



Universidad Nacional Mayor de  
**SAN MARCOS**  
Universidad del Perú. Decana de América  
Facultad de Derecho y Ciencia Política

# REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política  
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos



Vol. 78, n.º 78, enero-diciembre, 2023  
Publicación anual. Lima, Perú  
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)  
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2023.v78n78

78



REVISTA DE  
**DERECHO**  
Y CIENCIA POLÍTICA



**REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política**  
**de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

Vol. 78, n.º 78, enero-diciembre, 2023 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2023.v78n78

**FUNDADORES**

PEDRO M. OLIVEIRA, DECANO (†1958)

ALBERTO ULLOA SOTOMAYOR (†1975)

ANGEL GUSTAVO CORNEJO (†1943)

JUAN BAUTISTA DE LAVALLE (†1970)

JORGE BASADRE (†1980)

MANUEL G. ABASTOS (†1983)

**DECANO**

VÍCTOR ENRIQUE TORO LLANOS

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0977-9471>

*E-mail:* vtorol@unmsm.edu.pe

**DIRECTOR**

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

*E-mail:* jpalominom@unmsm.edu.pe

**EDITORES ASOCIADOS**

GLADYS FLORES HEREDIA

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

*E-mail:* gladys.floresh@urp.edu.pe

DANTE MARTIN PAIVA GOYBURU

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-9140-6580>

*E-mail:* dante.paiva@unmsm.edu.pe

## CONSEJO EDITORIAL

JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-4375-4262>  
*E-mail:* [jguerrac@unmsm.edu.pe](mailto:jguerrac@unmsm.edu.pe)

FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-9464-790X>  
*E-mail:* [fmiroquesadar@unmsm.edu.pe](mailto:fmiroquesadar@unmsm.edu.pe)

JOSÉ ENRIQUE BENJAMIN PALMA NAVEA  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7581-2877>  
*E-mail:* [jpalkan@unmsm.edu.pe](mailto:jpalkan@unmsm.edu.pe)

JUAN GUALBERTO CHÁVEZ MARMANILLO  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-3653-500X>  
*E-mail:* [jchavezm@unmsm.edu.pe](mailto:jchavezm@unmsm.edu.pe)

HÉCTOR ELVIS MARTÍNEZ FLORES  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-2048-5343>  
*E-mail:* [hmartinezf@unmsm.edu.pe](mailto:hmartinezf@unmsm.edu.pe)

CARLOS HAKANSSON NIETO  
Universidad de Piura, Piura, Lima  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-3410-8573>  
*E-mail:* [carlos.hakansson@udep.edu.pe](mailto:carlos.hakansson@udep.edu.pe)

CARLOS FERNANDEZ FONTENOY  
Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Lima, Perú  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7382-6036>  
*E-mail:* [carlos.fernandezf@uarm.pe](mailto:carlos.fernandezf@uarm.pe)

CARLOS VICENTE NAVAS RONDÓN  
Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima, Perú  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7110-418X>  
*E-mail:* [carlosnavasr@hotmail.com](mailto:carlosnavasr@hotmail.com)

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA  
Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú  
Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0005-1404-7074>  
*E-mail:* [francisco.tavara@urp.edu.pe](mailto:francisco.tavara@urp.edu.pe)

JORGE LUIS CACERES ARCE  
Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0212-1298>  
*E-mail:* [jcaceres@ucsm.edu.pe](mailto:jcaceres@ucsm.edu.pe)

### CONSEJO CONSULTIVO

CLAUS ROXIN  
Universidad de Múnich, Múnich, Alemania  
Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0006-2403-8451>  
*E-mail:* [mail@claus-roxin.de](mailto:mail@claus-roxin.de)

DIETER NOHLEN  
Universidad de Heidelberg, Heidelberg, Alemania  
Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0007-4271-5804>  
*E-mail:* [dieter.nohlen@urz.uniheidelberg.de](mailto:dieter.nohlen@urz.uniheidelberg.de)

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO  
Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España  
Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0003-8142-9342>  
*E-mail:* [fdezsegado@der.ucm.es](mailto:fdezsegado@der.ucm.es)

RICARDO ALONSO GARCÍA  
Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7619-6431>  
*E-mail:* [rag@der.ucm.es](mailto:rag@der.ucm.es)

RICARDO RIVERO ORTEGA  
Universidad de Salamanca, Salamanca, España  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-0593-3470>  
*E-mail:* [ricriv@usal.es](mailto:ricriv@usal.es)

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO  
Universidad de Sevilla, Sevilla, España  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-4110-8662>  
*E-mail:* [aperez3@us.es](mailto:aperez3@us.es)

PAOLO COMANDUCCI  
Universidad de Génova, Génova, Italia  
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0378-3293>  
*E-mail:* [comanducci@unige.it](mailto:comanducci@unige.it)

Corrección, cuidado de edición y diagramación: Editorial Cátedra Vallejo E. I. R. L.  
*E-mail:* editorialcatedravallejo@gmail.com

### EQUIPO TÉCNICO

Corrección: Gloria Pajuelo Milla  
Traducción: Yuri Tornero Cruzatt  
Diseño: Rodolfo Loyola Mejía  
Gestión y publicación OJS: Infoedutec.com

ISSN: 3028-9343 (En línea)  
ISSN: 0034-7949 (Impreso)  
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2023.v78n78

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2024-00899.

© Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
Facultad de Derecho y Ciencia Política  
Av. Universitaria, Lima 15081, Perú  
Teléfono: (01) 6197000, anexo: 2002  
*E-mail:* jpalominom@unmsm.edu.pe

### DIRECCIÓN POSTAL

Av. Universitaria, Lima 15081, Perú

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas  
por los autores de los artículos.

### LICENCIA



La *Revista de Derecho y Ciencia Política*. Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0).

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

DRA. JERI GLORIA RAMON RUFFNER DE VEGA  
Rectora

DR. CARLOS FRANCISCO CABRERA CARRANZA  
Vicerrector académico de Pregrado

DR. JOSE SEGUNDO NIÑO MONTERO  
Vicerrector de Investigación y Posgrado

**AUTORIDADES ACTUALES  
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**DR. VÍCTOR ENRIQUE TORO LLANOS**  
Decano

**DR. JORGE GUTIÉRREZ TUDELA**  
Vicedecano académico

**DR. CARLOS ANTONIO PÉREZ RÍOS**  
Vicedecano de Investigación y Posgrado

**DR. FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA**  
Director de la Unidad de Posgrado

**DR. CHEDORLAOMER GONZALES ESPINOZA**  
Director de la Escuela Profesional de Derecho

**DR. JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO**  
Director de la Escuela Profesional de Ciencia Política

**LIC. DIANA CCAHUAY GARRIAZO**  
Directora administrativa

**MAG. MIGUEL ANGEL TAPIA CABAÑIN**  
Director del Centro de Responsabilidad Social y Extensión Universitaria

## PROFESORES HONORARIOS

(Derecho)

ALESSANDRI, ARTURO (†)  
ALEXY, ROBERT  
ALPA, GUIDO  
ALTERINI, ATILIO ANÍBAL (†)  
ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA  
ATIENZA RODRIGUEZ, MANUEL  
BARATTA, ALESSANDRO  
BARCÍA TRELLES, CAMILO (†)  
BEDOYA REYES, LUIS (†)  
BIANCA, CESARE MASSIMO (†)  
BIDART CAMPOS, GERMÁN J. (†)  
BORDA, GUILLERMO ANTONIO (†)  
BUSNELLI, FRANCESCO  
CALMÓN, PEDRO (†)  
CANÇADO TRINDADE, ANTONIO  
CAPPELLETI, MAURO (†)  
CORTIÑAS PELÁEZ, LEÓN  
DE BARROS CARVALHO, PAULO  
DE BUEN LOZANO, NÉSTOR (†)  
DE REGO MONTEIRO, LUIS A. (†)  
DÍEZ-PICAZO, LUIS (†)  
ESPIN CÁNOVAS, DIEGO (†)  
FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO  
FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR  
FRANÇA, RUBENS LIMONGI (†)  
FRANCO, MANOEL DE OLIVEIRA (†)  
GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (†)  
GARCÍA MAYNES, EDUARDO (†)  
GARRIDO, LUIS  
GHEZZI, GIORGIO  
GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO BERDUGO  
GORDILLO, AGUSTÍN  
KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA  
LAPLAZA, FRANCISCO P. (†)  
LENE, ERNESTO (†)  
MALHERBE, JACQUE  
MARTÍ BUFILL, CARLOS (†)  
MATEO, RAMÓN MARTÍN (†)  
MOISSET DE ESPANÉS, LUIS (†)

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO  
NIETO GARCÍA, ALEJANDRO  
NILES, RUSSEL D. (†)  
PAREJO ALFONSO, LUCIANO  
PEYRANO, JORGE W.  
RÉBORA, JUAN CARLOS (†)  
RECASÉNS SICHES, LUIS (†)  
RESCIGNO, PIETRO  
ROCA ROCA, EDUARDO (†)  
ROCCO, EMMA ADELAIDA  
ROMAGNOLI, UMBERTO  
ROUSSEAU, CHARLES (†)  
ROXIN, CLAUS  
RUSSOMANO, MOZART VÍCTOR (†)  
SIEBER, ULRICH  
SOLER, SEBASTIÁN (†)  
TIEDEMANN, KLAUS (†)  
VISINTINI, GIOVANNA

### PROFESORES EMÉRITOS

#### (Derecho)

ABASTOS, MANUEL G. (†)  
ACEVEDO CRIADO, LUIS (†)  
ALZAMORA SILVA, LIZARDO (†)  
ALZAMORA VALDEZ, MARIO (†)  
APARICIO VALDEZ, GERMÁN (†)  
ARAMBURÚ MENCHACA, ANDRÉS (†)  
ARIAS SCHREIBER PEZET, MAX (†)  
BACACORZO, GUSTAVO (†)  
BASADRE, JORGE (†)  
BRAMONT ARIAS, LUIS A. (†)  
CABREDO RÍOS, MARÍA JESÚS  
CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO (†)  
CASTILLO COLONNA, LUCIANO (†)  
CASTILLO DÁVILA, MELQUÍADES (†)  
DUMBAR TEMPLE, ELLA (†)  
FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS (†)  
FERRERO COSTA, AUGUSTO  
FERRERO COSTA, RAÚL ENRIQUE J.  
GARCÍA CALDERÓN, MANUEL (†)  
GARCÍA MONTÚFAR, GUILLERMO (†)

GARCÍA RADA, DOMINGO (†)  
GAZZOLO MIANI, LUIS (†)  
HERAUD CRICET, LUIS (†)  
HERRERA PAULSEN, DARIO (†)  
LA HOZ TIRADO, RICARDO (†)  
LANATTA, RÓMULO E. (†)  
LEÓN BARANDIARÁN, JOSÉ (†)  
LLONTOP AMORÓS, CARLOS (†)  
MAÚRTUA VÁSQUEZ, VÍCTOR (†)  
MIMBELA DE LOS SANTOS, EDUARDO (†)  
MOISSET DE ESPANÉS, LUIS (†)  
MONTOYA MANFREDI, ULISES (†)  
NUGENT, RICARDO (†)  
PARODI REMÓN, CARLOS  
QUISPE CORREA, ALFREDO (†)  
RENDÓN VÁSQUEZ, JORGE  
RODRÍGUEZ PASTOR, CARLOS (†)  
ROY FREYRE, LUIS EDUARDO  
RUIZ ELDTREDE RIVERA, ALBERTO (†)  
SOLÍS ESPINOZA, ALEJANDRO  
TELLO JOHNSON, JACINTO (†)  
THOL, JUAN (†)  
UGARTE DEL PINO, JUAN VICENTE (†)  
VÁSQUEZ DE VELASCO PRENTICE, RAFAEL (†)

## DOCENTES DE LA FACULTAD

### Profesores principales

BROUSSET SALAS, RICARDO ALBERTO  
CARRUITERO LECCA, FRANCISCO ROGGER  
CHANAMÉ ORBE, RAÚL ROOLSEVELT  
CHÁVEZ DE PAZ, GREGORIO DENNIS  
CORNEJO GUERRERO, CARLOS ALEJANDRO  
DELGADO GUZMÁN, OCTAVIO GALVARINO  
ESPINOZA ESPINOZA, JUAN ALEJANDRO  
GALLEGOS RUIZ CONEJO, ADA LUCÍA  
GONZALES ESPINOZA, CHEDORLAOMER RUBÉN  
GUERRA CERRÓN DE MULLER, JESÚS MARÍA ELENA  
GUTIÉRREZ TUDELA, JORGE GUILLERMO  
HUANCAHUARI FLORES, SIMEÓN  
HUGO VIZCARDO, SILFREDO JORGE  
JAEGER REQUEJO, RAFAEL EDUARDO

LANDA ARROYO, CÉSAR RODRIGO  
MAGALLANES REYES, JOSÉ  
MALLQUI QUIJANO, WILLIAM GAUDENCIO  
MARTÍNEZ FLORES, HÉCTOR ELVIS  
MIRÓ QUESADA RADA, FRANCISCO JOSÉ  
NIZAMA VALLADOLLID, MEDARD  
ÑIQUE DE LA PUENTE, JOSÉ ANTONIO  
ORTIZ SOTELO, JORGE ALFREDO RAFAEL  
PALOMINO MANCHEGO, JOSÉ FELIX  
PÉREZ RÍOS, CARLOS ANTONIO  
PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR ROBERTO  
RAMÍREZ ERAZO, RAMÓN  
RETAMOZO LINARES, JOSÉ ALBERTO  
ROMERO MONTES, FRANCISCO JAVIER  
ROMERO QUISPE, JACOBO  
SÁENZ TORRES, ALEXEI DANTE  
SÁNCHEZ VELARDE, PABLO WILFREDO  
SEIJAS RENGIFO, TERESA DE JESÚS  
SILVA VALLEJO, JOSÉ ANTONIO NICANOR  
SMALL ARANA, GERMÁN  
TORO LLANOS, VÍCTOR ENRIQUE  
TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL  
URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ FRANCISCO  
VILLA STEIN, JAVIER  
ZÁRATE DEL PINO, JUAN BELFOR

#### **Profesores asociados**

ABREGÚ BAEZ, MARÍA DEL CARMEN  
ARBULÚ MARTÍNEZ, JIMMY  
ARIANO DEHO, EUGENIA SILVIA MARÍA  
BAZÁN CHÁVEZ, JUAN ANTONIO  
BOLAÑOS VELARDE, VÍCTOR HUGO  
CABREJO ORMACHEA, NAPOLEÓN  
CANELO RABANAL, RAÚL BLADIMIRO  
CHÁVEZ MARMANILLO, JUAN GUALBERTO  
CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR MANUEL  
CUETO CHUMÁN, PEDRO GUSTAVO ALBERTO  
ESTELA HUAMÁN, JOSÉ ALBERTO  
FERNÁNDEZ CARTAGENA, JULIO AUGUSTO  
FERNÁNDEZ FONTENOY, CARLOS  
FIGUEROA BUSTAMANTE, JULIO HERNÁN

GAMARRA VILCHEZ, LEOPOLDO FÉLIX  
GONZALES CAMPOS, ROBINSON OCTAVIO  
GRANDEZ CASTRO, PEDRO PAULINO  
HERNÁNDEZ CAMPOS, CARLOS AUGUSTO L.  
HUERTA AYALA, OSCAR ALBERTO  
LAMA MORE, HÉCTOR ENRIQUE  
LEDESMA NARVAEZ, MARIANELLA LEONOR  
MÁVILA LEÓN, ROSA DELSA  
NINAMANCO CÓRDOVA, JHUSHEIN FORT  
PALMA NAVEA, JOSÉ ENRIQUE BENJAMÍN  
PARIONA ARANA, RAÚL BELEALDO  
PEÑA FARFÁN, SAÚL  
PEÑA JUMPA, ANTONIO  
PERALTA FRANCIS, SAULO YENSQUI  
PORTOCARRERO QUINTANA, JESÚS MARIO  
PRÍNCIPE TRUJILLO, HUGO HERCULANO  
RAMOS PADILLA, CÉSAR EUSEBIO  
SOTO VALLENAS, VÍCTOR GASTÓN AQUILES  
TAPIA CABAÑIN, MIGUEL ANGEL  
UGARTE BOLUARTE, KRUPSKAYA ROSA LUZ  
VARGAS JARAMILLO, GUILLERMO JULIO  
VARSI ROSPIGLIOSI, ENRIQUE ANTONIO  
VIGIL DE QUIRÓZ, CLOTILDE CRISTINA  
ZELADA BARTRA, JAIME VÍCTOR

#### **Profesores auxiliares**

ALIAGA JIBAJA, LUIS AUGUSTO  
ARANA YANCES, DANIEL MARTÍN  
BERMÚDEZ TAPIA, MANUEL ALEXIS  
BERNUI ORÉ, PEDRO ENRIQUE  
CABALLERO SEGA, KATTY ANGÉLICA  
CAMUS CUBAS, JOSÉ ALEXANDER  
CASTAÑEDA GONZÁLES, VLADO ERICK  
CASTILLO RAFAEL, CARLOS ENRIQUE  
CIUDAD RENAUD, ADOLFO ALBERTO  
CUBA MENESES, ERICK GREGORY  
ESCATE CABREL, OSCAR ENRIQUE  
FELIX DILL'ERVA, ITALO JOSHUA  
GARCÍA JIMENEZ, MOISÉS GUSTAVO  
JÁUREGUI MENDIETA, JORGE ANTONIO  
LARA MARQUEZ, JAIME NILTON

LARICO APAZA, YANETH CAROL  
LEYVA SAAVEDRA, SEGUNDO JOSÉ  
LOAYZA LAZO, ALBERTO ANTONIO MARTÍN  
LÓPEZ VILLANES, NOAM DANTE VALENTÍN  
MEDINA RIVAS PLATA, ANTHONY ROLANDO  
MEJÍA TARAZONA, ROBERT ALEJANDRO  
MENDIETA PÉREZ, MICHAEL IVÁN  
MORALES HERVÍAS, RÓMULO MARTÍN  
NAVARRO GONZALES, MARTIN DEMETRIO  
OLAYA MEDINA, JOE ORIOL  
PAIVA GOYBURU, DANTE MARTÍN  
PÉREZ CAMARENA, ROLF KENT  
PÉREZ LÓPEZ, JORGE ADALBERTO  
QUISPE PONCE, MARÍA CANDELARIA  
RAMÍREZ HUAROTO, BEATRIZ MAY LING  
RAMOS MONTES, CARLOS  
RAMOS MORALES, LEONIDAS LUCAS  
REBAZA VÍLCHEZ, KAREN MARIBEL  
RIVAS COSSIO, RUBI ELIZABETH  
ROBLES MORENO, CARMEN DEL PILAR  
ROCA MENDOZA, ORESTE GHERSON  
RODRÍGUEZ HURTADO, MARIO PABLO  
RODRÍGUEZ NAVIA, ALIZON WILDA  
ROJAS LEO, JUAN FRANCISCO  
ROMERO ROMERO, YURI FRANK  
SALAZAR SÁNCHEZ, NELSON  
SALCEDO CUADROS, CARLO MAGNO  
SANTY CABRERA, LUIGGI VICTORIO  
SOSA SACIO, JUAN MANUEL  
TAMANI RAFAEL, CARLOS REINERIO  
TAPIA CORNEJO, BRUNO ALONSO SAMUEL  
VARGAS APOLINARIO, ANDRÉS VICENTE  
VERGARA GERSTEIN, JUAN JORGE

REVISTA DE  
**DERECHO**  
Y CIENCIA POLÍTICA



La *Revista de Derecho y Ciencia Política*. Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos es una publicación de periodicidad anual, cuyo objetivo principal es la difusión de artículos inéditos que son el resultado de investigaciones sobre temas jurídicos y políticos. En ese sentido, las principales líneas temáticas que difunde la revista incluyen todas las especialidades del derecho, entre las que se encuentran: derecho constitucional, derechos humanos, derecho administrativo, derecho civil, derecho penal, derecho procesal, filosofía e historia del derecho y teoría general del derecho. Asimismo, se promueve el empleo de enfoques y metodologías inter- y multidisciplinarias que acerquen al derecho con la filosofía, la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología, entre otras disciplinas.

Los artículos de la revista se arbitran tomando en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte, actualidad y contribución al conocimiento sobre el derecho y la ciencia política. La revista se reserva el derecho de publicación y realizará las correcciones de estilo y las adecuaciones pertinentes a los artículos aceptados para cumplir con las exigencias de la publicación.

La *Revista de Derecho y Ciencia Política* recibe las colaboraciones de todos los docentes de nuestra casa de estudios, así como los de otras universidades nacionales e internacionales, y de investigadores en temas jurídicos y políticos.

Esta publicación está dirigida a investigadores del derecho y la ciencia política, docentes universitarios, estudiantes y al público interesado en las cuestiones propias de la investigación jurídica y política.

REVISTA DE  
**DERECHO**  
Y CIENCIA POLÍTICA



*The Review of Law and Political Science. A publication of the Faculty of Law and Political Science of the Universidad Nacional Mayor de San Marcos* is an annual publication, whose main objective is the dissemination of unpublished articles that are the result of research on legal and political issues. In this sense, the main thematic areas covered by the journal include all specialities of law, among which are: constitutional law, human rights, administrative law, civil law, criminal law, procedural law, philosophy and history of law and theory of law. It also promotes the use of inter- and multidisciplinary approaches and methodologies that bring law closer to philosophy, sociology, political science, economics, anthropology, among other disciplines.

The articles in the journal are refereed taking into account the following evaluation criteria: originality, thematic contribution, current problems, and any contribution to the knowledge of law and political science. The journal reserves the right of publication and will make the necessary style corrections and adjustments to the articles accepted in order to comply with the requirements of the publication.

*The Review of Law and Political Science* welcomes contributions from all professors at our university, as well as from other national and international universities, and from researchers in legal and political subjects.

This publication is aimed at researchers in law and political science, university professors, students, and the public interested in legal and political research issues.

REVISTA DE  
**DERECHO**  
Y CIENCIA POLÍTICA



REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política  
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 78, n.º 78, enero-diciembre, 2023 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2023.v78n78

## CONTENIDO

Editorial

19 JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO

### Artículos de investigación

El bien jurídico protegido en el derecho penal: estado actual  
de la cuestión

25 CHEDORLAOMER RUBÉN GONZALES ESPINOZA Y ROBINSON  
OCTAVIO GONZALES CAMPOS

El delito de concusión en el Perú

61 RAÚL PARIONA ARANA

El pensamiento constitucional y la Constitución del Perú en el  
siglo xx

83 RAFAEL MANUEL RUIZ HIDALGO

Tutela jurídica del concebido: desde el derecho  
latinoamericano hasta la reciente Ley n.º 31935

117 CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES Y JUAN PABLO ABANTO

La Constitución peruana de 1823 y los inicios del gobierno representativo  
149 MARCO ANTONIO JAMANCA VEGA

La crisis de gobernabilidad peruana por la escasa atención a las condiciones de la población  
177 MANUEL BERMÚDEZ-TAPIA

### **Artículo traducido**

Protección civil de la persona con discapacidad: veinte años de la administración de apoyo  
197 ANGELO VENCHIARUTTI



REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política  
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 78, n.º 78, enero-diciembre, 2023 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2023.v78n78.00

## EDITORIAL

Nuestro número actual coincide con varios acontecimientos destacables en nuestra facultad: por un lado, el retorno a la presencialidad en las actividades académicas, luego de haberse superado en gran medida los contagios de la pandemia y garantizarse la seguridad de la comunidad universitaria para proseguir con los cursos de forma habitual, pero integrando el uso de las plataformas virtuales y otros recursos empleados durante el confinamiento, con el propósito de seguir ampliando la dinámica lectiva; por otro lado, la incorporación de flamantes docentes luego de un exigente concurso, lo cual favorece la revitalización de los contenidos y el desarrollo de los cursos con nuevos partícipes para el fomento de la teoría, la investigación y la excelencia académica en nuestra *alma mater*.

El presente número se desarrolla de forma multidisciplinaria a partir de los siete estudios que lo conforman. Se inicia con el trabajo de los profesores Rubén Gonzales Espinoza y Robinson Gonzales Campos, quienes desarrollan un estudio centrado en el bien jurídico protegido en el derecho penal y su actual situación, tema que se encuentra vinculado a la función de contención del poder punitivo, garantizando que el ciudadano no se vea sometido a un ejercicio arbitrario y desproporcionado del *ius puniendi*. Como tal, se evita que tanto el derecho subjetivo de penar como el derecho objetivo, que es

el derecho penal, se tornen autoritarios y contravengan los postulados democráticos de estos tiempos.

Siguiendo con la investigación penal, tenemos el trabajo del profesor Raúl Pariona Arana «El delito de concusión en el Perú», mediante el cual se aborda la problemática dogmática y político criminal de dicho delito en el país, el cual, conforme a su estructura típica, constituye una forma especial de abuso funcional y de corrupción. Se analiza, además, la regulación del delito en nuestra legislación nacional, sus alcances y principales problemas dogmáticos a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.

En el ámbito de la teoría constitucional, Rafael Manuel Ruiz Hidalgo expone su estudio «El pensamiento constitucional y la Constitución del Perú en el siglo xx», resaltando que el predominio del pensamiento liberal ha sido determinante en las dinámicas de conservación o cambio constitucional, al interactuar con diversas corrientes doctrinarias y tendencias relevantes en el Perú. En este sentido, el surgimiento del neoliberalismo hacia finales del siglo pasado se refleja en la Constitución de 1993.

Asimismo, el trabajo de Marco Antonio Jamanca Vega comparte esta temática. El autor expone un estudio histórico del constitucionalismo peruano que asume como eje a la Constitución de 1823 para evaluar la génesis del gobierno representativo. Es un aporte destacable en el marco del bicentenario de la primera Constitución de la República peruana.

Por el lado del derecho civil, en su artículo «Tutela jurídica del concebido: desde el derecho latinoamericano hasta la reciente Ley n.º 31935», Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Juan Pablo Abanto presentan una detallada investigación en la que analizan la evolución histórico-jurídica del tratamiento jurídico del concebido en las distintas edades de la humanidad; además, realizan un repaso de los planteamientos teóricos de los grandes codificadores Augusto Teixeira de Freitas, Andrés Bello y Dalmacio Vélez Sarsfield para, finalmente, ingresar a la situación en nuestro país, detallando las circunstancias más resaltantes en su tratamiento actual.

Continuando con las investigaciones por parte de nuestros docentes, tenemos el artículo de Manuel Bermúdez-Tapia, en el cual se aborda el complejo contexto que afronta la gobernabilidad en el Perú, efectuando una evaluación de la realidad política, económica y social peruana de los últimos seis años, donde se ha omitido considerar la interrelación de variables que han incidido en un período de inestabilidad de gran magnitud. Resalta en esta situación la escasa atención del desarrollo urbano y el planeamiento demográfico nacional, puesto que la población reside en espacios geográficos deficientes que limitan la posibilidad de generar márgenes de inclusión positivos, por lo que la atención de servicios públicos ha sido escasa.

Finalmente, sumado a los estudios internacionales que se incluyen en nuestros números, presentamos el trabajo de Angelo Venchiarutti, catedrático de la Universidad de Trieste, en el cual se discute acerca de la protección civil de la persona con discapacidad en el derecho privado italiano y los cambios normativos en su tratamiento. Este es un aporte que consideramos bastante valioso y de lectura necesaria para reforzar los temas del derecho civil comparado, los cuales favorecen a la permanente evaluación de las normas de nuestro sistema jurídico.

En términos de justicia, deseamos patentizar un vivo reconocimiento a nuestro colega y asiduo colaborador Ciro Gálvez Herrera, para poder dar cima al presente número. Las sugerencias y la revisión de las pruebas que nos ha brindado han sido de sumo provecho.

Lima, diciembre de 2023

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO  
DIRECTOR

*Revista de Derecho y Ciencia Política*  
*Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*  
*de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*



REVISTA DE  
**DERECHO**  
Y CIENCIA POLÍTICA



# Artículos de investigación





Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

**REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política**  
**de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

Vol. 78, n.º 78, enero-diciembre, 2023 • Publicación anual. Lima, Perú  
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)  
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2023.v78n78.01

## **EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DERECHO PENAL: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN**

The protected legal right in criminal law: current state of affairs

CHEDORLAOMER RUBÉN GONZALES ESPINOZA  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [cgonzalese@unmsm.edu.pe](mailto:cgonzalese@unmsm.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0001-6493-1662>

ROBINSON OCTAVIO GONZALES CAMPOS  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [rgonzalesc@unmsm.edu.pe](mailto:rgonzalesc@unmsm.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-1520-0024>

### **RESUMEN**

En el presente trabajo de investigación se exponen las diversas opiniones de doctrinarios penalistas nacionales e internacionales respecto al debate del bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal. En los siguientes puntos se desarrolla la evolución histórica de la referida discusión, las concepciones del bien jurídico penal, la

jurisprudencia nacional vinculada a dicho tema, además de las posiciones de la protección de bienes jurídicos y la reestabilización de la vigencia de la norma. Una vez desarrollado cada uno de los puntos del cuerpo de la investigación, se esboza la discusión respecto a los puntos problemáticos; luego, se elabora una serie de conclusiones, recomendaciones y un breve esbozo de la contribución e impacto social de la presente investigación.

**Palabras clave:** bien jurídico; derecho penal; poder punitivo.

## ABSTRACT

This research paper presents the different opinions of national and international criminal doctrinarians regarding the debate on the legal good as the legitimising basis of criminal law. In the following points, the historical evolution of the discussion as mentioned earlier, the conceptions of the criminal legal good, the national jurisprudence linked to this subject, as well as, the positions of the protection of legal goods and the reestablishment of the validity of the norm are developed. Once each of the points in the body of the research has been developed, the discussion of the problematic points is outlined, followed by a series of conclusions, recommendations, and a brief outline of this research's contribution and social impact.

**Keywords:** legal right; criminal law; punitive power.

Recibido: 24/11/2023    Aprobado: 1/12/2023    Publicado: 11/12/2023

## 1. INTRODUCCIÓN

Esta investigación surge de la siguiente interrogante: ¿el derecho penal protege o no los bienes jurídicos fundamentales? En primera instancia, los penalistas inconstitucionales responden que no protege los bienes jurídicos, sino la lealtad a la norma. Ante ello se evidencian dos cuestiones transgredidas con tal premisa: el principio de lesividad y el principio de culpabilidad de acto (artículos IV y VII del título

preliminar del Código Penal); además, se deja de lado la antijuricidad material. En cambio, otros *ius* penalistas opinan que el derecho penal sí protege los bienes jurídicos fundamentales, sirviendo esto para que el derecho penal objetivo sea el límite del derecho penal subjetivo, *ius puniendi*.

El tema del bien jurídico en el derecho penal es controvertido debido a las diferentes posturas sostenidas al respecto. Dicho tema resulta fundamental, dado que abordarlo implica reflexionar sobre la legitimación misma del derecho penal, es decir, responder a la interrogante sobre la necesidad de su existencia y su función en la sociedad.

Dada la influencia que tienen las posturas descritas en la labor de administrar justicia en nuestro país, resulta fundamental examinar la jurisprudencia nacional, a fin de identificar qué posición se ha adoptado, cuál predomina o qué inclinaciones sobre una u otra posición se logra advertir.

En otras palabras, si no ponemos coto al avance de la posición doctrinaria autoritaria, que desconoce que el derecho penal protege bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, dejaremos que avance un derecho penal autoritario y, por ende, prácticamente desaparecerán las garantías fundamentales para evitar el abuso del poder punitivo del Estado, *ius puniendi*, redundando esto en perjuicio de la democracia endeble que hoy en día existe en nuestro país; de ahí la importancia que tiene el objeto de nuestra investigación.

## 2. METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS

### 2.1. OBJETIVOS

#### 2.1.1. Objetivo general

Identificar el estado de la cuestión del debate respecto al bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal.

### 2.1.2. Objetivos específicos

- Desarrollar el fundamento que legitima la intervención del derecho penal en conflictos humanos y que, a su vez, le asigna su función en la sociedad.
- Reconocer las posturas que están en el centro de la discusión respecto al bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal.
- Identificar cuál es el posicionamiento de la jurisprudencia nacional respecto al bien jurídico en el derecho penal.

## 2.2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 2.2.1. Problema general

¿Cuál es el estado actual de la cuestión respecto al debate del bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal?

### 2.2.2. Problemas específicos

- ¿Qué fundamento brinda legitimación al derecho penal y determina su función en la sociedad?
- ¿Qué posturas respecto a la discusión del bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal se encuentran en el centro del debate doctrinario?
- ¿Cuál es el posicionamiento de la jurisprudencia nacional respecto al bien jurídico en el derecho penal?

## 2.3. HIPÓTESIS

### 2.3.1. Hipótesis general

De la revisión del estado de la cuestión actual respecto a la discusión del bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal, se observa un giro hacia la posición de la reestabilización de la vigencia de la norma.

### 2.3.2. Hipótesis específicas

- La protección de bienes jurídicos legitima al derecho penal y determina su función en la sociedad evitando así un desborde autoritario y antidemocrático del derecho subjetivo de penar (*ius puniendi*) que tiene el Estado.
- Entre las posturas que desarrollan el tema del bien jurídico en el derecho penal y, a su vez, se encuentran en el centro del debate están la de la protección de bienes jurídicos y la de reestabilización de la vigencia de la norma.
- La jurisprudencia nacional muestra un alejamiento de la posición tradicional consistente en la protección de bienes jurídicos, que resulta en un peligro en contra de un derecho penal constitucional y democrático.

### 2.4. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Se utiliza un tipo de investigación jurídica, toda vez que se enfoca en realizar un análisis dogmático jurídico-penal de las posturas existentes sobre el tema del bien jurídico en el derecho penal.

En el presente estudio, se emplearon las técnicas típicas para este tipo de investigación:

- a) Análisis documental. Se utilizó información sobre el bien jurídico protegido en el derecho penal, proveniente de manuales, tratados y artículos de investigación jurídica.
- b) Fichaje de información. Las fichas bibliográficas se utilizaron con el objetivo de organizar la información de las diversas obras consultadas; estas permitieron un adecuado procesamiento de la información.
- c) Contrastación de hipótesis. La información recopilada conforma los resultados que han sido sometidos a discusión a fin de determinar la constatación de la hipótesis formulada.

### 3. RESULTADOS

#### 3.1. ESTADO DEL ARTE

En la actualidad, son diversos los manuales y los tratados de derecho penal que abordan entre sus diversos tópicos el tema del bien jurídico protegido en el derecho penal. Respecto a aquellos que, de alguna manera, se vinculan con el presente estudio, podemos citar los que siguen.

Percy García Cavero (2019) sostiene que

[una] mayor uniformidad de criterio para la determinación del bien jurídico procura la concepción institucional defendida por Jakobs, quien entiende que el derecho penal no protege bienes jurídicos como objetos (materiales o inmateriales) valorados positivamente, sino la vigencia de la norma que establece los comportamientos compatibles con su respeto (p. 123).

Según Luis Miguel Bramont-Arias Torres (2005):

el derecho penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales que se presente, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social. Estos valores fundamentales son los denominados bienes jurídicos —interés jurídicamente tutelado—; no todos los bienes jurídicos cuentan con protección penal, sino solo los más importantes (pp. 91-92).

Por su parte, Juan Fernández Carrasquilla (1992) plantea que «un derecho penal democrático solo debe proteger bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica» (p. 32).

En esa línea, para Santiago Mir Puig (2019),

que el derecho penal deba proteger «bienes jurídicos» no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente

tutelados deba determinar la intervención del derecho penal. Ambas cosas se opondrían, respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal (p. 91).

Por último, sobre las concepciones de la protección de los bienes jurídicos y de la garantía de la vigencia de la norma, Felipe Villavicencio Terreros (2006) explica que, en un primer momento, estas eran concebidas como perspectivas complementarias de la antijuridicidad en su ámbito material y formal, respectivamente. Sin embargo, en la actualidad, ambas posturas se ven enfrentadas y son concebidas como excluyentes.

### 3.2. ANTECEDENTES

Manuel Abanto Vásquez (2006) afirma que renunciar a la teoría de los bienes jurídicos implicaría la pérdida de la capacidad crítica del derecho penal; asimismo, señala que plantear que la legitimidad del derecho penal se restringe a la mera protección de expectativas normativas abre la puerta a un derecho penal de autor. Para Abanto, la teoría de los bienes jurídicos de base constitucional brinda una base real, verificable y controlable mediante la cual puede trabajarse el derecho penal en vinculación con la política criminal.

Por otro lado, Mariano Kierszenbaum (2009) expone que la posición del bien jurídico atraviesa una fuerte crisis, debido a que recibe críticas de distintos sectores de la doctrina. Sin embargo, ello no debe alejarnos de la cuestión central, que consiste en atender a la necesidad de que el poder punitivo sea comprendido por medio del derecho penal.

Así, Cristina García Arroyo (2022) menciona que el bien jurídico cimienta la función crítica del derecho penal y las garantías propias de un Estado de derecho, por lo que no tenerlo en cuenta resulta peligroso para nuestros sistemas democráticos. Por tanto, legislar sin considerar el bien jurídico implica caer en un mero simbolismo penal, el cual dota de una falsa sensación de seguridad a la ciudadanía.

### 3.3. LA LEGITIMACIÓN Y LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO PENAL

Para Eugenio Zaffaroni (1998),

el derecho es un instrumento de posibilitación de la existencia humana, entendiendo por existencia, brevemente dicho, la relación de cada hombre con su ser [...]. La existencia humana no puede ser sino en la forma de coexistencia de existir con otros que también existen (p. 74).

Respecto a la teoría de la pena, Bramont-Arias (2005) refiere que

está vinculada a la función que corresponde al derecho penal dentro de la sociedad [...], la pena ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre —su libertad—, pero esto solo se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo (p. 95).

Juan Bustos Ramírez (1984) sostiene que

la intervención del Estado solo está justificada en la medida en que resulte necesaria para la mantención de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática. Todo lo que va más allá de tal medida lo encausa por la vía autoritaria, que termina inevitablemente en la supresión de las bases democráticas del Estado (p. 49).

Percy García Cavero (2019) indica que «para la concepción de Jakobs, la pena obtiene legitimación material de la necesidad de garantizar la vigencia social de la norma penalmente garantizada frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con dicha norma» (p. 93).

Felipe Villavicencio Terreros (2006) expone una síntesis de la historia del pensamiento penal. En Francia surgió la posición de la «Nueva Defensa Social», de Marc Ansel, la cual estaba vinculada al pensamiento positivista. Dicha posición sostenía que el derecho penal

debía ser transformado tomando al hombre como punto de partida, es decir, purgando al derecho penal de construcciones meramente jurídicas y reconfigurando los conceptos vinculados al delito, las penas y la personalidad del delincuente. En Italia surgió el exponente más extremista de la posición de la «Nueva Defensa Social».

Por otro lado, en 1975, el Grupo de Bologna presentó al público la revista *La Questione Criminale*, donde planteaba una política criminal alternativa, la cual tenía tal denominación por utilizar las herramientas de la criminología crítica. Asimismo, dicha posición tenía como finalidad última el cambio del sistema económico-político, partiendo de una concepción socialista del Estado (Nuvolone, 1981; Baratta, 1986, citados en Villavicencio, 2006).

En Holanda, Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis (1984) plantearon una perspectiva abolicionista del sistema penal, apelando a las graves deficiencias y contradicciones; de implementarse esta propuesta, las instituciones serían reconfiguradas y los jueces se dedicarían a casos civiles; la administración penitenciaria, al servicio de asistencia social; y la policía, a custodiar la paz en la comunidad. Los mismos autores plantean que la lógica del sistema penal debe ser superada; por ejemplo, para ellos no hay delitos ni crímenes, sino más bien situaciones problemáticas o conflictos. Sumado a ello, proponen la implementación de un mecanismo de resolución de conflictos que devuelva a las personas implicadas el manejo de estos. Existe también la postura minimalista del derecho penal, la cual plantea concebirlo como de *ultima ratio*, es decir, reducir su ejercicio (Villavicencio, 2000; Hulsman & Bernat de Celis, 1984).

En Alemania, a mediados de 1960, Claus Roxin actualizó la teoría del delito introduciendo criterios político-criminales, los cuales trajeron consigo una renovación del derecho penal. Además, en dicho país, se cuenta con otro jurista de suma importancia: Gunther Jakobs, quien plantea que el derecho penal es un instrumento de estabilización del sistema social, pues orienta las acciones e institucionaliza las expectativas. El pensamiento de Jakobs se encuadra en el marco del funcionalismo de la teoría sistémica sobre la base del pensamiento de Luhmann (Roxin, 1999; Bustos, 2004).

Frente al funcionalismo penal está la Escuela de Frankfurt, la cual rechaza la normativización dogmática. Este grupo de pensadores explica que el derecho penal está estrechamente vinculado a las ciencias sociales. Los integrantes de esta escuela buscan una política criminal científica orientada por sus consecuencias, es decir, por sus resultados empíricos. En ese sentido, rechazan los delitos de peligro abstracto porque implican un abandono de la protección de los bienes jurídicos (García Caveró, 2003).

Winfried Hassemer desarrolló el denominado derecho penal simbólico, que se da cuando se legisla no con la finalidad de disminuir la criminalidad, sino para generar una sensación de seguridad en la ciudadanía (Nestler, 2000).

La adecuación del derecho penal a una política criminal del riesgo implicó la reformulación de la justificación de la intervención penal para pasar de la causación de un resultado lesivo al riesgo de producirlo. Aquí los delitos de peligro abstracto son los que colisionaron con el principio de lesividad; sin embargo, en última instancia, se aceptó su inclusión en la legislación, atendiendo a la tendencia de modernización del derecho penal en el contexto de una sociedad de riesgo provocado por el desarrollo tecnológico (Zúñiga, 2001).

### 3.4. EL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL

#### 3.4.1. Naturaleza jurídica

El derecho penal es considerado, dentro de todas las ramas del derecho, como el que más repercute en la vida de las personas y el control de la sociedad, ya que actúa ante casos específicos (conductas delictivas) en los que, por su grado de relevancia social, el legislador considera necesaria la intervención penal. Es por esta razón que se considera al derecho penal como de *ultima ratio*, pues actúa específicamente ante ciertas conductas legalmente establecidas en nuestro sistema normativo nacional. Bien sostiene García Caveró (2019), al momento de determinar los componentes esenciales del derecho penal:

[p]or un lado, el derecho penal es objetivamente un sistema normativo compuesto por disposiciones jurídicas (derecho penal objetivo-formal) que establecen la imposición legítima de una pena por la realización de un hecho delictivo (derecho penal objetivo-material). Por otro lado, su generación no es espontánea, sino que es producto de una labor de protección desarrollada por el Estado, lo que haría necesario determinar en qué casos el Estado debe recurrir a la pena y cómo debe hacerlo (derecho penal subjetivo) (p. 62).

Como podemos ver, el derecho penal no es solamente un conjunto de normas vacías encaminadas a imponer sanciones penales a las personas que cometen delitos, sino que detrás de cada norma penal hay un conjunto de principios, valores y finalidades que el legislador ha tenido que tomar en cuenta para su regulación. Por ello, Silfredo Hugo Vizcardo (2016) sostiene que la finalidad de la norma penal no debe limitarse a la mera creación de deberes y obligaciones jurídicas, sino que esta ha de preordenarse a la defensa de algún bien o interés valioso, siendo, de esta manera, un medio o instrumento que garantice su protección. Al respecto, este autor, citando a García Pablo de Molina, menciona que la doctrina dominante entiende que el cometido esencial del derecho penal es la protección de los valores fundamentales del orden social, esto es, la salvaguarda de «bienes jurídicos» (Hugo Vizcardo, 2016, p. 82).

Esta salvaguarda o protección de bienes jurídicos a la que hacemos referencia tiene tal grado de importancia que en la actualidad es considerada por la doctrina mayoritaria como la función más importante del derecho penal y de la norma penal en sentido estricto. Por ejemplo, el derecho penal, para Miguel Ontiveros Alonso (2018), en relación con lo que sostiene Muñoz Conde, tiene dos funciones: «la función de protección de bienes jurídicos y la función de motivación» (p. 40); la segunda es la base para el cumplimiento de la primera, ya que solo se puede proteger a un bien jurídico a través de la función de motivación o, como diría Silfredo Hugo Vizcardo (2016): «protección y prevención constituyen un binomio inseparable y mantienen una relación de medio a fin. El derecho penal protege bienes jurídicos (esto

es, les concede garantía normativa), con el objetivo de la prevención de la lesión de los mismos» (p. 85).

En la misma línea, pero haciendo referencia a la norma penal, García Arroyo (2022) apunta lo siguiente:

tradicionalmente la doctrina ha establecido dos funciones fundamentales que en concreto la norma penal ha de desempeñar: por un lado, la primera pasa por la protección de los elementos básicos sobre los que se articula la convivencia en sociedad, es decir, los bienes jurídicos más importantes; y, por otro, función vinculada a la anterior, la motivación a los ciudadanos para que se abstengan de su ataque (p. 2).

Es importante destacar que la protección de bienes jurídicos dentro de derecho penal no solo cumple con la característica de ser función de este, sino que también adquiere la naturaleza de principio (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos), el cual ha servido para desarrollar el principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*), que sostiene que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado sería legítimo únicamente si tiene como objetivo la protección de bienes jurídicos; ello también se encuentra regulado en nuestro Código Penal, en el artículo iv del título preliminar, el cual señala: «la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley».

Por su parte, García Arroyo (2022), citando a Silva Sánchez, considera que la función de protección de bienes jurídicos «constituye una garantía fundamental del derecho penal moderno a raíz del cual surge una confluencia de principios garantísticos que vienen a legitimar esta intervención estatal» (p. 5). Dentro de esos principios, podemos señalar los principios de proporcionalidad, de fragmentariedad y el de *ultima ratio*. En la misma línea, Galán Muñoz (2005) entiende que

solo instituyendo el concepto de bien jurídico como referente básico fundamental de la creación e interpretación de las normas penales, se puede sustentar una concepción crítica y dinámica

del derecho penal como instrumento de control social, y solo así podríamos hablar de un ordenamiento jurídico garantista conforme a principios y derechos fundamentales (p. 185).

Es innegable la importancia del bien jurídico para el derecho penal, incluso es considerado un concepto consustancial a la existencia de este último. No obstante, la discusión no radica en ese punto, poco controvertido por la doctrina, sino en determinar lo que se entiende por bien jurídico, aunado con lo que sostiene García Cavero (2019), quien menciona que, en la actualidad, la legislación penal establece tipos penales que vulneran el principio lesividad:

bajo estas circunstancias, las alternativas son esencialmente dos: o se abandona la construcción conceptual del bien jurídico y su lesividad como exigencia para la imposición de una pena, o se reformulan para ajustarlas a las necesidades punitivas de la sociedad actual (p. 114).

A continuación, desarrollaremos las principales concepciones que, a lo largo de la historia, la doctrina nos ha presentado respecto al bien jurídico.

### 3.4.2. La concepción del bien jurídico

La discusión en torno a la noción del bien jurídico protegido guarda más de un siglo de antigüedad. Ciertamente, la definición (que tampoco ha obtenido un consenso entre los juristas) no ha sido un impedimento para su aplicación. Por esto, la noción esencial que resguardamos yace en el principio de exclusiva protección con relación al empleo del *ius puniendi*; como refirió Johann Michael Birnbaum (2010) en respuesta a Feuerbach: si bien no se discutía la existencia de una lesión para la aparición de una contrarrespuesta del Estado, dicha lesión se materializaba contra los bienes y no frente a los derechos subjetivos.

