

Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur



REVISTA DEL FORO

Año MMXVII

Números 4 y 5

Abril 2017
Villa María del Triunfo. Lima - Perú

REVISTA DEL FORO

Números 4 y 5

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA SUR

© MOTIVENSA SRL

Editor:

MOTIVENSA SRL

Calle Pablo Bermúdez 214 Of. 203 Jesús María Lima Perú

Teléfonos : 4237644, 7131090

E-mail : ventas@motivensa.com

Web : www.motivensa.com

Diseño Gráfico y Diagramación:

Mario Domínguez Olaya

Impresor:

Karter Graf SRL

Jr. Pastaza 1436 Breña - Lima

Telf. 426-1727

1ra. Edición año 2017

N° de Ejemplares : 1000 ejemplares

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú** : 2017-10444

- *Prohibida la reproducción total ó parcial de este libro por cualquier medio, sin el permiso expreso de la Editorial.*
 - *La editorial no se solidariza necesariamente con las opiniones y/o traducciones que se publican en la presente obra.*
-

Impreso en Perú
Derechos reservados, Decreto Legislativo N° 822

© **Derechos Reservados conforme a Ley**



Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur

JUNTA DIRECTIVA
2016 - 2017

JESÚS ANTONIO RIVERA ORÉ
Decano

JUAN CARLOS CENTURIÓN PORTALES
Vice Decano

VICENTE PAUL ESPINOZA SANTILLÁN
Secretario General

DIANA VICTORIA SALCEDO OLORTEGUI
Directora de Economía

JOSÉ DAVID REYES LÓPEZ
Director de Comunicaciones y Consultas

FELIPE VILLACORTA USCA
Director de Defensa Gremial

DIONER MOISES ARÉVALO VILLACORTA
Director Académico y de Promoción Cultural

XXXXXXXXXXXXXXXXXX
Director de Ética Profesional

EDUARDO ROLANDO CHIARA GALVÁN
Comunicaciones e Informática

ERASMO REYNA ALCÁNTARA
Director de Derechos Humanos

JAIME AGUSTIN HERRERA JAVO
Director de Extensión Social y Participación

YDA ROSA CABRERA CUETO
Directora de Biblioteca y Centro de Documentación

CECILIA ALEGRÍA TRUJILLO
Directora de Bienestar Social

PRESENTACIÓN

Señores miembros de la Orden, me resulta sumamente grato presentar los números cuatro y cinco de la Revista del Foro, órgano de difusión del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur.

Deseo expresar, en nombre de la corporación profesional, un especial reconocimiento a los señores abogados, maestros universitarios y juristas que han hecho posible la presente edición de la Revista del Foro.

En primer lugar deseo expresar mi gratitud a los profesores extranjeros: Robert Alexy de Alemania, quien escribe sobre *Legal argumentation, rationality and correctness*, eminente profesor a quien se le ha respetado la entrega hecha al Colegio. Carlos Parma de Argentina quien escribe sobre *Cuestiones sobre la tentativa*. En especial referencia a los Códigos penales de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, al profesor Juan Antonio Gómez García de España, quien escribe sobre el Derecho y el cine: el rito, o el derecho y el juez según el realismo jurídico escandinavo y también sobre *El problema del Derecho Natural en la doctrina historicista del Derecho de E. K. von Savigny*, al profesor Marcelo Parma de Argentina quien escribe sobre *El status jurídico del nasciturus*.

En segundo lugar deseo expresarles mi gratitud a los profesores peruanos, Carlos Fernández Sessarego, quien desarrolla un ensayo sobre *¿Es posible proteger jurídicamente el “proyecto de vida”?* Raúl Chanamé Orbe, quien desarrolla un ensayo sobre *El Constitucionalismo Social y la Constitución de Querétaro*; al profesor. Lorenzo Zolezzi Ibárcena, quien analiza sobre *La formación interdisciplinaria en el Derecho*; Mario Castillo Freyre / Jhoel Chipana Catalán, quienes desarrollan un ensayo sobre: *Algunos comentarios en torno a la venta de bien ajeno, a propósito de la casación N° 443-2014-Lima*. Luis Pásara Pazos, quien analiza sobre *Las víctimas en el sistema procesal penal reformado*. Daniel Echaiz Moreno, quien desarrolla un ensayo sobre *La contratación en la venta directa*. Juan Carlos Morón Urbina, quien analiza sobre el *Procedimiento sancionador: la administración concertada en materia sancionadora*. Diego Zegarra Valdivia, quien desarrolla un ensayo sobre

El decreto legislativo 1272 y la incorporación del capítulo i-a sobre la actividad administrativa de fiscalización (artículos 228-A AL 228-H) en el Título IV de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

En tercer lugar deseo expresarles mi deferencia y el Colegio siente a la vez muy complacido que jóvenes abogados, profesores universitarios hayan aceptado la invitación que formulé para que escriban en la Revista del Foro, como el caso de Vicente Paúl Espinoza Santillán quien escribe sobre Las medidas de protección en la investigación tutelar administrativa y Jesús Rivera Vila quien trata sobre la Reelección de alcaldes y gobernadores regionales. Casos en los que el diseño institucional se divorcia de la realidad

Asimismo, deseo expresar mi saludo al Vice Decano de la Orden, profesor Juan Carlos Centurión Portales quien diserta sobre la ¿Dogmática jurídica en el derecho de sucesiones? La herencia sin herederos, la herencia yacente y el adiós a la herencia vacante.

Finalmente, quiero expresar la gratitud del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, de la miembros de la Junta Directiva y del mío propio al señor Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur doctor Marco Cerna Bazán, por la cooperación y el trabajo conjunto con la Orden profesional.

Cordialmente,

Jesús Antonio Rivera Ore
Decano

REFLEXIONES DEL DECANO'

El profesor Roberto Mac Lean, en un ensayo sobre la importancia de los colegios de abogado, señalaba que el rasgo que es más fácil percibir en cuanto a la realidad de la vida gremial de los abogados en muchos de los países en vías de desarrollo y en economías en transición alrededor del mundo, es el de la crisis para encontrar la verdadera identidad institucional de los Colegios de Abogados o entidades equivalentes.²

¿Qué somos en realidad los colegios, barras o asociaciones de abogados? ¿Asociaciones de respetables comerciantes de servicios legales? ¿Mutualistas para ayudarnos recíprocamente en casos de necesidad económica, enfermedad, vejez y sepelios? ¿Academias especializadas para la educación de adultos en la actualización y divulgación de conocimientos jurídicos prácticos? ¿Clubes sociales con sedes ubicadas convenientemente para el esparcimiento de sus miembros durante las diversas estaciones del año? ¿Sindicatos para proteger los derechos de los abogados frente a la contraparte del caso, sea este juez, autoridad o funcionario de alguna repartición estatal? ¿Hermandades que mantienen viva una tradición que rememoran en ceremonias solemnes en ciertas ocasiones especiales, o renuevan en homenajes extraordinarios a colegas ejemplares?³

Supongo, señalaba Mac Lean, que en líneas generales, especialmente en el tercer mundo, somos un poco de todo eso, y, con todo ello a costas, debemos continuar desplegando nuestros mejores esfuerzos en esa laboriosa, simbólica, fraterna y, a veces, simpática rutina.⁴

1 Las reflexiones que escribo para la Revista del Foro, fueron motivadas por los acontecimientos que ocurren en el Perú respecto de la conducta de los presidentes del Perú

2 Mac Lean Ugarteche, Roberto G. Los Colegios de Abogados del Perú y las Reformas al Sistema de Justicia. [Documento en Línea]. Disponible. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/tribuna/tr_20080616_36.pdf. [Consulta: 2017, febrero 10], p.2.

3 Mac Lean. Opus cit, p.2.

4 Ibid, p.2.

A diferencia del pasado, en el siglo XXI, se está produciendo una revolución del conocimiento, esto como producto, a su vez, de la fecunda revolución tecno-científica que viene experimentando toda la humanidad, en reemplazo de aquellas revoluciones que sólo reivindicaban una estéril lucha de clases en el siglo pasado. Dentro de este contexto, el conocimiento se ha convertido en la fuerza motriz de la historia, a diferencia del pasado en que los obreros constituyeron la fuerza motriz durante la etapa de la revolución industrial.⁵

Según expresan algunos filósofos y analistas, esta revolución no sólo está trayendo la globalización en la economía, sino también la globalización de los conocimientos, del derecho, de las comunicaciones. Además, los grandes avances de la ciencia nos están permitiendo dar explicaciones a los diversos acontecimientos sociales de carácter universal y nacional, sin embargo junto a ello ha aparecido un quinto jinete del apocalipsis:⁶ la indetenible corrupción.

En sus múltiples formas, la corrupción es un malestar que anida, con diversos matices, en los diferentes gobiernos y administraciones públicas de Iberoamérica. Dicho vicio se incrementa con el tiempo, según afirma *Transparencia Internacional* con base en el *Barómetro Global de la Corrupción 2010*. Cada día, millones de ciudadanos iberoamericanos que padecen la corrupción quisieran que sus representantes públicos la erradicasen. Pero los gobiernos entran y salen, y la corrupción no sólo continúa sino que aumenta.⁷

En 2002, el informe presentado por el Programa para el Desarrollo de Naciones Unidas (PNUD) afirmaba que los países iberoamericanos presentaban algunos de los índices de corrupción más altos del mundo. También señalaba que la corrupción es uno de los principales impedimentos para el desarrollo regional y que ésta se ha multiplicado en los últimos años.⁸

El fenómeno de la corrupción se ha expandido a los diversos ámbitos de la vida pública (político, económico, social, cultural); a los diferentes ámbitos de gobierno (nacional, autonómico y local); a los distintos poderes públicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) así como a los diferentes sectores que conforman un Estado o nación (Público, privado y social). Esto ha generado un desprestigio de la política y de los políticos, lo que a su vez genera una crisis de confianza de los ciudadanos hacia sus gobiernos. La suma de todo lo anterior genera *democracias corruptas*.⁹

5 Ibid, p.2.

6 Los cuatro jinetes del *Apocalipsis* se describen en la primera parte del capítulo sexto del *Apocalipsis*, que montan en caballos blanco, rojo, negro y uno bayo. Según la exégesis representan y son alegorías de la victoria, la guerra, el hambre y la muerte, respectivamente.

7 Bautista, Oscar Diego. **Globalización y corrupción. Previendo la corrupción en Iberoamérica mediante la ética pública en los albores del siglo XXI.** En: *Dilemata*. Núm. 15 (2014). Actualidad de las éticas aplicadas, cinco años después. Especial número 15, pp. 118-129

8 Bautista, Oscar Diego. Opus cit, p.119

9 Opus cit, p.119

Sin duda, el incremento de la corrupción, sobre todo a partir de la década de los noventa, está asociado a la estrategia de globalización y políticas neoliberales. Mediante estas, la corrupción ha penetrado en los países de Iberoamérica estableciendo redes políticas, económicas, comerciales y culturales, según lo demuestran diversos estudios como el llevado a cabo por el *Barómetro Global de la Corrupción* de Transparencia Internacional (TI).¹⁰

Otros estudios realizados por Transparencia Internacional reafirman el crecimiento de la corrupción en otros rubros. Por ejemplo, en 2009, TI realizó trabajos enfocados al sector privado. Como resultado de dichos estudios, Transparencia Internacional expresó que dicho sector utiliza el soborno para influir en las políticas públicas, las leyes y las reglamentaciones de los países donde opera. En el año 2008, analizó cómo la corrupción en el sector del agua es una causa fundamental y un catalizador para la crisis global que amenaza a miles de personas y agudiza la degradación medioambiental.¹¹

En el año 2007, los estudios se enfocaron, por un lado, en la impunidad que promueve la corrupción judicial y, por otro, en la consideración por parte de la ciudadanía de que los partidos y los parlamentos son las instituciones más afectadas por la corrupción. El informe de 2006 hizo hincapié en la ineficacia de los gobiernos en la lucha contra la corrupción así como en la mala opinión que los gobernados tienen acerca de los esfuerzos que sus gobiernos destinan a la lucha contra esta pandemia. En 2005, se concentró la atención en el ámbito de la construcción, considerando que la corrupción en este campo es más importante que en cualquier otro sector de la economía.¹²

Durante los años noventa, los medios informativos se llenaron de noticias sobre corrupción. Nadie parecía estar a salvo y buena parte de mandatarios aparecieron en medio de un huracán o salpicados por sospechas de corrupción. Fueron noticia *Bettino Craxi* ex primer ministro, líderes de la Democracia Cristiana y del Partido Democrático de Izquierda en Italia; *François Mitterrand* en Francia, *Helmut Kohl* en Alemania, *Felipe González* y algunos de sus altos cargos en España; casi siempre en relación con financiación ilegal de los partidos políticos.¹³

Hoy se conocen datos y detalles de pasadas corrupciones y se sabe de otras nuevas. Así, hemos conocido situaciones de estados seriamente corruptos, relacionados con el delito organizado, bien con evasiones fiscales, contratos fraudulentos del estado o desviaciones de dinero público.¹⁴

10 Ibid, p.120

11 Ibid, p.120

12 Ibid, p.120

13 Caño Tamayo, Xavier. Corrupción en la era de la globalización. [Documento en Línea]. Disponible <https://www.rebellion.org/hemeroteca/economia/ccs180601.htm> [Consulta: 2017, febrero 10].

