecho nacional o interno⁴. De la misma manera, los principios y normas *ius cogens*⁵ vigentes a través del artículo 53 de la Convención de Viena cuyos efectos son inmediatos y plenos sobre los derechos internos o nacionales en una verdadera irradiación de principios y normas de obligatorio cumplimiento, enlazando el Derecho de los Tratados con el Derecho Constitucional y garantizando el Derecho de Naciones Unidas así como el control de convencionalidad de las leyes. Tanta ha sido su fuerza vinculante que aproximadamente seis meses después de la Convención de Viena se aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, logrando que el derecho constitucional se internacionalice y el derecho internacional se constitucionalice⁶.

En ese sentido podemos entrar en materia planteándonos las siguientes interrogantes que van a orientar nuestra investigación: ¿Cuál es la relación entre derecho internacional y derecho interno? ¿Por qué la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados es el tratado de los Tratados? ¿Por qué el principio *ius cogens* tiene la mayor importancia en la Convención de Viena sobre los derechos internos de los Estados? ¿Cuáles son los efectos de la Convención de Viena sobre los derechos internos de los Estados? ¿Cómo protege la Convención de Viena los derechos humanos de manera imperativa? ¿Cuáles son los efectos de la Convención de Viena sobre el derecho peruano y su ordenamiento

-
- 4 Ver: Kelsen, Hans (1982) *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Eudeba. Buenos Aires. Capítulo 13. Asimismo: Monroy Cabra, Marco Gerardo. (1978) *Derechos de los tratados*. Primera edición. Ed Themis. Bogotá. Págs. 11 y ss.
 - 5 Ver: Giraldo Suárez, Juan de Dios. (1976) *El derecho de los tratados*. Ediciones Tenaces. Medellín. Es un estudio de la Convención de Viena y de la interpretación *ius cogens* y el principio *pacta sunt servanda*, aplicado por Naciones Unidas y el Pacto Andino
 - 6 Ver: Capaldo, Griselda; Sieckmann, Jann y Clerico, Laura (Directores) (2012) *Internacionalización del Derecho Constitucionalización del derecho constitucional. Constitucionalización del Derecho internacional*. 1ª edición. EUDEBA. Fundación Alexander von Humboldt. Buenos Aires. También "...En palabras recientes de la Corte Interamericana... el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, intérprete última de la Convención Americana" Ver: Albanese, Susana (Coordinador) (2008) *El control de la convencionalidad*. Editorial EDIAR. Buenos Aires. Pág.15, al referirse a la sentencia del caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile del 26 de setiembre del 2006. Párr.124.

jurídico? ¿Cómo fortalece la convención de Viena el derecho constitucional de cada país? ¿Cómo genera la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados responsabilidad internacional en los Estados? ¿Cómo afirma la Convención de Viena la tesis kelseniana del monismo con predominio del derecho internacional y obliga al control de convencionalidad de las leyes?

II.- OBJETIVOS

En ese sentido los objetivos que se plantea nuestra investigación son los siguientes:

1. Estudiar el Derecho de los Tratados a partir de la ingente obra de los juristas de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, desde su creación en 1947 hasta la Convención de Viena de 1969.
2. Enmarcar la obra de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional en los objetivos y propósitos de la Carta de San Francisco conscientes de la realización de sus principios que protegen y garantizan el desarrollo de los pueblos, base para la plena vigencia de los derechos humanos, fundada en el humanismo planetario.
3. Estudiar los principios y normas de la Convención de Viena sobre la materia de tratados celebrados entre Estados como las normas imperativas del derecho de gentes y su irradiación en la protección internacional de los derechos humanos.
4. Apreciar el aspecto epistemológico del derecho de los tratados, los principios que lo regulan, los efectos sobre el derecho interno o nacional, en el antiguo debate *dualismo o monismo* y en este último, el predominio del monismo kelseniano sobre el monismo prusiano o hegeliano.
5. Describir la interpretación y efectos de las normas de derecho de los tratados sobre las fuentes del derecho internacional, sobre la responsabilidad internacional de los Estados y sobre el Derecho Constitucional garantista de los derechos fundamentales.
6. Procurar que los principios y normas del derecho de los tratados sirvan para afirmar los derechos humanos, la supremacía constitucional, al soberanía de la ley y la igualdad de los hombres ante ella.

III.- METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS

Por el carácter y naturaleza del estudio e investigación jurídico-dogmática, utilizamos la técnica descriptivo-comparativa, aplicando el método exegético, teleológico y funcional. En el caso de los tratados, aplicamos el criterio de Hugo Grocio, que junto a los citados métodos de Friedrich Karl von Savigny y Rudolf von Ihering, se inspiran en la dogmática del Derecho Internacional Público, buscando determinar la doctrina elaborada por los iusinternacionalistas de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Utilizamos también las técnicas del positivismo jurídico, sin obviar las del post positivismo para comprender las relaciones de nuestro tiempo entre el derecho de los tratados y el derecho interno o nacional.

IV.- EL DERECHO DE LOS TRATADOS: OBRA DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA ONU

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas⁷ fue fundada el 21 de noviembre de 1947 por Resolución 174 (II), para realizar el objetivo de las Naciones Unidas prevista en el artículo 13 de buscar la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

La codificación⁸ es la actividad máxima que realizan los juristas y consiste en regular y reunir en un mismo libro o código normas de una misma

7 Sus antecedentes más conocidos se encuentran en los intentos de codificación de la Liga de Naciones o Sociedad de Naciones fundada el 28 de junio de 1919 y en la obra codificadora de la Universidad de Harvard de 1935.

8 Para juristas como Juan de Dios Gutiérrez Baylón (2010), crítico de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y de su codificación observa que "...La arrogancia de la Comisión de Derecho Internacional en la época de redacción, de pretender que una convención en materia de tratados deviniese en una codificación civil de tipo justiniano, hizo pasar por normas jurídicas convencionales internacionales ahí donde sólo había meras proposiciones normativas. La ingenuidad de algunos internacionalistas, principalmente del tercer mundo, ha sido extrema y se ha usado esa Convención como si fuera un derecho civil totalizador y vigente para la comunidad internacional, derecho cuya completitud normativa estuviese lograda. Meras permisiones se han mal reconocido como reglas obligatorias o supletivas. La verdad es otra: algunas de sus definiciones son *petitio principii* que cuando más sólo describen prácticas aisladas del fenómeno convencional" En: Gutiérrez Baylón, Juan de Dios. (2010) *Derecho de los tratados*. Editorial Porrúa. Facultad de derecho. UNAM. Pág. XIII

materia, como por ejemplo: Derecho del Mar, Derecho Diplomático, Derecho Consular, Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos, etc., y que en el contexto de nuestro tema es materia asignada a la CDI de la ONU.

Cabe resaltar que la obra de los juristas post segunda guerra mundial estuvo bastante influenciada por la crítica al llamado *paleopositivismo* o *positivismo excluyente* que justifica y explica como derecho el derecho inhumano y racista del Tercer Reich y otros totalitarismos similares es contrario al ideal de la humanidad y frente al cual, el gran jurista alemán Gustav Radbruch (1878-1950) elaboró su famoso criterio que considera que un derecho excesivamente injusto no es derecho, pues todo derecho positivo debe tener un mínimo de moral o derecho natural.

Entre los principios fundamentales del derecho de los tratados tenemos el principio *pacta sunt servanda* que se conjuga con el principio de la *bona fide* o *bona fides*, que al igual que las normas *ius cogens*, son principios y normas que irradian a la comunidad internacional como correas de transmisión normativa vía tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, que impulsan con sus efectos el desarrollo progresivo del derecho internacional público en la teoría y la práctica internacional de los Estados, como fue el espíritu de la Conferencia de San Francisco del 25 de abril al 26 de junio de 1945.

Los efectos sobre el derecho interno o nacional de los principios y las normas *ius cogens*, y por su carácter imperativo frenan y limitan el poder del Leviathan hobessiano a favor de la consolidación de los Estados constitucionales, cuya mayor ventaja es el menor índice de desigualdad social y el haber logrado pasar de una república de habitantes a una república de ciudadanos, permitiendo que la Convención de Viena se convierta en la *norma normarum* o el tratado de los tratados. En la versión de Hans Kelsen, en el capítulo 13 de su *Teoría Pura del Derecho* se explica y establece la necesidad del predominio del derecho internacional sobre el derecho nacional, para alcanzar el ideal de la Carta de la ONU y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948 Asamblea General de la ONU) que constituye una declaración de naturaleza *ius cogens* y forma parte de las fuentes del derecho internacional público previsto en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexa y parte de la Carta de San Francisco.

La idea precursora de Jeremías Bentham (1748-1832) de una codificación completa del derecho internacional de las naciones fue tomando forma y se desarrolló en los inicios de la Sociedad de Naciones y en el intento de la Universidad de Harvard para codificar el derecho internacional público. La ONU por mandato del artículo 13 de su Carta constitutiva, hace realidad la visión benthamiana estableciendo el 21 de noviembre de 1947 mediante resolución 174 (II) la Comisión de Derecho Internacional (CDI) emprendiendo la tarea codificadora en el caso del derecho de los tratados desde el año de 1950 con la obra del inglés James Leslie Brierly (1881-1955) autor entre otras obras de *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, que es continuada por el jurista polaco Hersch Lauterpacht (1897-1960) el jurista inglés Gerald Fitzmaurice (1901-1982) y posteriormente por otro jurista de la misma nacionalidad Humphrey Waldock (1904-1981)⁹.

V.- LOS TRATADOS COMO FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

Partiendo de una aproximación exegética y dogmática, la definición de Paul Reuter es muy descriptiva: "Un tratado es una manifestación de voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos de derecho internacional, y destinada a producir efectos jurídicos de conformidad con las normas del derecho internacional"¹⁰. En el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se va a mencionar como fuentes del Derecho Internacional Público a) Los Convenios y Tratados; b) La costumbre jurídica internacional; c) los principios generales del Derecho Internacional, y d) la jurisprudencia y la doctrina. Pero estas fuentes no son taxativas sino enunciativas, pudiéndose recurrir a la Corte Internacional de Justicia, a la equidad *lex aequo et bono* y a otras fuentes.

9 Con los mejores juristas del mundo se preparó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados aprobada el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el 27 de enero de 1980. En el Perú, tuvo su aprobación por el Congreso el 14 de septiembre del año 2000. Sobre el impacto de la Convención ver: De la Guardia, Ernesto y Delpech, Marcelo (1970) *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*. La Ley Buenos Aires. Cap. IV. Págs. 121 a 142.

10 Reuter, Paul (1999) *Introducción al Derecho de los Tratados*. Primera edición en español. Traducción de Eduardo L. Suárez. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. Pág. 45

Los tratados internacionales y la costumbre constituyen en un principio las fuentes más importantes, sobre todo a partir del Tratado de Paz de Westfalia que puso fin a la llamada Guerra de los Treinta Años (1618-1648), conocidas también como guerras de religión¹¹. Pero es con el desarrollo de las fuentes escritas del Derecho Internacional que se consigue “la positivización de las normas” pues “es aspiración de todo sistema jurídico sustituir la costumbre por derecho escrito, las normas espontáneas por normas codificadas...”¹².

El tratamiento que se da en el artículo 38 del Estatuto a “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” cuando se utiliza la expresión “naciones civilizadas” puede parecer una aberración, casi un insulto el día de hoy... (pero)viene del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional”¹³. Sin embargo, en la actualidad empleamos simplemente principios generales de derecho internacional por el creciente desarrollo de la doctrina de la protección de los derechos humanos y la lucha contra la discriminación de todo género.

En el caso de la equidad internacional se resolverá por ex aequo et bono (38.2) cuando las partes así lo convinieren y no se aplicará a las normas internacionales con la rigidez del lecho de Procusto sino de manera flexible como la espada de Lesbos en Aristóteles¹⁴.

11 En: De la Guardia, Ernesto y Delpech, Marcelo (1970) Págs. 19 a 28.

12 Remiro Brotons, Antonio y otros (1997) *Derecho Internacional*. Editorial Mc Graw Hill. Madrid. Pág.331. En el mismo sentido: Travieso, Juan Antonio (2012). *Derecho Internacional Público*. Editorial Abeledo Perrot. 1ª edición. Buenos Aires. Pág. 29. “Uno de los temas que hacen a la ingeniería del derecho internacional es la que se refiere a la formación de normas de este ordenamiento”

13 Ver: Vallarta, José Luis (2006) *Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa. Facultad de Derecho. UNAM. Pág.47. Citado por: Uribe, Gloria P. y otros.(2011) *Derecho Internacional Público. Una visión casuística*. Editorial Limusa. Pág.39.

14 Ver: Jiménez de Aréchaga, Eduardo (1958) *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas. Comentario teórico práctico de la Carta*. Editorial Escala de Funcionarios Internacionales. Madrid.

VI. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DERECHO INTERNO O NACIONAL. TESIS DUALISTA. TESIS MONISTA. PRINCIPIO *PRO HOMINE*.

En la antigüedad las costumbres y leyes extranjeras constituían- como decía Platón- las fronteras de la ciudad. En Grecia, por tanto, no se permitía copiar o recepcionar leyes extranjeras lo cual se convirtió desde ya en un obstáculo a superar en las relaciones internacionales. Con el impacto de los anuncios de las expediciones de Colón y posteriormente en el espíritu de Francisco de Vitoria y de Hugo Grocio, se desarrolló la etapa moderna interestatal que favoreció al derecho internacional y los tratados, encontrándose un terreno fértil para la polémica entre las diversas concepciones que giran en torno a la aplicación del derecho internacional público y el derecho interno en una época de auge de los Estados nacionales y la noción de soberanía e independencia, impulsándose asimismo el derecho a la autodeterminación de los pueblos como principio básico o fundamental del Derecho de Naciones Unidas¹⁵.

a) La tesis dualista

La doctrina dualista o pluralista es defendida por juristas como Stupp y Anzilotti. Preconiza la separación total entre el orden jurídico internacional y el orden jurídico interno. Como señala la profesora venezolana Angelina Jaffé “En estos Estados para dar efecto en el derecho interno a reglas de origen internacional se requiere de un mecanismo especial”¹⁶.

Esta tesis -enunciada en un principio por Heinrich Triepel, seguida por el italiano Dionisio Anzilotti y el francés Charles Rousseau-, sostenía que ambos derechos eran dos sistemas jurídicos diferentes de desarrollo dual o paralelo, por ser diferentes los sujetos, su naturaleza y la materia que regulan¹⁷.

-
- 15 “La controversia se plantea en base a las teorías del dualismo y el monismo” En: Gaviria Liévano, Enrique (2005) *Derecho Internacional Público*. Sexta edición. Editorial Temis. Bogotá. Pág. 13.
 - 16 Jaffé Carbonell, Angelina. (2008) *Derecho Internacional Público*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 1ª edición. Serie Estudios 70. Caracas. Pág.229.
 - 17 “De acuerdo con la teoría dualista cada norma, la interna y la internacional rige en su correspondiente ámbito” En. Arellano García, Carlos. (2006) *Primer Curso de Derecho*

b) La tesis monista

Para los monistas en cambio, el derecho es uno sólo. Para Eduardo Jiménez de Aréchaga el derecho tiene un aspecto *lex foro doméstico* (derecho interno) y otro aspecto *lex foro ecuménico* (el derecho constitucional ecuménico o de las Naciones Unidas)

El monismo prusiano con Hegel sostenía en 1806 que el Estado prusiano como realización de la idea absoluta tiene un derecho nacional externo o derecho exterior de las naciones o derecho internacional pero con supremacía del derecho nacional, es decir que era un monismo con predominio del derecho nacional sobre el derecho internacional.

El monismo que Hans Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho (capítulo 13)*¹⁸ señala el predominio o supremacía del derecho internacional público sobre el derecho nacional o interno para hacer posible una Sociedad de Estados o de Naciones Unidas manejando correctamente el problema de la soberanía de los estados en pro de la existencia de la comunidad internacional.

La Comisión de Derecho Internacional de la ONU adoptó esta tesis para aprobar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), como lo afirma en artículos como el art. 25, sobre la aplicación y cumplimiento *pacta sunt servanda* de los tratados en base al principio de la *bona fide* y el artículo 27 de la misma sobre la materia que impone el predominio de los tratados internacionales aprobados y ratificados sobre el derecho interno. Es relevante destacar los artículos 46, 53 y 64 sobre el principio y normas imperativas del ordenamiento internacional y *ius cogens* que Viena I consagra sobre derecho interno¹⁹.

Internacional Público. Editorial Porrúa. Sexta edición. México. Pág. 86. Ver también: Rousseau, Charles. (1966) *Derecho Internacional Público*. Editorial Ariel. Tercera edición. Traducción de Fernando Giménez Artigues. Barcelona. Págs. 9-18

18 Ver también: Kelsen, Hans (1965) *Principios de Derecho Internacional Público*. Traducción de Hugo Caminos y Ernesto Hermida. Editorial El Ateneo. Buenos Aires.

19 Al respecto debemos destacar la posición del profesor cubano Miguel D' Estéfano, que considera a ambas tesis contrapuestas como parte de una misma unidad orgánica. Ver: D' Estéfano Pisani, Miguel Angel. (1985) *Fundamentos del Derecho Internacional Público Contemporáneo*. Ministerio de Educación Pública. La Habana. Tomo I. Págs. 8 y 9.

Modesto Seara Vásquez subraya que la supremacía del derecho internacional en Kelsen “es la consecuencia lógica de su sistema piramidal de normas que al partir de *normas originarias* como base de todo el derecho, nos lleva necesariamente a afirmar la unidad del sistema del derecho”²⁰ y en este punto es necesario destacar dentro del predominio que orienta la Convención de Viena la influencia en países vecinos como Colombia que ubica los tratados internacionales dentro del “bloque de constitucionalidad”²¹.

c) La tesis *pro homine*

La Convención de Viena no se puede entender sin el aporte de Hugo Grocio (1583-1645) y sin su iusnaturalismo racionalista²². Inspirador del Tratado de Paz de Westfalia, aprobado y firmado tres años después de su fallecimiento, promueve una concepción del humanismo protestante que afirma el libre albedrío y un *ius gentium voluntarium*. El principio *pro homine* coincide con el monismo kelseniano de supremacía del derecho internacional pero deja una salida para los casos en que una norma de algún ordenamiento interno sea más humana o proteja mejor la condición humana en el tiempo de los derechos (Bobbio)

Este principio defiende la primacía de la persona humana y se inspira en el humanismo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La *humanitas* romana como lo expresaba Hermogeniano en el Digesto, señalaba que todo el fundamento del derecho está en el hombre. De manera que el principio *pro homine* se basa en la aplicación de lo más favorable para el ser humano, con criterio hermenéutico²³. Este logro no hubiera sido posible sin el consenso de la naciones; en palabras de Paul Reuter: “se recurrió al

20 Seara Vásquez, Modesto. (1986) *Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa. Undécima edición. México. pág.45.

21 Goytortúa Chambon, Francisco Jesús. (2013) *Derecho Internacional Público*. Editorial Limusa. Pág.66

22 “Grocio estableció en el siglo XVII los principios de la interpretación de los tratados en términos similares a los de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados” Reuter, Paul (1999) Pág. 13.

23 Ver: Ferrajoli, Luigi. (1999) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. pág.37. También: Henderson Humberto. (2004) *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*. Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. N°. 39. San José. Pág.89. Nota 27.

tratado multilateral con un propósito enteramente nuevo: el de la defensa de los intereses comunes de la humanidad”²⁴.

VII. DEFINICIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

Un tratado es, a decir de Kelsen, “un convenio normalmente celebrado entre dos o más Estados bajo el derecho internacional general”²⁵. Antes de la Convención de Viena los tratados se regulaban por el derecho consuetudinario²⁶ y en la década del treinta existía el antecedente de la Convención de La Habana sobre Tratados aprobada en la VI Conferencia de las Repúblicas Americanas en 1928.

En el artículo 2° de la Convención de Viena se define al tratado bajo términos de alcance general²⁷. Estos deben ser interpretados en base al principio *pacta sunt servanda* y de la *bona fide* entre los Estados. Su tradición viene según Kelsen-, del derecho de los contratos, pero si miramos más atrás, de la costumbre jurídica y de los *mores maiorum*, base de la *opinio iuris sive necessitatis* expresada como *consuetudo est servanda*, y que luego se acuñaría como *pacta sunt servanda*, el respeto de la palabra empeñada y *bona fide*, que los tratados se

24 Reuter, Paul (1999) Pág.14.

25 “Así pues, los tratados son para el derecho internacional lo que los contratos son para el derecho interno” Kelsen, Hans (1965) Pág.31

26 Confrontar: Villagrán Kramer, Francisco. (2003) *Derecho de los tratados*. 2da edición. F y G Editores .Guatemala. Capítulo III. Asimismo con Gutiérrez Baylón, Juan de Dios (2019) Pág. XIV, al criticar la Convención: “Es cierto, muchas veces ha inducido la conducta de los Estados, y a lo mejor algún día terminaremos por reconocer la paradoja de que dicho tratado habrá servido para coadyuvar a la instauración de reglas consuetudinarias en el ámbito del derecho de los tratados. La principal conclusión con la Convención de Viena a la vista, es que el derecho internacional de los tratados sigue siendo en el momento actual fundamentalmente Consuetudinario” Gutiérrez Baylón, Juan De Dios (2010) Pág .XIV.

27 “Art 2 Términos empleados 1. Para los efectos de la presente Convención a) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regidos por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más conexos y cualquiera que sea su denominación particular”(…) “El término “tratado” ...se utiliza en todo el proyecto en un sentido genérico para determinar toda clase de acuerdos internacionales celebrados y consignados por escrito” Informe CDI,22 En: De la Guardia, Ernesto y Delpech, Marcelo(1970) Pág.147.

cumplen de buena fe, siguiendo el artículo 26 de la Convención de Viena (1969) y de su artículo 27 que prohíbe que Estado alguno puede alegar disposiciones de su derecho interno para incumplir tratados del que forma parte.

Como ya hemos señalado, la interpretación²⁸ de los tratados de la Convención de Viena tiene su fundamento en la obra de Hugo Grocio y en el Tratado de Paz de Westfalia²⁹. Al estudiar el derecho de los tratados De la Guardia y Delpech (1970) resaltan el principio de contemporaneidad para la interpretación de los tratados internacionales (arts. 31, 32 y 33) de la Convención de Viena F³⁰. En esa dirección la Comisión se percató y determinó los principios básicos de interpretación:

1. El criterio objetivo. El texto como expresión de la auténtica voluntad de las partes.
2. El criterio subjetivo, que acude a la voluntad de las partes.
3. El criterio teleológico, que atribuye importancia fundamental al objeto y fin del tratado.

En el artículo 31 de la Convención de Viena se orientan por el criterio objetivo. Al respecto, Pastor Ridruejo expresa que los elementos primordiales de interpretación “son el sentido corriente de los términos, el contexto, el objeto y fin del tratado, el acuerdo entre las partes...la conducta de estas y las normas de derecho internacional”³¹.

28 “...En palabras recientes de la Corte Interamericana...el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, intérprete última de la Convención Americana” Ver: Albanese, Susana (Coordinador) (2008) El control de la convencionalidad. Editorial EDIAR. Buenos Aires. Pág.15, al referirse a la sentencia del caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile del 26 de setiembre del 2006. Párr.124.

29 Confrontar: Reuter, Paul (1999)

30 “a) Como dijo la Comisión de Derecho Internacional al preparar el proyecto de artículos que sirvió de base a la Convención de Viena la interpretación de los tratados es hasta cierto punto un arte no una ciencia exacta”... (donde) “se redactó un número relativamente pequeño de reglas “que parecen constituir el fundamento general de la interpretación de los tratados” En: *Anuario de la Comisión de Derecho internacional*. Vol. II. 1968. Pág. 240. Citado por Pastor Ridruejo, José Antonio.(2010) *Curso de Derecho internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Décimo cuarta edición .Editorial Tecnos. Madrid. Pág. 113.

31 Pastor Ridruejo, José Antonio (2010) Pág.114.

Finalmente en el artículo 32, se señala que “se podrá recurrir a medios de interpretación complementarios (trabajos preparativos) y las circunstancias de su celebración y el artículo 33 (...) para resolver la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas”³².

VIII.- PRINCIPIOS³³ QUE REGULAN EL DERECHO DE LOS TRATADOS

- a. El principio *pacta sunt servanda*. Es el cumplimiento de la palabra empeñada en los tratados, se refiere al cumplimiento escrupuloso y fiel de la palabra dada³⁴. Proviene del principio *consuetudo est servanda* (la costumbre se respeta), que está positivada en el artículo 26 de la Convención.
- b. El principio *ex consensu advenit vinculum*. Se refiere al consentimiento libre y mutuo entre las partes. En el mismo sentido está el principio derivado *res inter alios acta*, por el cual no crea obligaciones ni derechos en un tratado a un tercero que no ha sido parte del mismo³⁵. El Estado debe prestar su consentimiento en acto escrito para vincularse jurídicamente al Tratado.
- c. Los principios y normas *ius cogens*. En el artículo 53 de la Convención se establece el *ius cogens* vigente y en el artículo 64 de la misma el *ius cogens* emergente, normas imperativas que algunos teóricos- como Reuter- ponen en duda su aplicación. Consideramos que esas normas constituyen un blindaje que la Comisión de Derecho Internacional ha concretado positivamente para proteger imperativamente los tratados de derechos

32 Ibidem.Págs.114 y 115.

33 Miguel Reale distingue en su *Introducción al derecho* entre principios fuente y principios norma, en un comienzo son principios fuente y al ser codificados deviene en principios norma. Ver: Reale, Miguel. *Introducción al derecho* (1982) Ediciones Pirámide S.A..Madrid.Págs.110 y ss.

34 Víctor Andrés Belaúnde, concurrente a la Conferencia de San Francisco representando a nuestro país le llamó la santidad de los tratados en su cumplimiento

35 “Los dos principios básicos de todo tratado son la norma *pacta sunt servanda* y el *res inter alios acta*. Los tratados obligan a las partes y deben ser ejecutados de buena fe” consagrados en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, y el párrafo 2 del artículo 2° que dice que sus miembros cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas de conformidad con dicha Carta. En: Gaviria Liévano, Enrique. (2009) *Derecho Internacional Público*. Sexta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá.Pág.38.

humanos y de derecho internacional humanitario, para hacer posible la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional previsto por el jurista suizo Emerich de Vattel (1714-1767) en el antiguo derecho de gentes influenciados por la ilustración y su dialéctica, con la derrota del nazismo y del fascismo, la fórmula de Gustav Radbruch y el trabajo de los internacionalistas inspirados en Jacques Maritain y René Cassin, autores finalmente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 y que después de Viena adquiere el carácter de instrumento jurídico *ius cogens* vigente, de acuerdo al artículo 53 de la Convención.

IX. EFECTOS DE LOS TRATADOS

Los tratados surten efectos entre las partes y la Convención regula las relaciones de los tratados y los terceros Estados en sus artículos 34 a 38, señalando como norma general en el artículo 34, concerniente a los terceros el principio *res inter alio acta*. También señala que es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

El artículo 53 de la Convención citado anteriormente en el texto, espíritu y letra, es interpretada a la luz de la doctrina de Hugo Grocio, que influye e irradia todo el panorama del orden público de las Naciones Unidas. La norma y principio *ius cogens* del referido artículo es obligatoria para los Estados en materia de derechos humanos, del derecho internacional de derechos humanos, del derecho humanitario e irradia su fuerza sobre el derecho constitucional y los ordenamientos jurídicos estatales y el panorama mundial de los sistemas legales³⁶.

36 Es muy importante en este punto señalar el estudio que ha realizado Vallarta Marrón, José Luis (2010) *La argumentación jurídica en torno al ius cogens internacional*. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. ISSN-e 1870-4654. N° 10. Págs. 11-47., donde se

Para Antonio Gómez Robledo, el *ius cogens* es una institución tan antigua por los menos como el derecho romano, mencionando que fue el profesor Erik Suy quien lo encuentra en un texto de Papiniano “DONARI VIDETUR QUOD NULLO IURE COGENTE CONCEDITUR”³⁷ y desde los clásicos del derecho Internacional, de Vitoria a Vattel, en la mayoría por lo menos, el derecho natural asume la función que en la actualidad corresponde al *ius cogens* y nos atreveríamos a decir que lo suple con ventaja³⁸. Esta hipótesis es más plausible si tenemos en cuenta la profecía de Vitoria y su defensa de los indígenas de América objeto de la polémica indiana, que puso en marcha el ideal de una comunidad internacional cristiana regulada por el derecho de gentes. Gómez Robledo ya encontraba hace algunos años “un parentesco entre el *ius cogens* y derecho natural”³⁹.

El artículo 53⁴⁰ de la Convención se conoce como el *ius cogens* vigente y asegura el orden jurídico internacional y los tratados internacionales de la primera, segunda y tercera generación de los derechos humanos en su vigencia normativa. Nos deja a todos como comunidad la tarea pendiente de hacer realidad su vigencia real o eficacia para bien de la humanidad y el desarrollo de los pueblos, impulsando la protección de la dignidad humana en todos los órdenes, pues el progreso del derecho es parte del progreso social.

estudia la obra de don Antonio Gómez Robledo (1908-1994) sobre el *ius cogens* internacional, la historia a de esa institución empleando la obra de Aristóteles en la formulación sobre el tema. “Quienes promovieron la-inclusión de un artículo sobre las normas imperativas en la Convención de Viena, buscaban hacer prevalecer el valor justicia incorporado en las normas de *ius cogens* y limitar el poder de los Estados para concertar tratados violatorios de principios de validez universal” Vallarta Marrón José Luis (2010) Pág. 4.

37 Suy, Erik. (1967) *The concept of ius cogens in international law*. Genova. Pág 18. Citado por Gómez Robledo, Antonio (2003) *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. Primera reimpression. México. Pág. 1 y siguientes. Biblioteca Jurídica Virtual. UNAM. Consultada 2 de abril del 2015.

38 Gómez Robledo, Antonio (2003) Pág. 8-10.

39 *Ibidem*.

40 Confrontar: Casado Raigón, Rafael. (1999) *Notas sobre el Ius Cogens internacional*. Editorial Universidad de Córdoba. Córdoba. Para este autor es importante señalar las características principales de las normas *ius cogens* imperativas como excepción al voluntarismo del derecho internacional público y como límite de la autonomía de la voluntad, así como la nulidad de las normas opuestas al art. 53 y al art. 64 en el futuro.

Por otro lado, el *ius cogens* emergente del artículo 64 de la Convención, variante del *ius cogens vigente*, cumple un rol garantista en el derecho de los tratados pues establece que un tratado opuesto a estas normas será nulo en el presente y en el futuro, pues iría en contra de los avances de la humanidad, a contrasentido por ejemplo de la encíclica *Gaudium et Spes* (Gozo y esperanza) en lanzar un puente hacia el mundo contemporáneo, abrir el diálogo entre nosotros mismos y crear una nueva tierra y un nuevo cielo⁴¹.

El reconocimiento universal de la Convención ha transformado no solo el Derecho Internacional Público sino también el derecho constitucional, la teoría del derecho, el derecho penal, el derecho civil y en general todo el ordenamiento jurídico interno de los Estados; ha transformado las mismas fuentes del derecho al desarrollar la prevalencia de los principios y normas *ius cogens* y del principio *pro homine* en todos los campos del derecho, replanteando la anterior concepción de las fuentes de derecho basadas en la legislación civil. Dentro de los efectos de los tratados respecto de los tribunales locales como el peruano pueden distinguirse: la invalidez de la norma descalificada por inconvencional, el deber de adoptar disposiciones internas, los efectos generales para casos análogos con carácter preventivo de la responsabilidad internacional, los efectos inmediatos y vinculantes, así como la determinación de la “cosa interpretada” para el caso concreto y sus efectos expansivos; y respecto de los medios de ejercicio del control convencional: según el control de convencionalidad provenga de un órgano jurisdiccional o de aquellos que no tengan atribuida dicha competencia, y según que el control de convencionalidad provenga de la competencia consultiva o contenciosa de la Corte supranacional⁴². En conclusión, los efectos de un tratado o una norma constitucional o legal, aún en las dispuestas en la Pirámide de Kelsen serán nulas de pleno derecho si contravinieren los artículos 53 y 64 de la Convención por efecto de la irradiación inmediata de los principios y normas *ius cogens* en el ordenamiento jurídico internacional.

41 Encíclica y Constitución pastoral del Concilio Vaticano II, promulgada por Pablo VI, 7 de diciembre de 1965.

42 Eduardo Raúl Olivero y Yanira Verónica Fernández. *El control convencional (Sistema Interamericano)* En: Carnotta, Walter F. Maraniello, Patricio A. (Directores) Sosa, Leontina (Coordinador) (2012) *Tratado de los tratados internacionales comentados*. Tomo I. Págs. 453-465.

X. LOS TRATADOS Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU ha aprobado el proyecto de responsabilidad internacional de los Estados para concretar la plena validez, vigencia y eficacia⁴³ de la Convención que considerando su función reparadora ⁴⁴refuerza las normas de imperativas, así como los convenios o tratados de derecho internacional de los derechos humanos y de derecho internacional humanitario en las vertientes de La Haya, Ginebra y Nueva York, al distinguir entre:

- a) Los crímenes internacionales, es decir los que son un agravio a la comunidad internacional *erga omnes* como son la esclavitud, el genocidio, el apartheid, etc, y
- b) Delitos internacionales, que son imputables *interpartes* o *vis a vis* y no *erga omnes*.

XI.- EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DESPUÉS DE VIENA 1969

La Convención de Viena como Tratado de los Tratados tiene efectos e influencia en el derecho constitucional de cada país, pues no habría ni se daría la supremacía constitucional si se dieran normas contrarias a las normas imperativas de derecho internacional *ius cogens*, que sirven para controlar el exceso de poder y las políticas de los gobiernos, para contrarrestar la violación al derecho de gentes y los derechos humanos como ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada de personas, la tortura, la discriminación racial y étnica, el genocidio y, para afirmar los derechos de las mujeres, de los pueblos indige-

43 Sobre la eficacia interna de las normas internacionales y la incorporación al derecho interno de las normas convencionales. Confrontar: Villarroel Villarroel, Darío. (2004) *Derecho de los Tratados en las Constituciones de América Latina*. Editorial Porrúa. Págs.313-316.

44 En el mismo sentido, como lo plantea la CDI, el Estado no podrá alegar normas de derecho interno para justificar el incumplimiento del daño causado. Tal como lo comenta César Moyano Bonilla: "Esta prohibición específica, no es otra distinta que la aplicación del principio de la primacía del derecho internacional" Ver: Moyano Bonilla. (1995) *Principio de la primacía del derecho internacional*. En: Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana. 1995-I.Número 24.México D.F.Pág.334.

nas y sociedades tribales, y en el futuro para hacer avanzar la humanidad y el ordenamiento jurídico interno, establecer el Estado Constitucional con plena vigencia de los derechos humanos, la supremacía constitucional, la igualdad de los hombres (persona humana) ante la ley y la vida, y la separación de poderes o funciones con un sistema de pesos y contrapesos y un pluralismo de medios e información.

XII.- INTERPRETACIÓN DE DATOS

Para el presente trabajo se recurrió a numerosas fuentes histórico-jurídicas que nos ayudaron a investigar el tema que da unidad y sentido a los ordenamientos y sistemas jurídicos del mundo, así como a nuestro ordenamiento en particular. El estudio de la Convención de Viena y su efecto en el derecho peruano ha sido llevado a cabo siguiendo el espíritu de Hugo Grocio, buscando en cada línea de nuestra investigación la misma inspiración que siguieron los iusinternacionalistas de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, tomando nota de nuestras ideas e impresiones en fichas textuales, de resumen y crítica, interpretando los datos en función de sus aportes principales:

Científico: La Convención de Viena ha transformado la ciencia del derecho, en particular el derecho constitucional y el derecho internacional de los estados, internacionalizando el primero y constitucionalizando el segundo.

Ético: La Convención de Viena ha desarrollado el humanismo jurídico de nuestro tiempo basado en el respeto y protección de la dignidad humana, el principio *pro homine* y la protección internacional de los derechos humanos.

Social: Promueve la paz, el respeto a los tratados y a los derechos fundamentales como el derecho al trabajo, a la no discriminación y el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa.

Económico: Promueve acuerdos internacionales que desarrollen la cooperación económica entre los Estados a favor no solo de un libre comercio sino de un comercio justo y que respete el derecho ambiental.

Cultural: La Convención de Viena es el marco ideal y positivo para el desarrollo cultural y educativo entre los diversos pueblos de la humanidad protegiendo las identidades nacionales dentro de una macrocultura globalizada.

XIII.- CONCLUSIONES

1. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) fue elaborada por los mejores juristas e internacionalistas al crearse la Comisión Internacional de Derecho Internacional (CDI) de la ONU.
2. La experiencia de la humanidad y de los juristas de los más variados sistemas jurídicos y los diversos espacios geográficos, se orientan por la costumbre jurídica internacional, los principios generales de derecho y la doctrina, desde el iusnaturalismo griego y romano al periodo pre-grociano y post-grociano, después del Tratado de Paz de Westfalia (1648), que puso fin a las guerras de religión e impuso la coexistencia pacífica religiosa entre los Países Bajos, Alemania y Francia en el mayor tratado de la historia.
3. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) establece principios, normas e instituciones que producen efectos sobre las fuentes del derecho internacional encumbrando la importancia de los tratados previos de Westfalia (1648) del Congreso de Viena (1815) y de la misma Carta de la ONU (1945)
4. Los efectos de los tratados regulados por la Convención de Viena (1969), irradian e influyen en los ordenamientos jurídicos nacionales en base a la tesis kelseniana de la supremacía o predominio del derecho internacional sobre el derecho interno o nacional en materia de derechos humanos y del derecho internacional humanitario y del principio *pro homine* para la protección internacional de los derechos humanos.
5. El derecho constitucional después de 1969, ya no puede tener una visión paleopositivista como expresaba Luigi Ferrajoli, sino que es su ideal establecer el estado Constitucional garantista de un positivismo reforzado a favor del más débil o de un neoconstitucionalista post positivista protector de los derechos fundamentales y de un verdadero Estado Constitucional, donde las normas imperativas o *ius cogens* constituyen el instrumento jurídico para blindar los derechos fundamentales en manos de *diké*, la justicia operativa, y de la aplicación de la justicia como equidad de John Rawls.

6. Cuando se violan los tratados internacionales de naturaleza *ius cogens*, esos tratados y esas normas internacionales o nacionales son nulas y procede en el derecho nacional en todo caso, el control de convencionalidad.
7. El corpus jurídico de la Convención de Viena está compuesta de 85 artículos en ocho partes y siete anexos complementarios de la Convención entre Estados y organismos internacionales del 21 de mayo de 1986 y la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados del 23 de agosto de 1978.

XIV.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albanese, Susana (Coordinador) (2008) *El control de la convencionalidad*. Editorial EDIAR. Buenos Aires.
- Arellano García, Carlos. (2006) *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa. Sexta edición. México.
- Capaldo, Griselda; Sieckmann, Jann y Clerico, Laura (Directores) (2012) *Internacionalización del Derecho Constitucionalización del derecho constitucional. Constitucionalización del Derecho internacional*. 1ª edición. EUDEBA. Fundación Alexander von Humboldt. Buenos Aires.
- Carnotta, Walter F.; Marianello, Patricio A. (Directores) Leontina Sosa, Guillermo (Coordinador) (2012) *Tratado de los derechos internacionales comentados*. 3 tomos. Editorial La Ley. Buenos Aires.
- Casado Raigón, Rafael. (1999) *Notas sobre el Ius Cogens internacional*. Editorial Universidad de Córdoba. Córdoba.
- De la Guardia, Ernesto; Delpéch, Marcelo. (1970) *El derecho de los tratados y la Convención de Viena*. Ed. La Ley. Sociedad Anónima Editora e imprenta. Buenos Aires.
- D'Estéfano Pisani, Miguel Ángel. (1985) *Fundamentos del Derecho Internacional Público Contemporáneo*. Ministerio de Educación Pública. (2 tomos) La Habana.
- Ferrajoli, Luigi. (1998) *Derecho razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid.
- Gaviria Liévano, Enrique. (2009) *Derecho Internacional Público*. Sexta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá
- Giraldo Suárez, Juan de Dios. (1976) *El derecho de los tratados*. Ediciones Tenaces. Medellín.

- Gómez Robledo, Antonio (2003) *El ius cogens internacional*. Estudio histórico-crítico. UNAM. Primera reimpresión. México.
- Goytortúa Chambon, Francisco Jesús. (2013) *Derecho Internacional Público*. Editorial Limusa
- Gutiérrez Baylón, Juan de Dios. (2010) *Derecho de los tratados*. Editorial Porrúa. Facultad de derecho. UNAM.
- Jaffé Carbonell, Angelina. (2008) *Derecho Internacional Público*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 1ª edición. Serie Estudios 70. Caracas
- Jiménez de Aréchaga, Eduardo (1958) *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas. Comentario teórico práctico de la Carta*. Editorial Escala de Funcionarios Internacionales. Madrid
- Kelsen, Hans (1965) *Principios de Derecho Internacional Público*. Traducción de Hugo Caminos y Ernesto Hermida. Editorial El Ateneo. Buenos Aires
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del derecho*. (1982) Eudeba. Buenos Aires.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. (1978) *Derechos de los tratados*. Primera edición. Ed Themis. Bogotá.
- Moyano Bonilla. (1995) *Principio de la primacía del derecho internacional*. En: Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana. 1995-I. Número 24. México D.F
- Remiro Brotons, Antonio y otros (1997) *Derecho Internacional*. Editorial Mc Graw Hill. Madrid.
- Reuter, Paul. (1999) *Introducción al derecho de los tratados*. Primera edición. FCE. México.
- Rousseau, Charles. (1966) *Derecho Internacional Público*. Editorial Ariel. Tercera edición. Traducción de Fernando Giménez Artigues. Barcelona.
- Seara Vásquez, Modesto. (1986) *Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa. Undécima edición. México
- Travieso, Juan Antonio (2012). *Derecho Internacional Público*. Editorial Abeledo Perrot. 1ª edición. Buenos Aires
- Uribe, Gloria P. y otros (2011) *Derecho Internacional Público. Una visión casuística*. Editorial Limusa. Pág. 39.
- Villagrán Kramer, Francisco. (2003) *Derecho de los tratados*. 2da edición. F y G Editores. Guatemala.
- Villarroel Villarroel, Darío. (2004) *Derecho de los Tratados en las Constituciones de América Latina*. Editorial Porrúa.

- Villegas Delgado, César. (2013) *La preeminencia del derecho en Derecho Internacional*. Editorial Aranzadi. Navarra.

XV.- RECOMENDACIONES CON PRODUCTO DE ESTUDIO

Debemos adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la plena vigencia y validez de los tratados internacionales de los que forma parte el Perú de acuerdo al artículo 27 de la citada Convención y observando de buena fe el artículo 26 de la misma convención.

El Estado está obligado por el art 26, 27, 31, 63 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados a dar prevalencia a los tratados de derechos humanos sobre otras disposiciones o normas del derecho interno con un criterio supraconstitucional e interpretándolos como normas *ius cogens* (art 53 y 64 de la Convención) que son disposiciones de un orden público internacional que se impone para proteger los derecho fundamentales.

Como utilidad práctica, esta adecuación progresiva pero inmediata permite a los operadores del derecho (abogados, legisladores y jueces) una innovación más allá del control constitucional: el control convencional de las leyes en base a los tratados internacionales para que la Convención Americana de Derechos Humanos obtenga vigencia plena y eficaz.

Transcendencia de Arabia Saudita

Transcendence Saudi Arabia

Santiago Osorio Arrascue

*Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM
Miembro del Comité de Redacción de la Revista de Derecho*

SUMARIO: *Introducción.*

I.- ORIGEN.

II.- ARABIA EN LA ACTUALIDAD.

1. Aspectos importantes.

1.1. Gobierno nacional.

1.2. El poder ejecutivo y religioso.

1.3. El poder legislativo.

1.4. Poder judicial.

1.5. Líderes políticos en el poder.

1.6. Economía.

1.7. La industria.

1.8. Defensa.

1.9. Relaciones exteriores.

1.10. Educación.

III.- PRINCIPALES DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES.

IV.- ASPECTOS COMPLEMENTARIOS.

4.1. Geografía.

4.2. Descripción física.

4.3. Sectores económicos.

4.4. Ciencia y tecnología.

4.5. Medios de comunicación.

4.6. Transporte.

4.7. Gastronomía.

4.8. Cultura.

4.9. Arte.

4.10. Clima.

V.- Conclusiones.

VI.- Bibliografía.

Resumen

La importancia de Arabia Saudita en el mundo Occidental y en el mundo Islámico. En el mundo Occidental Arabia Saudita es una potencia de exportación de petróleo y en el mundo islámico, es el centro de peregrinación del mundo árabe.

Abstract

The importance of Saudi Arabia in the Western world and the Islamic world. In the Western world is a powerhouse Saudi oil export and in the Islamic world, is the pilgrimage center of the Arab world.

Palabras claves:

Arabia Saudita tiene destacada trascendencia en el mundo Occidental y en el mundo Islámico.

INTRODUCCIÓN

Arabia Saudita o Arabia Saudí, oficialmente el Reino de Arabia, es una monarquía de Oriente Medio en la península arábiga.

Limita con Jordania por el noroeste, con Irak por el noreste, con Kuwait, Emiratos Árabes Unidos, Catar y el golfo Pérsico por el este, con el mar Rojo por el oeste, y con Omán y Yemen por el sur, además de estar conectado con el Reino de Baréin, a través de la calzada del Rey Fahd.

El país tiene 2 149 690 km² de superficie, con una población de más de 29 millones de habitantes (2012). Su liderazgo en la exportación mundial de petróleo le ha convertido en una de las primeras veinte economías más grandes del planeta.

El reino saudí fue fundado por Abdelaziz bin Saud en 1932, aunque las conquistas que iniciaron la creación del Estado moderno comenzaron en 1902 con la conquista de Riad. El gobierno saudita es una monarquía desde sus comienzos, basada en los principios islámicos. El reino es también denominado como «la tierra de las mezquitas sagradas» en referencia a Masjid al-Haram

en La Meca y Masjid al-Nabawi en Medina, los dos lugares más sagrados del islam, a los cuales les está estrictamente prohibido el acceso a los no musulmanes.

Arabia Saudita se mantiene como una teocracia desde hace más de 80 años y hoy representa una de las últimas monarquías que restan en el mundo. El reino y su línea oficial adhieren completamente a los preceptos islámicos con una de las más rigurosas interpretaciones de la *sharia* en el planeta.

En el plano internacional, a pesar de ser un país radical musulmán, mantiene relaciones con otros países musulmanes tales como Siria y Egipto, entre otros. Además es un aliado vital tanto militar como petrolero, para la Unión Europea, Japón y especialmente los Estados Unidos.

Tras la unificación de los reinos del Hiyaz y Nechd, el nuevo estado fue nombrado como *al-Mamlakah al-'Arabiyah as-Suūdiyyah*, a través del Real Decreto el 23 de septiembre de 1932 emitido por el fundador de este, el rey Abdelaziz bin Saud, de la dinastía Al Saud, que gobierna el país actualmente. Por ello, Arabia Saudita y Liechtenstein son los dos únicos Estados cuyo nombre alude a la familia que reina en ellos.

El término se puede traducir tanto «Arabia Saudita», como «Arabia Saudí».

I. ORIGEN

Antes de Cristo, aparte de un pequeño número de asentamientos urbanos comerciales, como La Meca y Medina, ubicadas en Hiyaz, al oeste de la península arábiga, la mayoría de lo que actualmente es Arabia Saudita estaba habitada por sociedades tribales nómadas o cubierta de desiertos inhabitables. El profeta del Islam, Mahoma, nació en La Meca el año 571.

A inicios del siglo VII, Mahoma unió a las distintas tribus de la península y creó un único sistema de gobierno religioso islámico. Tras su muerte en 632, sus seguidores rápidamente expandieron el territorio bajo el mandato musulmán más allá de Arabia, conquistando varios territorios (desde la Penín-

sula Ibérica hasta la India) en pocas décadas. Así, Arabia se convirtió en una región periférica del mundo islámico a medida que el foco se centró en las tierras conquistadas más desarrolladas.

Desde el siglo X hasta inicios del siglo XX, La Meca y Medina estuvieron bajo el control de un regente árabe local conocido como el Jerife de La Meca, pero la mayor parte de esos tiempos, el Jerife debía obediencia al gobernante de uno de los mayores imperios islámicos con base en Bagdad, El Cairo o Estambul. La mayoría de los demás territorios de lo que hoy es Arabia Saudita regresó a la estructura tribal tradicional.

En el siglo XVI, los otomanos sumaron las costas del mar Rojo y del golfo Pérsico (la región del Hiyaz, Asir y Al-Hasa) a su Imperio, reclamando soberanía sobre las tierras del interior. El grado de control sobre estos territorios varió a lo largo de los siguientes cuatro siglos de acuerdo a las fluctuaciones de fortaleza y debilidad de la autoridad central del imperio.

En 1744, un príncipe local, Muhammad bin Saud, unió fuerzas con un reformador islámico, Muhammad ibn Abd-al-Wahhab, creador de la secta religiosa del wahhabismo, para crear una nueva entidad política, el Emirato de Diriyah. Este Primer Estado saudí se estableció alrededor de Riad, y se expandió rápidamente hasta controlar en poco tiempo la mayor parte del actual territorio de Arabia Saudita. Durante los siguientes ciento cincuenta años, la suerte de la familia Saud subió y bajó varias al poder, veces mientras los gobernantes sauditas peleaban con Egipto, el Imperio otomano y otras familias árabes, por el control de la península.

II.- ARABIA EN LA ACTUALIDAD

El moderno estado saudita fue fundado por el último rey Abdelaziz bin Saud (o Bin Saud). En 1902 fue conquistada Riad, la capital ancestral de la dinastía Al-Saud, de la familia rival Al Rashid. Continuando sus conquistas, Abdelaziz subyugó Al-Hasa, Al-Qatif, el resto del Nechd e Hiyaz entre 1913 y 1926.

El 8 de enero de 1926, Abdelaziz bin Saud se convirtió en el rey de Hiyaz. El 29 de enero de 1927 tomó el título de rey de Nejd (antes sultán). Mediante el tratado de Jeddá, firmado el 20 de mayo de 1927, el Reino Unido reconoció la independencia del reino de Abdelaziz (entonces conocido como el reino del Nejd y del Hiyaz). En 1932, estas regiones se unificaron en el Reino de Arabia Saudita.

El descubrimiento de petróleo en marzo de 1938 transformó económicamente al país, y desde entonces ha dado al reino gran legitimidad en los años siguientes. El rey Faisal fue asesinado por su sobrino el 25 de marzo de 1975 y le sucedió Jalid.

Hoy, Arabia Saudita mantiene una intensa relación económica con muchas naciones occidentales gracias al petróleo. Arabia Saudita se integró a la Organización de las Naciones Unidas en 1945 y es miembro fundador de la Liga Árabe, el Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo, la Liga Mundial Islámica, la OPEP y la Organización de la Conferencia Islámica (actual Organización para la Cooperación Islámica). Juega un rol prominente en el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, y en 2005 se unió a la Organización Mundial de Comercio.

1. ASPECTOS IMPORTANTES

1.1. GOBIERNO NACIONAL

El gobierno saudí está formado por una monarquía absoluta, el rey concentra toda la autoridad, teniendo bajo su control el poder legislativo, ejecutivo y judicial.

De acuerdo con la Ley Básica de Arabia Saudita que fue adoptada en 1992 a través del Real Decreto, el poder del gobernador está limitado por la ley islámica — la «Sharia»— y el Corán. Este último junto con la «Sunnah», forman la constitución nacional.

El gobierno está basado en la *sharia*, la ley islámica, que es interpretada de acuerdo al estricto rito Hanbalí por el más antiguo sabio religioso, o

ulama. Arabia Saudita no tuvo Constitución escrita hasta marzo de 1992, en que una serie de reales decretos establecieron una lista de derechos, incrementaron los poderes de los gobiernos provinciales y dotaron al país de un consejo consultivo de sesenta miembros designado por el monarca.

1.1.1.- GOBIERNO LOCAL

Como resultado de la reforma administrativa de 1993, Arabia Saudita quedó dividida en 13 distritos administrativos, —denominación árabe: *manatiq idāriyya*, en singular *mintaqah idariyya*—, y éstas a su vez se subdividen en 118 gobernaciones —árabe: *manatiq idāriyya*— dirigidos por gobernadores designados por asambleas locales de notables.

Este número incluye las trece capitales de provincia, que tienen un estatus diferente como municipalidades —*amanah*— encabezadas por un alcalde —*amin*—. Las gobernaciones también están subdivididas en subgobernaciones —*marakiz*, en singular *markaz*—.

Las grandes ciudades eligen sus propios gobiernos municipales. Los pueblos y las aldeas son gobernados por consejos de ancianos.

1.1.2.- FORMA DE GOBIERNO

Arabia Saudí es una monarquía donde el Rey tiene el poder absoluto.

1.2. EL PODER EJECUTIVO Y RELIGIOSO

El Rey es tanto el jefe del estado como de gobierno, y su título es hereditario. El Consejo de Ministros (gabinete) lo designa el monarca e incluye muchos miembros de la familia real. El Consejo de Ministros posee poder legislativo y ejecutivo, sujeto a la aprobación del Rey.

El jefe oficial del gobierno y autoridad religiosa de Arabia Saudita es el rey. La sucesión de este cargo no es hereditaria, y el príncipe heredero es elegido entre la familia real Saudita por miembros de esta misma familia, en consulta con los dirigentes religiosos y gubernamentales.

1.3.- EL PODER LEGISLATIVO

No se elige la legislatura en Arabia Saudí. Se designó un Consejo Consultivo en agosto de 1993, formado por 120 miembros y un presidente nombrado por el Rey para un período de 4 años. Este Consejo posee poderes limitados, aunque sus decisiones y su poder no son vinculantes en modo alguno. La población de Arabia Saudí tiene unos derechos políticos limitados.

Normalmente el rey también ejerce como primer ministro del país. La familia real y algunas otras familias importantes controlan la mayor parte de los altos cargos gubernativos. El poder del rey está determinado en parte por su personalidad, y en su relación con las familias más destacadas y con los dirigentes religiosos del país. Arabia Saudita no tiene división de poderes ni partidos políticos. Las leyes son emitidas por el monarca y sus ministros. En 1992 el rey Fahd estableció la Shura, un consejo consultivo sin capacidad legislativa, formado por sesenta miembros elegidos por el rey y sus asesores.

1.4.- PODER JUDICIAL

El sistema judicial de Arabia Saudita se basa en la sharia, que deriva del Corán (el libro sagrado del Islam) y de Hadit (tradiciones) del profeta Mahoma. Los principales tribunales del país son el Consejo Supremo de Justicia y la Corte de Casación; existen además tribunales generales y tribunales sumarios.

A. EL SISTEMA LEGAL.- Está dividido en dos partes:

- El primero es el Consejo de la Shura que consiste en que el rey selecciona a 150 miembros estudiosos y personas con experiencia.
- El Gabinete de Ministros donde se reúnen los ministros —todos miembros masculinos de la familia real—. Tiene el poder de discutir o debatir con el rey los castigos que se deben aplicar a las personas que cometen delitos.

B. TRATO CON LAS MUJERES.- Otra parte del gobierno por el que el país es famoso y ha levantado muchos reclamos por las organizaciones internacionales es el trato a las mujeres, ya que no tienen permiso de

salir solas de sus casas, usar el transporte público o viajar sin la autorización de su marido o familiar. Tienen terminantemente prohibido conducir aunque muchas lo hacen para desafiar a la ley, y así, intentar conseguir más libertad.

C.- PENA DE MUERTE.- Es uno de los países que más aplica la pena de muerte en el mundo, incluyendo a los menores de edad. Principalmente, se aplican por violación, tráfico de drogas, la posesión de animales en su domicilio o la homosexualidad.

1.5.- LÍDERES POLÍTICOS EN EL PODER

- Rey y Primer Ministro: Abd Allah ibn `Abd al-`Aziz Al Faysal Al Sa`ud (desde agosto de 2005) - hereditario.
- Heredero natural: Príncipe Heredero, Sultán bin Abd al-Aziz Al Saud - hermanastro del Rey.
- No hay elecciones. La monarquía es hereditaria.

1.6.- ECONOMÍA

Debido a que es el mayor exportador de crudo del mundo, la economía saudí trae alrededor del 45% de su PIB nominal de este campo, lo que le hace la décimo novena potencia económica mundial. Gracias a la demanda de este producto, en julio de 2012 la inflación estaba situada alrededor del 5%, aunque su máximo esplendor fue en agosto de 2010 cuando alcanzó el 6%. La balanza de pagos, alcanzó en 2011 los 40 mil millones de riyales saudíes —la moneda oficial para la circulación nacional—, es decir, unos 10,7 mil millones de dólares, lo que le convierte en el tercer país más potente en este ámbito. Gracias a estos valores, en 2012 el país se situaba en el puesto diecisiete del Índice de Competitividad Global y tenía unos ingresos altos. Su superávit económico casi alcanza en 2010 los 82 mil millones de dólares.

Arabia Saudita es la primera potencia económica de Medio Oriente y es el país árabe más rico. La economía de Arabia Saudita se basa totalmente en el petróleo. La política de grandes obras públicas emprendida por el

gobierno, las inversiones extranjeras directas y la solidez del sistema bancario y financiero han permitido al país convertirse en la primera economía regional y una de las principales del mundo. Tras conocer un crecimiento de 3,6% en 2013, debido a una menor producción de petróleo, se prevé una consolidación del crecimiento en 2014, gracias a una política fiscal expansionista, inversiones más fuertes y los ingresos del petróleo.

El Banco Central de Arabia Saudita, mantiene un estricto control sobre el sistema bancario nacional, el cual está compuesto por diez empresas bancarias nacionales y tres bancos bajo el control del Consejo de Cooperación del Golfo. La mayoría de ellos, forman alianzas con otros bancos del extranjero, con el fin de cooperar con la banca internacional.

Por otra parte, es el mayor mercado de Oriente Medio y representa alrededor del 25% del PIB gracias a la exportación de petróleo. La industria es muy importante también y las principales son las petroleras, las cementeras y las de fabricación de acero. La agricultura es pobre y se reduce al cultivo de dátiles y cereales principalmente, mientras que en la ganadería —que tampoco cobra gran importancia—, está dedicada a las aves de corral en su mayoría. Como promedio anual, se pescan más de 50 mil toneladas, y genera mucho empleo en las regiones costeras, mientras que la principal captura es el camarón, que abunda en el Golfo Pérsico. Esto demuestra que el sector secundario y servicios son los más abundantes, y el primario cobra menor importancia.

En 2013, el gobierno continuó con su programa quinquenal de inversiones comenzado en 2011, e implementó una política de “saudización” del mercado laboral, junto con una campaña para luchar contra la inmigración clandestina. Han habido disturbios, como consecuencia de las expulsiones llevadas a cabo por la policía, y los sectores de la construcción y restaurantes se han visto afectados por estas medidas. El desafío sigue siendo la orientación de los cesantes saudianos a puestos disponibles, aunque tienden a no querer encontrarse en una situación de subalternos. El gobierno, además, ha seguido desarrollando la industria del petróleo y el gas, buscando al mismo tiempo diversificar la economía desarrollando el sector manufacturero, los servicios, y apoyando al sector privado. En el 2014, el país ha adoptado

un nuevo e inédito presupuesto, que culmina en 228 mil millones de USD. Este presupuesto se centra en la educación y la salud, que representan 38% del gasto total, y se centra también en los proyectos de infraestructura. Al contrario de los dos presupuestos anteriores, el presupuesto de 2014 prevé un regreso al equilibrio más que un excedente.

El nivel de vida es uno de los más altos de la región, con un PIB per cápita de más de 20.000 dólares. Al mismo tiempo, el país sufre un índice de desempleo en torno a 12% (que afecta sobre todo a los jóvenes) y fuertes desigualdades.

Cada año el país se abre más al turismo, debido a que podría atraer a un buen número de viajeros gracias a sus dos lugares culturales que tiene declarados como Patrimonio de la Humanidad. Hasta entonces, el país solo daba permiso de entrada a viajes de negocios, a personas que tenían que visitar familiares y, con otro visado diferente, a los peregrinos que viajan a La Meca y Medina. De media, entran alrededor de once millones de personas cada año, produciendo veinte millones de dólares, y más de cuatro millones de pasajeros anuales visitan el extranjero, lo que genera alrededor de 18 mil millones de dólares. Además, como miembro del G-20, participó en una reunión oficial de esta organización y se concluyó que era una «alternativa para la generación de empleo».

1.6.1.- MONEDA Y COMERCIO EXTERIOR

La unidad monetaria de Arabia Saudita es el *RIYAL* de 100 *halalah* (3,75 *riyales* equivalían en 1995 a 1 dólar estadounidense). Gracias a la seguridad que otorgaba a Arabia Saudita las ventas de petróleo al extranjero, estas exportaciones anuales crecieron rápidamente en la década de 1970, pero descendieron bruscamente en la década de 1980.

Las importaciones más significativas son maquinaria, metales, productos metálicos, equipos de transporte, productos alimenticios, textiles y vestidos.

Los principales socios comerciales de Arabia Saudita son Estados Unidos, Japón, Francia, Alemania, Corea del Sur y los Países Bajos.

El elevado número de peregrinos musulmanes que cada año visita La Meca y Medina, ambas localidades situadas en el oeste, gastan considerables cantidades de dinero en Arabia Saudita, alrededor de 2.000 millones de dólares a principios de la década de 1990.

RESUMEN DE LA ECONOMÍA AL 2013

Estadísticas de Economía	
Cambio de Moneda/Dólar (USD):	3,7505
Deuda Externa Per Cápita:	1009.1
Inflación:	0.2 %
Tierras Irrigadas:	4350
Producto Geográfico Bruto:	186 billones
Tasa de Crecimiento del Producto Nacional:	10.8 %
Producto Nacional Per Cápita:	9000
Tasa de Desempleo:	2.5
Presupuesto:	39000
Exportaciones:	39400
Importaciones:	28900
Deuda Externa:	18900
Producto Industrial:	20
Capacidad Eléctrica:	17550000
Producción:	46
Consumo Per Cápita:	2430
Presupuesto para la Defensa:	17200

1.7.- LA INDUSTRIA

El sector manufacturero de Arabia Saudita se ha diversificado desde la década de 1970. Los principales productos elaborados son petróleo refinado, compuestos petroquímicos, plásticos, alimentos procesados, vestidos, abonos y cemento. A principios de la década de 1990, el país generaba anualmente alrededor de 47.400 millones de Kwh. de electricidad y casi toda era producida por centrales térmicas.