La materialización de dicha lesión se configuraba en la esfera fenomenológica del objeto que recubre un derecho: la intromisión por parte de un agente externo a vulnerar o perturbar el objeto protegido

no merma ni suprime la existencia de tal derecho. De ese modo, la definición del bien jurídico protegido permitió fundamentar la intromisión de la intervención penal, dado que sin dicha protección no habría forma de justificar la imposición de pena.

Como referimos en líneas anteriores, la discusión no se ha apagado y mucho menos concluido. Desde el siglo XIX, los juristas de corte causalista Karl Ludwig Lorenz Binding y Franz Ritter von Liszt expusieron una controversia en torno a la definición del bien jurídico protegido. Para el primero era necesaria una concepción formal. El objeto de protección tenía un estrecho vínculo con todo lo que señalaba la ley bajo opinión del legislador, pero sujeto a la continuidad de una «vida sana» para la comunidad jurídica, dado que esta última requería darle un valor para ser aplicada debidamente (García Cavero, 2019).

La concepción expuesta por el impulsor de la teoría de la justicia retributiva no señala una delimitación específica de la actividad legislativa sobre la criminalización de las conductas. Según esta perspectiva formalista, se estima como bien protegido por el simple hecho de guardar una protección dentro de la comunidad jurídica.

Por otro lado, Franz von Liszt (1914) sostuvo una concepción material del bien jurídico: «no es el ordenamiento jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a la condición de bien jurídico» (p. 8). Este planteamiento guarda un notorio problema que posteriormente la corriente neokantiana trataría de abordar: la noción del «interés vital». Ciertamente, el autor del proyecto de Marburgo intentó cubrir la necesidad de exponer una definición material del bien protegido, pero, al igual que Binding, no consiguió dar una explicación completa respecto a la existencia y la delimitación de una protección jurídica que recubra a un conjunto de bienes.

La corriente neokantiana incursionó bajo la línea expuesta por Von Liszt, en tanto sostuvo que los parámetros vinculados a la definición de un bien protegido recaen en factores externos al derecho. En aquella época se desplazó el método científico por el empleo de las ciencias del espíritu, entre las cuales se priorizó a la filosofía, a fin de

dar una función interpretativa del bien jurídico protegido. Cabe señalar que, desde esta perspectiva, se perdió la función crítica, dado que ahora, en cambio, se orientaba a una discusión en torno a los valores (García Caverro, 2019).

Esta corriente tomó dos orientaciones clave para cubrir la función interpretativa del bien jurídico. La primera asumía de forma equitativa el valor y el fin como características del fin perseguido por el legislador para proteger los intereses del Estado, tomando como base las costumbres y la moral que conducían a la sociedad; por otro lado, otra orientación neokantiana equiparó a la cultura con el bien protegido, lo que significaba que la lesión o la intromisión mediante el delito representaba un atentado contra la cultura.

Ciertamente, podemos enfocar múltiples cuestiones respecto a la sociedad y los delitos; sin embargo, todas estas corrientes guardaban una especulación apartada del sistema jurídico. Las instituciones jurídicas pasaban a un segundo plano cuando se buscaba explicar las operaciones realizadas por el legislador y la delimitación de la conducta lesiva sobre el bien jurídico que se debía tener en cuenta para brindar la protección respectiva.

Esto último configuró una concepción muy relativa a los fines de quien propugnaba una correspondencia entre las conductas criminalizadas con los intereses del Estado. La metodología neokantiana justificó los planteamientos irracionales de tendencia social nacionalista, los cuales fueron conducidos bajo los intereses de los penalistas de ideología nazi. Esta perspectiva optaba por recubrir de protección a los elementos ubicados en la realidad positivamente valorada. Este concepto podía englobar (dependiendo de quien la propugne) lo que considere oportuno bajo su perspectiva valorativa. Dentro del lamentable episodio nazi, se operó bajo la definición de delito como respuesta al atentado contra la fidelidad al pueblo alemán, que propugnó y continuó desarrollando ideales ajenos al Estado de derecho.

Se ha intentado brindar un fundamento ético al concepto de bien jurídico para no vincular de forma tan relativa a cualquier perspectiva de desarrollo individual con reparo a no percibir valores negativos y, así, no repetir eventos trágicos como los anteriormente descritos.

Max Ernst Mayer plantea la relación de un orden moral que ampara la protección dentro de un sistema jurídico para así poder ser ejecutado. La visión moralizante permitía no brindar falsas perspectivas del bien jurídico; no obstante, la moral puede amparar ambigüedades y el derecho no puede sostener irracionales injusticias al momento de dar carta abierta a los legisladores que, siguiendo esta idea, intenten criminalizar cualquier conducta (Hefendehl, 2007).

Los parámetros del legislador no pueden tener como sustento primordial una opinión moral apartada de la sociedad. Era necesaria una interpretación que exprese también la realidad de lo acontecido, los elementos que la rodean y la circunstancia que la propiciaron. Fue por esto último que se dio paso a este ideal moral del bien jurídico para operar con una base sociológica. Esta contrarrespuesta permitió tomar en consideración las condiciones indispensables para sostener un correcto orden social y no solo un valor ético, moral o cultural como antaño.

El estudio sociológico del derecho requiere un enfoque mucho más amplio; es imposible abordarlo en pocas líneas. Pese a ello, en la presente investigación, trataremos, aunque de forma sucinta, la concepción sociológica del bien jurídico, la cual se subdivide en dos propuestas claves.

La primera propuesta desplaza al individuo para enfocar al sistema social. Sobre el particular, Knut Amelung (2007) indica que esta perspectiva atribuye un estudio de las condiciones sociales y la realidad del sujeto para brindar protección a aquellos elementos que puedan correr cierto peligro; asimismo, se enfoca en el abandono al bien jurídico y la dañosidad social. Cabe señalar que, al igual que la corriente de tintes morales, tampoco se ha precisado del todo cuáles pueden ser los criterios para determinar el grado de dañosidad social en el que tenga que intervenir el derecho penal.

Una segunda propuesta de bases sociológicas atiende a las necesidades del individuo para su desarrollo con énfasis en las condiciones sociales. A diferencia de la funcionalidad social expuesta por Amelung, aquí no se requería un enfoque en la dañosidad social. Entre los

mayores exponentes se encuentra Winfried Hassemer, quien propone que el concepto de bien jurídico debe ser atendido en el contexto histórico cultural en donde se valoran los objetos afectados por las conductas criminalizadas, todo esto desde un panorama individual y conexo al colectivo social. Finalmente, siguiendo esta premisa, este postulado esboza que la protección jurídico-penal debe darse en atención a los intereses del individuo (Hefendehl, 2007).

El estudio enfocado en la sociedad guarda una necesaria relación con la forma en que el legislador penal debe salvaguardar los intereses individuales y colectivos, esto último en atención a los fines del Estado (la protección del respeto a los objetos tutelados dentro de los derechos subjetivos del ciudadano y del respeto a la autoridad estatal). Comprendiendo un enfoque más específico en cuanto al bien jurídico protegido, podemos asumir lineamientos formales mediante una interpretación constitucionalista, una perspectiva material que toma como base una comprensión contractualista de la sociedad y una línea institucional que centra a la protección de la norma como el eje de la protección (García Caveró, 2019).

La interpretación formal atribuida por el constitucionalismo recaba en el sentido protector y garantista como un Estado de derecho. Inclusive, el primer artículo de nuestra Constitución señala de forma expresa como finalidad suprema la defensa y el respeto por la persona. Dentro de los parámetros sujetos por el constitucionalismo ahondaremos en un sentido amplio la tutela genérica, mas no específica de aquello que el Estado prevé. Por otro lado, también a través de la lista taxativa de derechos fundamentales de la persona se puede intentar englobar los objetos tutelados por el sistema jurídico.

Sin embargo, debemos hacer una necesaria aclaración. El mero formalismo atribuido por el legislador, incluso por la Constitución, no es suficiente para atender una concepción del bien jurídico, debido a que este último, si bien se sustenta en un marco normativo vinculado al Estado social y democrático de derecho, no tiene del todo un sustento fáctico que sí se puede configurar en la sociedad. Al respecto, Raúl Ferrero Costa (2015) comenta que

la ley de leyes recoge a las instituciones que la sociedad ha creado, y si no ha ocurrido así, la vida en comunidad crea las instituciones que permitan organizar mejor la vida societaria de sus integrantes para desarrollar sus propios fines (p. 157).

Compartimos esta tesis porque, como veremos más adelante, una simple especulación o perspectiva normativa de las conductas en cuestión no permitirá, en suma, una concepción fáctica y realista de lo que el derecho busca tutelar.

Antes de continuar con la concepción material, citaremos brevemente a Jürgen Baumann (2021), quien señala que «el concepto de bien jurídico no debe interpretarse tan solo formalmente (teoría formal del bien jurídico), sino también en su aspecto material, pero no corporizado objetivamente» (p. 27).

Una definición con gran énfasis en la repercusión material y, en consecuencia, amplitud de la lesión al bien jurídico es expuesta por Claus Roxin (1997), quien sostiene los dos aspectos de protección que justifican la intromisión del Estado: la libertad del individuo en un Estado liberal y la funcionalidad del sistema social. Este autor define a los bienes jurídicos como «circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema» (p. 56).

Estos dos aspectos permiten configurar la existencia de bienes jurídicos individuales y colectivos. Los primeros otorgan a la persona la posibilidad de autodesarrollarse conforme a sus intereses. La libertad incurre en su máxima expresión como un elemento determinante para la concepción del objeto tutelar de protección; sin embargo, aquí podrían hacerse ciertos reparos en que, como hemos visto en sistemas jurídicos de antaño, el abuso de derecho no sustenta una respuesta satisfactoria para una comunidad jurídica, por lo cual se formula el segundo aspecto a considerar, relacionado con el fin y el funcionamiento del sistema. Esto nos permite comprender que los sujetos ejercitan sus conductas dentro de su esfera de libertad pero sujetas a las

restricciones señaladas por el Estado. La discusión puede continuar en caso haya una contradicción entre los intereses individuales y colectivos.

Sobre el particular, Santiago Mir Puig (2019) comenta que «la expresión “bien jurídico” se utiliza en este contexto en su “sentido político-criminal” de objeto que puede reclamar protección jurídico-penal, en contraposición a su “sentido dogmático”, que alude a los objetos que de hecho protege el derecho penal vigente» (p. 48).

Finalmente, cabe anotar que la línea institucional centrada en la protección normativa como expectativa de conducta jurídicamente garantizada es una propuesta realizada por el profesor de Bonn Günther Jakobs, quien postula uniformemente al bien jurídico protegido no como objeto material e inmaterial, sino a la vigencia de la norma que establece los comportamientos compatibles con tales vulneraciones. Al respecto, Jakobs (1997) señala lo siguiente:

si ha de existir un bien jurídico protegido es que la ley debe considerar ya alguna situación como valiosa para la «vida sana», lo que falta cuando la ley regula modos de conducta cuyo rendimiento no es valioso para algo, sino que constituye un valor por sí mismo, especialmente cuando la ley prescribe un comportamiento moral como tal. De todos modos, este resto crítico del concepto de bien jurídico se puede reducir también concibiendo la definición del concepto tan elásticamente que incluya todo fin de regulación. El bien jurídico ha de entenderse como «sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares» o como «abreviatura de la idea de fin» (p. 50).

La concepción institucional guarda ciertas críticas, entre las cuales debemos hacer algunas anotaciones al respecto. El célebre jurista alemán explica que no es una situación *ex ante*, sino *ex post* respecto al momento de la vulneración; no obstante, como bien recordamos, a través de la prevención general, se comprende la evitabilidad de tales conductas y no una restauración de la norma defraudada.

Por otro lado, una visión unitaria de tal concepto trae a colación la discrepancia entre la imposición punitiva y el ejercicio de los derechos individuales con relación a las limitaciones que puede señalar el Estado; la sanción arbitraria no es compatible con un Estado social y democrático de derecho, por lo cual no sería viable un sistema punitivo.

El último punto para tomar en consideración es el enfoque que se brinda al bien jurídico protegido. Un objeto tan abstracto como la norma no puede ser señalado como un eje arbitrario para sancionar sin discreción. La cuestión enfoca necesariamente el momento en que se ha vulnerado un deber negativo de lesividad. Para este enfoque, la mera vulneración justifica una sanción cuando se debe hacer un estudio previo del grado de lesión, como lo son los actos preparatorios dentro de la teoría del *iter criminis*; igualmente, observamos una injustificada aplicación de las penas que, en suma, no conllevan una mejora en la sociedad.

Se debe reconocer la existencia de bienes jurídicos ajenos a la norma, por lo cual no se debe atender exclusivamente a esta última para sustentar una sanción penal. En consecuencia, se debe atender a la realidad individual o social, la que finalmente se protege a través del derecho penal.

### 3.5. PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO O VIGENCIA DE LA NORMA COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL

En los últimos tiempos, se ha promovido el debate académico en torno a la concepción del bien jurídico como legitimación del derecho penal, en razón de que por muchos años se tenía por bien sabido que la función principal del derecho penal era la exclusiva protección de los bienes jurídicos, cuyo principal propulsor era Claus Roxin. No obstante, a través de las críticas que se postularon hacia esta teoría y mediante la aparición de una nueva postura de corte institucional normativista, planteada por Günther Jakobs, se ha reabierto el debate académico, pero ya no enfocado en la concepción del bien jurídico, sino en la función que este cumple, poniendo en duda el carácter

legitimador del derecho penal. En ese sentido, sale a la luz una nueva concepción legitimadora: la protección normativa como expectativa de conducta jurídicamente garantizada.

Mucho se ha dicho respecto a esta discusión doctrinal; por tales motivos, en el presente subapartado analizaremos las posturas señaladas anteriormente, sin ahondar en definiciones o postulados que ya han sido desarrollados en la sección anterior. Por tanto, expondremos un análisis crítico y plantearemos nuestra propia posición, sin desmerecer los importantes aportes que los estudiosos del derecho penal han planteado sobre este tema.

### 3.5.1. La postura de la protección de bienes jurídicos

Desde que Birnbaum acuñó el término «bien jurídico», dejando de lado el sentido ideológico de su concepto, se empezó a considerar a la protección de este bien como fundamento legitimador de la intervención penal y, desde ese momento, adquirió un grado de importancia enorme. Como hemos visto en los apartados anteriores, se ha llegado a considerar a la protección del bien jurídico como función y principio del derecho penal moderno y, a la vez, se ha ido incorporando a la largo de la historia una serie de conceptos sobre este, de acuerdo con el contexto social de la época y la concepción de cada autor. Sin embargo, debemos destacar que todos estos conceptos se encuentran enmarcados en la debida protección del bien jurídico por parte del derecho penal.

En cuanto a la postura de protección del bien jurídico como elemento legitimador del derecho penal, pierde relevancia incidir en el debate doctrinal respecto a la concepción de este; en cambio, debemos tomar como punto de partida su naturaleza jurídica y la protección que le debe dar el derecho penal, en donde solo es posible legitimar la intervención penal si se vulnera o pone en peligro un bien jurídico protegido, ya que, cualquiera sea su concepto, siempre debe ser el primer filtro para limitar el *ius puniendi* del Estado.

Entre las funciones de la postura de protección de bienes jurídicos, además de ser un límite al *ius puniendi* estatal, encontramos

una función de carácter teleológico, en el sentido de constituir un criterio de interpretación de los tipos penales que condicionará su sentido y alcance conforme a la finalidad de protección de un determinado bien jurídico; una función sistemática que tiene su reflejo en la parte especial del Código Penal [para poder agrupar a los delitos]; una función garantizadora que determina una limitación de carácter material, dado que conlleva la posibilidad de una revisión crítica de la norma y de todo el ordenamiento penal en un sentido tanto de incriminación como de desincriminación de los comportamientos; una función de medición de la pena que conlleva que la mayor o menor puesta en peligro de un bien jurídico sirva de base para la concreta determinación de la pena; y una función de legitimación material de la norma penal que necesita ser justificada racionalmente en un Estado de derecho (García Arroyo, 2022, p. 4).

Respecto a este punto, Manuel Abanto (2006) menciona que

la importancia del concepto «bien jurídico» se manifiesta en las funciones que usualmente le atribuye la doctrina mayoritaria. La más importante de ellas, aunque la más polémica (y en mi opinión la decisiva en la confrontación con el normativismo radical) es la llamada función crítica: desde una perspectiva del «ideal del principio democrático», el penalista estaría en condiciones de discutir la legitimidad de aquellos tipos penales creados o por crearse que no cumplan con proteger bienes jurídicos (pp. 5-6).

A pesar del grado de importancia que ha adquirido esta postura, no ha sido suficiente para dejar de ser el blanco de duras críticas por parte de la doctrina, empezando por poner en duda la eficacia del derecho penal respecto de la protección de bienes jurídicos, al sostener que, en la mayoría de los casos, este actúa demasiado tarde, cuando el bien jurídico ya ha sido vulnerado, teniendo en realidad una protección ideal basada en la función de motivación y prevención de delitos. El principal opositor a esta teoría, como lo veremos más adelante, es Günther Jakobs, quien con su teoría funcional normativista quiso

encontrar un nuevo horizonte para el derecho penal, pero fue duramente criticado por ir en contra de muchos principios y postular un derecho penal no acorde con los Estados modernos, que se caracterizan por ser democráticos y garantes de los derechos fundamentales de la persona.

En la doctrina nacional, existen algunos autores que han señalado las principales críticas hacia la postura de la protección de los bienes jurídicos. Por un lado, García Caveró (2019) apunta que se regulan tipos penales que vulneran el principio de lesividad; en concordancia con ello, encontramos dos formas de tipificación muy extendidas en el derecho penal actual: «los delitos de peligro abstracto (*abstrakte Gefährdungsdelikte*) y los delitos de comportamiento (*Verhaltensdelikte*). En ambos casos, el delito se castiga sin que exista una afectación concreta a un bien jurídico penalmente protegido» (p. 124). Por otro lado, entre todas las críticas que identifica Abanto Vásquez (2006), consideramos más importantes las siguientes: a) No se ha encontrado aún un concepto satisfactorio de bien jurídico; b) la lesividad no funciona en el sentido naturalístico; c) la teoría de los bienes jurídicos no explica de manera satisfactoria la punibilidad de los delitos de peligro, en especial los de peligro abstracto; d) la función crítica de los bienes jurídicos no han impedido el surgimiento de tipos penales que no protejan estos bienes (p. 21).

Para responder a las críticas de la teoría de los bienes jurídicos, Abanto Vásquez (2006), desde una perspectiva constitucionalista y con base en la reformulación que propone de la teoría de los bienes jurídicos, las rebate como se ve a continuación.

Con respecto a la crítica de que no se ha encontrado aún un concepto satisfactorio de bien jurídico, plantea lo siguiente:

Es prescindible un concepto estricto de «bien jurídico». Todos coinciden en que tal concepto debería contener valores, intereses, condiciones básicas, mínimas para la coexistencia pacífica de los ciudadanos en una sociedad organizada bajo un Estado social y democrático de derecho. Pero, más allá de este consenso mínimo, el concepto debería quedar abierto para acoger nuevos

desarrollos y necesidades sociales que surjan en la medida en que cambien las relaciones individuales en la sociedad sea debido al desarrollo tecnológico, [...] los cambios culturales, sociales y económicos. Por eso, en definitiva (y en contra de un sector que sí admite la utilidad de un «concepto positivo»), lo mejor que se puede conseguir con la teoría de bienes jurídicos es una «definición negativa»; es decir, la posibilidad de descartar lo que no debe ser considerado bien jurídico (Abanto, 2006, p. 22).

Sobre la crítica que señala que la lesividad no funciona en el sentido naturalístico, Abanto (2006) menciona que «la lesividad no debe ser entendida en sentido estrictamente naturalístico e individual, pues lo que interesa es el “daño social” provocado por el delito, sea que este se produzca a través de un “perjuicio” verificable “individualmente” o no» (p. 22).

En cuanto a la crítica de que la teoría de los bienes jurídicos no explica de manera satisfactoria la punibilidad de los delitos de peligro, en especial, los de peligro abstracto, Abanto (2006) sostiene que

los delitos de peligro abstracto sí pueden ser explicados bajo la concepción de los bienes jurídicos. La doctrina dominante admite la legitimidad de los tipos de «peligro abstracto» pues el principio de lesividad no exige una «lesión», sino que también admite una «puesta en peligro» de bienes jurídicos (con más exactitud: de objetos del bien jurídico), en especial si se trata de bienes jurídicos de primer orden (que también pueden [ser] bienes jurídicos colectivos) ante graves riesgos (p. 22).

Por último, acerca de la crítica que señala que la función crítica de los bienes jurídicos no ha impedido el surgimiento de tipos penales que no protejan estos bienes, para Abanto (2006):

[e]l carácter crítico de los bienes jurídicos se mantiene pese a que, a veces, no sea respetado. No debe confundirse el «ser» (la existencia de algunos tipos penales que no defienden bienes jurídicos) con el «deber ser» (la crítica sobre la legitimidad de

dichos tipos). Además, la cuestión de las consecuencias en caso de constatarse una falta de legitimidad de una disposición penal es más bien una cuestión de derecho público y constitucional que puede variar de país a país. En el caso peruano, por ejemplo, dado que existe una disposición expresa sobre la «exclusiva protección de bienes jurídicos» en el artículo IV del título preliminar del Código Penal, así como la posibilidad del «control difuso» a través de todos los jueces (incluidos los penales), nada impide, en teoría, que estos directamente (sin esperar una declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional) inapliquen la ley penal en casos de evidente incompatibilidad de la ley penal con la constitucional (p. 23).

Por otro lado, respecto al problema de la existencia de tipos penales de peligro abstracto y de comportamiento que vulneran el principio de lesividad, García Caveró (2019) plantea que

el derecho penal actual no puede prescindir de la técnica legislativa del peligro abstracto y de la criminalización de los comportamientos contrarios a convicciones sociales elementales, si es que no quiere sacrificar su propia funcionalidad social. El problema es la ruptura que supone la admisión de estas formas de tipificación con la concepción tradicional del principio de lesividad, pues no se cumpliría con la exigencia de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico. A nuestro modo de ver, la solución no puede mantener el esquema conceptual formulado históricamente bajo la comprensión liberal del bien jurídico y negarle la naturaleza penal a todo lo que no se ajuste a este entendimiento de las cosas. Tampoco la vía de la excepción resulta satisfactoria, pues se termina por esta vía evadiendo el control de racionalidad contenida en la regla. Lo que se requiere, a nuestro modo de ver, es llevar a cabo una reformulación del concepto de bien jurídico para hacerlo funcional a las necesidades punitivas de la sociedad actual y, de esa manera, dimensionar apropiadamente la lesividad de las conductas penalmente relevantes (p. 131).

Esta reformulación considera la existencia del bien jurídico como un ente legitimador del derecho penal, por lo que el uso de este «solamente podrá estar autorizado si la forma de conducta penalmente sancionada resulta incompatible con la preservación de esas condiciones esenciales para el desarrollo de las personas» (García Cavero, 2019, p. 132). Sin embargo, el autor sostiene que el bien jurídico penalmente protegido se debe entender como lo que protege el derecho penal por medio de la imposición de la pena: «la vigencia de la norma que ordena las actuaciones de manera compatible con las condiciones esenciales para la realización de la persona en sociedad» (p. 132). De esta manera, propone distinguir entre el bien jurídico, el objeto que este representa y el bien jurídico penalmente protegido, considerando que es en este último donde actúa el principio de lesividad. En otras palabras, se entiende a la lesividad como la defraudación de la norma, pero sin desconocer el carácter legitimador del bien jurídico «como criterio de legitimación de la incriminación penal» (p. 133).

### 3.5.2. La postura de la vigencia de la norma

Aunque la postura de la protección de bienes jurídicos sea la corriente mayoritaria, hay autores que sostienen que la legitimación del derecho penal no es la protección de bienes jurídicos. Por ejemplo, Günther Jakobs considera que la función del derecho penal es garantizar lo que denomina «identidad normativa»:

en su propuesta funcional normativista de interpretación del derecho penal, [critica] la teoría del bien jurídico [y observa] que resulta un sinsentido afirmar que el derecho penal protege bienes jurídicos, ya que [...] el sistema penal recién se pone en marcha una vez que el bien ya ha sido lesionado o puesto en peligro, (por ello Welsel afirmaba que el [d]erecho penal siempre actúa «demasiado tarde»). Para Jakobs, «la pena no repara bienes, sino que confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el [d]erecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino solo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma,

a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación y expresión de sentido entre personas» (citado en López, 2021, p. 69).

Para argumentar su teoría, Jakobs (2004) recurre a la prevención general positiva que hace hincapié en el reconocimiento normativo, ya que lo que sostiene es que

el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquella inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama «prevención general positiva». [Así,] lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma. [En ese sentido, se rechaza que la función del derecho penal sea la protección de los bienes jurídicos en vista de que, si así fuera, se saldría] de un punto de partida erróneo, pues el derecho es una relación entre personas, solo a través de estas también entran en acción los bienes (p. 41).

En conclusión, podemos decir que, según Jakobs, la función del derecho penal reside en la confirmación de la vigencia de la norma; dicho de otro modo, se trata de una función de garantía de la estructura o la identidad normativa de la sociedad. En relación con esta postura, respaldamos lo que sostiene García Arroyo (2022), quien menciona lo siguiente:

[no] compartimos la afirmación de Jakobs, por considerar que su concepción de la norma jurídico penal solo se comprende puesta en relación con un determinado sistema social y en tanto que mero sistema descriptivo, aséptico y tecnócrata, absolutamente exento de cualquier valoración o crítica a ese sistema. Según Muñoz Conde, la teoría sistémica conduce a una concepción preventiva integradora del derecho penal en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema, y así se fortalece el sistema existente y sus expectativas institucionales, pero no se busca su modificación o crítica; de este modo, en este sistema la

norma penal soluciona el conflicto atacando el problema donde se manifiesta, pero no donde se produce, legitimando un sistema que no es cuestionado. Cuando desde la teoría sistémica se habla de la funcionalidad de la norma jurídico penal, nada se dice de la forma en la que debe funcionar ni sobre el sistema social para el que es funcional, por lo que no llegamos a comprender la esencia del fenómeno jurídico punitivo. La teoría sistémica sustituye el concepto de bien jurídico por el de funcionalidad del sistema social y entendemos que el funcionamiento del derecho penal en general tiene que tener una función de control dentro del sistema en el que se integra, por lo que aceptar una teoría sistémica nos llevaría a que la ciencia del derecho penal pierda la posibilidad para criticar el derecho penal positivo, por lo que podemos afirmar que reivindicar la teoría sistémica es renunciar a la función crítica que debe tener el derecho penal (p. 3).

En la actualidad, pocos son los que siguen el funcionalismo sistémico, al considerarlo inconstitucional. A pesar de eso, algunos autores respaldan con ciertos matices sus postulados: «Gómez Benítez sigue un planteamiento similar, aunque sin renunciar al concepto de bien jurídico [...] Más recientemente, Cancio Melía defiende que el bien jurídico debe subsumirse bajo el concepto de vigencia de la norma como fundamento de la intervención penal» (García Arroyo, 2022, p. 21). En cuanto a la doctrina nacional, podemos poner de ejemplo a García Cavero, pues, como lo mencionamos anteriormente, no desconoce al bien jurídico como elemento legitimador del derecho penal, pero considera que el bien jurídico penalmente protegido es la vigencia de la norma.

Por último, tomando una posición respecto a estos dos postulados, consideramos que la existencia del bien jurídico protegido como ente legitimador del derecho penal es una garantía innegable para justificar su existencia e intervención; no obstante, se deben reformular los alcances de este postulado para combatir las críticas que recibe, sobre todo en el marco del incumplimiento del principio de lesividad. Por otro lado, no compartimos la postura de la vigencia de

la norma como ente legitimador del derecho penal, ya que un funcionalismo sistémico genera un descontrol en el intervencionismo del Estado, al no existir ningún fundamento que justifique su intervención penal, dado que la norma penal se legitima en sí misma y la pena, en el simple quebrantamiento de ella. Es por estas razones que, en un intento de justificación actual respecto a esta teoría, se han creado matices aceptando la existencia del bien jurídico. Aun así, nosotros no cedemos a estas posiciones ambivalentes y seguimos nuestra posición a favor de que el derecho penal tiene como fin exclusivo la protección de bienes jurídicos fundamentales, surgidos de la propia realidad social, tomando como centro a la persona o al individuo y que se traducen en sus derechos fundamentales en las constituciones.

### 3.6. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La Corte Suprema de Justicia de la República (2021), mediante la Casación n.º 2073-2019-Lambayeque, en su fundamento de 5.1., ha fijado lo siguiente:

Siendo así, la valoración político-criminal que se realiza del peligro, como sustento de su incriminación, no se realiza en referencia a la afectación del objeto que representa el bien jurídico protegido ni a su capacidad futura de vulnerarlo, sino, sobre la afectación de las condiciones de disposición segura del mismo.

De la lectura de este fundamento de derecho se advierte que la Corte Suprema se aleja de la posición de la protección de bienes jurídicos, al sostener que no se requiere que el peligro esté referido a la afectación de un bien jurídico o la capacidad remota de vulnerar. De igual modo, se infiere que para la Corte Suprema el bien jurídico ha dejado de ser el punto de partida para fundamentar la intervención del derecho penal. En la misma línea que el principio de lesividad, se encuentra establecido en el artículo IV del título preliminar de nuestro Código Penal que no hay delito y no hay pena si por lo menos el bien jurídico protegido no ha sido lesionado o puesto en peligro, constituyéndose así este principio como límite al abuso del poder punitivo del Estado.

El Tribunal Constitucional (2012), mediante la sentencia de 3 de mayo de 2012, recaída en el Expediente n.º 00017-2011-PI/TC, en su fundamento 4.[4.], ha fijado lo siguiente:

La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el «correcto funcionamiento de la administración pública». A su vez, este Tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (*vgr.* Libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal «De la Función Pública».

Frente a esa posición dominante sobre el bien jurídico genérico en los delitos contra la Administración pública, Francisco Celis Mendoza Ayma (2023,) en una ponencia en el marco de las Jornadas Académicas de Verano 2023 del Taller de Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ha mencionado que

[c]uando hablamos de los delitos funcionariales —y lo dice el profesor Zaffaroni— no hay nada más disponible que la prestación a la que está obligado el Estado a través de sus funcionarios o servidores públicos. Y no le falta razón porque todo funcionario lo es, pero vinculado a una prestación que tiene que realizar dentro del ámbito de sus atribuciones [...] Así que cuando esta persona hace una disposición pública de esta prestación, no hay ningún problema [...]. ¿Qué pasa en el caso del policía si en lugar de realizar la prestación, es decir, de imponer la papeleta, lo que hace es una disposición privada de esa prestación pública? Lo que hace ahí es pervertir o corromper ese bien jurídico, es decir, afectó el bien jurídico. [...]

Esto [debe] ser comprendido para construir una proposición fáctica porque cuando de pronto se habla del bien jurídico como la recta administración pública, o cuando de pronto se emplea términos como la recta administración de justicia, eso

solo queda de una manera nominal, no se dice nada. Peor aún desde quienes postulan que es la honestidad, la transparencia, la corrección [...] (41m55s - 44m10s).

#### 4. DISCUSIÓN

El bien jurídico protegido es el fundamento legitimador del derecho penal debido a la función de contención del poder punitivo que cumple en un Estado de derecho y, a su vez, dicho fundamento determina la función social del derecho penal, que consiste en la protección de bienes jurídicos —que se traducen en derechos con sustrato material reconocidos en la Constitución Política— frente a vulneraciones o peligros penalmente relevantes.

A partir de la revisión de doctrina especializada en el tema, sostenemos que las posiciones que están en el centro de la discusión respecto al fundamento legitimador del derecho penal son la posición de la protección de bienes jurídicos y la posición de la reestabilización de la vigencia de la norma. La primera sostiene que solo es posible legitimar la intervención penal si se vulnera o pone en peligro un bien jurídico protegido, ya que su concepto debe ser el primer límite al ejercicio del poder punitivo. La segunda sostiene que la función del derecho penal radica en la confirmación de la vigencia de la norma, garantizando de esta forma la identidad normativa de la sociedad frente a la defraudación.

De la jurisprudencia nacional analizada podemos advertir que la posición de la protección de los bienes jurídicos ha perdido terreno; por ende, existe un direccionamiento en favor de la posición de la reestabilización de la vigencia de la norma al tiempo que se desmaterializa el fundamento de legitimación del derecho penal. Esto nos lleva a caer en fundamentaciones abstractas o idealistas que realmente ponen en peligro la función primordial del derecho penal: la contención del derecho subjetivo de punir que tiene el Estado, que puede terminar en un abuso indiscriminado de dicho *ius puniendi*.

## 5. CONCLUSIONES

La posición de la protección de bienes jurídicos ha sido objeto de cuestionamientos por un sector de la doctrina y, actualmente, en la jurisprudencia nacional se muestra una inclinación en favor de la posición de la reestabilización de la vigencia de la norma que, de manera paradójica, no es doctrina mayoritaria y menos es de aplicación jurisprudencial en el país de origen de su propulsor (Günther Jakobs), es decir, Alemania.

Respecto a la interrogante de cuál es el fundamento que brinda legitimación a la intervención del derecho penal, la postura dominante consiste en que el derecho penal interviene para proteger bienes jurídicos frente a vulneraciones o peligros penalmente relevantes. Esto está amparado por los artículos IV y VIII del título preliminar de nuestro Código Penal, el principio de lesividad y el principio de proporcionalidad de las penas, respectivamente.

En el centro del debate doctrinario se observa que se encuentran dos posiciones: la de la protección de bienes jurídicos y la del restablecimiento de la vigencia de la norma; hasta el momento es mayoritaria la posición de la protección de bienes jurídicos.

No podemos dejar de mencionar el peligro que corre el derecho penal peruano de convertirse en un derecho autoritario y antidemocrático, que daría rienda suelta al abuso del poder punitivo del Estado.

## 6. RECOMENDACIONES

Se recomienda identificar jurisprudencia nacional donde se evidencie —de forma explícita— la posición sobre el debate del bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal.

Se sugiere revisar un mayor número de publicaciones de autores internacionales para ampliar el panorama de la discusión respecto al bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal.

Se recomienda realizar un análisis historiográfico de los contextos históricos donde surgieron las posiciones de la protección de bienes jurídicos y la reestabilización de la vigencia de la norma.

Se sugiere propiciar debates doctrinarios en los foros, los seminarios, las conferencias, los plenos jurisdiccionales, entre otros, a fin de desenmascarar el peligro que se cierne sobre el derecho penal propio de nuestro Estado social y democrático de derecho.

## 7. CONTRIBUCIÓN E IMPACTO

El análisis de las posiciones respecto al bien jurídico como elemento legitimante del derecho penal es de suma importancia, debido a que este tema se encuentra vinculado a la función de contención del poder punitivo que cumple este, garantizando que el ciudadano no se vea sometido a un ejercicio arbitrario y desproporcionado del *ius puniendi*; así, se evita que tanto el derecho subjetivo de penar como el derecho objetivo, que es el derecho penal, se tornen autoritarios y, por ende, antidemocráticos y persecutores de los disidentes.

El ejercicio desbocado del poder punitivo, como se constata en la historia de los pensamientos criminológicos, trae como consecuencia un mal peor que el que se pretendía evitar. Así lo demuestra la cacería de brujas en el siglo xv, la barbarie nazi en pleno siglo xx y la guerra contra las drogas en México en el presente siglo, la cual provocó cuarenta mil muertos en cuatro años, cifra que la sobredosis por drogas habría ocasionado en casi un siglo.

## REFERENCIAS

- Abanto, M. A. (20068). Acerca de la teoría de los bienes jurídicos. *Revista Penal*, (18), 3-44. <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12232/Acerca.pdf?sequence=2>
- Baumann, J. (2021). *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Ara Editores.
- Birnbaum, F., & Michael, J. M. F. (2010). *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Editorial BdeF.
- Bramont-Arias, L. M. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general* (3.<sup>a</sup> ed.). EDDILI.

- Bustos, J. (1984). *Manual de derecho penal español. Parte general* (3.<sup>a</sup> ed.). Editorial Ariel.
- Bustos, J. (2004). *Obras completas* (t. I. *Derecho penal. Parte general*; t. II. *Control social y otros estudios*). Ara.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2021). *Casación n.º 2073-2019-Lambayeque*. Sala Penal Transitoria. Lima: 7 de diciembre de 2021. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/12/Casacion-2073-2019-Lambayeque-LPDerecho.pdf>
- Fernández, J. (1992). *Derecho penal. Parte general. Bases del derecho penal y evolución y crítica de la teoría del delito*. Ibáñez.
- Ferrero, R. (2015). *Derecho constitucional general*. Instituto Pacífico.
- Galán Muñoz, A. (2005). *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 Código Penal*. Tirant Lo Blanch.
- García Arroyo, C. (2022). Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (24), 12. 1-45. <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-12.pdf>
- García Cavero, P. (2003). *Derecho penal económico. Parte general*. Universidad de Piura; Ara.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho penal. Parte general* (3.<sup>a</sup> ed.). Ideas.
- Hefendehl, R. (2007). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons.
- Hugo Vizcardo, S. (2016). *Derecho penal general* (2.<sup>a</sup> ed.). Editorial Pro-Derecho.
- Hulsman, L., & Bernat de Celis, J. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (S. Politoff, trad.). Ariel.
- Jakobs, G. (1971). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.

- Jakobs, G. (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En E. Montealegre (coord.), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs* (pp. 39-56). Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2004). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (M. Cancio & B. Feijóo, trads.). Universidad Externado de Colombia.
- Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Lecciones y Ensayos*, (86), 187-211. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>
- Mendoza, F. (2023, 21 de febrero). *Imputación concreta y delitos de corrupción de funcionarios. Jornadas académicas de verano 2023. Taller de Ciencias Penales* [Facebook]. <https://web.facebook.com/tallerdecienciaspenales.unmsm/videos/727624495751124>
- Ministerio de Justicia. (1991 [actualizado]). *Decreto Legislativo n.º 635. Código Penal*. Lima: 3 de abril de 1991. <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>
- Mir Puig, S. (2019). *Fundamentos de derecho penal y teoría del delito*. Editorial BdeF.
- Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho penal y control social*. Fundación Universitaria de Jerez.
- Nestler, C. (2000). El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y sustancias estupefacientes. En C. M. Romeo (dir.), C. Romeo & otros (coords.), *La insostenible situación del derecho penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt; Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. Estudios de Derecho Penal.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (t. 1). Civitas.
- Roxin, C. (1999). *Derecho penal. Parte general* (t. 1). *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (D. Luzón, M. Díaz & J. de Vicente, trads.). Civitas.

- Tribunal Constitucional. (2012). *Sentencia. Expediente n.º 00017-2011-PI/TC*. Lima: 3 de mayo de 2012. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.html>
- Villavicencio, F. (2000). *Introducción a la criminología*. Grijley.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.
- Von Liszt, F. (1914). *Tratado de derecho penal* (t. I). <https://www.perlego.com/book/2490400/franz-von-liszt-tratado-de-derecho-penal-tomo-1-pdf>
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Manual de derecho penal. Parte general* (t. I). Ediciones Jurídicas.
- Zúñiga, L. (2001). *Política criminal*. Colex.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política  
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 78, n.º 78, enero-diciembre, 2023 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2023.v78n78.02

## EL DELITO DE CONCUSIÓN EN EL PERÚ

The offence of extortion in Peru

RAÚL PARIONA ARANA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: rparionaa@unmsm.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0001-8273-3627>

### RESUMEN

El presente artículo aborda la problemática dogmática y político-criminal del delito de concusión en el Perú. Conforme se desprende de su estructura típica, esta clase de delito constituye una forma especial de abuso funcional y de corrupción, en donde el funcionario público, abusando de su cargo, obliga o induce a un ciudadano a entregarle un beneficio patrimonial. Asimismo, se analiza la regulación del delito en nuestra legislación nacional, sus alcances y principales problemas dogmáticos a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.

**Palabras clave:** delito; concusión; abuso de cargo; autoría y participación; Administración pública; funcionario público.

## ABSTRACT

This article deals with the dogmatic and political-criminal problems of the offence of extortion in Peru. According to its typical structure, this type of crime constitutes a special form of abuse of public office and corruption, where the public official, abusing his position, forces or induces a citizen to give him a patrimonial benefit. It also analyses the regulation of the offence in our national legislation, its scope, and main dogmatic problems in the light of doctrine and jurisprudence.

**Keywords:** crime; extortion; abuse of office; authorship and participation; public administration; public official.

Recibido: 24/11/2023    Aprobado: 1/12/2023    Publicado: 11/12/2023

## 1. INTRODUCCIÓN

El buen funcionamiento de la Administración pública constituye uno de los pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho, pues posibilita condiciones de vida digna en sociedad. Un funcionamiento eficiente de la Administración depende de la corrección con que los funcionarios y servidores públicos desempeñan sus roles. Allí radica la importancia y la posición especial que tienen los agentes públicos. El comportamiento en el desempeño de los cargos públicos debe estar orientado al bienestar común. El cargo público no importa un privilegio para beneficio personal, sino una responsabilidad en pro del bienestar de los ciudadanos. En esta medida, la tipificación y la sanción del delito de concusión, reguladas en el artículo 382 del Código Penal, cumplen un rol fundamental para sancionar las prácticas indebidas de los funcionarios públicos que, aprovechando sus cargos, obligan o inducen a los ciudadanos a entregarles beneficios económicos indebidos, pervirtiendo así el sentido de la función pública.

Entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la Administración pública que contempla nuestro ordenamiento jurídico, el delito de concusión configura una forma especial de abuso del cargo público y de corrupción. En efecto, de un lado, estamos frente a un delito donde el núcleo central del reproche penal radica en el uso abusivo que el funcionario público hace de su cargo, constriñendo al particular, quien entrega el beneficio por temor a las represalias (*metus publicae potestatis*). De otro lado, el delito de concusión configura una forma especial de corrupción, puesto que el funcionario público utiliza su cargo para obtener una ventaja patrimonial indebida. Aquí, la persona que entrega la ventaja al funcionario no responde penalmente ni como autor ni como partícipe del delito, no tiene responsabilidad penal alguna; por el contrario, él es la víctima del delito, puesto que sufre un perjuicio directo y concreto. El comportamiento prohibido por la concusión genera una afectación a la libertad y al patrimonio del particular.

Pese a la importancia de este delito en nuestro ordenamiento jurídico, el delito ha sido poco tratado por la doctrina. En la jurisprudencia, se puede observar algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, la cual, al resolver casos concretos, ha desarrollado algunos breves pero significativos alcances del tipo penal. En la actualidad, existe un proyecto de Código Penal que con relación al delito de concusión no propone cambios significativos, salvo la intención de endurecer las penas.

El presente trabajo tiene por objetivo analizar la estructura típica del delito de concusión, sus alcances y sus principales problemas dogmáticos y político-criminales. En primer lugar, revisaremos el desarrollo legislativo de este delito en nuestro ordenamiento jurídico a la luz de las consideraciones político-criminales. Seguidamente, identificaremos el bien jurídico protegido en este delito y la problemática que la envuelve. En tercer lugar, analizaremos la estructura típica del delito, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo. Finalmente, abordaremos los principales problemas dogmáticos que trae consigo la regulación peruana del delito de concusión.

## 2. DESARROLLO LEGISLATIVO Y CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

En nuestro ordenamiento jurídico, el delito de concusión está contenido en el artículo 382 del Código Penal. En 1991, con la entrada en vigencia del Código Penal, la norma señalaba que incurría en delito «el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial». Asimismo, establecía como consecuencia jurídica una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Desde su tipificación originaria hasta la actualidad, el tipo penal ha sido objeto de diversas modificatorias. Un primer cambio se produce en el año 2013, cuando, mediante la Ley n.º 30111, se adicionó la pena de multa que oscila entre ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa como una consecuencia jurídica frente a la comisión de este delito. Esta modificatoria que introdujo la pena de multa en el delito de concusión tuvo su origen en la iniciativa de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN) y fue finalmente adoptada por el Poder Ejecutivo. El Proyecto de Ley n.º 2470/2012-PE era denominado «Ley que incorpora la pena de multa en los delitos de corrupción» y tenía como finalidad principal cumplir con uno de los objetivos específicos del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016: la sanción eficaz de la corrupción, asegurando un marco normativo que permita luchar frontalmente contra la corrupción, y adecuando la legislación penal a los estándares internacionales.

Posteriormente, con la finalidad de endurecer las sanciones para los funcionarios públicos, se implementaron reglas orientadas a impedir que las personas condenadas por corrupción vuelvan a ejercer función pública. En este contexto, se promulgó el Decreto Legislativo n.º 1243, publicado el 22 de octubre de 2016, que modificaba e incorporaba la pena de inhabilitación como una sanción a diversos delitos contra la Administración pública, entre los cuales se encontraba el delito de concusión. Al respecto, en la exposición de motivos, se justifica la necesidad de esta modificación bajo la idea de

una mayor efectividad en la sanción de este delito y en el cumplimiento de compromisos internacionales de lucha contra la corrupción que ha asumido nuestro país.

En los últimos años, se ha desarrollado un proyecto de un nuevo Código Penal, pendiente de aprobación desde el 2016<sup>1</sup>, cuyo artículo 561 propone una nueva redacción del delito de concusión. Esta propuesta de regulación que trae consigo el proyecto no contempla cambios sustantivos en la estructura típica con respecto a la legislación vigente; sin embargo, en el apartado de la sanción, propone incrementar el marco punitivo estableciendo de cuatro a ocho años de pena privativa de libertad sumada a una inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Con ello, la propuesta legislativa pretende endurecer la respuesta punitiva frente a la comisión de este ilícito.

### 3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La intervención del derecho penal de un Estado democrático de derecho solo se justifica por la protección de bienes jurídicos. Por ello, como señala Roxin (1997), las lesiones de bienes jurídicos son presupuestos de la punibilidad, dado que aquellos son «circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo» (p. 56). En este marco, para el presente análisis resulta relevante la determinación del bien jurídico en el delito de concusión previsto en el artículo 382 del Código Penal. De la estructura típica de la norma peruana se desprende que el bien jurídico general es el correcto funcionamiento de la Administración pública. Específicamente, se protege la corrección y la legalidad en el ejercicio de la función pública, toda vez que su objetivo es prevenir y castigar la

---

1 El texto legal del delito de concusión que dicho documento plantea está ubicado en el artículo 561 del proyecto de nuevo Código Penal, cuyo tenor literal integral es el siguiente: «El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga e induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o beneficio patrimonial es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación no menor de cuatro años ni mayor de ocho años conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa».

instrumentalización del cargo público por parte del agente para obtener beneficios económicos indebidos. Adicionalmente, se constituyen como objetos de protección de la norma la libertad y el patrimonio del particular, quien también es perjudicado al ser constreñido a dar o prometer al funcionario un beneficio patrimonial. Por esta razón, claramente nos encontramos ante un delito pluriofensivo debido a los diversos intereses que son perjudicados por el comportamiento del funcionario.