14 Caño Tamayo, Xavier. Opus cit

En 1997, *Ernesto Samper*¹⁵ reconoció que los narcotraficantes habían financiado su campaña en Colombia, aunque él siempre dijo que ésta había sido *infiltrada* económicamente por los narcos. Los grupos organizados de delincuentes colombianos ligados a la producción y exportación de cocaína fueron pioneros en internacionalizarse, estableciendo un amplio imperio comercial y financiero y penetrando en el sistema económico legal.¹⁶

También en 1997 se abrió en Turquía el debate sobre las dimensiones de la corrupción en el Estado con graves acusaciones contra *Tansu Ciller*¹⁷, ex primera ministra y titular de Asuntos Exteriores, y su marido de haberse enriquecido inmensamente expoliando patrimonio público en connivencia con una trama mafiosa enquistada en el Estado turco. Luego se ha sabido cómo la corrupción se había instalado en México de la mano del narcotráfico, implicando a jefes del ejército y de la policía, altos cargos políticos de la lucha contra las drogas, miembros de la judicatura y de la fiscalía y gobernadores de estados. Y, aunque el presidente de México ha dicho que la corrupción en su país es cosa del pasado, ése es un cáncer que no se elimina con facilidad.¹⁸

El caso de Rusia es conocido como la apoteosis de la corrupción. *Pavel Borodin*, administrador de los bienes de la Federación Rusa y luego secretario ejecutivo de la unión Bielorrusia-Rusia, fue detenido en enero de 2001 en Estados Unidos y solicitada su extradición por la fiscalía suiza por estar implicado en la concesión de contratos millonarios a la pequeña empresa suiza de construcción *Mabetex*, entre otras.¹⁹

Otro ruso, *Berezhovsky*, que fuera hombre de confianza de *Yeltsin*²⁰, desvió entre 200 y 500 millones de dólares de la compañía aérea estatal *Aeroflot* a cuentas privadas en Suiza y otros lugares. *Chubais* y *Tatiana Diachenko*, altos cargos del gobierno ruso, desviaron una parte indeterminada de los préstamos de 20 billones de dólares que el Fondo Monetario Internacional (FMI) concedió a Rusia para arreglar su maltrecha economía.²¹

Tras la detención de Borodin en Estados Unidos, la fiscalía rusa y el ministerio de Asuntos Exteriores solicitaron oficialmente que se revocara la orden de extradición del antiguo administrador de los bienes de Rusia y el presidente Putin se reunió con varios nuevos oligarcas para estudiar la situación derivada de la detención de Pavel Borodin.²²

15 Presidente de la República de Colombia entre 1994 y 1998

16 Caño Tamayo, Xavier. Opus cit

17 Fue la primera mujer en ocupar el cargo de Primera Ministra en su país, de 1993 a 1996

18 Caño Tamayo, Xavier. Opus cit

19 Ibid.

20 Fue el primer presidente de la Federación de Rusia, cargo que ejerció de 1991 a 1999

21 Ibid.

22 Ibid.

Según la revista semanal moscovita *Versia*, “*Borodin sabe demasiado*”; se supone que sobre los inmensos trapicheos que han permitido expoliar al Estado ruso y crear en un tiempo record (apenas diez años) una de las redes de organizaciones delictivas más poderosas y violentas del mundo. Según *Jean Ziegler*, las organizaciones delictivas rusas poseen o controlan el 40% del producto nacional bruto y se han apropiado del 70% de los bienes públicos aceleradamente privatizados en los últimos siete años.²³

Según cálculos del Banco Mundial, en los países pobres la corrupción puede significar 120.000 millones de dólares y, según el profesor Mark Pieth²⁴, responsable del grupo de trabajo contra la corrupción de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), en los países del norte la corrupción puede representar una cantidad similar; es decir, la corrupción supone en el mundo un cuarto de billón de dólares anual.²⁵

Según el FMI, en aquellos países en los que la corrupción es notable, las inversiones descienden un 5% por lo menos. Y según el Banco Mundial, la corrupción reduce un 0,5% la tasa de crecimiento económico de un país. Por ejemplo, según una denuncia del Fiscal General de Colombia, Alfonso Gómez Méndez²⁶, los corruptos se apoderaron en ese país de 8.600 millones de dólares, que hubieran paliado parte de los problemas colombianos.²⁷

Entre los presidentes latinoamericanos protagonistas de la corrupción política se encuentran: Arnoldo Alemán (Nicaragua), Miguel Ángel Rodríguez, (Costa Rica), Augusto Pinochet (Chile), Fernando Romeo Lucas García, (Guatemala), Alfonso Portillo (Guatemala), Jean-Bertrand Aristide (Haití), Luis González Macchi (Paraguay), Abdala Bucaram (Ecuador), Fernando Collor de Mello (Brasil), Carlos Andrés Pérez (Venezuela), Carlos Menem (Argentina), Carlos Salinas de Gortari (México).²⁸

El ex presidente de Panamá Ricardo Martinelli, requerido en su país por un caso de escuchas ilegales, ha sido detenido el 12 de junio del año 2017, al cierre de esta edición, en Miami, Estados Unidos.

En el caso del Perú, la lista es larga, así tenemos sucesivos ex presidentes de la República que están bajo sospecha de corrupción y uno ya está en prisión preventiva, confirmada por la Sala Penal Nacional. Los presidentes de los gobiernos regionales de Tumbes, Ancash, Ayacucho, Callao, entre otros, están en prisión preventiva o siguen el proceso penal, instaurados contra ellos, en

23 Ibid.

24 Profesor de Derecho Penal en Basilea, Siuza.

25 Caño Tamayo, Xavier. Opus cit

26 Tercer Fiscal General de Colombia, entre 1997 a 2001

27 Caño Tamayo, Xavier. Opus cit

28 Bautista, Oscar Diego. Opus cit, p.121

libertad. Finalmente, los alcaldes, también, enfrentan procesos penales por corrupción.

En el caso de la monarquía española, la Infanta Cristina, hija del Rey emérito Juan Carlos, está imputada en un caso de malversación de fondos públicos junto a su cónyuge, Iñaki Urdangarín. También en España, el llamado “caso Bárcenas”, consistente en la existencia de una doble contabilidad en las arcas del Partido Popular (PP), al margen de la contabilidad remitida al Tribunal de Cuentas; el partido recibía donaciones millonarias de empresas privadas, destinadas a pago de “sobresueldos” de altos cargos del PP, entre ellos, el actual presidente del Gobierno, Mariano Rajoy.²⁹

La corrupción política es uno de los fenómenos que afecta directa y sustancialmente a la legitimidad y la confianza en las instituciones. La historia en la región iberoamericana demuestra que muchos corruptos han llegado a ser Jefes de Estado y Presidentes de gobierno, reproduciéndose en cascada por los diferentes puestos jerárquicos. Hoy se sabe también que numerosos presidentes que han participado en las cumbres iberoamericanas eran corruptos. Al término de su mandato, algunos de ellos son prófugos de la ley, otros se hallan inmersos en procesos judiciales y los hay que permanecen en prisión.³⁰

En 2008 el profesor emérito de la Universidad Complutense de Madrid (UCM), Alejandro Nieto, especialista en combate a la corrupción afirmó: *“El estado ha sido sustituido por la partidocracia y, en última instancia, por una oligarquía económico-política. La política se ha convertido un negocio. Los partidos compiten en un mercado inspirado por el lucro o beneficio personal apoyado en la corrupción más descarnada”*.³¹

En 2010, en entrevista pública en el diario *El País*, el juez Miguel Ángel Torres afirmó: *“El Estado está perdiendo la batalla contra la corrupción. Los delincuentes y sus organizaciones están en una situación de absoluta ventaja respecto a los medios del Estado. Hacen falta juzgados especializados en corrupción y crimen organizado.”*³²

La otra cara de la moneda de la corrupción es la Ética Pública. Si bien esta disciplina del conocimiento existe desde las antiguas civilizaciones para formar a los gobernantes, para que estos se acompañen de valores, en la actualidad está poco explotada como herramienta para combatir la corrupción. Pese a ello, poco a poco comienza a tener una presencia relevante en diversos foros, congresos, simposios o jornadas.³³

29 Ibid, p.121

30 Ibid, p.121

31 Ibid, p.122

32 Ríos, Pere, “El Estado está perdiendo la batalla contra la corrupción”, *Diario El País*, 14 de julio de 2010, p. 16, citado por Oscar Diego Bautista, Opus cit, p.121

33 Bautista, Oscar Diego. Opus cit, p.121

Desde el punto de vista de la Ética Pública, son cinco las principales razones que motivan al individuo a realizar prácticas indebidas:

- la codicia,
- la avaricia,
- el anhelo de poder,
- la vacuidad y
- la ignorancia.

Todas ellas anidan y se fortalecen gracias a la crisis de valores que padecen las sociedades contemporáneas, generando un círculo vicioso que crece día con día.³⁴

Algunas acciones vinculadas a la ética, llevadas a cabo en Iberoamérica en la última década del siglo pasado y primera de este son las siguientes:

Probidad para América Latina (PAL) es un organismo fundado en 1994 en la República de El Salvador como una institución cívica, apartidista y sin fines de lucro que tiene por misión fortalecer las iniciativas anticorrupción en América Latina de distintos sectores: grupos cívicos, gobiernos, universidades, gremios empresariales, sindicatos y otros.³⁵

Consejo Nacional para la Ética Pública (PROÉTICA). Se trata de una asociación civil sin fines de lucro creada en mayo de 2001, en el Perú, por la Asociación de Exportadores (ADEX), la Comisión Andina de Juristas (CAJ), el Instituto Prensa y Sociedad (IPYS) y la Asociación Civil Transparencia con la finalidad de contribuir a la lucha contra la corrupción y sus causas.³⁶

Señores miembros de la Orden, de esta manera he pretendido hacer algunas reflexiones sobre el estado actual de la corrupción y la ética que no sólo la sufrimos en el Perú.