En 1975 el gobierno de Arabia Saudita, anunciaba un ambicioso plan de desarrollo a cinco años, basado en los continuos ingresos petroleros, que exigía unos gastos de unos 150.000 millones de dólares. La prioridad en el sector industrial se fijó en el desarrollo del sector petroquímico, lo que significaba la construcción de plantas de gas natural licuado y de industrias basadas en el petróleo, y, por otro lado, la producción de acero y cemento que facilitara las enormes construcciones requeridas por el plan. Un plan de desarrollo ulterior, de 1980 a 1985, exigió unos gastos de 236.000 millones de dólares, y puso especial énfasis en la diversificación de la industria. El plan quinquenal de 1985 a 1990, requirió 277.000 millones de dólares para gastos de desarrollo, pero el continuo debilitamiento del precio del petróleo y la consiguiente disminución de los ingresos por este concepto, obligó al gobierno a ajustar a la baja muchos programas.

1.8.- DEFENSA

Desde mediados de la década de 1960, los gastos de defensa han experimentado un fuerte crecimiento. El país mantiene dos ejércitos independientes. El primero es la Guardia Nacional, o Guardia Blanca, que está formada por miembros de las distintas tribus, organizada siguiendo las normas tradicionales, y que cuenta con unos 57.000 miembros activos. Las Fuerzas Armadas regulares están constituidas por un Ejército de Tierra de 68.000 soldados, una Fuerza Aérea de 18.000, y una Armada de 11.000. Estas fuerzas, entrenadas en parte por asesores extranjeros, están equipadas con moderno armamento.

Las fuerzas armadas saudíes están compuestas por la fuerza aérea, la marina y el ejército. Respectivamente, están formadas por 588 000, 34 000 y 41 000 efectivos. Para el mantenimiento de ellos, el gobierno utiliza el 10% de su PIB, el tercero que más gasta del mundo en servicios militares, así como un contrato de más de 105 mil personas al control de las maquinarias.

Para la seguridad nacional, existe una fuerza aérea aparte especial —denominada en inglés como «Royal Saudi Air Defense Forces» y posee un personal de más de 4000 hombres— y la guardia nacional —conocida

como «Saudi Arabia National Guard» y cuenta con un personal de 75 000 soldados activos—.La guardia nacional está dividida en unidades especializadas, y son la guardia costera y la fronteriza. Por otra parte, al cumplir los dieciocho años hay que hacer un curso del ejército obligatorio.

La mayoría de las máquinas que tiene son fabricadas en el extranjero, especialmente de Estados Unidos, de Francia y del Reino Unido. Es miembro de una de las organizaciones militares más importantes: el Consejo de Cooperación del Golfo Pérsico (GCC) y mantiene relaciones militares con la potencia americana desde que se establecieron las cooperaciones entre ambos países. También cabe destacar que existe un «Código de Justicia Militar», y sirve para aplicar los castigos a los militares que han desobedecido la orden del superior. Este Código es aplicable a todos los miembros, incluidos los retirados y los castigos pueden llegar hasta la ejecución, según el grado del problema causado.

1.9.- RELACIONES EXTERIORES

El Estado es miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), de la Liga Árabe (LA) y del Grupo de los Veinte (G-20). También lo es del Movimiento de Países No Alineados, de la Organización Mundial del Comercio (OMC), del Fondo Monetario Internacional (FMI) así como del Banco Mundial.

Las relaciones con Oriente Medio nunca han sido buenas, debido a que a lo largo de la historia han tenido muchas disputas territoriales entre los países. Poco a poco se han ido estableciendo relaciones con el Extremo Oriente, especialmente con la República Popular China y con Japón —con este último por sus acuerdos de comercio de petróleo, especialmente—.En menor medida, mantiene pequeñas cooperaciones con la India.

Gracias a su posición estratégica, Estados Unidos comenzó sus relaciones con este país en 1940. A medida que han pasado los años sus relaciones han ido mejorando gracias a su coincidencia con la seguridad nacional y la paz en la zona, así como las exportaciones e importaciones de crudo. En

cuanto a las cooperaciones con el resto del continente americano, mantiene relaciones principalmente con Argentina, Brasil, Canadá y México.

En cuanto a la Unión Europea (UE), sus actos de cooperación están basados principalmente, en la lucha por la finalización de las guerras y disputas que acaparan muchos países de Asia musulmana. Prácticamente, en los últimos tiempos en el país islámico donde está más centrado es en Siria debido a la Guerra Civil que alberga desde principios de 2011. Para mayor representación internacional, mantiene embajadas y consulados en la mayoría de los países, incluyendo Perú.

1.10.- EDUCACIÓN

Casi el 79% de la gente está alfabetizada. De este porcentaje el 84,7% de los hombres y el 77,8% de las mujeres tienen acceso al sistema escolar. La mayor parte de la educación superior es auspiciada por el gobierno. Durante la fundación del reino hacia el año 1932, la educación no era accesible para cualquiera y solo se limitaba a enseñar las principales materias en determinados lugares religiosos y mezquitas. Esto con el paso del tiempo ha ido mejorando hasta alcanzar el grado de hoy. Uno de los objetivos más importantes es que el alumno consiga memorizar y recitar las partes más importantes del Corán —denominado como «Tafsir»—.

Otro tema importante es el caso de la sexualidad, ya que hay clases para los hombres y otras diferentes para las mujeres.

La educación de la persona empieza en preescolar, voluntaria y no oficial, el individuo aprende los principales temas como leer y escribir. Al terminar, comienza la educación primaria, que dura hasta los doce años y es donde el alumno comienza el aprendizaje a las materias importantes y al final se examina de toda la fase para obtener el certificado correspondiente. A continuación llega la fase de secundaria, cuya duración es de tres años, y es donde se dividen las materias en científicas y en literarias; al final de la etapa se realiza otro examen donde se consigue el título de graduado en secundaria. Al terminar este ciclo, comienzan las universidades.

1.11.- SALUD

La esperanza de vida está situada en los setenta y dos años, la de los hombres en los sesenta y nueve, y la de las mujeres en los setenta y cinco. La tasa de mortalidad es de veinticuatro muertes por cada 100 000 nacidos vivos y la de natalidad es de veintidós nacimientos por cada 1000 personas. Estas tasas han ido mejorando desde hace décadas, gracias a que el gobierno invierte en este ámbito el 5% de su PIB, mientras que cada habitante se gasta alrededor de 1150 dólares al año. La tasa de obesidad es bastante alta, ya que en los hombres están en el 29,9% y en las mujeres está en el 43,5% y, sobre los fumadores, el 24% de la población masculina consume tabaco, pero en el caso de la mujer, apenas es del uno por ciento.

Además, tiene unos 300 hospitales con una de las mejores infraestructuras sanitarias del planeta. Existe riesgo de paludismo -predominantemente por *P. falciparum*- principalmente de septiembre a enero, incluidos en focos a lo largo de la frontera Sur con Yemen (excepto en zonas de mayor altitud de la provincia de Asir). No hay riesgo en la Meca ni en Medina. Por otra parte y según las estadísticas de 2002, por cada 1000 habitantes había 1,5 médicos y 2,3 camas de hospitales.

1.12.- RELIGIÓN

Arabia Saudita es el país más restrictivo en cuanto a lo que se refiere a la libertad religiosa. La mayoría pertenece al Islam —el culto oficial y único permitido—, y se subdivide en suníes mayoritariamente, y pequeñas poblaciones donde son chiíes. A pesar de que viven medio millón de cristianos en la zona, es el único país que, hasta 2013, no había mantenido ningún tipo de relación con el Vaticano. A los no musulmanes no se les permite practicar su fe ni en la intimidad de su hogar.

Para asegurarse que la población cumpla estas normas, existe la denominada policía religiosa —denominada localmente como «Mutawa»—, que ha recibido numerosas críticas internacionales por la presión que realiza en muchos casos en este ámbito. También cabe destacar que en el país se albergan las ciudades santas de La Meca y Medina, que atraen a millones de peregrinos musulmanes cada año. Debido a que cada año crece más el

número, el gobierno ha ido haciendo obra para mejorar sus respectivas infraestructuras y así, ser capaz de atraer a más islámicos. A estas ciudades no les está permitido entrar a los no musulmanes, y de hecho, en los límites de dichas localidades existen controles para asegurarse de que se cumplen estos criterios.

Debido a la mayoría religiosa, tanto si son musulmanes o no, se impide consumir alcohol y cerdo, puesto que son alimentos prohibidos en el Islam. En cuanto al Ramadán, independientemente de la religión a la que se pertenezca, no está permitido comer en público en esa temporada; hacerlo les está penado con cárcel para los nacionalizados y la expulsión inmediata del país para los residentes extranjeros, tal y como está descrito en el «sharia». La religión de los pobladores de Arabia Saudita es en su gran mayoría el Islam (existen otras, pero en muy poca cantidad de seguidores).

El Islam es la religión monoteísta surgida en el siglo VII en la península Arábiga a partir de las enseñanzas de Mahoma, llamado el Profeta. La palabra árabe islam significa “entregarse”. La persona que profesa y practica el Islam es un musulmán. Según el Corán, el Islam es la religión universal y primordial. Incluso la propia naturaleza es musulmana ya que obedece las leyes que Dios ha establecido en ella. Para los seres humanos, que tienen libre albedrío, la práctica del Islam no implica obediencia sino la libre aceptación de los mandatos divinos.

La religión Islámica o Islamismo fue otro legado del mundo árabe. Esta religión proviene de las tribus nómadas y conocidos como musulmanes localizados entre el Golfo Pérsico, el Océano Índico y el Mar Rojo. Sus seguidores creen que no hay otro Dios si no es Alá, y Mahoma es su profeta. Todas las profecías de Mahoma fueron recopiladas en el sagrado libro del Corán.

La Meca es la ciudad del oeste de Arabia Saudí, capital de la provincia de al-Hijas, cerca de Jiddah. Lugar de nacimiento del profeta Mahoma, fundador del Islam, es la más importante de las ciudades santas musulmanas. El auge del Islam fue el suceso más significativo de la historia de Arabia. La Meca se convirtió en el centro espiritual de la nueva religión. Desde

632 a 661 Medina fue el centro político de un estado musulmán unido bajo el gobierno de los califas que siguieron a Mahoma. Los ejércitos árabes conquistaron Siria, Egipto y la Persia sasánida. Tras la caída de Egipto en 642, la conquista musulmana se extendió hacia el oeste por todo el norte de África y después hasta la península Ibérica. Durante este periodo los seguidores de Mahoma terminaron la recopilación de sus revelaciones divinas en el Corán, la primera obra conocida en prosa árabe. En 658 el primer califa omeya, Muawiya, trasladó el califato a Damasco y la importancia de Arabia decayó. El ascenso de los Abasíes después del año 750 y el cambio del centro del Islam a Bagdad agudizaron esta decadencia.

Desde el siglo VIII hasta principios del siglo X Arabia fue una provincia bajo el mando de los califas Abasíes de Bagdad. A mediados del siglo X el dominio de Bagdad fue atacado con éxito por los qarmatas, una nueva secta musulmana que controlaba toda la península Arábiga. Hacia el final del siglo X, los qarmatas perdieron su poder en favor de varias tribus beduinas.

La península Arábiga, totalmente desunida, se dividió en numerosos y pequeños Estados. Desde 1075 a 1094, sin embargo, Arabia reconoció el liderazgo espiritual del califa Abasí de Bagdad. En 1258 los mongoles conquistaron Bagdad, y desde ese momento la ciudad dejó de tener influencia en Arabia. En 1269 La Meca y Al-Hijas quedaron bajo el control de los Emires (príncipes musulmanes) de Egipto. Cuando los turcos conquistaron Egipto en 1517, controlaron Al-Hijas y, por tanto, ejercieron un considerable poder sobre el resto de la península.

RESUMEN DE LA SITUACIÓN POLÍTICA DE ARABIA SAUDITA

- **Capital:** Riad
- **Población total:** 28.828.870
- **Crecimiento natural :** 1,9%
- **Densidad:** 13 habitantes/km²
- **Población urbana:** 82,7%
- **Población de principales ciudades** incluyendo suburbios: Riyadh (5.855.000); Yeda (4.500.000); La Meca (2.500.000); Ad-Dammam

(2.051.000); Dammam (2.000.000); Medina (1.300.000); Al-Hufuf (784.000).

- **Orígenes étnicos:** Árabes 90%, Afroasiáticos 10%
- **Lengua oficial:** Árabe.
- **Otras lenguas habladas:** El inglés es el idioma más utilizado. En el Reino también se hablan otros idiomas: indonesio, somalí, tagalo, urdu y farsi occidental.
- **Idioma de negocios:** el uso del inglés está generalizado en el ámbito empresarial.
- **Religión:** Islam es la religión oficial en Arabia Saudita.
- **Tasa de alfabetización:** 82,9%
- **Moneda local :** Riyal saudí (SAR)

III.- PRINCIPALES DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

2.1.- Artículo 5

- (a) El sistema de gobierno en el Reino de Arabia Saudita es el de una monarquía.
- (b) Regla pasa a los hijos del rey fundador, Abd al-Aziz Bin Abd al-Rahman al-Faysal Al Saud, y para los hijos de sus hijos. El más recto entre ellos es para recibir la lealtad de conformidad con los principios del Corán y la Tradición del Venerable Profeta.
- (c) El rey elige el heredero y le releva de sus funciones por orden real.
- (d) El Heredero Aparente es dedicar su tiempo a su función como un heredero natural y para cualquier misión que el Rey le confía.
- (e) El heredero se hace cargo de los poderes del rey a la muerte de este último hasta que el acto de adhesión se ha llevado a cabo.

2.2. Artículo 7

El gobierno de Arabia Saudita se deriva el poder del Santo Corán y la tradición del Profeta.

2.3. Artículo 8 [Principios de Gobierno]

El gobierno en el Reino de Arabia Saudita se basa en la premisa de la justicia, la consulta y la igualdad de conformidad con la Sharia islámica.

2.4. Artículo 25 [de la Paz Mundial]

El Estado se esfuerza por lograr la consecución de las esperanzas de la nación árabe e islámica de la solidaridad y la unidad de la palabra, y para consolidar sus relaciones con países amigos.

2.5. Artículo 26 [Derechos Humanos]

El Estado protege los derechos humanos de conformidad con la Sharia islámica.

2.6. Artículo 55

El Rey lleva a cabo la política de la nación, una política legítima de conformidad con lo dispuesto en el Islam; el Rey supervisa la aplicación de la Sharia islámica, el sistema de gobierno, las políticas generales del Estado; y la protección y defensa del país.

2.7. Artículo 56

El Rey es el jefe del Consejo de Ministros; es asistido en el desempeño de sus funciones como miembros del Consejo de Ministros, de conformidad con las disposiciones de la presente y otras leyes. El Consejo de Ministros establece las prerrogativas del Consejo con respecto a los asuntos internos y externos, y la organización de la coordinación entre los órganos de gobierno. Asimismo, establece los requisitos que deben cumplir los ministros, sus prerrogativas, la forma de su cuestionamiento y todas las cuestiones que les conciernen. La ley sobre el Consejo de Ministros y sus prerrogativas debe modificarse de acuerdo con esta ley.

2.8. Artículo 57

- (a) El Rey nombra y releva diputados del primer ministro y los ministros y los miembros del Consejo de Ministros mediante Real Decreto.
- (b) Los diputados del primer ministro y los ministros del Consejo de Ministros son responsables, mediante la expresión de la solidaridad ante el Rey, para la aplicación de la Sharia islámica y la política general del Estado.
- (c) El Rey tiene el derecho de disolver y reorganizar el Consejo de Ministros.

2.9. Artículo 58

El Rey nombra a aquellos que disfrutan del rango de ministros, viceministros y los de más alto rango, y los releva de sus puestos por Real Decreto, de acuerdo con las explicaciones incluidas en la ley. Los ministros y jefes de departamentos independientes son responsables ante el primer ministro por los ministerios y departamentos que ellos supervisan.

2.10. Artículo 59

La ley define las reglas de la administración pública, incluyendo sueldos, premios, compensaciones, favores y las pensiones.

2.11. Artículo 60

El Rey es el comandante en jefe de todas las fuerzas armadas. Nombra a los oficiales y pone fin a sus funciones de conformidad con la ley.

2.12. Artículo 61

El rey declara el estado de emergencia, la movilización general y la guerra, y la ley define las reglas para esto.

2.13. Artículo 62

Si hay un peligro que amenaza a la seguridad del Reino o su integridad territorial o la seguridad de sus personas y de sus intereses, o que impide el funcionamiento de las instituciones del Estado, el Rey podrá tomar medidas urgentes con el fin de hacer frente a esta peligro Y si el Rey considera que estas medidas deben continuar, él puede entonces aplicar los reglamentos necesarios a tal fin.

2.14. Artículo 69

El Rey tiene el derecho de convocar al Consejo Consultivo y al Consejo de Ministros para una reunión conjunta y para invitar a quien lo desee a asistir a esa reunión para hablar de lo que sea materia que quiera.

2.15. Artículo 70

Los tratados internacionales, convenios, reglamentos y concesiones son aprobados y modificados por Real Decreto.

IV. ASPECTOS COMPLEMENTARIOS

4.1. GEOGRAFÍA

El territorio de Arabia Saudita ocupa la mayor parte de la península arábiga, con una longitud de 4431 km de borde —de los cuales 2640 son de costa—. Limita con Jordania y con Irak por el norte, con Irak por el noreste, con Kuwait, Emiratos Árabes Unidos, Catar y el golfo Pérsico por el este, y con Omán y Yemen por el sur, con el mar Rojo por el oeste, y a escasos kilómetros a través del mar se encuentra Baréin —por el golfo Pérsico y conectado con este país a través de la calzada del Rey Fahd— y Egipto —por el mar Rojo—. Con una superficie de 2 149 690 km², es el decimotercer país más grande del mundo, justo por delante de México y un puesto por detrás de Groenlandia.

Principalmente, el territorio está ocupado por desiertos, lo que ocasiona tormentas de arena con bastante frecuencia. Al norte, se encuentra el desierto de Siria, el de Ad-Dahna y el de An-Nafud, y al sur el de Rub al-Jali. Toda la zona central del país está formada por una extensa meseta, que al sur de ella se encuentra el monte Sawda, en las cercanías de la ciudad de Abha, el cual es el punto más alto con más de 3000 metros de altitud. A partir de ahí, en la zona oeste, comienzan las montañas de Asir, donde se forma el relieve más abrupto del territorio. Ya en la zona cercana al mar Rojo y gracias a estas montañas, existen pequeñas zonas fértiles donde se cultivan dátiles principalmente.

Debido a que el país está casi dominado por este accidente geográfico, el país tiene grandes problemas en cuanto al agua del medio ambiente se refiere. Principalmente, estos problemas están marcados por la desertificación, el agotamiento de aguas subterráneas y la ausencia de masas de permanentes de esta sustancia. Por ello, el gobierno se ha visto impulsado a construir varias instalaciones capaces de desalinizar y limpiar —por los derrames de petróleo— este recurso del mar para su consumo.

4.2.- DESCRIPCIÓN FÍSICA

Aproximadamente más de la mitad de la superficie de Arabia Saudita es desierto. El desierto de Rub al-Jali, también conocido como el Gran Desierto

de Arena o como el Rincón Vacío, se extiende sobre la mayor parte del sureste y más allá de los límites de la frontera meridional. El Rub al-Jali, en gran parte inexplorado, tiene 777.000 km² de superficie estimada. La parte del desierto de Siria que se introduce en el norte de Arabia Saudita y se extiende hacia el sureste, es conocida por an-Nafud, una altiplanicie desértica de arena roja que cubre 56.980 km² de superficie aproximada. Por otro lado, Ad-Dhana es una estrecha prolongación de este desierto que une an-Nafud y el Rub al-Jali.

La región de la meseta central, quebrada al este por una serie de elevaciones, y se extiende al sur desde an-Nafud es cruzada por los distintos *wadis* o cursos de agua, la mayor parte del tiempo secos, con la única excepción de la temporada de lluvias. Los límites occidentales de la meseta están delineados por una cadena montañosa que se extiende de noroeste a sureste a lo largo del extremo oriental de las regiones de al Hijaz y Asiria.

El punto más alto de Arabia Saudita es Jabal Sawda (3.133 m) y se encuentra en el suroeste del país. Entre esta cadena montañosa que tiene una altura de unos 1.220 m de promedio, y el mar Rojo, se encuentra localizada una estrecha planicie costera. En el este y a lo largo del golfo Pérsico se extiende una región baja conocida como al-Hasa que destaca por sus grandes depósitos de petróleo.

4.3.- SECTORES ECONÓMICOS

La agricultura representa 2,5% del PIB y emplea a 4% de la población activa. Es un sector poco productivo pese a las grandes inversiones del Estado. A causa de las limitaciones geográficas y climáticas que conforman su relieve (sequía), Arabia Saudita importa la mayor parte de sus necesidades agroalimentarias y de productos agrícolas. La escasez de agua es un problema serio en que el país debería abordar en los años venideros, ya que el cultivo del trigo amenaza con agotar las reservas de agua.

El sector industrial representa cerca de 60% del PIB. Está dominado por las actividades no manufactureras (extracción del petróleo). El país cuenta con las reservas petroleras más importantes del mundo y es también el mayor productor y exportador de petróleo del mundo. El petróleo supone más de

90% de las exportaciones del país y casi 80% de los ingresos del gobierno. La cuota del sector industrial, sin tener en cuenta el petróleo, está creciendo gracias a las inversiones del Estado saudí que persiguen una diversificación de la economía.

Por último, los servicios representan 38% del PIB. Se trata de un sector dominado por el turismo, los servicios financieros y bancarios, y los seguros. El turismo genera ingresos muy importantes (casi 4 millones de turistas al año), exclusivamente gracias a las peregrinaciones a La Meca.

4.3.1.- ENERGÍA

Arabia Saudita, capaz de extraer de su subsuelo más de diez millones de barriles de petróleo al día, es el mayor productor de esta fuente de energía del mundo. De estos, más de dos millones y medio los consume él, y el resto los exporta, lo que le convierte también en el mayor exportador. Debido a que el petróleo en el país está previsto que se agote en 2030 por el abuso del mismo tanto en el consumo como en la exportación, el gobierno empieza a plantearse a comenzar a usar con mayor frecuencia la electricidad. Por ello, en 2009, ya produjo unos 195 mil millones de kW, de los cuales consumía 175, localizándose en el puesto veinte en los respectivos rankings.

Otra fuente de energía abundante es el gas natural, de la que tiene unas reservas de más de ochenta y tres mil millones de metros cúbicos, lo que le hace el undécimo mayor poseedor y el noveno consumidor de ella. También cabe destacar que el gobierno no permite la exportación de esta fuente, por lo que toda su producción es consumida por sus habitantes.

Con la excepción de la zona de Asir, la permanencia de cuerpos de agua es prácticamente inexistente, por lo que la energía hidráulica está desaparecida. La alta temperatura de la zona y la radiación del sol, hacen que en el futuro sea la forma de conseguir ingresos.

4.3.2.- AGRICULTURA

La agricultura es un área prioritaria de desarrollo, ya que Arabia Saudita ha sido mucho tiempo importador de alimentos. La falta de agua ha hecho

disminuir en un 1% la superficie destinada a cultivos. Muchos de los técnicos y trabajadores extranjeros que trabajan en el país han sido destinados a proyectos agrícolas.

Los productos agrarios más importantes en Arabia Saudita a principio de la década de 1990 fueron: trigo, sandías, dátiles y tomates. También destaca la producción de cebada, sorgo, productos lácteos, cebollas, uvas, tomates y cítricos.

La ganadería engloba 5,7 millones de cabezas de ganado ovino, 3,4 millones de caprino, 176.000 de vacuno y 390.000 camellos. La ganadería se destaca por lo general en las zonas pobres del país.

4.3.3.- SILVICULTURA Y PESCA

Menos del 1% de la superficie de Arabia Saudita está poblada de árboles. El camarón es la única especie significativa y se captura en el golfo Pérsico.

4.3.4.- MINERÍA

Aparte del petróleo y de los productos relacionados con éste, los únicos minerales de interés extraídos en Arabia Saudita son caliza, yeso, mármol, arcilla, sal y oro.

4.3.5.- RECURSOS NATURALES

Arabia Saudita cuenta con fértiles oasis, muchos de los cuales permiten el establecimiento de pueblos y aldeas, y están esparcidos por los desiertos del país al norte de Rub al-Jali, y con grandes regiones de pastos que se encuentran en ad-Dhana y en la región de la meseta. Los grandes campos petroleros de Arabia Saudita se localizan en las zonas costeras próximas al golfo Pérsico. La vegetación es escasa a causa de la aridez general; hay varios tipos de árboles frutales, entre los que destaca la palmera datilera, y una amplia variedad de cereales y vegetales, que crecen en los oasis y en otros puntos donde hay agua. La fauna autóctona cuenta con especies como la hiena, el zorro, el gato montés, la pantera, el lobo, la gacela, el

antílope, el toro salvaje, el íbice, el avestruz, la avutarda, la codorniz y la paloma.

4.4.- CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Arabia Saudita tiene infinidad de instituciones sobre la tecnología y la ciencia, que normalmente suelen estar en las universidades e institutos, además de los laboratorios para los empleados científicos. El sistema nacional de innovación ha ido evolucionando de manera rápida desde 1998, cuando tenía 110 patentes hasta 2010, fecha donde ha conseguido las 443 patentes. En los últimos años, científicos locales han estudiado grandes avances para la biotecnología, como la construcción de generadores o pilas a base de frutas. Además, muchas empresas nacionales han invertido gran cantidad de dinero en plantas químicas del extranjero, con el fin de la obtención de sus recursos sin costes de importación.

Las tecnologías de Arabia Saudita han experimentado un rápido crecimiento en los últimos años. El mercado del mundo informático saudita es similar al de Argentina o al de Emiratos Árabes Unidos, ya que cada año gasta de media en este sector unos 3800 millones de dólares estadounidenses. Saudi Aramco, la compañía nacional del petróleo, firmó un acuerdo de cooperación con el Instituto Tecnológico de Massachusetts y de inmediato se convirtió en un miembro fundador de la iniciativa energética de esta institución. La firma de este acuerdo de relación tiene el fin de trabajar conjuntamente entre ambas instituciones para conseguir mayores avances tecnológicos y crear asociaciones a nivel mundial que fomenten la investigación.

Actualmente, solo tiene un satélite propio: el Arabsat y sirve para la transmisión sobre las previsiones del tiempo, no solo a nivel nacional sino también para los pequeños países del mundo árabe, con la excepción de Siria que cortó la transmisión a sus cadenas de televisión gubernamentales, a petición de la Liga Árabe.

La cultura cinematográfica está prohibida desde hace más de treinta años. No obstante, sí están permitidas algunas proyecciones que cumplan las

leyes del Islam, que tras esto se estudia la posibilidad de la apertura total del cine en todo el país. Eso sí, existen representaciones teatrales sobre cualquier tema, con la excepción de la pornografía, El teatro está abierto a todos los públicos.

4.5.- MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Las telecomunicaciones en el país son reguladas por la respectiva ley promulgada en 2001, y restringe la publicación en internet que injurie cualquier forma política y religiosa, y el incumplimiento de ello puede ser castigado hasta con la pena de muerte. Por ello, existen muy pocas cadenas de televisión y radio en el país, concretamente apenas hay unas quince del primer medio y un par de la segunda forma de difusión. También existen cinco cadenas de periódicos.

Las líneas telefónicas ascienden a más de cuatro millones, mientras que las líneas celulares llegan a casi cincuenta y dos millones, por lo que se localiza en el puesto treinta y nueve, y en el veinticuatro, en los rankings respectivos. Su prefijo de llamada es el 966. En cuanto a las estadísticas sobre internet, existen más de 147 mil de servidores y sirven para colocar sitios para que los lean los casi diez millones de usuarios, así que, se localiza respectivamente en los puestos setenta y siete, y treinta, respectivamente.

El código que se usa para las páginas web locales es: .sa para teclados con el alfabeto internacional و *عديو*; para los teclados con las letras en árabe.

4.6.- TRANSPORTE

El desarrollo económico de los últimos años ha favorecido el incremento y la modernización de la red de transportes y comunicaciones. Así por ejemplo, se han pavimentado una gran parte de los 101.458 Km. de carretera ya existentes, y se ha mejorado la línea de tren que une ad-Dammam con la capital, Riyad. Los puertos principales son: Jiddah en el mar Rojo y Ras at-Tan-

nurah en el golfo Pérsico; en este último se embarcan los crudos destinados a la exportación. El tráfico aéreo ha adquirido también gran importancia; se canaliza, sobre todo, a través de los aeropuertos de Jidday y Riyad.

Las red de carreteras saudíes forman una longitud de 221 372 km, de los cuales, solo 47 529 están pavimentados, a pesar de que el automóvil es el medio de transporte más utilizado. La red ferroviaria tiene una longitud de 1378 km y sirve solo para conectar la capital y las localidades principales entre sí. Por otra parte, cuenta con cuatro puertos situados en las ciudades de Dammam, Jaubayl, Yanbu al Bahr y Yida, y diez helipuertos.

También, cuenta con un total de 216 aeropuertos, a pesar de que solo ochenta tienen las pistas asfaltadas. Por ello, es el vigésimo séptimo país con más aeropuertos del planeta. Los más importantes son el Aeropuerto Internacional Rey Abdulaziz en Yida —más de diecisiete millones de pasajeros al año— y el Aeropuerto Internacional Rey Khalid en Riad —más de trece millones—. Saudi Arabian Airlines, principal aerolínea del país, opera desde estos aeropuertos a los principales puntos nacionales e internacionales de África, Asia y Europa, así como Nueva York y Washington en Estados Unidos.

4.7.- GASTRONOMÍA

El plato más consumido es el cordero, y suele estar acompañado de hierbas aromáticas u hortalizas. El primer plato, generalmente los protagonistas son las sopas y los purés. Como bebida para acompañar suele ser un zumo de frutas o simplemente agua, mientras que al finalizar el plato principal o en reuniones familiares se suele beber té. Por prohibiciones del Corán, el consumo de cerdo así como la bebida de cualquier líquido que contenga alcohol está prohibido independientemente de la religión a la que se esté asociado y esta ley se aplica estrictamente en todo el país.

Uno de los platos más típicos de Arabia Saudita, son los faláfel, que son croquetas hechas con judías Vainitas y garbanzos El pan tradicional muy utilizado en casi todas las gastronomías musulmanas —denominado Khubz—, está hecho de harina, agua, sal, azúcar y levadura, y sirve como acompaña-

miento en las principales comidas del día. En cuanto a los postres, los más consumidos son los yogures y los cafés, que se suelen tomar los descafeinados y se beben a una temperatura muy alta.

4.8.- CULTURA

La cultura de Arabia Saudita es conocida en todo el mundo, debido a sus peculiares características y a la gran cantidad de exposiciones sobre ella que se han hecho en muchos países. Esta está inspirada en torno al islamismo, su religión oficial, aunque tiene su origen antes de la llegada de estos a la península. Uno de los más antiguos conceptos de ella fue su literatura, porque su primera forma literaria que apareció fue la poesía en la Época preislámica, y esta se transmitía de forma oral entre los beduinos de los desiertos. Hasta el siglo XX, era de inspiración clásica y de tradición wahabbita. La música tiene mucho que ver con la poesía, ya que el canto se dedicaba a ello.

Ya entre los siglos VIII y XIII, se fue elaborando en las grandes ciudades y se fue influenciando por el folclore griego. La vestimenta tradicional consta de túnicas que cubren todo el cuerpo, así como el nicab que es una pieza de tela que le cubre la cabeza salvo en los ojos, para las mujeres.

4.9.- ARTE

Los principales lugares para ver manifestaciones del arte local, son los museos, especialmente el museo nacional en Riad, y el de arte contemporáneo en Yida. La arquitectura antigua estaba construida con piedra caliza en las zonas costeras y con arcilla en las zonas interiores, así como el uso de madera para la realización de los pilares y las vigas. Actualmente, las grandes ciudades poseen altos y modernos rascacielos, siendo el más importante el Kingdom Centre situado en su capital, pero el gobierno ha aprobado un nuevo proyecto para construir en Yida, uno de 1,6 kilómetros, lo que le convertiría en el más alto del mundo.

Los beduinos fueron los que trajeron la artesanía nacional, ya que su constante vida nómada le obligaba a tejer prendas gruesas para vestir y decorar sus medios de transporte. También tallaban mucho el metal para la realización de joyas y las vendían en los pequeños poblados del desierto. También hacían amuletos de plata y decoraban con piedras sus vestidos, así como el tallado de la madera para la fabricación de muebles.

En los últimos tiempos la pintura cada vez se pone más de moda, desde que sus principales manifestaciones que eran el paisaje arenoso hasta nuestros días, donde se puede ver a muchas personas por la calle pintando sus expresivas ideas.

4.10.- CLIMA

Con la excepción de la provincia de Asir, el país está caracterizado por su clima desértico con temperaturas extremadamente calientes durante el día y bruscos descensos por la noche, además de sus precipitaciones prácticamente nulas. También, por la influencia del clima subtropical, existen algunas variaciones en estos valores. Estas diferencias se pueden notar según se esté en la costa —donde son más suaves— o en el interior —donde son más bruscas—. Normalmente, las temperaturas máximas suelen ser en verano, y rondan los 45 °C —pero ha habido casos que han llegado hasta los 54 °C— y las mínimas suelen estar en los 29 °C de media, en las estaciones de otoño e invierno. En estas últimas, suelen llegar desde la zona del mar Mediterráneo, pequeños ciclones que culminan en la zona norte del territorio, aunque algunas veces, llegan hasta el este del país.

En cuanto a la zona de Asir, la temperatura es bastante suave durante todo el año, dando como promedio alrededor de los 20 °C. Las precipitaciones son excesivamente abundantes, a lo largo de los meses que hay entre octubre y marzo, por la influencia del clima monzónico que suele haber en muchos países con costa en el océano Índico. Estas precipitaciones dan más del 60% del total de todo el país, además de que gracias a esta zona sube la media de lluvia que es de unos 4 centímetros cada año.

4.11.- FLORA, FAUNA Y MEDIO AMBIENTE

A pesar de que el desierto es el bioma preponderante de la región, el territorio está dividido en seis ecorregiones: desierto y semidesierto del golfo Pérsico en la costa este, desierto costero nublado de la península arábiga en la mitad sur de la costa del oeste, sabana de piedemonte del suroeste de Arabia en las áreas de altitud media en el suroeste, monte alto del suroeste de Arabia en las montañas del suroeste, desierto y semidesierto tropicales del mar Rojo en la mitad norte de la costa oeste y varias áreas del norte y el oeste y desierto y monte xerófilo de Arabia y el Sinaí en la zona restante del país. Las zonas protegidas del país ocupan el 10% de la superficie total.

La flora saudí comprende 2281 especies de 853 géneros diferentes, entre ellos, nueve clases de gimnospermas y 27 de pteridófitas. Además, abundan alrededor de cincuenta especies de plantas semi o totalmente acuáticas. Las plantas principales son árboles (4,25%), arbustos (24,73%) y hierbas (71,02%). Su endemismo es insignificante en comparación con otros países de la zona como Omán o Yemen, ya que solo hay unas 200 especies endémicas en su territorio, apenas el 2,5% del total de su flora. Ejemplos de las especies más abundantes en el territorio son los árboles de incienso y mirra, así como las plantas de cafetos y qat. Los dátiles también cobran importancia en las zonas fértiles del sur.

Respecto a la fauna, el animal más distribuido es el camello, pero existen otros tipos, tales como el órice de Arabia, linceos, zorros y gatos monteses. En la fauna aviar, los animales más característicos son las avutardas y los halcones. En menor medida, existen algunos peces en las zonas costeras, además de numerosos escorpiones, lagartos y serpientes distribuidos por todo el país. Mención aparte debe tener el caballo árabe, proveniente de esta zona, es uno de los caballos más reconocidos del mundo, debido a su energía, fuerza e inteligencia.

V.- CONCLUSIONES

El país es una monarquía absolutista que, pese a los esfuerzos actuales para modernizarla, todavía se mantiene como un sistema feudal en el que la dinastía de los Al-Saud gobierna concentra toda la autoridad.

La Ley Básica adoptada en 1992 declara que los reyes de Arabia Saudita serán los descendientes del primer rey, Abdelaziz bin Saud, y que el Corán será la constitución del país, es decir, que se regirá por la Ley Islámica o Sharia.

No existen partidos políticos, ni tampoco elecciones, excepto las primeras elecciones municipales realizadas en 2005.

El rey es el mandatario absoluto, y su poder, al menos teóricamente, está limitado por los preceptos de la Ley Islámica y otras tradiciones saudíes. También debe mantener un consenso con otros miembros de la Familia Real, con los líderes religiosos (ulema) y con otros importantes miembros de la sociedad.

Los principales miembros de la Familia Real son los encargados de elegir al rey, que siempre será un miembro de esta familia, y con la subsiguiente aprobación de los líderes religiosos del país.

En resumen, existe un inmenso abismo existente entre los aristócratas, terratenientes y corte que rodea al soberano, y el pueblo bajo entregado al nomadismo, al pastoreo y a la agricultura, es impresionante y difícil de salvar.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

- www.arabia/actualidad20%politica.
- www.estados_arabes_economia_global
- www.arabia_y_el_petroleo
- www.religion/musulmana/saudita
- Enciclopedia Visor
- Enciclopedia “Encarta 2001”
- Revista I-surf. Editorial Norma. Lima 2010
- Revista Nueva Historia Medio Oriente.
- Pequeño Larousse.

La influencia de la cultura jurídica anglosajona en la globalización del proceso penal

The influence of the Anglo-Saxon legal culture in the globalization of criminal proceedings

César Hugo Flores Vergaray*

Magister en mención Derecho Penal - UNMSM

SUMARIO: *Introducción.*

1.- La globalización como fenómeno de integración.

2.- El sistema jurídico anglosajón.

3.- El avance de la cultura anglosajona.

4.- Comparación con el sistema continental.

5.- Aproximaciones de ambos sistemas.

6.- La globalización del proceso penal.

7.- La adaptación de la cultura policial de investigación a la cultura nacional del proceso penal.

8.- El cambio de mentalidad y la adaptación cultural.

9.- Conclusiones. Bibliografía.

* Coronel de la Policía Nacional del Perú. Agregado Policial en Brasil.

RESUMEN

El presente artículo trata de exponer y analizar el tránsito necesario de una cultura jurídica hacia otra tradición procesalista, debido a la primacía y avance de los principios de los Derechos Humanos. La necesidad de adaptar todo el sistema de investigación y de juzgamiento, nos lleva a un mundo de nuevas prácticas que requieren de un cambio de mentalidad de los sujetos procesales y con ello propender a un sistema garantista y eficiente.

Este tránsito procesalista penal y una mudanza en las nuevas prácticas, hace que el nuevo modelo se extienda por todo el continente y el mundo entero. Latinoamérica que tiene cultura inquisitiva de influencia continental, civilista y romano germánico, se ha visto obligada a aceptar la implantación del nuevo Código Procesal Penal, cada país con propios estilos de implantación, por cuestiones internas de naturaleza económica y política. Esta situación ha llevado, en el caso específico del Perú, a ciertos problemas que hacen de este nuevo sistema, un problema de eficiencia y por tanto de credibilidad de la población. Sin embargo, en este análisis se ha podido determinar que el problema no proviene del contenido de la nueva norma, sino de resistencia cultural y de determinación de los sujetos procesales, entre ellos la Policía Nacional del Perú, cuyas actuaciones, plasmadas en medios probatorios, cuando son postulados no se pueden insertar válidamente al proceso penal, y aun logrando incorporarlos, durante el proceso son desvalorados por vicios e inobservancias de los principios que rigen el nuevo sistema.

Para dar solución a este impasse, se hace necesario aceptar que el fenómeno de la globalización, nos lleva necesariamente a adoptar nuevas prácticas aceptadas y estandarizadas en un mundo moderno. En este proceso de globalización, las culturas anglosajona y la continental, se han prestado cada cual sus principios y sus estilos; en este proceso las prácticas que provienen del derecho inglés y más específicamente del angloamericano, han ganado terreno y por tanto es la más aceptada toda vez sus principios coinciden con los postulados de los Derechos Humanos.

Este artículo trata, casualmente, de estudiar los impactos de la globalización jurídica, para que sea aceptado en un mundo socio – económico – político. Se denota que en este mundo moderno los principios de la cultura anglosajona, basada en el common law, trata de analizar los casos en base a las jurisprudencias

y a los hechos en sí, antes que en las normas, y por ello en una comparación con el modelo continental, se puede experimentar el avance irreversible de la influencia anglosajona. Si bien se aceptan las inspiraciones de ciertos rasgos de cada sistema jurídico, es prevalente el accionar anglosajón, porque es más práctico y se aproxima a las necesidades de celeridad, publicidad y transparencias, entre otras cualidades más. Esta situación nos conlleva a afirmar que las cuestiones de principios universales y de practicidad, nos empuja hacia un sistema estandarizado aceptado por el Derecho, hacia un sistema irreversible, donde el cambio de cultura y mentalidad, va más allá de buscar la persecución y combate eficiente y eficaz del delito, va hacia la búsqueda de la inserción de nuestro país en una cultura de modernidad y de democracia, donde prima la dignidad de la persona humana por encima de cualquier interés social o del Estado.

En este cambio de sistema, no es ajeno el cambio de procedimientos de los investigadores criminales, puesto que son sujetos procesales con el nuevo Código Procesal Penal. En este caso, los policías combinan ambos sistemas; con el sistema inquisitivo de tradición continental, obtiene su espíritu centralista de una policía de alcance nacional, porque es necesario que su accionar trascienda fronteras por la naturaleza compleja de las modalidades criminales. El sistema garantista de tradición anglosajona, que aporta sus principios de publicidad, oralidad, celeridad, transparencia; exigen a los policías adoptar nuevas práctica, con la finalidad de postular y lograr incorporar los actos de investigación y medios probatorios, en forma válida al proceso penal.

Este trabajo, busca enervar las inquietudes de los investigadores para realizar estudios más profundos de los impactos de la aplicación del nuevo sistema procesal, y con ello proponer soluciones adaptables, aceptables y practicables, que propenda a una solución integral del problema, logrando el fin ético del Derecho: la paz social.

PALABRAS CLAVES:

Globalización jurídica – Cultura anglosajona – Proceso penal.

ABSTRACT

This article tries to expose and analyze the necessary transit of a legal culture towards another tradition trial, because of the primacy and advancement of the principles of human rights. The need to adapt all the system of investigation and prosecution, takes us to a world of new practices that require a change of mindset of the procedural subjects and thereby encourage a system guarantees and efficient.

This transit criminal trial and moving in new practices, makes extending the new model by the continent and the whole world. Latin America which has inquisitive culture of continental influence, civil law and Germanic Roman, has been forced to accept the implementation of the new code of criminal procedure, every country with own styles of introduction, by internal issues of economic and political nature. This situation has led, in the specific case of the Peru, to certain problems that make this new system, a problem of efficiency and credibility of the population. However, in this analysis it has been able to determine that the problem does not stem from the contents of the new standard, but of cultural resistance determination of procedural subjects, among them the national police of Peru, whose actions, reflected in evidence, when they are postulates cannot be inserted validly to the criminal process, and even managing to incorporate them, while they are eager for vices and neglect of the principles governing the new system.

To solve this impasse, it is necessary to accept that the phenomenon of globalization, necessarily leads us to adopt new practices accepted and standardized in a modern world. In this process of globalization, the continental and Anglo-Saxon cultures will have given each their principles and

styles; in this process the practices that come from the right English, and more specifically of the Anglo-American, have gained ground and therefore it is the most widely accepted as his principles coincide with the tenets of human rights.

This article is, coincidentally, studying the impacts of legal globalization, to be acceptable in a socio - economic - political world. It is denoted that in this modern world the beginnings of the Anglo-Saxon culture, based on the common law, tries to analyze the cases on the basis of the jurisprudence and the facts

itself, rather than in the rules, and therefore in a comparison with the continental model, you can experience the irreversible advance of the Anglo-Saxon influence. While the inspirations of certain features of each legal system are accepted, is prevalent because it is more practical and is approaching the needs of speed, publicity and transparency, among other qualities more Anglo-Saxon, triggering. This situation leads us to affirm that you issues of universal principles and practicality, pushes us towards a standardized system accepted by law, towards an irreversible system, where the change of culture and mentality, goes beyond search persecution and efficient and effective combat of crime, go searching for the insertion of our country in a culture of modernity and democracy where the dignity of the individual compared with any social or State premium.

In this change of system, is no stranger to the change of procedures of criminal investigators, since which are procedural subjects with the new code of criminal procedure. In this case, the policemen combine both systems; with the inquisitorial system of continental tradition, gets his centralist spirit of a national police force, because it is necessary that its actions beyond borders by the complex nature of the criminal modalities. The system guarantees of Anglo-Saxon tradition, which brings its principles of advertising, orality, speed and transparency; demand the police adopt new practice, in order to apply and achieve incorporate acts of investigation and evidence, in valid form the criminal proceedings.

This paper seeks to enervate the concerns of researchers to conduct more in-depth studies of the impacts of the implementation of the new system of Justice, and thus propose solutions adaptable, acceptable and practicable, that contributes to a comprehensive solution of the problem, making the right ethical order: social peace.

KEY WORDS:

legal globalization - Anglo-Saxon culture - The criminal process.

INTRODUCCIÓN

La globalización es un proceso histórico, que permite la integración de las actividades humanas, producto de la velocidad de las comunicaciones. En este proceso, no ha sido ajeno el sistema jurídico, especialmente el proceso penal, toda vez que también el delito se ha globalizado, lo que los investigadores criminales denominan “*delitos transnacionales*”. Siendo necesario, adoptar procesos estandarizados y aceptados por la comunidad internacional.

Para esta estandarización, ha sido necesario tomar como referentes a 2 grandes sistemas jurídicos: el anglosajón y el continental. *El primero*, que contiene principios y características más acordes con los preceptos de los Derechos Humanos, con reglas más flexibles y adaptables al paso del tiempo, *el segundo*, con principios tradicionales de la cultura inquisitiva, con reglas rígidas, y desprecio a los más elementales preceptos de garantías de un debido proceso. Uno y otro sistema, se prestan algunos tópicos procesales; sin embargo es innegable aceptar que la pugna lo va ganando el sistema anglosajón; puesto que casi la totalidad de las naciones del mundo, van incorporando a sus normas procesales, los principios de oralidad, contradicción, inmediatez, intermediación, con la finalidad de entrar en la velocidad que imprime la globalización.

Consciente de que es necesario efectuar estudios y análisis de nuestra realidad socio jurídica y del mundo circundante, se desarrolló una indagación sobre la *influencia de la cultura jurídica anglosajona, en la globalización del proceso penal*. Para ello, se recurre al análisis de las teorías, doctrinas y estudios de connotados juristas, que nos permite aproximarnos al amplio bagaje de informaciones relevantes, procesar posiciones culturales y jurídicas, y aproximarnos a algunas conclusiones, que permita aportar ideas para la comunidad académica, y sirva de acicate para impulsar estudios más profundos al respecto.

Los sistemas procesales penales en el mundo, cada vez y con mayor rapidez, buscan posicionarse, para un desenvolvimiento más acorde con las veloces transformaciones de las sociedades y naciones, producto de la globalización. Se habla de la existencia de cuatro grandes sistemas jurídicos universales: el sistema conocido como “*common law*”, de corte anglosajón; el sistema de corte romano-germánico o de tradición de Europa continental (el que se

dice ha influenciado mucho a la normatividad latinoamericana); el sistema jurídico de los países asiáticos, y los sistemas de derecho derivados de criterios religiosos. De estos sistemas jurídicos, los predominantes y que buscan ese posicionamiento mundial son: el sistema continental (con bases en civil law)¹ y el sistema anglosajón o angloamericano (con bases en el common law)².

Estos sistemas jurídicos exhiben, sus cualidades y defectos, sus potencialidades y debilidades; sin embargo, para hacerlo aceptable en el contexto actual, se tendría que cotejar los principios, que cada uno exhibe, con respecto a los principios de los Derechos Humanos³, principios que son referentes constitucionales de los países democráticos del mundo moderno; y precisamente, son los preceptos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los que le han impregnado mayor velocidad al proceso de globalización jurídica.

El sistema jurídico que rige en los países latinoamericanos, entre ellos el peruano, ha sido, y aún continúa siendo, regido por el sistema continental, cuyos principios se apoyan en un sistema inquisitivo medieval⁴ y en un procedimiento basado en la escrituración de todo los actos y procedimientos; principios que ante el avance de los tiempos modernos, van quedando en la obsolescencia, inconveniencia e impertinencia para su aplicación. En el avance incontenible de los principios anglosajones y especialmente los angloamericanos, que contienen principios jurídicos coincidentes con los Derechos Humanos, y

1 **Derecho Civil (o la ley civil)** es un sistema jurídico originado en Europa, intelectualizado en el marco de finales de derecho romano, y cuya característica más frecuente es que sus principios básicos están codificados en un sistema referible que sirve como la principal fuente de derecho.

2 **La familia jurídica anglosajona o common law surge en Inglaterra, y es observado por la mayor parte de las naciones de habla inglesa. La tradición del sistema anglosajón se distingue por la creación de sus normas a través de decisiones contenidas en las sentencias judiciales o jurisprudencia (adoptan el nombre de precedentes).**

3 **Declaración Universal de los Derechos Humanos** aprobada y proclamada el 10DIC1948, incluye un Prámbulo y 30 artículos. Los 30 artículos de la Declaración contienen una proclamación de principios y de derechos.

4 **El Proceso Penal Inquisitivo o Proceso Inquisitorial, tipo de proceso penal utilizado por la Inquisición española. La base jurídica en que se apoyaba el Tribunal del Santo Oficio era el mismo que servía de fundamento al Derecho Penal y Procesal de todos los Tribunales Penales de los reinos de la Europa continental desde el siglo XIII al XVIII.**

sus *incorporaciones o adaptaciones* inevitables a los demás sistemas; hace que hoy nos encontremos en una Latinoamérica, implementando y consolidando los nuevos códigos procesales penales.

En el Perú, las Constituciones del 79 y del 93, acogieron los principios de los Derechos Humanos, específicamente en lo relacionado a los derechos fundamentales (principio de inocencia, debido proceso, etc.). Sólo había que darle forma a una norma procesalista; es así que el 29 de Julio del 2004, se promulgó el Decreto Legislativo N° 957 “*Nuevo Código Procesal Penal*”, con ello el inicio de una reforma integral del sistema jurídico nacional. La envergadura de la reforma constitucional en materia penal representa no sólo una parte en los sistemas de procuración e impartición de justicia, sino un verdadero cambio de paradigma en todos los actores que conforman un Estado democrático de Derecho. Nace un nuevo sistema penal que transita del procedimiento inquisitivo al garantista, con sus principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; pues como es sabido, el sistema garantista - acusatorio, en esencia dialéctico⁵ - ⁶; es un modelo contrapuesto al inquisitivo, que tiene su base en el principio de autoridad, este sistema inquisitivo partía, precisamente, en inquisición general del delito, para después aproximarse a la figura del autor, al cual se le debía imputar el delito en inquisición especial.

El cambio de paradigma, de un sistema inquisitivo a otro acusatorio, es revolucionario y a la vez constituye un cambio de cultura, un cambio de prácticas procesales tradicionales estáticas a formas dinámicas participativas, reflexivas, cuyas decisiones finales no estarán basadas en tasas legales estrictas, sino de una libre convicción, basadas en la valoración de las pruebas presentadas por los sujetos procesales. Estos sujetos procesales, entre ellos la Policía Nacional, más específicamente los policías que realizan investigación criminal, mantienen una férrea resistencia al cambio, so pretexto de que el nuevo sistema jurídico procesal penal, por ser importada de otro sistema con realidades sociales diferentes al Perú, convierten la persecución del delito en ineficiente,

5 Lamas Puccio, Luis (2010). “*Importancia de la dialéctica en el nuevo modelo procesal penal*”. Ed. Alerta Jurídica de El Peruapo. Lima - Perú.

6 Calamandrei, Piero (1952). “*Ciclo Proceso y Democracia*”. Universidad Nacional Autónoma de México.

creando un manto de impunidad. Pensamiento y sentimiento que comparten otros sujetos procesales, y que conlleva a la aparición de obstáculos, para la consolidación de este novísimo sistema, y por tanto poniendo en riesgo la credibilidad y seguridad jurídica ante la comunidad internacional, en el marco de la globalización de los sistemas que rigen la vida democrática, social, financiera, política y jurídica del mundo.

En la búsqueda de algunas respuestas al problema, que contribuya en mejorar la percepción y expectativa por una justicia real, que alcance los fines éticos del Derecho Penal y que contribuya a la paz social; se hace pertinente hacernos la siguiente pregunta:

¿Cómo influyen los principios jurídicos del sistema anglosajón en los nuevos sistemas jurídicos procesales penales en los países latinoamericanos, en el marco de la globalización jurídica?

1.- LA GLOBALIZACIÓN COMO FENÓMENO DE INTEGRACIÓN

La globalización ha generado hondas repercusiones en todos los ámbitos: la Economía, la Cultura, la Política, el Derecho, etc. Se trata de manifestaciones que no se ciñen a una lógica única, que no repercuten por igual en las diversas sociedades, grupos, empresas o sectores de la producción; que adoptan la forma de verdaderas redes conformando una auténtica “*geometría variable*”. En fin, fenómenos que crean nuevos patrones de desigualdad y jerarquía, pero también renovadas e inéditas posibilidades de acción social.

Es tan avasallador el influjo de estos fenómenos que algunos teóricos auguran, incluso, el derrumbamiento de toda la dogmática jurídica como disciplina construida a lo largo de los años. De igual forma, no debe olvidarse que como este patrón globalizado es impuesto desde los países centrales hacia los de la periferia, la concepción del Derecho que se quiere imponer está claramente enfocada en defensa de los intereses predominantes, dejando de lado la regulación directa de las conductas, olvidando que cualquiera sea el nuevo orden mundial en los planos político, económico y jurídico, jamás se podrá arrasar con la dignidad del ser humano. De todas maneras, es evidente que se observa

un desajuste entre el nuevo orden social y económico y las instituciones jurídicas vigentes, lo cual genera un *cambio de paradigma en el ámbito del pensamiento jurídico que parece insuperable*. Como lo ha expresado ARNAUD:

“... nuestros Derechos fueron forjados, repitámoslo, para un mundo de mercaderes. Nuestros legisladores supieron adaptarlos, en función de las circunstancias, hasta la revolución global introducida por la irrupción repentina, vehemente, implacable de la ley del mercado — irrupción sin vuelta atrás posible, puesto que no se trata sólo de un simple enfucido —. No nos enfrentamos a una vieja ganadora remozada, sino a una especie de Fénix. La globalización nos lleva la delantera y hemos de recoger el guante. El futuro será lo que hagamos de él, a condición de que empecemos por volver a pensar nuestros derechos”.

2.- EL SISTEMA JURÍDICO ANGLOSAJÓN

Aunque es cierto que los *sistemas anglosajones*, frente a aquellos otros que conocemos como continentales, presentan un mínimo denominador común, un núcleo duro idéntico, no obstante, un análisis en profundidad de la realidad nos permite apreciar claras diferencias entre los distintos países que constituyen este bloque, pues no es posible hablar de una cultura anglosajona uniforme, en la medida en que existen muy distintos sistemas del common law⁷, atribuidos a casi todos los países de habla inglesa, pero cabría destacar, por su importancia, básicamente dos sistemas jurídicos: el *Derecho inglés*, que ha ocupado históricamente el puesto más relevante, y el *Derecho estadounidense*, desgajado del tronco madre de la antigua metrópoli, Inglaterra, y de enorme trascendencia en nuestros días, con caracteres propios y peculiares.

La familia jurídica del common law, es un sistema jurídico que se caracteriza por basarse más en la jurisprudencia, se basa en el análisis de las sentencias judiciales y en la interpretación que en estas sentencias se dan a las

7 Piero Sereni, «L'equity negli Stati Uniti», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 2-3 (1952), pp. 311 y ss., y en *Studi di Diritto Comparato*, I, Milano, 1956, pp. 68-147.

leyes, por esto es que las leyes pueden ser ambiguas en muchos aspectos, ya que se espera que los tribunales las clarifiquen. Este es el motivo por el cual en Estados Unidos aún se enseñan normas de la época colonial inglesa y en la equidad. El análisis de las sentencias judiciales dictadas por el tribunal y en sus interpretaciones, forman un conjunto de normas no escritas (*unwritten*) y no promulgadas o sancionadas (*unenacted*). Se fundamenta, por tanto, en el Derecho adjetivo o formal (*adjective law*) de carácter eminentemente jurisprudencial. De ahí, el dicho comúnmente utilizado por los juristas anglosajones de *Remedies precede rights*, que podría traducirse por “*la acción crea el Derecho*”, y que hace referencia a que son las acciones o los procedimientos judiciales interpuestos antes los tribunales los que dan pie a las decisiones de los jueces que, a su vez, crean el Derecho.

3.- EL AVANCE DE LA CULTURA ANGLOSAJONA

Es común afirmar⁸

“...que el proceso penal anglosajón ha ido ganando terreno frente el proceso penal de origen continental; por lo menos en lo que corresponde a la cultura jurídica de Occidente de los últimos sesenta años, la tendencia parece estar marcada por una orientación a los modelos procesales de Estados Unidos y Gran Bretaña.

Pues los principios, características y cultura del sistema anglosajón y/o angloamericano, se aproximan a los principios de los Derechos Humanos, se ajustan a la necesidad creciente de descongestión de cargas procesales y burocráticas y a la necesidad de promover una función dialéctica en un proceso donde se deciden la libertad de personas y otros derechos. Vega (2010), afirma que la Corte Penal Internacional, incorpora principios que se practican en el sistema anglosajón:

“...el Estatuto es el resultado de la balanza entre los diferentes sistemas jurídicos existentes que establece un sistema mixto en sus procedimientos

8 Paulina Vega González. (2010). “La tradición jurídica anglosajona y Derechos Humanos”. ND.USA.-México.

tos en los cuales podemos encontrar tanto algunos aspectos derivados del sistema civil, pero principalmente del sistema anglosajón”.

Los países en este proceso de globalización, entre ellos el Perú, manejan una permanente inclinación, por incorporar a sus legislaciones internas, los principios y algunas características del Derecho comparado y especialmente de los que rigen el sistema jurídico anglosajón o angloamericano, sin embargo se advierte que existen diferencias de país a país⁹, en cuanto a los puntos de vista y a las valoraciones realizadas sobre la recepción de dichos modelos. Mientras que en los países de América Latina la preocupación por incorporar los componentes procesales del sistema anglosajón es relativamente reciente y además está fundada generalmente en motivos políticos¹⁰, en algunos países europeos se cuenta con una larga tradición de discusión doctrinal que de alguna manera ha vislumbrado los problemas a los que se enfrenta esta influencia, tanto desde el punto de vista práctico como del teórico¹¹.

La circunstancia de que el *proceso de talante continental hubiese optado por métodos tan aberrantes como la tortura para la averiguación de la verdad a través de un proceso carente de garantías*, es lo que lleva continuamente a generar comparaciones con el modelo anglosajón, en los que el *modelo británico se presenta como el rectificador de viejas prácticas judiciales*.

4.- COMPARACIÓN CON EL SISTEMA CONTINENTAL

La principal diferencia entre el sistema continental y el sistema anglosajón radica en la jerarquía existente entre las diversas “fuentes” de esos derechos. El Derecho anglosajón es un sistema “*jurisprudencial*”, en tanto la principal fuente del mismo son las sentencias judiciales, las cuales tienen un carácter “*vinculante*”. En cambio, el Derecho continental, debido a la influen-

9 **Edmundo Hendler**. “*Sistemas procesales penales comparados*”. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

10 **Maier, Ambos y Woischnik**: *Las reformas procesales penales en América latina*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

11 **Mirelle Delmas-Marty**: *Procedure Penali d'Europa*, Padua: Cedam, 1998, ed. italiana de Mario Chiavario.

cia del derecho romano, es un Derecho eminentemente “legal”, en tanto la principal fuente del mismo es la ley. En el sistema continental, las sentencias emitidas anteriormente por otros jueces no tienen carácter “vinculante” para el resto de los magistrados, es solamente referencial.

Desde el punto de vista de la *jurisprudencia*, puede decirse que, mientras en el *sistema anglosajón* cada fallo de cada juez sienta una base jurisprudencial firme y con rango de norma legal, esto no ocurre en el *sistema continental*, en el cual poco importa que existan numerosas sentencias concordantes respecto de determinado asunto. En el sistema continental *solo las sentencias del Tribunal Supremo sientan jurisprudencia y pueden ser citadas, mientras que las demás sentencias tan solo sientan precedente*. La única excepción que, dentro del sistema continental, existe para este principio general, son los llamados “*fallos plenarios*”, que vienen a ser un acuerdo respecto de una única interpretación para determinada norma, y tiene carácter vinculante, por lo cual, debe ser seguida por todos los jueces; se constituye en el único caso, dentro del ámbito del sistema continental, en que los precedentes judiciales resultan obligatorios para los jueces, exigiéndose como único requisito para tal condición, que el acuerdo plenario *así lo disponga expresamente*, caso contrario sólo tendrá calidad de “doctrina legal” no vinculante.

En el sistema continental, el Derecho procede de la «deducción», descendiendo del principio jurídico abstracto al caso particular. En el anglosajón, por el contrario, se asciende, por «inducción», del caso particular al principio jurídico general. La concepción que impera en los sistemas continentales es una concepción racionalista, normativista y formalista del mundo, frente al empirismo y el realismo anglosajón. En aquéllos domina la generalización frente al casuismo de éstos, la teoría frente al espíritu práctico. Es un estado de espíritu, fundado sobre *la sólida costumbre anglosajona de tratar las cosas y solucionar los problemas «conforme se van presentando», en lugar de «anticipar» su solución por medio de fórmulas abstractas universales, como hacen los sistemas continentales*.

5.- APROXIMACIONES DE AMBOS SISTEMAS

En la actualidad, la diferencia entre ambos sistemas es cada vez menos, ya que la insatisfacción con los esquemas existentes, persiste en ambas ramas de la tradición procesal Occidental, se esperaría que los países del common law buscaran inspiración en los países del derecho civil, y que igualmente los países del derecho civil se sintieran atraídos por las instituciones procesales de procedencia anglosajona. Después de todo, *el pasto generalmente parece más verde en el jardín del vecino*. Curiosamente, sin embargo, el movimiento de las ideas de reforma entre las dos culturas procesales ha sido casi exclusivamente en un sólo sentido:

“...las instituciones que están asociadas con los sistemas del common law de procedimiento penal, ejercieron una influencia sobre los sistemas estructurados en la tradición civilista. Casi no ha habido movimiento alguno en el sentido contrario”¹².

Antes de que consideremos las causas de esta asimetría, vale la pena recordar lo que implica el contraste entre los sistemas contemporáneos de procedimiento penal angloamericano y el de Europa continental. El anglosajón es acusatorio y el continental quiere maquillar con un acusatorio-inquisitivo, pero termina siendo una variante del inquisitivo, lo que imposibilita una aproximación sincera de los procedimientos.