En la doctrina nacional, Manuel Abanto Vásquez (2003) sostiene que el bien jurídico específico en el delito de concusión es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, sin dejar de lado la afectación al patrimonio del particular que genera la comisión de este delito (p. 285). De similar modo, Manuel Frisancho Aparicio (2011, p. 304) y Jorge Hugo Álvarez (2000, p. 72) identifican que el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de la Administración pública, la fidelidad al orden legal y el interés por mantener el prestigio, la eficacia y la confianza en la Administración pública. Por su parte, Fidel Rojas Vargas (2016) destaca que de la redacción del tipo penal se desprende su alto grado de complejidad, en la medida en que nuestro legislador habría utilizado para la construcción de este delito funcional elementos de la extorsión, la estafa, el robo y el cohecho (p. 168).

La Corte Suprema de Justicia de la República (CSJR) ha emitido diversos pronunciamientos donde desarrolla el bien jurídico tutelado por el delito de concusión. En ese sentido, nuestro tribunal supremo ha precisado que se protegería «el regular y el correcto desenvolvimiento, el prestigio y la buena reputación de la Administración pública» (CSJR, 2020, f. j. 9.1), el «regular funcionamiento, prestigio y la buena reputación de la Administración pública» (Recurso de Nulidad n.º 1380-2006-Tacna de la CSJR, citado en Urquizo, 2011, p. 711) y «el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado» (CSJR, 2010b, f. j. sexto). El común denominador de estas consideraciones esbozadas por la jurisprudencia es que la Administración pública se ve perjudicada, en diversos ámbitos, por el abuso funcional que comete el agente público quien, infringiendo

su rol, lesiona los intereses del Estado. Adicionalmente, la CSJR también menciona que el patrimonio comprometido por este delito no es el del Estado, sino el del particular, dado que es «contra quien recae la coacción o la inducción abusiva del agente público» (CSJR, 2016, f. j. segundo); sin embargo, la Corte no ha reconocido a este interés como un bien jurídico protegido.

## 4. TIPICIDAD OBJETIVA

La estructura del tipo penal contenido en el artículo 382 del Código Penal establece que la acción típica consiste en la acción abusiva del funcionario o servidor público que obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o beneficio patrimonial. En la jurisprudencia nacional<sup>2</sup>, existen pronunciamientos reiterados que definen la estructura del delito de concusión; en ellos se destaca que el agente público, mediante el abuso de sus funciones o atribuciones —y haciendo uso de la violencia, la amenaza o el engaño—, obliga (amenazando sufrir un perjuicio derivado de la propia Administración pública) o induce (con engaños o mentiras) a dar un beneficio económico para el mismo sujeto público o un tercero<sup>3</sup>.

### 4.1. SUJETOS DEL DELITO

El delito de concusión es un delito especial. En esta clase de delitos, según Roxin (1997), solo se le puede atribuir la calidad de autor a un agente cualificado; dicha cualificación la otorga normalmente la posición del sujeto con respecto a un deber de carácter extrapenal; por tal razón, a juicio de este autor, resulta recomendable referirse a estos delitos como de infracción de deber (p. 338). En consecuencia, como se desprende del tipo penal contenido en el artículo 382 del

2 Sobre el tratamiento del delito de concusión en la jurisprudencia véanse: R. N. n.º 956-2011-Ucayali, del 21 de marzo de 2012; R. N. n.º 304-2010-Lima, del 14 de abril de 2011; R. N. n.º 1601-2006-Huaura, del 28 de enero de 2009; R. N. n.º 1058-2012-Lima, del 14 de marzo de 2013; R. N. n.º 163-2007-Lima, del 7 de abril de 2008; R. N. n.º 1906-2009-Huancavelica, del 31 de mayo de 2010; R. N. n.º 4553-2008-Lima, del 11 de marzo de 2010.

3 Véase el Recurso de Nulidad n.º 1062-2012-Ayacucho.

Código Penal, el sujeto activo únicamente puede ser el funcionario o servidor público que detenta un cargo dentro de la Administración pública y que, abusando de sus funciones, obliga o induce al agraviado a darle un beneficio patrimonial. En definitiva, lo sustancial para la configuración de delito será que el autor abuse de esa condición especial que ostenta en la Administración estatal.

En la doctrina, Fidel Rojas Vargas (2007) ha señalado que los agentes del delito solo pueden ser aquellos que utilizan y abusan de su cargo o se encuentran en el ejercicio de sus funciones; en cambio, en el caso de que se trate de un usurpador o de un particular que aparenta ser funcionario o servidor, no se configurará el delito de concusión, sino un delito patrimonial (p. 361). En esta línea, Ramiro Salinas Siccha (2019) señala que el sujeto activo de este delito es un funcionario o servidor público que tiene un vínculo laboral activo con una entidad del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 425 del Código Penal (p. 327). Respecto a la condición de funcionario público, Manuel Abanto Vásquez (2003) destaca la especial cualificación que debe revestir al agente, en la medida que no cualquier funcionario tiene las facultades de recibir bienes por parte de los particulares, de tal manera que el autor de este delito deberá contar con un «poder de gobierno» (p. 286).

En la jurisprudencia nacional, existen ciertos pronunciamientos en torno al tratamiento del sujeto activo. Sobre el particular, la CSJR ha analizado a la concusión como un delito de infracción de deber, en virtud de que este tipo penal en particular requiere una cualificación en el agente, dado que no cualquier persona común puede ser autor, sino solo los funcionarios y los servidores públicos (CSJR, 2020, f. j. 9.2). En similar sentido, la Corte Superior de Justicia de Lima (2011, f. j. 2) considera que el delito de concusión tipificado en el artículo 382 del Código Penal sanciona un delito típicamente funcional, de modo que la calidad de autor es reservada para aquellos sujetos que tengan determinadas facultades y competencias. De esta manera, la jurisprudencia ha venido haciendo énfasis en la delimitación del círculo de posibles autores de este delito.

Por otro lado, el sujeto pasivo del delito de concusión es el Estado, en la medida que el comportamiento de abuso por parte del funcionario o servidor público perjudica principalmente a la Administración estatal. La afectación se produce debido a que una persona que representa al Estado es quien —contrariamente a lo que se espera— afecta la legalidad y la legitimidad de la Administración pública, al obligar o inducir a una persona a entregarle un beneficio patrimonial indebido. Sin embargo, en cuanto al delito de concusión, el Estado no es el único agraviado, sino que además se perjudica al particular, quien es obligado o inducido a dar una ventaja económica al funcionario. En suma, los agraviados por la comisión de este delito son el Estado y los particulares afectados; los sujetos pasivos serán entonces el Estado y el particular. Por tal razón, el ciudadano agraviado («perjudicado») por la acción ilícita del funcionario puede legitimar su intervención en un proceso penal como parte agraviada y parte civil, con el objetivo de obtener un resarcimiento.

## 4.2. ABUSO DE CARGO

El tipo penal del delito exige como elemento del tipo objetivo el «abuso del cargo» para ambas modalidades previstas en la legislación penal. En el análisis de este delito, el abuso debe entenderse como la utilización indebida y extralimitada del cargo público que se detenta. Se trata del uso del cargo fuera de los contornos de la ley o un exceso de las potestades y atribuciones que confiere el cargo. En ese sentido, en la comisión de este delito, el autor actúa valiéndose de la posición que le da el cargo o extralimitándose en el ejercicio de sus funciones. Por estas razones, el delito de concusión se constituye como una forma particular del abuso de autoridad, de tal manera que su consumación —en cualquiera de las dos modalidades del artículo 382 del Código Penal— requerirá la concurrencia del uso indebido del cargo. Respecto al abuso de cargo, existe una relación causal entre el abuso del cargo y la entrega del beneficio patrimonial, puesto que como consecuencia del abuso del cargo —expresada en el constreñimiento o la inducción— el ciudadano termina entregando o prometiendo la entrega del beneficio patrimonial.

Con relación a este elemento típico, Rojas (2016) indica que el delito no se configura solamente como un abuso de las funciones o las competencias del agente, sino que el injusto es aún más amplio y requiere un «abuso de la calidad poseída», es decir, una utilización indebida del estatus que tiene el funcionario o servidor público dentro de la Administración pública, lo cual implica una «posición oficial, poder, ventajas, prerrogativas» (p. 170). Por su parte, Raúl Peña Cabrera (2016) señala que el delito de concusión se expresa en el acto en virtud del cual el sujeto público utiliza su estatus funcional con la finalidad de constreñir la voluntad del ciudadano para que le otorgue o prometa un bien de carácter patrimonial (p. 303).

En la jurisprudencia nacional, la CSJR (2009) ha señalado que el abuso del cargo sea de tal intensidad que afecte y doblegue la voluntad del particular, a fin de que este entregue o prometa lo requerido por el funcionario o el servidor público. En otras palabras, para la configuración del delito, la conducta abusiva del funcionario tendrá que convertirse en un constreñimiento, una coacción o una inducción suficiente para que la víctima le entregue o prometa el beneficio indebido. Asimismo, el abuso del cargo también se constituye en los casos donde la posición especial del funcionario se ejerce fuera de los parámetros previstos en el ordenamiento jurídico o sin observar las formas establecidas, pero siempre orientado a obtener un beneficio ilícito (CSJR, 2012b, f. j. 3). Por último, en un caso específico que decidió la absolucón del sentenciado, el tribunal supremo explicó que la presencia de la ventaja indebida es de suma importancia para la consumación del delito, de tal manera que, si el «terror infundido» por el funcionario o servidor público no involucra ninguna clase de beneficio indebido, entonces no se podrá dar por configurado el delito de concusión (CSJR, 2005, f. j. 8).

### 4.3. MODALIDADES DEL DELITO

El tipo penal contenido en el artículo 382 del Código Penal regula dos modalidades delictivas. En primer lugar, la concusión por constricción que es cometida mediante el uso de la violencia o la amenaza; en segundo lugar, el tipo penal regula la concusión por inducción que

se configura con la acción de persuadir mediante prevalimiento de la posición de poder que da el cargo público.

#### **4.3.1. Concusión por constricción: «obligar a dar o prometer»**

Esta modalidad se configura mediante la acción del funcionario de «obligar» a alguien a dar o prometer un beneficio económico para sí mismo o un tercero. Así también, el agente público constriñe al particular a entregarle una ventaja patrimonial. Según la norma, este acto de obligar a entregar o prometer el beneficio económico es «indebido», es decir, no se encuentra amparado por la ley.

En el marco de nuestro tipo penal, la acción de «obligar» implica que el autor del delito busca coactar o doblegar la voluntad del particular para hacer que este le entregue un beneficio económico. Ante dicho requerimiento, el particular accede debido al temor que le infunde el agente público al tener un estatus dentro de la Administración pública que le confiere poder y autoridad. En efecto, la persona que acepta entregar el beneficio económico no actúa libremente; por el contrario, tiene la voluntad viciada por la coacción a la que es sometida.

En la doctrina, Jelio Paredes Infanzón (2022) indica que el

funcionario o servidor público actúa arbitrariamente al obligar a la víctima a dar o prometer. En esta modalidad se materializa cuando el agente en el ejercicio de sus funciones con conocimiento y voluntad impone, obliga, fuerza, coacciona, somete o constriñe la voluntad de su víctima con la finalidad de que esta le dé o prometa dar en un futuro inmediato un bien o beneficio indebido (p. 55).

En la doctrina nacional, James Reátegui Sánchez (2015) precisa que obligar ha de entenderse como la amenaza de sufrir un perjuicio por parte de la Administración pública, mas no cualquier clase de afectación de perjuicio común (p. 332), dado que en el centro del injusto se encuentra el abuso de las potestades del funcionario.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la CSJR (2009; 2013a) ha indicado que la violencia debe ser suficiente, adecuada e inequívoca,

de tal forma que incida en la voluntad del perjudicado, dado que el delito se configura cuando el agente busca obtener un beneficio económico del particular y lo compele para que haga o ejecute la entrega de la ventaja.

### **4.3.2. Concusión por inducción («inducir a dar o prometer»)**

Esta modalidad se configura cuando el agente «induce» al particular a entregarle un beneficio económico indebido. A partir de los alcances contenidos en el artículo 382 del Código Penal, inducir implica que el funcionario o el servidor público persuade o mueva al particular mediante actos de prevalimiento de la posición de poder del funcionario que expresen de modo indubitable su voluntad de obtener una ventaja indebida. Aunque en estos casos se carezca de la presencia de la violencia o la amenaza, propias de la primera modalidad anteriormente descrita, no debe perderse de vista que la entrega o la promesa del beneficio no se hace por voluntad libre del particular, sino que se produce como consecuencia del prevalimiento de la posición de poder del funcionario. No se trata de un acto libre y voluntario, de un acto de convencimiento sobre la base de argumentos que puedan ser valorados libremente por el particular, sino que para tal fin el funcionario se vale de su posición de poder, lo cual genera una situación de vulnerabilidad de la víctima.

Sobre el particular, se debe precisar que el acto de inducción no consiste en engañar al particular. En el marco del tipo penal del artículo 382 del Código Penal, la inducción no puede darse a través de actos de engaño. La concusión no supone actos de fraude, sino más bien esta acontece mediante actos que evidencian claramente la voluntad del funcionario público de recibir un beneficio indebido. Tampoco la expresión de que el funcionario «induce» a una persona debe confundirse con la forma de participación de la instigación o la inducción prevista en el artículo 24 del Código Penal. En ese sentido, la instigación como forma de intervención delictiva no guarda relación alguna con este delito, en la medida en que el agente público no determina al particular a cometer algún hecho punible, sino a entregarle un beneficio. En el delito de concusión, el particular no

comete ninguna acción delictiva; por el contrario, él es la víctima; por tanto, la figura de la instigación no se puede vincular con este delito.

Respecto a los medios para inducir al particular, en el marco del tipo penal del artículo 382 del Código Penal, estos se basan principalmente en el uso indebido de la posición de poder del autor del delito: el agente hace valer, expresa o tácitamente, su calidad de funcionario público y su capacidad para realizar actos que podrían afectar al particular. En la doctrina, Carlos Molina Arrubla (2000) ha señalado que en esta modalidad también

entra en juego el temor —*metus potestatis*—, pues lo que pretende el funcionario es obtener una prestación estimulada por la convicción de que, si no accede a lo amistosamente pedido, él estaría en circunstancias propicias para perjudicar al remiso con la autoridad o las funciones que tiene (p. 253).

En la jurisprudencia, se ha detallado que inducir supone «instigar, persuadir o mover a uno, el agente busca que la víctima le entregue o le prometa indebidamente, para sí o para otro, un bien o beneficio patrimonial» (CSJR, 2013a, f. j. sétimo). Sobre la modalidad de inducción bajo estudio, Raúl Martínez Huamán (2022) ha señalado que

nos encontramos ante un delito de infracción de deber especial, por lo que la inducción puede realizarse tanto en forma activa como omisiva, lo relevante es la infracción de las expectativas que pesan sobre el funcionario; por ello, si el sujeto público guarda silencio, de tal manera que genera en el particular un error en cuanto a la entrega o promesa de un bien o beneficio patrimonial, estaría cometiendo el delito bajo estudio (pp. 30-31).

#### 4.4. DAR O PROMETER INDEBIDAMENTE

Según el tipo penal, la acción del funcionario público de obligar o inducir está orientada a que el particular le dé o prometa indebidamente un bien o beneficio patrimonial. Justamente allí radica la relación causal de la acción del constreñimiento o inducción y el resultado

de «entrega» o «promesa de entrega» del beneficio patrimonial. En este contexto típico, «dar» es entregar y «prometer» es obligarse a hacer una entrega en el futuro. En consecuencia, «dar» comporta una entrega inmediata, mientras que «prometer» genera la expectativa de una entrega futura. Para ambos supuestos, siempre debe tratarse de bienes ciertos y concretos de contenido patrimonial.

Además, la norma refiere que la acción de obligar o inducir a la entrega del beneficio patrimonial ha de tener un carácter de indebido. Por tal motivo, se desprende que el particular no debe estar legalmente obligado a entregar al funcionario el beneficio patrimonial, es decir, dicha entrega del bien no debe estar contenida o amparada en la ley. Al respecto, Alfonso Gómez Méndez y Carlos Gómez Pavajeau (2004) mencionan que, en el transcurso del tiempo, tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan que lo indebido es aquello que no se ampara en ninguna norma, ni tampoco proviene de una causa legítima (p. 299).

Por último, el tipo penal precisa que la entrega o la promesa puede ser a favor del funcionario o de una tercera persona. La fórmula del «para sí o para otro» utilizada en la redacción del tipo implica que el beneficio indebido percibido puede ser para el mismo funcionario que realiza la acción típica o para una tercera persona que el agente determine, ya sea una persona natural (otro funcionario o un particular) o jurídica.

#### 4.5. BIEN OBJETO DE ENTREGA O PROMESA: BIEN O BENEFICIO PATRIMONIAL

El comportamiento desplegado por el autor del delito está orientado a que el particular le entregue indebidamente un «bien o beneficio patrimonial». El objetivo de la acción delictiva realizada por el funcionario es la obtención ilegal de una ventaja patrimonial. Respecto a este elemento típico, destaca el carácter económico que debe tener el objeto del delito, de tal manera que, si lo requerido por el funcionario no posee un contenido patrimonial, el delito no se configurará.

La exigencia del carácter económico del beneficio es propia del sistema peruano. En el derecho comparado se observa que otros ordenamientos jurídicos incluyen beneficios no patrimoniales. Sobre el particular, Abanto (2003) explica que, a primera vista, nuestra legislación no exige un valor económico en el bien a entregar; sin embargo, de la disyuntiva prevista en la ley entre bien y beneficio patrimonial se extrae claramente que el bien objeto delito debe tener necesariamente un valor patrimonial (p. 292). Por su parte, Rojas (2016) distingue los conceptos de bien y beneficio patrimonial: el primero ha de entenderse como cualquier objeto mueble o inmueble con valor económico; en cambio, el beneficio patrimonial importa toda clase de ventajas que pueda ser valorable en dinero, pero no se constituya como un objeto material propiamente (p. 174). Por tanto, cuando el legislador se refiere a la frase «beneficio patrimonial», lo hace bajo un contexto genérico y omnicompreensivo ligado a las relaciones pecuniarias, desplazando, de esta forma, los beneficios de carácter extrapatrimonial del radio de la norma penal. Finalmente, para la configuración de tipo penal, no es relevante la «calidad» o la «cantidad» de los bienes o los beneficios patrimoniales objetos del delito.

## 5. TIPO SUBJETIVO

El delito de concusión, en sus dos modalidades, requiere la presencia del dolo en el autor. El agente público debe ser consciente de que está abusando de su cargo y obligando o induciendo a una persona a entregarle un beneficio patrimonial indebido. Por tanto, en la comisión del delito, el sujeto activo posee conocimiento y voluntad de estar realizando el comportamiento descrito en el tipo. Asimismo, el tipo penal exige el dolo directo, no siendo admisible el dolo eventual.

En la doctrina, Salinas (2019) ha señalado que «se trata de un delito en el cual, aparte del dolo, es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo: el ánimo de lucro» (p. 328). En este mismo sentido, Paredes (2022) apunta que, «además del dolo, debe concurrir el ánimo de lucro del agente (funcionario o servidor público) de obtener un beneficio patrimonial para sí o para otro» (p. 57).

En el ámbito de la jurisprudencia, se ha reiterado el carácter doloso de este delito. Inclusive se ha destacado que el delito de concusión, por su estructura típica, exigiría el «ánimo de lucro» como elemento subjetivo adicional al dolo. Particularmente, la CSJR (2008b), en el Recurso de Nulidad n.º 1433-2007-Madre de Dios, ha señalado que la concusión es un delito «eminentemente doloso donde el agente busca un ánimo de lucro ya sea para él o para una tercera persona» (considerando 5).

## 6. PROBLEMAS DOGMÁTICOS

### 6.1. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

La consumación del delito acontece cuando el autor realiza todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Como bien explican Jescheck y Weigend (2002), la institución jurídico-penal de la consumación no se determina en función de la finalidad subjetiva que haya perseguido el autor, sino únicamente en atención al cumplimiento de los elementos exigidos en el tipo penal (p. 556). Por ello, con relación al delito de concusión, la determinación del momento de la consumación del delito de concusión supone la tarea de distinguir los distintos supuestos de configuración típica del delito. El tipo penal previsto en el artículo 382 del Código Penal contiene los siguientes supuestos relevantes: la modalidad de obligar o inducir a dar y la modalidad de obligar o inducir a prometer.

En la primera modalidad (obligar o inducir a dar), el delito se consume en el momento en que el funcionario o el servidor público recibe el bien o el beneficio patrimonial, sin importar que el beneficiario final goce de lo obtenido ilícitamente. Aquí el delito también se consume cuando la víctima entrega el bien o el beneficio patrimonial a un tercero, a solicitud del sujeto activo. Esta modalidad del tipo penal se constituye como un delito de resultado y, por tanto, admite la tentativa.

En contraposición, la segunda modalidad del delito (obligar o inducir a prometer) para la configuración típica requiere que la víctima prometa la entrega del beneficio patrimonial, de tal manera

que el delito se perfecciona cuando la víctima se compromete a entregar en un futuro el bien o el beneficio patrimonial al sujeto activo. Para efectos de la consumación, será irrelevante si la víctima cumple o no con la promesa realizada finalmente.

En la jurisprudencia nacional, la CSJR (2013c) ha destacado que para determinar la consumación del delito de concusión se debe atender a las modalidades específicas y ha advertido dos formas distintas de consumación. Así, en el Recurso de Nulidad n.º 3188-2011-Áncash, se señala que «en el primer caso, el delito se consume [...] al verificarse o producirse la entrega del bien o beneficio mediante compulsión (delito de resultado) o al producirse la promesa (delito de simple actividad)». En la doctrina, es mayoritaria la opinión según la cual es posible la tentativa en cualquiera de las modalidades. Así, Paredes (2022) menciona que «la tentativa es factible en los dos supuestos del delito de concusión» (p. 58).

## 6.2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El delito de concusión es un delito especial propio, en virtud de que su autor solamente es el funcionario o el servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce al particular a entregarle una ventaja económica. Son posibles todas las formas de autoría, incluyendo la autoría mediata y la coautoría. En consecuencia, los particulares que intervengan en el delito, ayudando dolosamente al autor a consumir el delito, responderán como cómplices. Si los particulares intervienen determinando al funcionario a cometer el delito, responderán como instigadores. Los particulares no pueden responder como autores de este delito.

En la doctrina nacional, Salinas (2019) anota que la concusión es un delito de infracción de deber, de modo que el autor solo podrá ser aquel titular e infractor del deber especial de naturaleza penal de proteger el correcto funcionamiento de la Administración pública (p. 327). En el mismo sentido, Martínez (2022) señala que «al encontrarnos ante un delito de infracción de deber especial, el autor será el sujeto público, los demás sujetos que intervienen en la comisión del delito podrán ser cómplices o instigadores» (p. 38).

Respecto a la comisión en autoría mediata, el delito puede cometerse instrumentalizando a otra persona para que esta sirva de intermediaria. Aquí es posible la utilización de un instrumento doloso no cualificado. En la doctrina, Gómez y Gómez (2004) ejemplificaron la comisión por autoría mediata en el supuesto de que un superior jerárquico prevalido de su cargo de magistrado y, mediante engaño, instrumentaliza a un notificador para que realice exigencias indebidas a un usuario de la administración de justicia (p. 307). Asimismo, la coautoría es igualmente posible allí, donde dos o más funcionarios posicionados en un cargo colegiado realizan el hecho punible conjuntamente.

### 6.3. CONCURSOS DE DELITOS

En la doctrina nacional, se discute la posibilidad de que el delito de concusión entre en concurso con otros delitos. Aquí son relevantes la determinación y la delimitación de las distintas formas de concurso. Como indican Wessels et al. (2018), si la misma acción infringe una pluralidad de leyes penales o si infringe varias veces la misma ley penal, entonces estaremos ante un concurso ideal; en cambio, si diversas acciones independientes llevan a diversas infracciones legales, estaremos frente a un concurso real (p. 534). En este marco, el delito de concusión tipificado en el artículo 382 del Código Penal presenta elementos típicos similares a los contenidos en otros tipos penales como el cohecho y la coacción. Sin embargo, pese a las similitudes, debe indicarse que la concusión no entra en concurso ideal ni real con estos tipos penales, en virtud de los particulares elementos típicos de su estructura contenidos en dicho artículo.

En cuanto al delito de coacciones previsto en el artículo 151 del Código Penal, solo existe un concurso aparente de leyes en la medida en que la acción típica de la coacción se encuentra ya contenida en el comportamiento de la concusión. Por tanto, no será posible un concurso de delitos entre la concusión y las coacciones. Tampoco es posible el concurso con el delito de extorsión. Este delito, previsto en el artículo 200 del Código Penal, exige el uso de violencia o amenaza, lo cual pone en peligro la vida o la integridad física de la víctima

para obtener alguna ventaja de cualquier índole. Del mismo modo, no será posible un concurso entre la concusión y el cohecho, pues ambos delitos presentan estructuras delictivas distintas y excluyentes entre sí. Si bien ambos suponen la entrega de una ventaja económica indebida, en el delito de cohecho dicha entrega se produce como una contraprestación de la actuación indebida del funcionario, esto es, existe un pacto voluntario ilícito entre el funcionario y el particular. Por esta razón, el particular que entrega la ventaja económica es sancionado con el delito de cohecho activo. En cambio, la estructura típica del delito de concusión es distinta, ya que en este delito el particular es obligado a entregar un beneficio económico en contra de su voluntad debido a la coacción ejercida por parte del funcionario o el servidor público. En la doctrina, Martínez (2022) menciona que se daría un supuesto de concurso entre la concusión y el cohecho, puesto que en este último «el centro de atención gira en torno al torcimiento de la función pública, es decir, el particular tiene pleno conocimiento de que el marco de los actos realizados es ilícito» (p. 39).

## 7. CONCLUSIONES

El delito de concusión es el delito de nuestro ordenamiento jurídico que expresa con mayor claridad el abuso del poder que el cargo público proporciona. El constreñimiento y la inducción que realiza el funcionario público para la entrega de la ventaja económica afecta la libre formación de voluntad del ciudadano, pues lo coacta; este último termina accediendo a los requerimientos del funcionario público debido al temor por las represalias. Este delito es, a su vez, una forma de corrupción, donde el funcionario público aprovecha el cargo para obtener ventajas indebidas de parte del ciudadano; sin embargo, conforme a la estructura del delito, el ciudadano que accede al requerimiento y entrega la ventaja patrimonial al funcionario no es cómplice, sino una víctima del delito.

## REFERENCIAS

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*. Palestra.
- Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal Liquidadora. (2011). *Expediente n.º 44-06*. Lima: 7 de junio de 2011. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/24803f80472e09309f1ebfecea5880b6/Exp.+N%C2%B0+44-06.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=24803f80472e09309f1ebfecea5880b6>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2005). *Recurso de Nulidad n.º 3448-2004-Áncash*. Lima: 26 de mayo de 2005.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2008a). *Recurso de Nulidad n.º 163-2007-Lima*. Lima: 7 de abril de 2008.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2008b). *Recurso de Nulidad n.º 1433-2007-Madre de Dios*. Lima: 3 de marzo de 2008.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2009). *Recurso de Nulidad n.º 1601-2006-Huaura*. Lima: 28 de enero de 2009.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2010a). *Recurso de Nulidad n.º 1906-2009-Huancavelica*. Lima: 31 de mayo de 2010.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2010b). *Recurso de Nulidad n.º 4553-2008-Lima*. Lima: 11 de marzo de 2010. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/12/R-N-4553-2008-LPDerecho.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2011). *Recurso de Nulidad n.º 304-2010-Lima*. Lima: 14 de abril de 2011.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2012a). *Recurso de Nulidad n.º 956-2011-Ucayali*. Lima: 21 de marzo de 2012.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2012b). *Recurso de Nulidad n.º 3861-2011-Lima*. Lima: 15 de agosto de 2012.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2013a). *Recurso de Nulidad n.º 787-2012-San Martín*. Lima: 23 de octubre de 2013. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/01/Recurso-de-Nulidad-787-2012-San-Martin-LPDerecho.pdf>

- Corte Suprema de Justicia de la República. (2013b). *Recurso de Nulidad n.º 1058-2012-Lima*. Lima: 14 de marzo de 2013.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2013c). *Recurso de Nulidad n.º 3188-2011-Áncash*. Lima: 30 de enero de 2013.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2016). *Recurso de Nulidad n.º 3183-2015-Áncash*. Lima: 8 de agosto de 2016. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Recurso-de-Nulidad-3183-2015-Ancash-LP.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2020). *Apelación n.º 25-2017-Lima*. Lima: 19 de noviembre de 2020. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/11/Apelacion-25-2017-Lima-LPDerecho-1.pdf>
- Frisancho, M. (2011). *Delitos contra la Administración pública* (4.<sup>a</sup> ed.). Fecat.
- Gómez, A., & Gómez, C. (2004). *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código Penal de 2000* (2.<sup>a</sup> ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Hugo, J. B. (2000). *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración pública: análisis sistemático de los tipos de delitos*. Gaceta Jurídica.
- Jescheck, H. -H., & Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Comares.
- Martínez, R. (2022). Concusión: análisis del art. 382 del CP. En R. Pariona (prolog.), *Los delitos más frecuentes en la Administración pública. Colusión, peculado, cohecho y otros delitos*. Editorial Instituto Pacífico.
- Ministerio de Justicia. (2024 [1991]). *Decreto Legislativo n.º 635. Código Penal*. Lima: 3 de abril de 1991. <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>
- Molina, C. (2000). *Delitos contra la Administración pública*. Leyer.
- Paredes, J. (2022). El análisis jurídico del delito de concusión en el Perú. En R. Pariona (prolog.), *Los delitos más frecuentes en la*

*Administración pública. Colusión, peculado, cohecho y otros delitos.*  
Editorial Instituto Pacífico.

Peña Cabrera, R. (2016). *Derecho penal. Parte especial. Tomo v.* Idemsa.

Reátegui, J. (2015). *Delitos contra la Administración pública en el Código Penal.* Jurista Editores.

Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración pública.* Grijley.

Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos.* Nomos & Thesis.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Civitas.

Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración pública (5.<sup>a</sup> ed.).* Iustitia.

Urquiza, J. (2011). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia (2006-2010).* Idemsa.

Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura* (R. Pariona Arana, trad.). Instituto Pacífico.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

**REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política**  
**de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

Vol. 78, n.º 78, enero-diciembre, 2023 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2023.v78n78.03

## **EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LA CONSTITUCIÓN DEL PERÚ EN EL SIGLO XX**

The Constitutional Thought and the Peruvian Constitution  
in the 20th Century

RAFAEL MANUEL RUIZ HIDALGO  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
(Lima, Perú)

Correo: [rafael.ruizh@pucp.edu.pe](mailto:rafael.ruizh@pucp.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0002-1616-0522>

### **RESUMEN**

La presente investigación explora las influencias ideológicas y los paradigmas político-jurídicos que han moldeado el pensamiento constitucional en el contexto de las Constituciones peruanas del siglo xx, con un enfoque principal que recae en el análisis de la tendencia hacia la preservación de los textos en mención frente a la implementación de cambios. Así, se concluye que el predominio del pensamiento liberal ha sido determinante en las dinámicas de conservación o cambio constitucional, al interactuar con diversas corrientes doctrinarias y tendencias relevantes en el Perú; de ese modo, la emergencia del neoliberalismo hacia finales del siglo pasado

se reflejaría en la Constitución de 1993. Bajo ese marco, el contexto histórico peruano del siglo xx ha sido fundamental en la formulación de un modelo constitucional que abarca aspectos políticos y económicos de participación ciudadana, sistema de justicia, descentralización y regionalización.

**Palabras clave:** Constitución; democracia; Parlamento; constitucionalismo; autoritarismo.

## ABSTRACT

This research explores the ideological influences and political-legal paradigms that have shaped constitutional thought in the context of the Peruvian Constitutions of the 20th century, with a main focus on the analysis of the tendency towards the preservation of the texts in question in the face of the implementation of changes. Thus, it is concluded that the predominance of liberal thought has been a determining factor in the dynamics of constitutional conservation or change, interacting with various doctrinal currents and relevant trends in Peru; thus, the emergence of neoliberalism towards the end of the last century would be reflected in the 1993 Constitution. Within this framework, the Peruvian historical context of the 20th century has been crucial in the formulation of a constitutional model that encompasses political and economic aspects, citizen participation, the justice system, decentralisation and regionalisation.

**Keywords:** Constitution; democracy; Parliament; constitutionalism; authoritarianism.

Recibido: 24/11/2023    Aprobado: 1/12/2023    Publicado: 11/12/2023

## 1. INTRODUCCIÓN

El pensamiento constitucional en el Perú y la idea de constitución en el siglo XX han experimentado diversas etapas y enfoques a lo largo de la historia. Este periodo fue testigo de importantes desarrollos en ambos temas, pues surgieron diversas corrientes de pensamiento que influyeron en la forma en que se concibe y se interpreta la Constitución, influenciadas especialmente por las constituciones de la primera y la segunda posguerras. Durante esta época, se promulgaron varias constituciones en el país, las cuales reflejaron las circunstancias y las necesidades políticas de su tiempo.

Una de las ideas fundamentales que surgió en el siglo XX fue la de la constitución como norma suprema y fundamental que establece el marco jurídico y político de un país. Esta concepción se basa en la idea de que esta debe ser el punto de referencia para todas las demás leyes y que los poderes del Estado deben estar limitados por ella. Esta visión se reflejó en muchas de las constituciones promulgadas durante dicho siglo, pues establecieron una serie de derechos y libertades fundamentales, así como mecanismos de control y equilibrio entre los poderes del Estado.

Otro enfoque importante que se desarrolló en este contexto fue el constitucionalismo social. Esta perspectiva reconoció que la constitución no solo debe establecer los derechos y las libertades individuales, sino también garantizar la igualdad social y económica. Surge como una respuesta a los problemas y los desafíos planteados por el capitalismo y las desigualdades sociales, y busca establecer un marco constitucional que promueva la justicia social. Este enfoque se reflejó en las constituciones de México y algunos países europeos, que incluyeron disposiciones para proteger los derechos laborales, la educación y la salud.

En el siglo XX también se plantearon diferentes teorías sobre la interpretación constitucional. Una de las corrientes más influyentes fue el llamado constitucionalismo garantista, asociado con el jurista italiano Luigi Ferrajoli. Esta corriente defiende la idea de que la constitución debe ser interpretada de manera estricta y que los derechos fundamentales deben ser protegidos, de manera rigurosa, frente

a posibles violaciones por parte del Estado. Esta perspectiva pone un énfasis especial en tales derechos y en la necesidad de garantizar su pleno respeto y protección.

Además de estas corrientes, este siglo también fue testigo de la creación y el desarrollo de tribunales constitucionales en muchos países. Estos tribunales tienen la función de interpretar y aplicar la constitución, por lo que desempeñan un papel esencial en la protección de los derechos fundamentales y el control de constitucionalidad de las leyes.

## 2. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

### 2.1. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XIX

El derecho, como expresión tangible de las interacciones sociales, también representa las dinámicas de poder presentes en una sociedad específica. En el siglo XIX, los debates intelectuales en el ámbito jurídico se dividieron principalmente entre dos corrientes: los conservadores y los liberales. Por un lado, los primeros abogaban por un gobierno fuerte y autoritario como medio para mantener el orden y el progreso. Estos se aferraban a las ideas y las estructuras heredadas de la época colonial, buscando conservar el *statu quo* y resistir cambios radicales; su enfoque se centraba en mantener las instituciones existentes y proteger los intereses establecidos. Por otro lado, los liberales adoptaban una posición más moderada, inspirada en las revoluciones burguesas de otros países. De ese modo, buscaban fomentar la liberalización política y económica, defendiendo los derechos individuales, la libertad de expresión y la propiedad privada. Su objetivo era encontrar un equilibrio entre preservar algunas estructuras tradicionales e introducir reformas que permitieran el progreso y el desarrollo de la sociedad.

Según estas concepciones, en un intento por establecer una estructura dentro de los marcos constitucionales, el Perú se encontró inmerso en discusiones que condujeron a la creación de ocho constituciones, varios estatutos provisionales y una considerable cantidad de proyectos de cartas políticas que no llegaron a realizarse, lo cual

representa un legado significativo. Estas cartas magnas datan de 1823, 1826 (Constitución vitalicia de Bolívar), 1828, 1834, 1839, 1856, 1860 y 1867. Algunas mostraron tendencias liberales, mientras que otras reflejaron enfoques conservadores, y todas tuvieron como precedente común la Constitución de 1812. Sobre dicho asunto, Domingo García Belaunde (1990) señala:

El proceso del constitucionalismo peruano empieza, como se sabe, en 1821, cuando es formalmente declarada la independencia del Perú, por el General José de San Martín, aun cuando recién en 1824 en los campos de Ayacucho, la selló en definitiva el Libertador Simón Bolívar. Desde entonces, se han sucedido, a veces con velocidad de vértigo, acontecimientos políticos, sociales y económicos, acompañados en mayor o menor medida, por la dación de textos y normas legales, que conviene tener presente (p. 59).

Durante el siglo XIX, hubo transformaciones significativas en el ordenamiento jurídico y político del país; así, el Perú atravesó por diversas etapas y experimentó la promulgación de varias constituciones que reflejaban los cambios sociopolíticos que se produjeron en ese momento histórico. Además, la época estuvo marcada por la lucha por la independencia y la consolidación de la república. En este periodo, se promulgaron varias constituciones que buscaban establecer el marco normativo para la organización política y la protección de los derechos fundamentales.

En ese sentido, la primera Constitución del Perú se promulga en 1823, durante el gobierno de José de la Riva-Agüero. Esta constitución estableció los principios básicos de un gobierno republicano y garantizaba derechos como la libertad de expresión, la inviolabilidad del domicilio y la igualdad ante la ley. Sin embargo, este documento tuvo una vida corta debido a la inestabilidad política que prevalecía en el país en dicho momento.

Luego, en 1826, en el gobierno de Simón Bolívar, se promulgó la Constitución de la República Peruana, también conocida como la Constitución vitalicia, la cual establecía un régimen dictatorial

y otorgaba amplios poderes al presidente. No obstante, debido a la oposición y los conflictos políticos, la Constitución vitalicia fue derogada. Seguidamente, en 1828, se promulgó la Constitución liberal, que estableció un régimen político más democrático que garantizaba derechos y libertades fundamentales, y estructuró los poderes del Estado con mayor precisión. Esta constitución fue una de las más influyentes en la historia constitucional del Perú y sentó las bases para el desarrollo posterior de nuestro derecho constitucional.

Durante el resto del siglo, se sucedieron diversas constituciones, como la de 1856 y la de 1860, que buscaban consolidar el orden constitucional y promover la estabilidad política. Estas cartas magnas establecían la división de poderes, protegían los derechos fundamentales y buscaban promover el desarrollo económico y social. Sin embargo, a lo largo de esta fase, el Perú experimentó numerosos conflictos políticos y cambios de gobierno, lo que condujo a la promulgación de varias constituciones y a la inestabilidad institucional. Estos cambios reflejaron los desafíos y las tensiones inherentes a la consolidación de un sistema político y legal en un periodo de transición.

De esa manera, podemos observar que el derecho constitucional en el Perú decimonónico estuvo marcado por la promulgación de varias constituciones que, como se ha reiterado, buscaban establecer el marco normativo para la organización política y la protección de los derechos fundamentales. Estos documentos reflejaban las transformaciones políticas y sociales que se produjeron en el país en ese momento histórico y sentaron las bases para el desarrollo posterior del derecho constitucional del país. Aunque se experimentó inestabilidad política y cambios frecuentes de gobierno, estos procesos fueron fundamentales para la configuración del orden constitucional y sentaron las bases para el desarrollo democrático en el Perú.

### **3. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XX**

El derecho constitucional en el Perú, en el transcurso del siglo xx, experimentó importantes renovaciones como respuestas a los desafíos políticos, sociales y económicos que enfrentaba el país. Específicamente, se promulgaron varias constituciones y se llevaron a cabo

reformas constitucionales significativas, así como también interpretaciones constitucionales de los principios y las garantías fundamentales, que reflejaron la evolución del ordenamiento jurídico y político de la nación. Entre los aspectos relevantes del derecho constitucional de este siglo se encuentran los siguientes:

- a) **Expansión de los derechos fundamentales:** Se produjo una creciente conciencia sobre la protección de los derechos humanos y su inclusión en las constituciones. Se reconocieron y ampliaron los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales. La lucha por la igualdad de género, la protección del medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas fueron temas importantes en el desarrollo del derecho constitucional.
- b) **Democracia y participación ciudadana:** Se fortaleció el énfasis en la democracia y la participación ciudadana. Las constituciones buscaron establecer mecanismos para garantizar la participación activa de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas, como referéndums, iniciativas populares y consultas populares.
- c) **Descentralización y regionalización:** Se promovieron reformas constitucionales para descentralizar el poder y permitir una mayor autonomía a nivel regional y local. Esto implicó la creación de Gobiernos regionales y locales con atribuciones y competencias propias.
- d) **Protección de los derechos humanos:** Hubo un enfoque renovado en la protección de los derechos humanos en el derecho constitucional. Se establecieron mecanismos de control y garantías para prevenir violaciones de derechos y promover su pleno respeto. Además, se establecieron instituciones y órganos especializados, como la Defensoría del Pueblo y el Tribunal Constitucional, para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales.

## 3.1. PERIODOS HISTÓRICOS DEL PERÚ Y LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XX

### 3.1.1. La República Aristocrática y los gobiernos civilistas (1899-1919)

Según lo planteado por Peter Klarén (2012), en la historia moderna del Perú se vivió un periodo singular caracterizado por un excepcional acuerdo político, que derivó en una notable estabilidad política, y un crecimiento y desarrollo autónomo, especialmente en sus etapas iniciales. Este acuerdo se basó parcialmente en un pacto entre los partidos Civil y Demócrata, el cual otorgaba importantes beneficios a ambas partes; uno de los más destacados fue la cooperación para derrocar al gobierno opresivo de Cáceres. Esta unidad política se evidenció durante el «civilismo», en el cual desempeñaron papeles cruciales figuras como Nicolás de Piérola en su segundo periodo presidencial (1895-1899), José Pardo y Barreda (1904-1908), Augusto B. Leguía durante su primer mandato (1908-1912), la breve incursión populista de Guillermo Billinghurst (1913-1914), la restauración no democrática de Óscar R. Benavides (1914-1915) y el segundo mandato de Pardo (1915-1919).

Durante esta fase, el auge de la participación política fue impulsado por los eventos revolucionarios en México en 1905 y Rusia en 1917. Tras la destitución del gobierno de Leguía, la Junta Nacional de Gobierno, liderada por David Samanez Ocampo, encargó a una comisión la tarea de elaborar un proyecto de ley electoral fundamentado en varios principios esenciales. Entre estos se encontraban la instauración de un órgano electoral independiente, la representación de las minorías, el voto secreto y obligatorio, y la organización científica del registro electoral. Estas medidas tenían como objetivo eliminar los privilegios de los grandes contribuyentes. Sin embargo, aún persistía la exclusión de las mujeres y los analfabetos en el proceso democrático.

#### 3.1.1.1. El apogeo civilista y la Constitución de 1920

Augusto B. Leguía, previamente exiliado en el gobierno de Billinghurst, retornó a Perú desde Europa en un periodo tumultuoso durante el

mandato de José Pardo. En las elecciones generales, inicialmente, Leguía mostró una ventaja sobre el candidato oficialista en los primeros resultados; no obstante, debido a impugnaciones y disputas sobre credenciales, la Corte Suprema invalidó varios recuentos, lo que llevó a Leguía a perder la mayoría absoluta por una diferencia de aproximadamente 15 000 votos. En este ambiente tenso, se llamó a una segunda huelga general, esta vez dirigida a controlar el precio de los productos básicos, la cual fracasó por la firme represión de Pardo, que incluyó la detención de líderes y la imposición de amenazas sociales. Posteriormente, la huelga en pro de la reforma universitaria, liderada por estudiantes de San Marcos, marcó el fin del régimen de Pardo.

El Congreso tenía la autoridad para decidir entre los dos candidatos más votados, pero Leguía enfrentaba un Congreso opositor; por lo tanto, respaldado por el Ejército, llevó a cabo el golpe militar del 4 de julio de 1919, derrocó al presidente José Pardo y se auto-proclamó presidente provisional. En este caso, el objetivo no era solo destituir al Ejecutivo, como ocurrió en 1914, sino también disolver el Congreso. Las elecciones fueron marcadas por graves irregularidades, especialmente en áreas donde hubo disputas de credenciales. Posteriormente, Leguía se estableció como presidente de la República con el respaldo de la oposición, así como de los emergentes sectores populares que le proporcionaban apoyo social, a pesar de no tener el derecho al voto.

La fundación de la nueva Constitución se llevó a cabo mediante el Decreto del 10 de julio de 1919, el cual abogaba por la necesidad de establecer una auténtica democracia en el Perú. Se implementaron reformas en 18 puntos y la Constitución resultante fue sometida a la aprobación del pueblo. Se tomaron en consideración la Constitución de 1860 y las anteriores; así, se seleccionaron elementos de todas ellas para conformar la nueva carta magna. Esta fue aprobada el 27 de diciembre por la Asamblea Nacional, convocada mediante plebiscito por Leguía, y fue promulgada por este el 18 de enero de 1920, ya en calidad de presidente constitucional.

Asimismo, Manuel Vicente Villarán (1998), al realizar un análisis comparativo entre la Constitución de 1860 y la de 1920, consideró que ambas eran similares. La Constitución de 1920 estuvo vigente desde el 18 de enero de 1920 hasta el 9 de abril de 1933. Con ella, se regresó al centralismo y se propusieron esquemas de congresos regionales que se reunirían durante 30 días al año, además de restablecer la designación de Juntas de Notables en los municipios.

La Constitución peruana de 1920 fue fuertemente influenciada por la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución alemana de Weimar proclamada en 1918. La primera incluía una extensa enumeración de derechos laborales en su artículo 123, que abarcaba aspectos como la jornada laboral de ocho horas, el pago adicional por horas extras, la protección laboral para mujeres y menores, el salario mínimo, entre otros. Estos eran temas por los cuales aún se luchaba en muchos países años después. Por otro lado, la alemana, aprobada en un país de alto grado de desarrollo a pesar de la derrota en la Primera Guerra Mundial, recogía numerosos derechos sociales.

Ambas cartas fundamentales tuvieron una importante influencia en la redacción de la Constitución peruana de 1920. Esta carta magna abordó temas que no habían sido tratados previamente en la constitucionalidad peruana. Por ejemplo, el artículo 47 estableció la obligación del Estado de legislar sobre la organización general del trabajo, la seguridad laboral y las garantías para la vida, la salud y la higiene. Sin embargo, pese a la introducción de nuevas instituciones, muchas de ellas resultaron inoperantes debido a la falta de adaptación a la realidad política y social cambiante del país. Un ejemplo de esto fue asignarle al Congreso de la República la tarea de ocuparse de las infracciones a la Constitución. Empero, esta disposición eludió cualquier sistema de control efectivo, lo que dificultó que los ciudadanos comunes denunciaran las violaciones constitucionales.