Dr. Jesús Antonio Rivera Ore
Decano

34 Opus cit, p.122

35 Opus cit, p.123

36 Opus cit, p.123

Presentación	7
Reflexiones del Decano	9
Índice	17
Autores	27

**LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL PERÚ.
UN BALANCE HISTÓRICO - PRIMERA PARTE**

Jesús Antonio Rivera Oré (Perú)

Sumario	35
1. Introducción	35
2. La centralización y la descentralización desde la teoría.....	36
3. El centralismo peruano, una manera de constituirse en un estado-na- ción, o un mal a extirpar	38
4. El centralismo y el régimen descentralista	39
5. Orígenes del centralismo peruano	40
5.1. La expansión española y el fin del imperio Inca	40
5.2. La independencia en el Perú.....	41
5.3. La descentralización y el régimen de Manuel Pardo	42
5.4. El proyecto de descentralización del general Cáceres	44
5.5. Corriente descentralista de la década de 1920	44
5.6. El primer gobierno de Manuel Prado (1939-1945) y las Corporacio- nes Departamentales de Desarrollo.....	45
5.7. El gobierno militar de 1968.....	46
5.8. El modelo liberal, el ajuste estructural y Cambio 90	46
Conclusiones	47

¿ES POSIBLE PROTEGER JURÍDICAMENTE EL “PROYECTO DE VIDA”?

Carlos Fernández Sessarego (Perú)

Sumario	49
Introducción	49
1. La libertad	50
2. Características del ser libertad	50
3. Las instancias de la libertad	51
3.1. La libertad ontológica.....	52
3.2. La libertad fenoménica.....	53
3.3. La unidad de la libertad.....	55
4. La libertad como proyecto	55
5. El “proyecto de vida”	56
6. El proyecto “alternativo”	58
7. El proyecto “sustitutorio”	59
8. Libertad, voluntad y proyecto de vida	60
9. “Proyecto de vida” y valoración	60
10. Los instrumentos con los que cuenta la persona para la elección del “proyecto de vida”	60
11. La complejidad del proyecto de vida	61
12. El surgimiento del “proyecto de vida”	61
13. La estructura existencial del ser humano	62
14. ¿Merece protección jurídica el “proyecto de vida”?	63
15. Reparación del “daño al proyecto de vida”	64
16. Apreciaciones de los profesores Alpa y Busnelli	67

LEGAL ARGUMENTATION, RATIONALITY AND CORRECTNESS

Robert Alexy (.....)

I. The Claim to Correctness	69
II. The Dual Nature Thesis	70
1. The Special Case Thesis.....	70
(a) General Practical Discourse.....	70
(b) The Necessity of Positivity.....	71

(c) The Special Character of Legal Discourse.....	72
(d) Habermas's Objection	73

DERECHO Y CINE: EL RITO, O EL DERECHO Y EL JUEZ SEGÚN EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

Prof. Dr. Juan Antonio Gómez García (España)

Resumen	75
Palabras clave	75
Abstract	75
Sumario.	76
1. Presupuestos metodológicos: los estudios de Derecho y cine.....	76
2. Sobre el temperamento artístico del cineasta Ingmar Bergman	79
3. Argumento y concepción narrativa de el rito	80
4. Una obra menor en arte mayor.....	81
5. El juez versus los actores	82
6. El proceso judicial como teatro.....	84
7. Sobre el realismo jurídico en general y el escandinavo en particular ...	85
8. El juez Ernst Abrahamsson: un juez realista.....	88
9. Un proceso realista	90
10. ¿Dónde quedan los valores?.....	92
11. Fin	93

LA FORMACIÓN INTERDISCIPLINARIA EN EL DERECHO

Lorenzo Zolezzi Ibárcena (Perú)

Sumario	95
Palabras liminares	95
1. Antes de la década del sesenta del siglo xx: la influencia clásico-renacentista .	96
2. La literatura europea de los años 60 y el boom latinoamericano.....	96
3. ¿Formación interdisciplinaria en el derecho en los años 60?	96
4. La década del sesenta del siglo XX y el law and social change.....	97
5. La revolución cubana y la descolonización africana.....	97
6. La primera conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el desarrollo	97

7.	El international legal center, y sus informes sobre la educación legal en un mundo cambiante y la investigación en derecho y desarrollo	97
8.	La universidad de stanford y el proyecto derecho y cambio social en la Europa Mediterránea y América Latina	98
9.-	La tercera etapa, el nuevo tipo de abogado y la declinación del fuego vivificador.	98
10.	El aprendizaje en las nuevas generaciones: el internet, las redes sociales, el youtube, el netflix y a los smartphones	99
11.	¿El giro a los temas de los años 60?.....	99
12.	¿Nuevos enfoques, nuevas asignaturas?.....	99
13.	La incorporación, en las facultades de derecho, de derecho y literatura.....	100
	Conclusiones	102

ALGUNOS COMENTARIOS EN TORNO A LA VENTA DE BIEN AJENO, A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN N.º 443-2014-LIMA

Mario Castillo Freyre / Jhoel Chipana Catalán (Perú)

1.	Los hechos	103
2.	Consideraciones generales en torno a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero y la venta de bien ajeno	104
3.	Nuestros comentarios a la Casación	110

EL STATUS JURÍDICO DEL NASCITURUS

Marcelo Parma (Argentina)

Sumario	117
1. La persona en el derecho romano	117
2. Distintas teorías: atribucionista o iusnaturalista	118
3. Las fuentes romanas y su interpretación	123
4. Los antecedentes doctrinales y codiciales de la legislación argentina .	131
a. La tesis de Savigny	131
b. El Código de Napoleón	132
c. La posición de Freitas y su recepción por Vélez en el primer Código Civil Argentino	133
5. El nasciturus en la legislación peruana	135
6. Conclusiones.....	137

EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO

Raúl Chanamé Orbe (Perú)

Sumilla	139
1. La felicidad social	140
2. El Estado liberal y la igualdad	140
3. El problema social y el Estado Liberal	141
4. El Estado social y el constitucionalismo social	143
5. Origen del Constitucionalismo Social	144
5.1. La versión alemana	144
5.2. La versión francesa	146
5.3. La versión socialcristiana	147
5.4. La versión mexicana.....	149
a) Antecedentes.....	149
b) La Constitución de Querétaro	150
c) Art.3 Educación Laica.....	151
d) Art 27: Tierra, Agua Y Propiedad	152
e) Art.123 Trabajo Y Previsión Social.....	153
6. A manera de síntesis	153
7. Bibliografía	155

CUESTIONES SOBRE LA TENTATIVA

En especial referencia a los Códigos penales de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú

Carlos Parma (Argentina)

SUMARIO	157
1. Consideraciones preliminares	158
1.1. El iter criminis o camino del delito	158
2. Concepto de tentativa. Elementos. Idoneidad	159
2.1. Fundamento de la punición en la tentativa	167
2.2. Teorías sobre el Fundamento de la Punición en la Tentativa.....	168
2.2.1. Teoría del peligro.....	168
2.2.2. El quebrantamiento de la vigencia de la norma	169
2.2.3. La lesividad penalmente relevante	170

3.	Distinción entre fundamento de la tentativa y presupuesto de sanción	170
4.	Comienzo de ejecución análisis de las teorías	175
	4.1.0. Subjetiva – objetiva	175
	4.1. Posiciones negativas	176
	4.2. Teoría de la univocidad de Carrara	177
	4.3. Teoría formal objetiva	178
	4.4. Teoría material objetiva	178
	4.5. Teoría del plan concreto del autor	179
5.	Elementos constitutivos de la tentativa	180
6.	El fin del autor	180
	6.1. El Dolo	180

EL PROBLEMA DEL DERECHO NATURAL EN LA DOCTRINA HISTORICISTA DEL DERECHO DE E K. VON SAVIGNY

Juan Antonio Gómez García (España)

1.	La teoría del Derecho natural	184
	1.A) El problema del Derecho natural	184
	1.B) El concepto de naturaleza	185
	1.C) Significados del término Derecho natural	187
	1.D) Caracteres del Derecho natural	188
2.	La cuestión del Derecho natural en la doctrina historicista del Derecho de savigny	190

LAS VÍCTIMAS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL REFORMADO THE VICTIMS WITHIN THE REFORMED CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

Luis Pásara Pazos (Perú)

Resumen	205
Palabras clave	205
Abstract	205
Key words	205
Contenido	205

i. Introducción	206
ii. La víctima en el sentido clásico	206
iii. El procesado como víctima del sistema penal	210
iv. Otras víctimas del sistema penal	217
v. Bibliografía	218

LA CONTRATACIÓN EN LA VENTA DIRECTA

Daniel Echaiz Moreno (Perú)

1. Preliminar	221
2. Introducción	221
3. La venta directa.....	222
3.1. Antecedentes, entorno y relevancia	222
3.2. Definición y características	223
3.3. Distinción con otros modelos de venta	224
4. La contratación en la venta directa	227
4.1. La relación empresa-colaborador	228
4.1.1. La contratación	228
4.1.2. Los incentivos.....	230
4.1.3. Crítica del Derecho Laboral	231
4.2. La relación colaborador-consumidor	232
4.2.1. Etapa previa.....	233
4.2.2. Etapa contractual.....	233
4.2.3. Etapa post-contractual	233
5. Corolario	234

LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: LA ADMINISTRACIÓN CONCERTADA EN MATERIA SANCIONADORA

THE AGREEMENT TO SETTLE THE SANCTION PROCEDURE: THE CONCERTED ADMINISTRATION REGARDING PENALTIES

Juan Carlos Morón Urbina (Perú)

Palabras clave	235
I. Introducción	236
II. La terminación convencional de los procedimientos administrativos como expresión de una administración concertada en reemplazo de la	

administración autoritaria	236
III. Los compromisos de cese como expresión de administración concertada de la potestad sancionadora	240
A. Concepto	240
B. Las características jurídicas de los compromisos de cese	242
IV. Las principales expresiones de la regulación de los compromisos de cese en el derecho administrativo sancionador peruano	245
V. El desuso de los compromisos de cese en los procedimientos sancionadores que lo regulan. La neofobia²³ administrativa y otras sinrazones.....	256
VI. Conclusiones	259

**EL DECRETO LEGISLATIVO 1272 Y LA INCORPORACIÓN
DEL CAPÍTULO I-A SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
DE FISCALIZACIÓN (ARTÍCULOS 228-A AL 228-H) EN EL
TÍTULO IV DE LA LEY 27444, LEY DE PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO GENERAL**

Diego Zegarra Valdivia (España)

Introducción	261
1. Se trata de una “actividad” y no de un “procedimiento” de fiscalización	262
2. Definición de actividad de fiscalización: caracterización jurídica.....	263
3. A modo de conclusión	264

**REELECCIÓN DE ALCALDES Y GOBERNADORES
REGIONALES. Casos en los que el diseño institucional
se divorcia de la realidad**

Jesús Rivera Vila (Perú)

Sumilla	265
1. Introducción	265
2. Prohibición de la reelección inmediata de alcaldes, balances y perspectiva de cambio	266
3. La reelección del mandato municipal constituye un diseño institucional coherente desde la perspectiva de una gestión eficiente	267
4. Precondición mínima para postular como gobernador regional	268
5. Conclusiones	269

LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN LA INVESTIGACIÓN TUTELAR ADMINISTRATIVA

Vicente Paúl Espinoza Santillán (Perú)

Sumario	273
I. Aspectos preliminares	273
II. El abandono como vulneración de derechos fundamentales	274
III. Noción de medidas de protección	274
IV. Finalidad de la adopción de las medidas de protección en casos de situación de abandono o vulneración de derechos fundamentales	275
V. La presunción del estado de abandono	276
VI. El deber de protección de la niñez, por parte del Estado	279
VII. Marco internacional de la obligación de protección a los niños, niñas y adolescentes en estado de abandono	280
VIII. Medidas especiales de protección	281
a) El cuidado en el propio hogar.....	282
b) El programa oficial o comunitario	284
c) Acogimiento familiar.....	285
d) La atención integral	287
IX. Conclusiones	289
X. Referencias bibliograficas	291

¿DOGMÁTICA JURÍDICA EN EL DERECHO DE SUCESIONES? La herencia sin herederos, la herencia yacente y el adiós a la herencia vacante

Juan Carlos Centurión Portales (Perú)