6.- LA GLOBALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

En esta época de grandes transformaciones producto de la globalización, el proceso penal no ha sido ajeno a las presiones intensas a favor del cambio. Dos fuentes poderosas de estas presiones se pueden identificar inmediatamente. *La primera* de ellas es de carácter pragmático. Tanto en el mundo desarrollado como en los países en desarrollo, las condiciones de la modernidad han producido un aumento vertiginoso en el número de casos que ingresan al sis-

12 Commission's Report, Cm. 2263 (1993). "English Royal Commission on Criminal Justice". U.S.A.

tema de justicia penal. Pero debido a que los procesos tradicionales no fueron diseñados para funcionar en esta escala ampliada, ha surgido la necesidad de racionalizar el esquema procesal.

La segunda fuente de presiones es una cuestión de principio, o de ideología procesal, si se quiere. Se le ha llamado de diversas maneras, como preocupación por que sea justo, debido proceso o derechos humanos. La preocupación se ha consagrado en los instrumentos básicos para la protección internacional de los derechos humanos, muchas constituciones y legislaciones a nivel nacional han seguido esta tendencia, y manifiestan mayor sensibilidad y comprensión que antes por el trato adecuado de los individuos que se encuentran envueltos o enredados en el proceso penal. Sin embargo, a pesar de esta tendencia, en un número cada vez mayor de estados, las reformas para garantizar el debido proceso ya no pueden ser un gesto vacío por parte del legislador: las personas cuyos derechos humanos han sido violados tienen cada vez más posibilidades de reivindicarse ante los tribunales constitucionales de sus propios países o, en algunas partes del mundo, ante tribunales internacionales.

Paralelamente, las instituciones procesales anglosajonas o angloamericanas han ganado momentum; porque los principios e instituciones que promueven, coinciden con lo pregonado por los Derechos Humanos. El malestar con las formas procesales asociadas con un Estado excesivamente controlador creó un clima hospitalario para la adopción de formas procesales "adversariales". Siendo éstas *directamente prestadas de los países angloamericanos*, o indirectamente, por medio de su adaptación por parte de algunos países de Europa Occidental

7.- LA ADAPTACIÓN DE LA CULTURA POLICIAL DE INVESTIGACIÓN, A LA CULTURA NACIONAL DEL PROCESO PENAL

En el plano policial comparado, existe las influencias de los dos sistemas jurídicos analizados: *Influencia continental europeo*, que se caracteriza por su fuerte centralismo, por lo cual la defensa de la seguridad descansa en cuerpos nacionales. *La Influencia anglosajona*, la policía británica con una peculiar y carismática imagen de la función policial. Así frente al origen mili-

tar de las policías de modelo continental o francés, la policía británica y más exactamente inglesa, se ha formado con civiles que han ajustado siempre su actuación al principio que hoy se llama de “*policía de proximidad*”.

La globalización ha fomentado cambios en la situación económica, social, política y cultural de los países. El tema de policía no ha sido la excepción¹³, y son varios los analistas que buscan descifrar y examinar las consecuencias de las tendencias globales en las instituciones policiales. En este sentido, las funciones policiales tienden a una mayor especialización y compartimentación entre las distintas agencias gubernamentales. Así, las diversas especialidades, como la inteligencia, la investigación criminal y los servicios de vigilancia, adquieren un gran protagonismo para garantizar la gestión del conocimiento. Siendo necesario modernizar las instituciones policiales con reformas estructuradas, para el cumplimiento de los nuevos retos, como es la implementación en la región y a nivel mundial del nuevo sistema procesalista penal.

Pues, como se indicó en el presente análisis, el sistema anglosajón gana protagonismo, frente al continental en la globalización del proceso penal; para ello *utiliza la inducción, basado en las evidencias para llegar a una generalización*. En contraparte el sistema continental usa la deducción, o sea parte de una hipótesis, de una generalidad obtenida de una teoría o un conocimiento previo, para suponer un evento criminoso, y en base a ello inquirir al presunto culpable, o sea esta técnica procedente de la antigua doctrina de investigación criminal, hace suposiciones e investiga condicionado por un esquema mental particular y, por tanto, corre el riesgo que se concrete ese esquema mental particular preestablecido. Ese tránsito de una cultura a otra, nos obliga a un cambio de los esquemas de la investigación criminal, porque como parte del proceso penal, necesariamente transita el mismo camino.

Los crímenes, tampoco son ajenos a la globalización, los infractores usan hábilmente las ventajas de la tecnología y las comunicaciones, los de repercusiones nacionales y los transnacionales plantean nuevos retos a los cuer-

13 Catalina Bello Montes (2012). *MSc in Sociology of Crime, Control and Globalization*. Asesora del Grupo de Soporte y Seguimiento Estratégico de la Subdirección General de la Policía Nacional. Bogotá, D. C., Colombia.

pos de investigación criminal. Este es el punto, en que los rasgos particulares de cada sistema procesal pueden combinarse. La organización típica de los policías del sistema continental, son de estructura nacional, esto es necesario para enfrentar las organizaciones criminales de naturaleza compleja y con operaciones que trascienden las fronteras; dado que la organización policial del sistema anglosajón, tiene estructura de enfoque local, y que tendría dificultades para desbaratar criminales que operan a nivel nacional y/o internacional.

Complementariamente, a la necesidad de adaptar una estructura nacional para tener mayor ámbito de operatividad, no se debe perder de vista la imperiosa necesidad de que la investigación criminal debe transitar, obligatoriamente, por el camino de los principios del sistema anglosajón, puesto que es el sistema que aporta a la nueva corriente globalizadora, aplicable a los nuevos códigos procesales penales de los países democráticos del mundo contemporáneo.

8.- EL CAMBIO DE MENTALIDAD Y LA ADAPTACIÓN CULTURAL

En la época del oscurantismo, denominado así a la edad media, por el escaso o nulo aporte a la ciencia y el conocimiento humano, llevó a la mistificación excesiva de las divinidades como una búsqueda impotente para dar respuesta a los fenómenos naturales, sociales y culturales, que requerían respuestas científicas. Este escenario funesto, fue aprovechado por organizaciones religiosas, entre ellas la iglesia católica que alcanzó su máximo esplendor y poder. Como a todo poder le franquea una especie de licencia para imponer reglas y sanciones, la iglesia católica impone la perversa Santa Inquisición para castigar a personas que ellos consideraban herejes. Esa forma de administrar reglas y sanciones, se extendió para administrar justicia en el campo penal.

Cuando comienza el tránsito hacia la edad moderna, cuando los países de Europa, empiezan a disfrutar de las luminarias filosóficas, artísticas, científicas y culturales, España y Portugal se encuentran enfrascados en la observación del "huevo de Colón", en un proyecto netamente egoísta y ambicioso, de cómo llegar a las indias orientales viajando por occidente, infelizmente América se cruzaría en esa travesía. Trayéndonos, los ibéricos, bajo la espada y la cruz, la cultura, el idioma, las costumbres y sus enfermedades que acabó con

casi la totalidad de los nativos, nos inoculan el chip medieval, feudal e inquisitivo, que hasta ahora, y probablemente hasta muchas generaciones venideras prevalecerán.

El sistema continental, que utiliza principios inquisitivos de esa funesta edad media, fue impuesto a Latinoamérica, que hoy, en el proceso de globalización jurídica, sufre de sobremanera. Pues, la globalización que va adquiriendo más y más principios anglosajones y de los Derechos Humanos, exige un tránsito necesario y urgente hacia ese sistema, utilizando principios como el debido proceso, de la inocencia, de la oralidad, de la contradicción, del derecho a la defensa, de la publicidad, la celeridad, la igualdad de armas, etc., principios que son opuestos a los de la Santa Inquisición como la presunción de culpabilidad, el secretismo, la escrituriedad, la prevalencia del Estado sobre la persona, la detención necesaria, etc., en la cual el detenido es fuente información y por ello había que hincarlo e hincarlo, para que la información proporcionada ayude a probar las hipótesis que el investigador y el fiscal se habían planteado de antemano, una especie de respuesta tentativa o adivinada de cómo habían sucedido las cosas y sus presuntos responsables (presunción de culpabilidad).

Ese chip instalado en la mente y conciencia de los sujetos procesales, viene a constituirse en el mayor obstáculo, y, por tanto, en el mayor reto de los países continentales, para lograr un tránsito exitoso de culturas y paradigmas, que garantice el éxito del nuevo sistema procesalista penal en los países conquistados por los ibéricos. *En primer lugar*, toda persona tiene que entender que somos pasibles de cometer errores e infracciones contra la sociedad, culposa o dolosamente, que tenemos derecho a la defensa legal y no incriminarnos ante cualquier presión y procedimientos prohibidos, sin embargo, tenemos el derecho y el deber de reconocer espontáneamente los errores cometidos y buscar la rehabilitación. *En segundo lugar*, el policía investigador tiene que dejar de lado, las prácticas y metodologías basadas en la deducción, que obliga a planear hipótesis, y con ello acoger el caduco principio de culpabilidad proveniente del sistema inquisitivo, más por el contrario, siguiendo el principio de inocencia, debe seguir la metodología de la inducción, por lo que en base a sus observaciones y experimentaciones, pueda construir la teoría policial, que fluya naturalmente del análisis de las informaciones y medios de prueba legalmente obtenidos. *En tercer lugar*, el fiscal debe comprender y asumir

su inmensa responsabilidad, como director de la investigación preparatoria en conjunto, entender que las salidas alternativas, solo constituyen “salidas” y un poco de ahorro de tiempo y economía al Estado, pero no la solución integral del problema. Ante ello tiene que asumir con profesionalismo y construir una sólida teoría del caso y dominar la oratoria y las técnicas de litigación oral, que garantice una exposición adecuada ante el juez o colegiado, o en su efecto determinar la no responsabilidad del acusado. *En cuarto lugar*, el juez debe estar consciente de su nuevo rol en la administración de justicia, debe poseer cualidades especiales para captar rápidamente los mensajes producto de los debates, puesto que no hay estudio previo de expedientes, o simplemente no habrá expedientes que pueda visualizar previamente al juzgamiento; tiene que hacer una valoración, en tiempo real, de los medios probatorios postulados, bajo el principio de Libre Convicción, utilizando la ciencia, la lógica y las máximas de la experiencia, el juez es el juez, es imparcial y no puede estar solicitando actuación de nuevas pruebas o diligencias aclaratorias, haciendo actuaciones dirimentes, puesto que él valora directamente las proposiciones, y falla sobre lo que le produce certeza. Finalmente, *en cuarto lugar*, el abogado debe dejar de lado los famosos “escritos al peso”, porque nada de eso irá al expediente, porque posible o simplemente no hay expedientes, el abogado moderno, es dinámico, debe dominar las técnicas de litigación oral y experto en oratoria, debe ser honesto y actuar con buena fe procesal, debe tener presente en todo momento su deontología como estandarte que guía su actuación profesional. Sin embargo, como dijera un poeta: “... ¡Hermanos...hay mucho, por hacer! ... “; la resistencia al cambio de los sujetos procesales, la negativa constante a la mudanza mental y el torpedeo al tránsito hacia otra cultura, fortifican ese chip medieval perverso y se constituyen en un rompe muelles bastante parecido a un parapeto, donde tienes dificultad para pasar o simplemente te estrellas contra él.

Esa es la realidad, esa es la situación crítica y cuello de botella, que impide el avance que los principios garantistas, que nos conduzca hacia una sociedad moderna, democrática y globalizada, acorde con nuestros tiempos.

9.- CONCLUSIONES

- a. La globalización es un fenómeno avasallador, que consiste en la integración e interrelación en los campos económicos, políticos y jurídicos, facilitados por la velocidad de las comunicaciones. En lo jurídico, el estandarte que promueve esta mundialización, son los principios de los Derechos Humanos, cuyos articulados han sido incorporados en las constituciones de los países democráticos del mundo. Coincidentemente, estos principios universales, encajan con los principios del sistema anglosajón, también conocido como el common law, que tiene 2 exponentes principales: el derecho inglés y el derecho estadounidense.
- b. La cultura anglosajona ha ido ganado terreno, frente a la cultura continental, porque las convenciones de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional y otras cortes supranacionales, incorporan principios que se practican en el sistema anglosajón, siendo necesario adaptar este sistema a las realidades propias de cada región. El proceso de talante continental, va perdiendo terreno porque optó por mucho tiempo, por métodos tan aberrantes y carentes de garantías mínimas.
- c. La diferencia entre el sistema continental y el sistema anglosajón radica en la jerarquía de sus “fuentes”. Pues, el derecho anglosajón es un sistema “jurisprudencial - vinculante”. En cambio, el continental, es eminentemente “legal”, en tanto la principal fuente es la ley. En el sistema anglosajón cada fallo de cada juez sienta una base jurisprudencial firme y con rango de norma legal. En el sistema continental solo las sentencias del Tribunal Supremo y los “fallos plenarios” son vinculantes. En el sistema continental se procede por «deducción», en el anglosajón por «inducción». Si la tradición continental jugó algún papel en este desarrollo constitucional, fue apenas en el sentido de constituir un ejemplo negativo, pues el proceso continental tradicional fue asociado algunas veces con confesiones producidas por medio de la coerción, una búsqueda de pruebas sin control y teniendo como antecedente los horrores de la Santa Inquisición.

- d. Aunque cada vez se producen algunas aproximaciones de los sistemas, por la insatisfacción con los esquemas existentes, se esperaría que los países del common law, buscaran inspiración en los países del derecho civil, y que igualmente los países del derecho civil se sintieran atraídos por las instituciones procesales de procedencia angloamericana. Sin embargo, el movimiento de las ideas de reforma entre las dos culturas procesales ha sido casi exclusivamente en un sólo sentido, pues las instituciones que están asociadas con los sistemas del common law, ejercieron una influencia sobre los sistemas estructurados en la tradición civilista, casi no ha habido movimiento alguno en el sentido contrario.
- e. En época de grandes transformaciones producto de la globalización, el proceso penal no ha sido ajeno. En lo *pragmático*, las condiciones de la modernidad han producido un aumento vertiginoso en el número de casos que ingresan al sistema de justicia penal, y ante procesos tradicionales que no fueron diseñados para funcionar en esta escala ampliada, surge la necesidad de cambiar el esquema procesal. En lo *principista e ideológico* se ha consagrado los derechos humanos y principios del derecho anglosajón, en las constituciones y las legislaciones nacionales, manifestando el otorgamiento de garantías mínimas a los procesados. Las personas, cuyos derechos no fueron considerados de acuerdo a la nueva corriente globalizadora, cada vez acceden a los tribunales constitucionales o en la justicia supranacional, con grandes posibilidades de reivindicar sus derechos.
- f. La actuación policial en la globalización, exige, combinar los sistemas jurídicos. *La influencia continental*, se caracteriza por su centralismo, y los cuerpos de seguridad son nacionales. En cambio bajo *la influencia anglosajona*, los policías son formados con civiles, con actuación de "policía de proximidad", y con organización local. Esta forma de organización de los cuerpos de seguridad, ante la globalización de los crímenes, con estructuras nacionales y transnacionales, obliga que echemos manos a un tipo de organización del sistema continental, una policía sistémica, con alcance nacional y suficiente cooperación internacional. Sin embargo, en cuando a la investigación criminal, como parte de la investigación procesal o penal, es necesario dar un giro den 180° para

mirar y para adoptar posiciones doctrinarias sólidas; porque aquí es donde se expone el verdadero espíritu procesalista eficiente. Hay que tener en cuenta, que cuando se cambia un sistema procesal, se cambia todo, e incluye a la investigación criminal. Es preocupante, que hasta ahora, ante los cambios profundos del sistema, no haya sido cambiado, modificado o adaptado la nueva doctrina de investigación criminal.

- g. Al cambio de paradigmas, de cultura y mentalidad, necesaria, por las nuevas prácticas con nuevos enfoques, que vienen desterrando los principios inquisitivos traídos por lo peninsulares, hay que adicionar fundamentalmente las características doctrinarias del sistema procesal penal, dominante del nuevo escenario globalizado: *el derecho anglosajón*. El proceso penal anglosajón utiliza la *inducción*, basado en las evidencias para llegar a una generalización. En contraparte el sistema continental usa la *deducción*, o sea parte de una hipótesis, de una generalidad obtenida de una teoría o un conocimiento previo. El sistema anglosajón es de *naturaleza empírica*, y va desarrollando su investigación conforme vayan apareciendo evidencias contrastables con la realidad; el sistema continental es de *naturaleza teórica*, proyecta una posible conclusión, va forzando y creando evidencias para probar su hipótesis utilizando el principio de culpabilidad. La aparición de estos principios no son casualidades ni caprichos, son parte de una doctrina estructurada y útil para transitar con éxito en el proceso penal. Es preocupante, la relativa facilidad con que se oponen las defensas de los infractores, con el sólo mérito de la inobservancia de los principios y de los presupuestos mínimos para garantizar un debido proceso, generando un manto de impunidad, inseguridad ciudadana y el fracaso del fin ético del Derecho: la paz social.

Bibliografía

- **BELLO MONTES, Catalina** (2012). MSc in Sociology of Crime, Control and Globalization. Asesora del Grupo de Soporte y Seguimiento Estratégico de la Subdirección General de la Policía Nacional. Bogotá, D. C., Colombia.

- **CALAMANDREI, Piero** (1952). “Ciclo Proceso y Democracia”. Universidad Nacional Autónoma de México.
- **COMMISSION’S REPORT, Cm. 2263** (1993). “*English Royal Commission on Criminal Justice*”. U.S.A.
- **HENDLER, Edmundo** (1999) *Sistemas procesales penales comparados, Buenos Aires: Ad-Hoc*.
- **LANGBEIN John** (1994). “*The historical origins of the privilege against Self-incrimination at common law*”, en *Michigan Law Review*, vol. 92, n.o 131, 1994, pp. 1047-1076
- **LAMAS PUCCIO, Luis** (2010). “*Importancia de la dialéctica en el nuevo modelo procesal penal*”. Ed. Alerta Jurídica de El Peruano. Lima – Perú.
- **MAIER, AMBOS y Woischnik** (2000). *Las reformas procesales penales en América latina*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- **MIRELLE DELMAS-Marty** (1998). *Procedure Penali d’Europa, Padova: Cedam, 1998*, ed. italiana de Mario Chiavario.
- **VEGA GONZÁLEZ, Paulina** (2010). “*La tradición jurídica anglosajona y Derechos Humanos*”. ND.USA.-México.
- **SERENI, Piero**. (1952). «L’equity negli Stati Uniti», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 2-3, pp. 311 y ss., y en *Studi di Diritto Comparato*, I, Milan, pp. 68-147.

Desarrollo Epistemológico y Evolución del Derecho Penal Moderno

Epistemological Development and Evolution of Modern Criminal Law

Silfredo Jorge Hugo Vizcardo

*Director de la Unidad de Investigación
de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.*

SUMARIO:

- 1.- *Periodo pre iluminista.*
 - 2.- *El iluminismo penal.*
 - 3.- *La escuela clásica.*
 - 4.- *La escuela positiva.*
 - 5.- *Las escuelas intermedias o eclécticas.*
 - 6.- *La escuela técnico-jurídica.*
 - 7.- *La escuela clásica alemana: causalismo y neo-causalismo.*
 - 8.- *Del irracionalismo a la racionalidad: La doctrina finalista.*
 - 9.- *Las orientaciones teleológicas y el sistema funcionalista.*
 - 9.1. *El funcionalismo moderado de Claus Roxin.*
 - 9.2. *El funcionalismo radical de Gunther Jakobs.*
- Bibliografía*

* Profesor titular principal 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:

El proceso de modernización del Derecho penal alcanzó su maduración gracias al pensamiento iluminista, influenciado fundamentalmente por importantes doctrinarios como: Bentham en Inglaterra, Montesquieu y Voltaire en Francia, Hommel y Feurbach en Alemania y Beccaria, Filangieri y Pagano en Italia. La premisa común de la que partían estaba constituida por la preocupación de racionalizar el sistema penal para convertirlo en instrumento útil para prevenir efectivamente los delitos, combatir la arbitrariedad judicial, mitigar las penas y evitar injustificados excesos de sufrimiento a los condenados. Los presupuestos de la reflexión penal del iluminismo tienen sus raíces en las concepciones doctrinarias y de las escuelas, que a través del tiempo caracterizaron, más genéricamente, a la filosofía político-jurídica de la época. Visto así, la concepción penal iluminista recoge un conjunto de ideas guía destinadas a influir en la futura evolución de la legislación y de la ciencia penal.

SUMMARY

The modernization of criminal law reached maturity thanks to Enlightenment thought, primarily influenced by important doctrinal as Bentham in England, Montesquieu and Voltaire in France, Hommel and Feurbach in Germany and Beccaria, Filangieri and Pagano in Italy. The common premise of departing consisted of concern to streamline the criminal justice system to make it useful instrument effectively prevent crime, combat judicial arbitrariness, mitigating sentences and avoid unjustified suffering excesses of the damned. The budgets of criminal reflection of the Enlightenment are rooted in the doctrinal and schools, which over time characterized, more generally, to the political and legal philosophy of the time conceptions. Seen this way, the Enlightenment conception criminal collects a set of guiding ideas designed to influence future developments in legislation and criminal science.

PALABRAS CLAVES

Evolución derecho penal moderno.

KEYWORDS

Evolution modern criminal law.

1.- PERIODO PRE ILUMINISTA

Hasta la mitad del siglo XVIII, el mundo de los delitos y de las penas exhibía escenarios confusos y sombríos bajo el triple perfil de la definición normativa de los delitos, de los instrumentos sancionatorios y de la disciplina procesal.

El campo de los hechos punibles permanecía incierto por la falta de una codificación (en sentido moderno), por la caótica superposición de textos normativos heterogéneos y por las frecuentes interferencias del poder ejecutivo que influía sobre el judicial, a veces hasta el punto de reemplazarlo (P. ej. el poder monárquico de la Francia pre-revolucionaria se constituía en originario de la ley e infligía directamente la pena sin ningún control). Además, como bien precisan Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, la persistente confusión entre “crimen” y “pecado” contribuía a agravar esta situación, por lo que la justicia penal fungía también como brazo secular de la religión y del poder eclesiástico. En el contexto de esta concepción sacralizada y moralista del derecho penal emergían como crímenes muy graves las ofensas a la divinidad, como la blasfemia, o las infracciones a la moral sexual dominante, como el adulterio, la sodomía, etc. (Derecho Penal Parte General, 2006, Pág. 1).

Más sombrío aún era el cuadro de las sanciones punitivas, caracterizado por la arbitrariedad, el exceso y la crueldad; teniéndose como eje principal las penas corporales y la muerte. El proceso estaba dominado por los principios del más rígido modelo inquisitivo, dominado por el secreto, escrituralidad y preponderancia cuasi absoluta del órgano de acusación. Para obtener la confesión de los imputados era usual el uso de la aflicción física y la tortura, considerándose a la confesión como “la reina de las pruebas”.

La situación de la justicia criminal pre-iluminista, se caracterizo por una “legislación armada de instrumentos de inaudita severidad, no tenía siquiera la idea de un derecho de defensa o de una proporción equitativa entre delito y pena. Trataba al acusado como un enemigo, lo secuestraba en lugar de facilitar su justificación. Lo culpaba antes de que resultara condenado. Su único principio era la venganza pública; su único objetivo, la intimidación” (Helie, citado por Giovanni Fiandaca y Enzo Musco; b. cit. Pág. 2).

2.- EL ILUMINISMO PENAL

El proceso de modernización del Derecho penal alcanzó su maduración gracias al pensamiento iluminista, influenciado fundamentalmente por importantes doctrinarios como: Bentham en Inglaterra, Montesquieu y Voltaire en Francia, Hommel y Feurbach en Alemania y Beccaria, Filangieri y Pagano en Italia. La premisa común de la que partían estaba constituida por la preocupación de racionalizar el sistema penal para convertirlo en instrumento útil para prevenir efectivamente los delitos, combatir la arbitrariedad judicial, mitigar las penas y evitar injustificados excesos de sufrimiento a los condenados. La persecución de tales objetivos explica el interés prevaleciente en los iluministas por las cuestiones de política criminal y por los problemas de ciencia de la legislación: en términos modernos, ellos operaron más como “políticos del derecho” que como juristas en sentido estrictamente técnico. Por lo demás, ese estilo guardaba mayor coherencia con la inspiración de fondo de la filosofía del iluminismo globalmente considerada.

Los presupuestos de la reflexión penal del iluminismo tienen sus raíces en las dos concepciones que caracterizaron, más genéricamente, a la filosofía político-jurídica de la época: el “contractualismo” y el “utilitarismo”. Según aquel, que operó como modelo teórico del liberalismo clásico, las instituciones estatales obtienen su legitimación a partir de un acuerdo libremente estipulado entre los particulares y están en consecuencia, orientadas por la finalidad de salvaguarda de los derechos naturales de cada individuo en particular. Desde esta perspectiva, la utilidad social no habría de ser más que el reflejo o el resultado de la mejor satisfacción de los derechos individuales.

De la matriz contractualista derivan precisas implicaciones de la definición de los hechos delictivos. Desempeña papel fundamental ante todo, el principio de legalidad, que involucra una estrecha conexión entre la predeterminación legal de los delitos y de las penas, la certeza del derecho y el aseguramiento de las expectativas individuales de cada uno. Esta postura garantista se proyectaba incluso al plano de la interpretación de las leyes penales y hasta la misma selección legislativa de los hechos pasibles de incriminación. En cuanto a la actividad interpretativa, predomina la preocupación de refrenar lo más posible la discrecionalidad de los jueces, que deberían ser reducidos a simples

“bocas de la ley”, al decir de Montesquieu. La misma desconfianza frente a los magistrados la compartía Beccaria, que no sólo identifica la interpretación con un mecanismo de silogismo judicial, sino que pretende directamente desterrar el recurso de la ratio legis, como canon interpretativo.

Visto así, la concepción penal iluminista recoge un conjunto de ideas guía destinadas a influir en la futura evolución de la legislación o de la ciencia penal (es aquí donde se inserta el célebre libro: “De los delitos y de las penas”, de Cesare Beccaria, que se caracterizó por su contenido eficaz y conciso, de una política criminal racional y moderna). Pero los ideales iluministas, aun cuando fueron recogidos como normas, no alcanzaron a imponerse en forma pura. Como casi siempre ha ocurrido en la historia, aun las formas revolucionarias siempre han estado condicionadas a las tendencias conservadoras que les oponen resistencia. Es comprensible por ello, que el iluminismo penal haya encontrado en su camino obstáculos crecientes, paralelamente a la explosión de la reacción anti iluminista, a principios de 1800. La reacción anti iluminista se fue acentuando en Alemania, Italia y hasta en Inglaterra, a medida que se adentraba el siglo XIX, por efecto del resurgimiento de tendencias espiritualistas que se contraponían al utilitarismo del siglo XVII y revalorizaban el retribucionismo ético.

Además, fue mudando genéricamente la “actitud política” (ya no revolucionaria ni reformadora, sino conservadora y a veces reaccionaria) de la cultura jurídica liberal, preocupada de allí en adelante, más que de imponer límites al Estado y garantías a la defensa de los ciudadanos, por defender al Estado y al nuevo orden económico y social. No por azar la concepción penal iluminista resultó violentamente atacada en los períodos históricos de resurgimiento del autoritarismo, como puntualmente ocurrió con la experiencia nazi en Alemania y la fascista en Italia. Por el contrario, ella atiende a ser revaluada a la hora en que deviene predominante la preocupación liberal-garantista de remarcar los límites de la intervención punitiva; y, en efecto, recuperaron explícitamente las matrices iluministas aquellos estudiosos que, a partir de la segunda posguerra, se avocaron a la empresa de re-fundamentar el Derecho penal en clave constitucional.

La corriente iluminista también tuvo sus limitaciones, entre las que se anota la concepción demasiado mecanicista de la actividad interpretativa; la preferencia por las penas fijas que descuida la exigencia de adaptación de la

sanción al caso concreto; el rígido anclaje de la graduación de las penas a la exclusiva gravedad de la lesión del bien jurídico, con la consiguiente y completa pérdida de importancia de las modalidades de la acción y de la personalidad del condenado. Por el contrario, asuntos de fondo como la noción del Derecho penal como extrema ratio, la teoría preventiva de la pena y la exigencia de la proporcionalidad entre delito y sanción, representan hasta hoy puntos firmes de una concepción penal de inspiración liberal, atenta a la necesidad de balancear la eficiencia represiva con la garantía de los derechos individuales.

3.- LA ESCUELA CLÁSICA

La escuela Clásica como señala Jiménez de Asúa (T. II, 1964, Pág. 33), se caracterizó por su índole filosófica y por su sentido liberal y humanitario, alcanzando en la mitad del siglo XIX su pleno desarrollo, teniendo como su máxima expresión la fundamental obra de Francesco Carrara: “Programma del corso diritto criminale” (1871). Se puede decir, como punto de partida, que las teorizaciones de esta escuela desarrollan, sobre el plano de la construcción sistemática, principios racionalistas e iusnaturalistas de origen iluminista, pero con una perspectiva ecléctica que también le concede espacio al espiritualismo católico (Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, 2006, Pág. 8).

Se establece que el nombre de esta escuela, fue creado por los positivistas con cierto sentido peyorativo a toda actividad doctrinaria de los juristas que les precedieron. Le fue atribuido el más heterogéneo contenido, abarcando hasta tendencias diferentes e incluso opuestas, que en la época de su mayor predominio combatieron entre sí, como las teorías absolutas de la retribución y las numerosas doctrinas de tipo relativo. Estas tendencias se desarrollaron espontáneamente en cada país, con representantes que no se conocían unos a otros, y, en consecuencia, con anárquica autonomía y típico color nacional en muchos casos.

Los clásicos estuvieron representados por Carrara quien dejando de lado la experiencia jurídica, cimienta su pensamiento sobre dos criterios: el racionalismo y el iusnaturalismo. Para el profesor de Pisa, todo Derecho vigente debe subordinarse a la ley natural, proceso que se realizaría mediante métodos

lógicos abstractos. Carrara, separaría la ciencia jurídica de todo conocimiento empírico, siendo esto lo que iría en contraposición con el positivismo naturalista. Destacando que la ciencia penal está al servicio del hombre. Es difícil, nos señala Peña Cabrera (1994, Pág. 187), encontrar en la escuela clásica uniformidad doctrinaria y coherencia en los principios. Sin embargo, se ha logrado distinguir caracteres más o menos comunes, que han dado lugar a considerar a esta escuela como una de las más importantes. La escuela clásica, como ya se ha dicho, se destaca por su preferente índole filosófica, su sentido liberal y humanitario, Romagnosi y Carmignani (de quienes fue discípulo Carrara) son quienes tratan más intensamente los aspectos iusfilosóficos, principalmente en lo relacionado con el derecho de castigar y los límites que posee el Estado sobre este aspecto. Carrara, plantea lo que se ha denominado la “fase matemática”, es decir, la relación que debe existir entre el delito y la pena, bajo una proporcionalidad.

La escuela Clásica, se caracterizó por su método esencialmente racionalista (para los clásicos no había más ciencia que el derecho punitivo, que estudiaban con el método lógico-abstracto; se separaba el Derecho penal de todo tipo de conocimiento empírico); la responsabilidad debía basarse en el libre albedrío (Carrara aceptaba la doctrina del libre albedrío y la imputabilidad moral del hombre como la base sobre la cual se edificaba la ciencia criminal). En el mismo sentido Carminagni, entiende que la “imputabilidad moral” es una condición de la “imputabilidad política”, es decir, fundada en el “estado social” (contractualismo e iusnaturalismo); y esto es así porque el hombre sólo puede ser sujeto a las leyes en la medida en que es libre y por ello mismo dirigible. Igualmente, las leyes penales han de proceder siempre de acuerdo con las leyes éticas y religiosas. La libertad para Carrara, es un axioma que está fuera de todo debate (sin ella sería imposible el Derecho penal); el delito es concebido desde el punto de vista jurídico y no como un acontecimiento natural. La posición de Carrara, resultó “perfecta” a partir de la imagen del delito como un “ente jurídico”. Es así que usando la razón deductiva, se extrajeron todos los principios que disciplinaban la ciencia penal. Se define al delito como una infracción de la ley del Estado, que era promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, ante actos externos de los hombres, sean estos positivos o negativos, moralmente imputable y políticamente dañoso; La pena es considerada como un mal, y es un medio necesario para el restablecimiento del orden

externo de la sociedad. En el pensamiento de Carrara, la pena es la única forma de lograr la tutela del orden jurídico. Asimismo ella no era concebida en forma absoluta, sino como un ideal de justicia, tendiente a la propia conservación de los hombres.

Según Jiménez de Azúa (1964, p.35), el principio demostrado, de que el clasicismo se caracteriza por la llamada tutela jurídica, no excluye que los más vigilantes escritores, que precedieron a Carrara, entrevieran la más certera finalidad defensiva, si bien en un sentido puramente especulativo. Bentham, justificaba la pena por su necesidad, afirmando que la prevención general es el fin principal de las penas y también su razón de ser

En suma, la pena era considerada como un mal, y un medio necesario para el restablecimiento del orden de la sociedad. La pena es proporcional al delito.

4.- LA ESCUELA POSITIVA

En los últimos tres decenios del siglo XIX surgió en Italia un original movimiento de pensamiento que bajo diversos aspectos revolucionó el modo de concebir el delito y todo el Derecho penal. Sus principales exponentes fueron Cesare Lombroso (a quien se atribuye ser su fundador con su obra "L'uomo delinquente" 1876), Enrico Ferri y Raffaele Garofalo. El adjetivo de escuela "positiva", evidencia que se trata de una corriente de pensamiento que recibe su inspiración de la más general filosofía positivista, madurada en Europa en la segunda mitad del siglo XIX, y en efecto, la escuela positiva se identifica con el "positivismo criminológico", vale decir, con la aplicación de los postulados generales del positivismo filosófico, también en el campo específico del Derecho penal y de la criminología.

Aunque se haya considerado que la "escuela positiva" fue una reacción contra algunas exageraciones de abstracción de los penalistas "clásicos", la verdad es que ella respondió a un movimiento filosófico que, en resumen, no fue sino el efecto del gran desarrollo que tuvieron las ciencias experimentales y sus procedimientos (método), sobre todo a partir de la revolución industrial: todo -hasta las disciplinas morales y normativas- se podía reducir a un estudio

“científico” y éste era únicamente el que respondía al método experimental (inductivo) (Creus: “Derecho Penal Parte General”, 2012, Pág. 35).

Esta escuela surge en el marco de un ambiente intelectual, influenciado decididamente por un clima positivista, expresado fundamentalmente, en el ámbito de la filosofía. Los juristas además reciben el eco de las teorías evolucionistas de Darwin, Lamarck y Haeckel. Las ideas de estos pensadores insurgían contra el racionalismo inoperante, aportando una concepción naturalista, única forma de interpretación científica a través de la causalidad de los hechos individuales y sociales. A diferencia de la escuela clásica, la escuela positiva adquiere un carácter unitario y cosmopolita. El individuo es considerado un enfermo y su estudio equivalente al análisis clínico. Mientras que para los clásicos el objeto de estudio se centraba en el “delito”, los positivistas ponían al “delincuente” y su relación social como centro de su teoría.

Es esta concepción acerca del delincuente como “un ser enfermo”, lo que llevaría a que los estudios criminológicos se orienten siempre decididamente hacia un criterio clínico, en virtud del cual, es el estudio de cada caso concreto el que constituye la investigación esencial. Justamente se observa que cada criminal es un “caso” que se debe estudiar con ojos y experiencia clínica, y que, por ello, también en criminología, a decir de Di Iulio, “es necesario hacer clínica”. La escuela positiva basa su tesis de la responsabilidad criminal en tres principios fundamentales contrarios a la escuela clásica. Al libre arbitrio, lo contraponen el determinismo de las acciones humanas debido a factores físicos, individuales y sociales; a la responsabilidad moral, lo sustituye por el principio de la responsabilidad social o legal de los individuos y de su defensa. Finalmente, el criterio objetivo de la entidad del delito como fundamento de la sanción, por el subjetivismo de la peligrosidad de los delincuentes.

Para Ferri, la escuela positiva fue algo más que la fusión entre Derecho penal y Antropología, fue la aplicación del método experimental al estudio de los delitos y de las penas. Sus características más importantes fueron: El método experimental; es decir, el empleo de la observación y la experimentación en el estudio del delincuente. Considerar al delincuente como ser anormal. Responsabilidad legal o social, derivada del determinismo y de la peligrosidad del delincuente; inadmisibilidad del libre albedrío como base de la responsabilidad criminal. La imposición de la sanción (pena o medida de seguridad) es

concebida como un derecho social de defensa. El delito se considera como un fenómeno natural y social, producido por el hombre (el delito viene a ser un hecho que traduce la naturaleza humana y evidencia la peligrosidad del delincuente). La sanción se relaciona con la peligrosidad del delincuente, y no con la gravedad real del delito. La pena tiene carácter indeterminado mientras persista la peligrosidad del reo.

5.- LAS ESCUELAS INTERMEDIAS O ECLÉCTICAS

No obstante los méritos de la escuela clásica, cuyo mayor mérito fue el haber dado sentido a la justicia penal, imprimiendo un desarrollo lógico al estudio del delito; y no obstante el aporte de la escuela positiva, que destacó por haber dado un método científico para el estudio del delincuente, probando la necesidad de individualizar la pena y la utilidad de los medios preventivos sobre los represivos; era necesario reforzar los conocimientos en materia de Derecho penal existentes en esa época.

Ello originaría el surgimiento de escuelas intermedias o eclécticas, que buscaron posiciones equidistantes entre las dos discutidas ideologías, superando así, las limitaciones de ambas, recogiendo sí sus aciertos. De estas escuelas son de mayor importancia la terza scuola en Italia, y la escuela sociológica en Alemania, encabezada por Von Liszt. La terza scuola tiene entre sus representantes a Carnevale, Impallomeni y principalmente Bernardino Alimena, quien concibe al igual que Carrara, que el delito es un fenómeno jurídico al afirmar que, desde el punto de vista positivo, la respuesta es fácil, porque la moral, a diferencia del Derecho, no tiene un Código, dándole una concepción moderna al Derecho penal, apartándola de la dominante concepción positiva de la norma. Para Von Liszt, afirma Quintero, dogmática y política criminal no se entremezclan en forma alguna. La atención primordial que a la política criminal concede, no significa que su "método" sea una "combinación" de los tradicionales elementos del método dogmático (interpretación, sistema, etc.), con los criterios político criminales. Por el contrario, la política criminal interviene cuando el método dogmático ha concluido su misión, es decir, ha interpretado el Derecho positivo y ha creado un sistema conceptual a partir del mismo; es entonces cuando en una última fase, la de "crítica", entra en juego la "política criminal revisando el Derecho vigente y proponiendo las medidas más ade-

cuadas para reformarlo y acercarlo a las exigencias político criminales”. Pero en el pensamiento de Von Liszt, estaba firmemente asentada la idea de que el Derecho penal constituiría el límite que la política criminal no podía traspasar.

El método jurídico -dice Von Liszt- es el que corresponde al Derecho penal, distinguiendo de ella las medidas de seguridad, de las cuales dice que son aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educadoras o correccionales) o la eliminación de los inadaptados a la sociedad (medidas de protección o de seguridad, en sentido estricto) siendo la peligrosidad su fundamento. Sus ideas principales pueden resumirse en las siguientes: Imputabilidad, fundada en la aptitud de los hombres, para conducir sus actos, rechazando la responsabilidad de los inimputables, propugnada por los positivistas. La naturaleza de la pena reside en la coacción psicológica, y tiene como fin satisfacer la necesidad política y social con el mínimo de sacrificio para el sujeto. Acepta la causalidad, pero no como necesaria en el Derecho penal, rechazando la concepción de Ferri. Rechazan la fatalidad del delito y la noción del delincuente nato, enfatizando las investigaciones sociológicas y antropológicas del delito.

En cuanto a las sanciones criminales, manifiesta Bustos (1986, p. 155), tienden a excluir el fin de prevención especial para la pena, que sería entonces lo propio de la medida de seguridad. Las penas tendrían más bien un carácter aflictivo y de prevención general; ello en gran medida está también en relación con el planteamiento de dirigibilidad característico de esta escuela.

Por otra parte, en Alemania, esta misma aspiración orienta al nacimiento de una Escuela sociológica, llamada también escuela de la Política Criminal. Tiene entre sus representantes a Von Liszt (Alemania), Prins (Bélgica) y Stoos (Suiza).

6.- LA ESCUELA TÉCNICO-JURÍDICA

La cultura penalista fue agitada en los últimos años del siglo XIX, por una áspera polémica entre “clásicos” y “positivistas”; el conflicto se exasperó hasta tal punto que los contendientes tergiversaban intencionalmente las posiciones en contraste, con la consecuencia de desvirtuar una real confrontación

de ideas. La gran reacción producida en el campo del Derecho Penal en contra de los extremos axiomáticos del positivismo y, por otra parte, el surgimiento en el plano epistemológico general de un renacimiento de Kant como reacción a la ciencia positiva, que da origen a la filosofía o ciencia de los valores, tiene también su repercusión en las nuevas ideas penales e implica una vuelta a los postulados clásicos, si bien recogiendo lo aportes innegables del positivismo (Bustos, op. cit. p. 155).

A decir de Peña Cabrera (1994, p. 193), en realidad no se trata de una escuela o corriente, sino, de un método mediante el cual, el Derecho enfoca la única realidad existente en su seno, es decir, la norma penal (conforme: Pérez Pinzón, 1992, p.105). Lo que más bien se busca es señalar que las tendencias clásicas y positivistas, han equivocado el estudio del Derecho penal al dedicarse a la investigación filosófica o naturalista, abandonando la parte sustancial que es la propia investigación jurídica. Por ello, alienta al estudio del derecho positivo, apartándose completamente de sus predecesores al dar una dedicación plena al estudio del Derecho penal, es decir, que el delito y la pena deben estudiarse como hechos o fenómenos regulados por el ordenamiento jurídico positivo. El Derecho penal y la ley positiva son las bases sobre las cuales ha de girar esta teoría, siendo su mayor aporte la dogmática.

El primer momento de la ciencia jurídica lo constituye el código, que limita así el enfoque del científico del Derecho, obligado a situarse dentro de sus normas, pero en el segundo momento se olvida de las divisiones y ordenamientos de los textos, y buscando la intención del legislador (real o presunta), hace una construcción original, presentando en forma nueva la vida social que el legislador había codificado. Este método se llama también científico o racional, y culmina en obras que se han llamado tratados en oposición a los comentarios (cfr. Aubry y Rau, citado por Peña Cabrera, loc. Cit.). En los últimos tiempos, destacados juristas conservando el cuadro de las ideas técnico-jurídicas, incorporan la concepción del derecho natural retomando las ideas libre-arbitristas a fin de postular el perfil ético del Derecho penal. Destacándose entre ellos los italianos Bettiol, Maggiori, Petrocelli, y Batagliani. Verdaderamente el movimiento técnico-jurídico italiano, no viene a ser sino una repercusión de la concepción histórico-teórico positiva y que tuvo en Karl Binding su más auténtico representante, e inclusive sin temor a exagerar se puede afirmar que es partir

de la obra de Binding, que la ciencia del Derecho Penal moderno adquiere una dimensión científica.

Entre sus características más importantes tenemos: Método rigurosamente jurídico, empleando para ello tres tipos de investigación: el exegético, el dogmático y el crítico. Responsabilidad psicológica, basada en la simple voluntad del sujeto normal, rechazando así, tanto el libre albedrío como el determinismo, aplicando responsabilidad psicológica a través de la voluntad del sujeto. Delito como pura relación jurídica, donde debe distinguirse la causalidad material y psíquica; es decir, el delito es un hecho humano, imputable, ilícito y dañoso, que pone en peligro la existencia de la sociedad jurídicamente organizada. Sanción como reacción jurídica contra el delito, reservada para los sujetos capaces penalmente. Las acciones peligrosas que no dan lugar a la aplicación de una sanción por razones de incapacidad, quedarían sometidas a medidas de seguridad o de carácter administrativo.

7.- LA ESCUELA CLÁSICA ALEMANA: CAUSALISMO Y NEO-CAUSALISMO

En Alemania también se hizo sentir la influencia de la escuela positiva italiana y del pensamiento positivista en general; sin embargo adquirió en todo caso una dirección más moderada y más jurídica que en Italia (Bustos Ramirez: "Introducción al Derecho Penal", 1986, Pág. 140). Como bien lo aprecia Villa Stein ("Derecho Penal Parte General, 2014, Pág. 73), "una variante jurídica del positivismo italiano lo tenemos en el causalismo que representara Franz Von Liszt, Beling y Gustavo Radbruch, que configura la escuela clásica alemana; que a decir de Roxin, se convirtió en dominante a principios del siglo pasado, "se basaba en la hipótesis de que injusto y culpabilidad se comportan entre sí como la parte externa y la interna del delito. En consecuencia, todos los requisitos objetivos del hecho punible pertenecían al tipo y a la antijuricidad, mientras que la culpabilidad se concebía como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito (el denominado concepto psicológico de la culpabilidad). Por consiguiente el dolo se consideraba desde la perspectiva de esta teoría como forma de la culpabilidad (Roxin, Claus: "Derecho Penal Parte General", T I, "Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito", 1997, Pág. 198).

El pensamiento de Von Liszt realmente revolucionó todo el campo jurídico penal de su tiempo e incursionó en todos los campos que, según su punto de vista, podían tener una repercusión en el Derecho penal: el psicológico, el antropológico y el sociológico. Él aportó un planteamiento omnicompreensivo de las disciplinas que se ocupaban del delito, abarcando al Derecho penal material, al Derecho penal procesal, la criminología, la política criminal, la penología y la criminalística. Sus ideas aportaron un sistema moderno del Derecho penal; no buscaba suprimir o reemplazar el Derecho penal, como sucedió con el positivismo italiano, sino por el contrario para él el Código penal en la “carta magna del delincuente”. No protege el orden jurídico ni a la comunidad, sino al individuo que contra esta ha obrado. Dispone para él el derecho a ser castigado solo si concurren los requisitos legales y dentro de los límites establecidos por la ley.

En materia propiamente penal, Von Liszt (sobre la base de la propuesta civilista formulada por Rudolph Von Iherin), incorpora al derecho penal el concepto de antijuricidad. Asimismo hay que destacar, además su concepto de pena, su concepción de la culpabilidad y su teoría de la acción. Su concepto de pena tenía como base fundamental la consideración material de la antijuricidad, entendida como una conducta antisocial “contraria a la sociedad”. Esto era comprensible solo en cuanto se entendía el acto humano delictivo como un ataque a los bienes jurídicos.

El bien jurídico era la piedra fundamental de todo el sistema y el fundamento de la pena, la pena tenía por fin la protección de bienes jurídicos. El bien jurídico “es el interés jurídicamente protegido”, tal interés no lo crea el orden jurídico, sino la vida, y esos intereses vitales surgen de las “relaciones de vida”. Por eso el bien jurídico es un “concepto límite de la lógica abstracta”, del Derecho penal sistemático, ya que “la abstracción del derecho vigente nos lleva con necesidad a la aceptación hipotética del pensamiento final, a la convicción de que todo el derecho obra en relación con el hombre. El bien jurídico resulta, pues, el punto de unión entre el Derecho penal y la política criminal, con lo cual no se puede entender una sin la otra, aunque ambas conserven autonomía. Con ello, evidentemente, la diferencia sistemática entre Von Liszt y Binding era de una profundidad insalvable. Para el segundo el bien jurídico era algo inmanente a la norma, simplemente una *ratio legis*, completamente desprendido del mundo social, frente al cual nada tenía que decir el hombre de la calle, el

ciudadano, en tanto que para el primero era justamente todo lo contrario. Por ello Von Liszt expresaba que el concepto de bien jurídico de Binding es “un concepto ficticio, esto es, una palabra sin contenido” (citado por Bustos Ramírez: “Introducción al Derecho Penal”, 1986, Pág. 146).

Adolf Merkel representa también un hito importante en la transición de la escuela clásica a la positiva. Adopta una actitud mucho más moderada que Von Liszt. Merkel, como Binding y Von Liszt, no solo es un teórico del Derecho penal, sino que también incursiona con profundidad en la teoría general del derecho, dentro del cual se preocupa fundamentalmente de impugnar la posición idealista y establecer las bases de una posición realista, basada en la sociología de Comte y de Spengler especialmente, pero cuidándose de no llegar a los excesos dogmáticos del positivismo naturalista. En lo que se refiere propiamente al Derecho penal, son importantes las concepciones de Merkel sobre el injusto, la culpabilidad y la pena. En lo que al injusto se refiere, la base de él está constituida por la lesión de un interés, esto es, acción punible es aquella que lesiona un interés; pero que, además, al lesionar tal interés, ha de violar también una norma jurídica y con ello un deber precisamente de omitir la lesión de tales intereses. Con ello Merkel logra dar una acabada imagen de lo que es el injusto, sin caer en los excesos del racionalismo ni del positivismo naturalista. Es el primero, antes incluso que Welzel, en afirmar la existencia de un “injusto personal”.

A decir de Roxin (“Derecho Penal Parte General, T.I, 1997, Pag 198-199), la decadencia de la doctrina proporcionada por la escuela clásica (causalista), fue iniciada por el sistema “neoclásico”, que operó una reestructuración del concepto del delito, basado en el hecho de reconocer que el injusto no es explicable en todos los casos sólo por elementos puramente objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos. “El neo-causalismo, llamado también “neokantianismo” o “causalismo valorativo”, concibe el conocimiento en su dualidad <<materia>> - <<forma>> de modo que una aproximación gnoseológica a la realidad empírica, es el resultado de aplicar a esa realidad fáctica y material, las categorías apriorísticas del conocimiento. Los neokantianos entienden entonces que hay ciencias del espíritu entre las que se halla el derecho y las de la naturaleza” (Villa Stein, “Derecho Penal Parte General”, 2014, Pág. 75).

Por eso la doctrina se vio obligada a reconocer la existencia de elementos subjetivos del injusto. Por otra parte, también se puede perfectamente afirmar que la culpabilidad, en casos como las situaciones de estado de necesidad, también depende de circunstancias objetivas, y en la imprudencia inconsciente, que entonces se concebía como forma de culpabilidad, es incluso dudoso que en ella se pueda encontrar un elemento volitivo.

De este modo, el concepto del delito denominado “neoclásico”, que era dominante hacia 1930, pudo ciertamente mantener en principio la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva y afirmar el dolo como forma de culpabilidad, pero tuvo que reconocer ciertas excepciones y buscar por ello otra explicación distinta para diferenciar injusto y culpabilidad. Dicha diferencia, que se manifestó como una evolución fundamental, se halló en la distinta forma de valoración: Al afirmar la presencia de injusto se valora el hecho desde el punto de vista de su dañosidad social, y al constatar la culpabilidad se lo valora desde el punto de vista de la reprochabilidad. El entendimiento de la culpabilidad como “reprochabilidad”, es lo que caracteriza al denominado concepto normativo de culpabilidad. Surge así la idea del “tipo de injusto”, que anticipa la antijuricidad.

En Alemania quien representa este retorno al clasicismo e impone un tecnicismo jurídico en el tratamiento del fenómeno criminal es Ernst Beling, quien, siguiendo a Von Liszt, recoge muchos de los aportes positivistas, pero formalizándolos especialmente a través de su concepción del tipo y de su esquema del delito. El gran aporte de Beling, que se encuadra totalmente en la más pura tradición racionalista, es su concepto de tipo que, por una parte, formaliza el delito pero por otra otorga garantías al individuo frente al Estado, y que en último término no es sino una consecuencia más del principio “nullum crimen nulla poena sine lege de Feurbach y por tanto, una aplicación más precisa de la determinabilidad legal del delito. El concepto de tipicidad de Beling permitió dar al delito un estricto contenido jurídico positivo, con lo que confirió total autonomía al estudio del derecho penal y desestimó la concepción de una ciencia penal conjunta planteada por Von Liszt, en la que el Derecho penal solo era un aspecto del todo.

En este aspecto la obra de Edmund Mesger es también relevante. Parte, según precisa Bustos Ramirez (Ob, Cit, Pag. 117), del sistema clásico representado por Lizst-Beling-Radbruch, pero nutre la teoría con el aporte valorativo. Parte de que la antijuricidad se da materialmente por una norma objetiva de valoración, en el sentido de que contiene juicios de valor insertos en el mismo sistema jurídico, sobre determinados hechos y estados (regidos por la causalidad); por eso la antijuricidad ha de ser comprendida “como lesión objetiva de las normas de valoración” (Loc. Cit.).

8.- DEL IRRACIONALISMO A LA RACIONALIDAD: LA DOCTRINA FINALISTA

El surgimiento de la llamada “Escuela de Kiel” (Kieler Richtung), dentro de una situación de conflicto social producida en Alemania por la hegemonía Nazi (1933 y 1945), dieron cabida en el seno del Derecho penal a posiciones totalitarias. La escuela de Kiel se fundamentaba en posiciones antiliberales populistas a ultranza, que pretendía interpretaciones amplias y universales basadas por ejemplo en las referidas al “sentimiento del pueblo alemán”. Conforme lo precisa García-Pablos de Molina, el método fenomenológico y la contemplación del Derecho como “orden concreto” se aunaron, previas las oportunas manipulaciones, para otorgar el fundamento filosófico al nacionalsocialismo. Esta labor la lleva a cabo la Escuela de Kiel, acaudillada por Dahm y Schaffstein, entre otros, que lógicamente propugnan también, un “método adecuado a las nuevas concepciones jurídicas (“Derecho Penal Parte General; Fundamentos, 2009, Pág. 621).

Los representantes más importantes de esta escuela fueron Georg Dahm y Friederich Schaffstein. Ambos intentaron dar contenido a un nuevo modelo de la teoría del delito en relación con sus aspectos fundamentales. Es así como Schaffstein sustituye el planteamiento del delito, entendido como un ataque a bienes jurídicos; por el de una “lesión del deber” (que en verdad significa “el deber del individuo con el Estado”). Este planteamiento de Schaffstein se conecta con el de Dahm, que concibe el delito como “una traición”. Por ello, partiendo del delito de alta traición y de traición a la patria, Dahm llega a una conclusión muy semejante a la de Schaffstein, o sea, que el delito no consiste

en la lesión de un bien jurídico, como lo señala el Derecho penal liberal, sino en la afectación de un deber de fidelidad. Este deber de fidelidad estaría en la base, entonces, de todo delito y por tanto, siempre un delito constituye una traición del individuo respecto de su pueblo. “Para Dahm, la culpabilidad lejos de limitar la responsabilidad, la aumenta con criterios de << mala conciencia y carácter >>” (Villa Stein, Ob. Cit. 2014, Pág. 77).

El fin de la segunda guerra mundial señaló en Alemania el momento de un intento de superación radical del irracionalismo de la Escuela de Kiel, lo que se manifestó en dos tendencias fundamentales: la del iusnaturalismo, que terminó en retirada, y la de la teoría finalista de la acción, que provocó un vuelco importante en el ámbito del Derecho penal.

Conforme lo anota Villa Stein, “el finalismo, como corriente onto-naturalista aparece en 1930, con la obra de Welzel, aunque es a partir de 1945, con la terminación de la Segunda Guerra Mundial, que acabados los desvaríos de la escuela de Kiel, se instala en Alemania el pensamiento de Hans Welzel (1940-1977), jurista formado con los auspicios neokantianos de B. Buch y H. Rickert” (Ob. Cit. 2014, Pág. 78).

Para Vons List, la doctrina de la acción finalista puede decirse que surge como reacción contra el planteamiento causal dominante hasta entonces en Alemania, para quienes la acción no era otra cosa que la modificación del mundo exterior, lograda mediante acción muscular (en los delitos de comisión) o por inercia física (en los omisivos), que eran perceptibles por los sentidos y el resultado por tanto debe estar en relación de causa y efecto (en relación de causalidad). Este concepto causal de acción dividió el delito en dos partes: objetiva (la acción en contradicción con la norma) y la subjetiva (culpabilidad).

La teoría finalista afirma que la acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es por eso, acontecer final, no solamente (causal). En la “finalidad” el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme, a su plan, a la consecución de estos fines. La finalidad es, por ello dicho en forma gráfica, “vidente”, en contraposición a la causalidad “ciega” (Welzel).

Los finalistas a diferencia de los causalistas señalan otra estructura del delito, donde el injusto se ve integrado por la tipicidad y la antijuricidad y la culpabilidad por la imputabilidad, la conciencia de la antijuricidad y la exigencia de un comportamiento distinto. Comprendiendo el tipo en una parte objetiva (objetos y sujetos) y subjetiva (dolo y culpa). La antijuricidad es concebida como la contradicción con el Derecho y la lesión puesta en peligro de bienes jurídicos, desapareciendo ésta por causales de justificación (legítima defensa y estado de necesidad). No existe culpabilidad para los inimputables; si el sujeto actúa en error invencible tampoco habrá culpabilidad.

Para Hans Welzel la misión del Derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de la conciencia, de carácter ético social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares, a los que considera como “todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones. Welzel, se preocupa más por diferenciar la “voluntariedad” y la “motivación” de la finalidad, señalando que el concepto de tipo no es ajeno a valoraciones, indica que esta concepción señala la antijuricidad confundiendo con ella, limitándose a relieves las acciones que le interesan al derecho, afirmando también que los delitos culposos se encuentran cargados de desvaloraciones. Actualmente, la lucha entre escuelas que caracterizaron principalmente los debates entre Mezger y Welzel, ha perdido interés en los teóricos alemanes, notándose posiciones caracterizadas por su eclecticismo (.la peculiar pretensión de la actual situación de la dogmática reside en el hallazgo de una síntesis entre los nuevos impulsos que le debemos al finalismo y ciertas irrenunciables conclusiones del anterior lapso de desarrollo de nuestra ciencia, determinado por un pensamiento valorativo y teleológico). Pero el finalismo también tiene sus críticos, entre los que podemos señalar a Roxin que orienta el Derecho penal hacia la política criminal, objetando su análisis lógico-abstracto. El funcionalismo por otro lado censura del finalismo su método ontológico, proponiendo, como señala Jakobs, una “refundamentación” normativa en la teoría del delito.

Política criminal, libre albedrío y teoría de la pena entre otros, son los temas que hoy están en debate en un Derecho penal que busca afirmarse más humanamente. Claro está que cuando nos referimos a la humanización del Derecho punitivo apostamos a favor de un mejor Derecho penal, sin inclinarnos a la abolición del mismo.

9.- LAS ORIENTACIONES TELEOLÓGICAS Y EL SISTEMA FUNCIONALISTA

Desde los años sesenta la dogmática jurídico-penal se halla inmersa en una fase de transición, caracterizada por el predominio de corrientes de signo ecléctico. Hasta entonces el derecho positivo, el mundo de los valores y la esfera ontológica habían sido el centro de gravedad de su evolución, caracterizando los tres momentos más significativos de ésta: el positivista, el neokantiano y el finalista.

En la actualidad el rasgo dominante de la moderna dogmática jurídico penal es el teleológico-valorativo, con la consiguiente tendencia a la normativización de las categorías del sistema. El razonamiento sistemático teleológico, afirma Shunemann, ha sentado a lo largo de un decenio las bases para una profunda modificación del sistema. Este se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo (citado por García-Pablos de Molina, Ob. Cit. 2009, Pág. 634).

“La orientación de las decisiones dogmáticas a fines y valoraciones polímicriminales se ha revelado, paradójicamente, como la única forma de atribuir un contenido racional al sistema, ante las inseguridades que produce la argumentación ontológica en una sociedad plural y pluricultural” (Loc. Cit.).

De todas las tendencias conocidas destacan aquellas propuestas dogmáticas que reciben precisamente el calificativo de “funcionalistas” o “teleológicas”. En puridad, no constituyen algo nuevo o desconocido, puesto que enlazan con la tradición metodológica neokantiana y, en general, con todas aquellas directrices que bajo el predominio del finalismo siempre mantuvieron consideraciones teleológicas valorativas como elemento integrante del método dogmático. En común tienen la pretensión de construir sistemas abiertos aptos para la permanente orientación de los mismos hacia las exigencias cambiantes político-criminales y la propia evolución de los conocimientos. La finalidad última de aquellos es la de proporcionar un modelo explicativo serio de lo que en realidad hacen los juristas intuitivamente, racionalizándolo y haciendo posible la doble función de la dogmática: una aplicación segura y fiable del Derecho y una restricción de la intervención penal a los límites estrictamente necesarios.

En todo caso, a excepción de las manifestaciones más radicales, las orientaciones teleológico-funcionalistas, no constituyen, como lo indica Silva Sánchez, metodológicamente hablando, un “*alliid*” sino un “*plus*”. Así en 1955, consideraba ya Gallas como meta de la dogmática penal la búsqueda de “una síntesis entre las adquisiciones debidas al finalismo y las conquistas irrenunciables procedentes de la etapa anterior, impulsada por el pensamiento valorativo y teleológico el propio Roxin califica su *modus operandi* como “*método de síntesis*”.

Prescindiendo del valioso antecedente que representa la obra de Schmidhauser, suele considerarse punto de partida del moderno pensamiento teleológico-valorativo la obra de Roxin: “*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*”. No obstante, en el seno de la actual tendencia a la normativización del sistema y sus categorías, conviene distinguir dos sub orientaciones teleológico-funcionalistas; la moderada, que abandera Roxin y sus seguidores; y la radical, representada por el funcionalismo-sociológico (teoría de los sistemas) de Jakobs.

9.1. El funcionalismo moderado de Claus Roxin

El panorama dogmático actual que, en general, acepta los modelos sistemáticos heredados, aborda la construcción teórica de los elementos del delito a partir de referencias extra penales. Las propuestas garantistas proponen una reconstrucción de las categorías dogmáticas desde los principios garantizadores que caracterizan al Estado democrático. Esta reivindicación de los criterios limitadores del ejercicio del *ius puniendi* (reivindicación que sólo puede ser consecuente en marcos constitucionales) lleva a programas político-criminales minimizadores, que restringen considerablemente el ámbito de intervención estatal punitiva. Pero lo esencial de estas propuestas radica en su esfuerzo por no deferir la aplicación de esos criterios limitadores a las fases aplicativas del Derecho, y por no confinarlos exclusivamente al nivel de las estrategias político criminales previas a la labor del legislador. Se trata de incorporar el garantismo a la labor dogmática, con la consiguiente reformulación de los elementos de la teoría jurídica del delito, que no pueden seguir siendo cómplice alevé del derecho a castigar, sino, en sentido totalmente contrario, constituyéndose en sus límites.

Por su parte, y con puntos de partida sustancialmente distintos, las propuestas genéricamente denominadas funcionalistas responden a una pujante atención a la realidad metajurídica, lo que comporta incluir en la reflexión dogmática las preocupaciones político-criminales, con los consiguientes ajustes metodológicos (aunque sin romper con el pensamiento sistemático). Quizá el más influyente representante de esta tendencia sea Claus Roxin, quien propone en su obra "Política criminal y sistema del Derecho penal", propone superar la dualidad política criminal dogmática que presidió los trabajos de Von Liszt, para integrarla en un modelo único.