La Constitución de 1920 introdujo elementos más progresistas en los aspectos agrarios e indigenistas, incluyendo derechos para los indígenas y las comunidades campesinas y nativas. Según Basadre (1981), esta Constitución representó un avance significativo al otorgar atención y reconocimiento explícitos a los derechos de los indígenas,

aunque en la práctica no se tradujera en mejoras substanciales (p. 153). En las constituciones anteriores, el reconocimiento de estos derechos había sido postergado por un largo periodo. A su vez, este documento implementó significativas mejoras en el ámbito del derecho penal, y las garantías judiciales y constitucionales. Estas mejoras abarcaron la abolición de la pena de muerte, la prohibición de la aplicación de tormentos y torturas, y el fortalecimiento de las garantías tanto constitucionales como sociales. Igualmente, se estableció la prohibición de suspender garantías y de declarar estados de excepción, junto con la prohibición de la reelección presidencial.

No obstante, a pesar de estas normas constitucionales, Augusto B. Leguía gobernó durante 11 años bajo la suspensión de garantías constitucionales y regímenes de excepción, y consiguió ser reelegido en contradicción con lo establecido. Esta circunstancia representó un desafío para la aplicación efectiva de dichas disposiciones y generó tensiones en el cumplimiento del Estado de derecho y las garantías constitucionales.

El artículo 35 de la Constitución de 1920 afirmaba, de manera explícita, que las garantías individuales no podían ser suspendidas por ninguna ley ni autoridad, incluso en situaciones de amenaza para el orden público. Pero, desafortunadamente, durante la mayor parte del gobierno de Leguía, esta importante disposición constitucional no fue observada. Él ejerció un control autoritario al emitir decretos leyes y suspender las garantías constitucionales, mostrando así un desprecio hacia los principios democráticos y constitucionales que había prometido respetar.

### 3.2. LAS CORRIENTES AUTORITARIAS Y LA CONSTITUCIÓN DE 1933

En las elecciones presidenciales de 1931, Luis Miguel Sánchez Cerro ganó sobre Víctor Raúl Haya de la Torre en medio de una campaña electoral polarizada y llena de controversias. El nuevo gobierno y una Asamblea Constituyente fueron instalados el 8 de diciembre de ese año, pero el mandato fue breve (apenas 16 meses) y estuvo caracterizado por insurrecciones civiles, conflictos bélicos externos y dificultades económicas.

En ese contexto, el Congreso Constituyente de 1931 fue responsable de la promulgación de la nueva Constitución Política del Perú. En ese lapso, Villarán encabezó la comisión de destacados expertos que elaboraron el anteproyecto de la Constitución, el cual tuvo una influencia significativa en el texto fundamental aprobado en 1933. Este texto abogaba por la incorporación de los derechos fundamentales, la presencia de los tres poderes tradicionales del Estado, la supervisión de la constitucionalidad de las leyes por parte del Poder Judicial, además de promover la descentralización tanto política como administrativa, los cuales son ejes esenciales en la dinámica de un Estado democrático, donde se exaltaban las garantías.

### 3.2.1. El Congreso Constituyente de 1931

Durante su periodo de funcionamiento entre 1931 y 1933, este Congreso contó con la participación de diversos partidos políticos. Entre los diputados se encontraban representantes del Partido Socialista del Perú, el Partido Comunista, el Partido Aprista (oposición con 27 representantes), el Partido Indigenista, el Partido Descentralista y la Unión Revolucionaria (partido de gobierno con 67 representantes, incluyendo aliados), entre otros.

En aquel congreso, se produjo un intenso debate, como lo señala Víctor Andrés Belaunde en su libro *El debate constitucional* (1987), considerado uno de los más animados sobre el tema del sufragio. La propuesta constaba en extender el derecho al voto a partir de los 18 años, permitir el voto femenino con ciertas limitaciones, otorgar el voto a los miembros de las Fuerzas Armadas y a los analfabetos, por parte de los representantes apristas, a veces respaldados por socialistas y descentralistas, aunque sin éxito. Los constituyentes abordaron temas como la obligación y el secreto del voto, la representación proporcional de las minorías, la autonomía del Poder Electoral, las garantías constitucionales individuales y sociales, además de la aplicación de la pena de muerte en casos específicos como traición a la patria en tiempos de guerra y homicidio calificado. Los temas de menor relevancia en estos debates fueron el régimen del Poder Ejecutivo y Legislativo, la eliminación del veto presidencial a las leyes

parlamentarias, la descentralización, el rol de las municipalidades, las cuestiones religiosas y los derechos de las comunidades indígenas.

### 3.2.2. La Constitución de 1933

Esta Constitución marcó un hito trascendental en la reforma del Ejecutivo, a tal punto que sus dispositivos constitucionales se encaminaron a restar los poderes y/o las atribuciones presidenciales que habían sido incorporados de forma desmesurada en la carta que la precedió; lo propio se hizo con prohibir la reelección presidencial que la carta política de 1920 determinó. Asimismo, los conflictos entre civiles y militares generaron el surgimiento de documentos provisorios para el ejercicio del poder, dejándose muchas veces postergada la Constitución de 1933.

Pareja Paz-Soldán (2005) apunta el carácter parlamentarista de la carta política de 1933:

En un exceso de parlamentarismo, suprimió no solo el derecho de veto absoluto sino, también, el relativo del Presidente de la República, es decir, la simple potestad de observar una ley regularmente aprobada, prohibición que no ha funcionado, en virtud de una prohibición transitoria, incorporada poco antes de promulgarse la Constitución (p. 184).

En la misma línea, el profesor Enrique Bernales (1978) señala:

De esta forma, el Ejecutivo queda sujeto a la decisión del Parlamento, pues carece de la facultad de legislar por delegación, no tiene derecho a veto (Arts. 128o. y 129o.) y los ministros están sujetos a la fiscalización, control y juicio político de sus actos ante el Congreso (p. 19).

Todo lo anterior demuestra, con clara evidencia, que el Parlamento se constituye en el primer poder del Estado, conforme lo determina la Constitución de las amplias atribuciones introducidas a su favor. Por otro lado, la vigencia constitucional podría relativizar el peso de lo afirmado. Sin embargo, en el análisis del modelo político,

esto resulta rigurosamente cierto; en cuanto se refiere al rol de los parlamentarios, los senadores y los diputados no son solo legisladores, sino gestores de obras, protectores de personas y de grupos. Las cuestiones fundamentales giran en torno de la discusión parlamentaria, lo cual convierte a las Cámaras en el centro de la vida política más importante de la nación.

La institución de la Vicepresidencia (contenida en la carta política de 1933), que inicialmente fue creada por el modelo presidencialista de la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya influencia pasó a formar parte de algunas de nuestras Constituciones, fue suprimida. En caso de no poder ejercer sus funciones el presidente (por vacancia o suspensión de cargo), asumía el poder ejecutivo el Consejo de Ministros. No obstante, más adelante, las Vicepresidencias (primera y segunda) fueron restituidas por Ley del 1 de abril de 1936. Del mismo modo, el Parlamento bicameral, integrado por una Cámara de Diputados y una de Senadores, siendo el Senado funcional una de las innovaciones más interesantes, jamás funcionó, pese a las constantes luchas del ilustre constitucionalista don Víctor Andrés Belaunde.

Por otro lado, se ampliaron las facultades del Parlamento de manera ilimitada, recortándose las funciones y los privilegios del Poder Ejecutivo donde, además de la ya mencionada facultad de acusar al presidente y privarlo de su cargo, las Cámaras tenían el derecho de censurar a los ministros por separado o al Consejo de Ministros en pleno. Sumado a esto, se estableció también el derecho de sufragio para todos los ciudadanos mayores de 21 años (mayoría de edad para la época) que supiesen leer y escribir. En relación con lo anterior, la Constitución rechazó el sufragio absoluto a favor de la mujer y los analfabetos (aunque se concedió a las mujeres la votación en las elecciones municipales); recién a partir del 7 de septiembre de 1955 se permitió el sufragio femenino total, el cual era directo y secreto.

La Constitución mantuvo el centralismo administrativo al establecer que el «Estado es uno e indivisible» (artículo 2), aunque otorgó autonomía económica y administrativa a los municipios, creando instituciones innovadoras (como los Consejos Departamentales) que, en

la praxis política, no llegaron a funcionar al igual que la Cámara Alta de composición funcional y el Concejo de Economía Nacional.

Los derechos fundamentales reconocidos fueron la libertad laboral, la prohibición de prisión por deudas, la libertad de conciencia y de creencia, la libertad religiosa, aunque con preminencia de la religión católica, el derecho de petición, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, las libertades de reunión y de prensa, y el derecho de no ser expatriado. Todos estos y otros derechos más daban lugar a la protección procesal constitucional a través del *habeas corpus*.

En materia de garantías constitucionales, encontramos el *habeas corpus*, instituto procesal constitucional destinado a la protección de los derechos individuales y sociales que el artículo 69 señalaba: «Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución dan lugar a la acción de *habeas corpus*». Este instituto procesal dio lugar al *habeas corpus* civil; su extensión se aplicó no solo a la protección de la libertad individual, sino también a los demás derechos constitucionales protegidos por la Constitución. Su reglamentación se dio con el Código de Procedimientos Penales de 1940. Posteriormente, el Decreto de Ley n.º 17083 estableció las pautas procesales propias del *habeas corpus* civil.

Otro instituto procesal constitucional de gran relevancia que nos legó esta carta fue la acción popular, que procedía contra decretos y resoluciones dictadas por el Ejecutivo, siempre que tuvieran carácter general. Este mecanismo procesal constitucional fue reglamentado recién hacia 1963 y se aplicó con la entrada en vigor de la Constitución de 1979.

En la práctica político-constitucional, estos institutos procesales no llegaron a funcionar por cuatro razones fundamentales: por falta de su reglamentación inmediata, por la inoperatividad de los órganos judiciales y su desconocimiento durante la posibilidad de hacer prevalecer los derechos fundamentales y la supremacía constitucional, y, finalmente, por la desidia de los gobernantes de pretender mantenerse al margen de los principios y los postulados de la carta magna a fin de afianzar su dominio bajo un estatuto personal de poder.

### 3.3. LA ESCENA POLÍTICA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1979

El golpe militar peruano del 3 de octubre de 1968, liderado por el general Juan Velasco Alvarado, se autodenominó como una «revolución socialista» con la intención de prevenirla. Esta acción reflejaba la corriente de pensamiento militar que había ido surgiendo desde la década de 1960, en torno al nacionalismo.

Si realizamos un repaso histórico, a principios de 1974, se desencadenó una crisis económica internacional debido al embargo petrolero impuesto por la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) el año anterior. Los precios de los principales productos de exportación peruana sufrieron fuertes caídas y las cuentas externas del país se debilitaron, lo que incrementó el descontento laboral y agudizó los conflictos sociales. Con el aumento de los sindicatos, en su mayoría reconocidos por Velasco, el poder sindical se expresó a través de una serie de huelgas a gran escala, lo que dificultaba la transferencia de los costos de la crisis al sector laboral. Asimismo, el 5 de febrero de 1975 se desencadenó una huelga policial, que se convirtió en un motín, y la intervención militar para contener los disturbios desató una fuerte represión que resultó en casi un centenar de muertos. Esto minó la confianza en la capacidad del Gobierno para manejar la situación.

En aquel contexto, el general Francisco Morales Bermúdez se alzó en Tacna el 29 de agosto de 1975, respaldado por una declaración emitida por los comandantes generales del Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea, quienes se constituyeron en una Junta Revolucionaria y asumieron el control presidencial. Velasco renunció al darse cuenta de que había perdido el control sobre las principales bases militares.

Como respuesta a la crisis económica y social, Morales Bermúdez promovió el retorno a la democracia y buscó establecer acuerdos con los partidos políticos. Anunció el «Plan Túpac Amaru», el cual convocaba a un Congreso Constituyente para redactar la Constitución Política de 1979. Esta carta magna fue aprobada por la Asamblea Constituyente el 12 de julio del mismo año y entró en vigor el 28 de julio de 1980, bajo la presidencia de Fernando Belaunde Terry.

La Constitución de 1979 fue considerada un modelo, resultado del consenso entre diversas fuerzas políticas. En su elaboración participaron todos los sectores políticos, incluyendo al Partido Aprista Peruano (PAP), el Partido Popular Cristiano (PPC), el Partido Demócrata Cristiano (PDC), así como varios grupos de izquierda, entre ellos, el Frente Obrero Campesino Estudiantil Popular (Focep), el Partido Socialista Revolucionario (PSR), el Partido Comunista Peruano (PCP), el Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos (Frena-Traca) y la Unidad Democrática Popular (UDP).

La carta de 1979 significó un avance muy significativo en la introducción de un catálogo rico en materia de derechos fundamentales, siguiendo la tendencia de su modelo y predecesora la Constitución española de 1978, cuya estructura defensora y proteccionista e influyente fuera asumida por parte de los constituyentes de ese año, con una inclinación principal en la protección de la esencia de la persona humana, y su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado; a diferencia del resto de las cartas políticas cuyas redacciones y estructuras partían de la esencia del Estado y la nación, y de forma escueta se preocupaban de los derechos y las garantías individuales y sociales. La Constitución de 1979 fue pionera en preocuparse en la primacía de la persona humana. Esta erigió a la persona y al concebido como garantía del modelo del Estado constitucional, social y democrático de derecho, que estableció, a su vez, la protección de los derechos de las personas, junto con un grupo importante de garantías constitucionales, sumado también a la conformación, por primera vez, de un Tribunal de Garantías Constitucionales.

La Constitución de 1979 marcó un progreso significativo en términos de democracia y derechos humanos en comparación con la Constitución de 1933, que evidenció las limitaciones del antiguo modelo para fortalecer la democracia y mejorar las condiciones de vida de la mayoría de la población. El sistema político establecido por la Constitución de 1979, basado en un régimen mixto entre presidencialismo y parlamentarismo, experimentó cambios significativos en comparación con el sistema establecido en 1933.

La Constitución de 1979 estableció diferencias claras en cuanto al origen y las funciones de las Cámaras de Diputados y Senadores. Aunque ambos espacios participaban igualmente en la función legislativa principal, la elección de diputados se realizaba por departamento; mientras que los senadores eran elegidos por distritos electorales únicos, hasta que se establecieron las regiones. Las dos cámaras tenían la facultad de invitar a ministros, pero solo la Cámara de Diputados podía interpelarlos, censurarlos o retirarles la confianza.

Cabe destacar que en la Constitución de 1933 se necesitaba el voto del veinticinco por ciento del número total de senadores o diputados para interpelar a los ministros; mientras que en la Constitución de 1979 se requería el voto de al menos un tercio de los representantes hábiles. Además, un solo senador o diputado podía presentar una moción de censura en 1933; en contraste, en 1979 esta moción requería el respaldo del veinticinco por ciento del número total de diputados. En cuanto a la destitución de un gabinete o ministro, en 1933 se necesitaba una simple pluralidad en cualquiera de las Cámaras, a diferencia de la carta de 1979, que requería el voto favorable de más de la mitad del número total de diputados, aumentando a los dos tercios en el último año del periodo constitucional.

### 3.4. POPULISMO MILITAR DEL FUJIMORISMO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1993

El Perú enfrentaba una serie de hechos que constaban de una grave crisis económica, violencia subversiva de grupos como Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), colapso de los partidos políticos y corrupción gubernamental. Ante esto, la población buscaba soluciones fuera del sistema de partidos, apoyando políticas de ajuste económico y adoptando un enfoque autoritario debido al fracaso de las instituciones democráticas. El gobierno de Fujimori, tras lograr reducir la inflación, se enfrentó al Congreso y al Poder Judicial, acusándolos de obstruccionismo y corrupción, lo que culminó en un golpe de Estado en abril de 1992. Así, Fujimori asumió poderes dictatoriales y disolvió instituciones, incluido el Parlamento. Posteriormente, en noviembre de 1992, el oficialismo ganó la

mayoría en el Congreso Constituyente Democrático, que redactó una nueva Constitución sometida a referéndum en octubre de 1993, que fue aprobada favorablemente.

En dicho marco, la Constitución de 1993 significó la apertura hacia un nuevo modelo económico para el Perú: «el neoliberalismo», sobre cuya base se construyó la economía nacional en los últimos treinta años que han transcurrido desde la vigencia de dicha carta.

Es evidente que el país resentía la existencia de un Estado hipertrofiado, burocrático y con crecientes síntomas de corrupción institucional. Para esto, la nueva Constitución liberaliza la economía y facilita la iniciativa privada. La introducción de estas reglas del sistema económico es tal vez la innovación más significativa de esta Constitución en relación con las que la precedieron en la historia republicana del Perú.

Esta carta trajo consigo cambios sustanciales en lo referente a la estructuración del Poder Ejecutivo y el afianzamiento de los poderes presidenciales, entendido como la concentración casi absoluta del poder en desmedro de las otras instituciones como el Parlamento. Enrique Bernalles (2012) al referirse a esto último, señala:

Una sistematización de los elementos que caracterizan este régimen mixto, con tendencia a una concentración desigual del poder en favor del presidente de la república, obliga a desarrollar el planeamiento que hemos formulado respecto a la ruptura del equilibrio de poderes. [...] en efecto, sostenemos que se ha roto el equilibrio de poderes, por cuanto el Parlamento pierde atribuciones legislativas y de control, en tanto que numerosas decisiones presidenciales serán ejercidas autónoma y discrecionalmente por el presidente (p. 74).

La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiados al Consejo de Ministros, siendo cada ministro responsable de los asuntos de su competencia (artículo 119 de la Constitución), conforme al principio de la competencia. Son nulos los actos del presidente que carezcan de refrendación ministerial (artículo 120).

El presidente del Consejo de Ministros puede plantear ante el Congreso una cuestión de confianza en nombre del Consejo. Si la confianza le es rehusada o si es censurado, se produce la renuncia de todo el gabinete. El presidente de la república puede disolver el Congreso en el supuesto de que se haya censurado o denegado la confianza a dos Consejos de Ministros. Esto resulta válido para todo este organismo, pero no para miembros aislados. Una disposición semejante se encontraba en el artículo 227 de la Constitución de 1979, aunque en ella se autorizaba al presidente de la república a disolver la Cámara de Diputados si esta ha censurado o negado la confianza por tres veces al Consejo de Ministros. En el caso del Senado, era imposible su disolución (artículo 230), sobre todo en cuanto que la Cámara Alta no se hallaba involucrada en este conflicto en ningún momento.

En general, la Constitución de 1993 contiene aportes positivos, errores y deficiencias en su formación. Esta introdujo varias innovaciones significativas en comparación con las constituciones anteriores.

En materia de democracia semidirecta, la Constitución dispuso un sistema de democracia representativa, con elecciones periódicas y la participación ciudadana en la toma de decisiones a través del derecho de referéndum y consultas populares. En cuanto a la materia de reforma judicial, introdujo cambios en el sistema judicial peruano, con el objetivo de garantizar la independencia, la transparencia y la eficiencia en la administración de justicia. Se crearon instituciones como el Consejo Nacional de la Magistratura y la Defensoría del Pueblo para fortalecer la protección de los derechos de los ciudadanos.

Si bien la Constitución buscó garantizar la independencia y la separación de los poderes del Estado (el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial), también estableció mecanismos de control y equilibrio entre estos poderes. Esto dio como resultado la creación de un Tribunal Constitucional, órgano jurisdiccional autónomo, que se encargaría de ejercer un control constitucional auténtico de los poderes y velar por la defensa de la carta.

Por otro lado, en materia de protección de los derechos fundamentales, se redactó sobre la base o la plantilla de la Constitución

de 1979, reconociendo la protección de los derechos fundamentales, incluyendo derechos civiles y políticos, así como derechos sociales y económicos. Estos derechos incluyen la libertad de expresión, el derecho a la igualdad, el derecho a la identidad, el derecho a la propiedad privada, el derecho al debido proceso, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, entre otros.

Por un lado, respecto a la descentralización y la autonomía regional, la Constitución impulsó la descentralización política y administrativa, otorgando mayor autonomía a los Gobiernos regionales y locales. Esto permitió una mayor participación ciudadana y una gestión más cercana a las necesidades de las comunidades locales. Por otro lado, en lo referido a materia de garantías constitucionales, esta carta magna introdujo el *habeas data* y la acción de cumplimiento.

En otro orden de ideas, si bien la Constitución peruana de 1993 ha sido elogiada por ciertos aspectos positivos, también se le han atribuido críticas y se han identificado algunos aspectos negativos:

- a) Concentración excesiva de poder en el Ejecutivo, particularmente en la figura presidencial: Esto ha ocasionado un desequilibrio en los poderes del Estado y ha debilitado la separación de poderes y los mecanismos de control y equilibrio.
- b) Limitaciones en los derechos laborales: Se ha señalado que la Constitución de 1993 ha debilitado los derechos laborales al permitir contratos temporales, flexibilización laboral y limitaciones en la negociación colectiva. Esto ha generado críticas por parte de los sindicatos y las organizaciones laborales.
- c) Restricciones en la participación política: Algunos críticos argumentan que la Constitución ha establecido barreras para la participación política; por ejemplo, la exclusión de ciertos grupos, como los condenados por delitos graves y su sanción al postularse a cargos políticos.
- d) Debilidad del sistema de justicia: Se han cuestionado la eficacia y la independencia del sistema de justicia en el Perú, lo que ha generado preocupaciones en cuanto a la garantía

de los derechos y la lucha contra la corrupción. Se considera que la Constitución no ha logrado establecer un sistema de justicia sólido y confiable.

- e) Exclusión de pueblos indígenas: A pesar de reconocer algunos derechos de los pueblos indígenas, se ha argumentado que la Constitución de 1993 no ha sido suficientemente inclusiva ni ha garantizado plenamente sus derechos ni su participación en la toma de decisiones que afectan sus territorios y recursos naturales. No obstante, esta situación ya ha sido superada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al reconocerles a estos pueblos el derecho de consulta previa como un derecho constitucional innominado.

Cabe mencionar que, a lo largo del tiempo, se han planteado propuestas de reforma para mejorar y adaptar la Constitución a los nuevos desafíos y las necesidades del país. Sobre esto, el profesor Pareja Paz-Soldán (2005) acertadamente plantea que «la proliferación de textos constitucionales en nuestro país no es tanta responsabilidad de los defectos de los textos, sino más bien producto de una sociedad política aún carente de solidez institucional y de respeto de la ley» (p. 57).

Todo esto evidencia que en el Perú se ha ido dando de una forma desmedida e irresponsable una serie de cartas políticas, cuya proliferación de textos se debió a las ambiciones de poder de los gobernantes de turno, de pretender confeccionar una constitución que funcione a su medida y acorde con sus intereses y afanes reeleccionistas e ideología imperante, para que en la mayoría de los casos se perpetúen en el poder.

## 4. EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ DEL SIGLO XX

Durante el siglo pasado, hubo un intenso debate nacional sobre la necesidad de establecer un Estado eficiente e institucionalizado, con la aspiración de convertirse en una nación desarrollada. Este debate se enriqueció a través de las Asambleas Constituyentes y las distintas

corrientes constitucionales de los líderes políticos y juristas. Se discutieron temas cruciales como la reforma estructural del Estado, la protección y una economía social de mercado, en línea con los principios de la separación de poderes. También se abordaron garantías para los derechos individuales y sociales, la configuración del régimen presidencialista, la descentralización del país, la reforma de los Gobiernos locales y la autonomía e independencia del Poder Judicial.

En el pensamiento constitucional peruano del siglo XX predomina la idea de que la Constitución debe ser concebida como una norma vinculante, sistema preceptivo limitante del poder y defensora de derechos, principios y valores fundamentales, en el cual se articulan mecanismos de garantías constitucionales y control de constitucionalidad de las leyes.

En el derecho constitucional peruano del siglo XX, el pensamiento liberal desempeñó un papel fundamental en la elaboración y el desarrollo de las constituciones. Este enfoque se basó en los postulados doctrinarios de profesores de Derecho Constitucional de reconocidas instituciones educativas como la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con sus enseñanzas y sus obras, estos catedráticos contribuyeron a la formación de la doctrina constitucional en el país. Además, es importante destacar los aportes de profesores de Derecho Constitucional de otras instituciones educativas.

Después de la promulgación de la Constitución de 1933 y tras los periodos de los gobiernos militares de Benavides, Odría y Velasco, se observa un resurgimiento del movimiento constitucional en el Perú. Sin embargo, es a partir de la Constitución de 1979 cuando la literatura constitucional peruana experimenta un renovado interés y crecimiento. Esta Constitución marcó un hito en el estudio del derecho constitucional, fomentando su análisis teórico y su aplicación práctica, los cuales solo podían lograrse mediante el retorno a la institucionalidad. En este contexto, surgieron figuras destacadas que contribuyeron a ilustrar la realidad constitucional desde diversas perspectivas. A continuación, se mencionan los principales pensadores del derecho constitucional en Perú.

#### 4.1. MARIANO HILARIO CORNEJO ZENTENO Y SU TESIS *EL GOBIERNO PARLAMENTARIO*

Aunque la influencia de Mariano Hilario Cornejo es limitada, sus notables contribuciones anteriores están estrechamente ligadas a su influyente obra *El gobierno parlamentario*. Esta tesis, presentada para obtener el grado de doctor en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad Mayor de San Marcos en 1896 y publicada en los Anales Universitarios en 1898, ha sido el núcleo central de su pensamiento. Indudablemente, esta obra representa una de las más destacadas en el ámbito del derecho constitucional peruano, especialmente en relación con el régimen representativo y democrático.

Cornejo (1898) expone en su tesis la importancia de que los mandatarios sean elegidos por la nación, destacando la evolución política que ha llevado a la superioridad de este sistema hasta la época actual. Asimismo, Cornejo describe tres formas principales de gobierno representativo en la práctica:

- a) El régimen *ad referendum* o plebiscitario, predominante en Suiza, donde ciertas leyes deben ser sometidas a la aprobación del pueblo. Este sistema, factible en un país pequeño y culto como Suiza, se beneficia de su neutralidad legalmente declarada, lo que lo exime de preocupaciones de seguridad externa que afectan a otros países.
- b) El régimen presidencial de los Estados Unidos, donde el presidente posee un poder considerable, incluyendo el veto suspensivo y el control sobre la esfera de sus ministros, quienes actúan más como simples secretarios sin influencia en el ámbito parlamentario o político. El sistema federal en los Estados Unidos ha logrado reducir las atribuciones del Gobierno nacional, permitiendo una coexistencia relativamente fluida entre el Gobierno y el Congreso, aunque a veces falta la unidad de planificación entre ambos poderes, característica de un sistema parlamentario genuino.

- c) El sistema representativo, que, según Cornejo, inevitablemente desemboca en el parlamentarismo o en una dictadura plebiscitaria, dado que resulta difícil en la práctica la separación ideal entre los poderes Legislativo y Ejecutivo. Se destaca la necesidad constante de promulgar nuevas leyes o modificar las existentes para asegurar un gobierno efectivo. Es crucial que quienes lo regulan estén alineados con el espíritu de las leyes. Específicamente, las leyes financieras deben ser revisadas anualmente para adaptarse al dinamismo de las sociedades contemporáneas.

El sistema parlamentario, para el autor, establece una verdadera responsabilidad ministerial ante el Parlamento, con consecuencias inmediatas como la pérdida de poder, en contraposición a la dificultad de un juicio político. Para que esta responsabilidad sea absoluta y en beneficio de la nación, el gobierno debe ser ejercido exclusivamente por los ministros, quienes pueden ser destituidos según lo exija el Parlamento. El papel del jefe del Estado en un régimen parlamentario se limita a representar la majestad del Estado y actuar como consejero neutral de los ministros, sin intervenir en su gestión.

## 4.2. LA OBRA Y EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL DE MANUEL VICENTE VILLARÁN

Su tarea como jurista estuvo íntimamente vinculada a su labor como docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, donde se dedicó a examinar el desarrollo de la Constitución peruana desde una perspectiva que enfatizaba el avance social. Esto implicaba presentar el derecho positivo como una alternativa al jusnaturalismo.

De acuerdo con la nueva orientación doctrinaria, se desarrolló la docencia de Villarán y se llevó a cabo la reforma que él encabezó en los estudios jurídicos peruanos. Los remanentes escolásticos y la última forma del jusnaturalismo enseñado entre nosotros, que es el idealismo krausista, se debatieron en retirada. Contra ellos, desplazándolos en la docencia universitaria, Villarán enseñó y difundió las ideas de la escuela sociologista y puso en vigor el método histórico y comparativo en el estudio del derecho, a la par que introdujo a los

autores de la escuela analítica inglesa de jurisprudencia, cuyas doctrinas logró balancear elegantemente con las de la escuela sociológica (Salazar Bondy, 1965, p. 125).

También sostuvo que, al elaborar leyes, estas no debían ser meras réplicas de legislaciones foráneas, sino que debían ajustarse y ser pertinentes a la situación social y cultural, de modo que se promueva su acatamiento y observancia.

Su obra *Lecciones de derecho constitucional* fue publicada en 1998 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, bajo la dirección del Dr. Domingo García Belaunde. La actividad intelectual de Villarán fue basta, pues cultivó disciplinas como la historia, la filosofía y, sobre todo, el derecho constitucional.

Finalmente, Villarán (1998) al referirse al derecho constitucional, señala que esta disciplina jurídica estudia, además de las diferentes formas de gobierno, los límites del Estado frente a los derechos de los individuos, es decir, las garantías individuales (p. 10).

### 4.3. TORIBIO ALAYZA Y PAZ SOLDÁN: EL DERECHO CONSTITUCIONAL GENERAL Y DEL PERÚ Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL GENERAL Y COMPARADO

Alayza y Paz Soldán (1928), al buscar comprender el derecho constitucional del Perú, identificó varias fuentes principales del mismo:

- a) Las constituciones anteriores, ya que, aunque una constitución puede ser derogada, los órganos constitucionales que establece no desaparecen; las cartas magnas pueden ser modificadas, pero dejan una marca duradera.
- b) El momento ideológico, que otorga importancia a las ideas predominantes en el momento en que se promulga una constitución. Los pensamientos dominantes de la época influyen en los legisladores y el contenido de la ley.
- c) Los elementos utópicos, cuyas innovaciones pueden no ser efectivas debido a la falta de adecuación al entorno que las rodea. Algunas reformas importadas pueden no ser necesarias ni adecuadas para la situación local.

- d) El momento político en el que se encuentra el país, caracterizado por la agitación política y, en ocasiones, por reacciones violentas. Durante estos momentos se promulgan disposiciones políticas que pueden modificar las constituciones en respuesta a la influencia sobre los legisladores.
- e) Los tratadistas, los escritores y otros intelectuales, considerados fuentes secundarias que influyen en el pensamiento político y reflejan la ideología predominante o progresista de la vanguardia de su época.

A partir de esto, Alayza y Paz Soldán (1928) criticó el sistema bicameral en el Perú, argumentando que, aunque existían dos Cámaras, no se seguía el principio de su verdadera naturaleza. Consideraba que el proceso legislativo no se limitaba simplemente a la revisión por dos Cámaras, sino que implicaba la confrontación de dos tipos de pensamiento: uno político y cambiante en la Cámara de Diputados, y otro más conservador en el Senado. Propuso entonces una reforma en la organización del Senado, sugiriendo que este tuviera un mandato más prolongado que la Cámara de Diputados para evitar que ambos órganos coincidan en el momento de la renovación. De esta manera, buscaba que el Senado represente valores y orientaciones más estables y duraderos, en contraposición a los intereses políticos momentáneos (p. 13).

#### 4.4. VÍCTOR ANDRÉS BELAUNDE Y EL DEBATE CONSTITUCIONAL

Víctor Andrés Belaunde, reconocido como uno de los autores más destacados en el contexto peruano, exploró los problemas nacionales desde la óptica de la doctrina social de la Iglesia. Desde que se unió al Archivo de Límites en 1903, se enfocó en la delimitación de nuestros derechos territoriales. A pesar de haber adoptado el positivismo que era prevalente en el ámbito académico de esa época, solo lo utilizó como un enfoque metodológico, ya que rechazaba firmemente sus fundamentos teóricos y el análisis materialista.

La postura de Víctor Andrés Belaunde respecto al «debate constitucional» se manifiesta cuando expresa que el parlamento constituye una entidad moral indivisible (Belaunde, 1987). Él sostiene que existe una conciencia parlamentaria que trasciende la afiliación partidista individual. Según su perspectiva, cada miembro del Parlamento representa una parte integral y vital de esta institución; así, la unidad del Parlamento se compone de todos y cada uno de los representantes. En este contexto, Belaunde enfatiza que no hay lugar para partidos ni para individuos, sino que se forma una entidad única e indivisible: el Parlamento, investido con la inviolabilidad que, a su vez, simboliza la inviolabilidad.

#### 4.5. JOSÉ PAREJA PAZ-SOLDÁN Y SU TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO

José Pareja Paz-Soldán ha desempeñado un papel destacado como jurista, periodista, diplomático y estudioso del derecho constitucional peruano. Su contribución más notable ha sido su impulso en el desarrollo y la difusión de la disciplina de la historia constitucional en nuestro país.

El experto jurista argumenta que nuestra historia republicana se caracteriza por el fracaso y la falta de aplicación o respeto hacia nuestras constituciones. Esto implica una discrepancia entre lo establecido en la Constitución y la realidad política. Según su análisis, una constitución no puede crear por sí sola el orden y el respeto a la ley, ni garantizar el correcto funcionamiento del Estado.

El documento constitucional puede influir o guiar la estructura política de un país, pero no tiene la capacidad de inventarla ni de asegurar, mediante sus disposiciones, el orden, el respeto a la ley y el correcto funcionamiento del Estado. Las prácticas políticas están arraigadas en la tradición y en tendencias que son difíciles de controlar. El colapso constitucional experimentado por el Perú en el siglo pasado y las primeras décadas del presente se atribuye a un defecto específico: la falta de respeto hacia la ley.

En su obra *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, al abordar el tema del referéndum, Pareja Paz-Soldán (1980) plantea que esta herramienta solo sería efectiva en países con un alto nivel cultural, como Suiza. En el contexto peruano, su implementación generaría numerosos problemas y complicaciones, algo que no es práctica común en Latinoamérica. El autor destaca que la Asamblea Constituyente, mediante la delegación electoral, tenía plena soberanía e independencia para redactar la Constitución. Por tanto, la mayoría de los constituyentes rechazaron la propuesta, que consideraban radical y demagógica, de someter la carta magna de 1979 a la ratificación popular mediante referéndum.

El planteamiento del jurista resulta intrigante para su época, lo que posiblemente explique por qué la institución del referéndum no fue incluida en la Constitución de 1979. No obstante, años más tarde, la Constitución de 1993 adoptó el referéndum como un mecanismo de democracia semidirecta, buscando promover la participación ciudadana. De esto se puede desprender que este pensador percibía que la nación aún no había alcanzado la madurez necesaria para comprender plenamente el derecho y su influencia en el bienestar colectivo.

#### 4.6. PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Las obras de Domingo García Belaunde tienen una gran importancia y valor como aportes a la doctrina constitucional, tanto a nivel nacional como internacional, especialmente en el contexto peruano. Durante los ochenta, era difícil encontrar textos o manuales que ofrecieran un análisis didáctico y profundo de la doctrina constitucional, así como comentarios sobre la nueva Constitución peruana de 1979. En este contexto, el libro *Teoría y práctica de la Constitución peruana* (en 2 volúmenes), de García Belaunde, fue de suma relevancia. En ella, se examina detalladamente la carta magna de 1979, con especial énfasis en los desafíos de su implementación. La primera parte aborda los antecedentes históricos previos a la Constitución de 1979, mientras que la segunda parte se centra en el desarrollo de dicha carta magna. La tercera parte se dedica los aspectos metodológicos del estudio

del derecho constitucional. La cuarta parte expone el análisis de los personajes, los eventos y los sucesos constitucionales de los años recientes. Por último, la quinta parte, titulada «La Constitución puesta a prueba», recopila artículos periodísticos que analizan los principales acontecimientos de ese periodo.

Según este intelectual, las constituciones en América Latina no cuentan con disposiciones explícitas que permitan la revisión de las medidas tomadas durante los estados de excepción. Sin embargo, el autor había contemplado la idea de desarrollar un modelo o una lista básica que debería ser incluida en las constituciones de la región para establecer los límites de los regímenes de excepción, especialmente en lo que respecta a qué medidas pueden ser adoptadas y por cuánto tiempo. De esta manera, el autor concluye con que los Estados latinoamericanos deben tomar medidas de salvaguardia para proteger los derechos humanos durante la implementación de tales medidas, especialmente, a partir de la rectificación realizada del Pacto de San José de Costa Rica (García Belaunde, 1990). Por lo tanto, se considera imprescindible llevar a cabo una reforma constitucional para que los Estados de América Latina se adecuen a lo establecido en dicho acuerdo.

## 5. CONCLUSIONES

En conclusión, el pensamiento constitucional en el Perú del siglo xx se desarrolla teniendo como eje de discusión principal el poder constituyente como creador de la Constitución, y la supremacía constitucional como fundamento esencial de organización y control del poder del Estado, junto con la eficacia de garantía de los derechos fundamentales. A manera de recapitulación, se anota lo siguiente:

- a) Durante el siglo xx, el contexto histórico en el Perú influyó en el desarrollo del pensamiento constitucional, dando lugar a propuestas de modelos políticos, económicos, de participación ciudadana, descentralización y regionalización. En este periodo, predominó un enfoque constitucional de tendencia liberal, donde se resaltaba la importancia de la libertad de prensa y la democratización como vías para el ascenso social.

La Constitución reflejaba los conflictos con las instituciones nativas y la estructura de la sociedad en su conjunto. Cada avance liberal conllevaba cambios positivos, pero también enfrentaba resistencias de índole caudillista.

- b) En la primera mitad del siglo XVIII, la búsqueda de un Estado eficiente caracterizó históricamente al país, mientras que en la segunda mitad se impulsó el desarrollo material como un país progresista. Durante los siglos XIX y XX, la violencia fue una constante en los eventos relacionados tanto con la promoción como con la oposición a una nueva constitución, considerada como un elemento de integración y desarrollo en el territorio. Esta podría ser la razón principal por la cual el documento constitucional ha experimentado demoras en su adaptación a la realidad social de su momento.
- c) A través del análisis de los debates constitucionales de 1920, 1933, 1979 y 1993, se puede apreciar cómo el pensamiento constitucional se plasma en una propuesta que configura un modelo constitucional sistemático. Durante los debates doctrinarios del siglo XIX, se observaron diversas corrientes, entre las que sobresalieron las tendencias autoritarias, que abogaban por un gobierno fuerte para alcanzar el orden y el progreso; las conservadoras, que se aferraban a las ideas de la época colonial y procuraban mantener el *statu quo*; y las liberales, que adoptaban una posición más moderada, inspiradas por las revoluciones burguesas. En el Perú, las corrientes liberales predominaron sobre las demás, manifestándose tanto el liberalismo radical como el liberalismo conservador, lo que dio lugar a las constituciones del siglo XX. Así, se concluye que el derecho, entendido como una manifestación de las relaciones de poder en la sociedad, refleja la continua búsqueda de dominio.

## REFERENCIAS

- Alayza y Paz-Soldán, T. (1928). *Derecho constitucional y general del Perú*. Empresa Editora Cervantes.
- Alvarado-Ortiz, J. C., & Martínez, J. J. (entrevistadores). (1993). Entrevista a Néstor Pedro Sagüés. *Themis. Revista de Derecho*, (26), 37-42. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11091>
- Basadre, J. (1981). *Sultanismo, corrupción y dependencia en el Perú Republicano*. Editorial Milla Batres.
- Belaunde, V. A. (1987). *Obras completas. iv. El debate constitucional*. Comisión Nacional del Centenario.
- Bernales, E. (1978). La Constitución de 1933 y la organización del Estado peruano. *Revista de Derecho de la Universidad Católica*, (3).
- Bernales, E. (2012). *La Constitución de 1993. Veinte años después* (6.ª ed.). Idemsa.
- Cornejo, M. H. (1898). *El gobierno parlamentario*. Anales Universitarios.
- Eguiguren, F. (1997, 13 de julio). José Pareja Paz-Soldán y la historia constitucional. *El Comercio*, p. 22.
- García Belaunde, D. (1990). El constitucionalismo peruano en la presente centuria. *Derecho*, (43-44), 59-101. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199001.003>
- García Calderón, F. (2001). *El Perú contemporáneo*. Fondo Editorial del Congreso de la República.
- Klarén, P. F. (2012). *Nación y sociedad en la historia del Perú*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Pareja, J. (1980). *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979* (t. II). Justo Valenzuela Editor.
- Pareja, J. (2005). *Historia de las Constituciones nacionales (1812-1979)* (2.ª ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú

- Rubio, M., & Bernal, E. (1988). *Constitución y sociedad política*. Mesa Redonda Editores.
- Salazar Bondy, A. (1965). *Historia de las ideas en el Perú contemporáneo*. Francisco Moncloa Editores.
- Villarán, P. M. (1998). *Lecciones de derecho constitucional*. Pontificia Universidad Católica Fondo Editorial.





Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

**REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política**  
**de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

Vol. 78, n.º 78, enero-diciembre, 2023 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2023.v78n78.04

## **TUTELA JURÍDICA DEL CONCEBIDO: DESDE EL DERECHO LATINOAMERICANO HASTA LA RECIENTE LEY N.º 31935**

Legal guardianship of the conceived child: from Latin  
American law to the recent Law No. 31935

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [cagurtog@unmsm.edu.pe](mailto:cagurtog@unmsm.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-4058-8868>

JUAN PABLO ABANTO  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [juan.pablo@unmsm.edu.pe](mailto:juan.pablo@unmsm.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0002-2677-6275>

### **RESUMEN**

Los autores muestran que, a lo largo de la historia, desde la Antigüedad hasta la Edad Moderna, el derecho siempre ha valorado la protección del concebido. En nuestro contexto, esta idea se estableció oficialmente por primera vez en el derecho comparado con la

entrada en vigor del Código Civil peruano de 1984. En ese sentido, en este trabajo se realiza un análisis crítico de la Ley n.º 31935, Ley que reconoce derechos al concebido, la cual, en vez de constituirse en un avance para la protección tales derechos, se presenta más bien como un despropósito para el sistema jurídico nacional.

**Palabras clave:** sujeto de derecho; concebido; nacimiento; persona.

## ABSTRACT

The authors show that, throughout history, from Antiquity to the Modern Age, the law has always valued the protection of the conceived child. In our context, this idea was officially established for the first time in comparative law with the entry into force of the Peruvian Civil Code of 1984. In this sense, this paper critically analyzes Law n.o 31935, Law that recognises the rights of the conceived child, which, instead of being an advance in the protection of such rights, is presented as nonsense for the national legal system.

**Keywords:** subject of law; conceived; birth; person.

Recibido: 24/11/2023    Aprobado: 1/12/2023    Publicado: 11/12/2023

## 1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de la codificación comparada, el derecho peruano, a través de su Código Civil de 1984, en vías de cumplir cuarenta años, y su Constitución Política de 1993, reconoce al concebido como sujeto de derecho desde la vida intrauterina del ser humano. A la luz de los avances proporcionados por la genética, la ciencia, la medicina y la bioética, se pueden comprobar la vitalidad y la sensibilidad del feto humano desde las primeras semanas de existencia, considerándolo así un nuevo sujeto (Gemelli, 2022, p. XI).

El concebido, en cuanto vida humana, tiene dignidad y, por ende, es necesaria su tutela mediante el ordenamiento jurídico. Tiene sus derechos fundamentales y existenciales, así como también los de naturaleza patrimonial; en tal sentido, no es un ser inanimado, sino un

sujeto de derecho con expectativa de vida y está privilegiado con una especial protección jurídica como dispone la Constitución Política de 1993.

En el presente trabajo realizaremos una revisión de la protección jurídica dispensada al concebido en el pensamiento de los grandes padres del derecho latinoamericano como fueron Augusto Teixeira de Freitas (Brasil), Andrés Bello (Chile) y Dalmacio Vélez Sarsfield (Argentina). Luego, nos centraremos en el estudio de dicho tema en el derecho en Perú, mediante los Códigos de 1852, 1936 y el actual de 1984, así como en la Constitución de 1993. Finalmente, analizaremos críticamente la Ley n.º 31935, que recoge derechos del concebido.

## **2. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL CONCEBIDO: LAS EDADES ANTIGUA, MEDIEVAL Y MODERNA**

Desde la Antigüedad podemos encontrar interés en la vida intrauterina y la tutela jurídica del concebido. En el pensamiento de los grandes filósofos griegos se hace patente el reconocimiento de la tutela de la vida humana antes del nacimiento. Platón (Atenas, 427 a. C.-347 a. C.) en las *Leyes* planteó que «habría que preocuparse de manera especial de aquellas mujeres que estuvieran embarazadas, durante el periodo de la concepción» (1966, p. 1413). Asimismo, su discípulo, Aristóteles (Estagira, 384 a. C.-Calcis, 322 a. C.), en su *Política*, en atención al concebido y, específicamente, al cuidado de las madres en la etapa de embarazo, precisa que

las mujeres embarazadas deben también tener cuidado de sus cuerpos, sin evitar el ejercicio ni adoptando una dieta muy escasa; al legislador le es fácil asegurar esto, ordenándoles que hagan diariamente un paseo para dar el debido culto a las divinidades que tienen a su cuidado el nacimiento de los niños. Respecto de su mente, sin embargo, es conveniente, por el contrario, pasar el tiempo más indolentemente que respecto de sus cuerpos, pues los niños antes del nacimiento son afectados por la madre, de la misma manera que las plantas en crecimiento lo son por la tierra (1964, p. 1559).

Por otra parte, en el derecho romano se puede encontrar una defensa de la vida humana desde la concepción, lo cual se refleja en la expresión *qui in utero est, partus, venter* y no en complejas construcciones abstractas, como ha planteado la romanista y profesora italiana Maria Pia Baccari (2006, p. 1). En ese sentido, el jurista Juliano declara lo siguiente: «*[q]ui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*» [quienes están en el seno materno, se consideran nacidos en casi todo el derecho civil] (Digesto 1.5.26). Así, Paolo Ferretti (2008), profesor de la Universidad de Trieste, sostiene que para Juliano se trata de vida humana en la madre, por lo que son seres «existentes» (p. 65). De modo similar, el famoso jurista Celso menciona lo siguiente: «*vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quadammodo in rerum natura esse existimatur*» [se considera que quienes estén en el útero existen en la realidad a los efectos de casi todo el derecho civil] (Digesto 38.16.7, citado en Ferretti, 2008, p. 66). A manera de síntesis, Ferretti (2008) afirma que tanto Juliano como Celso estimaban al concebido como un ser existente (p. 68).

Mientras tanto, el reconocido romanista Carlo Fadda<sup>1</sup> planteó que, en el derecho romano, especialmente en su etapa antigua, no se consideraba al feto como ente capaz de derechos y, citando al jurista Ulpiano, «*partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*» (Digesto 25. 4.1.1, citado en Ferretti, 2008, p. 154); es decir, declaraba que el concebido o *nasciturus* es una parte del cuerpo de la madre (Fadda, 1923, p. 17). Sumado a ello, en el antiguo derecho romano, el neonato era estimado como persona cuando —luego del parto y separado completamente de su madre, nacido vivo y con forma humana— tenía un grado de desarrollo y era capaz de contar con vida autónoma (Terreni, 2013, p. 35).