Sumario	293
Palabras liminares	294
I. Introducción	294
II. Aspectos teóricos del derecho de sucesiones por causa de muerte	298
1. Aspectos liminares	298
2. Necesarias consideraciones sobre el patrimonio	299
3. Clases de sucesión mortis causa.....	299
4. Posición del derecho de sucesiones, por causa de muerte, en el derecho privado	300
5. El derecho de sucesiones, por causa de muerte, y su vinculación	

con las otras disciplinas jurídicas.....	300
6. ¿El derecho de sucesiones por causa de muerte, está regulado por normas de orden público?	301
7. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la sucesión por causa de muerte?	302
7.1. La naturaleza jurídica de los derechos reales	302
7.2. Es un modo derivativo y gratuito de adquirir, por causa de muerte, la propiedad, la posesión y otros derechos	303
7.3. ¿Por qué la transmisión sucesoria mortis causa es gratuito?.....	303
7.4. ¿Por qué es por causa de muerte?	303
8. La descripción típica de la herencia en el derecho positivo.....	304
9. Las Partidas y El Digesto y la confusión de sucesión por herencia....	304
10. Los derogados códigos civiles del Perú de 1852 y 1936 y el tratamiento de la sucesión y la herencia.....	304
11. Etapas o fases del proceso en la adquisición de la herencia.....	305
11.1. La apertura de la sucesión	306
11.2. Vocación a la herencia	306
11.3. Delación de la herencia	307
11.4. Adquisición de la herencia	308
11.4.1. Sistema el código civil alemán.....	308
11.4.2. El sistema de Las Pandectas	308
12. Situaciones en las que puede encontrarse la herencia.....	308
12.1. Herencia sin diferir	308
12.2. Herencia abierta.....	309
12.3. Herencia diferida.....	309
12.4. Herencia adida	309
12.5. Herencia indivisa y adjudicada	309
12.6. Herencia sin herederos ¿Vacante?	309
13. La aceptación de la herencia y la herencia yacente	309
14. La herencia yacente	310
14.1. El problema teórico	310
15. ¿Quién es titular de los derechos y obligaciones relictas?.....	311
1. El problema teórico	311
2. La solución práctica	311
20. Propuesta respecto de la herencia yacente	312
21. Evolución de la herencia yacente	312
22. La situación del código civil del Perú de 1984.....	313
GALERÍA DE FOTOS	315

JESÚS ANTONIO RIVERA ORÉ (PERÚ)

Abogado, por la Universidad Mayor de San Marcos del Perú. Profesor universitario. Doctor en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima. Perú. Doctor en Educación, por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur. (Perú). Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima. Perú. Presidente del Capítulo Peruano de la Federación Interamericana de Abogados. Lima.

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO (PERÚ)

Bachiller en Derecho, en 1950, por la Universidad de San Marcos de Lima, con la tesis “Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho”. Abogado, en 1951, por la Universidad de San Marcos de Lima, Doctor en Derecho, en 1961, con la tesis “Derecho de las Personas.”

Profesor de “Filosofía de la Historia” en la Facultad de Letras de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima (1952-1953). Profesor de “Sociología Peruana” en la Facultad de Letras y en la de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú (1951-1955). Profesor Principal Ordinario de “Derecho Civil Comparado” en el Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos (1956 a 1970). Profesor Principal Ordinario de “Título Preliminar, Acto Jurídico y Derecho de las Personas” en el ciclo profesional de la misma Facultad de Derecho (1957 a 1991). Profesor Principal Ordinario de “Derecho Privado Comparado” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (de 1984 a 1996).

Investigación jurídica

Las más importantes investigaciones jurídicas que Carlos Fernández Sessarego ha concluido con resultados innovadores y de aplicación a nivel operativo,

actualmente incorporadas como aportes originales a la literatura jurídica, son aquellas referidas a la “teoría tridimensional del derecho”, al “daño al proyecto de vida” y a la “concepción sobre el sentido o razón de ser del derecho para la vida humana”. Estas concepciones se encuentran recogidas tanto por la doctrina jurídica como por la jurisprudencia comparada. Ellas, así como otras investigaciones que también concluyen con novedosos aportes, están ampliamente documentadas en libros y revistas.

ROBERT ALEXY (ALEMANIA)

Prof. Robert Alexy estudió derecho y filosofía en Göttingen. En 1976 recibió su doctorado con una tesis premiada de la Academia de Ciencias de Göttingen y recibió su habilitación allí en 1984. Después de rechazar una oferta de la Universidad de Regensburg, aceptó una oferta para unirse a la Christian-Albrechts-Universidad de Kiel en 1986. En 1991, declinó una cátedra en la universidad de Graz, y en 1998 una cátedra en la universidad de Göttingen. El Prof. Alexy fue Presidente de la Sección Alemana de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social entre 1994 y 1998.

Ha sido miembro de la Academia de Ciencias de Göttingen desde 2002. Desde 2008 es Doctor Honoris Causa de las Universidades de Alicante , Buenos Aires, Tucumán, Amberes, Lima (Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Ricardo Palma), la Universidad Federal de Brasil de Teresina, la Universidad Carlos de Praga y la Universidad Coimbra. En 2010 recibió la Cruz del Mérito 1º Clase de la Orden del Mérito de la República Federal de Alemania. En 2013 fue galardonado con el Premio de Investigación de la ciudad de Kiel.

JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA (ESPAÑA)

Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UNED. España. Máster en Derechos Fundamentales. Profesor de Filosofía del Derecho en la UNED. Investigador Principal del Grupo de Investigación de la UNED, “Derecho, Literatura y Cine” y director del Seminario Permanente Iberoamericano de Derecho, Política y Cine. Coautor de ‘El Derecho a través de los géneros cinematográficos’ (ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009).

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA (PERÚ)

Ha sido Decano y Jefe del Departamento de Derecho de la PUCP. Ha sido Presidente del Tribunal Administrativo de la CONASEV. Ha sido Miembro del Comité de Protección de los Accionistas Minoritarios de la CONASEV. Ha sido Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI. Recibió la Medalla 90 Años de la Universidad (PUCP) en el 2007. Es Miembro de Número

de la Academia Peruana de Derecho. Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho Es Académico Correspondiente de la Academia Gallega de Jurisprudencia. Es Profesor Honorario de las Universidades San Agustín y Santa María de Arequipa e Inca Garcilaso de la Vega de Lima. Ha sido condecorado con la Medalla Morales y Duárez por el Colegio de Abogados de Lima. Ex Miembro del Consejo Consultivo del Poder Judicial. Miembro fundador de AFEIDAL.

MARIO CASTILLO FREYRE

Abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster y Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Especializado en Derecho Civil, Derecho Arbitral, Derecho de Seguros, Derecho Comercial y Regulatorio. Se desempeñó como abogado en ejercicio independiente de la profesión desde 1993 hasta el 2000. En julio del año 2000 fundó el Estudio que lleva su nombre, en donde actualmente ejerce la profesión. Asimismo, oficia de árbitro en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), del Colegio de Abogados de Lima, del Colegio de Ingenieros del Perú, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de AMCHAM, así como en procesos arbitrales ad hoc. Catedrático de Derecho Civil desde 1990 (obligaciones y contratos) en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ) y Universidad de Lima. Es profesor principal en las dos primeras casas de estudios. Asimismo, es catedrático en el Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, así como profesor honorario en diversas universidades del país y el extranjero. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho (2010) y Académico Correspondiente de la Academia Asturiana de Jurisprudencia y Legislación (2012).

Tiene una abundante y permanente producción jurídica. Ha publicado más de cincuenta obras entre tratados e investigaciones y más de ciento cincuenta artículos especializados. Es coautor con el Doctor Felipe Osterling Parodi del Tratado de las Obligaciones, obra de 16 volúmenes que ha sido destacada en el medio como una de las publicaciones más importantes en la historia del Derecho peruano. Es Director de dos Bibliotecas que ha creado su Estudio de Abogados para promover la difusión del Derecho en el Perú y en el extranjero. La primera se denomina Biblioteca de Arbitraje, que se empezó a editar en el año 2006 y cuyos veintidós primeros volúmenes ya han sido publicados, conteniendo doctrina arbitral de los más calificados profesores nacionales y extranjeros. La segunda Biblioteca se denomina Biblioteca de Derecho y tiene por objeto difundir doctrina correspondiente a otras áreas del Derecho. Expositor en numerosos eventos nacionales e internacionales sobre Derecho Civil y Derecho Arbitral. Idiomas: español, inglés y francés.

JHOEL CHIPANA CATALÁN

Abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, con la tesis «Los árbitros en la Ley de Arbitraje. Bases para una reforma del Título III del Decreto Legislativo n.º 1071». Se encuentra realizando estudios en la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especializado en Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Arbitral y Resolución de Conflictos. Asimismo, se desempeña como secretario arbitral en procesos ad-hoc.

Es Adjunto de Cátedra en el curso de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Anteriormente, se ha desempeñado como Asistente de Cátedra en la misma casa de estudios en los cursos de Acto Jurídico y Derecho de las Obligaciones. Ha publicado los siguientes libros:

«Los árbitros y la Ley de Arbitraje del Perú». Lima: Editorial Thomson Reuters, 2014, 475 páginas.

«Comentarios a la Ley de Arbitraje. Primera Parte». En coautoría con Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya y Laura Castro Zapata. Lima: Editorial Thomson Reuters, 2014, 580 páginas.

«Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda Parte». En coautoría con Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya y Laura Castro Zapata. Lima: Editorial Thomson Reuters, 2014, 700 páginas.

«Las garantías sobre bienes muebles. Comentarios críticos a la Ley de la Garantía Mobiliaria». En coautoría con Mario Castillo Freyre. Lima: Gaceta Jurídica (aparecerá en el mes de julio de 2015), 310 páginas.

Asimismo, ha publicado, como autor y coautor, alrededor de una veintena de artículos sobre Arbitraje, Derecho Civil y Derecho Mercantil, en diversas revistas de derecho del país y del extranjero. Idiomas: español e inglés.

MARCELO PARMA (ARGENTINA)

Abogado por la Universidad de Mendoza, Argentina, 1986. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Mendoza, Argentina, 1992. Doctor en Derecho Canónico por la Universidad Pontificia de la Santa Cruz, Roma, Italia, 2007. Profesor titular de Derecho Romano en la Universidad de Congreso (Mendoza) y en la Universidad Católica de Cuyo (San Juan). Publicaciones: Compendio Básico de Derecho Romano, 1997; Vademécum de Ética Jurídica, 2000; Tratado Fundamental de Derecho Romano, 2010; Publicaciones en el anuario de la Sociedad Argentina de Derecho Canónico (SADEC), 2011-2015; y Publicación en la obra colectiva sobre el “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” (Argentina), en ocho tomos, Ed. La Ley, 2015.

RAÚL CHANAMÉ ORBE (PERÚ)

Profesor Principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magistrado del Jurado Nacional de Elecciones del Perú y Past Decano del Colegio de Abogados de Lima, Perú.

CARLOS PARMA (ARGENTINA)

Abogado, Universidad Nacional de Córdoba. Argentina. Especialización en Docencia Universitaria”. Universidad Nacional de Cuyo. Facultad de Filosofía y Letras. Máster Universitario en derecho del trabajo y de la seguridad social. Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España. Doctor en Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Penal II, en la Universidad de Congreso sede San Carlos, Mendoza. Año 2012 y 2013. Autor de libros sobre derecho penal “El derecho penal frente al espejo”, Editado por la Universidad Católica de Cuenca, Ecuador. Año 2010. “El homicidio y el aborto en la legislación peruana”, Figari – Parma; Editorial Motivensa, Perú; Año 2008. “Prueba. Argumentación, Interpretación”, Editado por la Universidad Católica de Cuenca, Sede Azogues, Año 2011. “Acciones y recursos contra una sentencia penal arbitraria”. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina. Año 2011.