La pretensión de Roxin es superar las barreras existentes entre el Derecho penal y la política criminal, haciendo del sistema un instrumento válido para la solución satisfactoria (político-criminalmente) de los problemas reales de la sociedad. Su preocupación es, por tanto, práctica, para ello sugiere Roxin la decidida orientación del sistema del Derecho penal a las valoraciones de la política criminal, de suerte que todas las categorías de aquél (sistema) se redefinirían en función de tales exigencias políticos criminales. Dicho giro o reorientación de todas las categorías y sub categorías persigue evitar el lamentable contrasentido que propiciaba el positivismo jurídico, con sus excesos abstracto-deductivos, esto es, una suerte de everroismo científico a tenor del cual podía seguir siendo dogmáticamente correcta e impecable una interpretación que, desde un punto de vista político-criminal no resolviese el problema concreto de forma adecuada y satisfactoria. Roxin procede en consecuencia, a una amplia normativización de todas las categorías del sistema, convencido de que sólo esa vía (y no la "vinculación" ontológica del finalismo) permite coordinar la Dogmática y la Política Criminal, salvando al sistema.

La construcción dogmática de Roxin se configura como un proyecto teleológico, en cuanto tendencialmente regido por objetivos preventivos, pero, también, integrador de los límites formales y materiales (incluso de base ontológica) propios del Estado democrático. Su dogmática responde inicialmente, como en Jakobs, a la conciencia jurídica general, que descontenta e insegura frente a la infracción, exige que se afirme la vigencia de la norma mediante el castigo del sujeto. Sin embargo, la prevención a que apunta Roxin en el desarrollo de sus tesis es sustancialmente distinta: no consiste en el

aquietamiento de conciencias por afirmación de vigencia de la norma, sino en la evitación de delitos futuros, lográndose con ello la tranquilidad ciudadana, pero más que como objetivo, como efecto necesario (Ignacio Berdugo y otros, Curso de Derecho Penal Parte General, Ob.cit. 2010, Pág. 75).

El modelo teleológico político criminal propuesto por Roxin, responde a la reivindicación elemental de que los fines del sistema penal estén presentes a la hora de construir teóricamente los presupuestos de la punibilidad. Se trata, si, de construir un sistema penal orientado a las consecuencias, pero sin incurrir en un empobrecedor “consecuencialismo”, sino incorporando criterios axiológicos que han de ser desarrollados en la materia jurídica. En el pensamiento de Roxin el fin del Derecho penal es la tutela de bienes jurídicos, los que necesariamente tienen su origen en el Derecho mismo y en la Constitución.

“En el campo punitivo sostiene Roxin la teoría unificadora preventiva de la pena y así nos informa que el punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales solo está justificadas cuando tiendan a la protección de la libertad individual y a un orden social que estén a su servicio y añade con contundencia de que de ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena” (citado por Villa Stein, Ob. Cit. 2014, Pág. 82).

9.2. El funcionalismo radical de Gunther Jakobs

Con un punto de partida diferente Jakobs propone un sistema penal de vocación meramente descriptiva (y por tanto conservador), elaborado sobre un confesado relativismo y orientado a la función preventivo general integradora o positiva. Su funcionalismo normativista sustituye las referencias a la realidad metajurídica por la entronización, como centro del sistema, de la vigencia de la norma. “Desde una perspectiva político-criminal, las propuestas funcional-normativistas de Jakobs proponen la práctica disolución del bien jurídico -que se identifica con la propia norma-, y de la culpabilidad -construida al margen del sujeto cuya responsabilidad se examina-, así como la renuncia a objetivos de prevención material, lo que las sitúa en las

antípodas del pensamiento garantista” (Ignacio Berdugo y otros, Ob. Cit. 2010, Pág. 122).

Se reconoce al profesor Gunther Jakobs, Catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Bonn (Alemania), una trascendente labor jurídica en la Ciencia Penal contemporánea, sobre todo por el desarrollo de un modelo funcionalista normativo del Derecho Penal, que expuso principalmente en su “Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch” (Berlín, 1991). Conforme lo precisa en el prólogo a su obra: “Bases para una teoría funcional del Derecho Penal” (Jakobs, Gunther, 2000, Pág. 17), referirse a un Derecho penal funcional, significa que el Derecho penal tiene el cometido de mantener la configuración social en cuanto configuración normativa. La pena confirma la identidad social; por lo tanto, no es una “secuencia irracional de dos males”, sino “respuesta” de la sociedad a la “manifestación” del autor (la pena tiene como función el mantenimiento de la confianza en la vigencia de la norma, antes que perseguir otros efectos de carácter psicológico-social o psicológico-individual que la punición estatal también podría producir). De ello se deriva una serie de consecuencias, que en resumen son:

- 1) Mientras el autor no haya externalizado nada, no hay delito. Sólo cuando existe la arrogación de una organización que no le compete comienza el ámbito de la conducta punible (criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico). Las desviaciones de esta concepción, es decir, las anticipaciones de la punibilidad -que, dependiendo de la situación de seguridad, pueden ser necesarias- convierten el Derecho penal en un Derecho penal del enemigo, o, dicho de otro modo, que estas desviaciones suponen el paso de una concepción normativa de la sociedad a una concepción cognitiva, instrumental. Con la habitual teoría de la protección de bienes jurídicos, tales diferencias ni siquiera pueden ser detectadas, y mucho menos enjuiciadas.
- 2) El concepto de acción debe quedar formulado con criterios genuinamente jurídico- penales; por lo tanto, no debe ser adoptado artificialmente con base en criterios ontologizantes o psicologizantes, al estilo del finalismo, y tampoco sirve un concepto orientado en atención a la causalidad; por el contrario, la acción debe ser determinada en atención a la

- desautorización de la vigencia de la norma. En conclusión, ello significa que la acción tiene como presupuesto la culpabilidad.
- 3) Un comportamiento debe ser entendido en un marco objetivo, es decir, social, de interpretación. De ello deriva la necesidad de la determinación objetiva de la conducta imputable.
 - 4) También el concepto de culpabilidad es un concepto funcional. Por consiguiente, con su ayuda debe ser posible fundamentar -y no meramente partir de ello como presupuesto- por qué los defectos de conocimiento, por regla general, tienen efectos de exoneración, mientras que no sucede así con los defectos de voluntad, y por qué una sociedad moderna ya no necesita una responsabilidad objetiva. En esta concepción, la culpabilidad queda configurada por una falta de fidelidad al orden jurídico, y ello, además -en contra de una extendida opinión-, determinándose esa carencia de acuerdo con criterios objetivos.

El funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. Partiendo de esta concepción, no se concibe la sociedad, a diferencia de lo que creyó la filosofía -entroncada con Descartes- desde Hobbes a Kant, adoptando el punto de vista de la conciencia individual, como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar. Es cierto que la historia de la filosofía enseña que esta última perspectiva puede ser un objeto de discusión que sea capaz de abarcar conceptualmente durante algún tiempo los problemas existentes. Pero del mismo modo que la conciencia sigue sus propias reglas, también lo hace la comunicación. Por esta razón, la solución tampoco ha de buscarse en la postura antagónica con el punto de partida orientado sobre la base del sujeto; es decir, tampoco ha de buscarse en la tradicional doctrina europea aristotélica del Estado como conjunto, orientada en atención a la comunidad, aunque, desde luego, se pueda formular dentro de este modelo sustancia social. La exposición más clara de la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto al Derecho penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de Luhman. Sin embargo, un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan

siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales (Jakobs, ob. cit, Pág. 19).

Este camino de refundamentación normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático, no ha sido valorado de forma homogénea en la dogmática penal. En una perspectiva crítica, se ha señalado la necesidad de tomar en cuenta determinados aspectos de la realidad del ser, las consecuencias políticas criminales de las soluciones dogmáticas en un marco crítico frente al sistema social y el presupuesto de un Derecho penal al servicio de la persona humana y no de la sociedad. Estas objeciones forman parte del debate actual y no han sido desatendidas por el maestro alemán, quien las enfrenta ratificando la importancia de elaborar un sistema del Derecho penal capaz de responder a las necesidades de una comunicación normativa sin por ello instrumentalizar a la persona, la cual concibe en términos también funcionales, como la representación de una competencia socialmente comprensible, no como un ente capaz de ocasionar o impedir un suceso, sino como aquella que puede ser responsable de éste (Caro Coria, en Jakobs, 2000, Pág. 13).

Según Jakobs el objetivo del sistema penal es la prevención, pero no como evitación de futuros delitos <la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de un fin>, sino como imposición de una determinada visión de la realidad, para lograr la fidelidad al ordenamiento jurídico. En la medida en que esa fidelidad queda debilitada cuando el sujeto puede actuar conforme a las expectativas que su rol genera en los demás y, sin embargo, las frustra mediante un comportamiento contrario a la norma, es necesario fortalecerla. La función de la pena impuesta al sujeto culpable es restablecer la firmeza de una norma que ha sido violada y que necesita, frente a la violación, afirmar su vigencia: “la pena existe para caracterizar al delito como delito”; como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique..... “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Editorial Temis - Bogotá-Colombia 1989.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan.....”Introducción al Derecho Penal”, Editorial Temis S.A., Bogotá - Colombia 1986.

- BRAMONT ARIAS, Luis... "Derecho Penal: Parte General", Tomo I, 3ra Edición, Lima 1978.
- CREUS, Carlos... "Derecho Penal: Parte General", 3ra Edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires 1992.
- CUELLO CALON, Eugenio..... "Derecho Penal - Parte General", Editora Nacional, Novena Edición. 1948 - México D.F.
- ETCHEBERRY, Alfredo... "Derecho Penal, Parte General", T. I, Edi. Gibbs, Santiago de Chile, 1965.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan... "Derecho Penal Fundamental", Vol. I, Editorial Temis S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995.
- FONTAN BALESTRA, Carlos... "Derecho Penal: Introducción y Parte General", décimo quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995.
- HASSEMER, Winfried... "Fundamentos del Derecho Penal ", Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Edi. Bosch, Barcelona 1984.
- HURTADO POZO, José..... "Manual de Derecho Penal - Parte General", Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Segunda Edición, Lima 1987.
- JAKOBS, Gunther - CANCIO MELIA, Manuel... "El Sistema Funcionalista del Derecho Penal", Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal en la universidad de Piura, Editorial Grijley, Lima 2000.
- JESCHECK, Hans Heinrich... "Tratado de Derecho Penal: Parte General", T. I, Bosch Casa Editora S.A., Barcelona, 1981.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis... "tratado de Derecho Penal", tomo II, 3ra Edición, Editorial Lozada S.A., Buenos Aires, 1964.
- KELSEN, Hans... "Teoría General del Derecho y del Estado", Textos Universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, Tercera Edición, México 1969.
- LAMPE, Ernst-Joachim... "La Dogmática Jurídico Penal Entre la Ontología Social y el Funcionalismo", Editora Jurídica Grijley, Lima 2003.
- MAURACH REINHART... "Derecho Penal: Parte General", T. 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MEZGER, Edmund... "Derecho Penal: Parte General", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

- MIR PUIG, Santiago... "Introducción a la Bases del Derecho Penal. Concepto y Método", Editorial Bosch, Casa Editora S.A., Barcelona 1976.
- PEÑA CABRERA, Raúl.... "Tratado de Derecho Penal", Estudio Programático de la Parte General, Editora Jurídica Grijley - 5ta Edición 1994, Lima-Perú.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, J. Miguel... "Manual de Derecho Penal, Parte General", Segunda Edición, Arazandi Editorial, Navarra-España 2000.
- QUIROZ PIREZ, Renén... "Introducción a la Teoría del Derecho Penal", Editorial de Ciencias Sociales, La Habana-Cuba, 1987.
- RADBRUCH G.... "Introducción a la Ciencia del Derecho", Librería General, Madrid, 1930
- ROXIN, Claus... "Derecho Penal Parte General", T. I, "Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito", Editorial Civitas S.A., Madrid 1997.
- SCHONE, Wolfgang... "Acerca del Orden Jurídico Penal", Editorial Juricentro, San José, Costa Rica 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María... "Estudios de Derecho Penal", Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Lima 2000.
- VILLA STEIN, Javier... "Derecho Penal Parte General", Ara Editores, Lima 2014.
- VON LISZT, Franz... "Tratado de Derecho Penal", T. I, Edi. Rens S.A., Madrid 1929.
- WEBER, Max... "Economía y Sociedad", Editorial Fondo de Cultura Económica, primera reimpresión colombiana, Santa Fé de Bogotá, 1997.
- WELSEL, Hans... "Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Director); PEREZ ALONSO, Esteban J.... "Derecho Penal Parte General", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España 2004.

El Principio de Publicidad en el Proceso Penal Peruano: A propósito de sus Límites Legales

The principle of publicity in the Peruvian Penal Process: concerning their legal limits

Jhonny Carlos García Aquino

*Egresado del Postgrado de Derecho de la
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.
Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales*

SUMARIO:

I.- Introducción.

- 1.- Principio de Publicidad [Definición].
- 2.- Fundamentos del Principio de Publicidad.
 - 2.1.- Razón Político-Social.
 - 2.2.- Razón Jurídico-Constitucional
- 3.- ¿Existe una Afectación al Principio de Publicidad en los Procesos Penales Especiales de Terminación Anticipada del Proceso y en la Conclusión Anticipada del Juicio Oral?
 - 3.1.- Fundamentos de la Limitación del Principio de Publicidad en los Procesos Especiales de Terminación Anticipada del Proceso y Conclusión Anticipada del Juicio Oral.
 - 3.2.- Derechos del Imputado Procesado vs Derechos de los Ciudadanos [Comunidad/Sociedad].
- 4.- El Principio de Publicidad en los Instrumentos Internacionales.
 - A). En la Declaración Universal de Derechos Humanos [1948].
 - B). En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [1966].
 - C). En la Convención Americana de Derechos Humanos [1969].
 - D). En el Convenio Europeo de Derechos Humanos [1950].

II.- Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

El autor del presente artículo trata sobre la trascendental importancia del principio de publicidad en las audiencias judiciales dentro del proceso penal peruano relacionada a sus límites legales impuestos, particularmente en los procesos especiales de Terminación Anticipada de la investigación o de la instrucción y de Conclusión Anticipada del juicio oral (plea bargaining), desde una perspectiva doctrinaria procesal penal, sustentado en la Constitución Política (de 1993), la normatividad procesal penal vigente en Lima y en todo el territorio peruano, y la jurisprudencia nacional y comparada (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos); ya que, el operador jurídico-penal, en especial el órgano jurisdiccional o tribunal penal no respeta y valorado el principio de publicidad en todas sus dimensiones, particularmente en su dimensión de derecho humano, no siendo ajeno el legislador penal nacional; y, postula que la normatividad procesal penal vigente relacionada a los procesos especiales de Terminación Anticipada de la investigación o de la instrucción y de Conclusión Anticipada del juicio oral no es la adecuada en su plenitud conforme lo exige la Constitución Política peruana, siendo un ejemplo de ello la audiencia de terminación anticipada de la investigación; no obstante, que esta se encuentre inmersa en un estadio procesal de carácter reservado y privado, ya que no necesariamente se vulneran o vulnerarían determinados derechos fundamentales, sea del imputado o de la víctima.

PALABRAS CLAVE

Transparencia del Proceso Penal, Audiencia, Razón, Proceso Penal Especial, Terminación Anticipada de la Investigación, Conclusión anticipada del Juicio Oral, Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Proceso Penal, Código Procesal Penal de 2004 y Constitución Política de 1993, Limitación y Afectación de un Derecho Fundamental.

ABSTRACT

The author of this article is about the fundamental importance of the principle of publicity in judicial hearings in the Peruvian criminal proceedings related to its legal limits, particularly in the special processes of Early Termination of investigation or inquiry and the Early Conclusion trial (plea bargaining), from a doctrinal perspective of criminal procedure, based on the Constitution Policy (1993), the criminal procedural regulations in force in Lima and

throughout Peru, and national and comparative jurisprudence (rulings of the European Court of Human Rights); as the criminal legal operator, especially the court or criminal court not respected and valued the principle of publicity in all its dimensions, particularly its human rights dimension, not being outside the national criminal legislature; and posits that current criminal procedural regulations related to special processes Early Termination of the investigation or prosecution and Early Conclusion of the trial is inappropriate in its fullness as required by the Peruvian Constitution, an example of This hearing early termination of the investigation; however, that this be immersed in a procedural stadium reserved and private, as they do not necessarily violate or infringe certain fundamental rights, whether the accused or the victim.

KEYWORDS

Transparency of Criminal Procedure, Audience, Reason, Special Criminal Process, Research Early Termination, early conclusion of the trial, Law No. 28122 Law Early Conclusion of the Instruction, Criminal Procedure Code 2004 and Constitution Policy 1993 Limitation and involvement of a fundamental right.

I.- INTRODUCCIÓN

El presente artículo científico titulado “El Principio de Publicidad en el Proceso Penal Peruano: A propósito de sus límites legales” tiene por objeto mostrar descriptiva y explicativamente el grado de importancia del principio de publicidad en las audiencias judiciales dentro del proceso penal peruano relacionado a los límites legales impuestos, a efectos de que sea respetado y valorado debidamente por los operadores jurídicos-penales, en especial por el órgano jurisdiccional o tribunal penal nacional.

El principio de publicidad tanto como derecho y garantía, un aspecto particular como derecho humano, no es valorado en todas sus dimensiones por el órgano jurisdiccional o tribunal penal, sobre todo en las audiencias judiciales (porque no, en las constitucionales), donde se toman decisiones relevantes, únicas y definitivas, que inciden de manera directa en la situación jurídica de la persona sometida a un proceso penal.

El principio de publicidad es muy importantísimo para el proceso penal en la medida que permite la materialización de los derechos no solo del investigado o procesado, del agraviado sino, de todos los ciudadanos con interés en el funcionamiento del sistema de administración de justicia penal, dentro de un Estado constitucional democrático.

La realidad jurisprudencial nacional muestra el acortamiento progresivo (ficto en algunos casos) del principio de publicidad, en tanto el órgano jurisdiccional penal o tribunal establece (subjetivamente) causales nada razonables que vulnera o vulnerarían determinados derechos fundamentales del imputado o de la víctima (i. e., el derecho de intimidad), en el caso concreto, observándose ello, en los procesos especiales de terminación anticipada de la instrucción o investigación y en la conclusión anticipada del juicio oral, sobre todo en el primero; no obstante, que en esa etapa el proceso sea de carácter reservado. El legislador penal nacional no es ajeno a este fenómeno jurídico (jurisprudencial), ya que en el establecimiento de las causales (de no aplicación del principio de publicidad) en la ley (procesal) penal no ha tomado en consideración al principio de publicidad en su verdadera dimensión, sobre todo su dimensión de derecho humano sino, simplemente como cualquier derecho y/o garantía. El principio de publicidad es muy importantísimo toda vez que reflejaría el modelo de Estado que adopta (en la práctica) nuestro país, así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), siendo este principio es una piedra filosofal de presentación del tribunal europeo en todos los procesos donde se ven inmersos derechos fundamentales y derechos humanos.

1.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD [DEFINICIÓN]

El principio de publicidad implica que el desarrollo del proceso penal sea público y no secreto, con libre acceso para el justiciable y para la sociedad en general, pero existen excepciones establecidas en la ley que impiden que esto no sea pleno.

El principio de publicidad asegura la transparencia del proceso penal, en general en todo proceso judicial, salvo excepciones establecidas en la ley. Así se asegura la transparencia de las decisiones judiciales, pues así están sometidas a un control popular [la publicidad tiende a asegurar la defensa en su sentido

más amplio]. La publicidad permite que la colectividad supervise y controle que la labor jurisdiccional sea bien desarrollada. En tal sentido, la publicidad del proceso implica que cualquier ciudadano puede asistir a las salas de audiencias para presenciar el desarrollo del proceso.

De lo expuesto se colige, que el principio de publicidad no solo es un derecho de la sociedad en general¹, sino una garantía (prevista en el numeral 4 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado), que al parecer es absoluto; sin embargo, este principio no es absoluto, sino relativo, toda vez que existen excepciones establecidas en la ley (procesal penal²) que tienen que ver con la vulneración de determinados derechos fundamentales del procesado (Vgr., el honor), no de cualquier derecho fundamental³.

El principio de publicidad se manifiesta sobre todo en la Etapa del Juicio Oral (de Juzgamiento), permitiendo que todas las actuaciones judiciales sean públicas, es decir, que la ejecución o práctica de la prueba se realiza mediante la posibilidad de asistencia física, no solo de los sujetos procesales, sino también de cualquier ciudadano⁴.

La participación (directa o indirecta) del pueblo en las audiencias judiciales, en general en cualquier actuación judicial permitida por ley, fortalecen la confianza en los jueces y tribunales penales, consecuentemente genera seguridad jurídica, en general en el sistema de administración de justicia penal⁵.

1 Recuérdese, que el poder emana del pueblo, siendo un Poder el Poder Judicial que administra e imparte justicia.

2 Por ejemplo, las establecidas en el artículo 356° del Código Procesal Penal del 2004.

3 A propósito más adelante se tratará con mayor detalle (vide infra: 3).

4 La publicidad tiene dos caras: 1. publicidad absoluta, se da cuando presupone la posibilidad de asistencia de cualquier miembro de la sociedad, sin restricción alguna; y 2. la publicidad relativa, es una excepción a la publicidad absoluta, y en esta solo los sujetos procesales pueden concurrir, existe ausencia (física) del público (momentánea o eventual o permanente); así, por ejemplo, se puede dar para las deliberación de expedición de sentencia, o por razones de moralidad, de "orden público", de "interés de menores", entre otras razones que así lo considere el juez o tribunal penal o lo señale la ley [Vid., Jorge Rosas Yataco [2013], Tratado de Derecho Procesal Penal, Lima: Instituto Pacífico, p. 664].

5 En tal sentido, ha de tenerse presente, que es deber de la entidad de administración de justicia de crear o generar las condiciones para que el ciudadano y la prensa puedan concurrir de manera libre, claro, del marco que la ley permite.

En suma, la publicidad significa que no debe haber una justicia secreta ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motivaciones⁶. Los integrantes de la sociedad tiene el derecho de supervisar el buen manejo que el órgano jurisdiccional hace del ius puniendi, a fin de controlar no solo la actuación del juzgador, sino también el desenvolvimiento de las partes y, de ese modo, reclamar ante una arbitrariedad o abuso de derecho, o, en su caso, ver con mayor confianza el funcionamiento de un sistema de justicia transparente y justo⁷.

2. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

2.1. Razón Político-Social

El principio de publicidad es propio de un sistema político liberal, es decir, de un Estado de Derecho democrático, donde el ciudadano con libertad y como parte del pueblo [de esto emana el poder del Estado] está pendiente del funcionamiento de las instituciones de la administración de justicia penal, que se concreta con su presencia no solo óptica o fáctica sino, normativo (o indirecta) en las audiencias o en cualquier actuación procesal relevante en todas las instancias del Poder Judicial (e inclusive, de la justicia constitucional)⁸. Este principio permite no solo al justiciable, particular-

6 Vid., Hernando Devis Echandía [1984], *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires: Universidad, p. 25]

7 En parecido sentido María HorvitzLennon y Julian Masle afirman, desde la perspectiva del acusado, que “el principio de publicidad asegura un proceso equitativo y la posibilidad cierta de ejercer su derecho de defensa; y, al mismo tiempo, previene la arbitrariedad del Juzgador” (Vid., María Horvitz Lennon y Julian López Masle [2004], *Derecho Procesal Chileno*, T. II, Santiago: Jurídica de Chile, p. 242).

8 Aquí no se debe dejar de mencionar, ahora, el papel importante, e incluso determinante que cumplen los medios de comunicación, principalmente la televisión que posibilita la materialización (indirecta) del principio de publicidad en los procesos penales, informando de manera objetiva y completa sobre las diversas causas que se ventilan en estos; con esto hacemos referencia a un sistema de prensa que informa (a los ciudadanos) de manera objetiva y verás y no a un sistema de prensa de presión, sensacionalista, e incluso extorsiva. Lamentablemente, ahora último se tiene una prensa televisiva que no informa de manera fidedigna, sino distorsionada y parcializada y el ciudadano se forma una idea negativa del órgano jurisdiccional o del tribunal (penal), en general del sistema de administración de justicia, siendo una muestra clara de ello es que no se conoce quién es un buen juez e, incluso, quién en un buen ciudadano.

mente al acusado, sino al ciudadano en general que estén bien informados -teniendo en cuenta que se está dentro de una sociedad de la información y del gobierno electrónico, donde manejar información es sinónimo de poder- sobre las actuaciones procesales durante el desarrollo del proceso penal y la emisión de la respectiva sentencia y, a la vez, fortalece su confianza en el actuar de los jueces y tribunales (penales)⁹.

2.2. azón Jurídico-Constitucional

El principio de publicidad está consagrado en la Constitución Política de 1993, exactamente en el artículo 139° numeral 4¹⁰; esta Constitución es producto de un Estado liberal, es decir, un Estado de Derecho, como tal implica que predomina los derechos individuales sobre los derechos sociales o colectivos y el principio de publicidad no solo sea un derecho para el justiciable (i.e., el acusado), sino y sobre todo, una garantía, además de un derecho para cualquier ciudadano que está pendiente del funcionamiento del sistema de administración de justicia.

La consagración del principio publicidad en la Constitución Política implica que los órganos de administración de justicia e impartición de justicia deben instaurar y respetar este principio en todos los procesos penales, evidenciándose de manera manifiesta en la etapa estelar del proceso penal, esto es, el juicio oral (en las audiencias); asimismo, debe estar regulado en una norma con rango de ley, y lo está efectivamente en el artículo I inciso 2¹¹ del Título Preliminar y en el artículo 356° inciso 1¹² del Cód-

-
- 9 Originariamente, el principio de publicidad solo servía de garantía (como medio de defensa) al acusado o imputado en el procesamiento de su causa que se concretaba en juzgamiento por un juez o tribunal independiente e imparcial; y se estaba en un contexto de un Estado liberal no desarrollado (predominaba el secreto de los procesos o juicios y eran escritos y no tanto orales); luego, con el advenimiento de los ilustrados y la revoluciones liberales, también lo será, no solo como garantía sino, y sobre todo, como derecho de todo ciudadano, que presenciarán los procesos penales (las audiencias) de manera transparente y justa.
- 10 Así, se señala en el artículo 139° de la Constitución Política: Son principios y derechos de la función jurisdiccional; inciso 4 “La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley”. Las cursivas es nuestro.
- 11 Sic “2. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio (...)”.
- 12 Sic “(...) Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el

go Procesal Penal de 2004, así como en el artículo 215^o¹³ del Código de Procedimientos Penales de 1940 y en el artículo 268^o del Código Procesal penal de 1991¹⁴. De manera que este principio (constitucionalizado e internacionalizado¹⁵) exige al Estado, que en todo proceso judicial, en particular el proceso penal, el deber de hacer justicia de manera transparente, siendo esta una forma expresión de control de la sociedad al ejercicio de la jurisdicción. De ahí que se diga, que el principio de publicidad es rector de la jurisdicción¹⁶.

Ahora bien, este principio al parecer es absoluto; sin embargo, no es absoluto, tiene restricciones (límites) que solo se justifican en la necesidad de protección de derechos constitucionales como, el honor, la intimidad (del procesado), entre otros derechos; a propósito, esto se tratará a continuación en el siguiente punto de la presente investigación.

3.- ¿EXISTE UNA AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN LOS PROCESOS PENALES ESPECIALES DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO Y EN LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL?

Antes de pasar a responder a la interrogante formulada es conditio sine qua non hacer referencia (reseña breve) a las excepciones al principio de publicidad (en el proceso penal), denominado en la doctrina procesal penal como límites al principio-derecho de publicidad; límites que obedecen estrictamente (fundamento) a la necesidad de protección de (otros) derechos constituciona-

Perú, rigen principalmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. (...)"

13 Sic "Las audiencias del juicio oral serán públicas, bajo sanción de nulidad. (...)".

14 Vid., César San Martín Castro (1999), *Derecho Procesal Penal*, Vol. 1, Lima: Grijley, p. 81.

15 Está también consagrado en los instrumentos internacionales (Vide infra: 4 del presente artículo).

16 El principio de publicidad es aplicable en todos los procesos (civiles, contencioso administrativo, entre otros procesos) y no es privativo (propio) de los sistemas orales, como el proceso penal (juicio oral), sino también de los procesos escritos, como el contencioso administrativo (Vid., AA.VV., *La Constitución comentada* [2013], 2^a ed., T. III, Lima: Gaceta Jurídica [1^a ed., 2005], p. 74).

les [como, por ejemplo, el derecho a la intimidad del procesado o la minoría de edad] y deben estar establecidos en un dispositivo con rango de ley –y no en cualquier dispositivo–, tomando en consideración que nuestro sistema jurídico se rige por el principio de legalidad; lo dicho se puede corroborar en el artículo 139° de la Constitución Política vigente, exactamente en el inciso 4 [La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley] y materializada (en cuanto a las excepciones se refiere) en el artículo 357° del Código Procesal Penal del 2004 y en el artículo 215° del Código de Procedimientos Penales de 1940. De manera que las excepciones al principio de publicidad no pueden ser establecidas –discrecionalmente– por el órgano jurisdiccional; es decir, las causales o supuestos en las cuales no es aplicable este principio, solo dependerá de lo que el legislador establece en la ley.

Sentado la premisa (doctrinaria) anterior pasemos a tratar brevemente a la Terminación Anticipada del proceso penal y la Conclusión Anticipada del juicio oral. El primero, consiste en la conclusión del proceso penal (de la instrucción o de la investigación), de manera anticipada, antes pasar al juicio oral (Etapa de Juzgamiento) y de formularse la acusación fiscal, producto del acuerdo entre el imputado o procesado con el Fiscal respecto de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias a imponer, e incluso la no imposición de pena privativa de libertad efectiva conforme a la Ley penal. Este instituto jurídico procesal penal se lleva a cabo, ante la solicitud del imputado o del Fiscal, por el juez en una audiencia especial y privada, tal como está regulado en el artículo 468° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004¹⁷ y en los artículos 1°, 2°, 3°, y 4° de la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Proceso¹⁸. Mientras, la Conclusión Antici-

17 Sic “1. A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 336 y hasta antes de formularse la acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privada. Su celebración no impide la continuación del proceso. Se formará, al respecto, cuaderno aparte”.

18 Ley publicada en el Diario Oficial el 16 de diciembre del 2003. Este instituto procesal penal solo procedía en los delitos regulados en los siguientes artículos del Código Penal de 1991: 121°, 122°, 185°, 186°, 188°, 189° primera parte y 298°, solo cuando existe flagrancia delictiva, haya suficientes medios probatorios que permite prescindir de otras y confesión sincera en términos del artículo 136° del C de PP de 1940. La Terminación Anticipada de la instrucción, a propósito fue introducido por vez primera mediante Ley N°

pada del juicio oral, consiste, tal como su nombre lo señala, en la conclusión anticipada del juicio oral, pero la terminación (especial) del proceso penal no se da en cualquier etapa del proceso penal, sino en la Etapa de Juzgamiento; concretamente es un acto procesal y un negocio jurídico procesal¹⁹, el primero, porque se da dentro del proceso penal, exactamente en el juicio oral, constituyendo esta característica una diferencia de la Terminación Anticipada de la instrucción o investigación (judicial); y negocio jurídico procesal, porque las partes procesales (el imputado y el Fiscal) se ponen de acuerdo, principio del consenso, esto es, negocian respecto de los cargos formulados en la acusación fiscal, las consecuencias jurídicas penales (pena) y civiles (reparación civil), donde a instancia del Juez [de investigación preparatoria] el imputado o acusado acepta (total o parcialmente²⁰) el contenido de la acusación fiscal, previa consulta con su Abogado defensor, y al final de la audiencia se emite una sentencia, denominada de sentencia conformada que pone fin al proceso penal especial, tal como se establece en el artículo 372° del Código Procesal Penal del 2004²¹ y en el artículo 5° de la Ley N° 28122-Ley de Conclusión

26320 del 2 de junio de 1994 que se aplicaba solo al delito de tráfico de drogas (artículo 298° in fine) del Código Penal de 1991; en el artículo 2° de esta Ley se señala que procede la terminación anticipada de la instrucción en los delitos regulados en los artículos 296°, 298°, 300°, 301° y 302° del CP del 91, bajo ciertas reglas establecidas en este artículo. A la fecha procede frente a otros delitos (comunes) establecidos en el penal (Vgr., el Código Penal de 1991).

- 19 No están sujetas a ninguna modalidad del acto jurídico, esto es, la condición, el plazo o el modo o cargo.
- 20 Existe aceptación total cuando el procesado acepta los cargos imputados (ser autor o partícipe del hecho punible), la pena y la reparación civil, y al final se emitirá una sentencia conformada (total); mientras que, la aceptación parcial se da cuando el procesado solo acepta bien la pena o bien la reparación civil, emitiéndose, al final, una sentencia conformada parcial; el (los) extremo(s) que no acepta existirá actuación probatoria y contradicción, ergo, se continuará con el debate, en tanto que el extremo que acepta (por ej., la reparación civil) no habrá actuación probatoria ni contradicción alguna.
- 21 Así, se señala en los incisos 1 y 2 del artículo 372° del CPP 2004: “1. El Juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil”. Asimismo, “2. Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio”.

Anticipad del Juicio Oral²².

La Conclusión Anticipada del juicio oral es a instancia del Juez [de investigación preparatoria] y se lleva a cabo en una especial y privada, con presencia solo por las partes procesales (acusado, fiscal, actor civil o del tercero civil), conforme se observa en una marcada línea jurisprudencial procesal penal^{23,24}.

-
- 22 Así, se establece en el artículo 5 de la Ley N° 28122: en caso que el acusado haya confesado, el Juez o la Sala, después de instalado la audiencia, preguntará al acusado si acepta ser el autor o participe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil; asimismo, preguntará al defensor si está conforme con la aceptación de hizo su defendido, de ser afirmativa la respuesta, declarará la conclusión anticipada del debate oral. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio. Si el defensor acepta la conformidad, pero condicionándola a la oralización de algún medio probatorio, se atenderá el pedido así como se permitirá argumentaciones y refutaciones sobre la pena y la reparación civil, suspendiendo la sesión, para tal efecto, por un breve término (48 hrs.), bajo sanción de nulidad.
- 23 Si bien es cierto, que los dispositivos normativos del artículo 372° del Código Procesal Penal no lo menciona expresamente, que la conclusión anticipada del juicio oral será en una audiencia y de carácter privada, no es menos cierto que esta se da dentro de la audiencia principal del proceso penal, esto es, en el juicio oral, lo que, a su vez, presupone la existencia de una audiencia (llamémosla mini audiencia); pero, por otro lado, como se trata de una audiencia especial, lo que presupone, que no todas personas que estaban presentes en la audiencia principal, estarán presentes; por lo que, solo estarán presentes las partes procesales (principalmente, el procesado o acusado y el Fiscal). De ahí que se dice, que la Conclusión Anticipada del juicio oral es también de carácter privada, al igual que la Terminación Anticipada (de la investigación o de la instrucción), solo el acto de emisión de la respectiva sentencia (conformada o anticipada, según sea el caso) será pública, esto es, con libre asistencia de todas los ciudadanos, incluido la prensa.
- 24 Según San Martín Castro, la conformidad o conclusión anticipada del juicio oral es una institución de naturaleza compleja en virtud de la cual el acusado y su defensor técnico aceptan o admiten los hechos materia de acusación y, con ciertos límites, la responsabilidad penal y civil por su comisión, resultando posible que el Tribunal, en ciertos casos y con determinadas limitaciones, imponga una pena inferior a la contenida en la acusación e, incluso, pronunciar un fallo absolutorio. Mediante la conformidad el imputado renuncia a la presunción de inocencia y a los derechos instrumentales de su defensa tales como la continuación de un juicio con prácticas de pruebas y debates, por lo tanto, la condena se produce por su propia manifestación de voluntad y no porque haya sido encontrado culpable tras el juicio oral”. [Vid., César San Martín Castro [2006], “La Conformidad o Conclusión Anticipada del Debate Oral”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 92, Año 11, *Gaceta Jurídica* (mayo), pp. 216-218]. Críticas aparte “respecto aceptan o admiten” y “el juicio oral”.

3.1. Fundamentos de la Limitación del Principio de Publicidad en los Procesos Especiales de Terminación Anticipada del Proceso y Conclusión Anticipada del Juicio Oral.

La privacidad o reserva del proceso judicial, en particular el proceso penal está prevista en la Constitución Política vigente como una excepción a la regla, que es la publicidad del proceso penal; ya anteriormente se estableció, que los supuestos o causales de privacidad del proceso penal (específicamente las audiencias y la emisión de la resolución respectiva) deben estar previstas en una dispositivo con rango de ley premunido de constitucionalidad, en contraposición de no ser creadas estas (causales) por el órgano jurisdiccional amparada en su potestad discrecional²⁵; lo que sí puede realizar el órgano jurisdiccional es la determinación del supuesto o causal, esto es, su materialización.

El legislador penal nacional ha establecido las causales de privacidad o reserva, de los procesos penales, en el Código Procesal Penal del 2004, prin-

-
- 25 Según consideración del Doctor San Martín Castro (1999), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite crear causales o supuestos de no aplicación del principio de publicidad en los procesos penales al órgano jurisdiccional; así señala que: “el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fluye que el secreto de las actuaciones del juicio oral es decidida caso por caso por el órgano jurisdiccional, el cual debe realizar un juicio de ponderación razonado teniendo como criterio esencial si la publicidad “por circunstancias especiales del asunto . . . pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”; a su vez, esas circunstancias especiales guardan relación con la moralidad, el orden público, la seguridad nacional, el derecho a la intimidad u otra circunstancia especialmente relevante. El artículo 268° del Código Procesal Penal de 1991, luego de reconocer los supuestos del Pacto, incorpora como “otras circunstancias especialmente relevantes” las afectaciones a la recta administración de justicia y, enunciativamente, el secreto particular, comercial o industrial. De lo expuesto se desprende: a) que la ley no puede sancionar, sin más supuestos de privacidad del juicio oral, pues está limitado por el Pacto; y, b) que, en todo caso, corresponde a la ley fijar los supuestos generales y dejar al juzgador la decisión particular de acordarla caso por caso, en orden al principio de exclusividad jurisdiccional”. En reglón aparte, señala: “El principio de publicidad como garantía del proceso penal, exige a su vez, la incorporación de los principios de oralidad, inmediación y concentración [este último se manifiesta en la celeridad procesal]. Sin ellos la publicidad pierde esencia y se transforma en una publicidad en una reunión de actos sin unidad de sentido y con la posibilidad muy seria de tergiversarse” (Vid., César San Martín Castro [1999], *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, Lima: Grijley, pp. 81/82). Al respecto podemos decir, que respetamos esta posición o criterio, mas no la compartimos lo expuesto anteriormente (Vide supra del presente artículo).

principalmente en el artículo 357° [“Publicidad del Juicio y Restricciones”]. Este artículo hace referencia a las restricciones al principio de publicidad en el juicio oral o de juzgamiento, es decir, no se aplica este principio, cuando se vulnera el pudor, la vida privada o la integridad física; el orden público o la seguridad nacional; los intereses de la justicia o, enunciativamente, peligre un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible o cause perjuicio injustificado; las manifestaciones por parte del público que turben el regular desarrollo de la audiencia, cualquier otra causal prevista en una norma específica con rango de ley y no cualquier norma²⁶. Estas causales sí resultan aplicables a la “audiencia” de Conclusión Anticipada del juicio oral regulada en el artículo 5° de la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Proceso Penal²⁷, así como en el artículo 372° del Código Procesal Penal del 2004²⁸; más bien, no resultarían aplicables (estas causales), en principio, a la audiencia de Terminación Anticipada de la instrucción o investigación (preparatoria), regulada en los artículos 468° al 471° del Código Procesal Penal del 2004 y en los artículos 1° al 4° de la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada de la Instrucción, porque esta se da antes de la Etapa del Juicio Oral e incluso, después de las diligencias preliminares (según el Código Procesal del 2004), que son reservadas; sin embargo, al fin y al cabo, sí resultarían aplicables, sin mayor problema, a esta audiencia.

-
- 26 En el artículo 358° del CPP del 2004, se regula las condiciones que garantizan la publicidad en el desarrollo del juicio oral, para ello se establecen reglas (2): 1) La creación de condiciones apropiadas para que el público y al prensa puedan ingresar a presenciar la audiencia; y 2) está prohibido el ingreso de aquel que porte arma de fuego u otro medio idóneo para agredir o perturbar el orden. Tampoco pueden ingresar los menores de 12 años, o a quien se encuentre ebrio, drogado o sufre grave anomalía psíquica.
- 27 Ley que fue publicada en el Diario Oficial el 16 de diciembre del 2003.
- 28 A propósito aquí, resulta conditio sine qua non señalar, que si bien es cierto que el CPP del 2004 no señala en forma expresa que la conclusión anticipada del juicio oral es de carácter privado; sin embargo, no es menos cierto que la actuación de este instituto procesal penal sea de carácter privado o reservado, toda vez que existe una marcada línea jurisprudencial en ese sentido aunado a una inadecuada interpretación de las causales de limitación al principio de publicidad, especialmente la causal relacionada a la vulneración de los derechos fundamentales del procesado; no obstante, que en todo proceso penal se afecta legítimamente (lícito) algunos derechos fundamentales, pero esta afectación es justificada racionalmente y permitida por dispositivos normativos que está conformes con la ley, sobre todo con la Constitución Política vigente, tal como se mencionó anteriormente.

3.2. Derechos del Imputado Procesado vs Derechos de los Ciudadanos [Comunidad/Sociedad]

Si damos inicio a este extremo sentando la premisa, de que todas personas, sin excepción, tienen derechos fundamentales y constitucionales y que estos deben ser respetados por todos, incluido el Estado; el imputado o procesado es una persona que se encuentra en una particular situación jurídica, esto es, está sometido a una investigación (fiscal/judicial) o a un proceso penal. Esta situación ya de por sí implica (presupone) cierta afectación a sus derechos fundamentales y constitucionales; limitación o afectación que es lícita y legítima constitucionalmente, solo en tanto esté bien justificado; caso contrario, esta devendría en arbitraria, ilícita e inconstitucional. Por otro lado, están los derechos fundamentales y constitucionales de los ciudadanos que forman parte del pueblo (de donde emana el poder del Estado), obviamente distintos del imputado o procesado, y están interesados que otro ciudadano, en general cualquier persona con capacidad, incluido el Estado, respete sus derechos (bienes jurídicos fundamentales o no) a efectos de que se puedan realizar como personas humanas, en libertad, dentro de una determinada sociedad mas aún en un Estado Constitucional de Derecho; siendo uno de estos derechos el derecho de asistir (óntica y normativamente) a las actuaciones judiciales, como las audiencias mas aun si estas son únicas y decisivas (Vgr., audiencia de Conclusión Anticipada del proceso), que estén permitidas razonablemente por la ley (procesal penal) premunida de constitucionalidad, a efectos de observar que la persona investigada y procesada será condenado o absuelto dentro de un debido proceso por un juez o tribunal independiente e imparcial y de manera transparente [principio de publicidad] y justa y, por ende, ser testigos de la existencia de un sistema de administración de justicia funcional.

Ahora bien, aquí no es nuestro propósito establecer una contraposición entre los derechos del imputado o procesado y los derechos de los ciudadanos distintos a este, dentro de una situación (jurídica) concreta sino, de establecer el porqué, razones, se va ampliando paulatinamente el espacio o ámbito de restricciones, o sea más causales, al principio de publicidad como derecho y garantía de los ciudadanos en general²⁹. Manifestándose ello en un predomi-

29 La ley procesal penal [i.e. el CPP del 2004] permitiría al órgano jurisdiccional, no sé si irresponsablemente, introducir nuevos supuestos (causales) para no aplicar el principio de publicidad en el proceso penal, particularmente en el juicio oral.

nio (fáctico y normativo) de los derechos del imputado o procesado respecto de los derechos de los ciudadanos en general, convirtiéndose de esta manera, prácticamente, la excepción en regla y ésta en excepción; observándose ello en los procesos penales especiales, concretamente en la Terminación Anticipada de la instrucción o investigación y la Conclusión Anticipada del juicio oral. Asimismo, por qué no debe ser ello.

La ampliación paulatina del ámbito o espectro de restricciones al principio de publicidad va más allá de la vulneración de determinados derechos fundamentales del procesado, siendo dos muestras de ello la causal de orden público o los intereses de la justicia, conceptos que son vagos e indeterminados y producen confusión no solo al órgano jurisdiccional, sino también en los ciudadanos en general. La transparencia de las actuaciones judiciales, en particular de las audiencias del proceso penal, es imprescindible ya que ello genera e inspira confianza de parte de los ciudadanos no solo en el proceso penal, sino también en los jueces y tribunales penales, en general en el sistema de administración de justicia. El principio de publicidad permite la transparencia.

Centrándonos un poco más en el extremo que se está tratando; una de las razones del porqué sucede este fenómeno (jurídico y jurisprudencial), es que nuestro sistema jurídico procesal penal acoge la teoría del principio de la personalidad en contraposición de la teoría de la comunidad; la primera, consiste en que ante una situación concreta de naturaleza colectiva prevalecen los derechos individuales (personales) del individuo; en este caso, los derechos del imputado o procesado; y la segunda, consiste concretamente en que ante una situación concreta (conflicto de interés intersubjetivos) prevalece los intereses y derechos de los demás, es decir, los derechos colectivos de los ciudadanos, frente a los derechos de la persona individualmente considerada. De manera que, ello justificaría la ampliación del espacio de las restricciones al principio de publicidad, que se refleja en cierta cantidad de audiencias (decisivas) que tienen carácter reservado, no precisamente por una (posible) vulneración de derechos fundamentales de la persona.

Otra razón, desde una perspectiva filosófica-constitucional, es el modelo de Estado que se adopta, esto es, el Estado de Derecho democrático que

rige en todo el sistema jurídico en conjunto, siendo uno de ellos el sistema jurídico procesal penal; y como tal implica que un Estado democrático los derechos el ciudadano considerado como un colectivo (social) adquieren primacía óntica y normativamente, en tanto se respeten los derechos individuales de los individuos como, por ejemplo, los derechos del imputado o procesado. Justificando ello la ampliación del ámbito de restricciones al principio de publicidad.

Nosotros somos de la posición de que la razón principal de este fenómeno (jurídico y jurisprudencial) es la inadecuada y razonable interpretación del inciso 4 [in fine] del artículo 139º de la Constitución Política del legislador y el órgano jurisdiccional toda vez que el establecimiento (sanción), en un dispositivo normativo, tiene que ser un dispositivo con rango de ley y no en cualquier dispositivo, constituyendo un ejemplo de esto es el literal d) del inciso 1 del artículo 357º del Código Procesal del 2004³⁰; y que constituya una vulneración no de cualquier derecho fundamental y constitucional sino, de determinados derechos fundamentales que incida de manera grave o intensa en el libre desarrollo de la personalidad del imputado o acusado (Vgr., el derecho de intimidad del procesado), y la gravedad o intensidad de afectación de derecho al libre desarrollo de la personalidad fundamental dependerá (principalmente) de las circunstancias del caso concreto y el bien jurídico vulnerado por el imputado o acusado³¹. De manera que, no cualquier circunstancias y bien jurídico vulnerado será causal de restricción al principio de publicidad.

30 Cuando señala, que el Juzgado dispondrá, aun de oficio, que el acto oral se realice total o parcialmente en privado: “d). cuando esté prevista en una norma específica”. Con el establecimiento de este supuesto, de carácter genérico, la causal [de no aplicación del principio de publicidad] puede estar establecida en cualquier dispositivo y no necesariamente en un dispositivo rango de ley.

31 Ello no significa, que en cualquier proceso penal, las audiencias se lleven a cabo de manera privada y reservada, porque se afecta (vulnera) el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la intimidad del imputado o acusado, sino en proceso penal donde se juzgue una particular causa que incida de manera directa y grave al derecho fundamental. Así por ejemplo, en un proceso penal por la comisión (u omisión) del delito de robo (simple o agravado), establecido en el Código Penal, se pueda afectar el libre desarrollo de la personalidad del procesado, pero esta afectación no es directa y de manera grave, de tal manera que las medidas adoptadas en dicho proceso lo desconozca como persona humana.

No obstante de la posición esgrimida en el párrafo precedente, creemos que el mencionado fenómeno se debe al modelo de Estado que está imperando en nuestra realidad, esto es, el Estado Constitucional de Derecho. Este modelo de Estado significa que los principios³² (constitucionalizados) primen sobre otros preceptos jurídicos (reglas), donde los derechos sociales o colectivos considerados como derechos fundamentales, prevalecen y actúan sobre las libertades individuales; sin embargo, ello no significa que los derechos sociales terminen dominando a los derechos individuales sino, lo que existe es un equilibrio (relativo)³³ entre los mismos, todo gracias a la otra cara de los principios, es decir, los valores (perspectiva axiológica), que permiten la normal convivencia pacífica y permanente entre las personas en una determinada sociedad; o, permite distinguir entre un actuar correcto y un actuar incorrecto (perspectiva de la moral) de las personas con capacidad.

Finalmente respondiendo a la interrogante planteada al inicio, en principio, sí se afectaría al principio de publicidad en la mayoría de casos (situaciones), entre otros principios del proceso penal toda vez que en todo proceso penal no se vulnera (ilícitamente) determinados derechos fundamentales del imputado o procesado como el derecho a la intimidad o algún otro derecho fundamental menoscabado en forma grave; por lo que, determinadas actuaciones procesales o judiciales (como las audiencias) tendrían que ser públicas y no secretas, básicamente por tres (3) razones; primero, porque el proceso penal se realiza para la protección y tutela preventiva, de última ratio, de los bienes jurídicos fundamentales, y las actuaciones procesales, como las audiencias, son fundamentales (para el control ciudadano) mas aún si estas son decisivas y únicas (Vgr., audiencia de Terminación Anticipada³⁴ o audiencia de prisión preventiva)³⁵; segundo, porque el proceso

-
- 32 Principios que son definidos como mandatos de optimización y no como meros criterios de orientación al operador-intérprete del dispositivo normativo.
 - 33 Relativo, porque existe una ligera inclinación de uno de los lados de la balanza de la justicia, siendo esta la de los derechos sociales o colectivos considerados como derechos fundamentales.
 - 34 En ese sentido, la audiencia debe ser de carácter pública no obstante, que la investigación (preparatoria) o de la instrucción sea reservada; y no solo el acto de emisión de la sentencia (anticipada) respectiva.
 - 35 Resulta importante recalcar, que con esto no es que tomamos partido, porque todas las audiencias sean públicas como, por ejemplo, en un proceso penal por la comisión (u omisión)

penal en sí implica la afectación (lícita) de ciertos derechos constitucionales y fundamentales del procesado o acusado que no necesariamente tiene que ver con algún proceso penal por la comisión de algún delito que esté relacionado (de manera directa) con la vulneración (ilícita) de determinados derechos fundamentales como, por ejemplo, la intimidad, tal como podría ser –y de hecho lo es-, en el delito de violación sexual de menor de edad (regulada y sancionada en el artículo 173° del Código Penal-CP), sino de cualquier otro delito (Vgr., delitos contra el patrimonio, regulados en el artículos 185° al 208° del CP); y tercero, porque no todo proceso penal es producto de la formalización de una denuncia penal –y su posterior acusación- por delitos que tienen que ver (al menos directamente) con derechos fundamentales como el honor o la intimidad, por ejemplo, sino de otros delitos como los delitos contra la administración pública y los delitos cometidos por medio de la prensa³⁶, esto aunado a la información estadística proporcionado por el Poder Judicial y el Ministerio Público, donde se observa que los delitos que más se cometen son los delitos contra el patrimonio, específicamente el robo en la modalidad agravada, prevista y sancionada en el artículo 189° del Código punitivo, y no de delitos que tienen relación (directa) con derechos fundamentales del procesado como sucede, por ejemplo, en el delito de violación sexual, donde podrían ser vulnerados (ilícitamente) derechos fundamentales como la intimidad del procesado e, incluso, de la víctima mas aún si esta es menor de edad.

Después de lo expuesto en los párrafos anteriores, podemos extraer la conclusión, que la ampliación del espacio de las restricciones al principio de publicidad establecidas en la ley, como por ejemplo, en el Código Procesal del 2004 [artículo 357°], debe reducirse a un mínimo de supuestos conforme al inciso 4 del artículo 139° de la Constitución Política vigente; así la causal de restricción al principio de publicidad debe estar referida a la vulneración de determinados derechos fundamentales y no de cualquier

de delito de violación sexual. Citamos este ejemplo porque en este se puede ver de manera palmaria, la posible vulneración (ilícita) de derechos fundamentales, como la intimidad, entre otros derechos si es que no se adoptan las medidas necesarias, entre ellas la audiencia sea de carácter privada; sino todo lo contrario.

36 A propósito, de esto último, así lo establece la Constitución Política vigente en el inciso 4in fine del artículo 139°, resaltando la publicidad de estos.

derecho fundamental y constitucional del procesado o acusado y debe estar establecida en un dispositivo con rango de ley premunido de constitucionalidad; y, por otro lado, la reducción de la restricción al principio de publicidad permitiría —y permite— que la mayoría de las actuaciones judiciales, particularmente las audiencias, mas aún si estas son únicas y decisivas, sean públicas³⁷; siendo una de estas audiencias la de la Conclusión Anticipada del juicio oral y por qué no, la de la Terminación Anticipada de la instrucción o investigación; lográndose reivindicar de esta manera los derechos de los ciudadanos y la legitimación del sistema de administración de justicia en sí, permite una mayor transparencia al proceso penal.

4.- EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

A). En la Declaración Universal de Derechos Humanos [1948]

El principio de publicidad está consagrado en los artículos 10º y 11º (numeral 1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y señalan respectivamente, que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”; y “1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. De los preceptos citados se colige, que el principio de publicidad es un derecho y una garantía que está ligado indiscutiblemente al principio de oralidad, y no solo a este principio, sino también al principio de inmediación y de concentración, expresándose esta, especialmente, en el juicio oral (de condena o absolución, según sea el caso). Es necesario re-

37 Con este planteamiento no es que se esté proponiendo que, por ejemplo, las actuaciones judiciales (las audiencias) en un proceso penal por el delito de violación sexual de menor edad sea pública, sino todo lo contrario, que determinados procesos donde no se afecta al menos de manera directa y gravísima determinados derechos fundamentales del imputado o procesado, sea de carácter no privado ni reservado toda la audiencia, más aún si según las últimas estadísticas (oficiales) del Poder Judicial y del Ministerio Público, los delitos que más se cometen —y son procesados—, son los delitos contra el patrimonio.

cordar, que el principio de publicidad implica que la resolución que incida de manera importantísima en la libertad personal del procesado o acusado como, por ejemplo, una sentencia de condena, tiene que estar redactada de manera clara y sencilla, de tal manera que el procesado o acusado la pueda comprender y entender.

B). En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [1966].

El principio de publicidad está consagrado en el artículo 14° numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y señala lo siguiente: “[...]. Toda persona tendrá derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella [...]. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

Del precepto jurídico citado se colige, que el principio de publicidad está comprendido dentro de otro principio-derecho, esto es, el debido proceso o justo proceso referido, principalmente a un estadio del proceso penal más importante, esto es, el juicio oral; asimismo, el principio de publicidad es un tanto un derecho como una garantía, no solo para el procesado o acusado sino, para cualquier ciudadano; no obstante ello, este principio no es absoluto, ya que puede ser restringido de manera absoluta [realización de la audiencia solo con la asistencia mínima de los sujetos procesales] o relativa [realización de la audiencia con asistencia de todos los sujetos procesales y cualquier otro ciudadano interesado en el sistema de administración de justicia, incluido la prensa]; además dicha restricción (prohibición) puede ser toda la audiencia del proceso penal (juicio oral) o solo parte de la audiencia o cualquier de la actuación procesal (en general), esto es, en ciertos momentos. Las restricciones pueden ser por causa moral, de orden público o de seguridad nacional o, ser establecidas por un tribunal con

base en circunstancias especiales del caso concreto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia³⁸.

Asimismo, este principio a parte de ser concebido como parte del principio del debido proceso, muestra o evidencia, en la audiencia del proceso penal, el ejercicio o plasmación del principio derecho de defensa del imputado o procesado.

C). En la Convención Americana de Derechos Humanos [1969]

El principio de publicidad está consagrado en el artículo 8° numerales 1 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y señala lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”; y “5. El proceso penal deber ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. De estos preceptos citados, se colige que el principio de publicidad como parte del principio del debido proceso permite que todo proceso penal, como regla general, sea público y no secreto, ya que no solo es un derecho, sino también una garantía para toda persona que está sometido a un proceso judicial en general, y a un proceso penal, en particular, e incluso para cualquier ciudadano; y, claro este principio no es absoluta, tiene excepciones que dependen de la posibilidad de realización de la justicia³⁹.

38 No está demás recalcar, que nos oponemos firmemente y de manera razonada a la siguiente consideración: la causal para que una determinada audiencia o cualquier actuación procesal tenga carácter privado sea establecida exclusivamente por el órgano jurisdiccional o tribunal, pues la causal que va a ser introducida por el tribunal u órgano, no necesariamente podría afectar algún derecho fundamental del imputado o procesado, como por ejemplo, el derecho intimidad, e incluso esta puede de carácter subjetiva y porque no, ilegítima e ilícita; a propósito, el derecho afectado no puede ser el derecho a la vida privada, por ser precisamente amplia e incluso ambigua. Con esto no es que desconfiemos del órgano jurisdiccional o tribunal, sino de lo se trata es ser objetivo y razonable; es decir, debe ser establecida en una disposición con rango de ley.

39 Un ejemplo de violación del principio de publicidad del todo proceso penal, entre otros principio es el Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, plasmada en la Sentencia de

D). En el Convenio Europeo de Derechos Humanos [1950]

El principio de publicidad está consagrado en el artículo 6° numeral 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y señala lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

Del precepto citado en el párrafo precedente, se colige que el principio de publicidad es importantísimo en el proceso penal y en otros procesos (judiciales y administrativos), no solo para la persona que está sometido a un determinado proceso, sino también a cualquier ciudadano en general, incluido la prensa, ya que permite la transparencia de los mismos; sin embargo, este principio-decreto no es absoluto, tiene restricciones para la prensa y el público durante la totalidad o parte del proceso, y están fundadas en causales como moralidad, el orden público o la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia^{40 41}.

25 de noviembre del 2005, Considerados (fundamentos) 148 al 175, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- 40 Al respecto Goizeder Otazua Zabala afirma, lo siguiente: “La publicidad de los debates constituye uno de los principios más arraigados en la jurisprudencia del TEDH sobre garantías procesales. El Tribunal recuerda reiteradamente que tal derecho contribuye a preservar la confianza en los tribunales por la transparencia que otorga a la administración de justicia (15). Además, ayuda a lograr el objetivo fijado por el artículo 6.1 del CEDH, es decir, un proceso equitativo en el sentido del Convenio, garantía que encontramos entre los principios de toda sociedad democrática (16). Del mismo modo, la publicidad de los debates se

II.- CONCLUSIONES

1. El principio de publicidad (desde una perspectiva política) significa que no debe haber una justicia secreta ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motivaciones. Fortalece la confianza de parte de los ciudadanos en los jueces y tribunales, en general en el sistema de administración de justicia.
2. El principio de publicidad está consagrado en nuestro sistema jurídico nacional (Vgr., el artículo 139º inciso 4 de la Constitución Política del Estado) y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Vgr., Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 6 numeral 1).
3. El operador jurídico-procesal penal como el órgano jurisdiccional penal no respeta y valora el principio de publicidad, en el caso concreto, en su verdadera dimensión, sobre todo derecho humano, no siendo ajeno a ello, el legislador penal.

interpreta como uno de los medios para proteger a los litigantes contra la administración secreta de la justicia, quedando así protegidos tanto los intereses de las partes, como los de la ciudadanía en general (17). La publicidad de los debates tiene un ámbito de aplicación general y es atribuible a cualquier proceso en el que se ejerzan derechos u obligaciones de carácter civil, penal o de materia disciplinaria (18), bajo reserva de la derogación expresa prevista en la segunda parte del precepto". [Vid., Goizeder Otazua Zabala, Descuentro en la interpretación del derecho a la defensa entre tribunales españoles y TEDH (a propósito de la STEDH de 27 de noviembre de 2012), p. 266". En: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo]. Las citas a pie de página (15), (16), (17) y (18), fueron suprimidas deliberadamente, por fines obvios al presente artículo.

- 41 Un ejemplo de violación del principio derecho a la publicidad del proceso (judicial), no solo a nivel proceso civil en sí (la audiencia), sino también a nivel del final del proceso, esto es, la expedición de sentencia respectiva. El antecedente del Asunto Moser contra Austria que fue sometido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se dio en un tribunal de Austria; el asunto trata de unos ciudadanos serbios, Zlatić y Moser que demandaron al Gobierno Austriaco ante este Tribunal Europeo, por violación del artículo 6º [Derecho a un Proceso Equitativo] y otros artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos [Vide Sentencia del TEDH del 31 de agosto del 2006, considerandos o fundamentos 89 al 104. Asunto Moser contra Austria].

4. El establecimiento de las excepciones al principio de publicidad, sea mediante ley o dispositivo normativo con rango de ley o la discrecionalidad del juzgado (Juez penal), se debe realizar con base a lo que exige la Constitución Política del Estado vigente y los tratados de derechos Humanos, coligiéndose estos dispositivos normativos que las excepciones se establecen no ante cualquier derecho (humano) y fundamental vulnerado o a vulnerarse (Vgr., la intimidad de la víctima o del procesado).
5. Existe la necesidad de establecer parámetros o criterios –por el legislador penal o porque no, por el supremo interprete de la Constitución-, de los límites al principio de publicidad, ya que se observa en la doctrina jurisprudencial un acortamiento de sus aristas o dimensiones de este principio, se establecen causales que no necesariamente vulneran o vulnerarían determinados derechos fundamentales del imputado (procesado) o de la víctima; observándose ello (en especial- en el proceso especial de terminación anticipada de la investigación (preparatoria) o de instrucción.
6. El principio de publicidad se manifiesta sobre todo en la Etapa del Juicio Oral (de Juzgamiento), permitiendo que todas las actuaciones judiciales sean públicas (Vgr., la emisión de la sentencia penal); es decir, la ejecución o práctica de la prueba se realiza mediante la posibilidad de asistencia física, no solo de los sujetos procesales, sino también de cualquier ciudadano.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. La Constitución comentada [2013], 2ª ed., T. III. Lima: Gaceta Jurídica [1ª ed., 2005].
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor [2009]. El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y práctica de su implementación. Palestra.
- CHARRIER, Jean-Loup [2005]. Code de la Convention Européene des Droits de l'Homme. Lexis Nexis. Paris.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando [1984]. Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Universidad.
- GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTEZ DOMINGUEZ, Valentín [1999]. Derecho Procesal Penal. 3ª Ed., Madrid: COLEX.

- HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julian [2004]. Derecho Procesal Chileno. T. II. Santiago: Jurídica de Chile.
- MIXAN MASS, Florencio [2008]. Juicio Oral. 6ª. Ed., Lima: BGL.
- NEYRA FLORES, José Antonio [2010]. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral: IDEMSA.
- OTAZUA ZABALA, Goizeder [2013]. “Desencuentro en la interpretación del derecho a la defensa entre tribunales españoles y TEDH (a propósito de la STEDH de 27 de noviembre de 2012)”. R.V.A.P. N° 97. septiembre-diciembre.
- ROSAS YATACO, Jorge [2013]. Tratado de Derecho Procesal Penal. Lima: Instituto Pacífico.
- SANCHEZ VELARDE, Pablo. Código Procesal Penal Comentado. Editorial IDEMSA. 2013.
- SAN MARTÍN CASTRO, César [1999]. Derecho Procesal Penal. Vol. I. Lima: Grijley.
- SAN MARTÍN CASTRO, César [2006], “La Conformidad o Conclusión Anticipada del Debate Oral”, Dialogo con la Jurisprudencia, N° 92, Año 11, Gaceta Jurídica (mayo).
- URRUTIA MEJÍA, Hernando y CUESTA HOYOS, Francisco [2008] “Sistema Penal Acusatorio Audiencias Preliminares y Juicio Oral “Teoría y Práctica”. Bogotá: Editorial Ibañez.
- VIDAL ZAPATERO, José Miguel [2005]. “El derecho a un proceso público: una garantía relativizada por el Tribunal de Estrasburgo”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Jurisprudencia del TEDH del 31 de agosto del 2006. Asunto Moser contra Austria, fundamentos 89 al 104.

Desencuentro en la interpretación del derecho a la defensa entre tribunales españoles y TEDH

www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo

Tributación Minera y Competitividad Empresarial Nacional e Internacional*

MINING TAXATION AND NATIONAL AND INTERNATIONAL BUSINESS COMPETITIVENESS

*Teresa de Jesús Seijas Rengifo***

Profesora Auxiliar de la Facultad de Derecho de la UNMSM

-
- * Tomado de la Tesis de SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús “Análisis del Sistema Tributario Minero Peruano como factor clave para la competitividad frente a los principales países sudamericanos”, para optar el Grado de Doctora en Ciencias Administrativas, UNMSM.
- ** Doctorado en Derecho UNMSM, Magíster en Derecho Civil y Comercial y en Ciencias Penales, USMP; Doctorado Educación UNMSM, Estudios de Doctorado 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.

SUMARIO: *Introducción.*

Tributos mineros. Las nuevas medidas tributarias. El Marco Tributario y de Promoción a la Inversión Privada aplicable a la actividad minera en Perú, Chile y Colombia: Los convenios de estabilidad jurídica como mecanismos para atenuar el riesgo tributario en el Perú. El marco tributario y de promoción a la inversión privada aplicable a la actividad minera en el Perú: a) Marco jurídico para la inversión nacional y extranjera b) Marco tributario aplicable a la actividad minera a. El impuesto a la renta (IR) b. Impuesto a la renta de sujetos no domiciliados c. Personas naturales d. Participación de los trabajadores en las utilidades e. Regalías mineras f. Derecho de vigencia g. Impuesto temporal a los activos netos (ITAN) h. Impuesto a las transacciones financieras (ITF) i. Impuesto general a las ventas (IGV) j. Impuesto selectivo al consumo (ISC) k. Impuesto predial l. Impuesto de alcabala m. Comercio exterior. El marco tributario y de promoción a la inversión privada aplicable a la actividad minera en Chile a. Impuesto a la renta de 1ª categoría b. Impuesto único de 2ª categoría c. Impuesto global complementario d. Impuesto adicional e. Impuesto específico a la actividad minera (royalty) f. Impuesto a las ventas y servicios (IVA) g. Impuesto a los actos jurídicos (de timbres y estampillas) h. Impuesto a los combustibles i. Impuesto territorial j. Impuesto al comercio exterior. El marco tributario y de promoción a la inversión privada aplicable a la actividad minera en Colombia: Importancia económica y social de la minería en Colombia. El marco legal para la minería. Marco Tributario para la Minería. Extracción de Recursos Naturales, Desarrollo Económico e Inclusión Social: Colombia. Avances en equidad y transparencia. Conclusiones. Bibliografía

RESUMEN

El régimen tributario minero peruano es más oneroso que el de nuestros principales competidores por inversión minera internacional. El atractivo para la inversión minera de las políticas públicas coloca al Perú en el puesto 39 de 72 países. Pero su potencial geológico es mucho mejor.

Las políticas peruanas limitan nuestro potencial minero y el régimen tributario minero es parte del problema. La competitividad del Perú como destino de inversiones se ha deteriorado mientras su potencial geológico mejora, de ahí que la importancia relativa de la minera varíe mucho entre los diferentes países. La carga sobre la renta minera en el Perú es mayor que en la mayoría de nuestros principales competidores por la inversión minera global y es bastante mayor

que la de todos si se considera el país de domicilio de las principales empresas mineras.

Las regalías en Chile son crecientes con la rentabilidad en la minera y por ello la carga efectiva crece con ella. La inversión minera contribuye significativamente al bienestar nacional y cualquier disminución en las grandes inversiones previstas tendría fuertes costos. Se estima que cada sol de inversión minera incrementa el bienestar nacional en 58 centavos a lo largos de diez años.

Palabras claves:

Tributación minera, competitividad

SUMMARY

The Peruvian mining tax regime is more onerous than the one of our main competitors for international mining investment. The attractive for mining investment of public policy places Peru ranked 39 of 72 countries. But its geological potential is much better.

Peruvian policies limit our mineral potential and mining tax regime is part of the problem. Peru's competitiveness as an investment destination has deteriorated while improving its geological potential, hence the relative importance of mining vary widely between countries. The fee on mining income in Peru is higher than in most of our major competitors in the global mining investment and is significantly greater than the one of all when considering the country of address of the major mining companies.

Royalties in Chile are increasing the profitability of mining and therefore the effective fee grows with it. Mining investment contributes significantly to the national welfare and any decline in major investments would have strong costs. It is estimated that each sol of mining investment increases the national welfare in 58 cents along ten years.

Keywords:

Mining taxes. Business competitiveness.

INTRODUCCIÓN

La actividad minera tiene un impacto significativo en el crecimiento económico del Perú: basta con observar su contribución en el producto bruto interno y, en especial, la participación de las exportaciones mineras en la balanza comercial. También son muy representativos los tributos generados por las empresas mineras, respecto del total de la recaudación tributaria.

En la actualidad, la inversión en proyectos mineros ha recobrado importancia debido a la recuperación e incremento en los precios de los metales. La economía mundial ha empezado a mostrar signos de recuperación luego de la crisis financiera internacional, lo cual determina que varios de los proyectos en cartera en el Perú resulten ahora viables y se busque la manera de implementarlos. Sin embargo, la decisión de llevar adelante un proyecto minero no sólo debe tomar como referencia la información económica y financiera, sino también considerar el impacto de las obligaciones tributarias en la generación de valor. Por eso, preocupa que el Perú haya caído por tercer año consecutivo en el ranking mundial de competitividad, justo cuando resulta fundamental que la industria minera peruana se consolide en un destino indiscutible de las inversiones extranjeras mediante la captación de capitales frescos en nuevos proyectos mineros.

Mediante la comparación de la carga tributaria establecida por las disposiciones tributarias peruanas, chilenas y colombianas se han determinado los factores que orientan los flujos de inversión hacia un determinado fin, es decir, qué un proyecto minero obtendría una mayor rentabilidad si se desarrolla en el Perú o en Chile o en Colombia, según el régimen impositivo y las normas de promoción para la ejecución de inversiones en la actividad minera.

TRIBUTOS MINEROS

El desarrollo de la minería en todos los países es una actividad de riesgo, por cuanto implica normalmente grandes inversiones en términos de exploración, con resultados inciertos, aunque con el tiempo las empresas siguen perfeccionando mecanismos para reducir dicha incertidumbre. De cualquier

manera, la inversión necesaria para desarrollar el sector depende de algunas variables clave, las cuales pueden sintetizarse en dos grandes grupos: aquellas que tienen que ver con el “potencial minero” de un país, y las vinculadas a los “factores políticos”. Dentro de este último grupo, destacan las características y credibilidad en el sistema tributario que se aplica a la minería en cada país. Al respecto, un estudio reciente del Instituto Fraser de Canadá en el que se entrevistó a altos ejecutivos de las empresas mineras en el mundo, revela que cuando se pregunta por la importancia del “potencial minero” versus los “factores de política”, un 60% prioriza el primer grupo mientras que un 40% lo hace con el segundo.

Más allá de la relevancia del sistema tributario para la toma de decisiones sobre el desarrollo minero, se destaca que dicho sistema, por lo general, difiere de los regímenes tributarios aplicables a otros sectores en un mismo país. En efecto, el sector minero cuenta con algunas características especiales que llevan a que los Estados incluyan aspectos particulares al momento de definir la manera como se grava al sector. Entre los factores que justifican este tratamiento tributario diferenciado se encuentran los siguientes:

- La minería implica la extracción de recursos naturales no renovables que pertenecen al Estado y se concesionan al sector privado o público. El hecho de que el stock de reservas mineras sea finito y no renovable (hecho que afectaría el bienestar de generaciones futuras), lo distingue de otras industrias extractivas o de explotación, y por ello tiene sentido, conceptualmente, gravar este hecho particular.
- Las inversiones en el sector minero son, generalmente, particulares en términos de plazos amplios con retornos no inmediatos (altos costos hundidos al inicio), elevados montos de inversión y un potencial gran tamaño de rentas. Todo ello lleva a que el sistema tributario específico al sector se adapte a esta realidad, definiendo cargas impositivas adecuadas a la temporalidad, plazo y montos de esos flujos (en términos de la aplicación de depreciación acelerada, convenios de estabilidad, o impuestos a sobre-ganancias, por ejemplo)¹.

1 Estas características también generan incentivos y riesgos morales a relevar: mientras el proyecto se encuentra en sus inicios (exploración), la percepción del sistema tributario es importante y relevante, ya que puede condicionar la continuidad de los proyectos; sin embargo, cuando ya se realizaron las inversiones iniciales y hay grandes costos hundidos,

- Las actividades mineras contienen la potencial generación de externalidades negativas en términos ambientales (agua, aire). A pesar de los avances tecnológicos y de la mayor conciencia ambiental, aún es posible observar casos de polución o contaminación del agua producto de los relaves mineros. Desde el punto de vista del Estado, estas externalidades no sólo deben tratar de minimizarse, sino que resulta conceptualmente justificable imponerles un pago compensatorio o un impuesto particular.
- Otro elemento distintivo tiene que ver con la importancia relativa que puede tener el sector minero en la estructura tributaria de algunos países. El sector de recursos naturales (mineros, petroleros) puede ser muy importante dentro de la estructura productiva y, por ende, como fuente de financiación fiscal. En el caso específico de los “países mineros”, el sector representa en promedio un 15% del PBI y un 22% de los ingresos fiscales (equivalentes a un 5% del PBI de recaudación minera).
- Por su lado, otra característica particular del sistema tributario minero es que la aplicación de los pagos e impuestos se realiza sobre la base del proyecto minero (ring-fencing), y no necesariamente de la empresa, que puede ser dueña de varios proyectos en distintas zonas del país. Ello significa que una empresa que tenga varios proyectos y en distintas zonas, no puede compensar sus cargas tributarias entre proyectos.

Estas características especiales significan un esfuerzo especial de la Administración Tributaria, la que debe incorporar las particularidades descritas del sector minero a sus sistemas de recaudación y fiscalización. En suma, es común encontrar una legislación tributaria ad-hoc para la minería en la gran mayoría de países². El marco tributario del sector minero en el Perú ha venido registrando cambios desde un régimen concebido a inicios de los años 90’ para atraer inversión privada extranjera de gran dimensión, ofreciendo un conjunto de beneficios y exoneraciones tributarias protegidas por contratos de estabilidad tributaria y administrativos, a otro que ha venido aumentando progresiva

la decisión de continuidad considera la cobertura de los costos variables, por lo que las variaciones en el sistema tributario, en cierta forma, pierden relevancia como variable de decisión.

2 BACA TUPAYACHI, Epifanio, Estudio sobre marco normativo minero en el Perú, Grupo propuesta ciudadana, En <http://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/Estudio%20EBaca.pdf>

mente la carga tributaria efectiva de las empresas en los últimos años. El sistema actual considera los siguientes tributos:

- I) Impuesto a la renta (30%)
- II) Impuesto general a las ventas
- III) Impuesto a los dividendos distribuidos
- IV) Participación de los trabajadores en la utilidades (8%)
- V) Impuesto especial a la minería.

Adicionalmente hay pagos no tributarios como las regalías mineras y el gravamen especial a la minería. Para tener una mejor comprensión de este sistema es necesario examinar el rol que juegan los contratos de estabilidad jurídica y administrativa que aun cuando su cobertura ha disminuido, están todavía vigentes en proyectos mineros importantes. El debate de fondo es si este régimen tributario permite al estado peruano captar una porción adecuada de la renta minera en comparación con los regímenes vigentes en otros países de la región. Pero antes, veamos los cambios en el marco tributario indicado.

A inicios de los años 90, mediante la Ley de promoción de la inversión en el sector privado (DL 708 del año 1991), el TUO de la Ley general de minería aprobado por DS 014- EM de 1992, se otorga un conjunto de beneficios, entre ellos:

- Estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa hasta por 15 años.
- La tributación grava únicamente la renta que distribuyen los titulares de la actividad.
- Dedución de tributos internos que incidan en la producción.
- Las inversiones que efectúen en infraestructura que constituya servicio público serán deducidas de la renta imponible, previa aprobación del sector competente.
- Libertad de remisión de utilidades.
- Reinversión de utilidades, hasta el 80% de las utilidades sin pago del impuesto a la renta.
- Depreciación acelerada (20% anual).
- Arrastre de pérdidas (50% sin límite de tiempo o 100% hasta 4 años).

Con el retorno a la democracia en el año 2000, y en un contexto de mayor libertad de información, fue surgiendo una corriente de opinión que critica

este sistema de beneficios tributarios para la actividad minera. Los casos más controvertidos por su efecto negativo en la recaudación fiscal fueron:

- a) El caso del Proyecto minero Pierina (Ancash) de la empresa Barrick que, al amparo del DS 120-94-EF y utilizando el convenio de estabilidad tributaria firmado el año 1998, aplicó una doble depreciación de los activos revaluados por la compra de Pierina a la empresas Arequipa Resources (AR). La SUNAT cuestiona esa operación y acota a la empresa por 141 millones de dólares (por impuesto a la renta dejado de pagar) porque entiende que no procede la revaluación de un activo intangible como la compra de AR. Al final, el MEF –durante el gobierno de A. Toledo y teniendo como ministro de economía a P. P. Kuczynski – poniéndose de lado de los intereses de la empresa impidió que la SUNAT llevara el caso al poder judicial.³
- b) El caso de las empresas Cerro Verde (Arequipa) y Yanacocha (Cajamarca) utilizaron el beneficio de la reinversión de utilidades no obstante que dicho beneficio había sido ya derogado.

Respecto a los contratos de estabilidad jurídica y tributaria, el DL N° 109 en el Art. 157 establece que con la finalidad de promover la inversión y facilitar el financiamiento de los proyectos mineros se otorgará estabilidad al régimen tributario vigente al momento de firmarse el contrato. Con dichos contratos se han protegido un conjunto de beneficios tributarios. En el sector minero se registran 19 contratos de estabilidad tributaria, de los cuales al 2012 vencieron 6 contratos, uno el 2013, tres entre 2014 y 2105 y seis entre 2017 y 2021. En los últimos años no se ha otorgado este tipo de contratos de estabilidad, pero la norma establece que si una empresa lo solicita tiene un costo equivalente a dos puntos porcentuales más de impuesto a la renta.

El 2004, luego de un intenso debate, el Congreso de la República aprobó la Ley 28258, Ley de Regalías Mineras, con la finalidad de aumentar la tributación de las empresas mineras que obtenían ganancias crecientes sin pagar una compensación por la extracción de los minerales, pues sólo pagaban el

3 CAMPODÓNICO, H (2006); Cristal de Mira, pp. 331-338. UNSM. Lima, Perú

impuesto a la renta de 3ª categoría como lo hacen todas las empresas.⁴ La ley aprobada define la regalía minera como una contra prestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos.⁵ La base del cálculo propuesto era el valor del concentrado del mineral, con una tasa que varía de 1% a 3%, dependiendo del tamaño de la explotación minera. La respuesta de las empresas mineras consistió en interponer una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

La discusión radicaba en que si la regalía minera calificaba como impuesto o no, puesto que si era considerada como tal no era aplicable a las empresas mineras, que contaban con contratos de estabilidad jurídica. El fallo del Tribunal Constitucional consideró a la regalía minera como una contra prestación económica, por lo cual se entendía que debería ser aplicada a todas las empresas mineras, tengan o no contratos estabilidad jurídica. Sin embargo, el Ministerio de Energía y Minas interpretó la regalía minera como un cobro administrativo, figura contemplada en los contratos de estabilidad jurídica, por lo que las empresas que contaban con dichos contratos no debían de pagarla. Debido a esta interpretación, sólo pagan las regalías mineras las empresas sin contratos de estabilidad jurídica, con lo cual el Estado recauda anualmente alrededor de S/. 500 millones. En vista que el pago de las regalías mineras no comprendía a todas las empresas, el debate sobre la aplicación de un impuesto a las empresas mineras con contratos de estabilidad siguió vigente en la agenda pública. Así, los candidatos que pasaron a la segunda vuelta el año 2006, Alan García y Ollanta Humala, plantearon que de llegar a la presidencia evaluarían la aplicación de un impuesto a las sobreganancias mineras.

Una vez electo, el presidente Alan García prefirió negociar el llamado Programa Minero de Solidaridad con el Pueblo (PMSP), más conocido como Aporte Voluntario, mediante la cual las empresas mineras aceptaban voluntariamente destinar un porcentaje de sus utilidades netas por 5 años. Para que las empresas realicen el aporte voluntario, extraordinario y temporal, se debía dar

4 La descripción presentada es un resumen del estudio "Análisis de los ingresos generados por las Nuevas medidas tributarias al sector minero", 2012. Grupo Propuesta Ciudadana

5 Artículo 22.- Definición de regalía minera. Ley N° 28258.

lo siguiente:

- (i) Que las empresas firmen el convenio,
- (ii) Que los precios internacionales se mantengan por encima de los niveles de referencia⁶
- (iii) Que hayan obtenido utilidades.

De cumplirse lo anterior, las empresas con contratos de estabilidad destinaban el 3.75% de sus utilidades netas, en el caso de las empresas que pagaban las regalías mineras podían descontar un porcentaje (el 64.4% de lo pagado por regalía minera) y aportar solo la diferencia. En suma, entre el año 2005 y el 2011, más allá de las promesas electorales, lo que el Estado pudo realmente conseguir como participación de las ganancias extraordinarias fue poco significativo. Las regalías mineras aportaron alrededor de 500 millones de soles al año, mientras que el PMSP aportó S/. 2,285 millones en cinco años, menos de los 2,500 ofrecidos. Esta situación sumada a un contexto económico favorable que producía altos niveles de rentabilidad y altas utilidades para las empresas mineras, hizo que el debate sobre la necesidad de aplicar un impuesto a las ganancias extraordinarias mineras se mantuviera vigente y presente en el proceso electoral del 2011.

Entre el 2004 y el 2011 el valor de producción minera pasó de S/. 27,536 millones de soles a S/. 76,728 millones de soles, lo que significa un incremento de 178% en siete años. El impuesto a la renta de 3ª categoría pagado por las empresas pasó de S/. 586 millones el 2004 a S/. 6,277 millones el 2011, lo cual refleja la magnitud del crecimiento de las utilidades de las empresas mineras⁷. Como un resultado de esta dinámica, las transferencias del canon minero a las regiones pasaron de 451 millones de soles el 2004 a 5,080 millones el 2012. En todos estos años ha quedado muy claro que la mayor parte de las ganancias extraordinarias obtenidas por los altos precios de los minerales quedaba en manos de las empresas.

6 Los niveles de referencia fueron estimados sobre la base del promedio del precio de los metales de los últimos 15 años, a los que se les agregaba dos desviaciones estándar. Dichos niveles de referencia eran actualizados con la inflación de los Estados Unidos.

7 El impuesto a la renta es el 30% de la utilidad imponible.

- Las nuevas medidas tributarias

Las tres leyes aprobadas por el gobierno de Ollanta Humala, luego de negociaciones con las empresas mineras, son:

- a. El Impuesto Especial a la Minería, aplicable a las empresas sin contratos de estabilidad jurídica (CEJ), aplicado sobre la utilidad operativa con tasas marginales que van del 2% al 8,4%, en función del margen operativo (rentabilidad) de las empresas.
- b. El Gravamen Especial a la Minería, aplicable sobre la utilidad operativa de las empresas con contratos de estabilidad jurídica, con tasas marginales que van de 4 % a 13,12%, en función del margen operativo (rentabilidad) de las empresas.
- c. Ley que modifica la Ley 28258, de Regalía Minera, cambia la base de cálculo de la regalía; ahora se aplica sobre la utilidad operativa (ya no sobre las ventas), con tasas marginales en función del margen operativo (rentabilidad) de las empresas. Desde su versión anterior este pago se aplica a las empresas sin contratos de estabilidad jurídica.

Los tres proyectos de ley contienen algunas características comunes:

1. La periodicidad del pago es trimestral
2. El monto pagado es deducible como gasto para efectos del cálculo del impuesto a la renta
3. Las tasas de impuesto (gravamen) se aplican sobre las utilidades operativas de las empresas
4. La SUNAT es la encargada de la recaudación, fiscalización y control de la adecuada aplicación de las normas.

Al respecto cabrían las siguientes interrogantes:

¿Cuál es la carga tributaria efectiva que pagan las empresas mineras?

¿Hay espacio para incrementar los tributos sin afectar la competitividad de la industria?

Según el estudio realizado por el Grupo Propuesta Ciudadana, con las medidas tributarias tomadas por el gobierno de Humala, la carga tributaria efectiva es muy cercana al 50% de la utilidad neta antes de impuestos, similar a

la de Chile. Un tema de creciente importancia en la supervisión de los tributos mineros es el manejo de los Precios de Transferencia para evadir el pago de impuestos⁸. El uso de los precios de transferencia es una práctica mediante la cual las empresas transnacionales declaran ya sea ventas (a empresas vinculadas) a precios menores que el de mercado o gastos mayores que los reales, con la finalidad de disminuir la base imponible y así pagar menos impuestos. Según la OCDE los precios de transferencia pueden ser distintos a los precios de mercado debido a dos razones:

- a) Razones lícitas asociadas al mercadeo o a políticas financieras de las empresas
- b) A la intención de pagar menos impuestos, es decir, una forma de evasión tributaria.

Frente a esta situación, las autoridades fiscales deben considerar los precios de transferencia como un punto de alta relevancia en materia de recaudación y por lo tanto deberían mejorar su supervisión; una de las maneras de hacerlo es implementando mecanismos para incrementar la sensación de riesgo en las empresas. La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria viene implementando medidas para empezar a trabajar sobre este tema, para lo cual empezara a exigir dos tipos de documentos: una “declaración jurada anual informativa” y el “estudio técnico de precios de transferencia”⁹.

El Marco Tributario y de Promoción a la Inversión Privada aplicable a la actividad minera en Perú, Chile y Colombia

- Los convenios de estabilidad jurídica como mecanismos para atenuar el riesgo tributario en el Perú

El riesgo tributario como uno de los riesgos que afectan un proyecto minero, está asociado principalmente a la posibilidad de que los cambios en el régimen tributario afecten la rentabilidad del proyecto. Por esta razón, los contratos de garantía y medidas de promoción a la inversión minera que se suscriben con el Estado peruano al amparo del TUO de la Ley General de

8 Se denomina precios de transferencia a los pagos que una parte de una empresa multinacional le realiza a otra por concepto de bienes adquiridos y servicios provistos.

9 Resolución de superintendencia N° 175 de mayo del 2013.

Minería (en adelante, los convenios de estabilidad) prevén la posibilidad de que el titular de la actividad minera acceda a la estabilidad de su régimen tributario, de modo que durante el plazo de vigencia del convenio de estabilidad su proyecto sólo se encuentre sujeto al régimen tributario que estuvo vigente a la fecha de aprobación del programa de inversión, no siéndole de aplicación ningún impuesto que se cree con posterioridad. En esos casos, la tasa del IR se incrementa en un 2%, de conformidad con el Art. 1 de la Ley que Regula los Contratos de Estabilidad con el Estado al amparo de Leyes Sectoriales (Ley N° 27343), publicada el 06 Set 2000.

En términos generales, puede decirse que los convenios de estabilidad tienen como objetivo principal promover la inversión privada, garantizando a los inversionistas y a las empresas participantes que, por un determinado periodo no se modificará el régimen impositivo del proyecto, el que deberá tributar conforme al régimen vigente al momento de la celebración del contrato. Así, lo que en definitiva hacen los convenios de estabilidad es otorgar ultractividad al régimen impositivo existente en el momento de suscribirse el convenio, en tanto este se encuentre vigente. De ese modo, las mismas reglas de determinación de los tributos siguen siendo aplicadas al sujeto cubierto por la garantía contractual, sin que le afecten las modificatorias que se introduzcan sobre las materias y por los plazos previstos en dicho convenio, incluida la derogatoria de las normas legales, así se trate de disposiciones que resulten menos o más favorables.

El que las empresas mineras (y, en general, los inversionistas) puedan conocer, evaluar y, de algún modo, prever el marco legal y regulatorio en materia tributaria al que estará sujeto un nuevo proyecto de inversión, es crucial al momento de evaluar su viabilidad económica. La razón obedece a que esa variable tiene un impacto directo sobre la rentabilidad del proyecto. Como es natural, antes de arriesgar su capital, los inversionistas hacen un estudio de factibilidad económico-financiera del proyecto que planean realizar, mediante el cual, entre otras cosas, estiman a priori la rentabilidad que esperan conseguir si deciden llevarlo adelante. Sólo si el resultado de esa evaluación es positivo harán la inversión. En ese sentido, la principal finalidad de los convenios de estabilidad es otorgarles a los inversionistas la seguridad jurídica que necesitan para proyectar sus inversiones a mediano y largo plazo, lo cual, sin duda, contribuye a crear un clima favorable para la inversión privada. En función de ello,

la garantía de estabilidad tributaria que ofrece nuestro ordenamiento jurídico evita el efecto negativo que una mayor presión tributaria o una continua modificación del régimen tributario causaría en la estructura de costos proyectada por los inversionistas y, finalmente, en su decisión de inversión.

El marco tributario y de promoción a la inversión privada aplicable a la actividad minera en el Perú

A continuación un resumen las principales disposiciones tributarias que impactan en la rentabilidad o son aplicables a los proyectos mineros, así como las normas de promoción a la inversión privada en el Perú:

a) Marco jurídico para la inversión nacional y extranjera

La Constitución Política del Perú contiene los principios generales esenciales para garantizar un marco jurídico favorable al desarrollo de la inversión privada, en general, y la inversión extranjera, en particular. Dichos principios son:

- La libre iniciativa privada, en un marco de economía social de mercado y pluralismo económico.
- La libertad de trabajo, empresa, comercio e industria.
- La definición del rol subsidiario del Estado en la actividad económica.
- La libre competencia y la prohibición del establecimiento de monopolios, y el combate al abuso de la posición de dominio.
- La libertad de contratar.
- La facultad del Estado de establecer garantías y otorgar seguridades mediante contra tos ley.
- La igualdad en el trato para la inversión nacional y extranjera.
- La posibilidad de someter las controversias en las que participa el Estado a tribunales arbitrales nacionales o internacionales.
- La garantía de libre tenencia y disposición de moneda extranjera.
- La inviolabilidad de la propiedad y el establecimiento de causales excepcionales que facultan una expropiación, previo pago justipreciado; la aplicación del principio de igualdad en materia tributaria; y el reconocimiento de que ningún tributo puede tener efectos confiscatorios.

Con la finalidad de captar los recursos financieros y tecnológicos requeridos para explotar los recursos naturales y su desarrollo, el Perú ha establecido

un marco legal para la inversión privada, aplicable tanto a nacionales como a extranjeros. En nuestro país, la agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) es la institución encargada de proponer y ejecutar la política nacional de tratamiento a la inversión privada, y tramita y suscribe, en nombre del gobierno peruano, los convenios de estabilidad jurídica establecidos por los Decretos Legislativos N^os 662 y 757. Mediante los citados contratos, el Estado le reconoce al inversionista las siguientes garantías:

- Tratamiento de igualdad, por el cual la legislación peruana no le discrimina en su condición de nacional o extranjero.
- Estabilidad del régimen del IR, vigente al momento de suscripción del convenio.
- Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y de remesa de utilidades, dividendos y regalías, en el caso de capitales extranjeros.
- Posibilidad de contratar en el exterior los seguros necesarios para proteger su inversión.
- Suscripción, con el Estado, de convenios de estabilidad jurídica para su inversión en el Perú.

Asimismo, el Estado reconoce a la empresa receptora de la inversión lo siguiente:

- Estabilidad de los regímenes de contratación laboral vigentes al momento de suscripción del convenio.
- Estabilidad de los regímenes de promoción de exportaciones que sean de aplicación al momento de suscribirse el convenio.
- Estabilidad del régimen del IR.

Estos convenios de estabilidad jurídica pueden ser suscritos por los inversionistas y las empresas receptoras de inversión, tanto en los casos de constitución de nuevas empresas como en los casos de ampliación del capital social de empresas establecidas. Para poder acogerse a estos beneficios, los inversionistas participantes en el proceso de privatización y de concesiones, y las empresas involucradas en dicho proceso, deberán cumplir con requisitos adicionales.

b) Marco tributario aplicable a la actividad minera

a. El impuesto a la renta (IR)

Las personas jurídicas en el Perú, se encuentran sujetas al IR por sus rentas de fuente mundial. Las empresas no domiciliadas, las sucursales establecidas en el país, así como los establecimientos permanentes de empresas no domiciliadas, sólo se encuentran sujetos a la imposición por sus rentas de fuente peruana. El ejercicio fiscal termina el 31 de diciembre. Las declaraciones juradas del IR para las sociedades, sucursales y personas naturales deben presentarse alrededor del 31 de marzo del año siguiente del cierre de dicho ejercicio. La tasa del IR de las empresas es del 30% y se aplica sobre la renta neta, la cual se determina deduciendo los gastos incurridos en la generación de rentas o el mantenimiento de la fuente.

Téngase en cuenta que los titulares de la actividad minera que suscriban contratos de estabilidad con el Estado al amparo del TUO estabilizarán «el impuesto a la renta que corresponde aplicar de acuerdo a las normas vigentes al momento de la suscripción del contrato correspondiente, siendo aplicable la tasa vigente en dicha fecha más 2% », por lo que, en su caso, la tasa del IR será de 32%.¹⁰ Este es el principal impuesto directo que afecta la rentabilidad de los proyectos mineros en el Perú.

- Para el arrastre de pérdidas, puede elegirse entre dos sistemas:
 1. Las pérdidas pueden ser arrastradas por 4 años consecutivos, empezando a computarse el plazo desde el primer año siguiente al que se generó la pérdida; o
 2. Las pérdidas pueden ser arrastradas indefinidamente, pero con el límite de deducción del 50% de las rentas netas de cada ejercicio siguiente.
- Disposiciones vinculadas al IR, contenidas en el TUO de la Ley General de Minería.

b. Impuesto a la renta de sujetos no domiciliados

Tratándose de rentas de fuente peruana obtenidas por sujetos no domi-

¹⁰ Art. 1 de la Ley que Regula los Contratos de Estabilidad con el Estado al Amparo de Leyes Sectoriales (Ley N° 27343), publicada el 06 Set 2000.

ciliados, se aplicará sobre la renta neta una tasa de retención del IR, la cual depende del tipo de renta de que se trate. En el cuadro siguiente se detallan los distintos tipos de renta y la tasa de retención aplicable.

Los tipos de renta y la tasa de retención	
Rentas	Tasa (en %)
Dividendos abonados a personas naturales o a sujetos no domiciliados	4.10
Intereses de préstamo, debiendo cumplirse ciertos requisitos	4.99
Intereses abonados a las empresas vinculados con el exterior	30.00
Servicios de asistencia técnica utilizados económicamente en el Perú	15.00
Ganancias de capital por la venta, enajenación, redención o rescate de acciones, bonos o valores emitidos por sociedades constituidas en el Perú, así como certificados de participación en fondos o fideicomisos constituidos en el Perú	30.00
Regalias	3.00

Varias de estas tasas de retención rigen para los servicios y pagos que realice la empresa minera durante el plazo del proyecto. Asimismo, la tasa de 4.1% de retención sobre los dividendos rige para las personas naturales y personas jurídicas no domiciliadas, pero no para el accionista que sea persona jurídica domiciliada. No obstante, para los fines de nuestro trabajo hemos asumido que los dividendos serán distribuidos a personas jurídicas no domiciliadas, de tal modo que ellos estarán sujetos a retención.

c. Personas naturales

Tratándose de personas naturales domiciliadas, el IR originado por las rentas del trabajo se determina aplicando una tasa progresiva acumulativa, de acuerdo con una tabla para cuyo cálculo se utiliza la denominada UIT (Unidad Impositiva Tributaria). Para los salarios, los sueldos y cualquier otro tipo de remuneración derivada del trabajo dependiente o independiente, se establece un mínimo no imponible de 7 UITs.

d. Participación de los trabajadores en las utilidades

De conformidad con la legislación laboral peruana, los empleados de las empresas mineras en el Perú tienen derecho a recibir el 8% de los beneficios anuales, antes de impuestos, de sus empleadores. El pago anual a cada em-

pleado, en el marco del reparto de utilidades, no puede exceder de un monto equivalente a dieciocho veces su salario mensual. Cualquier diferencia entre el monto total de las participaciones de los trabajadores calculado y el importe efectivamente pagado deberá ser entregado al Fondo Nacional de Capacitación Laboral y Promoción del Empleo (Fondo Empleo), fondo público creado para fomentar el empleo y la formación de los empleados.

e. Regalías mineras

Mediante Ley N° 28258, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 Jun 2004, se aprobaron las Regalías Mineras, que deben ser pagadas por los propietarios de las concesiones mineras para la explotación de recursos metálicos y no metálicos. Dichas regalías se calculan sobre los ingresos netos por las ventas del concentrado (al precio del mercado internacional), menos los costos de refinación y los gastos de transporte. Esta contraprestación por la explotación de los recursos naturales, no obstante ser de carácter administrativo.

f. Derecho de vigencia

En el Perú, como en otros países, el gobierno retiene la propiedad de las tierras y los recursos minerales del subsuelo; la propiedad de la superficie de la tierra, sin embargo, está en manos de titulares individuales. El derecho a explorar, extraer, procesar y/o producir minerales es concedido por el gobierno peruano en la forma de concesiones mineras y de beneficio. Las concesiones mineras tienen duración indefinida y están sujetas al pago de un derecho de vigencia anual de 3 dólares por hectárea solicitada. Si no se alcanza la producción anual mínima antes de cumplido el sexto año desde que fuera solicitada la concesión, deberá abonarse una multa anual de 6 dólares por hectárea a partir del séptimo año, hasta el año en que dicha producción se consiga. Esta carga también ha sido considerada en el análisis del proyecto, en la medida en que afecta la rentabilidad de este y es de cargo del titular minero.

g. Impuesto temporal a los activos netos (ITAN)

Este impuesto equivale al 0.4% del valor total de activos que excedan un millón de nuevos soles, determinados al 31 de diciembre del ejercicio anterior. Las compañías en etapa pre-operativa se encuentran excluidas de su aplicación. En la medida en que el ITAN constituye crédito contra el IR o puede pedirse en devolución si al término del ejercicio no ha sido aplicado íntegramente, no ha sido considerado en nuestro análisis de la rentabilidad del proyecto.

h. Impuesto a las transacciones financieras (ITF)

Es el impuesto aplicable, desde el 01 Ene 2010, sobre los cargos y abonos en las cuentas de instituciones financieras ubicadas en el Perú. Su tasa es del 0.05%.

i. Impuesto general a las ventas (IGV)

Este impuesto grava el consumo de bienes y servicios en el país, con una tasa del 19%. La Ley del IGV sigue el sistema de débito/crédito, en virtud del cual el IGV de las ventas es compensado contra el IGV pagado en las compras. El crédito fiscal de IGV, no aplicado en un mes particular, deberá ser aplicado en los meses siguientes hasta que se agote.

j. Impuesto selectivo al consumo (ISC)

Este impuesto se aplica al consumo de bienes específicos, como combustibles, cigarrillos, cervezas, licores y bebidas gasificadas, entre otros, en nuevos soles por unidad de medida; al valor, basado en un porcentaje sobre el precio de venta; precio de venta, basado en un porcentaje sobre el precio sugerido al público.

k. Impuesto predial

Es un tributo municipal de periodicidad anual que grava el valor de los predios urbanos o rústicos. Para estos efectos, se consideran predios los terrenos, las edificaciones y las instalaciones fijas y permanentes. La tasa del impuesto es acumulativa y progresiva, variando entre el 0.2% y el 1%, dependiendo del valor del predio. Este impuesto ha sido considerado en el análisis de rentabilidad del proyecto, por ser de cargo del titular minero.

l. Impuesto de alcabala

Es un impuesto que grava las transferencias de inmuebles a título oneroso o gratuito, cualquiera que sea su forma o modalidad, incluidas las ventas con reserva de dominio. La base imponible será el valor del inmueble, determinado para efectos del impuesto predial. La tasa aplicable es de 3%, a cargo del comprador.

m. Comercio exterior

La aplicación de los impuestos y derechos aduaneros se encuentra resumida en el siguiente cuadro:

Impuestos y derechos aduaneros en el Perú

Tributo	Tasa	Base imponible
Derechos aduaneros	0.0%, 9.0% y 17.0%	Valor CIF
IGV	19%	CIF + Derechos aduaneros

Se considerado una tasa media de 12% a los productos importados, aún cuando la tasa que al final se pague dependerá del tipo de bien que se importe y del país de origen de la mercancía. También se debe resaltar que en el marco del tratado de libre comercio suscrito entre el Perú y Chile, la mayor parte de los bienes descritos en el arancel de aduanas se encuentra, a la fecha, con desgravación al 100%. Las tasas de los derechos aduaneros dependen del tipo de bienes importados.

- El marco tributario y de promoción a la inversión privada aplicable a la actividad minera en Chile

A continuación se describen las principales disposiciones tributarias vigentes que impac tan en la rentabilidad y son aplicables a los proyectos mineros, así como las normas de promoción a la inversión privada en Chile. El país del sur ofrece un marco legal favorable para las inversiones extranjeras, que incluye:

- Tratamiento no discriminatorio.
- Acceso irrestricto a la mayoría de sectores de la economía.
- Libre acceso a los mercados de divisas.
- Remesa de los beneficios inmediatamente producidos.
- Libre competencia.
- Garantía sobre la propiedad privada.
- Repatriación del capital después de un año de haberse realizado la inversión.
- No discrecionalidad en los procedimientos.

El Comité de Inversiones Extranjeras es la institución autorizada para aceptar inversiones extranjeras en Chile, de acuerdo con el Estatuto de Inversión Extranjera (Decreto Ley 600). Este comité debe aprobar las siguientes inversiones:

- Inversiones que sobrepasen los 5 millones de dólares (a requerimiento del inversionista).

- Inversiones relacionadas con sectores o actividades que, en general, son desarrolladas por el gobierno o son servicios públicos.
- Inversiones en medios de comunicación social.
- Inversiones de parte de gobiernos extranjeros o entidades públicas extranjeras.

Los inversionistas extranjeros pueden remitir fuera de Chile las utilidades netas originadas en las inversiones registradas. Asimismo, tienen derecho a remesar el capital una vez transcurrido un año de su ingreso, remesa que está exenta de toda contribución, impuesto o gravamen, hasta el monto de la inversión materializada. Las divisas solo podrán ser adquiridas con el producto de la enajenación o liquidación total o parcial de las acciones o derechos representativos de la inversión extranjera. Las remesas de utilidades y las divisas podrán acceder al tipo de cambio más favorable obtenido en el mercado cambiario formal, previo certificado del vicepresidente ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras.

Cabe agregar que mediante DL N° 600 se aprobó el Estatuto de la Inversión Extranjera en Chile, que le permite al inversionista extranjero optar por celebrar un contrato de inversión con el gobierno chileno. Este contrato le establece el plazo de 8 años para que cumpla con ingresar su inversión en Chile, plazo que puede ampliarse a 12 años. Asimismo, el contrato de inversión extranjera permite, entre otras cosas, gozar de régimen tributario invariable (estabilidad tributaria) durante un plazo de 10 años (ampliable a 20 años si la inversión es superior a 50 millones de dólares). Los proyectos de inversión que gocen del referido régimen tributario tendrán una carga impositiva total, sobre la renta, de 42%. Además, en los contratos de inversión extranjera puede preverse la invariabilidad de los regímenes de depreciación de bienes del activo fijo y las reglas de arrastre de pérdidas tributarias.

En síntesis, el marco tributario aplicable a la actividad minera chilena está conformado por los siguientes impuestos y tributos:

a. Impuesto a la renta de 1ª categoría

Las empresas que se hayan constituido en Chile se encuentran sujetas al IR de 1ª categoría por sus rentas de fuente mundial. Las agencias de sociedades extranjeras se encuentran afectas a impuestos sólo por sus rentas de fuente

local. El ejercicio fiscal termina el 31 de diciembre, sin excepción. Las declaraciones del IR se deben efectuar en abril del año siguiente. El IR de 1ª categoría constituye crédito contra el impuesto a las utilidades distribuidas a socios o accionistas. La tasa del IR de 1ª categoría es de 17%. Las pérdidas fiscales pueden utilizarse sin límite de tiempo contra utilidades generadas en el mismo régimen. Se imputan, en primer lugar, a las utilidades tributarias acumuladas de ejercicios anteriores, y luego pueden llevarse a futuro en forma indefinida. Este es uno de los principales impuestos directos que afectan la rentabilidad de los proyectos mineros en Chile. No obstante, la tasa del IR es una de las más bajas en el mundo.

b. Impuesto único de 2ª categoría

Es un impuesto al empleo, que grava los ingresos sobre el trabajo dependiente. Los ingresos tributables incluyen cualquier tipo de remuneración recibida, de acuerdo con el contrato de trabajo, y las pensiones. El impuesto es retenido por el empleador y se paga mensualmente. El impuesto de 2ª categoría se determina aplicando una tasa progresiva acumulativa.

c. Impuesto global complementario

Se trata de un impuesto personal, global, progresivo y complementario, que se determina sobre las rentas imponibles percibidas por las personas naturales con domicilio o residencia en Chile y que se paga una vez al año. Afecta a los contribuyentes cuya renta neta global exceda de 13.5 Unidades Tributarias Anuales (UTA). Su tasa aumenta de manera progresiva, a medida que la base imponible aumenta. Se aplica, cobra y paga en forma anual. Las escalas de tasas vigentes son las mismas del impuesto único de 2ª categoría, sobre una base de 12 meses.

d. Impuesto adicional

Es un tributo que afecta a las personas naturales o jurídicas que no tienen residencia ni domicilio en Chile, por sus rentas de fuente chilena. Se aplica con una tasa general de 35%. Está sujeto a retención en el momento de efectuarse el pago, puesta a disposición o abono en cuenta, y debe pagarse dentro de los 12 primeros días del mes siguiente a aquel en que se efectuó la retención. En el caso de los dividendos distribuidos al extranjero, el impuesto de 1ª categoría constituye un crédito contra el impuesto adicional. Debe tenerse en cuenta que los inversionistas que hubieren celebrado un contrato de inversión con el

gobierno chileno tendrán una carga impositiva total, sobre la renta, de 42%. El impuesto de primera categoría (IR corporativo) pagado es un crédito contra el impuesto adicional. Para fines de nuestro trabajo, se considera que los dividendos serán distribuidos a personas jurídicas no domiciliadas suscriptoras de los mencionados contratos de inversión, de tal modo que estarán sujetos a dicho gravamen de 42%.

e. Impuesto específico a la actividad minera (royalty)

Es un impuesto establecido en la Ley sobre el IR, y afecta a la renta operacional de la actividad minera obtenida por un “explotador minero” cuyas ventas anuales excedan al valor equivalente a 12 mil toneladas métricas de cobre fino (valor de referencia para el cálculo). La tasa es progresiva, desde un 0.5% hasta un 5%, dependiendo del volumen de ventas del contribuyente. El royalty es un crédito contra el IR de 1ª categoría en los casos en que ambos resultan aplicables. En la medida en que el royalty minero constituye crédito contra el IR corporativo, no ha sido considerado en el análisis de la rentabilidad del proyecto.

f. Impuesto a las ventas y servicios (IVA)

O impuesto al valor agregado, grava el consumo de los bienes y servicios en el país, con una tasa del 19%. El monto de pago surge de la diferencia entre el débito fiscal, que es la suma de los impuestos recargados en las ventas y servicios efectuados en el periodo de un mes, y el crédito fiscal. Este último equivale al impuesto recargado en las facturas por la adquisición de bienes o utilización de servicios, y en el caso de importaciones equivale al tributo pagado por la importación de especies.

g. Impuesto a los actos jurídicos (de timbres y estampillas)

El impuesto de timbres y estampillas grava, sobre todo, los documentos o actos que dan cuenta de una operación de crédito de dinero. Su base imponible corresponde al monto del capital especificado en cada documento. Existen tasas fijas y tasas variables. Las letras de cambio, pagarés, créditos simples o documentarios, entrega de facturas o cuen tas en cobranza, descuento bancario de letras, préstamos y cualquier otro documento, incluso los que se emitan en forma desmaterializada, que contengan una operación de crédito de dinero, están afectos a una tasa de 0.1% sobre su monto por cada mes o fracción de mes que media entre su fecha de emisión y su vencimiento, con un máximo de

1.2%. Asimismo, los instrumentos a la vista o sin plazo de vencimiento tienen una tasa de 0.5% sobre su monto. Los protestos de cheques por falta de fondos, las actas de protesto de letras de cambio y pagarés a la orden tienen una tasa de 1% sobre su monto, con un mínimo de 2,907 dólares (reajustado semestralmente mediante decreto supremo) y un máximo de 1 UTM.

h. Impuesto a los combustibles

Es un tributo que grava la primera venta o importación de gasolina automotriz y de petróleo diésel. Su base imponible está conformada por la cantidad de combustible, expresada en metros cúbicos. La tasa del impuesto es de 1.5 UTM por m³ para el petróleo diésel y de 3.5 UTM por m³ para la gasolina automotriz. La ley establece un sistema de recuperación en la declaración mensual de IVA, del impuesto al petróleo diésel soportado en su adquisición, cuando este no ha sido destinado a vehículos motorizados que transiten por calles, caminos y vías públicas en general.

i. Impuesto territorial

El impuesto a los bienes raíces se determina sobre el avalúo de las propiedades. Su recaudación se destina en su totalidad a las municipalidades del país, constituyéndose en una de sus principales fuentes de ingreso y financiamiento. El propietario u ocupante de la propiedad debe pagar este impuesto anual en cuatro cuotas, con vencimiento en los meses de abril, junio, setiembre y noviembre.

j. Impuesto al comercio exterior

La aplicación de los impuestos y derechos aduaneros se encuentra resumida en el cuadro siguiente:

Impuestos y derechos aduaneros en Chile

Tributo	Tasa	Base imponible
Derechos aduaneros	6.0%	Valor CIF
IVA	19.0%	CIF + Derechos aduaneros

El marco tributario y de promoción a la inversión privada aplicable a la actividad minera en Colombia

- Importancia económica y social de la minería en Colombia

Desde el 2000, el sector minero colombiano ha crecido enormemente. Las razones del auge se deben a la elevación sostenida de los precios internacionales y también a la recuperación de la senda de crecimiento de la economía nacional. En Colombia, la minería, sin hidrocarburos, consiste en la explotación del carbón, el oro, níquel y las esmeraldas. Sin embargo, Colombia no es ni un país minero ni petrolero y la contribución de la minería, incluyendo a los hidrocarburos apenas sobrepasa el 7% y aún no recupera la participación que tuvo el 2000. El impacto macroeconómico, sin embargo, ha sido notable. El 2011, 49% de las exportaciones de Colombia provenían del petróleo y sus derivados y otro 15% de la exportación del carbón. Del total de la inversión extranjera, el 63% se dirige al sector energético¹² comparado con el 2000, cuando fue sólo 4% del total.

En la década pasada, la inversión extranjera directa (IED) hacia el sector minero fue, en promedio, el 25,9% del total de la entrada de capitales (28,2% entre el 2000 y el 2004 y 27% entre el 2005 y el 2011), mientras la IED en el sector de hidrocarburos representó en promedio el 27,2%. El auge ha sido más petrolero que minero. En 2011, la inversión foránea en el sector petrolero representó el 38,4% de la inversión extranjera total y en minería apenas el 19,8%.¹³ Esta dinámica reciente de las dimensiones externa y fiscal de la contribución de la minería, incluyendo hidrocarburos, ha suscitado la necesidad de medidas para evitar los efectos indeseables de un boom de productos primarios, estudiados en la literatura económica. En particular la apreciación de la moneda y la desaceleración del crecimiento de la industria y la agricultura, sectores que son más intensivos en mano de obra y con encadenamientos más fuertes en la

11 MARTINEZ ORTIZ, Astrid, Extracción de recursos naturales, desarrollo económico e inclusión social Colombia, Preparado para Americas Quarterley, En www.as-coa.org/sites/default/files/Colombia-Mining-Report.pdf

12 Incluye además de petróleo y minería (casi 60%) al sector eléctrico

13 Ver de la autora, (2012) "Impacto socioeconómico de La minería en Colombia," Fedesarrollo. Bogotá

economía. Y de otro lado, el auge genera discusión pública sobre el nivel de las regalías y sobre el impacto ambiental de la actividad minera.

El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, del Gobierno Nacional, tiene como una de sus estrategias apoyar el desarrollo del sector minero-energético y lo define como una de las locomotoras de crecimiento. Aunque el plan subraya la importancia de aprovechar la riqueza en recursos naturales para estimular el crecimiento del país, también define la importancia de hacerlo de una manera sostenible. El país tiene un marco constitucional y legal para tratar de asegurar que la minería se haga de manera sostenible, y las propias compañías también han desarrollado programas para acoger las normas y tener una relación armónica con sus grupos de interés, algunas lo logran, otras no. Dicho marco obliga a la consulta previa con las comunidades que puedan verse afectadas por la labor extractiva y algunas compañías van más allá de la obligación legal para tratar de obtener la llamada “licencia social” que garantice una relación de confianza en el largo plazo entre las empresas y las comunidades. En tiempos recientes, las comunidades se han opuesto a los desarrollos mineros en Colombia y algunos proyectos se han visto postergados por la reacción de algunos grupos de presión. El gobierno trata de mediar para conciliar el propósito de invertir los excedentes mineros en el desarrollo del país y atender, al mismo tiempo, las preocupaciones de quienes ven esa actividad como perjudicial para el medio ambiente o para el modo de vida de las comunidades del área de influencia.

En tiempos recientes, las comunidades se han opuesto a los desarrollos mineros en Colombia y algunos proyectos se han visto postergados por la reacción de grupos de presión. No es posible dejar de mencionar que en Colombia hay un amplio sector de minería tradicional, sin títulos de explotación minera, que trabajan en la producción del carbón y sobretodo del oro, que usa técnicas artesanales, con muy baja productividad y condiciones económicas adversas. El gobierno está empeñado en trabajar en la elevación de la productividad de estas explotaciones y en la mejora de las condiciones de vida, estimulando el desarrollo de los llamados “Distritos Mineros”.¹⁴ Este tipo de minería, a veces calificado como ilegal (debido a que no tienen un título minero) no debe con-

14 Ley N° 1382 del 2010.

fundirse con la actividad emprendida por algunos grupos al margen de la ley a la que debe denominarse más propiamente “minería criminal”, contra la cual el gobierno desarrolla múltiples acciones policiales y militares.

A veces las compañías formales que tienen estándares adecuados y rendición de cuentas ante sus grupos de interés, son afectadas por la mala reputación que tiene la minería en el país debido a compañías formales que no tienen un adecuado desempeño ambiental y laboral y una buena relación con las comunidades del área de influencia, así como por las malas prácticas de la minería tradicional y de la minería criminal. Se requiere la fortaleza del Estado así como de las instituciones sociales para que controlen adecuadamente la explotación minera. En la medida en que no haya credibilidad ni confianza en las autoridades, prosperarán las voces que se oponen de manera tajante a los proyectos mineros.

- El marco legal para la minería

El Código de Minas de 2001 (Ley N° 685)¹⁵ busca regular y promover la exploración y explotación de los recursos mineros,¹⁶ regula todas las acciones de las compañías mineras desde la prospección hasta la comercialización de los recursos. Los objetivos son:

1. Fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros estatales y privados.

15 La modificación de 2010 (ley 1382) fue declarada inconstitucional pero se dio un plazo de dos años para que el gobierno tramitara un nuevo código ante el Congreso de la República. La razón para la inexequibilidad fue que no se surtió la consulta previa a las comunidades que podrían llegar a ser afectadas por la actividad minera. Dijo la Corte Constitucional (sentencia 366 de 2011) que lo que no se respetó fue: “El segundo ámbito de participación [que] es el relativo a la instauración de medidas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. En este caso, la interpretación de las normas constitucionales aplicables y, en especial, el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT, hace concluir que en estos eventos debe surtir un procedimiento particular de consulta previa a dichas comunidades, como requisito necesario para garantizar la preservación de su identidad diferenciada”

16 La actividad de los hidrocarburos está regulada por el código de petróleo (1953) y tiene una institucionalidad propia con el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Hidrocarburos, creada en el 2003.

2. Estimular las actividades de exploración y explotación minera, en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos.
3. Incentivar el aprovechamiento racional de los recursos mineros, de manera que armonice con los principios y normas de explotación de los recursos naturales no renovables y del ambiente.
4. Promover el aprovechamiento de los recursos mineros dentro del concepto integral de desarrollo sostenible y fortalecimiento económico y social del país.
5. Regular las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de minerales que se encuentren en el suelo o subsuelo.

En el Código, se define el principio de sostenibilidad como el deber de manejar adecuadamente los recursos naturales renovables y la integridad y disfrute del ambiente, lo cual es compatible con la necesidad del país de fomentar y desarrollar los recursos mineros. Este principio debe inspirar la adopción de las normas, medidas y decisiones que regulan el compromiso entre la utilidad pública y el interés social. El Código delimita unas áreas del país donde se considera importante reservar, excluir o restringir la actividad minera:

1. **Zonas de seguridad nacional:** No se podrá presentar propuestas ni contratos de concesión por razones de seguridad nacional.
2. **Zonas de Reservas Especiales:** Zonas de explotaciones tradicionales de minería informal donde el Estado no admite nuevas propuestas ni contratos y se adelantarán estudios geológicos mineros para proyectos mineros especiales y de reconversión.
3. **Zonas de Exclusión:** Incluye el Sistema de Parques Nacionales Naturales donde no se podrá adelantar actividades mineras; Parques Nacionales Regionales donde única y exclusivamente se podrá adelantar actividades mineras en forma restringida cuando esté autorizada por la autoridad ambiental; Zonas de Reserva Forestal donde únicamente se podrá adelantar actividades mineras en forma restringida cuando esté autorizada por la autoridad ambiental. Toda Zona de Exclusión será delimitada por la autoridad

ambiental con colaboración de la autoridad minera basada en estudios técnicos, sociales y ambientales.

4. **Zonas Restringidas:** Estas Zonas están dentro del perímetro urbano, están ocupadas por construcciones rurales, son de interés arqueológico, histórico o cultural; son playas, zonas de bajamar y trayectos fluviales servidos por empresas públicas de transporte o están ocupadas por una obra pública adscritas a un servicio público. Para evitar conflictos y realizar los trabajos mineros podrá haber trabajos de exploración y explotación de minas con el consentimiento de las autoridades competentes, los dueños de los predios, o con los permisos respectivos.
5. **Zona Minera ocupada por comunidades indígenas y Afrodescendientes:** Zonas de minas indígenas, comunidades Afrodescendientes y mixtas donde todo explorador o explotador tiene la obligación de realizar las actividades sin afectar los valores culturales, sociales o económicos de las comunidades y grupos étnicos que ocupan, real y tradicionalmente, el área.

El título minero está definido en el Código de Minas como el documento que da derecho a explorar y explotar el suelo y subsuelo. Los títulos son licencias de exploración y explotación, aportes mineros y contratos mineros. Para constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal hay que tener un contrato de concesión minero el cual es otorgado por el Ministerio de Minas y Energía, y más recientemente por la Agencia Nacional de Minería, ANM, y tiene que estar inscrito en el Registro Minero Nacional. El Registro tiene como objeto la constitución, conservación, ejercicio y gravamen de los derechos a explorar y explotar minerales, emanados de títulos otorgados por el Estado o de títulos de propiedad privada del subsuelo. De acuerdo con el Decreto 501 de 1996 todo trabajo autorizado por un contrato de concesión requiere una Licencia Ambiental para la inscripción en el Registro Minero.

El contrato de concesión minera es necesario para poder llevar a cabo los estudios trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal. Después de tener el contrato, la explotación se hace de acuerdo con los términos del Código de Minas. Este contrato tiene en cuenta las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos. La propuesta para obtener un contrato de concesión debe mencionar los grupos étnicos con asentamientos

permanentes en el área o trayectos solicitados, notificar si el área abarca zonas restringidas, señalar los términos de referencia y guías minero ambientales que se aplicarán a los trabajos de exploración y adjuntar un plano topográfico con las características técnicas oficiales.

Por último, cabe mencionar que en junio del 2011, se aprobó el nuevo Sistema General de Regalías, sistema que reemplaza al Fondo Nacional de Regalías y permite el ahorro fiscal y la redistribución de regalías a zonas que no producen petróleo, carbón, oro, u otros minerales. Hoy en día, se estima que este sistema generará alrededor de 10 billones de pesos anuales de regalías que se destinarán a proyectos de desarrollo¹⁷.

- Marco Tributario para la Minería

La minería tiene el mismo régimen impositivo que las demás actividades de la economía. Las regalías y los cánones sobre la tierra son contribuciones especiales de la minería (y de los hidrocarburos). Hay una cláusula en los contratos de la Agencia Nacional de Hidrocarburos que contempla una mayor participación en la producción para la agencia cuando los precios suban por encima de un piso establecido. No hay nada similar para la minería. La normatividad a este respecto ha sido muy estable y predecible en Colombia. El actual gobierno (Juan Manuel Santos 2010-2014) ha dicho claramente que no apoya una elevación del nivel de las regalías para el sector minero porque es una labor que apenas comienza a tener cierto dinamismo, salvo el carbón. Cabe esperar, sin embargo, que prospere la inclusión de una cláusula sobre ajuste según precios en los contratos mineros, similar a la que existe en hidrocarburos. Las regalías son “una contraprestación económica de propiedad del Estado que se causa por la explotación de un recurso natural no renovable”¹⁸.

En la actualidad, la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) es la entidad encargada de recaudar las regalías de hidrocarburos y el Ministerio de Minas y Energía es el responsable de su liquidación en este caso y en minería. De acuerdo con la ley 756 de 2002, el porcentaje para el cálculo de regalías

17 Cinco mil quinientos millones de dólares aproximadamente. El Presupuesto de la Nación aprobado el 2012 para el 2013 es de 180 billones de pesos (billones castellanos; millones de millones)

18 Art. 360 de la Constitución Política de Colombia.

de hidrocarburos y de carbón varía de acuerdo al volumen de producción. Las Tablas 1 y 2 presentan los porcentajes para la liquidación de las regalías tanto de hidrocarburos como de productos minerales.

- Extracción de Recursos Naturales, Desarrollo Económico e Inclusión Social: Colombia

Hasta el 2011, la destinación de los recursos provenientes de regalías se dio bajo el esquema planteado en la Ley 756 del 2002. No obstante, con el fin de redistribuir los recursos provenientes de las regalías para que no sólo los departamentos y municipios productores fueran beneficiarios, el 2011 año se planteó el Sistema General de Regalías (SGR), el cual se constituyó a través del Acto Legislativo 05 Jul 2011, modificando los Arts. 360 y 361 de la Constitución Política y otras disposiciones”. En este acto se estableció que la ley determinaría las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la explotación de los recursos naturales y que otra ley, a iniciativa del Gobierno, determinará la “distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios”.

Con esta reforma, a partir del 2012, los ingresos por concepto de regalías deben ser distribuidos de la siguiente manera:

- 10% para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación.
- 10% para ahorro pensional territorial.
- Hasta un 30% para el Fondo de Ahorro y Estabilización.

Los recursos restantes deben ser distribuidos de la siguiente manera:

- 20% para las asignaciones directas, correspondientes a los departamentos y municipios en cuyos territorios se adelanta la explotación de recursos naturales no renovables y a los puertos fluviales y marítimos por donde se transportan los mismos.
- 80% para los Fondos de Compensación Regional y de Desarrollo Regional (60% y 40% respectivamente).

Según la nueva ley, de los ingresos del SGR, un 2% se destina para fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y el conocimiento y

cartografía geológica del subsuelo. Este porcentaje se descuenta proporcionalmente del total de los ingresos del SGR. Como se observa, además de modificar la forma de distribución de los recursos provenientes de las regalías, se crean diferentes fondos: el fondo de compensación y desarrollo regional, el fondo de ciencia, tecnología e innovación y el fondo de ahorro y estabilización. Además, se crean los triángulos de buen gobierno (OCADS) mediante los cuales se pretende asegurar la correcta inversión de los recursos provenientes de las regalías. Más adelante, mediante la ley 1530 del 2012 “se regula la organización y el funcionamiento del sistema”. Con el nuevo SGR, y bajo el principio de equidad, se pretende cambiar la distribución entre entidades territoriales para que paulatinamente los departamentos productores no reciban el 80% de los recursos totales de las regalías, sino que pasen a percibir únicamente el 20% el 2015, con el fin de que los departamentos no productores, sean también partícipes de estos recursos. Antes de la reforma el 80% de las regalías se iba al 17% de la población. Actualmente, se prevé que el 80% de las regalías serán para el 70% de la población. Igualmente, previo a la reforma, 201 municipios concentraban el 90% de las regalías, mientras en la actualidad este 90% se destinará a 657 municipios. De esta manera, el centro del SGR son los departamentos y se conforman siete regiones con el fin de promover el desarrollo y la competitividad del país, a saber: Región Caribe, Pacífico, Eje cafetero, Centro, Sur, Orinoquía, Amazonía. Asimismo, se da prioridad a los proyectos de alto impacto para las regiones y se crean los fondos regionales: Desarrollo Regional, Compensación Regional, Ciencia y Tecnología.