Sin embargo, cabe precisar que, en la época del derecho romano, existió la figura del *curator ventris*. Según los estudios de la profesora Baccari (2006, p. 45), en el Digesto se señala un fragmento del jurista Ulpiano (libro xli *ad edictum*), con la referencia de «*ventre in possessionem mittendo et curatore eius*», en la cual se detallan las

1 Cabe señalar que a Fadda y a Paolo Emilio Bensa se les debe la famosa traducción italiana del *Lehrbuch des Pandektenrechts* del pandectista Bernhard Windscheid (1925).

diversas funciones que desarrollaba (Digesto 37.9.1). Esta figura se originó en el derecho romano por obra de los pretores de la edad republicana para cumplir la función de suplencia respecto al pueblo (Baccari, 2006, p. 45). Los pretores<sup>2</sup>, magistrados nombrados por vía popular, instauraron el *ius praetorium* (u *honorarium*) por utilidad pública, con el objetivo de ayudar, suplir y corregir el derecho civil. Por tanto, esta forma de *ius* era considerada la «voz viva» del *ius civile* (como puede apreciarse en Digesto 1.1.8).

El objetivo del nombramiento del *curator ventris* era brindar protección jurídica «*qui in utero est*». De ese modo, se aseguraba el respeto de las formas de cumplir con las obligaciones alimenticias hasta el nacimiento; luego de este acto, finalizaba sus tareas. Asimismo, el *curator ventris* debía proporcionar los alimentos y ocuparse de otras necesidades del hijo y la madre (Digesto 37.9.5; Baccari, 2006, p. 8). Este era nombrado, además, por el *magistratus populi romani*, es decir, el magistrado del pueblo romano (Digesto 26.5.20). La preponderancia de la consecución del interés público o la defensa pública de la *res publica*, la madre y el concebido compelió a la instauración del *curator ventris*.

En la Edad Media, si bien la perspectiva del derecho romano que negaba la condición de ser humano del concebido fue predominante, en determinados territorios como España se podían encontrar ciertas medidas protectoras para el ser humano en el vientre de la madre. Así, se identificaban tres vertientes en el derecho foral: i) el homicidio independiente en los casos de muerte violenta del ser humano en el vientre materno; ii) la prohibición del aborto ocasionado por los padres; y iii) una miríada de disposiciones para evitar que la madre pueda sufrir o el hijo pueda ser afectado en el vientre de la madre (Maldonado, 1946, p. 109). Incluso en los fueros municipales, que contenían una diversidad de normas protectoras de la vida y la integridad del concebido, se hallaban disposiciones que establecían un

---

2 Sobre la pretura, esta comenzó su existencia cuando la jurisdicción constituyó una esfera independiente del área de los negocios y se dio acceso a los plebeyos a la magistratura suprema, que tuvo las reglas aplicables al nombramiento de los cónsules (Mommsen, 1899, pp. 278 y ss.; 1960, p. 132).

sistema de garantías de sus futuros intereses económicos, especialmente relacionados a los posibles derechos sucesorios. En el Fuero Real se encontraba la medida de protección de la vida del concebido, que prohibía ejecutar la pena de muerte o cualquier otra pena corporal en las mujeres embarazadas.

De otro lado, en las Partidas, conjunto normativo elaborado en Castilla bajo el mandato del rey Alfonso X (1221-1284), con la finalidad de alcanzar una jurídica uniformidad en su reino, se evidencia que el concebido o *nasciturus* es vida humana, dicho de otra manera, vida independiente a la madre en sentido jurídico. Disponía, entre otras cosas, que la mujer embarazada no podía ser castigada durante el periodo del parto: «que la criatura que nasciere della deue ser libre de la pena» (Real Academia de la Historia, 1807, p. 129) y «si el fijo que es nacido non deue rescibir pena por el yerro del padre, mucho menos la meresce el que está en el vientre por el yerro de su madre» (Real Academia de la Historia, 1807, p. 714).

En otro orden de ideas, sobre el derecho moderno respecto al concebido, las grandes codificaciones continuaron la teoría del derecho romano, pero no consideraron, como sostiene el profesor español José Maldonado y Fernández del Torco (1946, p. 198), un principio de carácter general que permitiera presentarse como el fundamento de una medida global sobre el concebido. Así, en Francia, el *Code Civil* de 1804, a pesar de que el antiguo derecho francés lo había mantenido, no preservó un principio general respecto al concebido, aunque recurrió a diversas aplicaciones suyas, como la admisión de que el concebido podía suceder hereditariamente (como puede deducirse del primer párrafo del artículo 725<sup>3</sup>, así como en el segundo párrafo del artículo 906<sup>4</sup> del mismo plexo normativo) y que es capaz

3 *Code* (1984). «Article 725. Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. [...]» (Artículo 725. Para suceder es preciso existir en el momento de la apertura de la sucesión o, estando ya concebido, nacer viable [...]) (2020, p. 1043).

4 *Code* (1984). «Article 906. Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.  
Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque de décès de testateur.

de recibir *inter vivos*, aunque las referidas adquisiciones no tendrán efecto sino cuando se nazca viable.

En el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o Código Civil alemán, de 1900 no se encuentra una regla general por la que tenga que considerarse al concebido para todo lo que le favorezca. Contiene disposiciones reducidas a hipótesis concretas que consideran al concebido como nacido y se debe recurrir a la aplicación analógica de las mismas para atribuir al concebido, en otros casos no previstos expresamente, determinados derechos para el supuesto de que posteriormente llegue a nacer. Además, en relación con ello, es importante resaltar que el BGB recoge la teoría de la ficción («*dogmatische Fiktion*»). En el segundo párrafo de la sección 1923<sup>5</sup>, luego de haber establecido que solo podrá ser heredero aquel que viva en el momento de la muerte del causante, se dispone concretamente que quien en dicho momento no viva todavía, pero que ya haya sido concebido, será considerado como nacido antes del referido fallecimiento. De ese modo, se aplica el principio romano de *nasciturus pro iam nato habetur*, no expresado en forma general, a los casos de sucesión hereditaria. Asimismo, debe considerarse que la sección 2178<sup>6</sup> permite que se designen legatarios que incluso no hubieran sido aún concebidos antes del fallecimiento

---

Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable. [Artículo 906. Para ser capaz de recibir entre vivos, basta con estar concebido en el momento de la donación.

Para ser capaz de recibir por testamento, basta con estar concebido al tiempo de la muerte del testador.

No obstante, la donación o el testamento sólo tendrán efecto cuando el niño nazca viable] (2020, p. 1219).

5 BGB (1900). «§ 1923. *Erbfähigkeit*

(1) *Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt.*

(2) *Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits gezeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren»* (Palandt, 2008, p. 2103).

[sec. 1923. *Capacidad hereditaria*

(1) *Sólo puede ser heredero quien vive en el momento de la muerte del causante.*

(2) *A quien en el momento de la muerte del causante todavía no vivía, pero ya estaba concebido, se le tiene por nacido antes de la muerte del causante]* (traducción de Pérez, 2013, p. 445).

6 BGB (1900). «§ 2178. *Anfall bei einem noch nicht erzeugten oder bestimmten Bedachten* Ist der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht gezeugt oder wird seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt, so erfolgt der Anfall

del causante. En la sección 2108<sup>7</sup> se precisa que lo dispuesto en la sección 1923 se aplicará por analogía a la sustitución fideicomisaria, con lo que queda abierta la posibilidad para que, mediante la aplicación de la analogía, se introduzca la posibilidad de adquisiciones por actos *inter vivos*.

En cuanto al Código Civil italiano, en el artículo 1<sup>8</sup> tampoco parece que se recoja el principio de derecho común respecto a la vida antes del nacimiento, ya que contiene una afirmación de alcance general sobre los posibles derechos del concebido, los cuales han de subordinarse a su nacimiento. No obstante, en el mismo cuerpo normativo civilista se reconocen derechos a favor del concebido, aunque sea para manifestar que se encuentran subordinados a la circunstancia de su nacimiento. Cabe precisar que, como se señala en la

---

des Vermächtnisses im ersteren Falle mit der Geburt, im letzteren Falle mit dem Eintritt des Ereignisses (Palandt, 2008, pp. 2270-2271).

[§ 2178. Delación en caso de un designado todavía no concebido o determinado Si al tiempo de la muerte del causante el designado todavía no está concebido o su identidad se debe determinar por un evento que sólo se produce después de la muerte del causante, la delación del legado tiene lugar, en el primer caso, con el nacimiento y, en el último, con la producción del evento] (traducción de Marsal, 2013, p. 490).

- 7 BGB (1900). «§ 2108. *Erbfähigkeit; Vererblichkeit des Nacherbrechts*  
 (1) Die Vorschrift des § 1923 findet auf die Nacherbfolge entsprechende Anwendung.  
 (2) Stirbt der eingesetzte Nacherbe vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge, aber nach dem Eintritt des Erbfalls, so geht sein Recht auf seine Erben über, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. Ist der Nacherbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, so bewendet es bei der Vorschrift des § 2074» (Palandt, 2008, p. 2236).
- [§ 2108. *Capacidad hereditaria; transmisibilidad del derecho a la herencia fideicomitida*  
 (1) La disposición del §1923 se aplica por analogía a la sucesión fideicomisaria.  
 (2) El instituto heredero fideicomisario que fallece antes de que se defiera la sucesión fideicomisaria, pero después de producirse la muerte del causante, transmite su derecho a sus herederos, siempre que no deba entenderse que la voluntad del causante es otra. Si la sustitución fideicomisaria está sometida a una condición suspensiva, se estará a la disposición del §2074] (traducción de Marsal, 2013, p. 478).
- 8 *Codice Civile* (1942). «Articolo 1. *Capacità giuridica*.  
 La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita.  
 I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita» [Artículo 1. *Capacidad jurídica*.  
 1. La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento.  
 2. Los derechos que la ley reconoce a favor del concebido se subordinan al evento de su nacimiento] (traducción de DE NOVA, 2021, p. 107).

*Relazione* (exposición de motivos) del Código Civil de 1942 (Grandi, 2010, p. 17), el referido Código suprimió el requisito de la vitalidad respecto de la distinción del nacido vital y no vital.

### 3. EL CONCEBIDO EN EL PLANTEAMIENTO DE LOS PADRES FUNDADORES DEL DERECHO DE AMÉRICA DEL SUR: AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, ANDRÉS BELLO Y DALMACIO VÉLEZ SARFIELD

Frente al derecho comparado, en el que se puede encontrar una preeminencia de la teoría de la ficción, es necesario señalar que es en el pensamiento de los padres fundadores del derecho de América del Sur donde aparece el origen del planteamiento del artículo 1 del Código Civil de Perú de 1984. En efecto, en Brasil, Augusto Teixeira de Freitas (Ciudad de Cachoeira, 19 de agosto de 1816-Niterói, 13 de diciembre de 1883), hacia la mitad del siglo XIX, planteó que el concebido es «una persona por nacer». Maestro de la ciencia jurídica<sup>9</sup>, fue autor de la famosa *Consolidação das Leis Civis*, donde estimaba como persona nacida al ser humano en el vientre materno (Teixeira de Freitas, 2003). Jurista de prestigio, se le encargó elaborar el *Esboço* (proyecto) de un Código Civil para su país. Renovó el modo de estudiar la ciencia del derecho y representó el momento inicial del derecho de América del Sur.

Respecto a la protección del concebido, el Esboço de Código Civil del ilustre Teixeira de Freitas, en el artículo 53, establece que «[s]ão pessoas por nascer as que, não sendo, ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno». Con esta posición, el jurista dejó la difundida teoría del concebido, esgrimida por el alemán Friedrich Carl von Savigny (Fráncfort del Meno, 21 de febrero de 1779-Berlín, 25 de octubre de 1861), debido a que, para el gran jurista de Alemania, el planteamiento de la ficción respecto al concebido lo protegía dentro del cuadro normativo, iniciando sus derechos con el nacimiento (Von Savigny, 1878, p. 279). Esta posición fue complementada por su

---

9 Para un estudio prolijo de la obra del gran jurista brasileño, véase Schipiani (1999, pp. 319 y ss.)

discípulo Bernhard Windscheid (Düsseldorf, 26 de julio de 1817-Leipzig, 26 de octubre de 1892), quien estimaba los derechos sin sujeto concerniente al concebido (1925, p. 154).

Teixeira de Freitas empleó una perspectiva novedosa de las fuentes del antiguo derecho romano, para declarar al concebido como «persona por nacer», basado en el texto del jurista clásico romano Juliano («*qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelleguntur in rerum natura esse*» en el Digesto 1.5.26). De esa manera, su obra se contrapuso a una interpretación germánica del derecho romano (con sus mayores exponentes Von Savigny y Windscheid), que encontró su aplicación en el estatismo de los códigos civiles; así, los aportes de Teixeira de Freitas dieron origen al derecho de América Latina y la configuración de la «teoría de la concepción» (Fernández Sessarego, 1990b, p. 105).

Por su parte, la obra del jurista argentino Dalmacio Vélez Sarsfield, como señalaba el maestro Fernández Sessarego (1990a, p. 24), se irguió nítidamente en el escenario del derecho latinoamericano, recogiendo las contribuciones de Teixeira de Freitas y del Código Civil chileno, obra de Andrés Bello (Caracas, 29 de noviembre de 1781-Santiago, 15 de octubre de 1865), jurista venezolano nacionalizado chileno. En el artículo 75 de su Código Civil, elaborado para la República de Chile en 1855, sobre el concebido dispuso:

La Ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que se crea que de algún modo peligrará.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento<sup>10</sup> (Bello, 1954, p. 71).

---

<sup>10</sup> Revisar Catalano (1996, p. 209).

En sus notas, el polímata venezolano sustentaba el referido artículo en las Partidas españolas (Ley n.º 3, título 23, de la Partida IV y en la Ley n.º 11, título 31, de la Partida VII), prosiguiendo una continuidad histórico-jurídica respecto a la tutela del concebido.

Por su parte, Dalmacio Vélez Sarsfield, con una postura realista, se destacó por absolver, con criterio pragmático, los numerosos problemas creados por las relaciones intersubjetivas desde la esfera del derecho civil. Como ha resaltado el profesor Fernández Sessarego (1990b, pp. 80-81), más que un jurista afiliado a una determinada corriente de filosofía del derecho, pese a la influencia de Von Savigny, o una determinada tendencia ideológica, en el codificador argentino se evidenció un profundo conocimiento del quehacer jurídico, del funcionamiento de la ciencia jurídica de su tiempo, de la cotidiana permanente confrontación entre la norma, el valor y la conducta social.

Como afirmó Fernández Sessarego en la efigie que elaboró sobre Vélez Sarsfield, su sentido profesional, su oficio casi artesanal, vinculado a sus conocimientos (no solo jurídicos), su experiencia política, además de su capacidad de lectura e interpretación del diario acontecer comunitario, le proporcionaron una capacidad excepcional para regular la vida humana en perspectiva realista y adquirir una ductilidad y flexibilidad capaces de desafiar el tiempo. No debe olvidarse que su Código, sancionado en 1869, se mantuvo vigente hasta el 2015 en Argentina.

Así, el artículo 63 de este cuerpo normativo estableció que «[s]on personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno». En sus notas a su Código, Vélez Sarsfield manifestó, con extraordinaria lucidez y realismo, que «las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras[,] no habría sujeto que representar». Estas ideas, como las del Código Civil peruano de 1984, se apartan de la tendencia dominante en la legislación comparada, al desestimar normativamente la teoría de la ficción de Von Savigny, que reputaba persona al concebido solo bajo la condición de que nazca vivo. También en el artículo 70, Vélez Sarsfield estableció lo siguiente:

Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Con este artículo, como anotó Fernández Sessarego (1990a, p. 43), el Código Civil argentino elaborado por Vélez Sarsfield prescribía que el concebido, equiparado jurídicamente a la condición de persona a partir de la concepción, puede adquirir, antes del hecho del nacimiento, algunos derechos reputando que ya había nacido. Para el maestro del derecho civil peruano, el codificador argentino tuvo conciencia de que la situación del concebido no podía confundirse con aquella propia de la persona, ya que de lo contrario no hubiese utilizado la expresión «como si ya hubiese nacido», considerando que la situación jurídico-formal del concebido es diversa a la de la persona natural. Vélez Sarsfield, en concordancia con Augusto Teixeira de Freitas, descartó la teoría de la ficción y estimó al concebido como persona, calificándolo como «una persona por nacer». Si bien se reconoce que la vida humana empieza con la concepción, se personifica al concebido.

Ciertamente, como bien observaba el profesor Fernández Sessarego (1990a, p. 45), debido al contexto histórico en que vivió Vélez Sarsfield y el consiguiente desarrollo de la ciencia del derecho, a pesar de su pulcra percepción de la realidad, aquel tuvo que valerse de la categoría «sujeto de derecho» para incluir dentro de ella al concebido, distinguiéndolo formalmente de la persona natural. Lo fundamental era conceptualizar adecuadamente la realidad que tenía ante sí. Vélez Sarsfield, siguiendo la posición de Teixeira de Freitas, designó al concebido como «persona por nacer», considerando que el aspecto biológico del concebido corresponde al inicio de la existencia humana. El desarrollo lógico del pensamiento de Vélez Sarsfield, como sostiene Fernández Sessarego (1990a, p. 45), hubiera conducido al codificador argentino, de vivir en la época actual, a aprovechar los más autorizados desarrollos de la doctrina italiana posterior al Código Civil de Italia de 1942.

## 4. EL CONCEBIDO EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

### 4.1. CÓDIGO CIVIL DE 1852

El artículo 1 del Código Civil de 1852, el primer cuerpo normativo civilista peruano, se constituye como un antecedente de la teoría de la concepción, respecto a la tutela del concebido (Fernández Sessarego, 1990b, p. 104). Este cuerpo normativo prescribe: «El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer»; de esta forma, confiere al concebido la calidad de ser humano en su etapa intrauterina (Catalano, 1996, p. 199). No obstante esta contundente y precursora afirmación legislativa, el artículo 3 incurre en un defecto al expresar que «al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece».

Como señalaba el profesor Fernández Sessarego (1990b, p. 104), fue innecesaria la afirmación de «reputar nacido» al concebido debido, quizás, a un defecto de redacción, pues probablemente lo que pretendió significar el codificador de 1852 era que el ser humano, antes del nacimiento, goza de los derechos que jurídicamente se le reconocen. Vale decir, se formula el equiparamiento del concebido con el nacido en el aspecto puramente formal-normativo, ya que ontológicamente no hay diferencia entre ellos desde que el artículo 1 se refiere a ambos como partícipes de la misma naturaleza como seres humanos.

Por la carencia de recursos técnicos que no se encontraban al alcance de los legisladores de su tiempo, como observaba Fernández Sessarego (1990b), no se concluyó del modo coherente que era de esperarse luego de la categórica afirmación contenida en el artículo 1, es decir, que el concebido era un sujeto de derecho al que el ordenamiento jurídico le brindaba un tratamiento formal específico en atención a su estado. Es menester que se reivindique este aporte del Código de 1852, que, como se ha mencionado, constituye un valioso precedente de las propuestas de Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield.

### 4.2. CÓDIGO CIVIL DE 1936

Dicho Código disponía lo siguiente: «Artículo 1. El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo cuanto le favorece, a condición de que nazca vivo».

Como anotaba el profesor Carlos Fernández Sessarego (1900b, p. 106), el Código Civil peruano de 1936 no consideraba la vida humana antes del nacimiento. El concebido era prácticamente reducido a la nada, no se le reconocía su calidad de sujeto de derecho. Este Código desconocía que la vida del ser humano existe desde el instante de la concepción y se constituye como un proceso no interrumpido hasta el final de la vida de la persona.

### 4.3. CÓDIGO CIVIL DE 1984

Como ha planteado la doctrina civilista peruana (Varsi Rospigliosi, 2014, p. 168), uno de los valiosos aportes del Código Civil vigente de 1984 fue propugnar la teoría de la subjetividad respecto al concebido, propuesta por el profesor Carlos Fernández Sessarego al elaborar el libro primero del Código Civil de 1984, específicamente en el artículo 1, cuyo tenor es el siguiente:

La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

Esta teoría otorga al concebido una tutela jurídica en consonancia con su realidad existencial.

Para juristas peruanos como Enrique Varsi Rospigliosi (2014, p. 169), la teoría de la subjetividad reconoce al concebido por lo que es: un ser humano, considerando su calidad de sujeto de derecho *sui generis*, que merece máxima protección.

Para juristas italianos como Pierangelo Catalano (1996, p. 21), el artículo 1 del Código Civil peruano de 1984 se conecta con la tradición del derecho romano, hispánico y sudamericano, mediante la utilización del concepto abstracto de «sujeto de derecho», reconociendo el aporte del profesor Carlos Fernández Sessarego como autor del articulado. Para el notable romanista, el planteamiento del jurista peruano contribuye al pensamiento jurídico iberoamericano centrándose en el valor de la vida humana y descartando la teoría

de la ficción, recurriendo a la categoría del sujeto de derecho para la defensa concreta de los concebidos.

Como relata el profesor Fernández Sessarego (2009, p. 222), no fue tarea sencilla que la Comisión Revisora del Proyecto del Código Civil de 1984 haya aceptado su propuesta de estimar como «sujeto de derecho» al concebido (artículo 1 del Código). Como señalaba el egregio jurista, constituyó una tarea larga, que se extendió por casi dos décadas tanto en el seno de la Comisión Reformadora como, sobre todo, en la Comisión Revisora que elaboraron el Código Civil vigente peruano. Los codificadores finalmente aprobaron la propuesta.

Se constituyó —prosigue Fernández Sessarego (2009, p. 223)— en una lucha intensa desterrar la teoría imperante de la ficción respecto al concebido, que lo consideraba como un ente inexistente jurídicamente. Su presencia, de acuerdo con esta visión, estaba condicionada a su nacimiento con vida; como afirmaba el gran jurista peruano: ello era todo un absurdo.

#### 4.4. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Una de las primeras constituciones que han reconocido la calidad de sujeto del derecho al concebido es la peruana de 1993.

El reconocimiento constitucional al concebido como «sujeto de derecho» consiste en que, en cuanto ser humano, tiene la capacidad actual de ser titular de derechos y obligaciones, que se extiende no solo a lo que le puede favorecer, sino que le otorga un trato privilegiado, por lo que, de acuerdo con su condición, no puede ejercer directamente derechos que le son inherentes por su naturaleza.

### 5. CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROYECTO DE LEY N.º 785/2021-CR

El término «sujeto de derecho», en cuanto categoría legislativo-sistematizadora del ser humano, es de reciente data (Guzmán Brito, 2022, p. 151). Como adelantamos, entre las novedades que introdujo el Código Civil de 1984 se encuentra la consideración de dos sujetos de derecho adicionales a los ya contemplados por los Códigos

precedentes; de esta manera, actualmente junto a la persona natural y la persona jurídica encontramos al concebido y las organizaciones de personas no inscritas.

El concebido entró al escenario jurídico como un sujeto de derecho especial, ya que, desde su inclusión como sujeto de derecho, solo se le atribuye aquellos derechos que le resulten favorables. Esta atribución de derechos fue primariamente reconocida en el ámbito civil<sup>11</sup> y adquirió rango constitucional con la entrada en vigor de la Constitución de 1993<sup>12</sup>. Es por ello que sorprende sobremanera que un sector «multipartidario» del Congreso haya contemplado (o siquiera debatido) el Proyecto de Ley n.º 785/2021-CR (en adelante, Proyecto), el cual será objeto de comentario en este apartado.

## 5.1. ¿EL CONCEBIDO COMO PERSONA HUMANA?

### Artículo 1. Objeto de la ley

La presente Ley tiene como finalidad adecuar el marco legal vigente **reconociendo al concebido como persona humana** sujeto de derecho y de esta manera garantizarle y reconocerle los derechos que le corresponda, **conforme señala la Constitución** (énfasis agregado).

El proyecto de ley establece que el concebido es persona humana sujeto de derecho. Esta disposición no solo desconoce la Constitución y el Código Civil, sino que también el desarrollo que ha experimentado el concebido en la codicística nacional. ¿Es posible considerar

11 Código Civil (1984). «Artículo 1. La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. **El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.** La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo» (énfasis agregado).

12 Constitución peruana (1993). «Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. **El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.** [...]» (énfasis agregado).

que la persona natural tiene un valor superior que el concebido, al punto de otorgarle a este último la condición de persona?

Considerar al concebido como persona natural es negarle su *status* de sujeto de derecho independiente y privilegiado. Implica un retroceso, un serio vuelco al pasado, por lo que las teorías que reputan al concebido como persona han quedado obsoletas en el tiempo. Nuestro primer grito de libertad, a nivel latinoamericano, fue reconocerle al concebido su condición de sujeto de derecho especial y autónomo a los otros reconocidos por el propio derecho.

Ahora bien, que el desconocimiento del legislador haya permitido que un proyecto de ley con tal premisa (la del art. 1) resulte plausible se sustenta en que el propio legislador, por un lado, entienda que el art. 1 C. C. tenga como antecedente los arts. 29 y 30 del Código Civil español. En consecuencia, «el criterio doctrinal adoptado por nuestro Código Civil de 1984, **trae consigo la inspiración de doctrinas que limitaban el reconocimiento del concebido como sujeto de derecho**, condicionando su personalidad, su dignidad e identidad, a que éste naciere vivo» (Exposición de Motivos, en adelante Motivos, p. 5; énfasis agregado). Todo ello, pese a que el propio art. 1 del Código Civil establece que «[e]l concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece»<sup>13</sup>. Incluso señala que «un sector de la doctrina admite la categoría jurídica de sujeto de derecho del concebido» (Motivos, p. 5). Y, por otro lado, que, a pesar de tener tales consideraciones, el legislador no haya propuesto la abrogación de la condicionalidad de los derechos patrimoniales del concebido. Incluso se acoge a la tesis de la condición suspensiva de tales derechos (Motivos, p. 5), aunque la Constitución no agrega nada adicional sobre el particular.

---

13 Aunado en ello, el propio ponente del Libro I ha afirmado que «El artículo 1 del Código Civil peruano de 1984 es novedoso e innovador, **pues carece de antecedentes en la codificación civil comparada** de nuestro tiempo. Este aporte se presenta cuando en dicho numeral se enuncia que el concebido es un “sujeto de derecho”. El Código Civil peruano es, a nivel mundial, el primero que contiene un precepto y alcances de esta naturaleza. Nunca se había considerado en el derecho civil positivo que el concebido poseía la calidad de ser un “sujeto de derecho”, es decir, de un ente titular de derechos y deberes o, para decirlo en términos más precisos, de “situaciones jurídicas subjetivas”» (Fernández Sessarego, 2022, p. 98; énfasis agregado).

## 5.2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL CONCEBIDO

### Artículo 2. Condición jurídica del concebido

El concebido es persona humana sujeto de derecho. Goza de identidad propia; posee una identidad genética única e irrepetible y una personalidad independiente a la de su madre.

Del artículo 2 de dicho Proyecto se podría rescatar el reconocimiento de una identidad propia del concebido si no fuera un derecho, según el estado actual de las normas, ya reconocido; ello demuestra, nuevamente, un profundo desconocimiento del ordenamiento jurídico nacional de parte del legislador.

El derecho a la identidad tiene reconocimiento constitucional, además, el concebido es sujeto de derecho para todo en cuanto le favorece (inc. 1 del art. 2 de la Constitución; art. 1 del Código Civil). De manera que, si el concebido tiene toda clase de derechos en cuanto le sean favorables, ¿qué impide que goce de un derecho a la identidad reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico?

Sobre la personalidad independiente del sujeto de derecho, en general, y del concebido, en particular, la doctrina ha debatido y diferenciado los términos «subjetividad», «capacidad de goce» y «personalidad»; no obstante, en la actualidad se identifican como sinónimos; así, tenemos que el término subjetividad (o sujeto de derecho) equivale a los de personalidad y capacidad de goce. Entonces, el concebido, al ser un sujeto de derecho distinto e independiente a los demás, tiene una personalidad distinta a las de la persona natural, persona jurídica y organizaciones de personas no inscritas. Por tanto, tampoco existe la necesidad de «reconocerle» una personalidad independiente a la de su madre, pues el concebido ya goza de esta por ser un sujeto de derecho.

## 5.3. LA INTROMISIÓN DEFECTUOSA

### Artículo 3. Modificación del artículo 1° del Código Civil peruano

Dispóngase la modificatoria del artículo 1° del Código Civil peruano, en los siguientes términos:

«La vida humana comienza con la concepción. La persona humana es sujeto de derecho desde su concepción. El Estado peruano reconoce y garantiza el respeto a la dignidad del concebido, así como su derecho a la vida, a la identidad propia, a la integridad psíquica y física, así como a su libre desarrollo intra uterino».

El artículo 3 del Proyecto, en lugar de corregir la redacción actual del artículo 1 del Código Civil, incrementa y acentúa sus defectos.

La redacción (actual) del artículo 1 del Código Civil establece:

Artículo 1. La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

El orden en que el artículo 1 describe la protección de la vida humana no es feliz, debido a que, primero comprende a la persona humana como sujeto de derecho, para luego «retroceder» y desarrollar la tutela jurídica de la vida humana desde la concepción. Así, el artículo 3 del Proyecto no mejora este defecto.

Ante todo, el artículo 3 modifica la primera parte del artículo 1 para considerar que la persona humana es sujeto de derecho desde la concepción. Lo que logra el artículo 3 es enredar las categorías de sujeto de derecho, ya que uno es persona natural después del nacimiento, no antes. Desde la concepción se tutela la vida humana, pero es el concebido quien goza de esta tutela, no la persona natural; aquel adquiere esta última calificación recién con el nacimiento. Así, podemos observar lo siguiente:

**Tabla 1**

*Calificación jurídica del ser humano según el Código Civil*



El traslado de un sujeto de derecho a otro se produce con el nacimiento, donde el concebido pasa de ser tal a ser una persona natural con posibilidad (potencial) de asociarse y constituir personas jurídicas u organizaciones de personas no inscritas.

Por otra parte, consideramos que podría conciliarse tal disposición si se entendiese que la persona humana es el género —en cuanto se considere como sinónimo de ser humano— y que el concebido, la persona natural, la persona jurídica y la organización de personas no inscritas son únicamente modos de ser de esta. De considerarse dicha interpretación, qué duda cabe de que la persona humana, en cuanto concebido, es sujeto de derecho desde que adquiere dicha condición. En tal sentido, de acuerdo con la tabla 1 que elaboramos para ejemplificar la traslación del concebido a la persona natural, tendríamos esto:

**Tabla 2**

*Calificación jurídica del ser humano en atención al Proyecto de Ley*

<b>Gestación</b>	<b>Nacimiento</b>	- Persona natural
Concebido		- Persona jurídica - Organizaciones de personas no inscritas
<b>Persona humana</b>		

Lo que debiera remarcarse hasta este punto es que el concebido y la persona natural no son equivalentes; ambas especies de sujetos de derecho son independientes. Resultaría preocupante, entonces,

equipararlos si el operador jurídico entendiese que la ley, al establecer que el concebido es una «persona humana sujeto de derecho» (art. 1 del Proyecto) y, además, que «[l]a persona humana es sujeto de derecho desde su concepción» (art. 3 del Proyecto), se estaría refiriendo a este como persona natural antes que aprehenderlo como un modo de ser de la persona humana, siendo aquella un sujeto susceptible de contraer deberes y obligaciones, facultad contraria a la calidad del concebido (inc. 1 del art. 2 de la Constitución).

#### 5.4. EL ELENCO DE DERECHOS

##### Artículo 4. Derechos del concebido

El Estado debe proteger al concebido, en irrestricto respecto de su condición de persona humana y sujeto de derecho. Entre sus derechos se reconocen y protegen de manera enunciativa, los siguientes:

1. A la dignidad.
2. A la vida.
3. A la identidad propia e independiente de su madre gestante.
4. A la integridad psíquica y física.
5. A su libre desarrollo.
6. A la salud.

El artículo 4 continúa con los errores de los artículos precedentes. Así, tanto la enunciación del elenco como la enumeración son innecesarias porque ya existe una cláusula de interpretación favorable sobre los derechos del concebido contemplada en la Constitución (inc. 1 del art. 2) y el Código Civil (art. 1); incluso el Estado, al reconocer nuevos derechos debido a la atipicidad de los derechos fundamentales (art. 3 de la Constitución)<sup>14</sup>, le puede imputar estos al concebido en

---

14 Constitución peruana (1993). «Artículo 3. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo **no excluye los demás que la Constitución garantiza**, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno» (énfasis agregado).

cuanto le resulten favorables. En ese sentido, la enunciación y la atribución resultan prescindibles.

Ahora bien, ¿cómo debería interpretarse este artículo?, ¿existe un orden de prelación de un derecho sobre el otro? Si la respuesta (hipotética) a esta segunda interrogante fuese afirmativa, llegaríamos a un horror jurídico: ¿acaso debe prevalecer el libre desarrollo del concebido frente a su derecho a la salud? En el supuesto (lamentable) de un bebé anencefálico, ¿se debe priorizar su libre desarrollo encauzado al nacimiento a sabiendas de que (probablemente) nacerá muerto o, si nace, lo hará bajo un prolongado sufrimiento hasta su deceso?

## 5.5. LOS DERECHOS DE LA MADRE GESTANTE

### Artículo 5. Derechos de la madre gestante

El Estado garantiza el acceso a la salud de la madre gestante, así como la información requerida para el cuidado de la salud y nutrición del concebido, durante el proceso gestacional.

Un acierto del Proyecto es garantizar el acceso a la salud de la madre gestante. El Perú logró un avance al no exponer a las mujeres embarazadas a actividades riesgosas en las relaciones de trabajo; así, la Ley n.º 28048, en su art. 1, establece que «[e]n los centros de trabajo las mujeres gestantes solicitarán al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación [...]», y una vez el empleador tome conocimiento de la madre gestante, le asignará labores que no pongan en riesgo la salud y el desarrollo del concebido (párr. 2). Asimismo, le garantiza acceso a la salud y que el Estado también le proporcionará la información para el cuidado, el bienestar y la nutrición del concebido.

La madre gestante, al igual que el concebido, recibe un tratamiento especial. De esa forma, en el artículo 2 del Código de los Niños y Adolescentes (Ley n.º 27337), se prescribe lo siguiente: «Es responsabilidad del Estado promover el establecimiento de condiciones adecuadas para la atención de la madre durante las etapas del embarazo, el parto y la fase postnatal». En esa línea, el tratamiento del concebido y la madre gestante no es —ni debiera ser— unidireccional, sino

bidireccional. No se puede tutelar a uno excluyendo al otro, ambos sujetos de derechos reciben una atención especial de parte del ordenamiento jurídico por su condición de tales.

## 5.6. EL RIESGO MÉDICO DE LA MADRE GESTANTE Y DEL CONCEBIDO

### Artículo 6. Riesgo médico de la madre gestante y/o concebido

En situaciones de alto riesgo médico, en los que se ponga en peligro la vida de la madre gestante y del concebido, los profesionales de la salud se encuentran obligados a informar el diagnóstico, tratamiento y efectos de estos, en la salud y desarrollo de la madre gestante y el concebido. En casos de que, el tratamiento ponga en peligro la vida de alguno de estos, corresponde a la madre o cónyuge, conviviente o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, decidir respecto de los actos médicos a ejecutarse.

El problema que observamos de la redacción de este artículo radica en el rango de personas que determinarían los actos médicos a ejecutarse. Esto se debe a que la última parte del presente artículo no advierte que debiera observarse tal elenco «excluyentemente y en ese orden» como sí lo realizan otras normas en nuestro ordenamiento<sup>15</sup>. Ante ello, ¿resultaría exigible la concurrencia de todos ellos para la decisión? Aun cuando la omisión del legislador resultara desalentadora, el artículo 6 del Proyecto tendría que interpretarse junto a la Guía de estandarización relativa al aborto terapéutico<sup>16</sup>, así como al propio artículo 119 del Código Penal, los cuales priorizan la voluntad de la madre gestante y, en su defecto, la de su representante legal.

---

15 Por citar algunos ejemplos, el art. 13, relativo a los actos funerarios; el art. 14, respecto del derecho a la intimidad personal y familiar; y el art. 15, con relación al uso de la imagen o la voz del fallecido.

16 Nos referimos concretamente a la «Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119º del Código Penal», aprobada mediante la Resolución Ministerial n.º 486-2014-MINSA del 27 de junio de 2014.

## 5.7. BALANCE DEL PROYECTO

Tal como fue presentado el Proyecto, ya que sufrió sendas modificaciones hasta llegar a la Ley n.º 31935 hoy por hoy vigente, entendemos que no tuvo como pretensión principal corregir los defectos de la legislación, sino que se limitó tanto a incorporar nuevas imperfecciones como a redundar en disposiciones ya contempladas por la Constitución y el Código Civil. Así, tenemos:

**Tabla 3**

*Defectos del Proyecto de Ley n.º 785/2021-CR con relación al concebido*

Proyecto de Ley n.º 785/2021-CR respecto al concebido	
Error	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ratificó el carácter <i>quasi</i> divino del legislador<sup>17</sup> para pronunciarse sobre los hechos biológicos, ya que no abrogó la disposición relativa al inicio de la vida humana.</li> <li>• No se pronunció respecto de la condición de los derechos patrimoniales del concebido (2.º párr. del art. 1 del C. C.), el cual no condice con lo establecido con la Constitución, pues el concebido es «sujeto de derecho para todo cuanto le favorece» (inc. 1 del art. 2)<sup>18</sup>.</li> <li>• Equiparó la condición del concebido a la de persona natural (art. 1 del Proyecto).</li> </ul>
Redundancia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Afirmó que el concebido tiene «una personalidad independiente a la de su madre» (art. 2 del Proyecto), aun cuando es un sujeto de derecho autónomo a los tres (ya) reconocidos por el Código Civil<sup>19</sup>.</li> <li>• Enunció el elenco de derechos que el concebido goza por su condición de tal (art. 4 del Proyecto), pese a que la Constitución establece su condición de sujeto de derecho especial y el carácter de la atipicidad de derechos (art. 3 de la Constitución).</li> </ul>

17 Que, como portavoz de la divinidad, y creyéndose un hombre extraordinario (*homme extraordinaire*) (Rousseau, 1762, p. 85), decidió pronunciarse sobre el inicio de la vida humana.

18 Así, nos acogemos a la posición del profesor Fernández Cruz (2015), quien afirma que «este artículo es inconstitucional», refiriéndose al segundo párrafo del art. 1 del Código Civil.

19 Durante la corrección del presente trabajo, nos enteramos de que el Decreto Legislativo n.º 1568, Decreto Legislativo del Régimen de la Propiedad Horizontal, considera en su art. 21 que «[l]a naturaleza de la Junta de Propietarios es la de ser un sujeto de derecho».

## 6. LAS OBSERVACIONES POR PARTE DEL EJECUTIVO

Mediante el Oficio n.º 139-2023-PR, del 19 de mayo de 2023, el Poder Ejecutivo remitió observaciones con relación a la Autógrafa de Ley (en adelante, Autógrafa), cuyo contenido se mantuvo en la recientemente promulgada Ley n.º 31935. A continuación, comentaremos sumariamente aquellas respecto del articulado de la Autógrafa.

### 6.1. OBSERVACIONES EN CUANTO AL OBJETO DE LA AUTÓGRAFA (ART. 1)

En el oficio aludido se señaló lo siguiente: «es necesario que el Poder Legislativo desarrolle un debate con mayor profundidad sobre el concepto de “concebido”, en atención a la complejidad del tema en el plano internacional» (p. 2). Según esta observación, el Poder Ejecutivo critica el hecho de que el legislador mantenga la acepción de «concebido» para aludir al ser humano durante la etapa prenatal, cuyo ser es valorado por el derecho desde la entrada en vigor del Código Civil (1984) vigente. Ocurre, pues, que el legislador ha simplificado los distintos hechos biológicos que transcurren antes del nacimiento a través del reconocimiento del concebido como categoría omnicomprendiva. Entonces, «la Autógrafa de Ley en tanto no presenta una definición al respecto, genera incertidumbre sobre cuáles son sus alcances» (p. 2).

A su vez, convendría reflexionar respecto al sentido de atribuirle dicho *nomen* en vez de uno genérico, como aquel que manejaba el Código de 1936, pues lo denominaba «al que está por nacer», sin aclarar si se refería al cigoto, embrión, feto, entre otros. Cabe anotar que la referencia histórica nacional registra un antecedente en el Proyecto de Código Civil de 1890<sup>20</sup>, el cual establecía en su art. 149:

El hombre, según su estado natural, **es concebido** ó nacido.  
El nacido, tiene los derechos civiles que le declaran las leyes.  
**Al concebido** se le reputa nacido para todo lo que le favorece (énfasis agregado).

---

20 El Código Civil chino, por su parte, regula la vida prenatal reconociéndole capacidad de goce al concebido y extiende dicho reconocimiento a toda situación donde se involucre la tutela de sus intereses (art. 16).

Sin embargo, no resulta del todo pertinente exigir que el legislador se pronuncie sobre la definición del concebido si no se opta por reemplazar el término «concebido», en una futura reforma, por uno más acorde con la realidad biológica y los avances médicos del nuevo milenio o que, en su defecto, se determine su nomenclatura sobre la base de un término genérico. En el mismo sentido, con relación a sus alcances, en estos temas tan delicados como lo relativo a la vida humana —y, sobre todo, aquella que apenas conocemos durante la gestación—, el legislador debería limitarse a establecer directrices generales. Todo ello sin olvidar que la autoridad llamada a pronunciarse, antes que el legislador, es la médica.

## 6.2. OBSERVACIONES EN CUANTO AL ELENCO DE DERECHOS (ART. 2)

En cuanto al artículo 2, se ha indicado lo siguiente:

[...] respecto del derecho a la integridad moral, psíquica y física (inciso c del artículo 2 de la Autógrafa), del derecho a la identidad (inciso d del artículo 2 de la Autógrafa) y del derecho al libre desarrollo y bienestar (inciso e del artículo 2 de la Autógrafa), estos no son aplicables al embrión o feto, ya que son derechos de la persona humana (p. 3).

No compartimos dicha observación, ya que ni el Poder Legislativo ni el Ejecutivo tendrían, en primer y último término, la decisión de limitar el alcance de qué derechos le corresponden a cada ser humano, menos aún al concebido, sino que esta prerrogativa le corresponde a la Constitución y al órgano encargado de interpretarla; de ese modo, no guardan razón al afirmar que tales derechos le corresponden únicamente a la persona humana, incluso cuando el concebido es un sujeto de derecho «para todo cuanto le favorece». Ahora bien, al puntualizar que estos derechos le corresponden a la persona humana, no hacen sino corroborar que ambos órganos del Estado entienden como persona humana a la persona natural, la cual es distinta del concebido.

[...] la ausencia en la Autógrafa de mención sobre el derecho y las políticas públicas concernientes al aborto terapéutico y el acceso a métodos anticonceptivos [...] puede entenderse excluyente e interpretarse que la aprobación de la norma propuesta es derogatoria, debido a la presunción legal de que la autógrafa de ley y el protocolo de aborto terapéutico, [sic] se tratarían de planteamientos jurídicos opuestos (p. 4).

Lo que sí no puede obviarse es el silencio del legislador respecto de la protección bidireccional a la que aludimos líneas arriba, ya que desde la Autógrafa se han eliminado las referencias a tales medidas protectivas para ambos sujetos de derecho, vale decir, la madre gestante y el concebido.

No hay que perder de vista, pues, que en nuestro país han habido, solo en el último año, dos casos mediáticos relativos al aborto terapéutico<sup>21</sup>. Ello debiera invitar, por lo menos, a los órganos de gobierno a reflexionar sobre el estado de la cuestión de tales acontecimientos, con mayor razón sobre aquel que tiene la potestad primaria de la legislación; sin embargo, pareciera que tales hechos no se encuentran en la mente del legislador al regular los asuntos relativos al concebido y la madre gestante.

## 7. CONCLUSIÓN: LA SIGNIFICANCIA DE LA LEY N.º 31935

Finalmente, llegó el 16 de noviembre de 2023, fecha en la que se promulgó la Ley n.º 31935, la cual tiene como objetivo «reconocer los derechos del concebido» (art. 1). Con lo cual, se limita a enlistar los derechos del concebido (art. 2), sin establecer que tal registro es meramente «enunciativo» como sí ocurría con el Proyecto (véase nuestro subapartado 5.4.).

---

21 Nos referimos concretamente a los (lamentables) casos de «Camila v. Perú» y «Caso Mila». En ambos casos, las víctimas tuvieron que esperar a las instancias mayores de los órganos resolutivos (Corte Internacional y Corte Suprema) para acceder a una medida reconocida legalmente en nuestro medio: el aborto terapéutico.

Admitir que la Ley n.º 31935 (Ley que reconoce derechos al concebido) tiene significancia alguna es atribuirle demasiada importancia. Lo poco rescatable que tuvo el Proyecto fue eliminado de la redacción final, incluso las pocas precisiones que le darían «coherencia» al articulado, como el caso de que la lista de derechos es meramente enunciativa.

Sin embargo, al considerar que la actual Ley que reconoce derechos al concebido nada aporta al ordenamiento jurídico nacional, tanto en regulación como en interpretación, se refleja la ignorancia de nuestros órganos de gobierno respecto de las instituciones que regulan. Así, la promulgación de la Ley se traduce en el autorreconocimiento del legislador de su propia humanidad, abandonando la noción de ser individuos extraordinarios que regulan las relaciones humanas. Al final del día, se comprende que los congresistas son simplemente aquellas «pobres criaturas débiles» de las que hablaba Carnelutti<sup>22</sup>.

## REFERENCIAS

- Aristóteles. (1964). *Política*. En *Obras completas* (pp. 1559; F. de P. Samarach & otros, trads.). Editorial Aguilar.
- Baccari, M. P. (2006). *La difesa del concepito nel diritto romano. Dai Digesta dell'Imperatore Giustiniano*. G. Giappichelli Editore.
- Bello, A. (1954). *Código Civil de la República de Chile* (t. 1). Ediciones del Ministerio de Educación.
- Catalano, P. (1996). Osservazioni sulla «persona» dei nascituri alla luce del diritto romano (Da Giuliano a Teixeira de Freitas). En *Diritto e Persona* (t. 1; pp. 195-215; reimpr.). G. Giappichelli.
- Cipriani, F. (1991). *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*. Giuffrè Editore.

---

<sup>22</sup> La cita a Carnelutti entiéndase únicamente como retórica, ya que la idea del citado autor iba en otro camino (Cipriani, 1991, p. 8).