LUIS PÁSARA PAZOS (PERÚ)

Es doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde fue profesor entre 1967 y 1976. Realizó estudios de post grado en la Universidad de Wisconsin. En 1977 fundó el Centro de Estudios de Derecho y Sociedad (CEDYS), en Lima, del que fue director e investigador durante diez años. Ha trabajado sobre el sistema de justicia en Perú, Argentina, Ecuador, Guatemala y México y ha publicado: “Jueces, justicia y poder en el Perú (CEDYS, Lima, 1982), Derecho y sociedad en el Perú (El Virrey, Lima, 1988), Las decisiones judiciales en Guatemala (MINUGUA, Guatemala, 2000), Ley, justicia y sociedad en América Latina (UNAM, México D.F., 2010), Tres claves de la justicia en el Perú (Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2010), La producción judicial en Ecuador (UNAM, México, D.F., 2011) y Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014). Fue fellow del Woodrow Wilson International Center for Scholars, en Washington D.C. en 1980 y en 2011-2012, y de la Universidad de Notre Dame, en 1985 y entre 2000 y 2002. Entre 2002 y 2004 fue profesor investigador visitante en el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), en México, D.F. Desde 2004 hasta 2011 fue investigador del Instituto Interuniversitario de Estudios de Iberoamérica, de la Universidad de Salamanca. Es senior fellow en Due Process of Law Foundation. Reside en

España.

DANIEL ECHAIZ MORENO (PERÚ)

Es abogado por la Universidad de Lima, habiéndose titulado mediante la sustentación de la tesis “Regulación jurídica de los grupos de empresas en el Derecho Empresarial peruano (bases para una legislación integral)” por la cual fue aprobado por unanimidad con el calificativo de sobresaliente.

Actualmente, realiza estudios de post-grado en la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, miembro del Estudio Echaiz Abogados, asistente de cátedra de Derecho Empresarial en la Maestría en Administración de Negocios de la Escuela de Post-Grado de la Universidad de Lima y expositor en diversos eventos académicos. Especialista en Derecho Empresarial y Derecho Genético, es autor de más de treinta artículos publicados en diarios, revistas especializadas y portales jurídicos, tanto peruanos como extranjeros.

JUAN CARLOS MORON URBINA (PERÚ)

Experto en Derecho Administrativo en general, intervención administrativa sobre mercados regulados y contrataciones con el Estado, incluyendo concesiones de infraestructura, servicios públicos y control gubernamental. Patrocina con éxito intereses de diversas e importantes empresas privadas ante el Poder Judicial y organismos gubernamentales en materias de su especialidad, y es consultado como experto independiente, por entidades públicas, privadas y organismos internacionales. Ha apoyado al Proyecto Transparencia en las Adquisiciones Estatales auspiciado por USAID y OSCE, habiendo preparado el “Manual sobre Solución de Controversias durante el proceso de selección y ejecución contractual” y el “Manual sobre Exoneraciones”. Ha participado, asimismo, en diversos procesos de promoción privada en servicios e infraestructura públicos en el ámbito de Gobierno Central y municipalidades, habiendo brindado asesoría a organismos como PROINVERSION, CEPRI LIMA, entre otros.

DIEGO HERNANDO ZEGARRA VALDIVIA (ESPAÑA)

Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Máster en Derecho de las telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información por la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado por Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Posgrado en Derecho de la Competencia en Universidad Carlos III de Madrid y de especialización en Derecho de Administrativo en Universidad de Castilla. Diplomado en Manejo Ambiental e ISO 14001 en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Práctica profesional: Derecho Administrativo, Asuntos Regulatorios, Inversión en Infraestructura y Servicios Públicos, Energía y Explotación de Recursos Naturales, Hidrocarburos, Telecomunicaciones, Protección de Datos Personales y Arbitraje.

Profesor Ordinario Categoría Asociado del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor en el Pregrado de los Cursos de Derecho Administrativo I, II, Derecho de las Telecomunicaciones y Protección de Datos personales en la Facultad de Derecho de la PUCP. Profesor de Post Grado, miembro del Consejo Directivo del Programa de Doctorado en Derecho en Derecho de la PUCP.

Profesor Contratado de la Universidad de Piura.

JESÚS RIVERA VILA (PERÚ)

Doctor en Derecho. Magíster en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de la Facultad de Derecho de la UIGV. Profesor de la Facultad de Derecho de la USIL. Abogado en ejercicio.

VICENTE PAÚL ESPINOZA SANTILLÁN (PERÚ)

Doctor en Derecho, Magister en Gobernabilidad y Desarrollo Organizacional, Abogado y docente universitario, ex Gerente de Investigación Tutelar del INABIF, actualmente Secretario General del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur.

JUAN CARLOS CENTURIÓN PORTALES (PERÚ)

Abogado. Magister. Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Vice Decano del Colegio de Abogados de Lima Sur. Ha publicado: *Manual elemental de derecho romano*. (Personas y Familia). Lima. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. 2004; *¿El concebido es sujeto de derechos humanos?* En: *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*. Alberto del Real Alcalá. Editor. México. UNAM. 2016, pp. 395-406. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4331-la-maquinaria-del-derecho-en-iberoamerica-constitucion-derechos-fundamentales-y-administracion> *La crisis de las humanidades. El caso del derecho romano*. En: *Derecho a Survivir*. Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur. Año 1. N° 1. 2014, pp. 227-236; *La influencia de Justiniano en el derecho de sucesiones*. En: *Ágora*. Revista de Derecho. Números 7 y 8, agosto 2006, diciembre 2008. (págs. 467-480). Edición electrónica: www.derecho-uigv.com; *¿Existió protección a los sujetos de derecho en Roma? Una mirada al derecho romano desde el derecho civil*.

(Segunda parte) En: *Ágora*. Revista de Derecho. Números 5 y 6. Julio 2004-2006. (págs. 277-307) Edición electrónica: www.derecho-uigv.com. *¿Existió protección a los sujetos de derecho en Roma? Una mirada al derecho romano desde el derecho civil*. (Primera parte). En: *Ágora*. Revista de Derecho. Números 3 y 4, julio 2002-2004. (págs. 395-412) Edición electrónica: www.derecho-uigv.com.

LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL PERÚ¹. UN BALANCE HISTÓRICO

Primera Parte

Jesús Rivera Oré²

Sumario

1. Introducción.
2. La centralización y la descentralización desde la teoría.
3. El centralismo peruano, una manera de constituirse en un estado-nación, o un mal a extirpar.
4. El centralismo y el régimen descentralista.
5. Orígenes del centralismo peruano.
 - 5.1. La expansión española y el fin del imperio Inca.
 - 5.2. La independencia en el Perú.
 - 5.3. La descentralización y el régimen de Manuel Pardo.
 - 5.4. El proyecto de descentralización del general Cáceres.
 - 5.5. Corriente descentralista de la década de 1920.
 - 5.6. El primer gobierno de Manuel Prado (1939-1945) y las Corporaciones Departamentales de Desarrollo.
 - 5.7. El gobierno militar de 1968.
 - 5.8. El modelo liberal, el ajuste estructural y Cambio 90.

1. Introducción.

Según muchos peruanos, la descentralización es, en teoría, una reforma institucional y un proceso de cambio imprescindible para modernizar y democratizar la sociedad peruana, para reformar el Estado peruano, para reducir las desigualdades y divergencias económicas regionales y locales, en

1 El artículo es una síntesis reelaborada del libro del autor, *La descentralización y el desafío del estado moderno* Lima. Grijley, 2014, que fue presentado el 09 de diciembre del año 2014 en el Congreso de la República.

2 Abogado, por la Universidad Mayor de San Marcos del Perú. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur. (Perú). Profesor universitario. Doctor en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima. Perú. Doctor en Educación, por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima. Perú. Presidente del Capítulo Peruano de la Federación Interamericana de Abogados. Lima. Abogado en ejercicio.

consecuencia para reducir la pobreza. Es decir, es un remedio de amplio espectro, con múltiples fines.³

Esto es un problema, pues, estamos frente a una reforma que debería resolver lo que las políticas macroeconómicas, sectoriales y sociales no han podido hacer hasta ahora. Se le pide demasiado a la descentralización, por ejemplo cambiar varias estructuras económicas, políticas, institucionales y culturales, con la sola regionalización, creación de gobiernos regionales y reforzamiento de los gobiernos locales. Presentada así, la descentralización es probablemente el mayor desafío, económico, social y político que tienen frente a sí los peruanos.⁴

Para acometer un desafío de esta magnitud, la descentralización debe partir de una concertación de esfuerzos durante varios años (15 a 20 años) entre todos los sectores de la población, con una conducción y liderazgo claros en cada gobierno, pero como una política de Estado.⁵

El centralismo en el Perú es el resultado del proceso histórico, de un modelo de desarrollo económico y políticas públicas que han favorecido la concentración. El tema de la descentralización está estrechamente vinculado a la situación centro-periferia. En Lima Metropolitana vive un tercio de la población total, la capital concentra de una manera dominante los recursos humanos, la recaudación de los tributos, la economía, las colocaciones de créditos, las instituciones políticas.⁶

La centralización que hay respecto a Lima, se repite de manera similar en la mayoría de los departamentos respecto a sus capitales departamentales. Además, se puede constatar que las relaciones entre la ciudad y el campo son muy débiles y que existen grandes brechas de desarrollo entre las regiones. Es sorprendente observar con qué rapidez se ha dado la urbanización y concentración en Lima.

En 1871 esta ciudad tenía solamente 100,000 habitantes y había otras ciudades semejantes en tamaño. El proceso de acelerada urbanización se ha repetido en un grado menos dramático en ciudades secundarias como Chiclayo, Arequipa, Trujillo, o también en ciudades pequeñas como Ilo (1940: 5,000 habitantes, 1998: cerca de 85,000). Con la reducción de la tasa de natalidad, supuestamente este proceso se va desacelerar, por lo menos en centros que carecen de un gran flujo de migrantes.

2. La centralización y la descentralización desde la teoría.

En el contexto de la globalización y la revolución científico-tecnológica – además de la democratización en América Latina-, el proceso centralizador

3 Gonzales de Olarte, Efraín. Centralización y descentralización en el Perú. [Documento en Línea]. Disponible http://macareo.pucp.edu.pe/~egonzal/Descentralizacion_apoyo.pdf [Consulta: 2017, febrero 08]. p. 2

4 Gonzales de Olarte, Efraín. Opus cit, p.2

5 Opus cit, p.2

6 Rühling, Markus. El proceso de descentralización en el Perú: análisis, retos y perspectivas 2002 Aportes al debate No 2

de la sociedad, la economía y la política ha dado lugar a su antítesis: la descentralización. De manera general, se entiende por descentralización aquel proceso de transferencia de poder político, fiscal y administrativo desde el nivel central a los niveles sub-nacionales del gobierno.⁷

En América Latina la descentralización se ha entendido como un medio para alcanzar diversos objetivos, entre los cuales podemos destacar: profundizar y perfeccionar la democracia, fortalecer el desarrollo “desde abajo”, contribuir a la equidad ciudadana, disminuir el aparato del Estado y hacer más eficiente la gestión pública.⁸

No obstante, independiente del objetivo inicial que se adjudique a la descentralización, existe consenso respecto de que se trata de un proceso político que ha apelado a una nueva forma de gobernar que –de la mano de la reconfiguración del Estado e inspirado en la idea de incluir a la ciudadanía en las decisiones públicas- se propuso fortalecer y consolidar un camino político más democrático y eficiente para la región.⁹

Este fenómeno ha traído como consecuencia que el tema se haya generalizado lo suficiente y hoy ocupe importantes lugares en la agenda de discusión de la región, tanto en centros académicos y organismos internacionales como en los gobiernos nacionales, partidos políticos y sociedad civil. Se puede encontrar en la derecha y en la izquierda, en el país pequeño y en el grande y en cualquiera de los continentes, y su generalización se puede asemejar al interés suscitado por la democracia, los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo, entre otros.¹⁰

Este hecho ha generado que en la literatura se puedan distinguir diferentes enfoques teóricos o corrientes que abordan la temática de la descentralización. Los estudios de la descentralización se ordenan en cinco grupos. Esta clasificación no es disciplinar y sólo hace alusión a énfasis teóricos que se hacen en los estudios de la descentralización; además, no pretende ser exhaustiva ni mutuamente excluyente, por lo que puede que un autor o estudio aparezca en varios de los enfoques señalados.¹¹

Estos cinco grupos son clasificados de acuerdo al enfoque o énfasis teórico que se hace del tema. De esta manera se identifican:

1. Los estudios con un enfoque económico en su vertiente del federalismo fiscal y el regionalismo;

7 Montecinos, Egon. Los estudios de descentralización en América Latina: una revisión sobre el estado actual de la temática. En: Revista eure (Vol. XXXI, Nº 93), pp. 73-88, Santiago de Chile, agosto 2005, p. 74

8 Montecinos, Egon. Opus cit, p. 74

9 Ibid, p. 74

10 Carrión, F. Procesos de descentralización en la Comunidad Andina. Quito: (2003). Flacso, citado por Montecinos.

11 Montecinos, Egon. Opus cit, p. 74

2. Los estudios con un enfoque sociológico,
3. Los estudios con un enfoque asociado a la nueva gestión pública;
4. Los estudios con un enfoque politológico, y por último,
5. Los estudios que se relacionan con lo que autores como Fernández¹² denominan el enfoque del optimismo multilateral¹³.