Con el fin de fomentar la transparencia y uso eficiente de los recursos, existen varias iniciativas:

- OCADS—Triángulos de Buen Gobierno: participan el Gobierno Nacional, Gobierno Departamental y el Gobierno Municipal.
- Se promueve la coordinación entre
- el Gobierno nacional y las regiones y
- dentro de las mismas regiones.
- Planeación de la inversión de los recursos y ejecución adecuada de los mismos. Priorización de grandes proyectos de desarrollo.

- Avances en equidad y transparencia

En febrero del presente año, surge una iniciativa privada donde la Asociación del Sector de Minería a Gran Escala (SMGE)¹⁹ firma un acuerdo de autoregulación con el “propósito de implementar las acciones de mejoramiento continuo necesarias para adoptar las prácticas propias de la minería responsable”²⁰. Por otro lado, aunque Colombia aún no se ha adherido a la Extractive Industries Transparency Initiative (EITI), la cual es una iniciativa en la que tanto el gobierno como las empresas de las industrias extractivas del sector reportan respectivamente los ingresos y pagos por concepto de impuestos, las compañías relacionadas han empezado a prepararse para implementar esta iniciativa, que busca la transparencia en torno al manejo de los recursos provenientes del sector.

CONCLUSIONES

Las medidas tributarias aprobadas por el gobierno de Ollanta Humala en septiembre de 2011 contribuyeron a incrementar la carga tributaria efectiva y los ingresos fiscales del Estado. El monto anunciado fue de S/. 3,000 millones por año, sin embargo en el primer año de su aplicación sólo se recaudó cerca de la mitad de dicho monto; no obstante, lo recaudado triplicó el monto anual del Programa Minero de Solidaridad con el Pueblo (PMSP).

Las medidas tributarias mineras actuales tienen aspectos positivos y negativos. Entre los aspectos positivos:

- Se ha logrado un mejor esquema tributario porque pagarán más aquellas empresas que tienen mayor rentabilidad y, por tanto, mayores utilidades. En ese sentido, permitirá corregir el sesgo regresivo de la ley de regalía vigente, que se aplicaba sobre las ventas.

19 Las empresas vinculadas son Anglo American Colombia Exploration S.A., AngloGold Ashanti Colombia, AUX Colombia Ltda, Carbones del Cerrejón Limited, Colombian Natural Resources, Drummond Ltd., EcoOro Minerals Corp, Gran Colombia Gold, Minas Paz del Rio, Mineros S.A., MPX Colombia S.A., Prodeco y Vale

20 El documento completo puede ser consultado en: <http://www.mineriaagranescala.org/NOTICIAS-1/febrero-2012/febrero-2012/documento--compromisos-de-autorregulaci%C3%93n>

1.2%. Asimismo, los instrumentos a la vista o sin plazo de vencimiento tienen una tasa de 0.5% sobre su monto. Los protestos de cheques por falta de fondos, las actas de protesto de letras de cambio y pagarés a la orden tienen una tasa de 1% sobre su monto, con un mínimo de 2,907 dólares (reajustado semestralmente mediante decreto supremo) y un máximo de 1 UTM.

h. Impuesto a los combustibles

Es un tributo que grava la primera venta o importación de gasolina automotriz y de petróleo diésel. Su base imponible está conformada por la cantidad de combustible, expresada en metros cúbicos. La tasa del impuesto es de 1.5 UTM por m³ para el petróleo diésel y de 3.5 UTM por m³ para la gasolina automotriz. La ley establece un sistema de recuperación en la declaración mensual de IVA, del impuesto al petróleo diésel soportado en su adquisición, cuando este no ha sido destinado a vehículos motorizados que transiten por calles, caminos y vías públicas en general.

i. Impuesto territorial

El impuesto a los bienes raíces se determina sobre el avalúo de las propiedades. Su recaudación se destina en su totalidad a las municipalidades del país, constituyéndose en una de sus principales fuentes de ingreso y financiamiento. El propietario u ocupante de la propiedad debe pagar este impuesto anual en cuatro cuotas, con vencimiento en los meses de abril, junio, setiembre y noviembre.

j. Impuesto al comercio exterior

La aplicación de los impuestos y derechos aduaneros se encuentra resumida en el cuadro siguiente:

Impuestos y derechos aduaneros en Chile

Tributo	Tasa	Base imponible
Derechos aduaneros	6.0%	Valor CIF
IVA	19.0%	CIF + Derechos aduaneros

BIBLIOGRAFÍA

- BACA TUPAYACHI, Epifanio, Estudio sobre marco normativo minero en el Perú, Grupo propuesta ciudadana, En <http://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/Estudio%20EBaca.pdf>
- CAMPODÓNICO, H (2006); Cristal de Mira, pp. 331-338. UNSM. Lima, Perú
- Constitución Política de Colombia, Art. 360
- Impacto socioeconómico de La minería en Colombia,” Fedesarrollo. Bogotá
- Ley N° 28258. Regalía minera.
- Ley N° 1382 del 2010.
- Ley que Regula los Contratos de Estabilidad con el Estado al Amparo de Leyes Sectoriales (Ley N° 27343), publicada el 06 Set 2000
- MARTINEZ ORTIZ, Astrid, Extracción de recursos naturales, desarrollo económico e inclusión social Colombia, Preparado para Americas Quarterley, En www.as-coa.org/sites/default/files/Colombia-Mining-Report.pdf
- Resolución de superintendencia N° 175 de mayo del 2013.
- <http://www.mineriaagranescala.org/NOTICIAS-1/febrero-2012/febrero-2012/documento--compromisos-de-autorregulaci%C3%93n>

Vocación para ejercer la Abogacía

Vocation to practise legal
profession

Juan Andía Chávez

Abogado. Jefe de Biblioteca del Colegio de Abogados de Lima

«La Abogacía no es una consagración académica, sino una concreción profesional. Nuestro título universitario no es de 'Abogado', sino de 'Licenciado en Derecho, que autoriza para ejercer la profesión de Abogado'. Basta, pues, leerle para saber que quien no dedique su vida a dar consejos jurídicos y pedir justicia en los Tribunales, será todo lo Licenciado que quiera, pero Abogado, no».

Ángel Ossorio
El Alma de la Toga

RESUMEN

Es este un tema vivo y de palpitante actualidad, en el que se interrelacionan interesantes criterios; tal por ejemplo, el éxito del abogado cumplidor de sus deberes profesionales; así como el del abogado que los incumple causando daño a la sociedad (Legaz y Lacambra). También expone, que cada persona debe buscar su verdadera vocación; sin embargo, existen personas que no les interesa encontrarla ni trascender en la vida que llevan. Son aquellos quienes solo buscan pasar el momento sin encontrar su destino y su propia vocación (Pérez Valera). Se distingue las tesis de Couture y Ángel Osorio sobre las cualidades que los abogados deben reunir (templanza, veracidad, etc.) y los principios (solidaridad, equidad, etc.) que deben cumplir los abogados con vocación jurídica. Igualmente, se examina la posición que el abogado es el que asume la grave responsabilidad de la defensa de intereses de terceros y mantenerse firme frente a las tentaciones indignas de pícaros letrados; que hacen del ejercicio profesional, un síndrome de embustes y tinterillaje (Cuadros Villena). Se expone la interesante posición de Macareñas al afirmar que el abogado con vocación jurídica ha de ser el Derecho mismo alzado en armas para combatir la injusticia. Por último, Calamandrei indica algo estremecedor: así como al enfermo le agrada confiarse a los médicos aunque no tenga esperanzas de curación, el cliente, aun sin esperanzas de victoria, busca ansiosamente al abogado porque sabe que en el mundo no lograría encontrar otra persona dispuesta a ayudarlo.

ABSTRACT

This is a live and actually topic, in which interesting criteria are interrelated; as for example, success of a achiever lawyer from his professional duties; as well as the lawyer who non-compliance causing harm to society (Legaz and Lacambra). Also we explain that each person must look for his true vocation; however, there are people who are not interested in finding or transcend in their style life. They are those who just look to spend the time without finding their purpose and their own vocation (Perez Valera). We distinguish the thesis of Couture and Angel Osorio about the qualities that lawyers must have (temperateness, truthfulness, etc.) and principles (solidarity, fairness, etc) that lawyers must do with juridical vocation. Equally we examines the position

that the lawyer is assuming the heavy responsibility of the defense of interests of others and stand firm against unworthy temptations of rogues lawyers; that make professional practice, a lie syndrome (Tables Villena). We explain the interesting position of Macareñas when he affirms that the lawyer with juridical vocation must be the same law up in arms to fight the injustice. Finally, Calamandrei indicates something shocking: as well the sick likes to trust doctors even without hope a cure, the customer, even without hope of victory, search anxiously the lawyer because he knows that in the word he doesn't find another person ready to help him.

La palabra vocación proviene del latín: «vocatio» y «vocare», que significa llamado. Es un llamamiento que alguien experimenta hacia un sector determinado del mundo de los objetos, en el cual va desarrollar una actividad adecuada. Por dicha razón la vocación es concebida como un llamado o voz interior que nos impulsa a seguir un camino determinado en la vida, un camino que es único y personal, y que a medida en que se va avanzando, se nos va haciendo mas personal, al encontrar logra la plena realización de nuestra vida profesional. Luís Legaz y Lacambra, señala:

«Una profesión es una vocación. Sin necesidad de suponer que todo el que ejercita una profesión cualquiera siente de hecho “vocación” por ella, es preciso admitir que estas dos ideas —vocación y profesión— se hallan íntimamente vinculadas. Unos se sienten llamados por el círculo de los negocios, a otros les llama la humanidad doliente, a otros el mundo de las relaciones jurídico-sociales y el afán de imponer en ellas el reinado de la Ley. He ahí por que aquél que en su profesión no siente este elemento vocacional, está en las peores condiciones posibles para realizar una labor fructífera, del mismo modo que, a la inversa, quien sintiéndose llamado a la profesión que de hecho ejerce no rinde todo lo que de su vocación cabría esperar, comete la más vil traición contra su personal destino, igual que el que no sigue esa llamada interior por motivos puramente caprichosos. Pero así como la dedicación a la profesión no necesita ser tan exhaustiva que no sea perfectamente lícito que, por ejemplo, el médico alterna con la historia, el abogado con la política o la agricultura y el ingeniero con la música o la filosofía, del mismo modo el hecho de ejercerse un profesión para la que no se siente vocación no exime del cumplimiento de los deberes que aquella impo-

ne, sobre todo cuando un abandono de los deberes profesionales puede significar un daño para la sociedad»¹.

Al respecto debemos agregar que la vocación tiene un carácter espontáneo, pues uno siente que se trata de algo superior a la voluntad, que se le impone y le arrastra de un modo que no se puede esquivar. Para lograr la vocación completa debe cumplir dos factores: el primero consiste en que el llamamiento es un principio pasivo y **espontáneo** por relación a nosotros, el segundo es un factor que representa un principio activo. El cual está siempre condicionado, más o menos, por las **circunstancias** y situaciones concretas en que la personalidad que lo aporta vive o está. No debemos desconocer que estos factores, lejos de ser, muchas veces, causas determinantes o condicionantes de la verdadera vocación, actúan como elemento deformador de la misma y sólo sirven para pervertirla. Lo que debía ser un factor valioso para descubrir una vocación auténtica, luego se convierte en motivo de hostilidad y resentimiento contra ella, muchas veces en causa definitiva de la elección de una profesión distinta. La personalidad aporta una aptitud emocional al llamamiento, sin las cuales éste no se produciría o, mejor dicho, sería ineficaz, inoperante. Víctor Manuel Pérez Valera señala:

«Cada persona busca su verdadera vocación desde el momento en que tiene uso de razón, y no solo se realiza, sino que sigue adelante tratando de llegar a la auto apropiación, existen personas que no les interesa encontrar su verdadera vocación, ni trascender en la vida, quienes solo buscan el pasar del momento sin encontrar su destino y su propia vocación»².

Entonces, la vocación es la inclinación que una persona experimenta hacia una determinada actividad. Por eso se habla de aptitud para diferentes actividades como son la artística, religiosa, abogacía, etc. Es así, la vocación es una forma de expresar nuestra personalidad frente al mundo del trabajo, de demostrar como somos, en que actividad destacamos tanto por talento como

1 LEGAZ Y LACAMBRA, Luís. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Barcelona, 1943, p. 9.

2 PÉREZ VALERA, Víctor Manuel. *Deontología Jurídica*. México, 2010, p.20.

por vocación, sin son ambas juntas, combinación ideal, cada persona nace con cualidades para hacer cosas, para demostrar de las cosas que somos capaces de hacer, es la inclinación del individuo hacia determinada carrera, oficio o arte. Cuando hay vocación ningún trabajo será pesado, toda la actividad de su oficio se realizará con suma facilidad, habrá entrega y dedicación. En tal circunstancia, el oficio o profesión que realizamos se convierte en una actividad de función social. Toda persona que ejerza una profesión debe tener la idea de permanecer en ella durante largo tiempo, porque busca en ella los medios de sustentación de la vida y que esa profesión o trabajo sea duradero.

De ese modo, la vocación jurídica es el perfil o cualidad que debe tener la persona para estudiar la carrera de derecho. Actividad en la que se desenvolverá con disposición natural en cumplimiento de su función social, para el cual se ha preparado.

La vocación del abogado debe ser analizada, sobre todo por el mismo individuo, ya que representa muchas aptitudes y destrezas necesarias para llevar una profesión en debida forma. A esta cualidad debemos agregar que la profesión de abogado tiene como fin último la ayuda a la comunidad es donde prestar sus servicios, atendiendo a personas de todos los estratos sociales, inclinaciones políticas y religiosas y de cualquier raza, que necesite sus servicios. Rodolfo Stammler decía:

«Que el jurista que no es más que jurista es bien triste cosa, podemos añadir que el jurista que sólo es leguleyo es cosa despreciable. El leguleyo es el hombre para quien no existe en el mundo más que la letra de la ley, Pero la letra muerta si el espíritu no la vivifica. Al leguleyo le parece teoría despreciable buscar ese espíritu de la letra, y se contenta con la letra muerta. Ya es de por sí bastante terrible convertir el Derecho en letra muerta. Pero hay algo peor, que es servirse de esa letra muerta para fines inconfesables generalmente. Es máquina sin alma, porque ésta fue vendida al diablo, el Derecho en manos del leguleyo suele servir para todo, menos para lo que es su razón de ser: asegurar el imperio de la justicia o coadyuvar a su advenimiento. En una situación semejante, la profesión jurídica tiene que decaer en dignidad»³.

3 STAMMLER, Rodolfo. *Filosofía del Derecho*. Madrid, 1928, p. 22.

En la doctrina, desde Eduardo J. Couture, Ángel Ossorio, hasta los jóvenes colegas, existe consenso en que los abogados con vocación jurídica deben reunir las siguientes cualidades:

- 1.- **Templanza:** consiste en llevar la vida de manera firme ante los embates terrenales.
- 2.- **Veracidad:** virtud que nos conduce siempre a manifestar lo que creemos o pensamos.
- 3.- **Lealtad:** nos obliga a ser fieles y rigurosos en el cumplimiento de los compromisos y obligaciones, en la correspondencia de afectos, etc.
- 4.- **Tolerancia:** respeto y consideración de las opiniones ajenas.
- 5.- **Espíritu de trabajo:** inclinación a realizar con entusiasmo y eficacia en labores que se emprenden.
- 6.- **Perseverancia:** firmeza en los propósitos o en la prosecución de algo que se ha comenzado.
- 7.- **Fraternidad:** Comportamiento de mutuo respeto y consideración hacia el prójimo.
- 8.- **Patriotismo:** vínculo espiritual que se manifiesta sirviendo con amor y abnegación, alentando los ideales de la nación, respetando su historia y cultivando sus tradiciones.
- 9.- **Abnegación:** es un sentimiento que nos mueve a dejar de lado nuestros propios afectos o intereses en servicio de la justicia.
10. **Prudencia:** Ser atento a todos por igual y contener lo mejor posible cualquier prejuicio o antivalor que limite nuestra apreciación imparcial del prójimo.

Asimismo, los abogados que tienen las cualidades señaladas, debe cumplir los siguientes principios que son base fundamental para el ejercicio de la profesión:

- a.- **Principio de solidaridad:** como seres humanos de naturaleza sociable, tenemos el deber moral de orientar como individuos, el bienestar de todos los seres humanos.
- b.- **Principio de Equidad:** la diferencia capital entre un ser animal y un humano es el discernimiento, por ello se requiere esfuerzo para actuar inteligente y consecuentemente.

- c.- **Principio de abstención de perjuicio o daño al prójimo:** existe un viejo adagio popular que señala: «no hagas a los demás lo que no te gustaría que te hiciesen», tenemos que actuar responsablemente para no perjudicar a los demás y de ninguna manera debemos elegir conscientemente actuar incorrectamente, hay que diferenciar entre elegir y aceptar.
- d.- **Principio de eficiencia:** el esfuerzo de la superación humana se debe realizar utilizando las herramientas idóneas en armonía con el escenario natural donde uno se desenvuelve.
- e.- **Principio de responsabilidad en nuestro protagonismo:** Deben ir ligadas a la capacidad, compromiso, circunstancias y roles específicos que debemos discutir y ponerlos al servicio de la sociedad.
- f.- **Principio de aceptación del error:** la responsabilidad por nuestros actos involuntarios perjudiciales, deben ser asumidas con estoicismo, ya que todas nuestras acciones no son acertadas, y probablemente estas provocaran efectos colaterales perjudiciales, debemos asumir el costo de las mismas con responsabilidad.

Que tremenda responsabilidad hacerse patrocinador de los intereses de terceros, ya sea en causa penal donde el mundo criminal salpicara [in] directamente inevitablemente los oficios del abogado, quien deberá luchar por mantenerse incólume frente a las tentaciones y propuestas nada dignas, escenario que no se detiene incluso de aquellos picaros togados, que hacen de la profesión un lío de embustes y tinterillaje, Cuadros Villena señala al respecto:

«Se llama tinterillaje el ejercicio ilegal de la abogacía por el no titulado o el que tiene suspendido el ejercicio de la profesión, pero principalmente el vocablo es utilizado para calificar la abogacía desleal. Aquella que se ejerce con título conferido por la Nación, pero al servicio de la malicia, la deslealtad, la componenda, el prevaricato o la extorsión. En ese sentido es tinterillo, el abogado que por perjudicar el derecho del adversario dilata la causa, utilizando recursos indebidos; esto es deforma el proceso en instrumento de demora. Es asimismo tinterillaje la abogacía que ejercita quien deforma el proceso en instrumento de agravio o chantaje. Por cierto que contribuye al chantaje la respuesta defectuosa del poder jurisdiccional, que todavía conserva el procedimiento escrito, el proceso dispositivo, rogado por la parte, en el que con frecuencia se presentan dos verdades: la real y la del proceso, casi

siempre esta última hechura de la habilidad tinterillesca que hace del procedimiento juego de esguinces y zancadillas»⁴.

La profesión no debe estar librada al ritmo de los leguleyos, debe sobreponerse a estos elementos, aquellos abogados con vocación de servicio e inmunes a un posible deterioro de la ética, tamaña tarea para un ser humano, resistir a las provocaciones que atentan una conducta enmarcada en el servicio, probidad y el deber de conducirse dentro de una moral intachable, Carlos E., Mascareñas señala:

«La vocación se manifiesta en el amor constante a la labor profesional, en el cariño a los papeles que la práctica de muchos años, no sólo no destierra, sino que mantiene vivo y hasta acrecienta. Con mucho mayor motivo el amor a la Justicia y a los Tribunales que la encarnan y representan es nota esencial del Abogado el cual, vocero de nobles causas, no debe convertirse nunca en vociferador, sino actuar de palabra y por escrito ante Jueces y Salas con comedimiento, orden y claridad, rehuendo tanto la jactancia y los pujos de elocuencia artificiosa e innecesaria como las formas vulgares y chabacanas de decir y las perífrasis que ahorran la terminología jurídica, pero que alargan las dimensiones de la exposición y al ponerla al alcance de cualquier persona no técnica, la hacen impropia de la toga»⁵.

En consecuencia, la vocación jurídica nos conduce para conocer el Derecho, sentir el Derecho y defender el Derecho. Considerando que los conocimientos adquiridos no son patrimonio propio para guardar, sino que están al servicio de la sociedad. El sentimiento tampoco es un bien de reserva anímica. El sentimiento del Derecho es una fuerza que tiende a crear, a propagar y a contagiar el sentir jurídico. La consecuencia de tales conocimientos y sentimientos es la defensa del Derecho.

4 CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Ética de la abogacía y deontología forense*. Lima: FECAT, 1994, pp. 145-146.

5 MASCAREÑAS, Carlos E. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona, 1950, p. 60.

Los abogados con vocación jurídica son los defensores del Derecho; no defienden ante la Autoridad Judicial el interés particular del cliente, sino el Derecho que en aquel caso asiste al patrimonio. Por dicha razón considera a la abogacía como la conciencia jurídica de la sociedad; en ella lucha por el Derecho y no puede ni debe desertar de tal puesto de honor; tiene que esforzarse por la derogación de la norma injusta, y luchar por la promulgación de la ley que busca la justicia; de la justicia que reclame el sentir jurídico de la razón; de la justicia que reclame los principios jurídicos de la civilización actual; de la justicia que reclame la vida, porque el Derecho es para la vida, no ésta, ni el hombre que tiene sus derechos y destino, para la norma legal.

Por eso señala que el abogado con vocación jurídica tendrá característica de pasión por la justicia, pero, esa pasión ha de ser austera para que pueda tener la grandeza del valor cultural que defiende y la nobleza de la vocación que lo incita a luchar, un abogado sin pasión será una máquina de repetir leyes, de aplicarlas, un ente deshumanizado y calculador; quien verá la vida desde la lente triste del diario trajinar, solamente se dedicará atraer el interés personal. El abogado con vocación ha de ser el Derecho mismo alzado en armas para combatir a la injusticia.

En conclusión, para servir en una rama del saber humano, la profesión hay que adoptarla por vocación, con sensibilidad que le retenga en ella libre de toda tentación, que se consagre a su profesión con cuerpo y alma. Solo así, la vida del abogado se ennoblecerá cuando su trabajo resulte la realización de justicia por medio del derecho, justicia que se alcanza mediante indeclinable voluntad de lucha. En relación a la vocación de servicio y al marco humanista de nuestra labor como defensores de las personas que nos confían su libertad y demás derechos vitales, Calamandrei señala lo siguiente:

«Los abogados practican diariamente, al igual que los médicos, esta forma de solidaridad humana que consiste en hacer compañía a los que se enfrentan con el dolor; por eso, a las profesiones del abogado y del médico se las ha llamado, mejor que profesiones libres, profesiones de caridad. Como al enfermo le agrada confiarse a los médicos aunque no tenga esperanzas de curación, el cliente, aun sin esperanzas de victoria, busca ansiosamente al abogado, porque sabe que en el mundo no lograría encontrar otra persona dispuesta a escuchar con la misma paciencia

el detallado relato de sus penosos casos personales, que son, para quien los vive, grandes como el mundo, pero que, para cualquier interlocutor que no sea el abogado, aparecen solamente como una molesta serie de enredos menospreciables»⁶.

Bibliografía

- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Ética y revalorización del juez y el fiscal. s/e*, 2000.
- CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los jueces*. Bogotá: Temis.
- CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Ética de la abogacía y deontología forense*. Lima: Fecat, 1994.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la ciencia del derecho*. Barcelona, 1943.
- LLERENA QUEVEDO, Rogelio J. *Código de Ética Judicial (Proyecto)*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997.
- MASCAREÑAS, Carlos E. *Nueva enciclopedia jurídica*. Barcelona, 1950.
- PÉREZ VALERA, Víctor Manuel. *Deontología jurídica*. México D.F., 2010.
- STAMMLER, Rodolfo. *ilosofía del derecho*. Madrid, 1928.

6 CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los jueces*. Bogotá: Temis, p. 384.

El Derecho como recurso literario en la obra de Franz Kafka

Augusto Sánchez Bustillos

Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO:

- 1.- Introducción.*
- 2.- Estado de la cuestión sobre el problema jurídico abordado*
 - 2.1. Las leyes.*
 - 2.2. El abogado.*
 - 2.3. El sistema jurídico.*
- 3.- Base legal del sistema Kafkiano.*
- 4.- Enfoque axiológico y crítico.*
- 5.- Tesis, postura, valoración o solución personal del problema jurídico.*
- 6.- Conclusiones. Referencias Bibliográficas.*

RESUMEN

El artículo resalta las características legales del sistema Kafkiano incidiendo en el rol del abogado y de los tribunales en el marco del proceso. Una de las facetas que con más amplitud se reflejan en la obra de Kafka es el desaliento del ser humano frente a lo absurdo. Tanto en la base legal y en el estudio crítico y axiológico del trabajo queda definido el significado del proceso en cuanto constituye una denuncia a la burocracia, a las dictaduras y se plantean cuestiones que son relevantes para las sociedades. Básicamente se aprecia una resistencia hacia el aparato del Estado y a las organizaciones que fluyen del mismo y del modo como se encuentran estructuradas. Las contrariedades que derivan de dicho aparato y la poca fiabilidad que tienen.

PALABRAS CLAVES

Mandato legal. Creación literaria. Relaciones de poder. Sistema de justicia. Garantías mínimas.

1.- INTRODUCCIÓN

El trabajo que nos hemos propuesto realizar tiene como punto de partida la exploración del enlace existente entre el derecho y la literatura, los nexos subsistentes entre ambas disciplinas pero tomando como base la obra literaria del escritor Franz Kafka, uno de los más importantes e influyentes escritores del siglo XX. El trabajo profesional y su aporte a la literatura se analizan en este artículo con el objeto de establecer los vínculos entre ambas materias. Ello supone un estudio de la estructura, estilo y de la influencia legal que puede apreciarse en su literatura. Supone también un examen de la intersección entre el derecho, la justicia, el poder y la autoridad y de aquellos aspectos que pueden determinar una posible separación de estos conceptos. El trabajo del citado escritor sin duda ha constituido una constante fuente de investigación y de discusión filosófica en diversos ámbitos académicos y literarios. El derecho inevitablemente influye en la forma y en la naturaleza de su literatura. Si bien se han elaborado cuantiosos estudios en torno a su literatura, poco se ha escrito acerca de la conexión que existe entre Kafka el profesional en materia legal y la repercusión que ello supuso en Kafka el escritor de trabajos literarios. Kafka ha escrito toda su obra usando diferentes formas literarias apelando a la ley

como recurso fundamental, las manifestaciones de cada una de estas formas son incluidas en este artículo, esto es, la novela "*El proceso*", y las parábolas "*antes del derecho*" y "*el problema de nuestras leyes*".

Analizar las situaciones jurídicas que aparecen en las obras de Kafka supone abordar entre otros aspectos, la justicia, las leyes, el sistema jurídico y la actuación legal del abogado. Ello es necesario a fin de establecer un marco básico para la interpretación jurídica de la obra literaria del mencionado escritor. Se sabe que luego de la muerte del escritor Checo, su amigo cercano y albacea, Max Brod, publicó su obra, a pesar de que se le había ordenado lo contrario por Kafka, en tres grandes novelas: "*El proceso*" (1924), "*El castillo*" (1926), inspirado en su estancia en la finca de su hermana, reponiéndose luego de su internación a causa de la tuberculosis; "*América*" (1927) y una colección de cuentos "*La muralla china*" (1931). En general se encuentran relatos, fragmentos, cartas y manuscritos; en los cuales se puede determinar la visión que tenía Kafka del derecho, una visión por cierto, estrechamente ligada a su vida diaria y cotidiana, ya que se había titulado en 1906 como abogado de la Universidad Real Imperial Alemana Carlos Fernando de Praga, realizando previamente un año de servicio obligatorio no remunerado como asistente legal en tribunales civiles y penales, y habiéndose especializado después en derecho de seguros, trabajando con la firma italiana Assicurazioni Generali; y luego en el Instituto de Seguros de Accidentes de Trabajo del Reino de Bohemia, hasta el final de sus días.

2.- ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE EL PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO

La interpretación del derecho desde una perspectiva literaria es importante tanto para los abogados como para las personas que no ejercen el derecho. Para el primero, porque instruye respecto a situaciones que contienen un amplio panorama legal otorgando alternativas de solución a una variedad de problemas o fijando acuerdos sobre los mismos; y para el segundo, porque puede constituir una de las formas más accesibles de educación en materia de leyes. La literatura puede presentar una imagen del derecho que incluso puede rebasar los alcances de dicha disciplina y de la misma creación literaria; esto es, una justicia que existe como equidad pero que a su vez se sitúa más allá del mandato legal.

En consecuencia, y a fin de definir el estado de la cuestión sobre el problema de lo que se trata a nuestro concepto es de extraer de la literatura su importante función crítica desde la óptica del derecho, su rol en tanto instrumento de interpretación de las leyes atendiendo al contexto social, que en el caso de "El proceso" encuentra dicha función y rol en la actuación del personaje central de la novela, Josef K., denunciando la realidad de un derecho sin garantías. El derecho como práctica social mantiene lazos con el poder y la política, aunque en los textos legales y en el enfoque de los juristas, comúnmente se adopte la posición de que el derecho tiene plena autonomía e independencia.

En su discurso de ingreso a la real academia española el destacado escritor español Benito Pérez Galdós manifiesta que: "*Imagen de la vida es la novela, y el arte de componerla estriba en reproducir los caracteres humanos, las pasiones, las debilidades, lo grande y lo pequeño, las almas y las fisonomías, todo lo espiritual y lo físico que nos constituye y nos rodea, y la lengua, que es la marca de la raza, y las viviendas que son el signo de la familia, y la vestidura que diseña los últimos trazos externos de la personalidad: todo esto sin olvidar que debe existir perfecto fiel de la balanza entre la exactitud y la belleza de la reproducción*"¹.

De esta forma podemos afirmar que la novela constituye, en efecto, un modo de representar los acontecimientos que acaecen en la vida misma. En consecuencia, la literatura se convierte en un instrumento necesario para el abogado, en la medida que le ofrece la posibilidad de analizar racional y objetivamente el contexto de la sociedad en el que se desenvuelve. Pero, además el hecho literario resalta parte del panorama de la sociedad humana en sus diversas facetas, una de las cuales lo constituye el derecho y todo el sistema de justicia, terreno en el cual el abogado se halla todos los días. El mundo jurídico tiene manifestaciones que trascienden los meros textos legales, de manera que las fuentes de las que se nutre el derecho durante su evolución histórica abarcan cualquier testimonio que aporte datos sobre la realidad jurídica del momento.

1 PEREZ GALDOS, BENITO. *La sociedad presente como materia novelable*, discurso leído ante la Real Academia Española, con motivo de su recepción. Est. Tipográfico de la viuda e hijos de Tello. Madrid. 1897.

Hay que tener en cuenta que en algunos casos el derecho puede permanecer relativamente estable e inmodificable durante un largo periodo de tiempo, permitiendo a las futuras generaciones apreciar mejor la obra literaria y las implicancias del derecho en el ámbito de la literatura muchos años después de su publicación. En esa perspectiva los lectores del derecho civil y del common law pueden entender ampliamente los temas de justicia y de la legitimidad del poder. Estos aspectos incrementan considerablemente las posibilidades de sobrevivencia e incluso la propagación de los textos literarios en el mercado de la literatura.

Si bien el derecho y la literatura son materias que han adquirido importancia en los círculos jurídicos, consideramos que ha habido una falta de enfoque respecto de los agentes intervinientes en dichos tópicos: el abogado y el escritor. El derecho frecuentemente es examinado en abstracto incidiendo en el análisis del trabajo legal, el cual se realiza independientemente de la propia experiencia del autor del derecho. No obstante, la personalidad, y los incidentes específicos que son experimentados por el escritor mediante el estudio y la práctica legal pueden impactar en mayor grado su trabajo literario que alguna noción abstracta del derecho, prueba de ello es la experiencia que adquirió el escritor de Praga durante el ejercicio profesional de la abogacía y lo que ello significó en el desarrollo de su producción literaria.

2.1. Las leyes

La fuente principal de entendimiento de la noción de ley en Kafka es el texto denominado: *Sobre la cuestión de las leyes (Zur Frage der Gesetze)*², que se menciona en varias oportunidades a lo largo de su obra *El proceso*.

Desde la concepción Kafiiana del derecho las leyes son instrumentos que solo se encuentran al alcance de la aristocracia, ello se corrobora en la siguiente expresión que aparece en el texto *Sobre la cuestión de las leyes*: “Nuestras leyes por desgracia, no son conocidas por todos, son un secreto

2 Sobre el origen de este texto se puede afirmar: “Manuscrito extraído de los cuadernos de 1920, se le relaciona con otros escritos cuya fecha de redacción podría haber sido el 30 de agosto de 1920”, en: “Observaciones”, correspondiente al suplemento de *Franz Kafka*: cuentos completos: (textos originales), edición al cuidado de José Rafael Hernández Arias. p. 443.

de un grupo pequeño de aristócratas que nos domina”³. En este sentido, y dentro del enfoque que se adopta en la obra, las leyes dificultan a las personas la resolución de sus conflictos, obstruyen el ejercicio de ciertos derechos, no regulan aspectos diarios sino más bien mantienen la tendencia de constituir abstracciones muy elevadas de la realidad que viven las personas. Kafka a través de sus relatos expresa insatisfacción frente a las leyes y al retroceso que representan frente a los derechos y a las libertades, situación que además caracterizó los tiempos en los que él vivió. Creemos que hay una especie de solicitud que emerge del relato en el sentido de reinterpretar el ordenamiento jurídico a partir de ciertas exigencias éticas de libertad y de dignidad del hombre. De búsqueda de un equilibrio entre persona, Estado, comunidad, de valoración crítica del orden jurídico para convertir al derecho en factor de cambio social al igual que ocurre en muchos relatos literarios de esta naturaleza puesto que siempre existen riesgos de desviaciones del derecho y abusos del derecho; máxime si el sistema de justicia a la cual alude el citado escritor, no es transparente ni en sus métodos ni en sus motivaciones.

En relación a las relaciones de poder que emanan del derecho Mauricio García Villegas señala lo siguiente: “... la imprecisión de las palabras, la incapacidad de los enunciados para reflejar la realidad, no aparecen como una limitación contra la cual se está en lucha permanente, sino más bien como una facultad que hace posible el ejercicio de relaciones de poder, sin que ello implique el recurso a la violencia física”⁴.

En efecto, en la narrativa de Kafka, se aprecia una lucha constante (la de K), frente a la falta de estabilidad institucional e imprecisión de la normatividad dentro de un escenario en el cual se establecen relaciones de poder. K es consciente de que su proceso se alarga paradójica e injustamente, que sobre él recae una especie de poder que le exige asistir a las diligencias, que lo constriñe a contratar los servicios profesionales de abogados, a salir a las calles e indagar respecto de la identidad de quienes lo acusan; tiene pleno

3 “Sobre la cuestión de las leyes”, en Franz Kafka: cuentos completos (textos originales), p. 310.

4 GARCIA VILLEGAS, Mauricio. “Función simbólica del derecho y estabilidad institucional”. En *Ética y conflicto*. Ediciones UNIANDES, Bogotá, 1993. p. 292.

conocimiento de esa relación de poder que debiera ser recíproca pero que en el contexto de la novela no adquiere esa característica de reciprocidad. Al final se observa dos situaciones distintas, del marco conceptual que hemos descrito se pasa a un enfoque más riguroso que dentro del proceso torna trágico el escenario en el cual se desenvuelve la obra y sus personajes. El propio sistema legal establecido está dirigido a minimizar los derechos del procesado en el proceso incoado, y mostrar que toda la maquinaria legal tiende a monopolizar las relaciones de poder desde el primer momento, y junto con ello lo que hace también es acabar con los derechos subjetivos y con la vida misma de K. Empero el poder no es patrimonio exclusivo de los aparatos del Estado, el poder se encuentra en todo fenómeno social, toda relación social es vehículo y expresión del poder.

Una muestra en la obra del escritor checo en la cual se puede observar la inexistencia de la ley es *En la colonia penitenciaria*, donde las decisiones las toma unilateralmente un sujeto; el mismo que hace cumplir su voluntad mediante el uso de la temible maquina de la rastra⁵. En la colonia penitenciaria, relato que Kafka redactó en octubre de 1914, poco después de iniciarse la primera guerra mundial, es una obra que se circunscribe a un ambiente caracterizado por el castigo, el arreglo moral de las faltas, la obediencia. Franz Kafka narra en el relato aludido el colapso de un sistema de justicia que está basado en el suplicio. El orden debe ser perfecto. Bajo esta inspiración cualquier incumplimiento se sanciona, cualquier acto que implique un desacato a la autoridad se castiga, sin excepciones, con la muerte. Las razones de la transgresión a la ley no interesan, tampoco se toman en cuenta las circunstancias atenuantes del hecho. La responsabilidad es de carácter objetivo; está dada por lo que ocurrió y no se atenúa por las circunstancias concretas que precedieron al hecho o por las intenciones del agente. Cuando un superior denuncia a un subordinado la condena a muerte es la respuesta inmediata. No cabe ninguna defensa porque ciertamente no se observa en el relato el uso de medio de defensa legal de ninguna índole por parte del pro-

5 KAFKA, Franz. *En la colonia penitenciaria*. p 11. La rastra es la maquina con la que se proponen escribir en la piel la disposición violada, dicha maquina es descrita con minuciosidad en el relato: tuvo una suerte de primeros experimentos como narra el oficial, consta de tres partes de las cuales las más sobresalientes son las agujas, y cuenta con correas que inmovilizan al sujeto, como también, palancas y tornillos.

cesado. No hay elementos de adecuación a la sanción. El sistema escenifica su poder y vitaliza su eficiencia gracias al terror que produce. Pero este sistema indudablemente no tiene nada que ver con la justicia. Desde este punto de vista, la justicia es solo un pretexto para un despliegue sádico por parte de las autoridades y para el logro de una obediencia sumisa e incondicional. De alguna manera Kafka se anticipó al escribir este cuento a las torturas del nazismo llevadas a cabo años después en los campos de concentración. La obra de Kafka en realidad constituye una denuncia hacia aquellos gobiernos que transgreden sistemática y reiteradamente los derechos humanos, que utilizan el poder del Estado para ocultar pruebas, suprimir libertades fundamentales y circular desinformación por todos los medios. Así por ejemplo, los ejecutores de la tortura, reproducida en el ambiente de una colonia penitenciaria, creen que tienen razón en su forma autista de concebir la justicia. En la colonia penitenciaria y el proceso, ambas narraciones personifican la lógica de la crueldad, lo absurdo de ésta, y de un sistema que quebranta las garantías mínimas a los derechos fundamentales, garantías que naturalmente exige la convivencia pacífica en una comunidad y que pasa por el reconocimiento y valoración de los derechos de la persona y de los derechos sociales. Hay un escenario caracterizado por la presencia de un hombre dentro de un entorno de daño físico y psicológico, pero al final también hay un contexto de lucha por el reconocimiento de su dignidad que no siempre llega a concretarse.

La Rastra - así se llama el mecanismo - dibuja en el cuerpo del prisionero (que al cabo es un condenado) un tatuaje a fondo: su soporte es la piel, pero va más allá de la piel. Ese dibujo es una representación articulada que ante todo apela a un concepto, la obediencia (la obediencia durante la guerra, para ser más precisos), y que procura hacerse legible más allá de la mirada, pues no está al alcance de la vista. Hay un pasaje en el cual el prisionero bien atado está tendido boca abajo encima de una plancha y el sutil mecanismo de la Rastra se pone en funcionamiento. Todo consiste en una escritura que se practica con un sistema de agujas. La Rastra acepta esa escritura, la entiende y la incrusta poco a poco en la piel de quien debe aprender a obedecer. La frase va escribiéndose, con un tipo de agujas, en la espalda del sujeto; otro tipo de agujas va adornando (como si el vacío de la escritura despertara en el operario de La Rastra una mezcla de temor y aversión) el entorno del texto: volutas, signos, cenefas, etc.

Hay que resaltar que el escritor de Praga presenta en el desenlace del relato una muestra de la fragilidad de las autocracias y de los sistemas de gobierno absoluto en el cual la voluntad de una persona es la suprema ley de un Estado. La Rastra comienza a desbaratarse real y simbólicamente; las ruedas saltan, se esparcen; las tuercas salen disparadas al aire, los engranajes se deshacen y el Gran Aparato deja de existir. En el texto se afirma lo siguiente: “-Esta máquina es muy compleja, a cada momento se rompe o se descompone alguna cosa; pero uno no debe permitir que estas circunstancias influyan en el juicio de conjunto. De todos modos, las correas son fácilmente sustituibles; usaré una cadena; es claro que la delicadeza de las vibraciones del brazo derecho sufrirá un poco”⁶.

2.2. El abogado

Acerca del abogado, encontramos referencias a lo largo de las obras citadas anteriormente, particularmente en: *El nuevo abogado* (*Der neue Advokat*), *El proceso*, “*Abogados*” (capítulo que forma parte de la novela *La Muralla China*) y en *La colonia penitenciaria* (*In der Strafkolonie*).

Para Kafka, los abogados se podrían dividir en dos tipos; aquellos que se ajustan de manera irrestricta al mandato legal y orientan su desempeño profesional en función al aspecto formal de las leyes, y aquellos que constantemente alargan los procesos con interminables argumentos, plagados de dudosos y contradictorios intereses.

El apego a la ley, es en realidad una de las principales preocupaciones de Kafka; y trae implícita la idea de los procesos interminables y los argumentos complejos.

El autor de “la metamorfosis” parece cuestionar que al momento de aplicar la ley, las autoridades que elaboran el derecho no tomen en consideración el aporte de otras disciplinas con las cuales mantiene nexos inseparables como son la sociología, la historia, la economía; cabe indicar que para los tiempos en los cuales él escribió el proceso, el derecho no había alcanzado el grado de desarrollo ni la madurez que ha adquirido en los tiempos actuales, ello

6 KAFKA, F. *En la colonia penitenciaria*. Cit. p 5.

naturalmente porque en los tiempos que antecedieron a la segunda guerra mundial, la visión del hombre respecto del derecho era muy restringida y habían muchos límites que reducían las posibilidades de un alcance mucho más amplio del estudio e interpretación del derecho. Si Kafka viviera hoy posiblemente su enfoque en torno al derecho sería diverso, distinta sería su percepción de dicha disciplina y de los principios y garantías que le sirven de sustento legal y que lo rigen, de la integración y sistematización del ordenamiento jurídico, y de las características fundamentales de los procesos legales de hoy. Ello merced a los factores económicos, políticos y culturales que han intervenido o que han influido en la evolución del derecho.

Sobre el apego a las leyes podemos encontrar la siguiente cita: "...el doctor Bucéfalo enfrascado en los códigos...". El hecho de permanecer "enfrascado en los códigos" puede constituir una señal de ese apego irrestricto de los abogados a la letra y al espíritu de la ley, pero no a su realidad intrínseca que como se conoce está delimitada por el hecho de ser más bien una realidad cambiante, un derecho en constante transformación o como sugería *Friedrich Karl Von Savigny* de la escuela histórica alemana, al esbozar un planteamiento nuevo sobre el mundo jurídico, de un derecho como manifestación del espíritu popular, de un derecho que incluía dentro del análisis histórico a las expresiones culturales, un derecho como creación cultural.

La posición del hombre frente al derecho y frente a aquellos que son abogados, tiene cierta claridad cuando en el relato "abogados"; el personaje del relato afirma: "¿por que buscaba yo aquí a un abogado? Porque lo buscaba por todas partes, después de todo, en todas partes es necesario, se les necesita más fuera de un tribunal que dentro de él, pues se supone que el tribunal dicta su sentencia según la ley... la intervención aquí de una persona en forma individual sería un sacrilegio".

Sobre la base de lo señalado se puede afirmar que la opinión de un hombre, dentro de esta noción, no revestía mayor importancia frente a los tribunales, esto se advierte con bastante notoriedad en El proceso; donde K no tiene posibilidad de ejercitar sus derechos ante el poder de la ley, dentro del enfoque

7 KAFKA, F. *Abogados*. Traducción de Jordi Rottner. 2007. p.2.

Kafkiano el derecho es una exclusiva creación de las élites y por lo tanto es también un medio de exclusión, de proscripción, pues no se toma en cuenta posibilidad alguna; en consecuencia el papel del abogado, esto es, el rol que ejerce un letrado dentro de la sociedad está vinculado a la adquisición de un conocimiento exclusivo, e incluso algunas veces único: “Las conversaciones verdaderamente serias, profesionales eran prerrogativa exclusiva de ellos [los abogados]”⁸.

El mayor de los enigmas, es probablemente la interrogante acerca de cuáles fueron las causas que dieron inicio al proceso. Es difícil hallar una cita que pueda servir de base para ejemplificar el argumento, pero creemos de que esta referencia es una de las más pertinentes: “*Por lo general, el procedimiento no sólo es secreto para el público, sino también para el mismo acusado*”⁹.

Hay en general una descripción del comportamiento de los personajes, de los acontecimientos y de sus consecuencias para el derecho, y de actos que a pesar de su dificultad son necesarios para el logro de ciertos objetivos, ello se pone de manifiesto en el siguiente aserto: “*Y, sin embargo, el exceso de trabajo ha llegado a ponerme enfermo, A pesar de todo, no lamento mi decisión; es posible que hubiese podido rechazar muchas más causas de las que he rechazado; pero el hecho de haberme entregado de lleno a los procesos aceptados por mí se ha revelado como algo imprescindible y ha sido coronado por el éxito*”¹⁰.

Kafka tomó conocimiento de muchas facetas del derecho desde diferentes perspectivas, como estudiante de leyes, como empleado de una firma comercial, desde la Corte y en el Instituto de seguro de accidentes de trabajo del reino de Bohemia. Cada una de estas experiencias otorgó conocimientos y lo familiarizó con el derecho y toda la influencia del mundo legal puede apreciarse a través de su producción literaria. Es innegable por otra parte que el manejo de los conceptos legales es importante puesto que ello puede

8 KAFKA, F. *El proceso*. p. 683.

9 KAFKA, F. *El proceso*. p. 121.

10 KAFKA, F. *Op. Cit.* p. 193.

producir una distinta percepción del significado o entendimiento de un texto de carácter literario.

2.3. El sistema jurídico

La obra fundamental para alcanzar un entendimiento del sistema jurídico Kafkiano, es el proceso; la cual se complementa en algunos tópicos con el texto *En la colonia penitenciaria*. Debemos resaltar que un artículo escrito por el abogado Franz Kafka titulado “*Medidas para evitar accidentes de trabajo en máquinas de aserrar madera*” fue utilizado creativamente por el escritor Franz Kafka sirviéndole de inspiración para redactar uno de sus mejores relatos: “*En la colonia penitenciaria*”. Más allá de los que precedieron a Kafka respecto de su estilo y de su técnica literaria, independientemente de los precursores de Kafka, creemos que el verdadero precursor del novelista Franz Kafka fue el abogado Franz Kafka. Sin la labor diurna del jefe de la aseguradora no habría existido producción nocturna del escritor. En realidad, parece existir escasa separación entre el Kafka diurno que labora en cuestiones de tipo legal y el Kafka nocturno que escribe relatos. La experiencia profesional del Kafka letrado y agente de seguros se refleja, por ejemplo, en las organizaciones burocráticas descritas en *El proceso* y *El castillo*. Franz Kafka siguió en todos sus relatos a su ingenio, a su agudeza espiritual, el cual adquirió en amplia medida a partir de sus vivencias esencialmente como colaborador en la defensa del valor de la justicia siguiendo una línea edificante hasta el fin de sus días. El abogado Franz Kafka, un alto funcionario del Instituto de Compensación de Accidentes de Trabajo para el reino de Bohemia, en Praga; desarrolló pues un rol de creación literaria progresiva y paciente a través del estudio de informes burocráticos.

El proceso ofrece una visión general acerca de las instancias de las que consta el derecho Kafkiano, instancias que adquieren infinitud, puesto que no se encuentran delimitadas, por ende la obra tiene un conjunto de instancias interminables. Ofrece diversas perspectivas en torno a la manera en que Kafka conceptualizaba e interpretaba las diferentes situaciones del derecho, desde distintos niveles; se observa una variedad de situaciones paradójicas e inciertas en diversas ramas del derecho.

El argumento de *El proceso* es sencillo y tajante. El lector de la obra tiene una perspectiva limitada del protagonista Josef K. K intenta averiguar por qué ha

sido arrestado y qué autoridad ha ordenado su arresto. No obstante, esto nunca es revelado. Josef K, en un ambiente que lo asfixia y lo envuelve, procura encontrar un abogado a fin de ejercer su derecho de defensa frente a una anónima y enigmática acusación, hay un desconocimiento de los cargos que se le imputan, de los hechos delictuosos motivo del proceso; y empieza a recorrer calles tratando de localizar personas que puedan proporcionarle alguna información del juicio que se le ha incoado, y tomar conocimiento del juez que se encargará del proceso y del trámite pertinente. Los motivos y objetivos de la injustificada acusación se desconocen. En realidad el protagonista trata de defenderse de algo que nunca se sabe qué es y con argumentos aún menos concretos, solo para encontrar, una y otra vez, que las más altas instancias del tribunal a las que pretende apelar son limitadas e inalcanzables, creándose así un clima de evidente inaccesibilidad a la justicia y a la ley. La trama conduce a un contexto caracterizado por el ansia del protagonista por defenderse, por hallar algún medio legal que le sirva de amparo, y de anteponer siempre lo que es racional y lo que es coherente a un mundo que puede calificarse de absurdo, dentro del cual se puede notar la presencia de un extraño aparato de justicia, en el cual un hombre como él puede ser detenido, encausado y hasta podría ser ejecutado, sin que en ningún momento se conozcan los detalles específicos por los cuales se lo ha enjuiciado.

Concordante con lo referido, uno de los aspectos que adquiere mayor interés en *El proceso* es aquel pasaje en el cual se hace referencia a la ignorancia de la ley; K nunca obtiene conocimiento de la ley en virtud de la cual se lo juzga, y en el momento que pretende acceder a ella se le prohíbe:

“¿puedo mirar esos libros? -Preguntó K (...) -No -dijo la mujer cerrando la puerta-. No está permitido: esos libros pertenecen al juez de instrucción.

-Ah sí -asintió K. Moviendo la cabeza-, esos libros son evidentemente códigos y el modo de ejercer la justicia que aquí se tiene, exige que se condene al inocente sin que éste conozca la ley”.

Se relaciona todo esto con el concepto de ley que se podía percibir en otros relatos de Kafka, a los cuales hemos aludido: la ley es un instrumento que solo conocen un grupo específico de personas mediante el cual se busca dominar a las personas, entorpecer el ejercicio de un derecho y restarles li-

bertad. Hay una interferencia de otros poderes sociales y políticos que están ocultos y que afectan el ejercicio judicial.

En el texto *Sobre la cuestión de las leyes*, el Derecho vuelve a aparecer como algo ajeno al individuo, como el patrimonio de una clase que lo administra sin rendir cuentas a nadie, sin verse siquiera intimidada a esclarecer que existen unas normas que aplica. Prescindiendo de todo fundamento racional o de justicia, el Derecho no parece asentarse más que en una relación de poder a la cual nos hemos referido. Pero también es preciso retratar las peculiaridades de ese poder: en ningún sitio se nos refiere de sus manifestaciones, de la forma en que ese poder se materializa. Como ocurre con El castillo, o como la ley defendida por una cadena de porteros, la fuerza que impone la norma (o que constituye la norma) no se muestra como un acto, sino más bien como una potencia; y si la analizamos en el proceso que va de Ante la ley a Sobre la cuestión de las leyes, pasando por El castillo, descubrimos que resulta crecientemente abstracta, cada vez más una fuerza moral, que se impone a la conciencia de los súbditos. Permanece en este relato el desvalimiento del individuo que quiera fundar en el orden objetivo una pretensión subjetiva (ya que ese orden objetivo es un secreto).

El final de *El proceso*, deja varias interrogantes en la medida que se trata de una novela inconclusa; ¿tenía Kafka pensado un final para el proceso seguido a K, o iba a dejar en suspenso de todas formas la obra?; la muerte de K permite despejar algunas incógnitas; él mismo se pregunta segundos antes de morir, si acaso habría otro recurso dentro de su proceso que le permitiera hallar claridad sobre lo que estaba aconteciendo, y como un hombre en medio de muchas incertidumbres empieza a examinar todo lo que creía debía ser materia de aclaración. Se puede advertir que la narración se circunscribe a un ámbito donde los protagonistas, en la mayoría de los casos, no llegan a comprender el mundo en toda su complejidad y dimensión. El proceso se introduce en su cotidianidad convirtiendo al procesado en un hombre entregado de pleno a la angustia de hacerse parte poco a poco del tribunal y su hermética maquinaria burocrática. Ello se nota en algunas interrogantes: “¿dónde estaba el juez que nunca había visto? ¿Dónde estaba el alto tribunal a donde nunca había llegado?”¹¹.

11 KAFKA, F. *El proceso*. p. 676.

Es claro que un sistema jurídico debe reunir las estructuras y las modalidades de funcionamiento de las instancias encargadas de la aplicación de reglas de Derecho, así como los servicios que emanan de ellas. Un sistema jurídico que comprenda así el aparato jurisdiccional, pero también el aparato no jurisdiccional. Pero, observamos en la obra el proceso las injusticias humanas y procesales de una estructura jurídica en el cual se situó a K, que a la vez conlleva el planteamiento de muchas interrogantes, sin embargo, es inconcebible en estos días que un sistema legal llegue en su totalidad a parecerse al sistema de reglas mediante el cual se procesó y juzgó a K. Hoy se adopta una visión distinta dentro del derecho que naturalmente pasa por el establecimiento de un constitucionalismo donde el hombre y sus derechos deben estar protegidos por el Estado, de una tutela de los derechos desde el punto de vista jurisdiccional y constitucional; de un Estado que garantice la equidad en la aplicación del derecho y no solo estudiando la organicidad de las normas, sino más bien de una preservación de los derechos que evite así toda forma de abusos como los que sufrió K.

El sistema descrito en la obra *En la colonia penitenciaria*, es un sistema más radical, más complejo al margen de la aparente simpleza que se aprecia en el texto; en primer lugar, todos los poderes se reunían en el comandante de la colonia, puesto que era, soldado, juez y ejecutor de la sentencia. En segundo término, la pena descrita es drástica y hasta cierto punto terrible: “consiste en escribir sobre el cuerpo de un condenado, mediante el uso de la rastra, la disposición que él mismo ha violado”, esto en un periodo aproximado de 12 horas. En tercer lugar, en cuanto al acusado (de desobediencia e insulto a sus superiores) no conoce su sentencia; con el pretexto que cuando la tenga escrita en la piel la conocerá “en carne propia”. En la obra descrita se hace referencia a este aspecto en los siguientes términos: “-¿Conoce él su sentencia? -No -dijo el oficial, tratando de proseguir inmediatamente con sus explicaciones, pero el explorador lo interrumpió: -¿No conoce su sentencia? -No -repitió el oficial, callando un instante como para permitir que el explorador ampliara su pregunta-. Sería inútil anunciársela. Ya lo sabrá en carne propia”¹².

12 KAFKA, F. *En la colonia penitenciaria*. p. 15.

“*Antes de la Ley*”, que forma parte del capítulo llamado “En la Catedral” de la novela de Kafka “*El Proceso*”, es una parábola perfecta de la literatura que algunos críticos han sugerido que representa no sólo la pieza central de esta novela, sino también la base e idea fundamental de toda la obra de Kafka. En efecto, de la novela *El proceso* procede el famoso relato kafkiano, *Antes la ley*, devenida en la esencia de la pesadilla kafkiana. En él un hombre llegado de lejos pretende cruzar la puerta de la Ley, pero un Guardián se lo impide durante años. En el final, cuando el hombre agoniza, el propio guardián que le ha prohibido el ingreso a la puerta de la ley le dice con voz fuerte: “Ningún otra persona podía haber recibido permiso para entrar por esta puerta, pues esta entrada estaba reservada sólo para ti. Ahora me voy y cierro la puerta”¹³. El traslado de este esquema a lo jurídico, que nos viene sugerido por la misma elección del símbolo ley, se traduce inmediatamente en la pretensión del individuo de algo que entiende que le debe ser concedido (en cierta forma lo denota el que la puerta de la ley esté físicamente abierta, aunque luego no resulte esto más que una apariencia engañosa), pero que la ley, por mediación de uno de sus ejecutores, le niega. La ley aparece como una sucesión de guardianes de aspecto crecientemente temible, de obstáculos que desprecian al individuo y ante los que éste no puede responder sino con la resignación y la espera.

Según Lorenzo Silva¹⁴ en la obra de Kafka aparece tres conceptos fundamentales, que se erigen en otros tantos paradigmas que tienen constante reflejo en sus narraciones. El primer paradigma es el de la culpa; el segundo, el de la búsqueda de la redención (o la acogida); y el tercero, el de las construcciones o, más propiamente, el de la construcción. A la culpa se vinculan obras como “*El proceso*” o “*La condena*”, a la construcción todo el ciclo de fragmentos relacionados con “*La muralla china*”, y a la búsqueda de la acogida “*El castillo*” y “*Antes de la Ley*”. La relación entre estos tres ejes se expresa en que la culpa agudiza el ansia de ser admitido, de modo que se establece entre ambos elementos una interdependencia recíproca; el paradigma de la construcción puede tomarse como una reflexión sobre las características del orden que rige la situación de la que los otros dos impulsos son consecuencia.

13 KAFKA, F. *Antes de la ley*. De *El proceso*.

14 SILVA, Lorenzo. *El derecho en la obra de Kafka*. Edit. Rey Lear S.L. 2008. p.12.

Tomando en cuenta lo referido el derecho se manifiesta ante el individuo como un orden cerrado e infranqueable. En la caracterización kafkiana la ley tiene su fuerza por su sola naturaleza de ley, sin otro respaldo; pese a ser ineficiente. Los mundos que Kafka retrata, más allá de la escenografía de tribunales y negociados, aparecen como manifestaciones de prolijos órdenes normativos, que sus protagonistas se afanan, normalmente en vano, por desentrañar y comprender, lo cual se puede notar en su obra. En el capítulo IX de *El proceso*, mediante un diálogo entre Josef K. y el sacerdote que le relata la parábola *Antes de la Ley*, se realiza un minucioso análisis de la misma. En ella, el sacerdote corrige a K. con una sentencia cínica: “No, no hay que creer que todo es verdad; hay que creer que todo es necesario.” K. concluye: “Una opinión desoladora, la mentira se convierte en el orden universal”¹⁵.

3.- BASE LEGAL DEL SISTEMA KAFKIANO.

Todo el sistema legal Kafkiano se fundamenta en el principio que: “La culpa es siempre indudable”. Principio que proviene del consejero en temas penales de la colonia penitenciaria, el cual tiene a su cargo su aplicación y la defensa de este mecanismo judicial y base del derecho punitivo. Dice Kafka: “La injusticia del procedimiento y la inhumanidad de la ejecución eran indudables”¹⁶.

Este principio se extiende al resto del sistema Kafkiano del derecho, en el proceso se advierte que la culpa de K es indudable; y parece ser el móvil de todas las actuaciones y decisiones de los funcionarios intervinientes, desde los que participan en el arresto en el primer capítulo, en la actuación de los encargados del juzgado, como también de aquellos que misteriosa e injustificadamente ejecutan a K. y de ese modo ponen término al proceso.

“¿Como puede ser culpable un hombre?”, se pregunta, en el proceso, un K que no tiene capacidad de opción. Y el mismo Kafka nos da una respuesta que puede erigirse como clave de su obra: “Nada se afirma con tanta rapidez en

15 KAFKA, F. *El proceso*. p.230.

16 KAFKA, Franz. *En la colonia penitenciaria*. p.32.

la mente como un sentimiento de culpa sin fundamento – no se lo puede eliminar mediante ninguna fórmula de arrepentimiento o redención”¹⁷.

Kafka no requiere de la realidad para convertirla en ideal, lo ideal no existe para el escritor checo sino solo en la forma de deber, y este es el sustento de la propia realidad. El proceso trata de un ajuste de cuentas relacionado con la incapacidad de cumplir los compromisos adquiridos, y que de acuerdo a una ley no escrita, se debe pagar. En el proceso se afirma lo siguiente: “*Posiblemente alguien había calumniado a Josef K., pues sin que este hubiera hecho nada malo, fue detenido una mañana*”¹⁸.

El autor centra su atención en un aspecto crucial y que es la clave más relevante del libro: la inocencia de K. Consiguientemente podemos afirmar que todo el proceso que se inicia contra él se apoya en el hecho de que su culpabilidad es indudable, totalmente diferente del sistema penal nacional vigente y del principio de presunción de inocencia como garantía para el imputado frente a la actuación punitiva estatal, en virtud del cual se preceptúa: “*Toda persona acusada de la comisión de un delito se presume inocente mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a través de una sentencia definitiva*”¹⁹. La presunción de inocencia se ha considerado como uno de los pilares del ordenamiento jurídico de todo estado democrático, al establecer la responsabilidad penal del individuo, únicamente cuando esté debidamente acreditada su culpabilidad. Desde este ángulo, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

En relación al relato Sobre la cuestión de las Leyes puede hacerse la siguiente interpretación: la nobleza asienta en gran medida su dominación sobre la creencia del pueblo de que esta dominación debe persistir. El pueblo se apodera inconscientemente del Derecho que por naturaleza y origen no le pertenece, y ello es así porque a fin de cuentas convierte a la aristocracia en una realidad que le presta una utilidad, la de cimiento de su orden social.

17 JANOUCH, Gustav. *Conversaciones con Kafka*. Edit. Fontanella. Barcelona. 1969. p.7.

18 KAFKA, F. *El proceso*. p. 473.

19 Constitución Política de Perú de 1993. Artículo 2 inciso 24 e). de la carta magna configura a la presunción o, mejor dicho al estado de inocencia como un derecho fundamental.

Algunos autores argumentan que la obra *El proceso* y *Sobre la cuestión de las Leyes* no son sino una crítica a una sociedad orientada a desposeer al individuo de su personalidad, - lo cual en nuestra opinión, es una afirmación razonable teniendo en cuenta lo que hemos referido en líneas precedentes-; a desorientarlo socialmente sobre la base de la manipulación social, de medios de aniquilación cultural y de dominación política. De regímenes que tratan de imponer su verdad como una sola verdad y que tiene que ser aceptada irremediablemente por otros Estados y sociedades. De una sociedad que además está regida por datos y hechos concretos, y en la cual la burocracia adquiere un rol preponderante. Otros autores señalan que la obra *el proceso* es un alegato contra los regímenes totalitarios y contra todo acto que implique el abuso de la ley, en tanto y en cuanto estos actos trastocan la existencia personal e integridad de las personas, particularmente regímenes de quienes apelan a criterios irracionales, anticientíficos y antitécnicos para justificar la sanción de leyes severísimas como leyes draconianas y talionales, que denominan, “Leyes de seguridad nacional”. Desde este punto de vista, el ordenamiento jurídico está lejos de constituir un conjunto de normas que interactúan entre sí y que están interconectadas basándose en principios de aplicación general. Hay más bien una inclinación por parte de la sociedad de reprender y castigar actos de los cuales muchos no se sienten culpables, bien por desconocimiento, por ignorancia de las normas de derecho, o bien por un sentimiento de desobediencia y de rebelión hacia la autoridad.