- Código Civil de la República Argentina y legislación complementaria* (notas de Dalmacio Vélez Sarsfield). (1989). A-Z Editora.
- Code Civil, annoté* (120.<sup>a</sup> ed.). (2020). Éditions Dalloz.
- De Nova, G. (ed.). (2021). *Codice Civile e leggi collegate*. Zanichelli Editore.
- Fadda, C. (1923). *Diritto delle persone e della famiglia*. Lorenzo Alvano Libraio Editore.
- Fernández Cruz, G. (2015). La dimensión omnicomprendiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. En J. Espinoza Espinoza (coord.), *Análisis sistemático del Código Civil a tres décadas de su promulgación* (pp. 489-524). Instituto Pacífico.
- Fernández Sessarego, C. (1990a). Sujeto de derecho y persona natural (con especial énfasis a los Códigos civiles argentino y peruano). En *Nuevas tendencias en el derecho de las personas* (pp. 19-58). Universidad de Lima.
- Fernández Sessarego, C. (1990b). Tratamiento jurídico del concebido. En *Nuevas tendencias en el derecho de las personas* (pp. 59-109). Universidad de Lima.
- Fernández Sessarego, C. (2009). *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*. Motivensa.
- Fernández Sessarego, C. (2022). *Derecho de las personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984* (14.<sup>a</sup> ed., actualizada por Enrique Varsi Rospigliosi). Rimay Editores.
- Ferretti, P. (2008). *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*. Giuffrè Editore.
- Gemelli, G. (2022). *La tutela risarcitoria del concepito*. Giuffrè Francis Lefebvre.
- Grandi, D. (2010). *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile* (al cuidado del Consiglio Nazionale Forense, con introducciones de Giovanni Battista Ferri y Nicola Rondinone). Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato.

- Guzmán Brito, A. (2002). Los orígenes de la noción de sujeto de derecho. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (24), 151-247.
- Maldonado, J. (1946). *La condición jurídica del «nasciturus» en el derecho español*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- Marsal Guillamet, J. (2013). Trad. de las secciones 2064-2302. En A. Lamarca Marqués (dir.), *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil* (pp. 471-510). Marcial Pons.
- Mommsen, T. (1899). *Compendio del derecho público romano* (P. Dorado, trad.). Editorial La España.
- Mommsen, T. (1960). *Historia de Roma* (2.<sup>a</sup> ed.; A. García Moreno, trad.). Joaquín Gil editor.
- Palandt, O. (2008). *Bürgerliches Gesetzbuch* (67.<sup>a</sup> ed.). Verlag C. H. Beck.
- Pérez, M. (2013). Trad. de las secciones 1922-2063. En A. Lamarca Marqués (dir.), *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil* (pp. 445-471). Marcial Pons.
- Platón. (1966). Las leyes o de la legislación. En *Obras completas* (pp. 1413-1414; F. de P. Samarach & otros, trads.). Editorial Aguilar.
- Poder Ejecutivo. (2023). *Oficio n.º 139-2023-PR*. Lima: 19 de mayo de 2023. <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/11/Vea-texto-del-proyecto-de-ley..pdf>
- Real Academia de la Historia. (1807). *Las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio* (t. III, Partida Cuarta, Quinta, Sexta y Séptima). Imprenta Real.
- Rousseau, J. J. (1762). *Du Contract Social; ou, Principes du Droit Politique*. Marc-Michel Rey.
- Schipiani, S. (1999). *La codificazione del diritto romano comune* (reimpr. aumentada). G. Giappichelli Editore.
- Terreni, C. (2013). *Quae Graeci phantasmata vocant. Riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*. Pisa University Press.

Teixeira de Freitas, A. (2003). *Consolidação das Leis Civis*. Editorial del Senado Federal.

Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Gaceta Jurídica.

Von Savigny, F. C. (1878). *Sistema del derecho romano actual* (t. I, J. Mesía & M. Poley, trads.). F. Góngora y Compañía.

Windscheid, B. (1925). *Diritto delle pandette* (vol. I, trad. al italiano de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa). UTET.





Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

## **LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1823 Y LOS INICIOS DEL GOBIERNO REPRESENTATIVO**

The Peruvian Constitution of 1823 and the beginnings of representative government

MARCO ANTONIO JAMANCA VEGA  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [marjavelima@yahoo.com](mailto:marjavelima@yahoo.com)  
<https://orcid.org/0009-0002-9372-2098>

### **RESUMEN**

En la historia constitucional del Perú, la Constitución de 1823, sancionada en el fragor de la guerra de la independencia, representó una fórmula de transición entre el constitucionalismo monárquico y el constitucionalismo realmente nacional que se instauró con la sanción de la Constitución de 1828. La condición de parteaguas de esta primera carta fundamental se explica tanto por las circunstancias que rodearon su elaboración como por las decisiones que adoptaron los representantes de la nación desde el momento de la instalación del Congreso Constituyente. Estas circunstancias y decisiones desencadenaron los graves acontecimientos que dieron lugar a que, una vez sancionada y promulgada, la vigencia de la Constitución esté supeditada al arbitrio de Bolívar.

**Palabras clave:** historia constitucional peruana; Congreso Constituyente de 1822-1823; Constitución de 1823; discurso preliminar; Bases de la Constitución; Junta Gubernativa.

## ABSTRACT

In the constitutional history of Peru, the Constitution of 1823, adopted in the heat of the war of independence, represented a transitional formula between monarchical constitutionalism and the truly national constitutionalism that was established with the adoption of the Constitution of 1828. The watershed status of this first fundamental charter can be explained both by the circumstances surrounding its drafting and by the decisions taken by the nation's representatives from the time of the installation of the Constituent Congress. These circumstances and decisions triggered the serious events that led to the fact that, once the Constitution had been sanctioned and promulgated, its validity was subject to Bolívar's authority.

**Keywords:** Peruvian constitutional history; Constituent Congress of 1822-1823; Constitution of 1823; preliminary speech; Bases of the Constitution; Junta Gubernativa.

Recibido: 27/11/2023    Aprobado: 4/12/2023    Publicado: 11/12/2023

## 1. INTRODUCCIÓN

Si bien la Constitución peruana de 1823 significó una opción autónoma de nuestros constituyentes, en realidad, no fue más que un documento de transición entre el constitucionalismo monárquico, representado por la carta magna de Cádiz, y el constitucionalismo realmente nacional que se forjó en el año 1828, gracias a las tareas del Congreso General Constituyente de 1827-1828. Ciertamente, las circunstancias en que se desarrollaron las tareas de este primer parlamento determinarían el carácter de transitoriedad o provisionalidad de la carta fundamental, como se previó en el proyecto de Bases de

la Constitución, aun cuando, en el debate sobre tal característica, la mayoría de los representantes de la nación no se haya mostrado conforme. A la larga, ese carácter sería la razón de que, en 1826, se imponga la Constitución vitalicia y, en 1828, se sancione la que Villarán denominó la «madre de nuestras Constituciones».

## 2. LA INSTALACIÓN Y LOS PRIMEROS ACTOS DEL CONGRESO CONSTITUYENTE

Luego de establecido el Congreso Constituyente con toda la solemnidad prevista y habiendo cesados los cargos de todas las autoridades designadas por el Gobierno protectoral, se comprobó que se hallaban expeditos los poderes de 79 diputados, entre propietarios y suplentes. Asistieron a la instalación 53 de los 57 diputados propietarios<sup>1</sup>. Faltaron, por diversas causas, cuatro de los referidos: Mariano Carranza y Carlos Pedemonte, elegidos por el departamento de Tarma, así como Juan José Muñoz y Rafael Ramírez de Arellano, elegidos por el Cuzco.

El Congreso, como era de esperar, procedió a nombrar la Mesa Directiva, donde se eligió a Luna Pizarro como su primer presidente. Al asumir el cargo, el clérigo arequipeño anunció que el Congreso se hallaba reunido, solemnemente instalado y en la plenitud de su soberanía, la que «residía esencialmente en la nación y su ejercicio en el

---

1 La relación completa de asistentes es la siguiente: a) por Lima: Toribio Rodríguez de Mendoza, José Gregorio de Paredes, Manuel Arias, Felipe Antonio Alvarado, Francisco Javier Mariátegui, Julián Morales, Ignacio Ortiz de Cevallos y Tomás Forcada; b) por Arequipa: Javier Luna Pizarro, Pedro Antonio Alfaro de Arguedas, Santiago O'Phelan, Manuel Pérez de Tudela, Bartolomé Bedoya, Nicolás Aranibar, Gregorio Luna Villanueva, Mariano José de Arce y Francisco Pastor; c) por la Costa: Cayetano Requena y Toribio Dávalos; d) por Huaylas: José Larrea, Manuel Salazar y Baquijano, José María del Piélagos, Tiburcio José de la Hermosa, Manuel Salazar y Vicuña, Tiburcio Arce y José Manuel Echegoyen; e) por Tarma: José Iriarte, Rafael Mancebo, Miguel Otero, y José Lago y Lemus; f) por Huancavelica: Manuel Antonio Colmenares, Eduardo Carrasco y Toribio Alarco; g) por Huamanga: Francisco Herrera y Oricáin, Francisco Agustín de Argote, Tomás Méndez y La Chica, Alonso Cárdenas, José Bartolomé Zárate, José Rafael Miranda y José Mendoza; h) por el Cuzco: José Pezet, Miguel Tafur, Felipe Cuellar, Pedro Pedemonte, Miguel Tenorio, Juan Cevallos, Joaquín Paredes, Francisco Rodríguez y Manuel Ferreyros; i) finalmente, por Puno: José Joaquín de Olmedo, José Faustino Sánchez Carrión, José de la Mar e Ignacio Alcázar.

Congreso que le[g]ítimamente la representa» (Congreso Constituyente del Perú, 1822, p. 6). A continuación, se aceptó la dimisión del protector y, luego, se propuso designar a don José de San Martín como «generalísimo de las armas del Perú», como expresión del agradecimiento del pueblo peruano.

Enseguida, el Congreso adoptó diversas resoluciones, algunas de las cuales tuvieron una inmensa repercusión histórica y política. A petición de Sánchez Carrión, se habilitó, sin dilación, a todas las autoridades civiles, militares y eclesiásticas que dependen del Estado en todo el territorio, exceptuando, únicamente, «la administración del supremo poder ejecutivo de que aún no se ha desprendido el soberano congreso», así como del Consejo de Estado «sobre el cual recaerá posterior resolución» (Congreso Constituyente del Perú, 1822, p. 10). En consecuencia, se declaró —a propuesta de Colmenares— la inviolabilidad de los diputados y la incompatibilidad de sus funciones con cualquier «empleo, pensión, merced o gracia del Poder Ejecutivo» (Congreso Constituyente del Perú, 1822, pp. 10-11).

### 3. LA ELECCIÓN DE LA JUNTA GUBERNATIVA DEL PERÚ

En su segundo día de funcionamiento, esto es, el 21 de septiembre, el Congreso adoptó una determinación crucial que fue decisiva. Decretó que conservaría provisionalmente el Poder Ejecutivo hasta la dación de la Constitución o «antes si alguna circunstancia lo exigiere a juicio del Congreso» (Obín & Aranda, 1895, p. 456); esto con la finalidad de establecer sólidamente «la independencia y la libertad» (Obín & Aranda, 1895, p. 456). Según el decreto en cuestión, la administración del Poder Ejecutivo quedaría a cargo de una comisión compuesta de tres individuos, elegidos del seno del Congreso por pluralidad absoluta de votos, a la que se denominaría Junta Gubernativa del Perú. Sus miembros, luego de prestar el juramento respectivo, serían separados del Congreso; por tanto, quedarían inhabilitados de ser elegidos tratándose del primer nombramiento constitucional que se hiciera de esta nueva administración. Empero, podían volver al Congreso una vez absuelta su comisión y tras haberseles efectuado el correspondiente juicio de residencia. Por lo demás, la comisión debía consultar

al Congreso «en los negocios diplomáticos y cualquiera otros arduos» (Obín & Aranda, 1895, p. 457), a través de actos sujetos a un reglamento que la representación nacional expidió el 14 de octubre de 1822.

### 3.1. LA PROPUESTA DE MARIANO JOSÉ DE ARCE Y LOS DEBATES PREVIOS

El debate que dio origen a la resolución del Congreso para retener al Poder Ejecutivo tiene una trascendencia histórica y constitucional. Al adoptarla, el Congreso asumió la responsabilidad de dirigir y conducir el proceso de emancipación, tarea en la que fracasaría. Haciendo esto optó, sin decirlo, por un típico régimen convencional donde la Asamblea, titular de la soberanía, era fuente del poder y autoridad de los otros órganos del Estado. Es cierto que lo hizo provisionalmente, pero cometió un grave error. Mariano José de Arce, diputado por Arequipa, fue quien propuso que el Congreso conservara el Poder Ejecutivo y lo ejerciera mediante una comisión integrada por tres individuos de su seno, comisión que concluiría sus funciones luego de que se forme la Constitución. Arce creía que el Congreso Constituyente no debía desprenderse del Poder Ejecutivo para ponerlo en manos distintas y extrañas sin previamente haber determinado y limitado sus atribuciones. Asimismo, añadió que un congreso constituyente no era un mero cuerpo legislativo, es decir, constituido, dado que su argumento fue que «distribuir y separar los poderes, sería lo mismo que formar la Constitución» (Congreso Constituyente del Perú, 1822, p. 18). Joaquín Paredes compartió esta iniciativa y sostuvo que, siendo el Poder Ejecutivo «inmanente en el Congreso en cualquier evento y en toda ocasión», aseguraba que únicamente su ejercicio era delegable, ya sea en individuos «de su seno o de fuera», y que en el nombramiento de las personas que deberían ejercer el gobierno solo debería tenerse en cuenta la «mayor experiencia y pública confianza» (p. 19).

Por su parte, Pezet se mostró contrario a lo propuesto por Arce, ya que concebía que el origen de la libertad política y civil residía en el hecho de que quien hiciera la ley no debía tener la potestad de ejecutarla y aplicarla, de modo que, si el Congreso sacaba «de su seno

la autoridad ejecutiva», se excedía de los «límites de los poderes» que le fueron otorgados por los pueblos; además, se debe tomar en cuenta que, ya que el Congreso es una «persona moral compuesta de hombres capaces de pasiones, miras, intereses», al concentrar todos los poderes, estos hombres podían buscar satisfacer sus particulares intereses posponiendo los intereses del propio país (p. 19). A su turno, Otero planteó el tema en sus respectivos términos. Manifestó que no había duda de que los poderes Ejecutivo y Legislativo no debían confundirse en un solo cuerpo o «administración inmediata». Empero, dadas las circunstancias por las que atravesaba el Perú, decidir si el Congreso debía desprenderse totalmente del Poder Ejecutivo, con una confianza otorgada a individuos de fuera, o, en el caso de conservarlo, encargando su administración a personas de su seno, era la «gran cuestión y la más peligrosa» resolución que decidiría «infaliblemente o la subsistencia del Estado, o su actual disolución» (p. 21). Favoreciendo a la tesis de Arce, concluía Otero que en tanto se formara la Constitución permanente, el Congreso debía retener o reservarse el poder ejecutivo, «delegando su administración en miembros de su mismo seno, designando el menor número posible a fin de consultar la más pronta expedición» (p. 22).

En franca discrepancia con los anteriores y siguiendo la doctrina de Montesquieu, Méndez sostenía que no debía aplicar la ley quien la hiciera, al tratarse de un «axioma indisputable» por el que se establecía lo siguiente: «la reunión del poder ejecutivo con el le[g]islativo en una persona, o corporación es el origen de la tiranía» (p. 22). De eso se desprende que las naciones miraban con odio a la monarquía absoluta y los «increíbles sacrificios» que hacía el Perú por sacudirse del «yugo monárquico», al ser el grito unísono de todos sus pueblos: «No nos mande quien haga las leyes, ni haga las leyes, quien nos mande» (p. 22). No obstante, la tesis de Méndez fue rebatida por Ortiz, quien, sobre la base de la declaración hecha por el Congreso de que la soberanía residía esencialmente en la nación y por representación en el Congreso, no podía «dejar de declarar que conserva el poder ejecutivo» porque dicho poder no era otra cosa que «uno de los atributos esenciales de ella» (pp. 26-27).

A continuación, Gregorio Paredes se pronunció a favor de que el Poder Ejecutivo sea conservado por el Congreso durante el tiempo que se tardara en «hacer la Constitución», lo que en su concepto no debía demorar más de seis u ocho meses (p. 27); por el contrario, Pedemonte sostuvo la idea de que el Congreso no debía retener el poder ejecutivo (p. 30). La Hermosa, por su lado, manifestó que, residiendo la soberanía nacional en el «Congreso en masa», la división o la separación de poderes debería reservarse para el momento en el que se deliberara sobre la forma de gobierno y esto solo podía hacerse cuando se reintegraran todos los diputados de los departamentos libres, puesto que en el Congreso faltaban 15 diputados de Trujillo. Mientras tanto, el Congreso debía «retener el poder legislativo en todas sus funciones, el ejecutivo, y el judicial» (p. 31).

Por su parte, José Faustino Sánchez Carrión, el Tribuno de la República, sostuvo que reunir «en una misma persona la facultad de dictar [las] leyes, y la de ejecutarlas» significaba ver grabados sobre el pueblo y el Congreso «la férrea vara del despotismo», trastornándose «los derechos que debemos sostener a todo trance», ya que, al dividirse el Perú en facciones, estas se devorarían entre sí, lo que provocaría el surgimiento de una tras otra comisión, al prevalecer las aspiraciones y los intereses particulares, es decir, el espíritu de partido. Por ello, concluía diciendo: «Señor, **división de poderes; rigurosa demarcación de sus límites**, hoy mismo, si es posible» (p. 34; énfasis del original). Mariátegui, compartiendo ese punto de vista, sostenía que el único medio de conseguir la libertad no era otro que mediante la división de poderes, puesto que los males que se habían experimentado eran los resultados de la «confusión de poderes». De este modo, si se quería ser libres, había que dividir los poderes, pues «la libertad es el ídolo de los peruanos» (p. 34).

Finalmente, intervino también el presidente Luna Pizarro. En un largo discurso, donde procuró rebatir todas las objeciones contrarias a la reunión de los poderes por parte del Congreso, dijo que confiando la nación el poder de constituirla a sus representantes y delegándoles la soberanía, para que sean ellos y no otros quienes la ejerzan, le otorgaban la facultad de poder nombrar el Poder Ejecutivo, pero bajo la condición de que previamente se haya formado la

Constitución, puesto que la nación no quería un Poder Ejecutivo que ejerciera sus poderes arbitrariamente, sino sujeto o sometido a los límites estipulados por la Constitución y las leyes. A continuación, haciendo un recorrido por la historia de las diversas asambleas constituyentes que se sucedieron en la historia, «hizo notar que ellas, y la libertad de los pueblos habían vacilado, luego que el poder ejecutivo había sido puesto en manos extrañas». Contrariamente, manifestó que grande sería el impulso que se daría a la opinión si los pueblos observaban que los que ejercían «el mando supremo» eran los mismos a quienes los pueblos «habían constituido sus defensores» (pp. 35-37). Discutida la proposición, esta fue aprobada por 39 votos a favor y 16 en contra.

### 3.2. EL DEBATE SOBRE LA COMPOSICIÓN DEL PODER EJECUTIVO

Aprobada la primera proposición, seguidamente se puso a discusión la segunda proposición relacionada con la composición del Poder Ejecutivo, que correspondió a la primera intervención al diputado Larrea. Este manifestó que aquel debía ser ejercido por una persona y no más, entre tanto se formaran las instituciones políticas. Concluyó su exposición manifestando que si el poder ejecutivo se depositaba «en otras manos que las de un solo individuo valdrá tanto, como renunciar nuestra libertad y adquiridas glorias» (Congreso Constituyente del Perú, 1822, pp. 39-41). Luego, Méndez se pronunció por que la Comisión se integrara por tres miembros (p. 46), tesis que recogió Ortiz fundándose en que un cuerpo colegiado compuesto de tres individuos no correría el «riesgo de la lentitud», ni tampoco afrontaría los «contrastes de la divergencia de una multitud de opiniones, las más veces incombinales», evitando así «los recelos que podría causar uno solo puesto a la frente de todos los negocios del Estado» (p. 49). Cerró el debate Sánchez Carrión con una memorable aunque muy discutible posición al mencionar que al menos la comisión debería ser conformada por tres individuos (p. 50). Para concluir su exposición, mencionó lo siguiente:

Se ha observado, que el gobierno de **uno** es más activo y eficaz. Si tratar a la raza humana como a la de las bestias es mandar; de cierto que la actividad y la eficacia de uno solo son incomparables. ¡Qué pronto se va al cadahalzo...! ¡Qué bien se encubre una tramoya contra el honrado ciudadano...! ¡Qué divinamente se consuman los misterios...! Señor, la libertad es mi ídolo, y lo es del pueblo; sin ella no quiero nada; la presencia de uno solo en el mando me ofrece la imagen de **rey**, de esa palabra que significa **herencia** de la tiranía (Congreso Constituyente del Perú, 1822, p. 51; énfasis del original).

A continuación, se procedió a la votación y se aprobó la moción. No hay duda de que nuestros primeros constituyentes, vencidos por el temor al despotismo, centraron sus preocupaciones en la defensa de la libertad. Olvidaron precisamente lo único que importaba en ese momento: lograr la emancipación y enfrentar victoriosamente al enemigo.

El mismo día (21 de septiembre) a la medianoche, el Congreso eligió a la Junta Gubernativa<sup>2</sup>. Al juramentar su cargo, La Mar recordó que, exactamente un año atrás, aún mandaba a las tropas realistas que, en los castillos del Callao, amenazaban los esfuerzos emancipadores, y se comprometió a luchar por la libertad del Perú (Congreso Constituyente del Perú, 1822, pp. 56-57). Luna Pizarro, por su parte, demandó a la Junta «unidad en los planes, actividad en las medidas, energía en la ejecución...» y que las leyes del Congreso «se ejecuten con la rapidez del rayo», recordándoles que eran diputados y su misión consistía en «preparar el terreno en que ha de plantarse el árbol de la libertad», demostrando al Congreso del poder que se les había confiado (p. 58).

---

2 Del escrutinio resultaron electos La Mar, por 53 votos; Alvarado, por 44 y el Conde de Vista Florida, por 42.

### 3.3. LAS RELACIONES DEL CONGRESO Y LA JUNTA GUBERNATIVA

El Congreso sancionó su Reglamento Interior<sup>3</sup> el 12 de octubre y el Reglamento de la Junta Gubernativa o del Poder Ejecutivo provisional el 14. El Reglamento dejaba a la Junta un margen importante de acción. Tenía plena potestad para designar a los empleados civiles así como para administrar el Estado, conservar el orden interno y la seguridad exterior. Le estaba reservado el mando supremo de las fuerzas del Estado. En consecuencia, podía disponer de la Fuerza Armada «como convenga sin que por esto deje de participarlo al Congreso en tiempo oportuno» (artículo 1 del capítulo VII del Reglamento de la Junta Gubernativa). Por cierto, ninguno de los miembros de la Junta podía mandar personalmente la Fuerza Armada sin permiso del Congreso (artículo 2 del capítulo VII); la Junta, en cambio, podía nombrar a los oficiales militares y expedirles sus títulos hasta el grado de coroneles sin consulta al Congreso al que debía informar mensualmente sobre el estado general del Ejército y de los cívicos en todos los departamentos (artículos 3-4 del capítulo VII).

Es evidente que los miembros de la Junta carecieron de la fuerza y el vigor necesarios no solo para ejercer sus importantes atribuciones, sino para resistir las interferencias del Congreso en actividades inherentes a sus funciones. Así lo demostró un hecho concreto: en la sesión secreta celebrada el 6 de noviembre de 1822 (Basadre, 1968, p. 16), la Junta Gubernativa presentó su renuncia. Ello se debió a que el Congreso había adoptado una disposición según la cual las vacantes del ejército y la marina se debían llenar con oficiales peruanos y, cuando esto no pudiera ser, se diese cuenta al Congreso. Ante esta decisión, La Mar hizo presente al Congreso los funestos resultados de tal decisión, motivo por el cual «hacía por sí, y a nombre de los otros dos señores, la más solemne renuncia...» (Obín & Aranda, 1895, p. 180). La renuncia no fue aceptada; sin embargo, se acordó que las vacantes militares y navales que se produjeran se llenarían

3 El Reglamento fue dado a conocer en varias entregas de la *Gaceta del Gobierno* (30 de noviembre, pp. 3-4; 4 de diciembre, pp. 3-4; 7 de diciembre, pp. 3-4; 11 de diciembre, p. 4; 14 de diciembre, pp. 3-4; 25 de diciembre de 1822, p. 4).

con oficiales peruanos sin perjuicio de los ascensos de escala y premio a los extranjeros que servían a las banderas del Estado o fuesen después admitidas bajo ellas, decreto que fue recibido con complacencia por la Junta (Cámara de Diputados, 1928, pp. 105-106).

Por lo demás, la Junta no se caracterizó precisamente por el dinamismo. Su pasividad quedó demostrada en ocasión del motín de Balconcillo. Al concurrir al Congreso para informar sobre esos sucesos, el ministro de Gobierno señaló que nada se sabía oficialmente sobre el movimiento del ejército, que solo de oídas conocían sobre el recurso presentado al Congreso, es decir, respecto al manifiesto presentado por el ejército unido, que la Junta deliberaba sobre el particular, esperando la resolución que tomase la Representación Nacional (Obín & Aranda, 1895, p. 187). En resumen, se reconocía expresamente que se carecía del control de las tropas, algo recurrente en nuestra historia política. Esto derivó el motín de Balconcillo, suceso conocido como el primer golpe de Estado propiciado por el ejército nacional y, por ende, la longeva vigencia del caudillismo militar en nuestra vida política.

En ese sentido, es un hecho que la elección de la Junta Gubernativa fue desafortunada, ya que recayó en personas sin la lucidez ni la energía suficientes; por ejemplo, se imputaba a Luna Pizarro la tendencia a rodearse de personas débiles y manipulables (Riva Agüero, 1910, pp. 492-493), como La Mar o Manuel Salazar. A ello también se añadían consideraciones nacionalistas. La designación de La Mar suscitó resistencias por su nacionalidad y su vínculo próximo a los realistas. Paz Soldán (1870) refiere que muchos hombres juiciosos observaban disgustados «que hombres no nacidos en el Perú ni que habían prestado servicios a la causa de la Independencia, ocuparan elevados destinos» (p. 56). Confirma tal aserto Guinassi (1918), quien señala que el Congreso

tuvo la impolítica idea de nombrar a dos miembros que no eran peruanos; el uno un General que acababa de venir de las filas enemigas, el otro un comerciante, y aunque ambos fuesen intachables, como lo era Manuel Salazar, no tenía el triunvirato las prendas de energía, de iniciativa, de fortaleza con los que era preciso manejar la cosa pública del Perú (p. 167).

Por último, no faltaron incluso acusaciones de índole criminal. La Mar fue objeto de pública censura y hasta fue acusado de mantener correspondencia con los realistas. Sin embargo, dicha imputación «carecía de fundamento» (O’Leary, 1952, p. 187). Santiago Távara (1951), explicando el derrumbe de la Junta, creía que esta se urdió por los llamados «partidarios de la autoridad» que ambicionaban apoderarse, pese a todo, de la Suprema Magistratura y no descansaron en perturbar su gestión (p. 12). La caída de la Junta era inevitable. La debilidad en todos sus actos, la apatía en sus procedimientos y la limitación de sus facultades contribuyeron a que aun los amigos del gobierno desearan una variación en su personal (Paz Soldán, 1870, pp. 55-56).

#### 4. LAS BASES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA PERUANA

Las Bases, conjunto de principios sobre los cuales se elaboraría la primera Constitución peruana, procedían de una singular concepción del derecho delineada por Destutt de Tracy en el libro *Comentario sobre el espíritu de las leyes de Montesquieu*. En dicho texto, el célebre ideólogo había formulado las bases de una constitución fundada en la naturaleza y la razón; Luna Pizarro, autor del proyecto, las adoptó en el plan de organización de los poderes (Alvarez, 2009, pp. 45-51). En efecto, el clérigo arequipeño hizo suyo el diseño esbozado en el *Comentario...*, según el cual un Poder Legislativo unicameral, representante de la nación, se configuraba como el centro del sistema; a su lado, un Poder Ejecutivo colegiado, limitado en sus atribuciones (hacienda y fuerza armada), se encontraba subordinado al Poder Legislativo y, por último, un cuerpo o poder conservador, clave de bóveda y regulador del sistema, se encargaba de proveer los empleos y dirimir los conflictos entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Por lo demás, toda esta estructura orgánica se enmarcaba en el principio de separación absoluta de los poderes, porque Destutt de Tracy (1821, pp. 103-156) rechazaba el sistema del balance o equilibrio a la inglesa, difundido en *El espíritu de las leyes* por Montesquieu. Las Bases, por lo tanto, respondían a un modelo teórico, con el que

coincidía Villarán cuando calificaba a la Constitución de 1823 como «fruto de concesiones puramente teóricas» (1998, p. 488) y «un trabajo de índole doctrinaria y teórica» (1962, p. 42).

En el informe o la breve exposición de motivos que acompañaba el proyecto de las Bases, la Comisión<sup>4</sup> sostenía que estas consignaban los principios fundamentales sobre los cuales se edificaría la constitución, que eran los más adecuados para establecer la organización y los límites del Gobierno (entendidos en el sentido de poderes o funciones), así como también los defensores de los derechos individuales de los ciudadanos en el marco de un gobierno popular representativo.

Mediante ellas se procuraba que, con la mayor exactitud, deslindaran las atribuciones de los poderes que la nación delegaba con el objeto de «que se ejerciten con independencia, pero sin ser extraños unos de otros» (Congreso Constituyente del Perú, 1822, II, p. 26). De ese modo, el Poder Legislativo, reunión de los representantes de la nación, debía ser constituido unicameralmente para evitar todo sistema de oposición. No obstante, con el fin de dar orden y madurez a las deliberaciones, se podía adoptar el arbitrio de dividirlo en dos secciones (no cámaras) que tengan leves diferencias, pero ostenten la misma naturaleza, sin que ninguna tenga derecho de veto sobre la otra.

Con respecto al Poder Ejecutivo y dado el difícil problema de hallar un medio que asegure la libertad política, la Comisión procuraba resolverlo mediante la limitación de sus facultades, ya que, disponiendo de la fuerza armada y de la hacienda, se le privaba de la facultad de otorgar los empleos, atribución que quedaría a cargo del Senado Central, cuerpo al que correspondería, además, el de la censura, siendo «el que conserve la balanza en su fiel» y actuando como «un centinela perpetuo del poder ejecutivo» (Congreso Constituyente del Perú, 1822, II, p. 27).

Por último, la Comisión consideraba que la constitución a elaborarse solo sería un ensayo provisional o temporal, vigente hasta el

---

4 La Comisión de las Bases de Constitución estaba conformada por Luna Pizarro, Unanue, Figuerola, Pérez de Tudela y Olmedo.

momento en que, liberadas todas las provincias del Perú, se reuniera un Congreso de representantes legítimos, quienes formarían la constitución permanente (Congreso Constituyente del Perú, 1822, pp. 26-27).

El proyecto de las Bases, que contenía 23 artículos, fue aprobado sin mayores modificaciones, salvo el caso de tres artículos de singular relevancia. En el primero de estos, concerniente al artículo 3 del proyecto, la Comisión había establecido que la nación se denominaría Estado libre del Perú. La mayoría de los diputados se opuso a dicha estipulación, de modo que fue desechada y sustituida por el siguiente texto: «la nación se denominará República Peruana, la que fue aprobada» (Cámara de Diputados, 1928, pp. 120, 122). En el segundo caso, referido al artículo 5, sobre el tema de la religión abría las puertas a la tolerancia tal como estaba redactado, puesto que en él solo se consignaba que la religión del Estado «es la Católica, Apostólica, Romana». Luego de algunas discusiones, dicho texto fue aprobado; no obstante, debido a la protesta del pueblo limeño, el Congreso acordó retomar nuevamente el debate según una fórmula propuesta por Larrea y que apoyaría Sánchez Carrión en el sentido de prohibir el ejercicio público de cualquiera otra religión, que finalmente resultó aprobada (Cámara de Diputados, 1928, pp. 131-135). Por último, el tercer caso correspondía a la segunda parte del artículo 6, redactado en los siguientes términos: «La actual Constitución será provisional hasta que se hallen libres las provincias ocupadas por el enemigo». Dicho enunciado no satisfizo a la mayoría del Congreso, motivo por el cual fue desechado y reemplazado por una adición propuesta por Larrea, a saber: «La Constitución que ahora se formare queda sujeta a la ratificación o reforma de un Congreso general, compuesto de los Diputados de las provincias actualmente libres, y de todas las que fueren desocupadas por el enemigo» (Cámara de Diputados, 1928, p. 139).

Las Bases eran sin duda una suerte de estatuto al que debían someterse el Estado y, por supuesto, el pueblo peruano. Ese era, cuando menos, el anhelo de los constituyentes que, en su Manifiesto a los pueblos de la República, expresaban:

Las bases que os presentamos son los principios eternos de la justicia natural y civil. Sobre ellas se levantará un edificio majestuoso que resista a las sediciones populares, al torrente desbordado de las pasiones y a los embates del poder; sobre ellas se formará una constitución que proteja la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad civil; una constitución en fin, acomodada a la suavidad de nuestro clima, a la dulzura de nuestras costumbres, y que nos recuerde esa humanidad genial de la legislación de los Incas, nuestros mayores (Obín & Aranda, 1895, p. 209).

## 5. EL DISCURSO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN

El Discurso Preliminar, redactado por Sánchez Carrión, secretario de la Comisión de Constitución<sup>5</sup>, hace constar el grave clima de inquietud en que debió dictarse la Constitución: la lucha por la independencia. Reconociendo que la Constitución no es «otra cosa que el conjunto de las leyes primarias que determinan su forma de gobierno, según los principios del pacto social y de la conveniencia pública», esta debía contener «los derechos, obligaciones y facultades respectivas de los ciudadanos y funciones del poder nacional». En consecuencia, trataba de la nación, el gobierno y «los **medios** necesarios para su estabilidad»; así, la Constitución quedaba reducida «a tres puntos capitales» (Obín & Aranda, 1895, pp. 215-216; énfasis del original).

La primera parte del Discurso Preliminar se refiere a la nación (todos los peruanos reunidos en una sola familia que se ha separado de la dominación española), difundida territorialmente en diversas fracciones que, en el régimen virreinal, se denominaban provincias. A ella corresponde la soberanía «esencialmente» y su ejercicio en los magistrados a quienes la nación «ha delegado sus poderes». Concibe la

---

5 Fueron designados como miembros de la Comisión de Constitución: Luna Pizarro, Rodríguez de Mendoza, Unanue, Carlos Pedemonte, Pérez de Tudela, Figuerola, José Gregorio Paredes, Olmedo, Mariátegui y Sánchez Carrión. Por el autoexilio de Luna Pizarro, ocupó su lugar Pezet.

soberanía como «la potestad suprema [que corresponde] al que sentó los fundamentos del contrato social [y, por lo tanto,] anterior a todo régimen; [de manera que,] reconocido y jurado el pacto constitucional, [solo les queda] a los socios [obedecerlo y] cumplirlo religiosamente» (Obín & Aranda, 1895, p. 217). De otro modo, habría dos poderes: uno en la nación o los ciudadanos y otro en las personas a quienes se les ha delegado las funciones, lo que a fin de cuentas significaría confusión, caos y anarquía. Por consiguiente, al haberse transmitido la soberanía primitiva, «solo la ley es soberana» y se personifica en los magistrados, quienes llegan a ser sus agentes, razón por la cual ya los ciudadanos no deben «mezclarse» en las funciones de gobierno. A pesar de eso, la soberanía tiene límites y termina «su esfera en el mismo punto donde comienza lo que sea contrario a los derechos individuales. [De ahí que no se puedan] decretar leyes que atenten a la libertad, seguridad, probidad o igualdad natural» (Obín & Aranda, 1895, p. 217).

Se refiere luego al territorio, donde se detalla la sustitución de las provincias por departamentos, de los partidos por provincias y de las secciones por distritos. Así, justifica las normas relacionadas con la religión, la nacionalidad y la ciudadanía. Respecto a esta última, sostiene que es «el atributo más glorioso y respetable, [de modo que] en la plenitud de sus goces, [un ciudadano podía llegar] hasta la primera magistratura» (Obín & Aranda, 1895, p. 219). Además, señala como «indispensables calidades» para acceder a ella el matrimonio o «la unión conyugal, la propiedad y, en su defecto, cualquiera ocupación productiva, sin dependencia mercenaria, como también la edad y el medio de ilustrarse». También admite no haber exigido «la propiedad territorial», por impedirlo la circunstancia del «desigual repartimiento de las tierras» existente en el Perú y «su dominio precario respecto de muchos» (Obín & Aranda, 1895, pp. 219-220). Finalmente, justificaba las causales de suspensión de la ciudadanía.

En la segunda parte, el Discurso Preliminar se refiere al gobierno. Funda el régimen popular representativo en que «los pueblos no pueden recibir leyes sino de ellos mismos, ni ser regidos por otros poderes que los que libre y expresamente designaron». Por ello mismo, proclama su carácter independiente, así como también el tipo republicano

de gobierno, una forma que «al mismo tiempo de poner en salvo las preeminencias sociales, le dé a conocer prácticamente el pacto que hace con los que lo gobiernan». Para evitar el poder absoluto, admitía «la necesidad de dividir el poder nacional en los tres que se conocen» y, a su vez, justificaba el llamado poder electoral, «cuyo uso al paso que constituye el gobierno [...] es el único que se puede ejercer sin ser delegado». Luego de desechar la elección directa, la única que puede llamarse esencialmente libre, «por no haber ilustración en la masa general del pueblo», y por ciertos problemas administrativo-territoriales, desecha también el sistema electoral español de colegios de parroquia, partido y provincia. Esto último se debió a que ese sistema reducía el nombramiento de diputados al sufragio de 7 u 9 individuos «fáciles de ganarse por el gobierno» y privaba a las provincias de su derecho de elección. En virtud de ello, opta por la elección a través de colegios electorales de parroquia y provincia «que tanto quiere decir como que los electores parroquiales eligen directamente los diputados parroquiales» a razón de 1 por cada 100. Después, justifica la minuciosidad de las normas electorales «por el grande peligro que se corre por una ligera variación en esta clase de negocios» (Obín & Aranda, 1895, pp. 233-234).

Más adelante, sustenta extensamente las normas relacionadas con el Congreso y la iniciativa legislativa, para luego negar la posibilidad de todo veto al Ejecutivo, por lo que hace a este «responsable de su administración, reputándose como no emanadas de ella las órdenes que no fuesen suscritas por los ministros, y que, por tanto, no deberán ser obedecidas». De la misma forma, considera que las normas y los límites establecidos «caracterizan de tal modo a este magistrado que, con su persona y con su oficio, no puede menos que hacer bien». Encomienda su elección al Congreso de entre los elegibles que presenten los departamentos «a fin de consultar el acierto con la popularidad en una designación de tanta trascendencia» y, luego, fija en tres el número de ministros, al igual que su responsabilidad personal y colectiva por sus actos. El Senado Conservador es concebido como «el apoyo de la estabilidad de la Constitución y el medio de resistencia que debilita los embates de la arbitrariedad» (Obín & Aranda,

1895, pp. 238-239); así, se erige como un cuerpo que solo poseía funciones fiscalizadoras y era elegible por el Congreso a propuesta de las provincias.

Siendo el Poder Judicial «la verdadera salvaguardia de la libertad» y el «más expuesto a la voluntariedad de los que mandan», todo ello determinaba que la administración de justicia sea independiente, declarándose la inamovilidad de los jueces, distribuyéndose los tribunales y juzgados, y señalándose «las principales garantías judiciales». Se considera y opta por el denominado juicio de jurados como «la garantía más sólida de la jurisprudencia criminal» porque consistía en la «total separación del hecho respecto de la ley» (Obín & Aranda, 1895, p. 242).

Igualmente, justifica la organización del régimen interior, pues concibe al prefecto como un vicegerente del presidente en el territorio de su mando y con atribuciones solo para «conservar el orden y seguridad pública». Para darle consejo «en los negocios graves» y promover el bienestar, crea el Comicio o la Junta Departamental como «una sección del Senado en la capital de las provincias», reconociendo que los bienes o los males del departamento «en todos los ramos de la administración» deberían recaer en estas juntas. Por su lado, las municipalidades eran concebidas como «consejos patriarcales de cada pueblo», es decir, una autoridad protectora de los vecinos que promovía la paz en sus diferencias, cuidando «sus personas y bienes», de manera «que haciendo guardar exactamente el orden, les pone a cubierto de toda clase de violencias» (Obín & Aranda, 1895, p. 244). Para ello encomienda instrucción primaria, beneficencia, salubridad, seguridad, comodidad, ornato y recreo al «poder municipal» (las policías de orden); en tal sentido, los municipales serían jueces de paz.

La tercera parte del Discurso Preliminar se refiere a la forma de conservación del gobierno. Considera como medios para tal empresa, en primer término, la hacienda pública; por eso, postula la necesidad de ajustar los gastos a los ingresos ordinarios y extraordinarios, prevé la existencia de una Contaduría general y una Tesorería general, así como también la abolición de los estancos, la supresión de las aduanas interiores y el establecimiento de bancos de rescate. El éxito, afirma,

consiste en que las leyes reglamentarias sean muy pocas y se dirijan, más bien, a remover obstáculos que a imponer observancias odiosas. El segundo medio es la fuerza armada para garantizar la defensa exterior y la seguridad interior, distribuyéndose «con tal orden que jamás podrá auxiliar al genio de la tiranía». En esa línea, la milicia sería de tres clases: ejército de línea, guardia cívica y la guardia de policía. La primera, para la defensa de la libertad exterior; la segunda, para la conservación del orden interior; y la tercera, para la preservación de la propiedad privada. El tercer medio es la instrucción y, por último, «la observancia de las leyes fundamentales» (Obín & Aranda, 1895, pp. 265-267).

En síntesis, el Discurso Preliminar se refiere a «la declaración especial de los principales derechos sociales e individuales» para inculcar su respetabilidad con el objeto de «que el pueblo los defienda» (Obín & Aranda, 1895, p. 269).

## **6. LAS INSTITUCIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA PERUANA DE 1823**

En la sección primera, los artículos 1 y 2 son análogos a los respectivos numerales de la carta española. El primero define a la nación peruana como «todas las provincias del Perú reunidas en un solo cuerpo», pero, como precisaba el Discurso Preliminar, entendida la nación como todos los peruanos reunidos en una sola familia separada de la dominación española y difundida en fracciones (provincias) y no en el sentido de cuerpos o corporaciones como sugiere Chiaramonti (2012, pp. 147-149) y que, según Aljovín (2001, p. 370), no le queda claro. El segundo artículo declara que la nación es «independiente de la monarquía española y de toda dominación extranjera» y, tal como reza la carta gaditana, añade: «no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia». Ambas reconocen que la soberanía reside esencialmente en la nación. La española, en consecuencia, declara que a la nación «pertenece exclusivamente el derecho de establecer las leyes fundamentales» (art. 3). De inmediato, sin embargo, señala que la nación «está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos

los individuos que la componen» (art. 4). Por su lado, la carta peruana de 1823 no identifica la soberanía con el poder constituyente, sino con el poder constituido; declara, en efecto, que su ejercicio reside «en los magistrados, a quienes [la nación] ha delegado sus poderes» (art. 3). Por lo tanto, «[s]i la nación [esto es, los funcionarios que ejercen la soberanía] no conserva o protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen, ataca el pacto social, así como se extrae de la salvaguardia de ese pacto cualquiera que viole alguna de las leyes fundamentales» (art. 4). No contenta con ello, añade: «La nación [es decir, la titular de la soberanía] no tiene facultad para decretar leyes que at[e]nten a los derechos individuales» (art. 5). Estos se conciben como garantías constitucionales que, de modo explícito, enumera el artículo 193 y declara como inviolables; esto es, anteriores y superiores al Estado y la nación.

La sección segunda define al Gobierno como «popular representativo» (art. 27) y apunta que su ejercicio consiste en la administración de los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) en que se dividen «las principales funciones del poder nacional» (art. 28). Desde luego, sobre la base del principio de división o separación de poderes, admite que ninguno de los tres «podrá ejercer jamás ninguna de las atribuciones de los otros dos» (art. 29).

La sección tercera (De los medios de conservar el gobierno) consagró lo que modernamente serían restricciones al poder, normas programáticas (Hacienda Pública, educación, Fuerzas Armadas) y garantías o declaraciones de derechos. Esas declaraciones estaban precedidas por otras que contenían una especie de proclamaciones ético-políticas; por ejemplo, una estrictamente ética era la siguiente: el ser religioso, el amar a la patria, el ser justo y benéfico, el no faltar al decoro nacional y el cumplir con lo que se debía a sí mismo eran obligaciones que debía cumplir todo peruano (art. 14). Por otra parte, en el artículo siguiente se declaraba que «[l]a fidelidad a la Constitución, la observancia de las leyes y el respeto a las autoridades comprometen de tal manera la responsabilidad de todo peruano, que cualquiera violación en estos respectos lo hacen delincuente» (art. 15). Por eso mismo, todos los funcionarios debían jurar fidelidad a la Constitución (arts. 188-190).

El primer cuidado del Congreso, luego de la apertura de sus sesiones, debía ser examinar las infracciones de la Constitución para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores (art. 186). En ese sentido, todos los funcionarios, además de jurarla, debían respetarla (art. 188). «Todo militar no es más que un ciudadano armado en defensa de la República» (art. 179); por esta razón, merecía las recompensas de la patria, pero si abusara de su prerrogativa, atentando contra la libertad, se haría execrable ante la nación y cada ciudadano. Por fin, «[t]odos los peruanos pod[ía]n reclamar el uso y ejercicio de estos derechos y [era] un deber de las autoridades respetarlos y hacerlos guardar religiosamente por todos los medios que estén en la esfera de las atribuciones de cada una de ellas» (art. 194). De este modo, la Constitución pretendía garantizar su propia vigencia, aunque resultó imposible no solo por su provisionalidad (debía ratificarse al concluir la guerra de la emancipación), sino por la fuerza de las circunstancias bélicas.

## 6.1. FORMA DE ESTADO

La Constitución identificaba a la República como un gobierno elegido por el pueblo. Según el Discurso Preliminar, el gobierno popular y representativo permite que el pueblo esté en el continuo ejercicio de sus derechos. En consonancia con ese principio, la Constitución proclamaba que, por corresponder a la nación hacer las leyes a través de sus representantes reunidos en Congreso, todos los ciudadanos debían concurrir a la elección de aquellos, porque esta era la única función del poder que se podía ejercitar sin delegarse (art. 30). ¿Qué significaba aquello? Simple y llanamente que, en los comicios parroquiales, el pueblo podía designar a los miembros del Colegio Electoral de Provincia, específicamente, uno por cada 200 habitantes (art. 33) y, en todas las poblaciones, sea cual fuere su censo, a las Municipalidades, esto es, no menos de dos regidores ni más de dieciséis, dos alcaldes y dos síndicos (art. 138). El poder electoral, término que acuñó la Constitución para referirse al sufragio popular, en la práctica estaba en manos de los Colegios Electorales de Provincia y, en mayor proporción todavía, de los diputados. En efecto, los Colegios Provinciales elegían a los diputados a pluralidad absoluta de votos (uno por

cada 12 mil habitantes o fracción mayor), a los vocales de las Juntas Departamentales (uno por cada provincia) y a los precandidatos al Senado (arts. 41 y 45, 132 y 88, respectivamente). El Congreso elegía al presidente y al vicepresidente, de entre los candidatos propuestos por el Senado Conservador (inc. 24 del art. 60) y, desde luego, a este mismo, conformado por tres senadores por departamento entre los dos precandidatos elegidos por cada uno de los Colegios de Provincia, cuidando que dos no fueran de la misma provincia o que los eclesiásticos no fueran más de seis (inc. 25 del art. 60 y art. 93).