En estos cinco grupos se hace una revisión de los principales trabajos sobre la descentralización con el objetivo de examinar sus principales preocupaciones y contextualizar el estado actual de la temática, para finalmente plantear una agenda de investigación futura en la materia.¹⁴

Sin embargo considero que además de lo planteado, hay un enfoque histórico.

3. El centralismo peruano, una manera de constituirse en un estado-nación, o un mal a extirpar.

Los actuales debates, tanto en la escena estatal como en el terreno de la opinión pública, acerca de la naturaleza del centralismo peruano y la mejor manera de ponerle fin y empezar a andar por la senda descentralizadora, invitan a un examen de los distintos intentos descentralizadores aplicados en la historia peruana. Este examen es tanto más necesario cuando uno comprueba la cantidad de proyectos e intentos descentralizadores que pueden encontrar en ella, sobre todo en sus últimos dos siglos. No es algo con lo que uno esperaría topar en un país tan marcadamente centralista como el Perú. La primera reacción sería seguramente pensar que en un país así, jamás ha habido preocupación por la descentralización, o que no ha se tomado consciencia de los defectos de su excesivo centralismo.¹⁵

El problema del centralismo peruano no ha sido, sin embargo, de falta de percepción y de interés en resolverlo. Tal vez sí, en cambio, de un mal diagnóstico; es decir, de una equivocada idea acerca de sus raíces y su naturaleza. Lo que finalmente también arrastra a confusas expectativas entre la población acerca de lo que cabría esperar de un régimen descentralizado.¹⁶

La tendencia en el Perú ha sido ver el centralismo, no como una *manera de ser*, o de *constituirse*, de un estado-nación, hasta cierto punto válido o legítimo, sino como

12 Fernández, V. Transformación del Estado y procesos de descentralización: la propuesta del Banco Mundial en la década de 1990 y las lógicas-intereses en el capitalismo global. Problemas del Desarrollo, Revista Latinoamericana de Economía, (2002). 33, 128, citado por Montecinos, Egon. Opus cit, p. 74

13 Montecinos, Egon. Opus cit, p. 74

14 Ibid, p. 74

15 Contreras Carranza, Carlos. El centralismo peruano en su perspectiva histórica. Lima: IEP, 2002.- (Documento de Trabajo, 127. Serie Historia, 24), p.5

16 Contreras Carranza, Carlos. Opus cit, p.5

un mal a extirpar, cual si fuera un tumor dentro de un organismo anteriormente sano. Esta segunda perspectiva ha gozado, en efecto, de gran predicamento. De acuerdo a ella, el centralismo fue un mal que aquejó al Perú recién en el siglo veinte, sobre todo desde las décadas de los años veinte, treinta o cuarenta.¹⁷

Para ello los autores se amparan en datos demográficos, que señalan, por ejemplo, que hasta más o menos 1920, la ciudad capital, Lima, supuesta cabeza del mal, nunca tuvo más del 5% de toda la población peruana (hoy, en cambio, tiene un 28%) y que hasta 1940, la región de la sierra concentraba dos tercios del total demográfico (hoy contiene solamente un tercio). Asimismo, se apoyan en datos económicos y financieros, que coincidirían en señalar que la concentración en Lima de la capacidad industrial y de los recursos financieros y fiscales se habría dado realmente en los últimos dos tercios del siglo veinte.¹⁸

4. El centralismo y el régimen descentralista.

Consideraremos el *centralismo* como un régimen político y económico en el cual se produce una jerarquización del territorio y de sus autoridades, y donde es dicha jerarquización la que *da forma y articula* al país. En estos países hay entonces un lugar «central», a partir del cual se irradia la nación (o al menos así se lo considera): la cultura y los valores que la encarnan, incluyendo el idioma y la religión, y espacios «*periféricos*», más bien pasivos, donde si bien existe una cultura propia y eventualmente distinta a la irradiada desde el lugar central, ella se ve subordinada a esta última, ya sea por decisión propia o impuesta. Normalmente, el espacio central está más densamente poblado y/o goza de ventajas comparativas para relacionarse con el resto del mundo o con otros centros, de los que puede obtener recursos económicos o políticos que refuerzan su liderazgo.¹⁹

El régimen *descentralista*, en cambio, presupone la igualdad entre las distintas partes del espacio territorial de la nación; dicha igualdad se ampara en la autonomía económica y hasta cierto punto política de las regiones (lo que en concreto significa: autosuficiencia fiscal y capacidad de autogobierno), o al menos de algunas de ellas, antes de su convergencia en un solo «país». No suele haber diferencias demográficas marcadas y distintos puntos del territorio pueden gozar de las mismas ventajas de comunicación con el resto del mundo. Aunque también existe en este caso un «centro» político, éste se constituye como resultado de una decisión de las distintas regiones; y no éstas, como resultado de una decisión del «centro», como ocurriría en el modelo centralista.²⁰

17 Ibid, p.5

18 Ibid, p.6

19 Ibid, p.6

20 Ibid, p.6

De tal definición, puede colegirse que hay circunstancias geográficas que propician el centralismo, o el *descentralismo*, argumento que ya propusiera Jorge Basadre en *Perú problema y posibilidad* (1931), cuando señalaba que ha mayor extensión territorial y dificultad de comunicar el territorio, el centralismo político se haría tanto más necesario. Un país con una sola costa y un solo puerto constituyen una invitación al centralismo; sobre todo si la economía depende mucho del comercio exterior y si el gobierno se instala en el puerto (caso de Argentina, por ejemplo, o durante mucho tiempo también de Brasil). Al revés: varias costas y varios puertos, invitan a un esquema más bien descentralizado; cual podrían ser los casos de Estados Unidos, Inglaterra, México o Colombia. Pero la historia, por supuesto, puede compensar estos marcos geográficos. Revisemos el caso peruano.²¹

5. Orígenes del centralismo peruano

5.1. La expansión española y el fin del imperio Inca.

La expansión española en América durante el siglo XVI terminó por absorber el imperio Inca. La riqueza del territorio andino en materia demográfica, infraestructura agrícola, caminos y yacimientos de metales preciosos, hizo que en el territorio del antiguo *Tahuantinsuyu* se asentara un importante contingente de colonos españoles. Hacia los años de 1540, aproximadamente una década después del apesamiento y ejecución de Atahualpa, el monarca indígena, y de la fundación de las principales ciudades «españolas», como Jauja, Trujillo, Lima y Cuzco, ya sumaban entre cinco mil y diez mil hombres.²²

Cuando en torno a estas plazas podía comenzar a asomar la formación de una suerte de «señoríos» locales y, en consecuencia, de sociedades regionales organizadas a partir de dichos «focos» de poder social o político, las fuerzas del rey irrumpieron en el recién conquistado país, reemplazando, como ha sintetizado Claudio Veliz, la figura del «héroe militar disidente», como era Gonzalo Pizarro, por el «leal funcionario civil», como Pedro de La Gasca.²³ El guerrero solista, atento sobre todo a las lealtades cercanas, más que a las lejanas, fue desplazado entonces por el burócrata imperial, menos dado a las lealtades locales, y más bien subordinado a las de larga distancia: el poder central, que era el rey y su corte.²⁴

Los colonos españoles que asomaban como empresarios mineros demasiado prósperos, fueron expropiados por el Estado en la década de 1570.

21 *Ibid.*, p.6

22 Lockhart, James. *El mundo hispano peruano, 1532-1560*. México: Fondo de Cultura Económica, 1982; p. 292, citado por Contreras Carranza, *opus cit.*, p.7

23 Claudio Veliz, *La tradición centralista en América Latina*. Barcelona: Crítica, 1984; p. 19, citado por Contreras Carranza, *opus cit.*, p.7

24 Contreras Carranza, *opus cit.*, p.7

La política del virrey Toledo alejando a los potenciales magnates particulares, como Amador de Cabrera, de la posesión de yacimientos mineros claves, como los de Huancavelica, no fueron sino la reedición de la victoria de La Gasca sobre Gonzalo Pizarro.²⁵

En la segunda mitad del siglo XVI se instauró en el Perú, como en otros dominios españoles en América, una red burocrática colonial que virtualmente no dejaba lugar a las autonomías locales y a la influencia civil. Debajo del virrey estaba la Audiencia, que funcionaba como un Consejo de Estado, y más abajo, los corregidores, que venían a ser los gobernadores provinciales. Todos ellos eran funcionarios nombrados por el poder central. Los corregidores podían tener «tenientes» en los pueblos, a guisa de auxiliares o representantes, que al parecer eran designados solamente por ellos. Estos tenientes realizaban alianzas con los curacas y solían delegar en ellos parte de sus funciones. Los curacas importantes pactaban directamente con los propios corregidores.²⁶

Los corregidores venían a ser una pieza clave en la estructura burocrática centralista. Ellos gobernaban en nombre del rey (de donde les venía el nombre) y monopolizaban las funciones de aplicación de justicia, gobierno interior y recaudación fiscal. En este sentido vinieron a cumplir el papel que hubieran querido para sí los encomenderos, quienes en los debates y batallas de mediados del XVI, reclamaban precisamente que, además de su derecho a recaudar un tributo de la población conquistada, pudiesen también administrar justicia en ella (tener «*alta vara en justicia civil y criminal*») y, en suma, «gobernar» ahí sin la injerencia de otros funcionarios del rey. Su triunfo hubiera creado linajes o aristocracias locales; su derrota, en cambio, dio paso al modelo regalista o de despotismo estatal. En este enfrentamiento, los indios, a fin de librarse del vasallaje a un señor militar presente, se entregaron a los brazos de un rey lejano; tal vez pensando que la distancia haría de ese dominio, uno más bien laxo y tal vez ausente.²⁷

5.2. La independencia en el Perú

La independencia en el Perú abrió paso a un período descentralista en la medida en que, producida la ruptura con España, Lima, la capital del virreinato, perdió legitimidad como cabeza organizativa. Quedaba reducida

25 Ibid, p. 7

26 Véase el clásico trabajo reeditado de Guillermo Lohmann: El corregidor de indios en el Perú bajo los Austrias. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001; p. 53 y cap. XV. Sobre los curacas, revisar Luis. Glave, Trajinantes. Caminos indígenas en la sociedad colonial; siglos XVI/XVII. Lima: Instituto de Apoyo Agrario, 1989; especialmente cap. VI, así como Franklin Pease, Curacas, reciprocidad y riqueza. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992; cap. VI., citado por Contreras Carranza, opus cit, p.7

27 Contreras Carranza, opus cit, p.7

a haber sido la sede de un régimen ahora percibido como tiránico y opresor. Podría haberla rehabilitado el cumplimiento de un papel protagónico en la lucha por la independencia: haberse transformado de ser la cabeza del mal, en la *caudilla* de la insurrección, como el hijo bueno de un rey malo, pero ciertamente no jugó ese papel.²⁸