4.- ENFOQUE AXIOLÓGICO Y CRÍTICO

Hay en la literatura de Kafka un alcance limitado de los símbolos relacionados con lo jurídico. No hay que perder de vista que, en efecto, se trata de una obra literaria. Como tal, su valor depende de su mérito artístico, y éste será tanto mayor cuanto más intenso sea su impacto respecto a la sensibilidad del lector. Ciertamente el cuadro que Kafka traza puede parecer desde un punto de vista científico desproporcionado o excesivo, por el contenido y por las realidades que se reflejan. No hay que olvidar que la obra literaria tiene una finalidad eminentemente estética, para lo cual llevar las cosas a su radicalidad es un recurso legítimo; de otra parte, su ámbito es más ambicioso que el estrictamente jurídico. Obviamente la obra literaria debe seguir ciertas normas lingüísticas y utilizar ciertos recursos literarios, en función de la época en que fue elaborada

por su autor, y en función al género literario al que pertenece la obra. La técnica de Kafka aúna la simplicidad con el rigor, y su estilo es tan original y peculiar que toda evaluación tropieza con el obstáculo de la falta de referencias.

Pensamos que la preocupación kafkiana se inclina hacia el valor seguridad jurídica. Desde múltiples enfoques. Por un lado, la constante alusión a la ley desconocida, secreta, es una queja hacia la inseguridad del sujeto, que no sabe qué conducta seguir, en unos casos, acceder a lo que cree que ha de dársele, y en otros, librarse de acusaciones sobre las cuales nada siente haber hecho. El Derecho ha de ser cierto, así lo juzgan los personajes kafkianos, y sus peripecias revelan las consecuencias de un orden en el que esa certeza de derecho se ve negada, enmascarada bajo el misterio que custodian organizaciones que no rinden cuentas. Otra manifestación del aspecto axiológico viene representada por la solución que se nos ofrece en *Sobre la cuestión de las leyes* y en *El proceso*: la resignación, la adaptación del sujeto al orden inicuo aferrándose a aquello que éste puede presentar como su único contenido positivo: la certeza de la dominación. Es la única certeza, pero como cosa cierta es en sí un bien, una referencia a la que hay que asirse desesperadamente. Se puede notar que Kafka es un autor esencialmente pesimista, para el que la salvación o la liberación son un espejismo y por tanto no pueden perseguirse. No es una vocación, la de someterse a la autoridad, sino un mal menor entre males inmensos. Podrá criticarse al pensamiento kafkiano el que no ofrezca alternativas (quizá ésta sea su máxima insuficiencia, aunque habría que tener presente que la literatura no tiene el deber de resolver nada), que la sumisión a la injusticia quede como la apuesta única. Lo que ocurre es que la apuesta de perseverar no lleva más que a la destrucción.

El otro valor que aparece en la obra de Kafka, expresado por el lamento más o menos enérgico por su ausencia en las organizaciones que describe, es el valor justicia (que podría comprender los valores dignidad y libertad). Es una justicia ideal, anhelada con desesperanza, que se simboliza en limitar la culpa a aquello de lo que se siente responsable el sujeto, en el otorgamiento a éste de lo que cree merecer. A veces con timidez, otras con dureza (“un solo verdugo podría sustituir a todo el tribunal”) Kafka reclama ese valor cuya realización

parece inusitadamente impensable. De nuevo, el pesimismo kafkiano es exhaustivo.

La reflexión kafkiana, puesta en relación con el Derecho, es un instrumento más eficaz y de mayor vigencia. Es aceptable que, como obra literaria, desborde a veces la realidad, pero esto, que es verdad en un plano externo, deja de serlo un tanto si atendemos a la significación profunda de las cosas. Uno de los mayores logros de Kafka es sacar a la luz lo horrible de lo cotidiano, de lo que aprobamos o desaprobamos sin conmovernos cuando a menudo deberíamos echarnos a temblar. El camino de construcción individual y social del mundo es una constante en su obra. Kafka percibe estos dos planos, de ahí que su visión crítica este fundada en una crisis de sentido a escala individual y un desmoronamiento ético en el ámbito colectivo. Las diferencias exteriores no han de impedirnos apreciar la perspicacia de su llamada de atención acerca de los falsos hábitos mentales que son generalmente asumidos. Quizá nuestra renuencia a admitir que todo sea tan absurdo como Kafka asevera no es sino el fruto más acabado de esos falsos hábitos.

El Derecho como orden ajeno a los sujetos, insensible a ellos. El Derecho como herramienta ignota manejada sólo por iniciados inaccesibles, a través de procedimientos incomprensiblemente complejos, ante la mirada perpleja del individuo que quiere saber cuál es su posición y no lo averigua nunca. La distorsión introducida en el Derecho por las estructuras administrativas creadas por él y destinadas a su aplicación, que acaban adueñándose de la norma y suplantándola por sus reglas internas de funcionamiento burocrático. El Derecho como imposición de un poder, al margen de criterios de justicia, sobre los que ese poder no da explicaciones. En este punto, la crítica kafkiana, producto de su época, analizada desde la perspectiva de su vigencia actual, queda desfasada por cierto importante detalle: los sistemas jurídicos actuales cuidan más su imagen; no usan, salvo excepciones que corresponden a estadios de evidente incivilización, de una brutalidad tan descarnada como la del tribunal que manda ejecutar a Josef K. Pero, el Derecho es en última instancia fuerza, y la fuerza, simplemente sea por congruencia y por las leyes de la física, sólo nace de la fuerza. No siempre el Derecho es fuerza, pero ha de poder serlo, para ser Derecho.

5.- TESIS, POSTURA, VALORACIÓN O SOLUCIÓN PERSONAL DEL PROBLEMA JURÍDICO

Hay muchos aspectos que se pueden resaltar y que constituyen el aspecto valorativo del artículo, en el proceso se desconoce la identidad del magistrado, en cuanto a las peticiones, si bien son escritas, no son leídas por el tribunal; los veredictos no son publicados. Hay también, y ello es indudable, una afectación del principio de motivación de las resoluciones judiciales y del principio de publicidad que otorga la garantía de que las sentencias sean el reflejo de la deliberación de las pruebas surgidas dentro de un juicio oral. En general, se afectan los principios que orientan la actividad probatoria. Otro de los rasgos que se observan es que no haya un registro de los sucesos ni un expediente en torno a los documentos legales que son materia de la causa, además de otras formas de omisión que alteran el trámite normal que los procesos de hoy exigen. Tal vez el aspecto más desconcertante del Tribunal, es el hecho de que una vez que la Corte le atribuye la culpabilidad al acusado, no puede persuadirse a cambiar su opinión, y sin embargo, hay abogados y personas que intentan ayudarlo en el seguimiento de su caso. En efecto, K es sugerido por el tribunal de el proceso a que adopte un comportamiento siguiendo las reglas del proceso con la siguiente expresión: "todo lo que tú puedes hacer es confesar"²⁰.

La visión kafkiana de la realidad no se atiene puramente al objeto en sí, sino que lo toma como un elemento que sostiene una dialéctica con el individuo cognoscente, en una línea que creemos no está lejos del existencialismo. De ahí que al enfocar su pensamiento a lo jurídico se puede obtener un concepto relevante del individuo pero como referente epistemológico. El proceso supone en realidad la búsqueda de la libertad del individuo que en este contexto exige el despojo absoluto de la mentira y del temor, y ello porque el mundo que narra Kafka en su novela en muchos aspectos ha estado presente en varios países del mundo durante siglos, y aun se observan naciones con limitaciones de orden jurídico y un derecho consuetudinario que es hostil a los derechos fundamentales donde el uso de la fuerza se puede mirar como un signo de la crisis social que afecta a varios Estados. Es por ello que la obra de Kafka en nuestra opinión, es en alguna forma una denuncia a todo régimen que pretenda

20 KAFKA, F. *El proceso*. p. 95.

aparecer como la única cultura existente e indiscutible, como si fuera una supra-cultura o una super-cultura, que se sitúa por encima de las demás. El proceso representa un avance técnico importante en la novela contemporánea, en cuanto a narración, construcción de personajes y posicionamiento de temas e identidades universales. Se le ha considerado en ocasiones como una obra política de orientación anarquista, como una obra filosófica existencialista en tanto son los actos los que determinan el carácter de cada individuo. Hay en la obra un mensaje para que en el ser humano predomine una ética de responsabilidad individual, apartada de cualquier sistema de creencias externo a él.

6.- CONCLUSIONES

1. El estudio del derecho y la literatura de un particular autor, supone un cuidadoso conocimiento de todos los factores que pueden impactar en el nivel de entendimiento del texto. Hay un valor intrínseco en el uso de la literatura como un medio para discutir temas legales. El derecho desde el punto de vista de la literatura se refiere específicamente a la forma en que las situaciones jurídicas se presentan en la literatura. La capacidad de estimular el pensamiento crítico y la teoría atañen a la literatura, pero cuando describe situaciones que conciernen al derecho, la literatura tiene por objeto revitalizar el componente ético de la ley.
2. Lo sustancial del trabajo de Kafka es influenciado por el derecho. En la obra de Kafka los temas son diseñados a partir de su contacto con el derecho desde la universidad mucho antes de obtener su doctorado en jurisprudencia, y también como un profesional trabajando con el derecho. En su obra "el proceso" centra la realización del juicio penal en lo que él denomina "la colonia penitenciaria" focalizado en el legítimo castigo a un convicto; y en "el problema de nuestras leyes" mediante el cual explora la relación entre derecho y poder. Los temas legales abarcan desde una vasta exploración de justicia y de legítimo proceso hasta algunas deficiencias de tipo jurisprudencial como lo es el aserto de que se puede juzgar la criminalidad sobre la base de las características físicas que puedan identificarse en el individuo.
3. Kafka plantea la posibilidad de inexistencia del Derecho, desde un punto de vista estrictamente ontológico (no la inexistencia en una perspectiva axiológica atinente al valor justicia que implicaría el Derecho como

superestructura ordenada al provecho de la clase dominante). Hay una visión muy singular del pueblo sometido a ese Derecho que no le pertenece. De las leyes el pueblo no tiene más que datos inseguros, fragmentarios; en definitiva, “la única ley visible y exenta de duda... es la nobleza.” Y de esta ley, como aparece citado al final del fragmento Sobre la cuestión de las Leyes, no puede el pueblo privarse, porque tampoco le consta tener otra ley, y la ley, aun reducida a un simple hecho representado por una aristocracia gobernante, es valorada como necesaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLAN POE, Edgar. La Filosofía de la Composición. Ediciones Coyoacán, México: 1999.
- BECCARIA, César. De los Delitos y de las Penas. Fondo de Cultura Económica, México: 2001.
- BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Editorial Debate, Madrid: 1993.
- CANCINO MORENO, Antonio José. El Derecho Penal en la Obra de Gabriel García Márquez. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá: 1982.
- CARNELUTTI, Francesco. Metodología del Derecho. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá: 1979.
- DWORKIN, Ronald. “Cómo el Derecho se Parece a la Literatura”, en: La Decisión Judicial. Siglo del Hombre Editores/ Universidad de los Andes, Bogotá: 1997.
- GARCIA VILLEGAS, Mauricio. “Función simbólica del derecho y estabilidad institucional”. En Ética y conflicto. Ediciones UNIANDES, Bogotá, 1993.
- KAFKA, Franz. En la Colonia Penitenciaria. Alianza Editorial, Madrid: 1995.
- KAFKA, Franz. Cuentos Completos (Versiones Originales). Valdemar, Madrid: 2001.
- KAFKA, Franz. Obras Completas (4 Tomos). Edit. Comunicación S.A., Barcelona: 1988.
- JANOUGH, Gustav. Conversaciones con Kafka. Edit. Fontanella. Barcelona. 1969.

- LONDOÑO HIDALGO, Julio Mauricio. *Literatura y ley*. Facultad de Ciencias Jurídicas/ Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: 2002.
- PEREZ GALDOS, BENITO. *La sociedad presente como materia novelable*. Discurso leído ante la Real Academia Española, con motivo de su recepción. Est. Tipográfico de la viuda e hijos de Tello. Madrid. 1897.
- OSORIO MORALES, Juan. *Derecho y literatura*. Granada. Universidad de Granada. 1959.
- SILVA, Lorenzo. *El derecho en la obra de Kafka*. Edit. Rey Lear S.L. 1era edición. 2008.
- TALAVERA, Pedro. *Derecho y literatura. El reflejo de lo jurídico*. Granada. Editorial Comares. 2006.

La teoría del rasgo de Cattell y la psicología de la personalidad

Ramón Ramírez Erazo*

Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la UNMSM

SUMARIO: *Introducción.*

1.- *Antecedentes.*

2.- *Personalidad.*

3.- *Teoría del rasgo. Antecedentes.*

4.- *La personalidad y los enfoques.*

5.- *La teoría de los rasgos y Redmond Cartel.*

6.- *Modelo de personalidad de Cartel.*

7.- *El análisis factorial. Conclusiones.*

* PhD, Doctor en Filosofía, Doctor en Derecho y en Ciencia Política, Doctor en Ciencias Administrativas, Doctor en Educación, Doctor en Economía, Doctor en Ciencias Sociales, Doctor en Psicología. Maestro en Ciencia Política, Maestro en Ciencias Sociales, Magister en Administración de Empresas, Maestro en Derecho Penal y Ciencias Penales, Maestro en Investigación y Docencia Superior, Maestro en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Maestría en Gestión Pública. Presidente de la Academia de Magisteres y Doctores del Perú. Filósofo, Abogado, Economista, Periodista.

RESUMEN

La personalidad ha sido materia de profundos estudios y construcciones teóricas en este último siglo. Los teóricos desde diversas concepciones epistemológicas y metodológicas han tratado de entenderla y explicarla para lo cual han elaborado estructuras, constructos y metodologías ancladas a la realidad empírica, más allá de la simple teorización verbal. R. B. Cárstel desde la teoría factorial-rasgos, ha construido un modelo de 16 factores de personalidad. La estructura factorial del modelo de Cárstel es descrita y explicada en este estudio, tomando en consideración su relación con otros modelos para diferenciarla y entender las ventajas de su aplicación en la psicología forense.

PALABRAS CLAVES:

Personalidad, estructura, teoría, análisis factorial, rasgo, Cartel, 16PF

INTRODUCCIÓN

El estudio de la personalidad es una de las materias más complejas y ha sido objeto de variados análisis, que han generado diversas teorías para explicarla, describirla y medirla teniendo como base epistemologías y metodologías diferenciadas. Las teorías clásicas de la personalidad por su anclada teorización verbal han sido objeto de críticas y en la actualidad no existe un modelo único que pueda explicarla integralmente. Asimismo los teóricos han buscado determinar sus unidades básicas de medición y han desarrollado instrumentos que permitan su descripción.

Los enfoques de los autores han sido parciales en el estudio de la personalidad, y de allí que se hayan elaborado diferentes constructos para entenderla, así como para definir su estructura, desarrollo y los instrumentos y métodos con los cuales podrían ser objeto de medición.

Una de las teorías factorial-rasgos más aceptadas, es la de Raymond Cattell que utiliza técnicas factoriales para la identificación de las dimensiones que estructuran la personalidad. Cattell desarrolla un modelo de 16 factores

de la personalidad, a la que considera que es un conjunto de rasgos que tiene carácter predictivo sobre la conducta. La personalidad para Cattell es un constructo constituido por rasgos y que es una estructura única y original para cada individuo.

Cattell se plantea el objetivo de elaborar una clasificación de las conductas y encontrar una unidad de medida en personalidad, usando el análisis factorial para determinar sus elementos estructurales básicos que son los rasgos, que representan las tendencias particulares de respuesta. Los rasgos pueden ser de tipo físico, fisiológico, psicológico o sociológico, y son producto de la mezcla entre herencia y ambiente. En el presente estudio se trata de explicar esta teoría.

1.- ANTECEDENTES

La historia de la personalidad se remonta al origen del mismo hombre y la historia de la humanidad. La conciencia acerca del yo y del mundo existió con probabilidad antes de la reflexión deliberada, de la filosofía y la ciencia. Al encontrar la psicología expresión en las filosofías de Platón y Aristóteles, buscó esclarecer la esencia del ser humano y explorar el significado de ser una persona.

A pesar de que las teorías científicas de la personalidad tienen su origen en la filosofía, también conducen alguna forma de arte o aplicación práctica. El arte de la teoría de la personalidad es mucho más antiguo que la ciencia o incluso que la filosofía y desde los tiempos más antiguos, se ha dicho y se ha escrito mucho respecto a cómo vivir una vida de manera correcta y entender a las personas. Pero con el desarrollo de la ciencia, ha proporcionado conocimientos, herramientas y métodos nuevos para el entendimiento y el mejoramiento propios.

El conjunto de saberes que está en la trama de la Filosofía, ciencia y arte pueden considerarse como tres actividades complementarias que realizan los teóricos de la personalidad. A nivel científico, los investigadores esperan desarrollar una serie de hipótesis factibles que ayuden a entender la conducta hu-

mana. En la filosofía, buscan explorar lo que significa ser una persona y como artistas, buscan aplicar lo que se sabe acerca de las personas y de la conducta para fomentar una vida mejor. Cada actividad es llevada a cabo de acuerdo con ciertas reglas con sus propios criterios de éxito¹.

2.- PERSONALIDAD

El término de personalidad es usado con frecuencia, pero no es fácil de definir. En el lenguaje común, por lo general se refiere a la imagen pública propia: "Este uso común refleja el origen de la palabra personalidad en la palabra en latín persona, que se refiere a las máscaras que usaban los actores en las obras antiguas de teatro griego"².

La complejidad de determinan la naturaleza de la personalidad conlleva varios enfoques. Cada persona, posee una estructura anatómica y fisiológica que se conforma, de modo general, al patrón de la especie. La capacidad de registrar, almacenar e integrar las experiencias del organismo para proporcionar las respuestas comportamentales más eficientes para la adaptación vuelve posible el desarrollo de la personalidad humana. A través de una prolongada serie de experiencias sociales, actitudes, creencias, deseos, valores y patrones de adaptación más o menos duradera y coherente se afirman, convirtiendo a cada individuo en un ser único.

La personalidad sería el conjunto distintivo constituido por los patrones y tendencias comportamentales relativamente permanentes de un individuo dado³.

Perspectiva histórica

Desde Grecia se analizó la personalidad y la teoría de la personalidad ha pasado por diversas formas de clasificación contando desde la aristotélica, en

1 MORRIS, Charles G.. Psicología: un Nuevo enfoque. 7. ed. México: Prentice - Hall, 1992. p. 478.

2 Ibid., p. 478

3 ENGLER, Bárbara. Introducción de las teorías de la personalidad. México: Mc Graw - Hill, 1996. p. 3

donde los humores animales se apoderaban de la voluntad de los hombres, por lo cual no podía pensarse que existiera la enfermedad "mental". Luego surge el cristianismo que argumenta frente a las manifestaciones psicopatológicas una posición ambivalente, pues, dependiendo de la época se les ve como un mensaje de Dios o como una posesión demoníaca.

Hipócrates elaboró un modelo donde todos los seres humanos están compuestos por cuatro elementos, pero con un énfasis específico en alguno de ellos rigió durante mucho tiempo. Estos elementos son el aire, el agua, el fuego y la tierra, los cuales se convierten en los seres humanos en bilis amarilla, bilis negra, la sangre y la flema respectivamente. A esta teoría también se le llamó humoral y luego se fusionó con la teoría aristotélica, llegando hasta la década de los 50's, cuando fue relegada, por los avances en las observaciones psiquiátricas y la conceptualización de las diversas teorías psicológicas sobre personalidad.

Joseph Gall en el siglo XVIII, trató de explicar patrones de comportamiento gracias a la existencia de unas áreas en el cerebro, que al interrelacionarse daban como resultado complejas funciones tales como la capacidad de amar o de adherirse a un grupo social. Gall se basó en dos teorías: La primera fue la conceptualización escocesa sobre las cualidades humanas que se hizo con base en la creatividad de los autores y no en la observación metódica. La segunda fue el pensar que el desarrollo de las funciones mentales moldeaba el cerebro, presionando hacia afuera o hacia adentro el cráneo del individuo.

Janet y Kraepelin promulgaron teorías de la personalidad basadas en enfermedades mentales lo cual circunscribía su estudio a cierta patología muy concreta como la esquizofrenia, la psicosis maniaco depresiva y el proceso neurótico.

Carl Jung esbozó la teoría de las personalidades extrovertidas e introvertidas, lo cual fue aprovechado por Kreschmer para argumentar que los rasgos de personalidad estaban acompañados de rasgos físicos que les eran correspondientes, siendo los introvertidos unos seres delgados y altos, y los extrovertidos redondeados y de menor tamaño.

3.- TEORÍA DEL RASGO-ANTECEDENTES

La psicología estudia la personalidad de manera diversa y los psicólogos no están de acuerdo con una definición única de la personalidad. En tanto la personalidad se refiere a los patrones de pensamientos característicos que persisten a través del tiempo y de las situaciones, y que distinguen a una persona de otra, la personalidad está íntimamente relacionada con el temperamento y el carácter⁴.

“Las teorías de la personalidad no son sólo especulaciones sino sistemas de creencias que encuentran expresión en formas que están diseñadas para ayudarnos en el mejoramiento y entendimiento propio y del mundo. Una teoría de la personalidad es un sistema organizado de creencias que ayuda a entender la naturaleza humana”⁵.

En la psicología, dentro de la Teoría de la personalidad, la teoría del rasgo es un modelo explicativo del comportamiento humano que supone la existencia de características estables en la estructura de la personalidad de los individuos. La personalidad estaría formada por una jerarquía de *rasgos* estables y consistentes que determinan, explican y permiten predecir el comportamiento individual, en tanto cada individuo piensa e interpreta la realidad. Esto permite que en todo rasgo se pueda detectar si una persona, posee una tendencia en su comportamiento. Un rasgo es una manera de comportarse en circunstancias dadas, es decir una persona puede estar expuesta a ciertas situaciones que también influyen en el modelamiento de su conducta.

El desarrollo de la psicología diferencial como disciplina científica aporta al estudio y conceptualización de la personalidad, basándose en el concepto de rasgo, como tendencia a comportarse de una manera particular ante diferentes situaciones. En la década de 1930 aparece el concepto de rasgo de G. Allport, y una primera definición de personalidad basada en disposiciones. Allport concibe la personalidad como una estructura jerárquica y organizada de sistemas psicofísicos que determinan la adaptación del sujeto al ambiente. Allport rechaza la utilización del análisis factorial en la investigación de la

4 ENGLER, Op. Cit., p. 7.

5 Ibid, p. 5.

personalidad y propone un método idiográfico para el estudio de las características comportamentales individuales. Si bien los postulados de Allport fueron criticados y rechazados desde el punto de vista metodológico, aportaron las bases conceptuales para que se desarrollaran las posteriores teorías factoriales de la personalidad basadas en rasgos. El principal aporte de Allport se resume en la concepción de utilizar el rasgo como la unidad de análisis básica de la personalidad, así como concebir una estructura jerárquica de la personalidad.

Eysenck propone su modelo PEN de la personalidad a partir de la década de 1940 tomando el enfoque de los rasgos. Eysenck recopila un amplio cuerpo de teorías e investigaciones en personalidad disponibles en la época: la teoría humoral de Hipócrates y las miradas ofrecidas por Kant y Wundt, la postura somática de Kretschmer, Sheldon y Heymans, los conceptos de extraversión e introversión de Jung, las conceptualizaciones de I. Pavlov (1936) sobre el papel del sistema nervioso central (SNC) en la configuración del temperamento, y la tradición del Eysenck desarrolla su modelo PEN, buscando elementos descriptivos y explicativos de la personalidad mediante la utilización del análisis factorial, en el que plantea la estructura de la personalidad en tres dimensiones bipolares: Extraversión/Introversión (E), Neocriticismo (N) y Psicoticismo (P); cada una de ellas es explicada mediante un complejo esquema de funcionamiento del SNC, el sistema nervioso autónomo (SNA) y el sistema neuro-endocrino.

La dimensión E se relaciona con la sociabilidad del individuo y la búsqueda de estimulación Externa; remite a la activación y excitación de la corteza cerebral y a los niveles del sistema de arousal cortical. La dimensión N refiere a la reactividad emocional individual y a la intensidad con que se experimentan las emociones negativas; se relaciona con la labilidad de los sistemas Simpático y parasimpático del SNA. Finalmente, la dimensión P, de controversial delimitación y explicación, remite a comportamientos, pensamientos y afectos extraños, excéntricos y extremos; encuentra su relación fisiológica con el metabolismo de la serotonina.

El desarrollo de las matemáticas a fines del siglo XIX permitió a algunos autores como Burt, Thurstone, Guilford, Eysenck y Cattell combinar estadísticamente los patrones de conducta a través del método factorial analítico, con el fin de encontrar aspectos comunes y basados en esto, crear tipologías.

Gordon Allport criticó esta opción argumentando que los factores de personalidad no son independientes los unos de los otros y propuso tomar los factores de la personalidad a través del concepto de rasgo, el cual se concibe como una disposición relativamente permanente que subyace a la conducta manifiesta, considerándose como un sistema único y holístico de factores ambientales y biológicos.

Goldstein y Lewin apoyaron la conceptualización de la personalidad de Allport, ampliándola a la noción de que el ambiente afecta al individuo sobre la base de cómo éste percibe e interpreta conscientemente el ambiente, y no sobre la base de la realidad objetiva del ambiente. Murray, Murphy y Millón han continuado investigando y ampliando la conceptualización teórica de la personalidad.

Carl Rogers ha señalado que el “Yo” era un patrón consistente organizado de percepción del “yo” o “mi” que se encuentra en el centro de las experiencias de un individuo, mientras que para B.F. Skinner, la palabra personalidad era innecesaria, pues no creía que fuera deseable usar un concepto como el yo o la personalidad para entender la conducta humana.

Para Sigmund Freud, el padre del psicoanálisis, la personalidad era en gran parte inconsciente, oculta y desconocida.

El estudio de la personalidad se volvió un área de especialización científica formal y sistemática en la psicología estadounidense a mediados de la década de 1930, y por eso los psicólogos recomendaron que toda investigación sobre la personalidad fuera realizada y evaluada conforme a lineamientos científicos estrictos como los definidos por la corriente principal de la psicología académica⁶.

4. LA PERSONALIDAD Y LOS ENFOQUES

Las teorías juegan un papel muy importante en la psicología de la personalidad y muchas surgieron en ambientes clínicos en el afán de comprender

⁶ Ibid, p. 5.

y tratar a las personas con problemas psicológicos y también provienen de observaciones controladas y experimentos de laboratorio.

Existe una variedad de teorías para explicar no sólo los tipos comunes de personalidad, sino también cómo la gente desarrolla sellos psicológicos únicos, llamados personalidad. Ledford J. Bischof, en su libro "Interpretación de las teorías de la personalidad", muestra una división de los autores según sus corrientes y sus teorías.

Ledford nombra al Psicoanálisis, a partir de Freud, Murray y Jung, luego menciona las teorías Psicoindividuales-Psicosociales a partir de Adler, Horney, y Moreno, continuando con las teorías Integradoras Del Yo Biosociales, a partir de Allport, Rogers, y Murphy. En cuarto lugar menciona la teoría Psicobiológica a cargo de Sheldon, en quinto lugar las teorías Psicoestadísticas a partir de Catell, y Eysenck. En sexto lugar de los teorías generales como la: Simbólica (Lewin), Aprendizaje (Mowrer), Humanista. (Maslow), Construcciones Personalizadas (Kelly), y las contribuciones hechas por los Neo-freudianos: Evolutiva (Erikson), Interpersonal (Sullivan), Socio analítica (Fromm).

Sigmund Freud, padre del psicoanálisis, y primer expositor de las teorías psicoanalíticas, estudió las dimensiones de la naturaleza humana, al desarrollar la técnica de la asociación libre, logrando alcanzar las profundidades de su propia vida inconsciente y la de los demás. En este proceso, creó el psicoanálisis, un método de investigación para estudiar a la persona.

La concepción freudiana acerca de la estructura de la personalidad se conforma de tres instancias denominadas Ello, Yo y Súper Yo, representando una variedad de procesos, funciones y dinámicas diferentes dentro de la persona, no estructuras independientes separadas con límites.

El Ello es el centro de nuestro ser, la función más antigua y original de la personalidad y es la base de las otras dos instancias. El Ello incluye a los instintos e impulsos que nos motivan al igual que nuestra herencia genética, reflejos y capacidades para responder; representa nuestros impulsos, necesidades y deseos básicos.

El Yo surge con el fin de cumplir de una manera realista los deseos y las demandas del ello de acuerdo con el mundo exterior. El Yo evoluciona a partir del ello y actúa como un intermediario entre éste y el mundo externo. Es decir, el Yo es operador de la personalidad, que reprime al Ello y mantiene las relaciones con el mundo exterior.

El Súper Yo es la última instancia de la personalidad que se desarrolla que resulta de la interacción con los padres durante un largo período de la infancia. El Súper Yo lucha por la perfección, buscando soluciones moralistas más que realistas.

Para Freud en síntesis, la personalidad contiene fuerzas diversas en un conflicto inevitable, intentando explicar el hecho de que los seres humanos no siempre pueden afrontar todas las situaciones. Pero pese a que el concepto de personalidad freudiano parece ser una estructura acabada, en esencia es entendida como un producto del desarrollo⁷.

Murray habla de la personalidad refiriéndose al hombre como un animal motivado, guiado por siete principios: Preponderancia, Motivación, Longitudinal, Procesos Fisiológicos, Abstracto, Singularidad, Concepto de Papel.

Murray toma al cerebro como parte nuclear de la personalidad, ya que el hombre está motivado por reducir la tensión de su vida generada por la presión del ambiente y considera que la historia de la personalidad es la personalidad misma, cada hombre es único a partir de esa historia, y vivencia, es decir las muchas formas de expresar su personalidad.

Carl Jung expresa en su teoría una lucha por el equilibrio entre polaridades Ego-yo, las cuales deben estar alineadas y bien soportadas por partes iguales de las funciones mentales las cuales a su vez están rodeadas por arquetipos, las funciones mentales se irán extendiendo a lo largo de la vida, irán creciendo, y harán más fácil mantener el equilibrio en el sistema.

Las teorías psicoindividuales -psicosociales son elaboradas por Adler, Horney y Moreno. Adler habla de la lucha perseverante del hombre por alejarse

7 ENGLER., Op. Cit.,p. 40.

de sus sentimientos de inferioridad y alcanzar la superioridad, lo cual se da a través de varias etapas de la vida, como escalones que tienen como final una meta la cual motiva el curso del ascenso en la vida del individuo.

Horney habla de seis principios y tres tipos de maniobras neuróticas, los principios son: optimismo- positivismo, sociedad- cultura, estructura de carácter, concepto de yo, complementación- conflicto y autoanálisis. Horney señala que a través del roce social y el contacto o interacción con el otro, se da como producto la personalidad.

Moreno a su vez habla de que la personalidad es la forma en que se asume o se representa un rol en un medio social, donde cada actor tiene su particularidad en esencia dada por una triada central espontaneidad, creación y preservación cultural.

Las corrientes integradoras del yo biosociales, representadas por Allport, quien nos habla de su teoría a partir de una definición de personalidad basada en la trascendencia del conceptualismo, invocando ir más allá que la suma de sus partes, el hombre es unicidad. La personalidad para Allport, es la lo que hace que el hombre difiera de los demás, es su forma de supervivencia.

Carl Rogers, psicólogo humanista, sostenía que “cada individuo existe en el centro de un campo fenoménico. En la psicología, la fenomenología ha llegado a significar el estudio de la conciencia y la percepción humana”⁸. La fenomenología enfatiza que lo que es importante no es el objeto o el evento por sí mismo, sino la forma como lo percibe y entiende el individuo. Así, el campo fenoménico se refiere a la suma total de experiencias, consiste en todo lo que está disponible en forma potencial para la conciencia en cualquier momento específico.

Rogers señala que el mejor punto de vista para entender a un individuo es el del propio sujeto. El individuo es el único que puede conocer por completo su campo de experiencia, pero no siempre es fácil entender la conducta desde el marco de referencia de otra persona, se está limitando a la percepción

8 Ibid. 325

consciente y comunicación de experiencias del individuo. Pero un entendimiento empático de las experiencias de una persona es útil para entenderla y por consiguiente para comprender los procesos de la personalidad.

Murphy ve el hombre como un ser biológico que forma su personalidad a través del surgimiento de lo fisiológico, lo psicológico y sociológico de la conducta que aprende de un medio y luego interactúa con él, para lograr una personalidad socializada.

Skinner, teórico conductista, desarrolló una psicología que no se concentra en una persona sino en variables y fuerzas en el ambiente que influyen en ella y que pueden ser observadas de manera directa. Para Skinner, el término "personalidad" era superfluo ya que la conducta manifiesta puede ser comprendida por completo en términos de respuestas a factores en el ambiente. Entender o explicar la conducta en términos de estructuras internas como la personalidad o un Yo es hablar en término de ficciones, debido a que estos no son muy útiles, porque son presentados en forma que no pueden observarse directamente, y difícil deducir definiciones operacionales de estos, y es casi imposible desarrollar medios sistemáticos y empíricos para probarlos. "En vez de ello, Skinner sugirió concentrarse en las consecuencias ambientales que determinan y mantienen la conducta de un individuo, se puede considerar a la persona como si estuviera vacía y observar como los cambios en el ambiente afectan la conducta del individuo"⁹.

Arnold A. Lazarus representa a los teóricos cognoscitivos - conductuales y señala que la personalidad está formada por siete modalidades: conducta, afecto, sensación, imaginación, cognición, procesos interpersonales y fármacos (Basic — Id). Sostiene que cada persona es un producto de la historia genética, el ambiente y el aprendizaje. Lazarus afirma que las personas tienden a favorecer alguna modalidad del Basic Id, pudiendo notarse a lo largo del tiempo una tendencia a valorar ciertos patrones de respuesta. "La totalidad de hábitos que conforman la personalidad entonces, son adquiridos a través de la genética, pero también por medio de la asociación y el condicionamiento"¹⁰.

9 Ibid.,p. 210.

10 Ibid.,p. 438.

George Kelly, teórico de la personalidad de corriente cognitiva, se basa en el **alternativismo constructivo** que consiste en la suposición de que cualquier evento está abierto a una variedad de interpretaciones. El mundo en sí y por sí mismo, no tiene sentido para el individuo en forma automática, lo que lo lleva a crear sus propias formas de entender los acontecimientos que suceden. En efecto, no hay una realidad fuera de la interpretación de la realidad.

Para entender el mundo, el individuo desarrolla constructos o patrones que lo hacen significativo, ve el mundo a través de patrones o plantillas transparentes de su propia creación. Ningún constructo o patrón es significativo o un reflejo perfecto del mundo, siempre hay un constructo alternativo que podría servir mejor para explicar los hechos que se perciben. Por tanto la posición del individuo en el mundo es de **alternativismo constructivo**, ya que cambia o revisa sus constructos para entenderlo con mayor precisión¹¹.

Maslow desarrolla la teoría humanista y considera que la personalidad se da a través de la motivación por el crecimiento y lo plasma a través de una jerarquía de prioridades de necesidades: fisiológicas, de seguridad, de pertenencia, de amor, de estima de si mismo y de autorrealización.

Las teorías Psicoestadísticas a partir de Eysenck habla de la personalidad como la suma de cuatro patrones de conducta, el cognoscitivo, el conativo, el afectivo y el somático, los cuales están determinados por la herencia y el ambiente. Eysenck asegura que la personalidad es heredada y le da un valor del 75% al aspecto genético, sustentándolo según la corteza cerebral y el arousal¹².

Corteza cerebral: Actúa para controlar, abolir y censurar actividades de los centros inferiores, dentro de esta se encuentra el nivel de excitación.

Arousal: Aumento en la complejidad de la cantidad de información que recibe la organización nerviosa, que se manifiesta por la descronización de los informes recibidos a partir del cerebro.

11 PERVIN., op. Cit, p. 409.

12 LEDFORD., Bischof. Interpretación de las teorías de la personalidad, s.p.i. p. 24.

Las causas biológicas actúan de forma que predisponen al individuo a responder de cierta manera a la estimulación ambiental, pero el tipo de conducta que va a aparecer depende del medio en que se encuentra el sujeto.

Eysenck en su teoría nemotética personal del estudio de la personalidad a través del modelo factorial busca variables intermedias que puedan explicar las diferencias de las conductas en situaciones similares, junto con las consecuencias de las conductas.

Eysenck define la personalidad como la suma total de patrones conductuales y potenciales del organismo, determinados por la herencia y por el medio social; se origina y desarrolla a través de la interacción funcional de cuatro factores principales dentro de los cuales están organizados estos patrones de conducta: El sector cognoscitivo (inteligencia), el sector conativo (carácter), el sector afectivo (temperamento), y el sector somático (constitución)¹³.

El modelo jerárquico de la personalidad de Eysenck, habla de una estructura de cuatro niveles de organización del comportamiento¹⁴:

- Reacciones, respuestas o acciones específicas: (Plano inferior) Se trata de comportamientos que se observan una sola vez, en situaciones experimentales o cotidianas y pueden ser características o no del individuo.
- Hábitos: Se trata de componentes que revelan una cierta estabilidad en situaciones análogas de vida cotidiana, en el individuo, es decir, hay respuestas análogas en situaciones diferentes pero con cierta semejanza.
- Rasgos de la personalidad: Son los constructores teóricos resultantes de interrelaciones o de relaciones de diversos hábitos de características como: exactitud, perseverancia, rigidez, entre otras.

5.- LA TEORIA DE LOS RASGOS Y RAYMOND CATTELL

Raymond Cattell publicó cuatro obras importantes: *The Description and Measurement of Personality* (1946), *An Introduction to Personality Study*

13 CUELI, José. *Teorías de la Personalidad*. México; Trillas, 1990, p. 515.

14 MODELO JERÁRQUICO de la personalidad de Eysenck.

(1949), *Personality, a Systematic, Theoretical, and Factual Study* (1950), and *Personality and Motivation Structure and Measurement* (1957) para sustentar una teoría enfocada en la personalidad y 16 factores que la enmarcan.

La Personalidad según Cattell.

Cattell afirma que la personalidad permite predecir lo que hará una persona en una determinada situación. En el concepto de personalidad de Cattell, se habla de rasgos, como una estructura mental que se obtiene de la observación coherente de un determinado comportamiento; se compone de rasgos únicos individuales y comunes poseídos por todos los que conviven ciertas experiencias, de rasgos superficiales y de rasgos originarios. Estos últimos son la base del comportamiento y son identificables mediante el análisis factorial¹⁵. Para Cattell la personalidad es la determinante de la conducta en una situación dada. El componente básico de la personalidad son los rasgos.

Tous (1986) afirma „que toda la primera fase de la investigación de Cattell está basada en un estudio taxonómico de los rasgos cuyo objetivo es evitar o por lo menos poner orden en la confusión que existía en la conceptualización de la personalidad“. Cattell pensaba que hay una estructura de la personalidad subyacente al lenguaje que describe los rasgos. Por ese motivo creyó oportuno acudir al vocabulario que previamente habían elaborado Allport y Odbert.

Cattell tenía la idea de que el lenguaje debía proporcionar la información sobre las características del ser humano, como consecuencia debían escogerse éstas de entre los múltiples adjetivos y nombres en los que categorizamos los comportamientos.

Así, al tomar las 4.000 palabras del vocabulario, pretendió identificar los componentes más relevantes de la conducta humana y, a partir de ello, generar escalas que permitieran evaluarlos.

Cattell hace una distinción entre lo que denomina rasgo peculiar y rasgo común, el primero sería característico de un sólo individuo y el segundo de un patrón del que los sujetos diferirían más en grado que en forma. Esta idea

15 CATELL, Raymond. El análisis científico de la personalidad y la motivación, s.p.i. p. 36.

también la apoya B. Sandín y P. Chorot (1990), afirmando que „por rasgos comunes, Cattell entiende aquellos que se presenta en todos los individuos, manifestándose en éstos de forma más o menos semejante... por ejemplo, la extraversion y la ansiedad. Los rasgos únicos son mucho más específicos, difícilmente pueden encontrarse en varios sujetos y generalmente son dotes o rasgos dinámicos“. (B. Sandín y P. Chorot, 1990). Estos autores hablan también de una clasificación de Cattell en rasgos temperamentales, rasgos de habilidad y rasgos dinámicos. El rasgo temperamental es un rasgo estilístico, en el sentido de que se refiere al ritmo, forma, persistencia, etc. y abarca gran variedad de respuestas específicas.

El rasgo de habilidad se refiere a la capacidad para desarrollar una determinada tarea. El rasgo dinámico se refiere a motivaciones, intereses o actitudes.

Cattell distingue entre rasgos normales o rasgos anormales o patológicos. Realiza una distinción entre rasgos primarios y secundarios, esta última clasificación posee una gran relevancia, ya que los 16 factores del 16PF son rasgos primarios y los obtenidos tras la factorización de los 16 primeros y que, en el 16PF, se denominan con la letra “Q” seguida de un número romano, son los rasgos secundarios o de segundo orden.

Cattell utiliza el método del análisis factorial, para darle status científico a la psicología, junto con Galton y Pearson resaltan la necesidad de introducir el análisis estadístico en el estudio de las características de personalidad. Para ello es necesario un proceso inductivo-hipotético-deductivo que permite construir teorías. La ruta seguida es de un proceso en espiral, donde se empieza en un primer momento con la observación, la cual provocaría un experimento. Luego con el razonamiento inductivo se captaría alguna regularidad que permitan formular hipótesis (deducción de consecuencias derivadas del experimento o la observación), y a partir de ahí llegar a otra observación o experimento que mediante inducción permita expresar nuevas hipótesis. Es un proceso que se repite, con el cual cada vez se posee mayor conocimiento sobre un determinado aspecto. Cattell considera que tan sólo los experimentos multivariados permiten a los investigadores analizar e interpretar adecuadamente un comportamiento complejo.

6. MODELO DE PERSONALIDAD DE CATELL.

Cattell inició sus trabajos de investigación en psicología en la década de 1920 y consideró que el estudio de la personalidad estaba dominada por las ideas, teórica e intuitiva, con poca base de la investigación. Cattell creía en un punto de vista empírico que “Si hay algo que realmente existió, que existe en una cierta cantidad y por lo tanto se puede medir.” Cattell encontró que los conceptos utilizados por los teóricos psicológicos tempranos tendieron a ser subjetiva y mal definidos. Por ejemplo, después de examinar más de 400 estudios publicados sobre el tema de “ansiedad” en 1965, Cattell señaló que los estudios mostraron significados diferentes que se utilizan para tratar la ansiedad y diferentes formas de medirlo, que los estudios no pudieron incluso ser integrados.

Los primeros teóricos de la personalidad tienden a dar poca evidencia objetiva o bases de investigación para sus teorías. Cattell pensaba que la psicología debía tener métodos como las otras ciencias, en los que una teoría puede ser probada de forma objetiva que pueda ser entendida y replicada por otros. Cattell consideraba que: *“La psicología parecía ser una jungla de conceptos confusos, contradictorios y arbitraria. Estas teorías pre-científicas, sin duda, ofrecieron aportaciones que todavía superan en el refinamiento lo defendido por psiquiatras o psicólogos hoy. ¿Pero quién sabe, entre las muchas ideas brillantes que se ofrecen, que son verdaderas? Algunos afirman que las declaraciones de un teórico son correctas, pero otros favorecen los puntos de vista de otros. Entonces no hay forma objetiva de la clasificación de la verdad, sino por la investigación científica”* (Cattell 1969).

Cattell sistematizó el campo de la ciencia de la conducta, en sus diversas facetas, en una ciencia real basada en principios empíricos, replicables y universal, realizó un estudio sistemático para la búsqueda básica del conocimiento científico, y la necesidad de aplicar la ciencia para el beneficio de todos.

Investigación multivariada

Cattell fue pionero en el uso de un enfoque multivariado para psicología pues en lugar de perseguir un enfoque de investigación “univariado”, se busca el estudio del efecto de una variable sobre la otra variable. Él creía que las dimensiones conductuales eran demasiado complejas e interactivas para

comprender una dimensión de forma aislada. El enfoque univariado clásico requiere a un individuo en una situación artificial de laboratorio y se mide el efecto de una variable en particular en otro, mientras que el enfoque multivariado permitió a los psicólogos estudiar a toda la persona y su combinación única de características en un entorno natural. Los análisis multivariados eran adecuados para el estudio de situaciones del mundo real que no podían ser manipuladas en un laboratorio.

Cattell investigó la aplicación multivariada para tres dominios: los rasgos de la personalidad o el temperamento, los rasgos motivacionales o dinámicos, y las diversas dimensiones de habilidades. En cada una de estas áreas, dijo que debe haber un número finito de elementos básicos unitarios que se pudieran identificar. Se hizo una comparación entre estos, los rasgos fundamentales que subyacen a los elementos básicos del mundo físico que se descubrió y se presenta en la tabla periódica de los elementos.

7.- EL ANÁLISIS FACTORIAL

Cattell señala que ciencias como la química, la física, la astronomía y la medicina, han desarrollado nuevos instrumentos para mejorar la observación científica y la medición. En la década de 1920, Cattell estudió con Charles Spearman, que estaba desarrollando la nueva técnica psicométrica del análisis factorial, las dimensiones básicas y la estructura de las capacidades humanas. El análisis factorial se convirtió en una herramienta para descubrir las dimensiones básicas detrás de una confusa serie de variables de superficie en un dominio particular.

El factor de análisis se basa en el desarrollo anterior del coeficiente de correlación, que mide el grado en que dos variables están relacionadas. El análisis factorial realiza complejos cálculos de los coeficientes de correlación entre una multitud de variables de un dominio en particular, para determinar los factores unitarios básicos en el trabajo detrás de las variables superficiales de la conducta que se encuentran en ese dominio.

Con Spearman explora el número y la naturaleza de las habilidades humanas. Cattell postula que el análisis de factor podría ser aplicado a otras áreas

más allá del dominio de las habilidades. En particular, Cattell estaba interesado en explorar las dimensiones básicas y la estructura de la personalidad humana. Por ejemplo, se dijo que si se aplicaron un análisis factorial para una amplia gama de medidas de funcionamiento interpersonal, se podrían identificar las dimensiones básicas en el dominio de la conducta social. Por lo tanto, el análisis de factor podría ser utilizado para descubrir las dimensiones fundamentales detrás del gran número de comportamientos aparentes de la superficie y luego facilitar la investigación más eficaz en esta área.

Con el fin de aplicar el análisis factorial de la personalidad, Cattell creía necesario tomar muestras de la más amplia gama de variables. Precisó tres tipos de datos para la toma de muestras completo, para captar toda la gama de dimensiones de la personalidad:

- Datos de la vida, que consiste en la recogida de datos a partir de los comportamientos de las personas naturales, la vida cotidiana, la medición de sus patrones de comportamiento característicos en el mundo real.
- Datos experimentales que implica reacciones a situaciones experimentales creados en un laboratorio donde el comportamiento de sujetos se observa objetivamente y se mide.
- Datos del cuestionario, lo que implica respuestas basadas en la introspección del individuo sobre su propia conducta y sentimientos. Se encontró que en este tipo de preguntas directas, a menudo, se mide estados internos sutiles y puntos de vista que pueden ser difíciles de ver o medir en la conducta externa.

Para que una dimensión de la personalidad, se llamara “fundamental y unitaria”, Cattell creía que había que encontrarla en los análisis factoriales de los datos de estos tres dominios. Por lo tanto, las medidas de personalidad de Cattell fueron construidas de una amplia gama de características en cada medio. Luego realiza repetidamente el factor de análisis de los datos.

Los estudios analíticos de los factores de Cattell continuaron durante varias décadas y con el tiempo se determinó los 16 factores fundamentales que subyacen en la personalidad humana. Decidió nombrar estos rasgos con las letras, a fin de evitar confusión con el vocabulario y los conceptos existentes. Los estudios de factor-analíticos por muchos investigadores en diversas culturas de todo el mundo han validado el número y el significado de estos rasgos.

Cattell se dedicó a desarrollar pruebas para medir estas características a través de diferentes rangos de edades, como el Cuestionario de Personalidad Factor 16 para los adultos, el Cuestionario de Personalidad Adolescente, y el Cuestionario de Personalidad para Niños.

Cattell razonó que, como en otros campos científicos como la inteligencia, podría haber un mayor nivel adicional, de la organización dentro de la personalidad que proporcionaría una estructura para los muchos rasgos principales. Luego de analizar los 16 rasgos primarios, se encontró con cinco “de segundo orden” o factores globales, ahora conocido como el Big Five. Estos rasgos de segundo orden o globales eran amplios, dominios generales de comportamiento, que proporcionan sentido y la estructura de los rasgos principales. Por ejemplo, la Extraversión rasgo mundial surgió a partir de los resultados analíticos de factores constituidos por los cinco rasgos principales que eran interpersonal.

La Extraversión global está fundamentalmente relacionado con los rasgos principales que se reunieron en el análisis de factores para definir Extraversión, y, que se mueve en la dirección opuesta. El dominio de Extraversión dio un significado conceptual y la estructura de estos rasgos primarios, la identificación de su enfoque y la función en personalidad. Estos dos niveles de la estructura de la personalidad se pueden utilizar para proporcionar una comprensión integrada de toda la persona. Con los rasgos globales se da una visión general de los individuos que funcionan de una manera a grandes rasgos, y las puntuaciones más específicas de los rasgos primarios proporcionan una imagen detallada de las personas y de las combinaciones de rasgos únicos.

La investigación sobre los 16 rasgos básicos ha demostrado ser útil en la comprensión y la predicción de una amplia gama de comportamientos de la vida real. Por ejemplo, los rasgos se han utilizado en los centros educativos para estudiar y predecir cosas como la motivación de logro, el estilo de aprendizaje o estilo cognitivo, la creatividad y las opciones de carrera compatibles. En entornos de trabajo o empleo para predecir el estilo de liderazgo, habilidades interpersonales, la creatividad, la conciencia, el manejo del estrés, y la propensión a los accidentes. En los centros médicos para predecir la propensión a un ataque al corazón, las variables de control del dolor, es probable el cumplimiento de las indicaciones médicas, o el patrón de recuperación de quemaduras

o trasplantes de órganos. En la práctica clínica para predecir la autoestima, necesidades interpersonales, tolerancia a la frustración, y la apertura al cambio, y, en entornos de investigación para predecir una amplia gama de dimensiones, como la agresión, la conformidad y el autoritarismo.

Conceptualización

La teoría factorial/rasgos, R. B. Cattell desarrolla un modelo de 16 factores de la personalidad. Considera que la personalidad es un conjunto de rasgos que tiene carácter predictivo sobre la conducta, que es un constructo constituido por partes (los rasgos) y que es una estructura única y original para cada individuo. El objetivo primordial de Cattell es hacer una clasificación de las conductas y hallar una unidad de medida en personalidad, valiéndose del análisis factorial para encontrar sus elementos estructurales básicos. Según Cattell, tales elementos son los rasgos, que representan las tendencias particulares de respuesta. Estos pueden ser de tipo físico, fisiológico, psicológico o sociológico, y son producto de la mezcla entre herencia y ambiente. Luego de la factorización de datos provenientes de diferentes fuentes (historia del individuo, DV; datos de cuestionarios, DC; y datos de test objetivos, DT) logra delimitar y definir una estructura de 16 factores o dimensiones de personalidad.

Estos factores se suponen independientes y bipolares. El modelo incluye factores relacionados con la: sociabilidad (A, F), emocionalidad (C, H, O, Q4), aptitudes básicas (B, M), responsabilidad (G, N, Q3) y con independencia al grupo (E, I, L, Q1, Q2).

Los estudios factoriales de segundo orden arrojaron inicialmente una estructura de cuatro grandes factores secundarios (Marth y Newman, 1994): QI (Ansiedad baja-Ansiedad alta), QII (Introversión-Extraversión), QIII (Poca-Mucha socialización controlada) y QIV (Pasividad-Independencia). El primero de ellos remite a la reactividad afectiva del individuo, el segundo a su grado de sociabilidad, el tercero a la aceptación y seguimiento de normas establecidas, y el cuarto al grado de dependencia al grupo.

Los 16 factores primarios y los de segundo orden, configuran el Cuestionario de Personalidad de los 16 Factores de Cattell, 16PF (Cattell, 1985).

FACTORES QUE COMPONEN EL 16PF

Factor	Nombre	Rasgo
A	Sizotimía - Afectotimía	Retraído - Sociable
B	Inteligencia baja - Inteligencia alta	Concreto - Abstracto
C	Poca fuerza del ego - Mucha fuerza del ego	Perturbable- Estable
E	Sumisión - Dominancia	Débil - Dominante
F	Desurgencia - Surgencia	Sobrio - Entusiasta
G	Poca fuerza del superego - Mucha fuerza del superego	Despreocupado-Escrupuloso
H	Trectia - Parmia	Inhibido - Desinhibido
I	Harria - Premsia	Insensible - Impresionable
L	Alaxia - Protención	Confiable - Suspica
M	Praxernia - Autia	Convencional - Imaginativo
N	Sencillez - Astucia	Sencillo - Astuto
O	Adecuación imperturbable - Tendencia a la culpabilidad	Apacible - Preocupado
Q1	Conservadurismo - Radicalismo	Conservador - Crítico
Q2	Adhesión al grupo - Autosuficiencia	Dependiente - Autosuficiente
Q3	Baja integración - Mucho control de la autoimagen	Autoconflictivo - Controlado
Q4	Poca tensión érgica - Mucha tensión érgica	Relajado - Tenso

Posteriores estudios de actualización del modelo y del instrumento de Cattell han replicado la estructura primaria de 16 factores y han extraído una

estructura de segundo orden, compuesta por cinco factores (Cattell y Cattell, 1995; Vansickle y Conn, 1996). Es así como la última versión del 16PF, conocida como 16PF-5 (Russell y Karol, 1995), contempla la evaluación de cinco dimensiones secundarias de la personalidad (Extraversión, Ansiedad, Dureza, Independencia y Autocontrol).

En esta versión, la dimensión “Extraversión” equivale al factor QII (Introversión-Extraversión), “Ansiedad” al factor QI (Ansiedad baja-alta), “Independencia” al factor QIV (Pasividad-Independencia), y “Autocontrol” al factor QIII (Poca-Mucha socialización controlada).

La dimensión “Dureza”, no incluida en la primera versión, encuentra una descripción similar a la del factor I (Harria/Premia) del instrumento original. El modelo metodológico-conceptual de Cattell ha dado base para estudios léxicos de la personalidad (como los modelos de cinco factores), y el de Eysenck para estudios de corte psicobiológico.

Características del test

El Cuestionario Factorial de Personalidad, 16PF-5, es un instrumento de medida de espectro amplio de personalidad para adolescentes mayores de 16 años y adultos que tiene como finalidad la apreciación de dieciséis rasgos de primer orden (o escalas primarias de personalidad) y cinco dimensiones globales de personalidad (antes factores de segundo orden). Las dimensiones globales resumen la interrelación entre los rasgos primarios y permiten una perspectiva de la personalidad más amplia que encaja bien con el modelo de los “Big Five”.

Los dieciséis rasgos primarios que evalúa son: Afabilidad (A), Razonamiento (B), Estabilidad (C), Dominancia (E), Animación (F), Atención a las normas (G), Atrevimiento (H), Sensibilidad (I), Vigilancia (L), Abstracción (M), Privacidad (N), Aprensión (O), Apertura al cambio (Q1), Autosuficiencia (Q2), Perfeccionismo (Q3) y Tensión (Q4).

Las cinco dimensiones globales de personalidad son:

Extraversión (Ext), Ansiedad (Ans), Dureza (Dur), Independencia (Ind) y Auto-control (AuC).

La comprensión de los constructos se facilita mediante una descripción a través de adjetivos de los polos o decátipos altos (+) o bajos (-). Incluye además tres medidas para evaluar estilos de respuesta para controlar los sesgos en las respuestas: Manipulación de la imagen (MI), Infrecuencia (IN) y Aquiescencia (AQ).

El instrumento consta de 185 ítems con tres alternativas de respuesta (dos extremos y una alternativa intermedia señalada siempre con un interrogante"?) con las que se obtienen las puntuaciones de las 16 escalas primarias, los tres índices de estilos de respuesta y las dimensiones globales. La aplicación puede ser individual o colectiva con una duración de entre 40 y 45 minutos.

DESCRIPCIÓN DE LOS RASGOS PRIMARIOS

- **Afabilidad**. Se refiere a la tendencia que va desde ser una persona social e interpersonalmente reservada hasta estar cálidamente implicada.
- **Razonamiento**. Capacidad del individuo para resolver problemas. Esta escala no es un rasgo de personalidad, sin embargo se conoce que el estilo cognitivo es una variable moduladora de las variables de personalidad.
- **Estabilidad**. Es el estilo de afrontamiento de los problemas cotidianos de la vida y sus retos
- **Dominancia**. Se refiere a la tendencia a ejercer la voluntad de uno mismo sobre la de los demás
- **Animación**. Evalúa el grado de espontaneidad y sociabilidad del individuo frente a la seriedad y la inhibición de la espontaneidad.
- **Atención a las normas**. Mide el grado en que las normas culturales de lo correcto/incorrecto se han interiorizado y se emplean para gobernar la conducta humana (Cattell, 1970).
- **Atrevimiento**. Evalúa el grado de atrevimiento, seguridad en las relaciones sociales y carácter emprendedor del individuo frente a la timidez y retraimiento social.
- **Sensibilidad**. Evalúa el grado de empatía, sentimentalismo y gusto por lo estético
- **Vigilancia**. Evalúa el grado de suspicacia, escepticismo, desconfianza frente al polo contrario.

- **Abstracción.** Evalúa si el individuo está más orientado a los procesos mentales e ideas que a los aspectos pragmáticos y realistas.
- **Privacidad.** En esta escala se pretende medir la tendencia a la naturalidad y apertura del individuo frente a la tendencia a la privacidad de las emociones.
- **Aprensión.** Los ítems de la escala pretenden medir el grado de seguridad y despreocupación del individuo frente a la inseguridad, preocupación y aprensión.
- **Apertura al cambio.** Los ítems de esta escala pretenden diferenciar a individuos tradicionales y apegados a lo familiar frente a aquellos de mentalidad abierta y analítica, innovadores
- **Autosuficiencia.** Se refiere al mantenimiento del contacto o proximidad de los otros 7 frente al individualismo.
- **Perfeccionismo.** En esta escala se pretende medir la flexibilidad y tolerancia con el desorden y las faltas frente a la organización y la disciplina.
- **Tensión.** Esta escala está asociada con la tensión nerviosa, impaciencia e intranquilidad.

CONCLUSIONES

1. Para Cattell la personalidad es un conjunto de rasgos que tiene un carácter predictivo sobre la conducta, que es un constructo constituido por los rasgos y que es una estructura única y original para cada individuo. Cattell plantea en su construcción teórica realizar una clasificación de las conductas y determinar una unidad de medida en personalidad, para lo cual utiliza el análisis factorial para identificar sus elementos estructurales básicos. Cattell considera que estos elementos son los rasgos, que representan las tendencias particulares de respuesta.
2. Los rasgos pueden ser de tipo físico, fisiológico, psicológico o sociológico, y son producto de la mezcla entre herencia y ambiente. Para encontrar estos rasgos utiliza diferentes fuentes como son las historias de vida del individuo, datos de cuestionarios; y datos de test objetivos. Estos datos son sometidos a un proceso de factorización. Cattell luego de este análisis logra delimitar y definir una estructura de 16 factores o dimensiones de personalidad. Cattell considera que estos factores son independientes y bipolares.

3. El modelo incluye factores relacionados con la sociabilidad (A, F), con emocionalidad (C, H, O, Q4), con aptitudes básicas (B, M), con responsabilidad (G, N, Q3) y con independencia al grupo (E, I, L, Q1, Q2). Los estudios factoriales de segundo orden permitieron identificar una estructura de cuatro grandes factores secundarios: QI (Ansiedad baja-Ansiedad alta), QII (Introversión-Extraversión), QIII (Poca-Mucha socialización controlada) y QIV (Pasividad-Independencia). El primero de ellos se relaciona con la reactividad afectiva del individuo, el segundo a su grado de sociabilidad, el tercero a la aceptación y seguimiento de normas establecidas, y el cuarto al grado de dependencia al grupo.
4. Los 16 factores primarios y los de segundo orden, son conocidos como el Cuestionario de Personalidad de los 16 Factores de Cattell, 16PF, que es considerado como uno de los instrumentos de evaluación psicológica más utilizados.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

- Aiken, L. R. (1993). *Personality. Theories, research, and applications*. N.J.: Prentice Hall.
- Aiken, L. R. (1996). *Test psicológicos y evaluación*. México: Prentice Hall.
- Allport, G. (1937). *Personality: A psychological interpretation*. New York: Holt.
- Allport, G. (1956). *Becoming: Basic considerations for a psychology of personality*. Barcelona: Herder.
- Allport, G. (1966). *La personalidad. Su configuración y desarrollo*. Barcelona: Herder.
- Allport, G. (1970). *Psicología de la personalidad*. Buenos Aires: Paidós.
- Aluja, A. y Blanch, A. (2002a). Análisis descriptivo y comparativo del 16PF-5 en muestras americanas y españolas. *Boletín de Psicología*, 74, 27-38.
- Aluja, A. y Blanch, A. (2002b). Relaciones entre la estructura del 16PF-5 y el modelo de cinco grandes factores de personalidad. *Boletín de Psicología (Valencia)*, 75, 7-18.

- Cattell, R. (1969). Naturaleza y medición de la angustia. En G. Lindzey (Ed), Teorías de la personalidad. México: Limusa
- Cattell, R. (1972). El análisis científico de la personalidad. Barcelona: Fontanella.
- Cattell, R. (1977). El análisis científico de la personalidad y la motivación. Madrid: Pirámide.
- Cattell, R. (1985). 16PF, Cuestionario de personalidad para Adultos. Manual. Madrid: TEA.
- Cattell, R. & Cattell, H. (1995). Personality Structure and the New Fifth Edition of the 16PF. Educational and Psychological Measurement, 55 (6), 926-937.
- Cattell, R. B. (1983): Structured Personality-Learning Theory, N.Y. Praeger
- Cattell, R. B. (1984): Human Motivation end the Dynamic Calculus, N.Y. Praeger.
- Cattell, R.B. & Johnson, R.C. (1984) Functional Psychological testing: Principles and instruments, N.Y. Brunner-Mazel,
- Cloninger,R.(1994).Temperament and personality.Current opinion in neurobiology.4,266-273.
- Freud, Sigmund (1921). "Psicología de las masas y análisis del yo"
- Colom, R. (1998). Psicología de las diferencias individuales: Teoría y práctica. Madrid: Pirámide.
- Eysenck, H., J. (1959). El estudio científico de la personalidad. Buenos Aires: Paidós.
- Eysenck, H., J. (1970a). Fundamentos biológicos de la personalidad. Barcelona: Fontanella.
- Eysenck, H., J. (1970b). The structure of human personality. London: Methuen & Co. Ltd.
- Eysenck,H.,J.y Eysenck,S., B.(1994).EPI.Cuestionario de Personalidad. Manual. Madrid: TEA.
- Eysenck, Hans (1986). *Dimensions of Personality*. Estados Unidos: Transaction pub..
- Freud, S. (1922). Una teoría sexual y otros ensayos. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Freud, S. (1977). Introducción al psicoanálisis. Madrid: Alianza.