«Ninguno de los tres poderes podrá ejercer jamás ninguna de las atribuciones de los otros dos», decía la Constitución, luego de consagrar un Estado unitario, en apariencia, descentralizado (arts. 27, 29). Había, en efecto, Juntas Departamentales cuya estructura, organización y atribuciones se inspiraron muy directamente en las Diputaciones Provinciales previstas en el capítulo II del título sexto de la Constitución de Cádiz. Era el Consejo del Prefecto del Departamento quien la presidía y tenían funciones de inspección sobre las Municipalidades que, a su turno, ejercían la justicia de paz y la policía de orden, salubridad, ornato y educación de las poblaciones (arts. 132 y ss.; 138 y ss. de la Constitución de 1823).

El régimen interior de la República había previsto prefectos, intendentes y gobernadores en los departamentos, las provincias y los distritos, respectivamente. A ellos les correspondía el «gobierno político» de sus circunscripciones y la conservación del orden y la seguridad pública «con subordinación gradual al Supremo Gobierno», y tenían la misión de «cuidar de que los funcionarios llenen exactamente sus obligaciones». Ellos ejercían sus cargos por cuatro años improrrogables (arts. 122-126).

El prefecto contaba con un consejo integrado por un diputado elegido por cada provincia para «emitir dictamen en los negocios graves», denominado Junta Departamental. Tenía atribuciones de promoción (agricultura, industria, minería, educación, beneficencia), de fiscalización (de las Municipalidades y la inversión de los recursos departamentales) y electorales (proposición del Senado de ternas de candidatos a autoridades políticas, de candidatos a funcionarios

públicos, a la Presidencia de la República), informando siempre al Senado respecto de los medios y los recursos necesarios para la mayor prosperidad del departamento (art. 135). Las Juntas Departamentales reproducían, en esencia, las normas de la carta gaditana en relación con las Diputaciones Provinciales, con la diferencia de que estas últimas tenían autonomía respecto del jefe superior de la provincia que las presidía y eran, más bien, órganos deliberantes que sesionaban durante 90 días con reuniones «distribuidas en las épocas que más convenga» (arts. 324-337).

Les faltó a los constituyentes de 1823 decisión descentralista y fueron, sin duda, más conservadores que los legisladores españoles. Este sesgo es particularmente notorio en el régimen municipal. Los Ayuntamientos gaditanos tenían a su cargo la policía de salubridad, comodidad, orden y seguridad pública, la administración y la inversión de sus recursos y la repartición de ellos, el sostenimiento de la educación y las instituciones de beneficencia, construcción y reparación de caminos y de todas las obras públicas, proposición de ordenanzas locales, promoción de la agricultura, la industria, la minería y el comercio e incluso iniciativa ante las Cortes para crear recursos, a través de la Diputación Provincial, desde luego, sujetos a fiscalización de esa Diputación (arts. 309-323 de la Constitución de 1823). Las Municipalidades peruanas, en apariencia, tenían atribuciones semejantes (policía de orden, ornato, recreo y promoción de actividades locales) e incluso la judicatura de paz en demandas civiles de menor cuantía y procesos de injuria leve y delitos menores (arts. 138-143), pero carecían del control y la administración de los servicios locales y de autonomía.

## 6.2. FORMA DE GOBIERNO

La Constitución, que exigía como requisito para ser presidente «la aptitud de dirigir, vigorosa, prudente y liberalmente una República» (inc. 2 del art. 75), no consagró, en rigor, un presidencialismo. No, por lo menos, uno de modelo norteamericano. El de la carta de 1823 era, sin duda, un presidencialismo *sui generis* cuyos méritos o defectos nunca pudieron ponerse a prueba, ya que jamás tuvo vigencia. Sin embargo, en él se reflejaba una neta hostilidad o temor al presidente,

al punto de que sus atribuciones no guardaban correspondencia con quien era, según la carta magna, jefe de la administración de la República o jefe supremo de las Fuerzas Armadas. La Constitución sencillamente sometía al Ejecutivo a un férreo sistema de controles que no le habrían permitido una fluida administración del Estado.

Según Toribio Pacheco (1854), si por un lado la Constitución de 1823 presentaba algunas ideas que merecían elogio, por el otro manifestaba un profundo equívoco respecto del «equilibrio de poderes» y la real situación del país. Por esa razón, decía que

**Según esta constitución, el poder legislativo es todo, el ejecutivo nada;** y esta sola consideración basta para creer que su observancia había de ser efímera y su duración mu[y] corta. En una época en que se requería obrar más y discutir menos, era preciso dar más ensanche al poder en quien esencialmente reside la acción, pues, estrechamente ligado, como se encontraba, por la carta fundamental, se vea reducido a dos extremos opuestos y eminentemente perniciosos; o a sucumbir bajo el peso de la impotencia, o a hacer un esfuerzo, como Sansón, para romper las cuerdas que estorbaban sus movimientos y aniquilar del todo las fórmulas constitucionales (Pacheco, 1854, pp. 26-27).

El Poder Legislativo, unicameral, residía exclusivamente en el Congreso (art. 51 de la Constitución de 1823); a él le correspondían las atribuciones fundamentales políticas y económicas del Estado reconociéndosele una enorme injerencia en la definición y la conducción de las relaciones exteriores. El Senado Conservador, que era una suerte de Consejo de Estado, «cooptado» por el Congreso, servía para arrebatar al presidente atribuciones administrativas que no habría podido ejercer el Congreso a menos que fuera bicameral. Así, elegía y presentaba al Ejecutivo los empleados de la lista civil y eclesiástica, contratava los empréstitos internos, convocaba al Congreso en legislaturas extraordinarias y, en defecto del presidente, incluso en legislatura ordinaria y solo con su voto, el presidente podía nombrar a los altos oficiales del Ejército y la Armada, así como a los agentes diplomáticos (incs. 2-4 y 7 del art. 90; incs. 7-8 del art. 80).

El Poder Ejecutivo estaba representado por un presidente, elegido por el Congreso, a propuesta del Senado, por cuatro años, no reelegible de inmediato y responsable por los actos de su administración (arts. 72, 74 y 78). Incluso, sus actos no tenían validez sino merced a la refrendación ministerial (art. 73). Aunque le correspondía la jefatura suprema de la Fuerza Armada, no podía mandarla personalmente, sin autorización del Congreso o del Senado (inc. 2 del art. 82; inc. 1 del art. 81). Tampoco podía salir del territorio sin permiso del Congreso ni interferir en el funcionamiento de los otros poderes del Estado (incs. 2-6 del art. 81). A pesar de ser jefe de la administración y responsable del orden y la seguridad interna y externa del Estado, los ministros eran «el órgano del Gobierno en los departamentos de su dependencia» por lo que eran responsables, individual o colectivamente, según la índole de sus decisiones (arts. 79, 84 y 85).

Los constituyentes de 1823, en su afán de impedir la arbitrariedad y los excesos, resultaron presos de sus prejuicios. Diseñaron una presidencia compartida con los ministros, sujeta a responsabilidades y subordinada al Senado en todo lo concerniente al nombramiento de estos funcionarios. Era un Ejecutivo sin autonomía, competencias suficientes ni capacidad de iniciativa y, por tal motivo, de mando y dirección. Por eso mismo, afirma Villarán (1962) que

[l]os constituyentes del año 1823 se preocuparon, sobre todo, en restringir la autoridad del gobierno, en debilitar y sujetar el poder presidencial y, por natural reacción robustecieron y exageraron la fuerza del cuerpo legislativo y la extensión de sus atribuciones (p. 38).

Era verdad, ya que, de haberse puesto en vigencia, habría provocado graves conflictos entre el Congreso y la administración.

Asimismo, el Poder Judicial estaba integrado por jueces y magistrados vitalicios e inamovibles (art. 97), organizados en una Corte Suprema, sendas Cortes Superiores en las capitales de departamento y Juzgados de derecho en las capitales de provincia (arts. 98, 101 y 104). Aparentemente, gozaba de autonomía, aunque el Ejecutivo debía «velar sobre la exacta administración de justicia» (inc. 9 del

art. 80). Esta, dicho sea de paso, debía administrarse, en materia criminal, mediante jurados (art. 107), por lo que la Constitución establecía que en «las causas criminales el juzgamiento será público, el hecho reconocido y declarado por jurados, y la ley aplicada por los jueces» (art. 107).

## 7. CONCLUSIÓN

La Constitución de 1823, influenciada por la carta magna de Cádiz, representó una opción autónoma, aunque no original, para los constituyentes peruanos. Esa Constitución inicial, que no pudo ponerse jamás en vigencia, sobrevivió merced a la de 1828, a la que inspiró por haberlo acordado, formalmente, los constituyentes de 1827. La Constitución de 1826 resultó repudiada, incluso por los más recalcitrantes partidarios de Bolívar y, de ese modo, nació en 1828 un constitucionalismo que expresaba, por lo menos, la voluntad nacional de afirmar, por propia decisión, unas instituciones que se juzgaban indispensables para el mejor gobierno, por obra de los propios peruanos. No interesa, para el caso, la originalidad o no de algunas de tales instituciones, sino la decisión constituyente inspirada en un propósito de afirmación nacional y constitucional.

## REFERENCIAS

- Aljovín, C. (2001). La Constitución de 1823. En S. O'Phelan Godoy (comp.), *La independencia del Perú. De los borbones a Bolívar* (pp. 351-378). Instituto Riva-Agüero, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Alvarez, W. (2009). Una Constitución fundada en la naturaleza y la razón: las Bases de la Constitución de 1822. *Illapa. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, (6), 45-51.
- Basadre, J. (1968). *Historia de la República del Perú* (t. 1). Editorial Universitaria.
- Cámara de Diputados. (1928). *Historia del Parlamento Nacional. Actas de los Congresos del Perú desde el año de 1822* (t. 1). Cervantes.

- Chiaramonti, G. (2012). El primer constitucionalismo peruano: de Cádiz al primer Congreso Constituyente. En A. Annino & M. Ternavasio (coords.), *El laboratorio constitucional iberoamericano: 1807/1808-1830* (pp. 135-155). Iberoamericana; Vervuert.
- Congreso Constituyente del Perú. (1822). *Diario de las discusiones y actas del Congreso Constituyente del Perú* (tt. I-II). Imprentas de D. Manuel del Río y Compañía. <https://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000055839&page=1>
- Destutt de Tracy, A. L. C. (1821). *Comentario sobre el Espíritu de las leyes de Montesquieu*. Imprenta de D. Fermín Villalpando.
- Guinassi Morán, A. (1918). *General Trinidad Morán 1796 a 1854. Estudios históricos y biográficos* (t. I). Tip. Cáceres.
- Obín, M. J., & Aranda, R. (1895). *Anales parlamentarios del Perú*. Imprenta del Estado.
- O'Leary, D. F. (1952). *Memorias del general Daniel Florencio O'Leary. Narración* (t. II). Imprenta Nacional.
- Pacheco, T. (1854). *Cuestiones constitucionales*. Imprenta de Francisco Ibáñez y Herm.
- Paz Soldán, M. F. (1870). *Historia del Perú independiente* (t. I). Imprenta de Alfonso Lemale.
- Riva Agüero, J. (1910). *La historia en el Perú. Tesis para el doctorado en Letras*. Imp. Nacional de Federico Barrionuevo.
- Távora, S. (1951). *Historia de los partidos*. Editorial Huascarán.
- Villarán, M. V. (1962). La Constitución de 1823. En *Páginas escogidas* (pp. 33-44). Talleres Gráficos P. L. Villanueva, S. A.
- Villarán, M. V. (1998). *Lecciones de derecho constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.





Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

**REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política**  
**de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

Vol. 78, n.º 78, enero-diciembre, 2023 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2023.v78n78.06

## **LA CRISIS DE GOBERNABILIDAD PERUANA POR LA ESCASA ATENCIÓN A LAS CONDICIONES DE LA POBLACIÓN**

Peru's governance crisis due to lack of attention to the  
conditions of the population

MANUEL BERMÚDEZ-TAPIA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [manuel.bermudez@upsjb.edu.pe](mailto:manuel.bermudez@upsjb.edu.pe)  
<http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

### **RESUMEN**

La evaluación de la realidad política, económica y social peruana de los últimos seis años evidencia un contexto sumamente complejo, porque se ha evaluado principalmente desde una perspectiva política y económica sin tomar en consideración la interrelación de variables que han incidido en un período de inestabilidad de gran magnitud. Un problema endémico y que permite vincularlo con este proceso de inestabilidad guarda relación con la escasa atención del desarrollo urbano y el planeamiento demográfico nacional, puesto que la población reside en espacios geográficos complejos que limitan la posibilidad de

generar márgenes de inclusión positivos donde la atención de servicios públicos ha sido escasa. Bajo este marco, se plantea el estudio de la evaluación y el desarrollo de las ciudades en el Perú para poder comprender el contexto contemporáneo del país.

**Palabras clave:** desafíos urbanos; desarrollo urbano; Perú; pobreza; inequidad; servicios públicos; cadena de suministro.

## ABSTRACT

The evaluation of Peru's political, economic and social reality over the last six years reveals an extremely complex context, because it has been evaluated mainly from a political and economic perspective without taking into consideration the interrelationship between variables that have influenced a period of instability of great magnitude. An endemic problem that can be linked to this process of instability is related to the scant attention paid to urban development and national demographic planning, given that the population resides in complex geographical spaces that limit the possibility of generating positive margins of inclusion where the provision of public services has been scarce. Within this framework, a study of the evaluation and development of cities in Peru is proposed in order to understand the contemporary context of the country.

**Keywords:** urban challenges; urban development; Peru; poverty; inequality; public services; supply chain.

Recibido: 27/11/2023    Aceptado: 4/12/2023    Publicado: 11/12/2023

## 1. INTRODUCCIÓN

Comprender la dinámica socioeconómica, cultural y política del Perú es un aspecto complejo debido a la interacción de diversos factores complementarios que, según la coyuntura del momento, pueden exacerbar períodos críticos de gobernabilidad. Sin embargo, el análisis de los orígenes de estos problemas parte del hecho de que la mayor parte

de las ciudades del Perú no han sido planificadas para sostener el crecimiento de la población y, cuando surgen las épocas de crisis política, los ciudadanos se ven afectados por el escaso acceso a servicios públicos (Valeriano, 2019, p. 33). Este es un problema que permite detallar que los períodos de crisis agudizan las condiciones de los ciudadanos porque no se ha tomado en cuenta el contexto de la planificación y el desarrollo urbano, con lo cual toda situación de ingobernabilidad provoca una limitación sumamente grave que relativiza las condiciones de calidad de vida de los peruanos.

De ese modo, el estudio de estos aspectos permite observar e identificar que la mayoría de los problemas de naturaleza política y económica podrían ser atendidos de manera eficaz si el desarrollo demográfico del país no fuera ajeno a las acciones de gobierno de los diferentes entes que lo dirigen. Esta es una evidencia, pues, de la falta de una política pública en el sector que se manifiesta en épocas de inestabilidad política.

En el presente artículo, se desarrolla una metodología cualitativa con un enfoque descriptivo sobre la cual se evalúa el desarrollo nacional con la finalidad de corroborar si el crecimiento urbano que ha generado una densidad demográfica desigual es causa de la mayor parte de los problemas que afectan la gobernabilidad y la democracia en el Perú.

El principal objetivo de este trabajo es demostrar que no ha existido una política de Estado que procure generar un desarrollo sostenido y proporcional con las condiciones geográficas, económicas, sociales y políticas de las diferentes realidades urbanas, siendo mucho más grave la escasa valoración a la promoción de liminalidad en la población. Esto es sustentado en el análisis de las estadísticas oficiales, el acceso a servicios públicos para la población con mayor nivel de vulnerabilidad, el registro de conflictos sociales y la crisis de gobernabilidad en los últimos veinte años en el Perú (Bermúdez-Tapia, 2020b, p. 8).

## 2. EL ORIGEN DE LOS ACTUALES PROBLEMAS POLÍTICOS, ECONÓMICOS Y SOCIALES

Los problemas que afectan al Perú son múltiples y registran características relacionadas con el desarrollo urbano y la densidad demográfica, los cuales no han sido debidamente atendidos por los diferentes Gobiernos ni por la clase académica en el país, especialmente porque dicho análisis requiere de una interpretación de variables que exigen un conocimiento especializado (Azcona & Del Prado, 2020, p. 514).

En este sentido, la poca comprensión de las variables ajenas al ámbito de interpretación dominante o mayoritario ha provocado que no se logre generar una real comprensión de las condiciones, las necesidades y las potencialidades del país provocando una condición limitada que afecta a su desarrollo y limita la atención de las necesidades básicas de una población en pobreza endémica que registra un nivel de oposición al Estado porque en sus dominios territoriales se genera la mayor actividad económica del país, no siendo proporcional el gasto público ejecutado en dichas zonas con respecto de las demás regiones del territorio peruano. A propósito de este panorama complicado, a continuación se exponen las variables con incidencia negativa en la unidad territorial y poblacional del Perú.

### 2.1. LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES SIN PLANIFICACIÓN TERRITORIAL

En los últimos veinte años, el Perú registra un cambio de posiciones históricas en el ámbito de su desarrollo productivo, comercial y económico (Figueroa, 1993), por cuanto se ha generado, por un lado, una mayor dinamicidad del mercado local, la cual ha impulsado la ampliación de servicios en todos los niveles y ha permitido mejorar las condiciones de vida de la población, sobre todo en las zonas urbanas del país. Este hecho ha sido provocado por el proceso de formalización de la propiedad como política de Estado que ha derivado en el desarrollo de un sistema de créditos y modos financieros. Este último, a su vez, ha posibilitado la ampliación del número de personas y empresas en el sector productivo, motivando el desarrollo y el crecimiento económico sostenido del país.

Por otro lado, las necesidades de atención de más productos y servicios han generado que las ciudades en el interior del país muestren una mayor dinamicidad que la ciudad de Lima, especialmente, en la atención de nuevos servicios por parte del sector privado, todo lo cual ha facilitado mejorar los índices de desarrollo y reducción de la pobreza en todo el Perú (Miranda, 2015, p. 155). Esta es una consecuencia natural del proceso de desarrollo de infraestructura en las comunicaciones, con énfasis en los grandes centros urbanos.

Sin embargo, esta realidad no ha logrado incluir a las zonas geográficas donde existe una mayor densidad poblacional en circunstancias de pobreza endémica, quienes registran condiciones étnicas, sociales, lingüísticas, culturales, económicas y políticas diferentes al resto de la población. El escaso número de estas poblaciones y las condiciones limitadas para la movilidad humana o el desarrollo económico y productivo propio han sido constantes en la república y han ocasionado que la mayor parte de los recursos naturales extraídos de sus territorios no generen beneficio directo en dichas jurisdicciones.

Este es un problema que el proceso de regionalización no ha solucionado, pese a las transferencias de fondos públicos del canon minero a los Gobiernos regionales y municipales; ello demuestra que la dificultad no está en el tipo de gobierno, sino en la selección y la votación de la población por las autoridades políticas encargadas de estas gestiones (Bermúdez-Tapia, 2013, p. 17). En este sentido, mediante la metodología del INEI (2000) para evaluar el nivel de pobreza en el país, un análisis focalizado en las regiones de mayor índice de pobreza registra un margen limitado de ejecución de obras públicas a pesar del financiamiento que recibe del Gobierno nacional. «Según estimaciones del INEI, en 2021, el 25.9 % de la población peruana se encontraba en situación de pobreza monetaria (8.5 millones de personas) y el 4.1 %, en pobreza extrema (1.3 millones)» (ComexPerú, 2022, párr. 1).

**Tabla 1**

*Relación entre las regiones con mayor población en pobreza endémica y el gasto público anual por canon minero*

Región	Presupuesto público asignado en el 2021	Presupuesto público asignado en el 2022	Gasto efectivo del presupuesto público en el 2021 (SIAF, 2021)	Gasto en inversión pública en el 2021 (ComexPerú, 2021, p. 13)
Apurímac	4 424 869	236 355 261	71.7 %	78 %
Áncash	636 732 796	1 564 774 611	58.9 %	67.2 %
Cajamarca	180 422 627	201 748 643	71.3 %	45 %
Huancavelica	1 652 211	3 731 922	76.6 %	66.4 %
Loreto	3 982 000	3 791 000	80.7 %	84.6 %
Pasco	20 398 929	52 333 683	71.9 %	59.1 %
Puno	59 245 607	220 453 336	81.8 %	45.1 %

Fuentes: INEI (2000; 2017), Datosmacro (2022) y MEF (2021, p. 18; 2022, p. 19).

Conforme a esta tabla del año 2021, es posible detallar algunas condiciones económicas por parte de los Gobiernos regionales y municipales:

- a) No se ejecutan presupuestos de inversión que reporten la atención de servicios de educación, sanidad y seguridad, conforme detalla Datosmacro (2022).
- b) La autonomía en el desarrollo de proyectos de inversión y asignación presupuestaria para gasto corriente no es limitada por el Gobierno nacional y, pese al registro de proyectos de inversión que no son viables o no registran un reporte cualitativo, el uso del presupuesto público en las regiones está sujeta a la gestión de sus autoridades.

## 2.2. EL DESARROLLO URBANO INFORMAL Y DESIGUAL

Desde la reforma agraria en 1969, el desarrollo urbano en el país ha sido desproporcional y ha habido un crecimiento desordenado en

las ciudades de la costa, especialmente en Lima, Chiclayo, Trujillo, Chimbote y Piura.

La escasa planificación urbana en el Perú solo reporta dos realidades distintas en Huamanga (Ayacucho) y Huaraz (Áncash): la primera de ellas, en función de una planificación urbana dirigida desde su Municipio; mientras que la segunda, debido a la destrucción de la ciudad a consecuencia del terremoto de 1970.

Este desarrollo informal, desorganizado y sin la provisión de servicios públicos fue provocado por las crisis económicas, políticas y el impacto del terrorismo entre los años 1969 y 2000, período en el cual se generó un proceso de desarrollo urbano promovido por el Estado a través de políticas de desarrollo inmobiliario.

### 2.3. LA ESCASA PRESENCIA DEL ESTADO EN LA MAYOR PARTE DE LAS REGIONES DEL PAÍS

La mayor parte de la migración y del desplazamiento forzado derivado de las consecuencias de la reforma agraria y del terrorismo en el Perú han evidenciado una realidad latente que es histórica: las regiones del interior del país reciben una escasa atención por parte del Estado, por lo que las políticas públicas para la promoción del desarrollo de la mayor parte de las regiones han sido limitadas. Esta situación ha provocado la implementación de una política especial para la atención de zonas de frontera que registraban escasos servicios públicos. De este modo, la Ley n.º 29778 (Ley marco para el desarrollo e integración fronteriza en complemento con el Decreto Supremo n.º 019-2018-RE, que aprobó la política nacional de desarrollo e integración fronterizos) buscaba generar polos de desarrollo, aunque no tiene resultados positivos hasta la fecha.

Esto se expone de manera notoria en las regiones de Apurímac, Áncash, Huancavelica, Loreto, Pasco y Puno, donde se han reportado la mayor cantidad de conflictos por la disposición de recursos financieros derivados de la explotación de recursos naturales con respecto de las acciones ejecutadas por el Gobierno nacional (Urrunaga & Aparicio, 2012).

Por este motivo, la ausencia de infraestructura, la escasa atención de servicios básicos como el alumbrado público, una red eléctrica para servicio doméstico, la provisión de agua potable, la atención y la provisión de servicios de desagüe, los servicios educativos, la sanidad y la seguridad pública son las carencias más significativas en estas regiones y, a pesar del volumen de presupuesto disponible que se destina, se asume que es el Estado quien no ejecuta las acciones eficaces, debido a que los Gobiernos regionales y municipales ocultan sus deficientes gestiones ante la población.

## 2.4. LA CENTRALIZACIÓN DE LIMA Y LA DESCONCENTRACIÓN DE PODER TERRITORIAL

A consecuencia de los elementos previamente evaluados, desde el 2001 se inició una política de Estado que promovió el desarrollo urbano, inmobiliario y productivo a pequeña escala en el país, generándose un efecto positivo en la economía nacional (Machado & Toma, 2017, p. 10). Las ciudades paulatinamente comenzaron a dinamizar sus sistemas de comercio y atención de servicios públicos, sobre todo porque la población registraba una accesibilidad laboral en crecimiento, lo cual repercutió positivamente en las zonas urbanas del país.

Sin embargo, fue diferente en las regiones andinas y amazónicas, donde no hubo desarrollo urbano, especialmente en las ciudades de Apurímac, Áncash, Huancavelica, Loreto, Pasco y Puno, a causa del aislamiento geográfico que provocaba una menor accesibilidad por vías de transporte terrestre. Este aspecto ha ocasionado que la reducción de la pobreza endémica no sea aminorada de forma sostenible en estas regiones.

En el año 2004 se inició el proceso de regionalización del país y, a la fecha, ha provocado que las tradicionales estructuras de poder se debiliten y se genere una desarticulación de los partidos políticos, a causa del desarrollo de los caudillismos regionales. Este es un síntoma que se ha evidenciado en los procesos electorales, donde se han reportado estas estadísticas:

- a) Procesos de desarticulación de las fuerzas políticas en el Congreso de la República desde el período 2001-2006 al 2021-2022. En efecto, el incremento de organizaciones políticas no ha sido positivo en el país porque ha producido la atomización del poder político en el Congreso y se ha extendido a los Gobiernos regionales y municipales, lo cual ha provocado una condición inorgánica en las fuerzas políticas para asumir programas estructurales o a largo plazo.
- b) Un proceso de división de fuerzas políticas en función del sistema representativo de poder, donde Lima registra 40 curules parlamentarias a las que se suman 10 más por la representación en Lima provincias y en el exterior, frente a un total de 130 puestos en el Congreso.

Esta referencia provoca que las crisis y las divisiones parlamentarias afecten a las regiones representadas por sus congresistas y, al final, la atomización ocasiona que Lima mantenga una posición política excluyente frente a las demás regiones que no toman en cuenta la balcanización del poder de los grupos parlamentarios.

- c) Desde el 2001, ningún partido político ha logrado mantener una condición política dominante en el escenario peruano debido al escaso margen de gestión pública ejecutado durante la gestión de gobierno (Bermúdez-Tapia, 2020c, p. 342). Este es un patrón referencial a nivel nacional, regional y municipal provocado, sobre todo, por la escasa atención a los procedimientos de gestión pública para la correcta disposición de recursos financieros en la atención de servicios públicos a favor de la población.
- d) Ningún partido político, desde el 2001, ha logrado identificar la necesidad de articular el desarrollo de las ciudades con el sistema económico y productivo del país, especialmente, para integrar a las diferentes regiones a través de la generación de redes de comunicación terrestre, ferroviaria o fluvial. En este sentido, ninguna fuerza política en el Perú ha expuesto como elemento predominante el desarrollo urbano para así poder

generar una mayor y mejor inversión pública en la atención de las necesidades de la población.

Esta consecuencia es identificada por Rolando Ames, quien detalla que la «idea de lo nacional» se limita a la atención de las necesidades de Lima en evidente desatención al desarrollo de las demás ciudades del país (Takehara, 2021).

## 2.5. LA CORRUPCIÓN EN LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DESCENTRALIZADOS

Hasta fines del 2022, el 84 % de las autoridades regionales en el Perú registraba una investigación fiscal o administrativa, una acusación penal o un proceso judicial en trámite. Esta cuestión permite identificar estadísticamente lo que se expone en la tabla siguiente.

**Tabla 2**

*Relación de autoridades regionales con investigaciones fiscales, acusaciones penales o procesos penales que reportan una destitución en el cargo*

Región	Reporta índices de pobreza extrema en sector de su población	Destitución	Investigaciones en curso, acusaciones penales o procesos judiciales en trámite	Gobernador regional con procesos judiciales en trámite antes de la asunción al poder	Presupuesto público + asignación de canon minero
Apurímac	Sí	No	Sí	Sí (reporta 35 denuncias en el Ministerio Público por corrupción)	Sí
Áncash	Sí	Sí	No	No	Sí
Cajamarca	Sí	No	Sí	No	Sí
Huancavelica	Sí	No	Sí	No	Sí
Loreto	Sí	No	Sí	Sí (reporta 60 denuncias en el Ministerio Público por corrupción)	Sí

Pasco	Sí	No	Sí	Sí (reporta 62 denuncias en el Ministerio Público por corrupción)	Sí
Puno	Sí	Sí	No	No	Sí
Junín	Sí	Sí	No	Sí	Sí
Arequipa	No	Sí	No	No	Sí
Madre de Dios	No	Sí	No	No	Sí
Huánuco	No	Sí	No	Sí (está con orden de captura por el Poder Judicial)	Sí
Tumbes	No	Sí	No	No	Sí
Piura	No	Sí	No	Sí (reporta 34 denuncias en el Ministerio Público por corrupción)	Sí

Fuente: Jurado Nacional de Elecciones (2022).

Esta referencia grave se agudiza cuando se observa que, de las 27 regiones en el Perú, el proceso de renovación de autoridades reporta, en relación con el número de autoridades elegidas en procesos democráticos (que incluyen, en algunos casos, una segunda vuelta electoral), un total de 20 autoridades en condición de «investigado» por el Ministerio Público o la Contraloría General de la República, en condición de «acusado» por la comisión de un presunto delito por parte del Ministerio Público ante el Poder Judicial o en situación de prófugo (Montaño, 2022).

De esa forma, es posible vincular un proceso de falta de atención de las necesidades de la población en función de la toma del poder por parte de organizaciones próximas a la atención de intereses particulares y ajenas al cumplimiento de los fines públicos del Estado, hecho que ha incidido en los actos de macrodelito porque desde el mismo Estado se han ejecutado actos de corrupción (Bermúdez-Tapia, 2019, p. 278).

### 3. LA NEGLIGENTE PLANIFICACIÓN URBANA COMO ELEMENTO LIMITATIVO DEL DESARROLLO SOCIAL, ECONÓMICO Y POLÍTICO

Tomando en cuenta los contextos evaluados de forma preliminar, consideramos que el desarrollo de las ciudades en el país debe ser reorientado por el Estado, puesto que, de este modo se logra evaluar, analizar y ponderar las diferentes necesidades y los requerimientos de las diferentes poblaciones. Esto puede traer los siguientes beneficios:

- a) Una mejor dinamicidad en la gestión de recursos financieros para la atención de obras, servicios y necesidades de orden público en las diversas ciudades, en relación con la atención de un mayor número de personas.

Así, la incidencia en el número de la población atendida puede mejorar los índices de reducción de la pobreza endémica y la pobreza en el país, ya que el trabajo del Estado, a través de sus diferentes entidades políticas, puede generar una mejor evaluación del gasto público y el cumplimiento de objetivos estatales.

- b) Una mayor fiscalización y gobernanza por parte de las personas que residen en zonas urbanas, por lo que la atención de sus intereses proyectaría una mayor dinámica en el control de los actos públicos.
- c) Una mejor planificación en la atención de los servicios públicos, principalmente, en correspondencia con la atención de las necesidades básicas, limitando la ejecución de obras públicas faraónicas o sin una mayor productividad complementaria.

A partir de ello, las ciudades podrán disponer de recursos para la atención de servicios públicos, lo cual impulsará la reducción del gasto que ejecutan las familias y permitirá que dicho ahorro se traslade dinámicamente en la adquisición de bienes y productos en los mercados locales.

- d) Se reducirá el nivel de desgobierno en las unidades geográficas regionales y municipales que registran una mayor asig-

nación de canon minero, gas o petróleo, con lo cual se podrá disponer de una mayor cantidad de recursos económicos para la reducción de la pobreza endémica frente a regiones donde la población puede ser atendida de forma mucho más diligente, por los índices demográficos limitados.

- e) Disminuirán la informalidad en el país, en general, y el desarrollo inmobiliario informal, en específico, valorándose de manera objetiva el acceso a la propiedad y el desarrollo inmobiliario; ello permitirá la generación de servicios complementarios y derivados, sobre la cual se amplificará la oferta laboral y esta, a su vez, incidirá en la satisfacción de los principales intereses de la población.
- f) Un mayor y mejor desarrollo urbano posibilitará la ampliación de la oferta de servicios prestados por el sector privado, con lo cual se extenderá la atención de requerimientos de mayor urgencia por parte del Estado.

Consecuentemente, resulta necesario establecer una política de desarrollo de las ciudades para así poder volver a identificar los niveles de desarrollo económico registrados en el período 2001-2019 antes de la pandemia de la COVID-19 porque solo de esta manera sería posible atender las principales urgencias sociales, económicas y políticas del país.

## 4. RESULTADOS

En función de las condiciones de gobernabilidad y desarrollo democrático en el Perú se puede evaluar la proyección de sus ciudades y explicar el contexto de crisis política y social que existe en los últimos cinco años. Así, es posible sintetizar los siguientes resultados:

- a) La evaluación de la estabilidad política, la rendición de cuentas, la efectividad gubernamental, la calidad regulatoria, el Estado de derecho y el control de la corrupción antes del inicio de la pandemia de la COVID-19 en el Perú reportaba índices inferiores a los de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México.

Este índice de gobernabilidad, desarrollado por el World Bank Group (2017), permite detallar la desvinculación de la población ciudadana en el Perú con respecto de sus autoridades políticas y el Estado.

Consecuentemente, la propia ciudadanía percibe que la inestabilidad en el Gobierno nacional y la ineficiencia en los Gobiernos regionales y municipales responden a procesos electorales en los cuales la mayor parte de la población no asiste con vocación ni pleno conocimiento para la toma de decisiones.

Esto incide en la ejecución de procesos de convulsión social que generan la posibilidad de cambios en los órganos de gobierno por motivos derivados del conflicto entre poderes o como consecuencia del descubrimiento de la comisión de delitos (Bermúdez-Tapia, 2020a, p. 355).

Finalmente, los índices de seguridad ciudadana y atención de necesidades básicas inciden en el desarrollo de la población en las ciudades, siendo las elegidas aquellas que reportan mejores índices de atención y provisión de servicios públicos.

- b) Las condiciones de desarrollo urbano en el Perú se vinculan con los niveles de reducción de pobreza, por cuanto en las regiones con los mayores índices de pobreza endémica existe un menor desarrollo urbano en complementación con la mayor atención de necesidades básicas.

De este modo se identifica la escasa atención de servicios de salud, educación y provisión de servicios básicos (Castillo & Huranca, 2022, p. 2) como los aspectos que más inciden en la pobreza en el país; estos provocan convulsiones sociales en las que la población plantea, por un lado, la administración directa de los fondos económicos derivados de la extracción de recursos naturales y, por otro lado, requiere la ampliación de servicios públicos.

- c) El Estado peruano no ha generado una política de inclusión social en función de la liminalidad que provocaría la condición de ciudadanía y esto se ha reflejado en el escaso desarrollo urbano durante la mayor parte de la república, siendo notorio el cambio significativo en el período 2001-2022, en el cual se inició una política de Estado de promoción del desarrollo urbano, inmobiliario y social, apoyada en la mayor provisión del gasto público para la infraestructura vinculada a servicios de vivienda en el país.
- d) Se ha hecho un escaso margen de evaluación y estudio de la realidad demográfica nacional, situación que parte de un contexto histórico en el cual no se ha considerado el desarrollo productivo homogéneo del país, hecho que se observa en otros países de la región que tienen antecedentes históricos y políticos derivados de España o Portugal.

## 5. CONCLUSIÓN

El análisis de la realidad política, económica y social del Perú no puede desvincularse de la evaluación del desarrollo demográfico desigual que ha registrado en sus doscientos años de república, situación que permite afirmar que la mayor parte de los elementos que generan ingobernabilidad e inestabilidad social, económica y política se produce porque no existe una política pública que procure mejorar la capacidad de las ciudades para la atención de las necesidades básicas de la población.

El desarrollo desproporcionado de Lima ha sido reducido en los últimos veinte años debido a la necesidad de generar un proceso de descentralización a través de la creación de Gobiernos regionales que no han logrado materializar las expectativas de la población, por lo que, en el ámbito de desarrollo y productividad económica, la política del Gobierno nacional es la única que reporta un elemento positivo en el desarrollo urbano en la mayor parte de las ciudades del país.

El complemento de estas condiciones ha impulsado el avance macroeconómico sostenido del Perú en los últimos treinta años, pero

no ha tenido un impacto positivo en las regiones geográficas donde la población no ha logrado desarrollar un ámbito urbano, sobre todo por las escasas condiciones de movilidad humana y tránsito de bienes en función del comercio con otras localidades.

En estas regiones andinas y amazónicas, los niveles de pobreza endémica y pobreza han provocado la mayor parte de los conflictos sociales que se han amplificado en el ámbito de la política local, reportándose dos destituciones presidenciales por parte del Congreso de la República, cinco sucesiones presidenciales en períodos diferentes a procesos electorales, una disolución del Congreso de la República y un proceso electoral complementario para superar un interregno parlamentario en un período de seis años.

## REFERENCIAS

- Azcona, J. M., & Del Prado, C. (2020). Crisis institucional en el Perú del posconflicto: 1992-2018. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 22(43), 513-535. <https://dx.doi.org/10.12795/araucaria.2020.i43.25>
- Bermúdez-Tapia, M. (2013). Democracia y participación ciudadana para la toma de decisiones públicas, técnicas, políticas y coherentes. *Gestión Pública y Desarrollo*, (66), 16-18.
- Bermúdez-Tapia, M. (2019). Enfrentando al macrodelito desde el Estado. *Actualidad Penal*, (65), 277-288.
- Bermúdez-Tapia, M. (2020a). Análisis de la crisis del sistema semi presidencial peruano durante el interregno parlamentario y el estado de emergencia provocado por el COVID-19. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 24(12), 354-371. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.24-2020-2680>
- Bermúdez-Tapia, M. (2020b). Análisis de los factores que inciden en la crisis de la democracia peruana. *Revista Direito UFMS*, 6(2), 7-20. <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/12466>
- Bermúdez-Tapia, M. (2020c). El control político del Congreso del Perú a las acciones del ejecutivo en estados de emergencia en

- ocasión a una pandemia. *Opinión Jurídica*, 19(40), 341-367. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a17>
- Castillo, L. E. & Huarancca, M. (2022). *Perú: Historia de dos pobreza*s. Banco Central de Reserva del Perú. <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Documentos-de-Trabajo/2022/documento-de-trabajo-006-2022.pdf>
- ComexPerú. (2021). *Reporte eficacia del gasto público. Resultados 2021*. ComexPerú. Sociedad de Comercio Exterior del Perú. <https://www.comexperu.org.pe/upload/articles/reportes/reporte-eficacia-006.pdf>
- ComexPerú. (2022, 18 de noviembre). Los departamentos más pobres a nivel multidimensional y su avance en la ejecución de inversión pública. [https://www.comexperu.org.pe/articulo/los-departamentos-mas-pobres-a-nivel-multidimensional-y-su-avance-en-la-ejecucion-de-inversion-publica#:~:text=Seg%C3%BAn%20estimaciones%20del%20INEI%2C%20en,pobreza%20extrema%20\(1.3%20millones\)](https://www.comexperu.org.pe/articulo/los-departamentos-mas-pobres-a-nivel-multidimensional-y-su-avance-en-la-ejecucion-de-inversion-publica#:~:text=Seg%C3%BAn%20estimaciones%20del%20INEI%2C%20en,pobreza%20extrema%20(1.3%20millones)).
- Datosmacro. (2022). Perú-Gasto Público. <https://datosmacro.expansion.com/estado/gasto/peru>
- Figueroa, A. (1993). *Crisis distributiva en el Perú*. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2000). Metodología para la medición de la pobreza en el Perú. *Metodologías Estadísticas. Boletín del INEI*, 1(2), 1-8. <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/metodologias/pobreza01.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2017). Pobreza monetaria. *Informe Técnico: Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2016*. [https://www.inei.gob.pe/media/cifras\\_de\\_pobreza/pobreza2016.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/cifras_de_pobreza/pobreza2016.pdf)
- Jurado Nacional de Elecciones (JNE). (2022). Fiscalización de las declaraciones juradas de hoja de vida de los candidatos. <https://portal.jne.gob.pe/portal/Pagina/Ver/861/page/Fiscalizacion-de-las-declaraciones-juradas-de-hoja-de-vida-de-los-candidatos>

- Machado, R., & Toma, H. (2017). Crecimiento económico e infraestructura de transportes y comunicaciones en el Perú. *Economía*, 40(79), 9-46. <https://doi.org/10.18800/economia.201701.001>
- Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). (2021). *Guía de orientación al ciudadano del presupuesto público 2021*. [https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu\\_public/documentac/guia\\_orientacion\\_ciudadano2021.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_public/documentac/guia_orientacion_ciudadano2021.pdf)
- Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). (2022). *Guía de orientación al ciudadano del presupuesto público 2022*. <https://www.mef.gob.pe/guia-presupuesto-publico-2022/>
- Miranda, F. R. (2015). La descentralización centralista en el Perú: entre la crisis y el crecimiento 1970-2014. *Investigaciones Sociales*, 19(34), 153-167. <https://doi.org/10.15381/is.v19i34.11758>
- Montaño, F. (2022, 20 de septiembre). Corrupción descentralizada: 84% de gobernadores regionales son investigados. *Ojo Público*. <https://ojo-publico.com/3680/el-84-de-gobernadores-regionales-son-investigados-por-corrupcion>
- Takehara, J. (2021, 31 de mayo). Rolando Ames: «La idea de lo “nacional” se ha restringido a Lima y no se escucha a las regiones, donde está el descontento». *Memoria*, (33). <https://idehpucp.pucp.edu.pe/revista-memoria/entrevista/rolando-ames-la-idea-de-lo-nacional-se-ha-restringido-a-lima-y-no-se-escucha-a-las-regiones-donde-esta-el-descontento/>
- Urrunaga, R., & Aparicio, C. (2012). Infraestructura y crecimiento económico en el Perú. *Revista Cepal*, (107), 157-177. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/b8206617-57a5-499c-9b39-0745fbdd8871/content>
- Valeriano, L. F. (2019). Transparencia en la gestión pública y privada del Perú frente a la crisis de valores que afectan el desarrollo del país. *Gestión en el Tercer milenio*, 22(43), 31-43. <https://doi.org/10.15381/gtm.v22i43.16951>
- World Bank Group. (2017). *Governance and the law*. World Development Report. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25880/9781464809507.pdf>

REVISTA DE  
**DERECHO**  
Y CIENCIA POLÍTICA



**Artículo  
traducido**





Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

**REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política**  
**de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

Vol. 78, n.º 78, enero-diciembre, 2023 • Publicación anual. Lima, Perú  
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)  
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2023.v78n78.07

## **PROTECCIÓN CIVIL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: VEINTE AÑOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE APOYO<sup>1</sup>**

Civil Protection of Persons with Disabilities: Twenty Years  
of Supportive Administration

ANGELO VENCHIARUTTI  
Universidad de Trieste  
(Trieste, Italia)

Contacto: [avenchiarutti@units.it](mailto:avenchiarutti@units.it)  
<https://orcid.org/0000-0001-6294-1971>

### **RESUMEN**

En el presente artículo, el autor analiza la tutela jurídica de la persona con discapacidad en el derecho privado italiano, especialmente por la Ley n.º 6 del 2004, y las respuestas que produjo el ordenamiento jurídico. Asimismo, se plantean algunas reflexiones sobre una futura reforma legislativa respecto de la persona con discapacidad, estimando su vulnerabilidad y oportuna protección jurídica.

1 Artículo traducido al español por Gianmarco Teves Sanca y editado por el Dr. Carlos Antonio Agurto Gonzáles, profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. El título original es Protezione civile della persona disabile: venti anni dell'amministrazione di sostegno.

**Palabras clave:** persona con discapacidad; asistencia psiquiátrica; salud mental; interdicción.

## ABSTRACT

In this article, the author analyses the legal protection of persons with disabilities in Italian private law, especially by Law no. 6 of 2004, and the responses produced by the legal system. Some reflections on a future legislative reform regarding the disabled person are also put forward, considering their vulnerability and appropriate legal protection.

**Keywords:** person with disability; psychiatric care; mental health; interdiction.

Recibido: 27/11/2023    Aceptado: 4/12/2023    Publicado: 11/12/2023

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley sobre la administración de apoyo cumple veinte años. Antes de hacer un balance, es oportuno recordar las premisas de dicha legislación, especialmente la Ley de reforma de asistencia psiquiátrica. A continuación, se presentará una breve descripción del contenido de la normativa sobre la ley mencionada. Posteriormente, se evaluará también su funcionamiento y se considerarán posibles modificaciones y reformas.

## 2. LA REFORMA DE ASISTENCIA PSIQUIÁTRICA: LA TUTELA DE LA SALUD MENTAL

El Parlamento italiano aprobó la reforma de asistencia psiquiátrica (Ley n.º 180/1978)<sup>2</sup> el 13 de mayo de 1978<sup>3</sup>. Unos meses después, las

---

2 Ley del 13 de mayo de 1978, n.º 180: «*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*».

3 En cuanto a la situación normativa anterior y al proceso de aprobación de la Ley del 13 mayo 1978, n.º 180, permítanme que me refiera a Venchiarutti (2020, pp. 135 y ss.).

disposiciones de esta ley se reprodujeron, casi en su totalidad, en la Ley n.º 833 del 23 de diciembre de 1978, por la que se creó el Servicio Nacional de Salud (arts. 33, 34, 35 y 64)<sup>4</sup>. Esa operación permitió no solo el fortalecimiento de algunas de las previsiones originales, sino que significó, sobre todo, que el tratamiento de las enfermedades mentales se integrara dentro del Servicio Nacional de Salud, poniendo fin al aparato administrativo que contribuyó a alimentar un dispositivo de exclusión contra las personas que sufren psíquicamente<sup>5</sup>.

Desde el punto de vista organizativo, la misma Ley n.º 833/78 especifica que, para la protección de la salud mental, los servicios psiquiátricos se incluirán en los servicios generales, a fin de eliminar cualquier forma de discriminación y segregación hacia los sectores de tratamiento de enfermedades mentales, y con el fin de favorecer, al mismo tiempo, la rehabilitación y la reinserción social de los perturbados psíquicos, teniendo en cuenta la especificidad de las medidas terapéuticas que deben adoptarse con respecto a los mismos (art. 2, párr. 2, pto. g)<sup>6</sup>.

De la Ley del 23 de diciembre de 1978, n.º 833, hay que destacar otros aspectos que confirman el cambio de rumbo en la concepción y los métodos globales de protección de la salud psíquica. Por ejemplo, piénsese primeramente en el artículo 1, dedicado a la ilustración de los «principios». En él, siguiendo el enfoque constitucional, se establece que la República tutela el bien de la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad mediante el servicio nacional de salud (art. 1, párr. 2, Ley n.º 833/78)<sup>7</sup>.

Esta ley constituye, por ende, el desarrollo lógico de la elaboración que considera la salud como componente integrante de las cualidades de la persona, es decir, como condición que permite su plena expresión. La claridad con la que este tema ha sido puesto en evidencia

---

4 Entre los primeros comentarios de la ley, véase Bruscutiglia (1979a, p. 176; 1979b, p. 1254); para algunas reflexiones críticas, véase Tarello y Bessone (1979, p. 22).