La generación de la independencia fue sin duda sensible al tema del centralismo. Estaban dispuestos a romper con él, en la medida que lo asociaba al régimen colonial contra el que habían luchado. Por ello en la primera Constitución, de 1823, se crearon Juntas Departamentales y el cargo de Presidentes de los Departamentos. Estas Juntas, desconocidas más tarde en la Constitución bolivariana, de 1826, vuelven a ser mencionadas en la carta magna de 1828, la *gamarrista*, para sumergirse otra vez en el limbo en las Constituciones de 1834 y 1839. Sus miembros eran elegidos por la población de acuerdo a un cupo para cada provincia. Sus funciones no eran, sin embargo, de gobierno, sino de promoción de «*los intereses del departamento*» y de algo parecido a un «*consejo de estado*» para las autoridades políticas nombradas por el Poder Ejecutivo enclavado en Lima: los prefectos. También les cabía desempeñar labores de fiscalización de los agentes del gobierno central. Carecían de ingresos propios, salvo gabelas como el *Pontazgo*, que por lo general no recaudaban sumas importantes.²⁹

5.3. La descentralización y el régimen de Manuel Pardo.

Con el colapso del negocio del guano, el centralismo erigido sobre su base, llegó desde luego a su fin. Esto ocurrió ya antes de la guerra con Chile. Desde la década de 1870 sectores de la élite del país percibieron la deformación que el fenómeno del guano había introducido en la república: los gastos corrientes, como la planilla de la administración y el sostenimiento de las fuerzas públicas, se financiaban con ingresos extraordinarios, como los de la renta guanera; se multiplicaban los departamentos y las provincias bajo el regazo del tesoro manado por el fertilizante; el Estado era cada vez más rico, y los ciudadanos cada vez más pobres; Lima volvía a ser «*la ciudad de los reyes*», pero las provincias languidecían. La descentralización fue entonces vista como el eje de un programa regenerador o refundador de la república, patrón que desde entonces se ha repetido cíclicamente.³⁰

28 *Ibid*, p.7

29 Sobre tales Juntas, véase los trabajos recientes de Johnny Zas Friz, *La descentralización ficticia. Perú 1821-1998*. Lima: Universidad del Pacífico, 1998; pp. 39-46, y Pedro Planas, *La descentralización en el Perú republicano*; cap. 2; así como lo que parece ser, al decir de Pedro Planas, la única monografía sobre el tema: Raúl Rivera Serna, «Las Juntas Departamentales durante el primer Gobierno del Mariscal don Agustín Gamarra». En *Boletín de la Biblioteca Nacional* N° 31-32. Lima: 1964; pp. 3-18, citado por Contreras Carranza, *opus cit*, p.14

30 Contreras Carranza, *opus cit*, p.17

Un hito importante fue la descentralización iniciada por el régimen de Manuel Pardo, con la Ley de Municipalidades de 1873. Ya en 1852 otra ley había rescatado del limbo a los antiguos ayuntamientos legados de la época colonial y que habían sido clausurados por la Constitución de 1839. El gobierno de Pardo inició un importante, aunque contenido, proceso de descentralización, transfiriendo a los Concejos Departamentales (erigidos sobre la base del municipio de la capital del departamento), y provinciales (erigidos sobre la base de los municipios capitales de provincia), el servicio de instrucción pública, recién creado, el mantenimiento y erección de obras públicas en la circunscripción, la atención hospitalaria y de beneficencia, el registro civil y otras funciones más propiamente «*ediles*».³¹

Para ello transfirió a esas entidades dos tercios de las contribuciones directas que se

recaudaban en sus territorios, y determinó que serían los Colegios Electorales de las localidades, quienes elegirían a los miembros de los Consejos. Se creó, además, una contribución general a favor de los Concejos, conocida como la «contribución de escuelas», que debían pagar todos los varones mayores de 21 años y se añadió un impuesto de 2% adicional sobre las importaciones a fin de crear un fondo que se distribuiría entre los Concejos. No se han realizado investigaciones que den cuenta del éxito de este experimento descentralista, pero las opiniones predominantes refieren más bien de un fracaso. La contribución de escuelas, según parece, no llegó a cobrarse; muchos Consejos permanecieron acéfalos y sin cumplir sus funciones.³²

Vale la pena, sin embargo, citar la evaluación que hacía el propio Manuel Pardo en lo que fue su último Mensaje al Congreso, el 28 de julio de 1876, cuando entregó la Presidencia de la República, tanto por su sana insistencia en la importancia de la práctica de las instituciones, para su marcha eficaz, cuanto por la elegancia de su retórica: *«Estos inconvenientes nacen, en su mayor parte, del atraso de algunos pueblos y de su falta de educación política; pero esas mismas dificultades ratifican mis convicciones sobre la necesidad y conveniencia de la institución [de la descentralización]. Las instituciones de administración propia dan fruto pronto en los pueblos educados pero educan a los que no lo están y por consiguiente sólo pueden arraigarse con el transcurso de las generaciones; la impaciencia podrá atribuir a los defectos de la ley los embarazos que la institución encuentra hoy en su marcha; pero las enmiendas que de ella se hagan apenas harán mejor su práctica; porque lo que hay que*

31 Ibid, p.18

32 Ibid, p.18

*reformar no es la ley sino los hombres y esta reforma no se obtiene sino por la educación y por la práctica misma en la administración de los asuntos de la localidad».*³³

El funcionamiento de la descentralización realizada por el gobierno de Manuel Pardo aún espera su investigador. Los juicios hasta hoy disponibles están muy influidos por las opiniones que a favor o en contra de la descentralización ha habido en diversos momentos de la historia peruana después de la guerra con Chile. Quienes se han opuesto a la descentralización, o han tomado partido por un proceso moderado, como por ejemplo José Carlos Mariátegui o Víctor Andrés Belaunde, han cargado las tintas contra dichos Concejos.³⁴

5.4. El proyecto de descentralización del general Cáceres

La descentralización fiscal de 1886, fue el intento más importante por introducir al país en un régimen descentralizado. Por ello mismo no sorprende que sobre su significado existan interpretaciones abiertamente enfrentadas. La elogian unos (como Pedro Planas), la critican otros (Emilio Romero, Jorge Basadre); hay quienes, negligentemente, también la ignoran.³⁵

Los opuestos a esta experiencia (la lista es larga, porque se enriqueció después con firmas como la de José Carlos Mariátegui y Víctor Andrés Belaunde) sostuvieron que la descentralización de la postguerra significó entregar el gobierno de las regiones a los «gamonales» del interior, que para ellos era la peor apuesta que podía hacerse por la redención del Perú, tras la catástrofe bélica.³⁶

Los gamonales eran, para ellos, élites feudales pre-modernas, de ideas retrógradas, explotadoras inmisericordes de los indios, una especie de corregidores republicanos. Con todas las taras del ámbito rural, encima, y totalmente despojadas en consecuencia de las virtudes ciudadanas necesarias para desempeñar cargos públicos. En cualquier caso, la «*mala opinión*» de la elite del centro respecto de las elites provinciales (cuando han llegado a aceptar que esas elites existen), ha sido una constante en nuestra historia republicana.³⁷

5.5. Corriente descentralista de la década de 1920

Durante la década de 1920 se organizó una fuerte corriente descentralista en varios departamentos del sur, que tuvo en Manuel Jesús Gamarra,

33 Citado por Pedro Planas en su libro *La descentralización en el Perú*; p. 237.

34 Contreras Carranza, opus cit, p.18

35 Opus cit, p.19

36 Opus cit, p.19

37 Ibid, p.19

Luis Valcárcel y Emilio Romero a tres emblemáticos representantes, que confluyeron en la fundación de un *Partido Descendralista*. Con ocasión de la preparación de la nueva Constitución de 1933, éste, junto con otros aliados también provenientes del sur, consiguió hacer aprobar una nueva Ley de Descentralización, que creó los Concejos Departamentales. Estos no llegaron, sin embargo, a funcionar y la ley quedó en «letra muerta».³⁸

Los ingresos previstos para estos Consejos repetían más o menos los mismos que de 1886; es decir, imposiciones de tipo directo. Se previó resolver la falta de un impuesto masivo como la contribución personal, con un impuesto adicional sobre las importaciones (la misma idea de 1873) y la transferencia de fondos del tesoro central hacia los Concejos. Aunque esta sustitución era comprensible, tenía el defecto de hacer pender una parte importante de los fondos de los Consejos de subsidios gratuitos del tesoro central.³⁹

Según la Ley Orgánica de Descentralización las elecciones debían realizarse en junio de 1934 y los Concejos, empezar a funcionar en 1935, pero el cumplimiento de este cronograma se enfrentó a una fuerte oposición, en el marco de la lucha entre los partidos representantes de los intereses de la clase propietaria de la costa y los partidos aprista y comunista. Se habló del excesivo poder que tendrían los Consejos; se agitó nuevamente la cuestión de las élites bárbaras del interior, esta vez bajo el membrete de los «*poderes cacicales*», y el temor a la desintegración cultural o educativa. Con la anulación de las elecciones de 1936 y la consecuente prórroga del mandato, ahora convertido en dictadura, del general Oscar Benavides, podemos decir que la batalla por hacer cumplir este capítulo de la Constitución se había perdido.⁴⁰

5.6. El primer gobierno de Manuel Prado (1939-1945) y las Corporaciones Departamentales de Desarrollo.

Durante el primer gobierno de Manuel Prado (1939-1945) nacieron las Corporaciones Departamentales de Desarrollo, encargadas de dirigir las inversiones públicas en el interior, bajo un esquema asimismo centralizado en el poder ejecutivo. Se retomaba la idea que la fuerza modernizadora en el país era el Estado central, de modo que era un flaco favor a las provincias dejar en manos de las élites locales el diseño y la ejecución de los planes de desarrollo⁴¹.

38 Contreras Carranza, opus cit, p.25

39 Ibid, p.25

40 Ibid, p.25

41 Ibid, p.25

42 Encabezado por el general Juan Velasco (1968-1975)

43 Contreras Carranza, opus cit, p.27

44 A través del Decreto Ley 17716 del 24 de junio de 1969.

45 Contreras Carranza, opus cit, p.27

46 Opus cit, p.28

5.7. El gobierno militar de 1968

La revolución militar de 1968⁴² implicó, como la de Ramón Castilla en 1854, la de Piérola en 1895 y la militar de 1930-33 un reforzamiento del centralismo. La creación de nuevos Ministerios y de un Instituto de Planificación, así como la de empresas públicas en variados ámbitos de la economía elevó el grado del centralismo a parámetros mayúsculos. La presión demográfica en el interior (el Perú pasó de 7 a 17 millones de habitantes entre 1940 y 1981) impulsó una masiva migración hacia Lima, que pasó entre esas mismas fechas, de 600 mil a 4.5 millones de habitantes. El populismo económico y el peso electoral de la capital hicieron que la política económica incorporara un subsidio del campo en favor de la ciudad, alimentando más el desplazamiento demográfico hacia la urbe⁴³.