- Freud Sigmund “Tótem y Tabú” (1912-13). Obras Completas de Sigmund Freud-Tomo V,
- Gordon, Allport *La personalidad: su configuración y desarrollo*. Barcelona: Herder. ISBN 84-254-0421-5.
- Jung, C. G. (1936). Tipos psicológicos. Buenos Aires: Sur.
- Jung, C. G. (1977). *The development of personality*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Kretschmer, E. (1961). *Constitución y carácter: Investigaciones acerca del problema de la constitución y de la doctrina de los temperamentos*. Buenos Aires: Labor.
- Lluís, J. M. (2002). Personalidad: Esbozo de una teoría integradora. *Psicothema*, 14(4), 693-701.
- Marth, J. y Newman, I. (1994). The second-order factor structure of the 16PF: A four factor solution. Annual meeting of the midwestern educational research association conference. Chicago.
- McCrae, R. R. y Costa, P. (1987). Validation of the five-factor model of personality across instruments and observers. *Journal of Personality and Social Psychology*, 52, 81-90.
- McCrae, R. R. y Costa, P. (1990). *Personality in adulthood*. New York: Guilford Press.
- McCrae, R. R. y Costa, P. (1997). Personality trait structure as a human universal. *American Psychologist*, 52, 509-516.
- Pavlov, I. (1936). *Los procesos del sistema nervioso*. Bogotá: Revista Jurídica.
- Pelechano, V. (1996). *Psicología de la personalidad. Teorías*. Barcelona: Ariel.
- Pervin, L. (1998). *La ciencia de la personalidad*. Madrid: Mc Graw Hill.
- Pervin, L., John, O. (1998). *Personalidad: Teoría e investigación*. México: Manual Moderno.
- Pueyo, A. (1997). *Manual de psicología diferencial*. Madrid: McGraw Hill.
- Merton, R.K (1962) “Anomia e interacción social”, en Clinard M.B. (24), pág.201-226.
- Polaino-Llorrente, Aquilino; Cabanyes Truffino, Javier; del Pozo Armentia, Araceli (2003). «Introducción a los principales modelos teóricos de la personalidad». *Fundamentos de psicología de la personalidad*. Madrid: Rialp.

- Roccas, S., Sagiv, L., Schwartz, S. y Knafo, A. (2002). The Big Five Personality Factors and personal values.
- Russell, M. T. y Karol, K. L. (1995). 16 PF-5. Manual. Madrid: TEA
- Sáiz, Milagros (2009). «La psicología científica británica». *Historia de la psicología*.
- Seoane, Julio. «Hacia una biografía del self» (PDF). *Boletín de Psicología* (Universidad de Valencia)
- Schultz, D. (2002). Teorías de la personalidad. México: Thompson.
- Seisdedos, N. (1986). 16PF. Monografía técnica. Madrid: TEA.
- -Sheldon, W. (1960). Las variedades del temperamento: Psicología de las diferencias constitucionales. BuenosAires: Paidós.
- Spearman, Ch. (1955). Las habilidades del hombre: Su naturaleza y medición. Bs As: Paidós.
- Thurstone, L.L. (1965). Multiple-factor analysis. Chicago: The University Chicago Press
- Zabalegui, Luis (2007). *La medida de la personalidad por cuestionarios*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.
- Wiggins, J. (1996). The five-factor model of personality. Theoretical perspectives. New York: Guilford Press.
- Williams, J.; Satterwhite, R. y Best, D. (1999). Pancultural gender stereotypes revisited: the Five Factor Model.

Historia y Evolución de la enseñanza del Derecho Romano

History and evolution of teaching Roman Law

*Medardo Nizama Valladolid**

*Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política - UNMSM.
Miembro del Comité Directivo de la Revista de Derecho*

SUMARIO: *Introducción.*

I.- Trascendental aporte del Derecho Romano al Perú.

II.- Evolución Histórica de la Enseñanza del Derecho Romano.

2.1 Su enseñanza en la Monarquía.

2.2. Su enseñanza en la República.

2.3. Su enseñanza en el Alto imperio y Bajo imperio.

2.4. Su enseñanza en el período Justiniano.

2.5. Su enseñanza en el Medioevo.

III.- Presencia del Derecho Romano en la Península Ibérica y Latinoamérica.

IV.- Enseñanza y Producción Romanística Peruana.

4.1 Inicio y desarrollo del Derecho romano en el Perú.

4.2. Su enseñanza en San Marcos.

4.3 Producción romanística peruana.

V.- Nuevos métodos de enseñanza y sentido formativo.

5.1 Nuevos métodos de enseñanza.

5.2. Sentido formativo. Conclusiones. Bibliografía.

* Profesor principal e investigador de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Magíster con mención en Derecho Civil y Comercial, UNMSM. Doctor en Derecho por la UNMSM. Miembro actual del Comité Directivo de la Unidad de Investigación y del Comité Directivo de la Unidad de Postgrado. UNMSM., ex -Director de la Unidad de Investigación (2003-2007). Asesor del Taller de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Profesor de las asignaturas de Derecho Romano y Metodología de la Investigación en el Pre-Grado. Profesor de las asignaturas de Metodología de la Investigación Jurídico Social, Seminario de Tesis, Tutoría I, Tutoría II y Pedagogía Universitaria en el Post-Grado. UNMSM.

RESUMEN

Es este un trabajo de actualización histórico – pedagógico – romanista, que pretende ser un documento de consulta acerca de la relación entre la historia y evolución de la enseñanza del Derecho Romano. Se explican algunos de los aportes del Derecho Romano en el Perú. Se comenta la evolución histórica de la enseñanza del Derecho romano: en la monarquía, república; en el Alto y Bajo Imperio; en el periodo Justiniano y en el Medioevo. Asimismo se estudia la presencia del Derecho romano en la península Ibérica y Latinoamérica. Además se deslinda la enseñanza y la producción romanista peruana y comprende el inicio y desarrollo del Derecho romano en el Perú, su enseñanza en San Marcos y un estudio sobre la producción romanista peruana. Por último, se expone el estudio de los nuevos métodos de enseñanza y el sentido formativo de dicha enseñanza.

ABSTRACT

This is a historic renovation work - pedagogical - civil law that pretends to be a consultation document about relationship between history and evolution of Roman law teaching. They explain some contributions of Roman law in Peru. Also we comment the historical evolution of Roman law teaching: in a monarchy, republic; in Upper and Lower Empire; in Justinian period and the Middle Ages. Likewise we study the presence of Roman law in the Iberian Peninsula and Latin America. Besides we desclain teaching and Peruvian roman production and includes the initiation and development of Roman law in Peru , his teaching at San Marcos and a study about Peruvian roman production. Finally, we explain the study of new methods and formation sense of that teaching.

Palabras Claves:

Enseñanza del Derecho Romano, enseñanza histórica romanista.

Key Words:

Roman Law teaching, historical roman teaching

INTRODUCCIÓN

Las páginas siguientes no se han escrito pensando solo en el interés que pueda despertar en los alumnos y principiantes del estudio de nuestra disciplina, sino también en el interés de otros estudiosos como los pedagogos o educadores, historiadores, romanistas, etc., que no pueden dedicar más que un tiempo limitado a su consideración.

Como genuinos pensadores, los romanos escudriñaron la búsqueda en el afán de construir una disciplina, con un amplio dominio teórico y práctico; todo ello unido a un incomparable sentido analítico, para darlo como legado a la posteridad y cuyo fin no es el conocimiento sino la acción.

Fue necesario remontarme a la historia para encontrar en ella la evolución progresiva de la enseñanza del derecho romano. Conocer que su enseñanza en sus inicios fue exclusiva, clasista y secreta, que rápidamente se expandió por la Europa Occidental, para que finalmente llegue hasta nosotros con la pronta colonización del Nuevo Mundo. Tal es la necesidad de su estudio, que sin esta no podríamos comprender el derecho en general.

I.- TRASCENDENTAL APORTE DEL DERECHO ROMANO AL PERÚ

A pesar del nivel o jerarquía que tiene el estudio de los aportes transcendentales (principios, instituciones y fuentes) del Derecho Romano para entender el sentido de nuestra legislación, administración judicial (pública) y la institucionalidad política actual; sin embargo, los actores jurídicos y políticos no le reconocen su interés y provecho, que legítimamente corresponde a dicho estudio. Tales principios e instituciones tienen el carácter de categorías científicas y filosóficas universales; empero, nuestros actores lo perciben como simples concepciones arqueológico- históricas, en desmedro de su verdadero interés y valor de plataforma jurídico-política.

Con el correr de los años el conocimiento del derecho romano, su enseñanza y aplicación de sus principios, instituciones y fuentes han sido estimadas de más a menos habiéndose reducido al estudio de simples categorías históri-

cas. Sin embargo, nuestras principales instituciones jurídicas y políticas peruanas tienen origen latino y que a pesar de los siglos transcurridos aún mantienen sus principales rasgos y características, aun no aprovechadas del todo. Por eso, a través de este estudio pretendemos precisar los aportes trascendentales del derecho romano y su influencia en la formación, estado actual y modernidad (futuro) del derecho peruano. Desde luego conviene apreciar la forma como se relacionan los principios e institucionalidad jurídico-política romana con sus similares del derecho peruano. Nos interesa, pues, evaluar el uso o empleo que han tenido en el Perú no sólo los principios del derecho romano en general, sino también el uso o empleo específico de las instituciones del derecho privado (persona, familia, derechos patrimoniales: res, corpora y iura, etc) y del derecho público (magistrados, senado, asambleas populares, democracia, etc).

Por último, Díaz Lombardo expone que la contribución romana a la teoría del derecho y a la filosofía misma, no fue abundante ya que los romanos fueron eminentísimos prácticos del derecho que interesados en la especulación; se dejaron influenciar por el pensamiento griego, especialmente por la filosofía de los estoicos. Entre ellos podríamos citar a Escipión el Joven, Publio Mucio, Bruto y Manlio, que pusieron los cimientos del Derecho civil y, desde luego, a Quinto Mucio Scaévola, quien fue el primero que trató de sistematizar al Derecho civil¹.

Por lo demás, Lizardo Alzamora² expone que “son dos las consideraciones que demuestran la importancia del estudio del derecho privado de los romanos: 1º que suministran la base de casi todo el derecho civil moderno; y, 2º que está probado que desde la antigüedad, la legislación romana es fuente inagotable de principios legales”³.

1 Cft. González Díaz Lombardo, Francisco Xavier. Compendio de Historia del Derecho y del Estado, página 127

2 Lizardo Alzamora fue catedrático principal de las asignaturas de Derecho Romano, Historia del Derecho Peruano, de Derecho Civil y de Medicina Legal en San Marcos.

3 Ver: Derecho Romano de Lizardo Alzamora, página 13.

II.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ROMANO

Por las razones arriba anotadas el Derecho romano resultaba una materia difícil de aprender y de enseñar. Por ello, se consideró siempre que el derecho es una ciencia jurídica, que no es susceptible de ser aprendida en forma práctica. Requiere de una enseñanza especializada, para dar al estudiantado jurídico los conocimientos necesarios para su entendimiento y aplicación.

A propósito, Giner de los Ríos, decía que los Papas, a principios del siglo XIII habían prohibido la enseñanza del Derecho civil. Igualmente, los Concilios de Letrán y de Thours prohibieron a las órdenes religiosas cursarlos. San Bernardo, se quejaba amargamente del ardor con que el clero no obstante lo seguía. Inocencio IV calificó al derecho como “perjudicial” a la ciencia sagrada. Fue este el mismo espíritu conservador y tradicionalista, que se había opuesto a la introducción a la Física de Aristóteles en la Facultad de Artes⁴.

2.1. Su enseñanza en la Monarquía

La monarquía es el periodo transcurrido desde aproximadamente el 753 hasta el 510 a. C., para cuyo estudio confluyen numerosas leyendas e historias simbólicas, sobre el cual los historiadores crearon relatos incompletos respecto a sus instituciones y forma de enseñanza.

El conocimiento del derecho y su enseñanza, en la monarquía, pertenecían en forma exclusiva a los pontífices y sacerdotes, ciudadanos preclaros pertenecientes a las más altas clases sociales de Roma⁵. De esta manera, la

4 Ver la obra *Pedagogía Universitaria*, de Francisco Giner de los Ríos, página 257 ...

5 Rómulo (753-715) fundó el senado y los comicios y organizó la ciudad. Le sucedieron Numa Pompilio (715-676 a. C.), el rey sacerdote que fundó los colegios sacerdotales; Tulio Hostilio (673-641) el rey guerrero, debelador de Alba Longa y luchó contra los sabinos; Anco Marcio (641-616 a. C.) el rey urbanista, de quién se dice construyó el puerto Ostia; Lucio Tarquino Prisco (616-578 a. de C.) rey tirano, célebre por sus hazañas militares; Servio Tulio (578-574) el rey organizador; famoso por su nueva Constitución; y, Lucio Tarquino el Soberbio (534-510 a. de C.) séptimo y último rey, derrocado cuando su hijo violó a Lucrecia, esposa de un pariente. Tarquino fue desterrado y los intentos de las ciudades etruscas o latinas de restituirlo en el trono no tuvieron éxito. Ver: *Ley de las XII Tablas*, de César Rascón García y José María García González, página xii.

formación judicial se dio solo a través de los colegios de pontífices, quienes monopolizaron el conocimiento sobre las fórmulas judiciales, las acciones y el calendario de días fastos y nefastos; así como la función jurisprudencial. Y sobre el modo en que transmitieron y enseñaron los conocimientos de derecho es un completo secreto⁶, ya que estos se impartían en los ambientes sacerdotales cerrados.

2.2. Su enseñanza en la República

La República es el periodo de Roma que se extiende desde el 510 a C., cuando se puso fin a la monarquía con la expulsión del último rey, Lucio Tarquino el Soberbio, hasta el 27 a C., año en que se inició la República como segunda forma de gobierno. En este periodo se forman los institutos de enseñanza pública de derecho, dirigidos por jurisconsultos y al que podía acceder cualquier persona con interés en el conocimiento jurídico. A estas instituciones de derecho se les conoció como los “*instituire*”, que fueron los antecedentes de las famosas escuelas de derecho; sin embargo, a pesar de que la enseñanza del derecho se volvió pública, no fue una carrera apta para cualquier ciudadano y sólo los hombres de clase noble, podían acceder a ella, debido a que la función de jurisconsulto fue honoraria, y se le tomó como un paso previo para acceder a la magistratura⁷. La enseñanza del derecho consistió en aprender de memoria las XII Tablas, en ampliar sus conocimientos jurídicos a través de los edictos de los pretores y en gran parte de su enseñanza radicaba en oír las consultas y explicaciones de un jurisconsulto: por eso, a los alumnos se les llamó “*auditores*”.

2.3. Su enseñanza en el Alto y Bajo imperio

En el Alto Imperio se forman las escuelas de derecho, en donde primero se dedicaron al conocimiento de la lengua griega, a la elocuencia y a la filosofía de los estoicos; ciencias que eran de preferencia de los jurisconsultos⁸. Después, similar a la etapa monárquica, tuvieron que aprender de memoria las leyes de las XII Tablas y los edictos de los pretores, para pasar al nivel

6 PALANCA Y GUTIERREZ, D. José. *Compendio Histórico de la Legislación Romana*, pág. 6 y 61.

7 KRUGER, Pablo. *Historia, fuentes y Literatura del Derecho Romano*, pág. 53

8 PALANCA Y GUTIERREZ, D. José. *Ibíd.*, pág. 74

de “oyentes”⁹, que consistía en presenciar cómo el maestro (jurisconsulto) daba sus dictámenes y respuestas. También es interesante en este periodo el surgimiento de las escuelas de Cesárea, Alejandría, Cartagena y Berito, de las que se desconoce sus orígenes, pero que se sabe que florecieron en los siglos IV y V d. de C. Y sobre la labor de enseñanza del derecho nos indica Beatriz Bernal en su *Historia del derecho romano*, que culminó con una elaboración de tres cursos: Una introducción teórica elemental, en el primer curso. Un estudio profundo y exegético sobre el derecho civil y edictal, en el segundo curso. Finalmente un curso práctico donde los discípulos se ejercitaban en el estudio de casos y en el arte de razonar y de aplicar las fuentes. Desde luego el fruto de este tercer curso práctico fueron las “Quaestiones” y “Disputationes”¹⁰.

En el Bajo Imperio los enseñantes consideraron que en un juicio debía estar presente un orador y un jurista¹¹, pero con la reforma de Dioclesiano se fusionaron ambas funciones, nominándolas “agentes de causas” (causidici), -de ahí derivaron los abogados, que se mantienen hasta hoy- los cuales brindaban sus servicios por una remuneración económica, a través de un contrato de “mandato remunerado”¹².

Frente a la decadencia del derecho de este periodo, se crearon numerosas escuelas dedicadas a la enseñanza del derecho por todo el imperio romano, tanto en el Oriente como en el Occidente, de las que sobresalieron las orientales (Alejandría, Atenas, Berito, Constantinopla).

La misma autora, refiere, que la enseñanza del derecho se impartía en cuatro cursos. En el primero se estudiaban las Instituciones de Gayo y el derecho civil (tutela, régimen patrimonial del matrimonio, testamentos y legados).

-
- 9 Oyentes (auditores). Así se llamaban los discípulos de los jurisconsultos, mientras adquirían los conocimientos necesarios para ejercer la abogacía. PALANCA Y GUTIERREZ, D. José. *Ibid.*, pág. 82
- 10 BERNAL Beatriz. *Ibid.*, pág. 172, 173
- 11 Entonces el litigante tenía que valerse de un jurisconsulto y de un orador; de aquel, con el objeto que podemos suponer; de éste para que adornando su derecho, y exponiéndole con la persuasiva de la elocuencia, conmoviera a los jueces y obtuviese la victoria.
- 12 Antes el servicio del jurista era por su honor y se le prohibía recibir dinero, más no otros bienes.

A los estudiantes de este primer año se les identificó como “dupondii” que significaba reclutas o soldados. En el segundo año se enseñó derecho edictal y real, así como parte general del procedimiento. En el tercer año se impartió el análisis de los tratados sobre procedimiento y lo relacionado a los derechos reales, utilizándose las respuestas de Papiniano, como materiales de enseñanza; motivo por el cual se les llamó “papinianistas”. En el cuarto año se estudió las cuestiones y respuestas del jurisconsulto Paulo y se realizaban prácticas en los tribunales; por lo que se les denominó “líate” por ser resolutores de casos. Es probable que existiera un quinto curso dedicado al estudio de las Constituciones imperiales¹³.

2.4. Su enseñanza en el período Justiniano

El imperio es el periodo de gobierno del emperador que comprende desde que Octavio recibió el título de Augusto (27 a. C.) hasta la disolución del imperio romano de Occidente (476 de C.). En este periodo destacaron dos escuelas jurídicas orientales del Derecho: Berito y Constantinopla, que fueron bases del resurgimiento de la jurisprudencia romana. Por aquella época Justiniano subió al trono (527 d C.); y debido a la proliferación de las escuelas, Justiniano reformó el sistema de enseñanza, suprimiendo la mayoría de las escuelas de derecho, exceptuando la de Roma, Berito y Constantinopla, que fueron sostenidas con fondos públicos. Dentro de la reforma de Justiniano, se incluyó: la disciplina escolar, la capacidad de los maestros y la aptitud de los alumnos. Diríamos que dividió la enseñanza del derecho en cinco años, basados en sus compilaciones. Así Justiniano mandó que en primer año los alumnos debieran estudiar las “Instituciones” y la primera parte de las leyes. Asimismo propuso que no se les llame a los alumnos con el sobrenombre de “dupondios” (por ser este muy frívolo) sino que se les denomine como los “Nuevos Justinianos”, acorde esta denominación con el nuevo espíritu de las leyes que resultaban claras y precisas, gracias a los trabajos de depuración efectuados por Triboniano, Teófilo, Doroteo, entre otros. En el segundo año dispuso que se les enseñe los siete libros de juicios y los ocho de cosas, así como los cuatro libros referidos a dotes, tutelas-cúratelas, testamento, legado y fideicomiso. En el tercer año deter-

13 BERNAL Beatriz. *Ibid.*, pág. 233.

minó que debía enseñarse el estudio de la Recopilación de leyes especiales sobre hipotecas, acciones pignoraticias, redhibitorias, evicciones, leyes sobre compraventa, el Edicto de los ediles, estudio sobre las leyes papinianas, etc. En general, Justiniano declaraba que era menester conocer la doctrina del insigne Papiniano, contenida en las Respuestas, Cuestiones, Definiciones y los dos libros sobre adulterios. A los estudiantes del tercer año se les seguía llamando “papinianistas”. En el cuarto año señaló que se debía enseñar no tanto las Respuestas del sapientísimo Paulo sino los otros libros de la Comisión que contenían desde la cuarta a la séptima parte del Digesto, era menester penetrar en estos conocimientos complementarios del Digesto para utilizarlos después en la práctica de los juicios. Los estudiantes del cuarto año recibieron el sobrenombre de “pagadores”. Por último en el quinto año Justiniano sugirió que debía abordarse el estudio del Código de las Constituciones y denominando a los estudiantes del quinto año con el sobrenombre de “prolytae” (más perfectos); enfatizo que nada faltaba para el dominio de del Derecho,

2.5. Enseñanza en el Medioevo

En la Edad Media, la enseñanza escolar fue la forma tradicional de educación y durante mucho tiempo sólo se practicó ésta forma de educación. En el siglo XI se recuerdan las escuelas catedrales de Letrán en Roma, Lyon, Reims, Lieja, en las que enseñaban obispos, monjes y sacerdotes. Igualmente, la enseñanza del Derecho también fue escolarizada. Junto a la cátedra de Gramática, a las Artes, a la Filosofía, a la Teología, Sagradas Escrituras en las universidades antiguas, se enseñaba siempre el Derecho, comparándolo con la justicia. Los métodos empleados en las universidades fue el comentario, la lectio y la disputatio, enseñada en la Universidad de Bolonia que se creó para el estudio del Derecho, la de Salerno para el estudio de la Medicina; y posteriormente la de París para la enseñanza de los otros saberes. Esta última se convierte después en el centro principal del pensamiento especulativo de la Edad Media.

Durante la etapa medieval, la enseñanza del Derecho en Italia, sigue un camino recto que la convirtió como la maestra del mundo por sus grandes juriconsultos y por sus monumentos jurídicos que irradiaron luz sobre las

codificaciones y del Derecho en el mundo cristiano¹⁴. El derecho romano fue considerado como la fuente dogmática del saber jurídico, así como para los teólogos era la Biblia para los juristas fue el Digesto, hecho que dio como consecuencia la formación de los glosadores que sentaron las bases de la cultura jurídica que siguió hasta la aparición de los post glosadores que en su afán práctico analizaron las glosas y no el Corpus mismo, como consecuencia oscurecieron al derecho.

Pero, ¿cómo se retornó al conocimiento del derecho Justiniano? Según la idea general, este retorno se debió al descubrimiento de un manuscrito del Digesto en Bolonia (Italia) en el Siglo XII, dando inicio a la escuela de los glosadores. Si bien durante los siglos XIV y XV se inicia la expansión europea del conocimiento romano (renacimiento), es a partir del siglo XVI, en que se supera el dogmatismo medieval y se inicia una actitud crítica respecto a los textos jurídicos romanos¹⁵, destacando las corrientes humanistas, naturalistas e historicistas (S. XVI y XIX).

Luego de una gran polémica para estructurar la enseñanza del derecho civil, Heise y Thibaut propusieron el modelo sistemático¹⁶, que fue aceptado como el más apropiado y también fue el más utilizado por muchas universidades europeas, conforme a las siguientes partes: en primer lugar el desarrollo de una parte general para iniciar con estudios de derechos reales, obligaciones, derecho de familia, derecho hereditario y finalmente el *In integrum restitutio*.

14 NIZAMA VALLADOLID, Medardo. *Materiales de Enseñanza para el Curso de Derecho Romano - 2006. Derecho Romano. Su Enseñanza. Razón de Vida y Sentido Científico*

15 El jurista italiano Andrés Alciato, precursor de Cujacio explicó en Aviñón las relaciones entre la legislación, las costumbres y las instituciones, método que causó una verdadera revolución en la enseñanza histórica del Derecho, pero no dejó de invocar a Imerio, Paulo de Castro y Bartolo. Había estudiado en la Universidad de Bolonia. Sus obras principales fueron impresas en el siglo XVII. Diego de León Pinelo, por excepción, fue un aprovechado discípulo de Alciato. También don Feliciano de la Vega, es un imitador de Antonio Agustín, fundador de la escuela histórica del derecho canónico.

16 Este ordenamiento fue aceptado y utilizado por Savigny, que enarboló la ciencia histórica del Derecho, ver FERNÁNDEZ DE BUJAN, Antonio. *Ibid.*, pág. 42,43.

Al ser reconocido el valor del derecho romano, este se difunde por toda Europa, tomándose como base para muchas de sus legislaciones, sobresaliendo el Código de Napoleón, a la que siguieron muchos países, incluyendo España. De esta manera, el derecho romano se traslada a todas sus colonias americanas, instaurándose Universidades —siendo la Universidad de San Marcos una de las primera en fundarse— para la enseñanza de las ciencias modernas incluyendo el Derecho.

III.- PRESENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LA PENÍNSULA IBÉRICA Y LATINOAMERICANA

Guzmán Brito¹⁷, precisa que desde 1492, los diversos territorios de las Indias Occidentales (América) empezaron a ser incorporados a la corona de Castilla; y como tal, en la misma Castilla y en toda Europa Continental, regía en su plenitud el “*ius commune*”. Pero en Castilla había una singularidad: en el siglo XIII aparecen las *Siete Partidas* y también el *Fuero Real*, cuyo autor político fue el rey Alfonso X, llamado el Sabio.

A propósito, Guzmán Brito expone que la incorporación de las Indias a la corona de Castilla significó la extensión automática de su derecho a los nuevos territorios, en virtud del principio de accesoriadad. De esta manera, las *Siete Partidas*, y con ellas el “*ius commune*” vinieron trasladados a los reinos y provincias americanas, en donde se “connaturalizaron” a medida que la complicación del tráfico y de las relaciones jurídicas exigieron un derecho elaborado. Tal fue la primera vía por la que el derecho romano fue recibido en estos territorios.

En cuanto a la enseñanza universitaria- anota Luis A. Eguiguren¹⁸ que la Universidad de México fue creada mediante tres cédulas reales: abril de 1547, setiembre de 1551 y la de 1595; en la que apareció como Real y Pontificia Universidad México.

17 GÚZMAN BRITO, Alejandro. “Derecho Privado Romano”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. p.79

18 Ver la obra denominada “IV Centenario de la Fundación de la universidad Real y Pontificia y de su vigorosa continuidad histórica”, de Luis A. Eguiguren. Imprenta de Santa María, Lima-Perú, 1951, p. 64.

A pesar de que la universidad se viera acosada por liberales y defendida por conservadores; y aunque unos y otros la usaron como facción política, y su situación fue precaria, lo cierto es que la universidad desaparecería tan solo de nombre o como institución independiente, ya que, los estudios universitarios seguían existiendo, aun cuando se les hiciera depender del Gobierno Central. Y destaca la obra del gran educador y político mexicano, Don Justo Sierra, que permite que la Universidad renazca finalmente como Universidad Nacional de México, el 22 de setiembre de 1910.

Y así permaneció, durante algunos años, hasta que en 1929 ganó su autonomía, la cual fue decretada por el entonces presidente de la República, licenciado Emilio Portes Gil, el 10 de julio apareciendo en ese momento la actual Universidad Nacional Autónoma de México.

Debo resaltar, que en 1865 la Universidad fue clausurada en forma definitiva y dos años más tarde se expidió la Ley Orgánica de la Instrucción Pública en el Distrito Federal, que creaba la Escuela Nacional de Jurisprudencia, que más adelante sería incorporada a la Universidad Nacional de México, cuando esta se inauguró en 1910. Y lo resalto, porque durante este periodo la Escuela impartió la enseñanza del Derecho Romano en dos cursos en el primero y segundo año de la carrera de abogado. En 1901, en el primer curso, se estudiaba la Historia del Derecho Romano, Familia, y Personas y una parte de Sucesiones; luego en el segundo se continuaba con la sucesiones, las obligaciones y el procedimiento; las clases eran diarias tenían una duración de hora y media.

En cuanto al método de enseñanza, se les recomendaba a los maestros, iniciar con familiarizar al alumno con el *Corpus Iuris*, así como el modo de citar cualquiera de sus partes y el de verificar las citas; luego proseguir con el estudio del Título de *Verborum Significatione* para que los alumnos aprendieran a traducir el latín y adquirieran conocimiento del léxico jurídico; también debían aprender de memoria las principales reglas del Derecho. Después debían estudiar las *Instituciones*, cada título y su comentario, haciendo las concordancias con el antiguo derecho español y con el civil mexicano.

Esto se extendió hasta el año 1905, con la salvedad que desde este año las clases se redujeron a una hora diaria y ya aparecen algunas propuestas para modificar el plan de estudios, en el sentido de supeditar la enseñanza del dere-

cho romano a la del Derecho Civil, propuesta que es aceptada en 1907, fecha en que nuestra materia desaparece del *curriculum* obligatorio. En ese momento se crearon las especialidades y dentro de ellas en la de Derecho Civil se exigen dos cursos de Derecho Romano.

Las situación continua igual hasta 1912, cuando se recomienda que la materia sea obligatoria para todos los alumnos de la escuela. Esta propuesta fue hecha por los profesores Víctor Manuel Castillo y Victoriano Pimentel. Así, en 1913, la Secretaria de Instrucción Pública y Bellas Artes modificó el plan de estudios, estableciendo dos cursos obligatorios de Derecho Romano, en el primero y segundo años de la carrera con tres clases por semana.

Por lo demás, en Chile se crean universidades conventuales hasta que en 1738 fue erigida la Real Universidad de San Felipe. Según Guzmán Brito dichas instituciones universitarias americanas siguieron el modelo de la Universidad de Salamanca.

IV.- ENSEÑANZA Y PRODUCCIÓN ROMANÍSTICA PERUANA

4.1. Inicio y desarrollo del Derecho Romano en el Perú¹⁹

En realidad en este numeral nos interesa explicar el inicio, desarrollo del romanismo y su justificación en la enseñanza, la aplicación de las leyes romanas y su efecto en la defensa de los derechos del poblador aborigen, y es por ello necesario abordar, entre otros trabajos, los propios de Solórzano Pereira²⁰ sobre el auxilio del Derecho Romano a favor de los derechos del indígena del nuevo mundo.

-
- 19 Sobre este punto véase “El *Derecho Romano en el Perú*” de Víctor Andrés GARCÍA BELAUNDE, publicado en *Índex, Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law*. 6 – 1976. Edizioni Scientifiche Italiane, pág. 66 al 73. Asimismo, ver “*Consideraciones para una Metodología del Aprendizaje del Derecho Romano en el Perú*”, publicado en *Insegnamento del Diritto Romano in Perú*. 1993, págs. 7 y ss.
- 20 COMITÉ LATINOAMERICNO PARA LA DIFUSIÓN DEL DERECHO ROMANO. Memoria. Tomo I. IX CONGRESO LATINOAMERICANO DE DERECHO ROMANO. “El derecho de los pueblos indígenas: síntesis de América Latina”- 18-20 Agosto 1994 Xalapa, Veracruz, México. En: “Romanismo e indigenismo en la Política Indiana de Solórzano Pereira”. Por: Abelardo Levaggi. P. 34

Por eso a los romanistas peruanos nos interesan los temas abordados por el citado autor, entre los que destaca naturalmente los relativos a nuestros aborígenes. Dichos temas constituyen la confluencia del romanismo con el indigenismo, entendido este último, como la política indigenista de España, una política para la cual Solórzano, también buscó antecedentes en el derecho Justiniano. A su juicio él considera que los romanos fueron grandes y connotados maestros de estas materias políticas, quizá los únicos en el mundo de ese entonces.

Sobre el tema de la libertad de los indios, se debe recordar que la libertad era una de las condiciones puestas por el derecho romano para ser sujeto de derecho, que ella se oponía a la servidumbre debido a que por derecho natural todos los hombres nacen libres (Dig. 1.1.4). En efecto, la libertad es más favorable que todas las cosas (Dig. 50.17.122).

En lo referente a la libertad natural, los aborígenes por su vocación a ser cristianos fue reconocida por la Corona, mediante una real cédula del año 1500, referida a los nativos que Colón había llevado a España y cuya venta como esclavos había sido autorizada en principio. Sin embargo, la condición de libre de los indios fue ratificada y ampliada por la Reyna en 1504, al suplicar a su marido y a su hija que “no consientan ni den lugar que los indios vecinos y moradores de dichas Indias y Tierra firme, ganadas y por ganar, reciban agravio alguno en sus personas ni bienes, mas manden que sean bien y justamente tratados y si algún agravio han recibido, lo remedien”.

También es digno de recordar la Bula de Paulo III de 1537 en la cual decretó que aunque los indios se encontraban fuera de la fe de Cristo “no han de estar privados ni se ha de privar de su libertad ni del dominio de sus cosas, y más aun, que puedan poseer y gozar libre y lícitamente de esta libertad y de este dominio; ni deben ser reducidos a servidumbre, y que es írrito, nulo y de ningún valor ni momento todo de lo que otra manera se haga”.

La obligación a trabajar y la reducción a pueblos no son límites a la libertad. De esta manera en lo que respecta a los servicios públicos se admite que puedan ser compelidos los indios, pese a que no lo sean, los vasallos libres en España ni en otras partes. En ese razonamiento se expresa que “la fuerza, compulsión y detención de los indios en semejantes servicios no se

puede decir, que contradiga o quebrante su libertad; por que cuando interviene justa causa o se atraviesa el bien universal cualquier república bien gobernada tiene autoridad para obligar a sus ciudadanos a que trabajen y no por ese dejan de ser libres”, incluso la misma definición la libertad que trae la Instituta dice “que cada uno haga de si lo que quisiere, exceptuando los casos en la que las leyes y necesidades publicas les obligare a lo contrario” (Inst.2.6.41).

En el siglo XIX se inicia el proceso de nacionalización del derecho peruano. Aunque la independencia política se da en 1821, los primeros Códigos fueron de 1852 (Civil) y de 1863 (Penal), aplicando en el periodo intermedio, el derecho colonial anterior a la independencia, en las que podemos incluir la *Novísima Recopilación de Leyes de Indias* y algunas *Partidas*. Sin embargo, el derecho a finales de siglo XIX, no será en el Perú solo de influencia española sino también francesa y norteamericana, por no mencionar sino las más decisivas en su desarrollo.

4.2. Enseñanza del Derecho romano en San Marcos

Al respecto, García Belaunde afirma²¹, que la enseñanza del derecho en el Perú se remonta al siglo XVI y se ubica en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la más antigua de América, fundada el 12 de mayo de 1551. La Universidad de Lima se regía en su conjunto por disposiciones conocidas como «Constituciones»²². La segunda Constitución de 1573, trata de las cátedras que debían dictarse, los temas y las horas de cada una, los requisitos para los grados, etc., en las que se menciona la enseñanza del Código y del Digesto Viejo. No obstante la creación de una cátedra no significaba que se dictaba, pues para ello se necesitaba que se dotase de los fondos suficientes.

Esto sucedió recién en 1576 en el periodo del Virrey Francisco de Toledo, el cual dotó la cátedra de “Prima de Leyes”, que dirigió el doctor Gerónimo López Guarnido, primer catedrático de derecho que tuvo la universidad.

21 Según Index. Quaderni eamerti di studi romanistiei International Survey of Roman Law. Vol. 6. 1976. Edizioni Scientifiche Italiane.

22 La primera de las cuales no ha llegado a nosotros.

También, se afirma²³, que durante el Virreinato del virrey Toledo y en nombre del Rey, se adoptó la indicada Cátedra, que exponía el Derecho de la Iglesia²⁴. En ese mismo año se adopta la Cátedra de derecho, prima y víspera de leyes, regentada por el mismo doctor Jerónimo López Guarnido, junto al Oidor Francisco de Sandoval, Francisco de León Garavito entre otros. A petición de los estudiantes, se dio la cátedra de Instituta, en la que se enseñaba principios romanistas.

Ese mismo año fueron dictadas la Cátedra Víspera de Leyes y la Cátedra de Instituta; en todas la cuales se leían los textos en latín, idioma que fue obligatorio en la enseñanza hasta principio del siglo XX. En las Constituciones de 1578 aparecen las mismas cátedras, las que a partir de entonces serán dictadas con regularidad y en donde se especifica que los estudios de leyes tienen una duración de cuatro años.

La enseñanza de Derecho en nuestra universidad exponía conceptos jurídicos romano sobre: el Derecho Natural, el de Gentes, el Derecho Civil, siguiendo las Institutas de Justiniano²⁵ como textos que comprende numerosas Instituciones, las cuales encontramos como antecedentes y orígenes de nuestros códigos modernos que norman las relaciones de las personas,

23 Siendo Rector el doctor Marco de Lucio. Véase EGUIGUREN, Luis Antonio. *Historia de la Universidad*, pág. 430-432.

24 Los canonistas exponían a sus discípulos los diferentes aspectos del Derecho de la Iglesia; los orígenes del mismo que se encuentran en las Sagradas Escrituras, en la tradición y en las costumbres. Trataba de la legislación eclesiástica que se haya contenida en los decretos de los concilios, en los rescriptos de los Papas y en las consultas a canonistas ilustres.

25 Como es sabido las Institutas fueron promulgadas por el Emperador Justiniano; pero en la jurisprudencia romana "Instituta", se refería a los manuales compuestos, en forma sencilla y con sentido de vulgarización de los principios jurídicos. Era lo que se llamaba "súmulas" de Leyes. Estas obras se difundieron en el siglo que comienza con Adriano y termina con Alejandro Severo. Hombres eminentes que cultivaron el Derecho, las compusieron para que los conocimientos jurídicos pudieran llegar a la inteligencia de quienes se iniciaban en el aprendizaje de esta rama del conocimiento humano. Pero las Institutas de Justiniano estuvieron precedidas por las Institutas de Gayo compuesta de cuatro libros; las Instituciones de Florentino que consta de 12 libros; las de Pablo y Ulpiano, cada una de dos libros; las de Marciano que comprendían de 16 libros. De estas Instituciones se han conservado para la posteridad las de Gayo y las de Justiniano.

de los contratos, etc.,²⁶ la cultura humanística en los estudios de Derecho, sirvió de base seria para la profundidad del pensamiento. Los estudios de leyes tenían una duración de cuatro años, sin embargo a partir de 1771 el dictado de materias duraría cinco años y su desarrollo es el siguiente. En el primer año se enseñaba derecho en general y elementos del derecho natural y de gentes, siguiendo el pensamiento de Heinecio. En el segundo año se impartía historia del derecho civil o de los romanos y las instituciones de Justiniano. En el tercer año se abordaba la enseñanza del tratado o sintagma de las antigüedades romanas de Heinecio, según el orden de las instituciones, también se enseñaba las Pandectas. En el cuarto año se abarcaba el derecho canónico. En el quinto año se instruía en la historia del derecho español, las leyes de indias, y las instituciones criminales.

La Universidad Nacional Mayor de San Marcos desde sus inicios hasta hoy, convertida en universidad estatal es modelo de imitación para muchas universidades por la trayectoria de la enseñanza del derecho romano; es también prototipo de las de su género y está consignado en su plan de estudio. Sin embargo en el transcurso de los años, esta asignatura, ha recibido cambios en cuanto al año de su dictado, su contenido y su metodología²⁷, pero todos esos cambios se dieron según la evolución de la enseñanza del derecho y de acuerdo a los avances metódicos, técnicos y científicos de la aldea global.

-
- 26 Debió ser tan importante el pensamiento jurídico de los maestros que los reyes consultaban a los catedráticos de Prima de Leyes, de Cánones y de Teología, los problemas fundamentales, como por ejemplo si los indios idólatras podían recibir el bautismo. En Lima, también los virreyes solían consultar a los catedráticos sobre diversos tópicos, sobre los terremotos, sobre la jurisdicción, sobre la defensa de los puertos, sobre derechos de los indios en materia canónica o moral, etc.
- 27 En la década del 60 el curso tenía un dictado anual: Derecho Romano I (1° año) y Derecho Romano II (2° año), desde 1970 hasta 1983 el curso se dictó en semestres: Derecho Romano I (1° semestre) y Derecho Romano II (2° semestre). En 1984 hasta ahora el curso volvió al régimen anual, pero se redujo a un solo año. Ver NIZAMA VALLADOLID, Medardo. "La Enseñanza del Derecho Romano en San Marcos", trabajo sustentado en el Segundo Seminario Nacional de Profesores de Derecho Romano del Perú, realizado el 23 y 24 de Setiembre de 1989, en la Facultad de Derecho de la PUCP: Todos los trabajos de dicho seminario se publicaron en *Insegnamento de Diritto Romano in Perú*, 1993, ver págs. 95 y ss.

En cuanto a las universidades privadas o particulares, hay que destacar el rol desempeñado por la Pontificia Universidad Católica, fundada en Lima por el padre Jorge Dintilhac. Aunque esta universidad se fundó en 1917, su facultad de Derecho empezó a funcionar en 1919, incorporándose en 1923 como obligatorio el curso de Derecho Romano, a cargo del doctor José Félix Aramburú. La Facultad de Derecho de la Católica, al igual que la Facultad de Derecho de San Marcos, mantuvo en forma regular el curso de Derecho Romano como obligatorio en dos cursos anuales.

No obstante este parejo panorama, en la década de 1960 se inició, el cuestionamiento de la enseñanza del Derecho romano en la Universidad Católica; conviene reseñar brevemente su historia. En 1965, la Facultad de Derecho de esta Universidad inició una reforma de sus estudios, de sus métodos y objetivos. Al respecto, uno de los teóricos de la reforma escribía: “Estimamos que en un futuro debería suprimirse el curso de Derecho romano del ciclo profesional y más bien considerado como asignatura dentro del “Plan de Estudios para el Doctorado”. El “Centro de Estudiantes de Derecho”, al conocer este planteamiento, lo discutió y sostuvo el carácter formativo del Derecho Romano. No obstante, al implementarse la reforma, el curso de Derecho romano quedó como electivo, lo que motivó que ante la ausencia del profesor titular quedase sin dictarse dicho curso los años 1971, 1972 y 1973. Este último año, un movimiento estudiantil pidió nuevamente su dictado («carta abierta» el 3 de agosto de 1973).

4.3. Producción romanística peruana

Dentro de los mejores trabajos que se han publicado hasta el momento y que se utilizan como libros de texto o como lecciones universitarias; son de juristas y maestros que impulsan la producción romanística con un gran magisterio en esta disciplina, útil para formar nuevas generaciones con base y orientación romanística. Ellos son entre otros: Octavio Tudela, *Curso de Derecho Civil Romano* (Lima 1868); Lizardo Alzamora, *Derecho Romano* (Lima 1897)- revisada y anotada por Lizardo Alzamora Silva y editada por la Universidad de San Marcos (Lima 1946); Carlos Rodríguez Pastor, *Pronuario de Derecho Romano* (Lima 1938); Fernando Tola, *Derecho Romano*, 2 fascículos (Lima 1944-1948); Darío Herrera Paulsen, *Derecho Romano* Tomo I (1961), *Fuentes, familia, bienes, sucesiones y acciones* Tomo II

(1965); Manuel J. Gamarra Pereda, *Derecho Romano*, Universidad Nacional de Trujillo, 1º Curso (1962), 2º Curso (1963); Amado Ezaine Chávez, *El negocio jurídico en el Derecho Romano* (Chiclayo 1966), *Obligaciones y contratos en el Derecho Romano* (Trujillo 1967); Onorato Chiauzzi, *Derecho Romano*, 2 fascículos (Lima 1970-1971); Méndez Chang, Elvira, *Los estudios del Derecho Romano en la facultad de Derecho de la Universidad Católica*. (Lima 1981); Carlos Ramos Núñez, *Acerca del divorcio*. (Lima 1990); Tello Johnson Jacinto, *Instituciones de Derecho Romano*, Primer Tomo (Lima 1996); Antúnez y Villegas Luis Enrique, *Apuntes Romanísticos*. (Lima 1996); y Medardo Nizama Valladolid, *Instituciones del Derecho Romano* (Lima 1996).

V.- NUEVA METODOLOGÍA DE LA ENSEÑANZA Y SENTIDO FORMATIVO

5.1. Nuevos Métodos de Enseñanza

Empero, es necesario advertir que la enseñanza en nuestra Facultad de Derecho siempre adoptó el modelo clásico de metodología dominante de clase magistral, tipo conferencia. Este representó siempre un paradigma discutible que devino en una falta de uniformidad metodológica, pasividad del estudiante, rutina de clases diarias, syllabus informales, escasa investigación romanística, etc. Por todo ello, aquel modelo por si solo ha recibido serias críticas para los fines de enseñanza y aprendizaje.

Felizmente, dicho modelo clásico ha sido enriquecido con otros métodos y técnicas y con ello se han superado las dificultades y críticas arriba anotadas. Este procedimiento representa un nuevo modelo que reclama otros métodos y técnicas de enseñanza e investigación y supone inexcusablemente exigencias relacionadas con la distribución del tiempo de trabajo, tratamiento de planes y programas, crítica de características absolutistas en la docencia y de indiferencia en los alumnos, etc.

Es más, el nuevo modelo representa un orden y armonía en la ardua labor de la enseñanza; persigue uniformidad metodológica, un espíritu dinámico del estudiante y despertar en la tarea de la investigación romanística. El contenido en sí de la noción está plasmado en el plan curricular del curso.

5.2. Sentido formativo

El curso de Derecho romano tiene alto valor formativo y disciplinario; su objetivo es formar mentes jurídicas. Enseña a pensar jurídicamente a quién va a tener que hacerlo durante toda su vida profesional, para tener un criterio jurídico propio²⁸ instruyendo al jurista moderno en los hábitos mentales de una jurisprudencia que es independiente del positivismo legalista. Así el curso de derecho romano deberá enseñarse al iniciar la carrera, debido a su función introductiva. Este fin formativo se divide en tres aspectos²⁹.

En el primero, el estudio del derecho romano nos introduce a la terminología y conceptos básicos del derecho; es decir, a través de su estudio los alumnos de derecho se inician en el “idioma de la ciencia jurídica”³⁰. En efecto, todas las ciencias –también la jurídica– tienen su propio vocabulario técnico, que es necesario no sólo aprender, sino llegar a entenderlo y manejarlo con soltura y precisión.

En el segundo, no sólo basta con conocer el idioma jurídico, es preciso conocer su estructuración dentro de un orden jurídico general, de modo que el alumno no sólo aprenda conceptos independientes, sino conceptos relacionados entre sí, formando una unidad sistemática; es decir, un sistema jurídico. Por ejemplo no basta saber el concepto de posesión y propiedad, sino qué relación tienen entre sí, de modo estructural y sistemático; de manera que se entienda en qué tipo de posesión se puede llegar a convertir propietario mediante la usucapio; y cuál es la relación que tiene con el resto de las instituciones y fuentes que forman parte del sistema jurídico general. Sólo en la medida en que el estudiante haya asimilado en grado suficiente esa es-

28 Un estudio que permite adquirir un criterio jurídico, a través del cual los nuevos juristas podrán conocer y resolver los problemas que la práctica profesional impone. Ver BERNAL, Beatriz. *Ibid.*, pág. 25

29 Recoge este tema las ideas fundamentales del trabajo “*Objetivo y Significado de los Cursos de derecho Romano*” de Xavier D’ORS, destacado profesor de la Universidad de Santiago de Compostela; trabajo publicado en la Revista de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la UTO. N° 8. Volumen 1. Oruro – Bolivia. 1996; págs. 23 y ss.

30 El estudio del Derecho Romano otorga el conocimiento de la terminología jurídica; es decir brinda al futuro jurista la base del razonamiento jurídico. Ver FERNÁNDEZ DE BUJAN, Antonio. *Ibid.*, págs. 44 y 45.

estructura sistemática de los conceptos jurídicos, habrá dado un paso adelante en su consideración como jurista. Dicho estudio nos permite familiarizarnos con las categorías y sub categorías del estudio, dándonos destreza en su manejo y localización, que se traduce en un verdadero criterio jurídico³¹.

En tercer lugar³² nos toca ver la influencia del derecho romano en el pensar jurídico, que lo denominaremos como la mentalidad jurídica³³, es decir, asimilar los hábitos mentales de la lógica y el derecho. En este sentido, el derecho romano constituye un medio insustituible para adquirir esa peculiar “forma mentis” que faculta a los alumnos para pensar jurídicamente, para plantear, abordar y resolver cualquier problema con categorías lógico-jurídico³⁴.

Por lo demás diremos que el estudio del derecho romano tiene una finalidad formativa, que se expresa en los tres aspectos mencionado, y son: introducción terminológica y conceptual al estudio del derecho; iniciación a la estructuración sistemática de las instituciones jurídicas; y, por último, medio insustituible para la consecución de la mentalidad jurídica.

-
- 31 La enseñanza del derecho romano proporciona una cultura histórico-jurídico, una introducción al estudio del derecho, un panorama de las instituciones civiles y procesales contemporáneos, base para el derecho comparado, etc. que en forma conjunta nos otorga un verdadero criterio jurídico. Ver BERNAL, Beatriz. *Ibid.*, pág. 26
- 32 d'ORS, Xavier. *Ibid.*, págs. 25 y 26.
- 33 Esta misma idea es compartida por el destacado profesor Manuel Gamarra Pereda, quien señala que sin el Derecho Romano no puede hablarse de una cultura jurídica. El Derecho Romano es la base de la enseñanza del Derecho; es, diríamos, el magnífico portón que nos conduce hacia el soberbio y majestuoso edificio del derecho, dentro del cual se rinde culto a la Justicia, suprema aspiración del hombre. *Ibid.*, pág. 2
- 34 El derecho romano muestra la génesis y fuente de nuestras instituciones jurídicas; en especial las de derecho privado, lo que permite al jurista interpretar correctamente sus leyes, labor que tendrá que hacerlo durante toda su vida profesional. Ver PADILLA SAHAGUM, Gumersindo. *Enseñanza del Derecho Romano*, publicado en la Revista de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la UTO. N° 8. Volumen 1. Oruro – Bolivia. 1996; pág. 65

CONCLUSIONES

1. El conocimiento del derecho y su enseñanza, en la monarquía, pertenecían en forma exclusiva a los pontífices y sacerdotes y su modo de enseñanza era de carácter privado. En cambio en la república, se formaron institutos de enseñanza pública de derecho, dirigidos por los jurisconsultos.
2. En el Alto Imperio se forman las escuelas de derecho, en donde primero se dedicaban al conocimiento de la lengua griega, a la elocuencia y a la filosofía en los estoicos; asimismo en el Bajo Imperio, período en el que se produce la decadencia del derecho, se crearon numerosas escuelas dedicadas a la enseñanza del derecho, tanto en el Oriente como en el Occidente, de las que sobresalían las orientales (Alejandría, Atenas, Berito, Constantinopla).
3. Justiniano reformó el sistema de enseñanza y dividió la enseñanza del derecho en cinco años. La primera dedicada al estudio de las “Instituciones” y la última a la enseñanza del Código de las Constituciones.
4. Los métodos empleados en las universidades medievales fueron el comentario, la lectio y la disputatio. De esta forma, la enseñanza del Derecho en Italia, sigue un camino recto que la convirtió como la maestra del mundo por sus grandes jurisconsultos y por sus monumentos jurídicos que irradiaron luz sobre las codificaciones y el Derecho del mundo cristiano.
5. La incorporación de las Indias a la corona de Castilla significó la extensión automática de su derecho a los nuevos territorios, en virtud del principio de accesoriedad. De esta manera, las *Siete Partidas*, y con ellas el “*ius commune*” vinieron trasladados a los reinos y provincias americanas, en donde se connaturalizaron a medida que la complicación del tráfico y de las relaciones jurídicas exigieron un derecho elaborado.
6. Sobre el tema de la libertad de los indios, se debe recordar que la libertad era una de las condiciones puestas por el derecho romano para ser sujeto de derecho, que ella se oponía a la servidumbre debido a que por derecho natural todos los hombres nacen libres. En efecto, la libertad es más favorable que todas las cosas.
7. Durante el Virreinato de Toledo y en nombre del Rey, en San Marcos, se adoptó la cátedra de Prima de Sagrados Cánones (1576), que exponía el Derecho de la Iglesia–eclesiástica. En ese mismo año se adopta la Cátedra de derecho, prima y víspera de leyes, regentada por el doctor

Jerónimo López Guarnido, primer catedrático de Derecho que tuvo la universidad. A petición de los estudiantes, se dio la cátedra de Instituta, en la que se enseñaba principios romanistas. La lectura de los textos se hacía en latín.

8. La Universidad Nacional Mayor de San Marcos, desde sus inicios hasta hoy, mantiene en su plan de enseñanza un curso dedicado al estudio del Derecho Romano que lleva el mismo nombre. Sin embargo, en el transcurso de los años, el curso ha recibido cambios en cuanto al año de su dictado, su contenido y su metodología, pero todos esos cambios se dieron según la evolución de la enseñanza en derecho y de acuerdo a los avances metódicos, técnicos y científicos de la aldea global.
9. Es necesario advertir que la enseñanza en nuestra Facultad de Derecho siempre adoptó el modelo clásico de metodología dominante de clase magistral, tipo conferencia. Este modelo generó siempre un estado de crítica consistente en una falta de uniformidad metodológica, pasividad del estudiante, rutina de clases diarias, syllabus informales, escasa investigación romanística, etc. Sin embargo, dicho modelo ha sido superado con una nueva metodología dinámica, activa e innovativa, que ha mejorado la calidad de la enseñanza aprendizaje e investigación romanística en las aulas.
10. El estudio del derecho romano tiene una finalidad formativa, que se expresa en los tres aspectos: introducción terminológica y conceptual al estudio del derecho; iniciación a la estructuración sistemática de las instituciones jurídicas; y como medio insustituible para la consecución de la mentalidad jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ – CORREA, Eduardo. Curso de Derecho Romano. Primera Edición. Editorial Pluma. Colombia. 1980, 543 pp.
- ALZAMORA, Lizardo, *Derecho Romano*, Primera edición, Editorial de Taller de Linotipia, Lima, 1946, 520 páginas.
- BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas* (De los orígenes de la alta edad media), Sexta Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1995, 440 páginas.

- BONFANTE Pietro. Historia del Derecho Romano II. Impresión Galo Sáez. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1944, 375 pp.
- IX CONGRESO LATINOAMERICANO DE DERECHO ROMANO, *El derecho de los pueblos indígenas: síntesis de América Latina*, Editorial del Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho Romano, México, 1996, Tomo I, 474 páginas.
- DÍAZ, Eusebio, *Instituciones de Derecho Romano*, Tercera Edición, Editorial Bosch, España, 1924, Tomo I, 439 páginas.
- EGUIGUREN, Luis, *Historia de la Universidad en el siglo XVI*, Imprenta Santa María, Perú, 1951, Tomo I, 660 páginas
- EGUIGUREN, Luis, *IV Centenario de la Fundación de la Universidad Real y Pontificia y de su vigorosa continuidad histórica*, Imprenta Santa María, Perú, 1951, Tomo I, 282 páginas.
- FERNÁNDEZ, Antonio, *Derecho Público Romano, Recepción, jurisdicción y arbitraje*, Octava Edición, Editorial Thomson Civitas, España, 2005, 558 páginas.
- GAMARRA, Manuel, *Derecho Romano. Primer curso*, Imprenta de la Universidad Nacional de Trujillo, Perú, 222 páginas.
- GARCÍA BELAUNDE, Víctor Andrés *El Derecho Romano en el Perú. En: Index. Quaderni camerti di Studio romanistici International Survey of Roman Law. 6, 1976. Edizione Scientifiche Italiane. Napoli, 1976; 394 páginas.*
- GARCIA DEL CORRAL, D. Idelfonso L. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Tomo I. (Instituta – Digesto). Editorial Lex Nova S. A. 1889. Barcelona. 988 Págs.
- GINER DE LOS RÍOS, Francisco. *Pedagogía Universitaria*. Segunda edición. Sucesores de Manuel Soler-Editores. Barcelona. España. 332 páginas.
- GONZALEZ DÍAZ LOMBARDO, Francisco Javier. *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*. Primera reimpresión. Editorial Limusa. México. 1979, 365 páginas.
- GUZMAN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado Romano*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1997, 802 páginas.
- KRÜGER, Pablo. *Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano*. Editora Nacional. 1967. México D. F. 365 Págs.

- LUZURIAGA, Lorenzo. Historia de la Educación y de la Pedagogía. Segunda edición. Editorial Losada S. A. Buenos Aires. Argentina., 1956; 288 páginas.
- NIZAMA VALLADOLID, Medardo. *Material de Enseñanza para el Curso de Derecho Romano – 2006: Derecho Romano. Su Enseñanza. Razón de Vida y Sentido Científico*
- NIZAMA VALLADOLID, Medardo. *Insegnamento del Diritto Romano in Perú*. En: RICERCHE GIURIDICHE E POLITICHE. RENDICONTI VII. Redazione presso ASSLA (Associazione di Studi Social, Latinoamericani). Editorial de la PUCP. 1993. Lima. 301 págs.
- PADILA SAHAGÚN, Gumersindo. *Derecho Romano I*. Editorial McGraw-HILL. México. Agosto, 1996; 161 páginas.
- PALANCA Y GUTIÉRREZ, D. José. *Compendio Histórico de la Legislación Romana, dividido en seis épocas*. Imprenta de J. Ferrer de Orga. 1936. Valencia. 195 Págs.
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Derecho*. Facultad de Derecho. Diciembre de 1986. N° 40., 353 páginas.
- RUBIO CORREA, Marcial. Ideas sobre qué es Aprender (y Enseñar) Derecho en un Pregrado. Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001, 94 páginas.
- TELLO JOHNSON, Jacinto. *Instituciones de Derecho Romano*. Primer Tomo. Primera edición
- VENTURA SILVA, Sabino. *Derecho Romano*. Primera Edición. Editorial PORRUA S.A. México. 1962, 484 pp.
- VICERRECTORADO ACADÉMICO de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. *Innovación Académica*. Boletín del Vicerrectorado Académico Año 1 N° 1. Diciembre 2012-12-29. Centro de Producción Editorial e Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- VILLEY Michell. *El Derecho Romano*. Editorial Eudeba. Buenos aires – Argentina. 1963.
- VON MAYR, Robert. *Historia del Derecho Romano*. Primera Edición. Editorial Labor S.A. Barcelona – Buenos Aires. 1926, 468 pp.

**RESEÑAS
BIBLIOGRÁFICAS**

VERGARA, Alberto: *“La Danza Hostil”*. Poderes subnacionales y Estado Central en Bolivia y Perú (1952 – 2012), Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2015.

En este libro de 372 páginas, el estudioso Vergara autor también de “Ciudadanos sin República”, analiza el fin de una era y el surgimiento de otra. Recorre la mitad del siglo XX boliviano y peruano y la manera en la que ambos países alteraron progresivamente las relaciones entre el Estado central y sus regiones, tratando de superar el centralismo. Si al inicio del análisis Bolivia poseía una periferia regional con poca importancia respecto del centro político, ello cambió con el pasar de las décadas, hasta manifestarse en la coyuntura constituyente (2006 – 2009). En el Perú, en cambio las regiones que solían tener influencia sobre la política nacional hasta mediados del siglo XX, perdieron gradualmente esta ascendencia. La Danza Hostil analiza sistemática y comparadamente ambas trayectorias. El lector, profesionales, estudiantes, podrán observar la manera contradictoria cómo el siglo XX fue apagándose en Bolivia y en Perú, pero también atisbará el surgimiento de un siglo XXI diferente.

El estudio es de orden histórico – estructural, de difícil ejecución dada la realidad de los dos países andinos.

Carmen Meza Ingar

IGLESIAS SKULJ, Agustina: *“La trata de Mujeres con fines de Explotación Sexual”* Ediciones Didot, Buenos Aires.

CON 363 PÁGINAS, Agustina Iglesias Skulj, en Ediciones DIDOT, Buenos Aires, presenta un riguroso estudio de “La Trata de Mujeres con fines de explotación sexual”. Analiza casos específicos de mujeres, de niños y niñas. Su estudio lleva a la propuesta de percibir la dimensión del problema y el encuentro de soluciones para lograr reducir la vulnerabilidad de las víctimas.

El estudio e investigación del tema es una presentación de los hechos delictivos en áreas locales, regionales, nacionales e internacionales. Su ob-

servación documentada la lleva a proponer leyes y una metodología para buscar solución a estos graves casos, de víctimas de un flagelo internacional, pero que en diversas localidades tiene efectos muy graves.

Se trata de un estudio sociológico y jurídico que estudia la naturaleza, esencia y fines de leyes, decretos y resoluciones, así como de los Tratados Internacionales, sobre la materia que fueron puestos en vigor desde hace cien años, cuando había gravísimos problemas de hambre en Europa y las familias deseaban venir a América y se complicó la oferta y demanda de trabajo transparente, dando lugar a nuevas funciones de la Policía y de los Estados, pero ha sido en el siglo XXI que se ha consagrado el tratado de Palermo, aprobado en Asamblea General de la ONU en el año 2000, pero puesto en marcha con la adhesión y ratificación de los Estados Partes, recientemente.

El estudio invita a pensar y a tomar decisiones en todos los niveles de la vida pública para defender todos los derechos de los niños, niñas y mujeres, expuestos a estos tratos de abuso y discriminación.

Carmen Meza Ingar

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; PÉREZ ALVAREZ, Miguál Angel: *“Curso de Derecho Civil (IV) DERECHO DE FAMILIA, Constitución y Leyes”,* cuarta edición, Madrid, 2015.

Se trata de un texto muy importante para el estudio de la familia y de la sociedad, en la que cumple un papel insustituible.

Es interesante cómo en España se ha modificado el status familiar con el divorcio tardío, como en Italia, si consideramos que el Perú cuenta con legislación autoritativa de ese instituto desde el año de 1930. Incluso, países vecinos como Argentina y Chile demoraron dicha reforma. En Chile, la reforma legal de 2004 les dio la oportunidad de legislar en forma similar a las leyes peruanas de 1930, referidas a sanciones a los párrocos que no advierten a los contrayentes si contrajeron el previo matrimonio civil, pues anteriormente los matrimonios eclesiásticos tenían consecuencias civiles.

Esta revista se terminó de imprimir en
Mayo de 2016 en:
A&G Impresiones - Wilson Roberto Fajardo Alcázar
RUC 10101515848
Jr. Ica 869 - Lima, Perú



**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE
SAN MARCOS**

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

Derecho y Ciencia Política