5 Revisar Vecchietti (1983, pp. 206 y ss.) .

6 Véase Omnis y Lo Russo (1980, pp. 23 y ss.).

7 Entre otros, véase Roversi Monaco y Bottari (1979, pp. 1 y ss.).

por muchos autores exenta, en este escrito, la necesidad de recorrer de forma minuciosa sus rasgos característicos<sup>8</sup>. Más bien, parece oportuno recordar que el legislador de 1978 establece también que la protección de la salud física y psíquica debe realizarse respetando la dignidad y la libertad de la persona humana (art. 1, párr. 2, Ley n.º 833/78).

Esta fórmula evoca, en primer lugar, las interpretaciones que de las expresiones empleadas por el constituyente en el artículo 32 han sugerido una lectura en términos de realidad necesariamente sintética y omnicomprensiva, en la que la integridad física y el bienestar psíquico confluyen en partes iguales<sup>9</sup>. La previsión también aclara cómo es que no hay lugar, en nuestro ordenamiento, para tratamientos perjudiciales e irrespetuosos contra la dignidad del individuo (Alpa, 1986, p. 919).

### 3. ORGANIZACIÓN DE LA ASISTENCIA DE LAS PERSONAS ENFERMAS MENTALES

Recordemos ahora los rasgos más característicos de la normativa de 1978. En primer lugar, se destaca el aspecto en el que se asocia la ley de manera recurrente: la supresión de los manicomios. De manera más específica, esta ley prohíbe la construcción de nuevos hospitales psiquiátricos y la utilización de los existentes como divisiones psiquiátricas especializadas de los hospitales generales (art. 7, párrs. 5, 6 y 8, Ley n.º 180/78; art. 64, párrs. 1 y 3, Ley n.º 833/78).

Se trata de una indicación perentoria del modo en que todo el sistema de atención psiquiátrica ha sido transformado. La entrada en vigor de la Ley n.º 180 marca un hito en el plano normativo, ya que representa una línea divisoria de la enfermedad mental, la cual pasa de ser un problema de orden público a una cuestión estrictamente terapéutica. El legislador abandona la concepción basada en la asociación entre locura y peligrosidad. En su lugar, sitúa la dimensión curativa, el derecho a la salud y el respeto por la persona en el

8 Véase Mortati (1961, p. 435) y Corasaniti (1979, p. 1196).

9 Revisar Cendon (1984, p. 70) y Luciani (1986, p. 439).

centro de la intervención pública en la asistencia a los enfermos. Ello transforma el espacio terapéutico y la relación entre el médico y el paciente psiquiátrico<sup>10</sup>.

Además de la supresión de los hospitales psiquiátricos, la Ley n.º 180 prevé la apertura de una pluralidad de centros y servicios de asistencias, distribuidos en todo el territorio (art. 1, párr. 5 y art. 6, párr. 1, Ley n.º 180/78; art. 34, párr. 3, Ley n.º 833/78)<sup>11</sup>: la prevención, el tratamiento y la rehabilitación de las personas con trastornos mentales, a través de estas estructuras territoriales, se convierte en regla. Las intervenciones están dirigidas al mantenimiento de los recursos relacionales y sociales de los enfermos, evitando sustraerlos en la medida de lo posible de su contexto medioambiental y personal<sup>12</sup>. Por el contrario, para las hospitalizaciones, cuyo recurso debería limitarse a las situaciones agudas y subagudas, la ley prevé la realización de servicios de diagnóstico y tratamiento en los hospitales generales (art. 6, párr. 2, Ley n.º 180/78; art. 34, párr. 5, Ley n.º 833/78)<sup>13</sup>. De ese modo finaliza la era de los manicomios; sin embargo, deberá pasar un tiempo para el desmantelamiento definitivo de aquellas realidades a través de redes de servicios departamentales psiquiátricos<sup>14</sup>.

El informe de salud mental relativo al año 2017 (el último disponible a la fecha de la redacción) confirma el camino positivo del cambio iniciado después de la reforma de 1978. Los datos actualmente disponibles nos permiten afirmar que, aunque con diferentes grados de actuación, en todas las regiones se llevó a cabo el proyecto para reorganizar la atención psiquiátrica en la edad adulta, conforme al

10 Revisar Vecchietti (1983, pp. 182 y ss.) y Visintini (1982, pp. 445 y ss.), así como Piccione (2013, pp. 95 y ss.) y Rossi (2015, pp. 223 y ss.).

11 Ver Bruscutiglia (1979, pp. 191 y ss.).

12 Sobre la evolución de las políticas y los servicios en Europa, véase Organización Mundial de la Salud (12-15 de enero de 2005).

13 Revisar Dell'Acqua (2011, pp. 790 y ss.).

14 El cierre de los hospitales psiquiátricos fue una medida reafirmada en el Proyecto Objetivo sobre Protección de la Salud Mental 1994-1996 (D. P. R. 7 de abril de 1994) y fijada en fecha del 31 de diciembre de 1996, con la Ley Financiera del 1995 (art. 3, párr. 5, Ley n.º 724/1994).

modelo departamental<sup>15</sup>. Por ejemplo, frente a aproximadamente 85 000 000 pacientes psiquiátricos asistidos por servicios especializados, hay casi 1500 servicios en el territorio (en aumento con respecto a la encuesta anterior), así como más de 300 servicios hospitalarios para cuidados agudos (SPDC) con más de 3000 camas (Ministerio de Salud, 2017).

Lamentablemente, la aplicación de la reforma no ha tenido los mismos efectos en todo el territorio nacional. Frente a la realidad que presenta una red de servicios de salud mental articulado y eficiente (tanto que la propia Organización Mundial de la Salud los señala como modelos de excelencia internacional), persisten situaciones en las que la asistencia psiquiátrica presenta deficiencias, incluso graves, y algunas situaciones de fuerte degradación<sup>16</sup>.

Los modelos organizativos puestos en práctica, caracterizados por una tipología flexible de respuestas, han invertido la anterior simplificación serial concentrada en el modelo acogido y han facilitado dosificar de diversas maneras la respuesta de tratamiento debido a la demanda de enfermedad mental.

#### 4. LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS POR ENFERMEDAD MENTAL

En cuanto a los tratamientos de los enfermos mentales, en una escala de valores, el legislador de 1978 privilegia la salud, la libertad y la dignidad sobre los demás intereses. La voluntariedad del tratamiento se establece como «norma» (art. 33, párr. 1, Ley n.º 833/78)<sup>17</sup>, mientras que los tratamientos obligatorios o coactivos se reducen a ser unas formas residuales y transitorias de intervención terapéutica<sup>18</sup>. La Ley

15 Sobre el modelo organizativo, véase, en particular, el Proyecto Objetivo Tutela Salute Mentale 1998-2000, D. P. R. 1 de noviembre de 1999.

16 Para una ilustración más específica de la situación, véase Senato della Repubblica (2013, pp. 19 y ss.) y Comitato Nazionale per la Bioetica (21 de septiembre de 2017).

17 Véase Graziadei (2011, pp. 197 y ss.).

18 La Corte Constitucional del 2 de marzo de 1998, n.º 211, evidencia cómo, con la Ley n.º 180 del 1978, «el tratamiento de los enfermos mentales se ha transformado de un problema de seguridad pública a un problema esencialmente sanitario o de

especifica los motivos necesarios para el tratamiento médico sanitario obligatorio en condiciones de hospitalización. Esto se activará «solo si existen alteraciones psíquicas que requieran una intervención médica urgente, si no son aceptados por el enfermo y si no se dan las condiciones y circunstancias que permitan la adopción oportuna y adecuada de medidas sanitarias no hospitalarias» (art. 2, párr. 2, Ley n.º 180/78; art. 34, párr. 4, Ley n.º 833/78)<sup>19</sup>. En caso de que se prolongue más allá del séptimo día, el médico responsable del servicio psiquiátrico de la unidad sanitaria deberá presentar una propuesta motivada para solicitar la prolongación. Los procedimientos administrativos y judiciales específicos regulan la activación de las operaciones de tratamiento e investigación obligatorias<sup>20</sup>.

La ley contiene también indicaciones particulares para garantizar la protección de la personalidad del enfermo mental durante el tratamiento médico. La referencia al respeto de la dignidad de la persona y los derechos civiles y políticos remite a todo el catálogo de derechos fundamentales. Además, la misma norma prevé que se tenga tutelado el derecho a la libre elección del médico y del lugar de tratamiento, además del derecho de comunicación del interesado con quien considere oportuno. Asimismo, se impone la obligación de acompañar el tratamiento con iniciativas destinadas a garantizar el consentimiento y la participación del mismo enfermo. Fórmulas en la que los intérpretes han entendido la indicación de cómo el respeto de los derechos de la personalidad del paciente debe marcar la relación terapéutica entre este y el médico<sup>21</sup>.

---

reinserción social del paciente. De modo que, mientras que los poderes de seguridad pública que se ejercen en esta materia se reducen enormemente o desaparecen, los relativos a las verificaciones y a los tratamientos obligatorios de salud son reclasificados y atribuidos a los alcaldes».

19 Sobre este aspecto, véase Pizzi (1978, pp. 124 y ss.). Respecto al carácter genérico e indeterminado de la definición del presupuesto de tratamiento obligatorio, véase, entre otros, Pezzini (1983, p. 70) y Carbone (2005, pp. 611 y ss.).

20 Sin embargo, no cumple plenamente los principios establecidos en los artículos 13 y 32 de la Constitución; véase Panunzio (1979, pp. 891 y ss.), Vincenzi Amato (1988, pp. 172 y ss.), Castronovo (1990, pp. 186 y ss.) y, más recientemente, Negroni (2015, pp. 123 y ss.).

21 Sobre la aplicación de estos principios, véase Zatti (1988, pp. 108 y ss.).

No obstante, el contenido de estas previsiones no siempre se ha traducido correctamente en la práctica psiquiátrica. Esto termina afectando las oportunidades de tratamiento y el respeto efectivo de los derechos fundamentales. En efecto, son demasiadas las situaciones en las que se recurre al Tratamiento Sanitario Obligatorio (TSO) con fines de medicina defensiva o debido a la falta de capacidad de las estructuras psiquiátricas para interceptar, mediante acciones preventivas, el malestar mental en su origen, por no señalar las bruscas modalidades que, en algunas circunstancias, han caracterizado la ejecución de los mismos tratamientos, y las circunstancias en las que en los servicios psiquiátricos de diagnóstico y tratamiento sigue siendo difundido el recurso de prácticas de contención<sup>22</sup>.

En ese sentido, no se trata solo de uniformizar la forma de tratamiento, como han tratado de hacer algunas administraciones regionales (a veces se encuentran diferencias en los territorios de distintas compañías médicas de la misma región) elaborando directrices al respecto<sup>23</sup>. Para un correcto funcionamiento del sistema de servicios de salud mental y para estimular la mejora en la calidad de los cuidados, es necesario adoptar medidas más amplias. Algunas indicaciones útiles provienen de las investigaciones que se han desarrollado a lo largo de los años, incluso a nivel institucional. Entre ellas, es oportuno señalar las siguientes líneas de intervención: a) reforzamiento de las intervenciones sanitarias de tipo preventivo, con el fin de reforzar la capacidad de los centros de salud mental para verificar las dificultades que surjan en su origen; b) identificación de los índices de calidad del servicio para la evaluación de los servicios prestados, con el fin de evidenciar las deficiencias más graves que caracterizan a estos

22 *Relazione finale* de la Commissione Parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del SSN (pp. 20 y ss.); CNB, *La contenzione: problemi bioetici* (23 de abril de 2015, pp. 12 y ss.).

23 Regione Veneto, Deliberazione della Giunta Regionale n.º 847 del 31 de marzo de 2019 «*Linee Guida Regionali per i Dipartimenti di Salute Mentale in materia di Trattamento Sanitario Obbligatorio (TSO) e Accertamento Sanitario Obbligatorio (ASO)*» (artt. 33 e 34 L. n.º 833 del 13.12.1978 e L. n.º 180 del 13/5/1978); Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, sesión de 19 de marzo de 2009, «*Documento di raccomandazioni in merito all'applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale* (artt. 33, 34 e 35 L. 833/1978)».

servicios (como la apertura limitada e insuficiente de los centros de salud mental, la falta de servicios de intervención domiciliaria, la permanencia de servicios de diagnóstico y el tratamiento a puerta cerrada, y el recurso de un número elevado de tratamientos sanitarios obligatorios) y luego promover su superación; c) valorización de la aptitud de los médicos y los profesionales de la salud para establecer relaciones terapéuticas efectivas con los pacientes, impulsando su participación activa en el proceso de tratamiento; por último, d) aumento de la capacidad de la estructura residencial para dar de alta a los pacientes y reintegrarlos en su entorno social, incluidas las medidas de asistencia (medidas de apoyo en los ingresos, propuesta de vivienda, eventual asistencial legal, entre otras)<sup>24</sup>.

## 5. DERECHO PRIVADO Y ENFERMEDAD MENTAL

Con el rechazo del sistema de tratamiento de las enfermedades mentales, fundado en el papel central del manicomio, cambian las condiciones de vida de las personas con trastornos psicológicos: desde aquel momento, estas se encuentran progresivamente en una maraña diaria de relaciones patrimoniales grandes y pequeñas, con problemas continuos de trabajo, con medidas económicas que asumir o enfrentar, con contactos familiares y posibles daños a resarcir<sup>25</sup>. Las situaciones individuales abiertas por la Ley n.º 180 requieren respuestas que la disciplina del Código Civil de 1942 no parece ofrecer para la categoría de enfermos mentales. Introducidos en una fase histórica en la que todavía existía el manicomio, aquellos instrumentos en

24 Véase también la *Relazione finale* de la Commissione Parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del SSN (pp. 22 y ss.) y la opinión del CNB, *La cura delle persone con malattie mentali: alcuni problemi bioetici* (pp. 31 y ss.).

25 En cuanto al ámbito del derecho penal, surge la contradicción entre la Ley n.º 180/78, que sanciona el fin del «estatuto especial» para la persona con trastorno mental y su entrada en la ciudadanía social, y la permanencia en el Código Penal de normas que trazan itinerarios «especiales» para la persona con problemas de salud mental que haya cometido un delito. Se recuerda que el cierre de los hospitales psiquiátricos judiciales, sin embargo, será colocado por nuestro legislador solamente en años recientes (Ley n.º 9/2012; Ley n.º 81/2014). Sobre el tema, se remite a *La questione del «superamento» del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione alla casa di cura e di custodia* (*Rivista italiana di medicina legale*, 2013, pp. 1339 y ss.).

términos de inspiración (custodialista), límites estructurales (excesos de rigidez) y efectos (preclusivos y marginales) parecieran estar en conflicto con la condición de las personas que la nueva organización de ayuda psiquiátrica desea mantener e integrar en el entorno social<sup>26</sup>.

A los estudiosos que empiezan a profundizar en estos temas les resulta cada vez más evidente la necesidad de poner en discusión toda una serie de institutos jurídicos. No se trata solo de sugerir aplicaciones más duras, sino de preguntarse conjuntamente sobre la propia bondad de las reglas de juego, así como resultan diseñadas principalmente por nuestro Código Civil.

Sin embargo, el abanico de cuestiones es complejo y en más de un caso se perfilan varios matices. ¿Mientras se piensa en el bienestar del paciente, se puede no evaluar los intereses conflictivos de quienes viven a su alrededor, como los diversos terceros, los miembros de la familia y los eventuales acreedores? ¿La igualdad significa exactamente los mismos preceptos incluso para diferentes personas? ¿Para aquellos que son frágiles, la libertad significará renunciar a alguna forma de protección?

Por otro lado, a veces parece más oportuno imaginar soluciones diferentes según las circunstancias y las personas. Probablemente, sería necesario poder contar con más modelos abstractos en la previsión legal. Por ejemplo, en casos de ese tipo de actos y, debido a tal sufrimiento, una equiparación absoluta con los sanos de mente proporcionaría una ayuda legal más continua, aunque con una protección todavía intermitente o periódica. En ese sentido, parece evidente que no es tan simple retocar el argumento codicista para adaptarlo a las nuevas exigencias.

Estos son los puntos de partida para promover conferencias, seminarios, publicaciones y proyectos de investigación. Los temas que deben debatirse en el ámbito del derecho privado son varios: la noción de la incapacidad de entender y querer, la actividad contractual del enfermo mental, los tratamientos sanitarios, los institutos de protección, la responsabilidad civil y la obligación resarcitoria por los

---

26 Entre otros, véase, Cendon (1988, pp. 11 y ss., 29 y ss.) y Mazzoni (1988, pp. 489 y ss.).

daños causados por un enfermo psíquico, el trabajo, etc. Así, empiezan a imprimirse estudios monográficos y, en las revistas del sector, comienzan a aparecer ensayos sobre diversos temas de la tutela de las personas discapacitadas que hasta entonces no habían sido los más investigados por los estudiosos del sector<sup>27</sup>.

También hay quienes elaboran proyectos de reforma legislativa a fin de que se presenten en el parlamento<sup>28</sup>. Las cuestiones sobre el tapete son muchas<sup>29</sup>, en particular los institutos de protección de los incapaces mayores de edad. Estos son los principales argumentos de críticas: la medida de interdicción parece confeccionada en modo demasiado rígido y severo, fruto de concepciones totalmente superadas, incluso en el ámbito psiquiátrico; la exclusión del interdicto de cualquier actividad jurídica resulta desproporcionada con respecto a la necesidad de salvaguardia de la gran mayoría de las personas que padecen algún tipo de enfermedad mentales; la extensión de la incapacidad de actuar en cada ámbito de vida del individuo determina una sustancial expropiación de la subjetividad del interdicto y se traduce en una exclusión social de la persona.

Por otra parte, no faltan reservas con respecto a la inhabilitación, ya que, si bien su implantación es menos invasiva que la interdicción, no permite adaptar la protección a las necesidades específicas del individuo a proteger, en comparación con lo regulado por el artículo 428 C. C., debido a su entonación pasiva y puramente reactiva.

Respecto a las tres figuras que acabamos de mencionar, se pone de manifiesto también el «efecto inmovilizante»: el riesgo de que la amplitud excesiva con la que se concede la posibilidad de anular los actos de los incapaces termine por constituir una fuente adicional de exclusión social para la persona que se pretende «proteger».

---

27 Entre otros, véase, Bruscutiglia (1983), Lisella (1984) y Nápoles (1985). Revisar también Perlingieri (1985, pp. 49 y ss.), Bianca (1985, pp. 28 y ss.).

28 Revisar Cendon et al. (1988, pp. 117 y ss.).

29 La Ley n.º 180/78 (art. 11) solo dispuso la derogación del artículo 420 C. C., donde se previó que, tras la decisión de internamiento definitivo, el enfermo se vería privado de la capacidad de ejercicio mediante el nombramiento de un administrador provisional y la posterior decisión de la interdicción.

Finalmente, en el sistema italiano se ha identificado «un gran vacío» que consiste en la falta de un régimen de protección que, respetando los derechos y las posibilidades de iniciativa de la persona discapacitada, ofrece —mediante una previsión legislativa con una inflexibilidad razonable— todos los instrumentos de asistencia o sustitución que puedan ser necesarios, una y otra vez para colmar los momentos más o menos largos de crisis, inercia o ineptitud de la persona discapacitada<sup>30</sup>.

## 6. NUEVA MEDIDA DE APOYO A LA PERSONA ENFERMA MENTAL

Han transcurrido más de quince años desde la elaboración del primer proyecto de reforma del sistema de protección de los incapacitados y la aprobación de la Ley n.º 6, del 9 de enero de 2004, por la que se establece la administración de apoyo<sup>31</sup>. Desde el punto de vista de la arquitectura legislativa, el legislador del 2004 sigue el camino de la nueva redacción del Código Civil. Con este fin, el título XII del libro I es renombrado y reorganizado. Con el encabezado «Medidas de protección de las personas privadas en todo o en parte de autonomía», el título comprende ahora dos capítulos: el primero, «Administración de apoyo», contiene los artículos que rigen el nuevo instituto (arts. 404-413); el segundo, «De la interdicción, de la inhabilitación y de la incapacidad natural», comprende las antiguas disposiciones (de las cuales solo algunas han sido parcialmente modificadas) sobre interdicción, inhabilitación e incapacidad natural (arts. 414-432).

30 Para una síntesis sobre los grandes paradigmas ofrecidos —en el ámbito reformista del contexto europeo— por algunos sistemas extranjeros como Francia y Austria, en particular, que de diversas maneras habían modernizado considerablemente sus sistemas de protección, la primera con la introducción de la «Sauvegarde de justice» en el Code Civil, la segunda con la derogación de la interdicción y la inclusión de la «Sachwalterschaft» en el ABGB, véase nuevamente Venchiarutti (2020, pp. 145 y ss.).

31 Entre los primeros comentarios de la Ley n.º 6/2004, véase Delle Monache (2004, pp. 34 y ss.), Ferrando (2005), y Bonilini y Chizzini (2007).

No es este el lugar para ilustrar el texto de la ley en detalle, pero es oportuno, de cierta manera, tomando en cuenta la esencia de la reforma. Consideremos entonces la declaración de carácter introductorio:

la presente ley tiene la finalidad de tutelar, con la menor limitación posible de la capacidad de actuar, a las personas que carezcan total o parcialmente de autonomía en el ejercicio de las funciones de la vida cotidiana, mediante medidas de apoyo temporal o permanente (art. 1 de la Ley n.º 6/2004).

La primera expresión de esa fórmula «finalidad de tutelar [...] las personas que carecen total o parcialmente de autonomía» expresa la búsqueda de esta nueva legislación por desarrollar instrumentos para apoyar a las personas que se encuentran en dificultades ante cualquier situación de abandono.

Respecto a las situaciones subjetivas que el legislador traza, nos cuestionamos a qué tipo de personas resulta formalmente destinada la nueva institución: no es difícil darse cuenta de cómo se encuentra respecto a la configuración —al entrar en el ordenamiento italiano— de un derecho al apoyo para las personas débiles.

La ley establece una medida de la que puede beneficiarse un amplio abanico de personas. Los principios cardinales se enuncian en el artículo 404 del Código Civil: la persona podrá «estar asistida por un administrador de apoyo», en presencia de una «enfermedad» o una «deficiencia física o psíquica», que pueda causar la «imposibilidad, incluso parcial y temporal, de satisfacer sus propios intereses».

Asimismo, las diferencias respecto al contenido de los artículos 414 y 415 del Código Civil son ya evidentes en el plano terminológico: la interdicción podrá aplicarse a las personas que padezcan una enfermedad mental habitual que las incapacite para atender sus propios intereses y, para la inhabilitación por enfermedad mental, el párrafo primero del artículo 415 precisa solamente que el estado no debe ser tan grave para que dé lugar a la interdicción (Pescara, 1997, pp. 716 y ss.).

Por otra parte, el cambio de registro en el tratamiento de las enfermedades mentales no permitía ignorar, en el plano legislativo, la variedad de situaciones concretas en las que la debilidad de una persona puede articularse. El desarrollo de patologías mentales y la disminución de la capacidad cognitiva constituyen normalmente un proceso de evolución irregular y fluctuante<sup>32</sup>. De manera usual, los trastornos van y vienen con mayor o menor frecuencia, así las víctimas de aquellas disfunciones pueden estar bien una semana y mal la siguiente, están lúcidas por un lado y distraídas por el otro, también hay quiénes funcionan en algunos aspectos y no en otros, y así sucesivamente (Cendon, 2007, pp. 125 y ss.).

Además, del texto de la Ley del 2004, leído a la luz de los artículos de apertura de la Constitución italiana (arts. 2 y 3), se desprende la perspectiva en términos de «deberes» para los comportamientos que conducen a la prestación de ese apoyo. Esta idea se dirige en particular —aquí está uno de los lazos más cercanos entre la Ley del 2004 y la Reforma de 1978— a la Administración pública en la que se impone la obligación de organizar una red de servicios de manera que se evite la posibilidad de que se produzcan brechas asistenciales y, por lo tanto, progresivas marginaciones hacia aquellos que necesitan apoyo: un esfuerzo para que no se carezca de operadores dispuestos a recoger los indicios de debilidades, confusiones, desorientaciones idóneas de comprometer la «personalidad» del sujeto a proteger y actuar en consecuencia<sup>33</sup>.

Otro dato característico de la nueva disciplina —en la que se aprecia aún el vínculo con la reforma psiquiátrica— es la capacidad legal como un «valor», que debe ser observado sigilosamente durante el proceso de nombramiento de un administrador de apoyo.

En efecto, son numerosos los pasajes de la ley introductoria de la administración de apoyo —que, en su mayor parte, se trasladan al cuerpo del Código Civil— de los que se desprende este aspecto. Se trata, principalmente, de los siguientes: a) locución del artículo 1 de la ley, según la cual debe alcanzarse la finalidad de tutelar, con la

32 Sobre el tema, véase Gulotta (2015).

33 Véase Cendon (2009, pp. 92 y ss.), así como Giannichedda (1988, pp. 235 y ss.).

menor limitación posible de la capacidad de actuar; b) la indicación contemplada en el artículo 405 del Código Civil, según el cual el poder del administrador se limitará a los negocios señalados específicamente en el decreto de nombramiento; c) al dictado mencionado en la primera parte del artículo 409 del Código Civil, cuando señala que el beneficiario conserva la capacidad de actuar respecto de todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo; d) la precisión que refiere el párrafo segundo del artículo 409 del Código Civil, el cual prevé que el beneficiario de la administración de apoyo podrá, en cualquier caso, realizar los actos necesarios para satisfacer las necesidades de la vida cotidiana; e) a la previsión contemplada en el párrafo 4 del artículo 411 del Código Civil, que atribuye al órgano judicial la facultad de establecer que determinados efectos, limitaciones o caducidades, previstos por las disposiciones legales relativas a la persona incapacitada o inhabilitada, se extiendan al beneficiario de la administración de apoyo, previsión de la cual se deduce que determinadas líneas de protección intensa solo operan en el ámbito de esta cuando son activadas por el juez que las considera apropiadas para proteger la situación específica.

La relación entre el momento de la «salvaguardia», en el que la persona enfrenta una dificultad, y el momento de la «ablación de la capacidad», como salida eventual de procedimiento, se transforma profundamente. Con la nueva medida de apoyo se rompe la ecuación tradicional, es decir, el automatismo entre protección e incapacidad<sup>34</sup>. En cambio, se afirman nuevas equivalencias diferentes a las anteriores.

El decreto por el que se nombra al administrador de apoyo, a diferencia de la sentencia de interdicción o inhabilitación, no determina un estatus de incapacidad de la persona, a quien debe reconectarse automáticamente las prohibiciones y las incapacidades que el Código Civil hace derivar como consecuencias necesarias de la situación de incapacitado o inhabilitado<sup>35</sup>.

---

34 Revisar Zatti (2003, p. 56; 2009, p. 125).

35 Véase Corte Costituzionale del 9 de diciembre de 2005, n.º 440 (*Diritto e giustizia*, 2006, II, p. 361). Nota de Balestra (2019, p. 60).

El mismo Tribunal Supremo evidenció cómo la administración de apoyo se ha introducido en nuestro ordenamiento con el fin de superar las bases de origen del siglo XIX, que miraba al enfermo mental sujeto a un régimen jurídico especial e inflexible, y a la relación capacidad-incapacidad en una ineludible alternativa plenitud-vacío. Con el nuevo instrumento, por el contrario, la protección podrá ser graduada en razón, caso por caso, para las verdaderas necesidades del beneficiario, con el fin de valorar sus capacidades residuales<sup>36</sup>. De este modo se evita o reduce, en la medida de lo posible, la limitación de la capacidad de ejercicio; por tanto, el objetivo es no mortificar a la persona humana<sup>37</sup>.

## 7. LA CENTRALIDAD DE PERSONA DEL BENEFICIARIO

En la Reforma de 2004, el legislador italiano se preocupó de resaltar, en varias ocasiones, la centralidad de la persona del beneficiario de la administración de apoyo. Merece la pena mencionar más de una disposición del Código Civil, pero antes recordemos cómo la finalidad de la administración de alimentos es proteger, además del patrimonio, la esfera personal del interesado y permitir, en la medida de lo posible, su desarrollo<sup>38</sup>.

En el artículo 406, «Recurso para la institución de la administración de apoyo», se establece que «podrá interponerlo el propio beneficiario, aunque sea menor de edad, interdicto o inhabilitado».

El artículo 407 dispone que el juez de tutela debe «oír personalmente a la persona a la que se refiere el procedimiento» desplazándose,

36 Véase, entre otros, Corte de Casación del 11 de mayo de 2017, n.º 11536 (Il Foro italiano, 2017, I, 1905).

37 Véase, en particular, Corte di Cassazione del 27 de septiembre de 2017, n.º 22602 (Il Foro italiano, 2017, I, 3307); al respecto se recuerda también el título del ensayo de Cendon (2007, pp. 121 y ss.).

38 En este sentido, véase, *ex multis*, Tribunal de Roma del 19 de febrero 2005 (*Giurisprudenza italiana*, 2005, c. 2077); Tribunal de Módena del 28 de junio de 2004 (*Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2005, p. 185); Tribunal de Cagliari del 16 de julio de 2016 (*Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 521); Tribunal de Sciacca 29 de septiembre de 2021 (*De Jure*). Para el examen de aspecto concreto, permítame referirme a Venchiarutti (2022, pp. 380 y ss.).

en su caso, «al lugar donde se encuentre»; además, el juez debe tener en cuenta «de forma compatible con los intereses y exigencias de protección de la persona, sus necesidades y peticiones».

En el artículo 408, sobre la elección del administrador de apoyo, que debe hacerse «teniendo en cuenta exclusivamente el cuidado y el interés de la persona del beneficiario», se especifica a continuación que «el administrador de apoyo podrá ser designado por la propia persona, en previsión de su posible incapacidad futura, mediante escritura pública o escritura privada notarial».

En el artículo 410 se dispone que «en el ejercicio de sus funciones, el administrador de apoyo tendrá en cuenta las necesidades y aspiraciones del beneficiario», que «informará puntualmente al beneficiario sobre los actos a realizar, así como al juez de tutela en caso de desacuerdo con el beneficiario», añadiendo que

en caso de desacuerdo, de elecciones o actos perjudiciales, o de negligencia en la persecución del interés o en la satisfacción de las necesidades o peticiones del beneficiario, éste, el Ministerio Público o las demás personas a que se refiere el artículo 406 podrán recurrir al juez de tutela, que adoptará las medidas oportunas mediante decreto motivado.<sup>39</sup>

## 8. ALGUNAS CONSIDERACIONES TRAS 20 AÑOS DE ADMINISTRACIÓN DE APOYO

En veinte años de aplicación de la ley, la administración de apoyo ha experimentado un crecimiento impetuoso. Actualmente, en Italia

---

39 En el ámbito de las decisiones de salud, el artículo 3 de la Ley del 22 de diciembre de 2017, n.º 19, «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», regula las modalidades de ejercicio del derecho a la autodeterminación (en ausencia de DAT) en el caso de «menores e incapaces». Para un comentario de la norma, véase, entre otros, las contribuciones «Le nuove disposizioni in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» (*Le nuove leggi civili commentate*, 2019, pp. 3 y ss.); «Forum. La Legge n.º 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» (*BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, n.º 1, 2018, pp. 19 y ss.), y Foglia (2019).

hay aproximadamente 350 000 «*amministrati di sostegno*»; desde 2004, el ritmo de expansión de la protección en virtud del artículo 404 del Código Civil ha ido aumentando, en términos porcentuales, año tras año.

La administración de apoyo se aplica ampliamente en una gran variedad de casos. La lista de beneficiarios incluye ahora no solo a los enfermos mentales, en el sentido estricto de la palabra, sino en general a todos aquellos que, por razones graves, «no pueden cuidar sus propios intereses»: se trata, por ejemplo, de ancianos que no se controlan, discapacitados físicos, enfermos contingentes, víctimas de adicciones, personas con trastornos graves e invalidantes y, según algunos intérpretes, pródigos, analfabetos retornados, detenidos, personas sin vivienda, entre otros<sup>40</sup>. El ámbito de protección también incluye a aquellos que antes estaban exclusivamente confiados al alcance disciplinario de la interdicción, la cual, como ha reconocido la Corte de Casación en repetidas ocasiones, la Ley n.º 6/2004 ha configurado como un instituto de carácter residual<sup>41</sup>.

Se ha señalado, en particular, cómo los dos institutos —uno dirigido a la incapacitación; mientras que el otro, a proteger la persona en la imposibilidad o la dificultad de cuidar de los propios intereses y permitir su desarrollo—, lejos de caracterizarse por la analogía entre sí, se sitúan en planos totalmente diferentes<sup>42</sup>. Por otra parte, el juez tutelar no procede, como el juez de interdicción, desde la óptica de la comprobación de la incapacidad de ejercicio de la persona sometida a su examen, sino en la diferente dirección de la determinación, en interés del beneficiario, de los instrumentos de apoyo necesarios únicamente en relación con las categorías de actos cuya realización considere inadecuada<sup>43</sup>.

40 Entre otras, véase Corte de Casación del 28 de diciembre de 2023, n.º 36176 (*De Jure*).

41 Véase Corte de Casación del 12 de junio de 2006, n.º 13584 (*Diritto di famiglia e delle persone*, 2007, p. 126, comentario de Venchiarutti); Corte de Casación del 22 de abril de 2009, n.º 9628 (*Diritto di famiglia e delle persone*, 2013, p. 113); Corte de Casación del 1 de marzo 2010, n.º 4866 (*De Jure*), y Corte de Casación del 26 de octubre 2011, n.º 22332 (*Giustizia civile*, 2011, 12, I, 2807).

42 Entre otras, véase Corte de Casación del 11 de mayo de 2017, n.º 11536.

43 Revisar Corte de Casación del 29 de noviembre de 2006, n.º 25366.

En ese sentido, a la luz de estos y otros argumentos, la Corte de Casación ha llegado recientemente a la conclusión de que al beneficiario de la administración de apoyo no se le aplica la prohibición de contraer matrimonio, prevista en el artículo 85 del Código Civil para el interdicto, así como también conserva la capacidad de testar y donar (salvo que el juez de tutela considere limitar su capacidad, siempre en virtud del cuarto párrafo del artículo 411 del Código Civil)<sup>44</sup>.

Con el paso del tiempo, sin embargo, no han dejado de surgir ciertas dificultades para salvaguardar a las personas frágiles, por ejemplo, como consecuencia de los contrastes entre la teoría jurídica y la práctica.

Cabe pensar, entre otros asuntos, en las situaciones donde existe escasez de jueces, oficinas judiciales con falta de personal, decretos judiciales (de nombramiento de administradores de apoyo) impersonales y excesivamente estandarizados, o falta de administradores de apoyo disponibles y con la formación adecuada. Luego está la escasez de recursos que se abate, en determinados contextos, sobre los servicios asistenciales: compromisos de atención aplazados o desatendidos, oficinas municipales que reducen su horario, el curso de formación que ya no será financiable.

Es entonces innegable cómo —en la experiencia de las normas exartículo 404 y ss. del Código Civil— han surgido a veces, en mayor o menor medida, en tal o cual zona de Italia, episodios de abuso, olvido y sordera en el cuidado, momentos de infelicidad y opresión en perjuicio del beneficiario, una persona que no ha sido protegida, un pariente u otras personas<sup>45</sup>.

---

44 Véanse, respectivamente, Corte de Casación del 11 de mayo de 2017, n.º 11536; Corte de Casación del 21 de mayo de 2018, n.º 12460 y Corte Constitucional del 10 de mayo de 2019, n.º 114 (*Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, I, 973, comentada por Venchiarutti, 2019).

45 En relación con un caso un tanto controvertido, véase la sentencia que condena a Italia por haber vulnerado el respeto a la vida privada de una persona mayor: Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 6 de julio de 2023, n.º 46412/21, Calvi y C. G. v. Italia.

De todos modos, es cierto que la confrontación y la corrección con respecto a problemas de este tipo tendrán que realizarse con mayor vigilancia en la práctica, dentro y fuera de los tribunales, o a través de retoques, para tal o cual párrafo en el texto del Código Civil. No a través de diseños para el repudio de la administración de apoyo, o a profundas fisuras en sus reglas, o a fuertes distorsiones en la práctica, con el retorno final a las «feas instituciones» del pasado.

## 9. DEROGACIÓN DE LA INTERDICCIÓN E INHABILITACIÓN Y OTRAS REFORMAS LEGISLATIVAS

Casi veinte años después de la entrada en vigor de la Ley n.º 6 de 2004, ha llegado el momento de suprimir la interdicción y la inhabilitación. No hay ninguna razón para que los dos antiguos modelos «incapacitantes» se conserven en el Código Civil italiano. Al contrario, dicha derogación ha dejado de ser aplazable para un ordenamiento jurídico que quiere ser verdaderamente sensible a los derechos fundamentales de la persona, como son, ante todo, la dignidad personal y el derecho al sustento<sup>46</sup>.

La superación del sistema tradicional en materia de protección del incapaz ahora es más apremiante que antes debido a la necesidad de adaptar nuestro sistema a los contenidos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Además del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>47</sup>, también se ha pronunciado el Observatorio Nacional de la Condición de las Personas con Discapacidad, creado en el seno de la Presidencia del Consejo de

46 El Tribunal Supremo, apoyado también por la Corte Constitucional del 9 de diciembre de 2005, n.º 440, afirmó que, en el actual marco normativo, la interdicción y la inhabilitación se presentan como instrumentos de protección marginal. Sobre la existencia de una relación de subsidiariedad funcional entre las dos instituciones tradicionales y la administración de apoyo, véase, entre otras, Corte de Casación del 11 de septiembre de 2015, n.º 17962, y Corte de Casación del 22 de agosto de 2018, n.º 20945.

47 Del Comité véanse, además de las indicaciones contenidas en la «Observación general n.º 1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley», §§ 24 y ss., el texto de las «Observaciones finales del primer informe de Italia (31 de agosto de 2016)» § 24.

Ministros<sup>48</sup>. Asimismo, aparecen con insistencia nuevas formas de debilidad, en términos de edad, destreza informativa, conocimientos y acceso tecnológico. No es seguro que las defensas tradicionales para los vulnerables a nivel funcional o comunicativo sean siempre adecuadas y utilizables. Observaciones de este tenor constituyen una razón más para la continuación del proceso de reforma del que la Ley n.º 180 de 1978 y la Ley n.º 6 de 2004 representan etapas fundamentales.

Desde esta perspectiva, hay que hacer una aclaración conclusiva: para el derecho civil y, especialmente para la materia de la que estoy tratando, las pequeñas cosas materiales son mucho más importantes que los discursos de principio, a nivel teórico o científico, pues lo que importa es saber si una determinada medida puede ser útil y valiosa para el bienestar de la persona. Por eso, a la hora de reformar, hay que preguntarse, en definitiva, cómo serían presumiblemente las cosas prácticas en un futuro lejano y próximo con la introducción de una u otra nueva dotación o paradigma.

## REFERENCIAS

- Alpa, G. (1986). Voz Salute (diritto alla). En *Novissimo Digesto Italiano, App.* (vi, pp. 913-920). UTET.
- Balestra, L. (2019). Sugli arcani confini tra amministrazione di sostegno e interdizione. *Famiglia*, (2), 366-376. Giuffrè Editore.
- Bianca, C. M. (1985). La protezione giuridica del sofferente psichico. *Rivista di Diritto Civile*, 25-37. Cedam.
- Bonilini, G. & Chizzini, A. (2007). *L'amministrazione di sostegno* (2.<sup>a</sup> ed.). Cedam.
- Bruscuglia, L. (1979a). Commento Legge 13 maggio 1978, n.º 180. Accertamenti e trattamenti sanitari e obbligatori. *Nuove leggi civili commentate* (pp.177-187). Cedam.

---

48 Osservatorio Nazionale sulla Condizione delle Persone con Disabilità Gruppo 1. Non discriminazione, riconoscimento della condizione di disabilità, OND\_Gruppo 1/ Sintesi/novembre 2021, p. 12.

- Bruscuglia, L. (1979b). Sub artt. 33 y 34, y G. L. Fontana Sub art. 35. En L. Bruscuglia, F. D. Busnelli & A. Corasaniti, *Commentario Legge 23 dicembre 1978, n.º 833. Nuove leggi civili commentate* (pp. 1189-1195). Cedam.
- Bruscuglia, L. (1983). *L'interdizione per infermità di mente*. Giuffrè Editore.
- Castronovo, C. (1990). Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori. *Jus*, 2-3, 179-191. Vita e Pensiero Editrice.
- Cendon, P. (1984). *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*. Il Mulino.
- Cendon, P. (1988). Profili dell'infermità di mente nel diritto privato. En *Un altro diritto per il malato di mente* (pp. 27-79). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Cendon, P. (2007). Non abbandonare, non mortificare. *Minori Giustizia*, (3), 256-295. Franco Angeli. <https://www.francoangeli.it/riviste/articolo/31787>
- Cendon, P. (2009). La nuova protezione. En P. Cendon & R. Rossi, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche* (t. I, pp. 77-99). UTET Giuridica.
- Cendon, P., et al. (1988). Infermi di mente e altri «disabili» in una proposta di riforma del codice civile. En *Giurisprudenza italiana* (pp. 621-640). UTET.
- Corasaniti, A. (1979). Artt. 1 e 2, en L. Bruscuglia, F. D. Busnelli & A. Corasaniti, *Commentario Legge 23 dicembre 1978, n.º 833, Le nuove leggi civili commentate*. Cedam.
- Dell'Acqua, P., (2011). *Persone, malattia mentale e guarigione*. En L. Lenti, E. Palermo Fabris & P. Zatti, *I diritti in medicina. Trattato di Biodiritto* (pp. 783-795). Giuffrè Editore.
- Delle Monache, S. (2004). Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno. Profili di diritto sostanziale. En *Nuova giurisprudenza civile commentata* (pp. 29-57). Cedam.

- Ferrando, G. (2005). *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*. Giuffrè Editore.
- Foglia, M. (2019). *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*. Pacini Giuridica.
- Giannichedda, M. G. (1988). Il consenso del malato di mente al trattamento: verso una riformulazione del contratto terapeutico. En P. Cendon, *Un altro diritto per il malato di mente* (pp. 235-244). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Graziadei, M. (2011). Il consenso informato e i suoi limiti. En L. Lenti, E. Palermo Fabris & P. Zatti, *I diritti in medicina. Trattato di Biodiritto* (pp. 191-281). Giuffrè Editore.
- Gullotta, G. (2015, 17 de diciembre). Le capacità giuridiche alla luce delle neuroscienze, Memorandum Patavino. *Altalex*. <https://www.altalex.com/documents/news/2015/11/11/memorandum-patavino-capacita-giuridiche-e-neuroscienze>
- Lisella, G. (1984). *Interdizione «giudiziale» e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*. E. S. I.
- Luciani, M. (1986). Le infermità mentali nella giurisprudenza costituzionale. *Politica del Diritto*, (3), 451-465. Il Mulino.
- Mazzoni, C. M. (1988). *Libertà e salvaguardia nella disciplina dell'infermità mentale*. En P. Cendon, *Un altro diritto per il malato di mente* (pp. 489-494). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Mortati, C. (1961). La tutela della salute nella Costituzione italiana. *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, I, 1-10. INAL.
- Nápoles, E. V. (1985). *Linabilitazione*. Giuffrè Editore.
- Negróni, A. A. (2015). *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*. Génova.
- Omnis, L., & Lo Russo, G. (1980). *Dove va la psichiatria? Pareri a confronto su salute mentale e manicomi in Italia dopo la nuova legge*. Feltrinelli.

- Perlingieri, P. (1985). Gli istituti di protezione e di promozione «dell'infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico. *Rassegna di diritto civile*, 46-55. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Pescara, R. (1997). *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*. En P. Rescigno, *Trattato di Diritto Privato* (2.<sup>a</sup> ed., t. III, pp. 735-755). UTET.
- Pezzini, B. (1983). *Il diritto alla salute: profili costituzionali. Diritto e società*. Cedam.
- Piccione, D. (2013). *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*. Alfabeta Verlag.
- Pizzi, A. (1978). *Malattie mentali e trattamenti sanitari. Commento alla legge 13 maggio 1978 n.º 180*. Giuffrè Editore.
- Rossi, S. (2015). *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*. Franco Angeli.
- Roversi Monaco, F. A., & Bottari, C. (1979). *Art. 1 (I principi)*. En F. A. Roversi Monaco (coord.), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n.º 833* (pp. 1-10). Giuffrè Editore.
- Tarello, G., & Bessone, M. (1979). *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello*. Zanichelli.
- Vecchiotti, A. M. (1983). *Salute mentale e riforma sanitaria*. Giuffrè Editore.
- Venchiarutti, A. (1995). *La protezione civilista dell'incapace*. Giuffrè Editore.
- Venchiarutti, A. (2019). Il dono del beneficiario di amministrazione di sostegno. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* (pp. 973-982). Wolters Kluwer.
- Venchiarutti, A. (2020). Asistencia psiquiátrica y protección civil de la persona discapacitada: recurrencia y posibilidad de reforma. En C. A. Agurto Gonzáles & S. L. Quequejana Mamani (dirs.), *Derecho privado y comparación jurídica el aporte de la escuela jurídica italiana* (pp. 135-154). Olejnik.

- Venchiarutti, A. (2022). La sfera affettiva e sessuale della persona fragile: un caso emblematico della Court of Protection inglese e le prospettive nel nostro sistema. *Rivista di Diritto Civile*, 379-399. Giuffrè Editore.
- Vincenzi Amato, D. (1988). Il modello dei trattamenti sanitari nella legge 180. En P. Cendon, *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione* (pp. 171-184). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Visintini, G. (1982). La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica. *Politica del diritto*, 445-462. Il Mulino.
- Zatti, P. (1988). Infermità di mente e diritti fondamentali. En P. Cendon, *Un altro diritto per il malato di mente* (pp. 107-116). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Zatti, P. (2003). Oltre la capacità di intendere e di volere. En G. Ferrando & G. Visintini, *Follia e diritto* (pp. 54-64). Bollati Boringhieri.
- Zatti, P. (2009). *Maschere del diritto volti della vita*. Giuffrè Editore.





REVISTA DE  
**DERECHO**  
Y CIENCIA POLÍTICA

Editorial

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO

**Artículos de investigación**

El bien jurídico protegido en el derecho penal: estado actual de la cuestión

CHEDORLAOMER RUBÉN GONZALES ESPINOZA Y ROBINSON OCTAVIO

GONZALES CAMPOS

El delito de concusión en el Perú

RAÚL PARIONA ARANA

El pensamiento constitucional y la Constitución del Perú en el siglo xx

RAFAEL MANUEL RUIZ HIDALGO

Tutela jurídica del concebido: desde el derecho latinoamericano hasta la reciente Ley n.º 31935

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES Y JUAN PABLO ABANTO

La Constitución peruana de 1823 y los inicios del gobierno representativo

MARCO ANTONIO JAMANCA VEGA

La crisis de gobernabilidad peruana por la escasa atención a las condiciones de la población

MANUEL BERMÚDEZ-TAPIA

**Artículo traducido**

Protección civil de la persona con discapacidad: veinte años de la administración de apoyo

ANGELO VENCHIARUTTI



Universidad Nacional Mayor de  
**SAN MARCOS**  
Universidad del Perú. Decana de América  
Facultad de Derecho y Ciencia Política