La esperanza que la Reforma Agraria⁴⁴, emprendida a partir de 1969, detuviera el flujo migratorio se vio completamente frustrada. La reforma agraria terminó con el latifundismo en el interior, pero liquidó con ello también las élites regionales que podrían haber relanzado un proyecto descentralista, aunque fuera del tipo que abominaba José Carlos Mariátegui. La descentralización fue un tópico que comenzó a ser discutido más en Lima que en las provincias.⁴⁵

5.8. El modelo liberal, el ajuste estructural y Cambio 90.

El autogolpe de estado de 1992 puso fin a esta experiencia, creándose en su reemplazo los Consejos Transitorios de Administración Regional, de nula autonomía política y fiscal. El gobierno de Alberto Fujimori reclamó, como en el pasado, una reinstauración del centralismo como requisito para poner en marcha sus planes de liberalización de la economía.⁴⁶

El proceso de regionalización emprendido el año 1989 se basó en un modelo en el que los ministerios debían ser instancias dedicadas a la formulación de planes, a la coordinación y a la supervisión, mientras que los niveles sub nacionales se encargaban de la ejecución.⁴⁷

Las regiones fueron diseñadas sin un debate previo, sin tener en cuenta la fuerte identidad departamental de la población. En consecuencia, la nueva demarcación territorial establecida no contaba con la aprobación de la población.⁴⁸

El diseño de los gobiernos regionales dio lugar a que estos fueran administrados mayoritariamente por fuerzas opositoras al siguiente gobierno,

47 **Contraloría General de la República.** Estudio del proceso de descentralización en el Perú, desde una perspectiva del control gubernamental Capítulo 1: Antecedentes. Lima, **Apoyo Consultoría. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD.** 2014, p13

48 **Contraloría General de la República.** Opus cit, p13

las que obstaculizaron la aplicación de las medidas de ajuste económico impostergables y pretendían utilizar el poder regional para prolongar un modelo económico agotado.⁴⁹

La experiencia terminó con la intervención de los gobiernos regionales luego del 5 de abril de 1992, donde el Estado se re-centralizó desordenadamente: los CTAR funcionaron en la práctica sin definición legal y se dedicaban principalmente a la ejecución de inversiones. La asignación de funciones en el campo de las inversiones coexistía con las municipalidades y numerosos organismos públicos dependientes de otros ministerios. Al no existir una definición legal ordenadora de las competencias, ni tampoco un sistema de priorización, todo se resolvía con la coordinación.⁵⁰

Presupuestalmente, los CTAR mantenían la titularidad de los recursos de las direcciones regionales sectoriales, pero su margen de intervención sobre la gestión de estas instancias era limitado. Las direcciones regionales eran un híbrido: no eran ni organismos desconcentrados de los ministerios ni tampoco organismos descentralizados.⁵¹

En 1998, la Ley Marco de Descentralización pretendió ordenar estas instituciones y trazar el camino hacia una descentralización gradual, pero esta norma no se llegó a implementar.⁵²

Una iniciativa ordenadora que sí se concretó fue la introducción desde el Ministerio de Economía y Finanzas del Sistema Nacional de Inversión Pública en julio del 2000, con el fin de organizar y priorizar el gasto público en inversiones.⁵³

Conclusiones

Considero que el proceso de descentralización en Perú, como también lo sostiene Markus Rühling se integra en el ámbito más general de modernización del Estado, está presente en la agenda actual del Perú y se han podido registrar últimamente avances fundamentales. Sin embargo, hay varias normas esenciales pendientes. Lo más importante es que la estructura o el diseño institucional está definido en sus grandes ejes.

49 Opus cit, p13

50 Ibid, p.13

51 Ibid, p.13

52 Ibid, p.13

53 Ibid, p.13

¿ES POSIBLE PROTEGER JURÍDICAMENTE EL “PROYECTO DE VIDA”?

Carlos Fernández Sessarego

Sumario

Introducción. 1. La libertad 2. Características del ser libertad 3. Las instancias de la libertad 4. La libertad como proyecto 5. El “proyecto de vida” 6. El proyecto “alternativo” 7. El proyecto “sustitutorio” 8. Libertad, voluntad y proyecto de vida 9. “Proyecto de vida” y valoración 10. Los instrumentos con que cuenta la persona para la elección del “proyecto de vida” 12. La complejidad del “proyecto de vida” 13. El surgimiento del “proyecto de vida” 14. ¿Merece protección jurídica el “proyecto de vida”? 15. Reparación del “daño al proyecto de vida” 16. Apreciaciones de los profesores Alpa y Busnelli.

Introducción

En las páginas siguientes intentamos elaborar un brevísimo y apretado resumen de los alcances de la nueva figura del “daño al proyecto de vida” o “daño a la libertad fenoménica”, que es una de las modalidades o categorías del amplio y genérico concepto de “daño a la persona”. Nunca antes en el pasado se había hecho referencia a esta nueva institución por lo que su absoluta novedad en el panorama del Derecho de Daños obliga a repensarla permanentemente para afinarla, absolver dudas, rectificar errores, cubrir vacíos, plantear nuevas cuestiones, desarrollarla en suma.

El propósito cardinal de este trabajo es el de interrogarnos si en verdad existe un “proyecto de vida” y, de ser el caso, si es posible dañarlo en cuanto significa la exteriorización y realización fáctica de la libertad ontológica en que consiste el ser del hombre. La libertad fenoménica, constituida por actos o conductas que responden a una decisión libre de la persona, ¿puede ser frustrada, menoscabada o retardada en su ejecución? Esta es la cuestión a descifrar no obstante que, desde su creación en 1985, ha sido ya acogida por la jurisprudencia supranacional americana y por un sector de la jurisprudencia comparada así como por un cada vez más creciente número de juristas que han respondido afirmativamente a la interrogante que nos formulamos.

El tema, por su novedad y trascendencia en cuanto se refiere a la protección preventiva, unitaria e integral de la persona humana, sigue abierto al debate.

1. La libertad

La libertad es el **ser** del hombre. La persona humana es un **ser libertad**. La libertad es lo que caracteriza al ser humano, lo que lo hace ser el ente que **es** y no otro. La libertad lo diferencia de los demás entes del mundo, incluyendo a los de su propia especie. Es, por ello, el único ser espiritual.

A la libertad, en cuanto ser del hombre, no se le puede definir. No es “algo”, una cosa u objeto que tengamos ante nuestra mirada, que podamos describir en su integridad o plenitud. No es un ente exterior a nosotros mismos, captable por los sentidos. A la libertad el ser humano la sensibiliza, la vivencia.

Pero, a pesar de que la libertad es indefinible de alguna manera debemos aludirla, explicárnosla de algún modo. Es así que, común y generalmente, a este ser que somos, se le suele referir a través de uno de sus más visibles atributos como es el de su capacidad inherente de valorar, adoptar decisiones, preferir y elegir, por sí mismo, un cierto comportamiento, un determinado acto o conducta, sin límite alguno, entre un abanico de posibilidades, opciones u oportunidades que le ofrecen tanto su mundo interior, sus propias potencialidades, como las provenientes del mundo exterior. El empleo del indicado atributo para referirnos a la libertad reside, tal vez, en el hecho que es el que nos resulta más importante o perceptible entre otros atributos que pudieran aplicársele.

Con la libertad sucede lo que acontece con Dios. Para los que creen que existe se refieren a Él de alguna manera. Lo hacen, también, a través de algunos de sus atributos o connotaciones que, generalmente, son los que más los impactan. Así, se dice que es omnipotente, que es amor.

La libertad, siendo unitaria, tiene dos instancias o momentos teóricamente distinguibles. Uno de ellos es el de la libertad en cuanto ser del hombre. A ella la designamos como libertad **ontológica**.

La otra dimensión de la libertad, es decir la que se vuelca al mundo exterior, la que se convierte en acto o conducta mediante los cuales el ser humano se realiza como persona, cumple con su “proyecto de vida”, con el destino que se ha trazado. A esta libertad, que percibimos a través de los comportamientos humanos, la designamos como libertad **fenoménica**.

La libertad, en síntesis, no es un atributo del ser humanos: es su propio ser.

2. Características del ser libertad

El ser humano no es un animal mamífero cualquiera, como el chimpancé o el perro, sino uno dotado de libertad que, abierto al mundo de los valores, lo convierte en un ser espiritual, que no se reduce tan sólo a lo orgánico, a lo

fisiológico, a la Naturaleza. La libertad es el *plus*, ese “algo más” que hace que el ser humano sea único, irrepetible, singular, idéntico a sí mismo. En una palabra, que posee dignidad.

La libertad hace de la persona humana un ser proyectivo, creativo, responsable, dinámico, en continuo movimiento, haciendo y moldeando su personalidad a través del tiempo. No es un ser cerrado sobre sí mismo sino un ser abierto a los demás y al mundo. No es compacto, macizo, acabado como las cosas que lo rodean. El hombre va haciendo su vida, proyectándose al futuro, adquiriendo una propia identidad. Mediante la libertad, siendo todos los seres humanos iguales, no existen dos personas idénticas. Libertad e identidad son el sustento de la dignidad humana.

La libertad hace que el hombre sea responsable de sus actos, de sus conductas, de sus pensamientos. Libertad es, por ello, responsabilidad.

El ser humano, en tanto libre es, en alguna medida, impredecible. Todo lo que podamos decir sobre el ser humano es aproximativo, no hay nada definitivo, máxime que por ser temporal va haciéndose cada día. El que fue ayer, en múltiples aspectos, ya no es igual al que es hoy ni lo será al que se proyecta al futuro, sin dejar de ser “el que es”. Es así que, posiblemente, habiendo sido conservador en su pasado dejó de serlo para convertirse en un revolucionario o, quizás, ayer fue agnóstico pero en la actualidad es un fervoroso creyente. Nuestra identidad posee, por ello, dos vertientes, la estática, la que no cambia, la que permanentemente responde al “soy yo”, y la identidad dinámica que varía con el tiempo al moldearse la personalidad¹.

El ser humano por ser libre, a pesar de todo lo que podemos conocer y saber sobre él resulta, en cierta medida, un misterio. Su compleja estructura existencial, como sostiene Jaspers, hace que el hombre sea siempre más de lo que sabe sobre él². Según el filósofo germano, el ser humano conoce mejor todo aquello que lo rodea, lo instalado en el mundo exterior, que lo que él es. En este mismo sentido Mounier, al referirse al misterio que representa el hombre, metafóricamente apunta que “mil fotografías combinadas no conforman un hombre que camina, piensa y que quiere”³.

3. Las instancias de la libertad

Como se ha anotado en precedencia, la libertad es una, pero teóricamente la percibimos en dos instancias o momentos. El primero, el de la libertad *ontológica*, constituye nuestro ser espiritual y, el segundo, el de su aparición en el mundo,

1 Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

2 JASPERS, Karl, *La fe filosófica*, Buenos Aires, Editorial Losada, segunda edición, 1968, p. 54.

3 MOUNIER., Emmanuel, *El personalismo*, Buenos Airee, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1962, p. 6.

en la realidad de la vida a través de actos o conductas, la designamos, como está dicho, como libertad *fenoménica*.

3.1. La libertad ontológica

La libertad ontológica⁴, es la que nos “hace ser lo que somos”: seres humanos. La libertad, como se ha señalado, es el ser del ente hombre. La que lo constituye y sustenta como tal, como un ser espiritual. Esta intuición, esta aguda e íntima percepción de lo que somos, surge luego de penetrar angustiosamente en lo más hondo de nuestro ser al interiorizarnos en nosotros mismos.

Ello, además, lo comprobamos apenas centramos nuestra atención en nuestros propios actos así como en las conductas de los demás seres humanos. Nos preguntamos, entonces, si ellos son solamente actos mecánicos, como los de un robot, o si son actos reflejos o, más bien, que responden tan sólo a fatales condicionamientos a los que, inexorablemente, estaríamos sometidos. ¿Estamos aherrojados por la fatalidad? ¿Somos inertes juguetes en el universo? Cada ser humano acude a su propia experiencia para vivenciar la libertad. Ello, siempre que los azares de la vida, la angustiada y prioritaria búsqueda de la subsistencia material o las limitaciones propias del ser humano no se lo impidan.

La libertad se nos aparece como una personal honda vivencia tan sólo en los momentos culminantes de nuestras vidas cuando, excepcionalmente, tenemos que adoptar una decisión de una magnitud tal de la cual depende el rumbo de nuestra existencia. Sólo en estos raros instantes de nuestro existir podemos tomar conciencia de nuestra libertad. No todos los seres humanos participan de esta raigal experiencia, la que está reservada para los que realmente se angustian por saber “quiénes son” y sobre “cuál ha de ser su misión existencial”.

La ética cristiana y los más connotados filósofos del siglo XX corroboran lo dicho anteriormente en cuanto que la libertad es el ser del hombre, la que lo constituye como un ser espiritual dotado de una envoltura psicosomática que lo enraíza en la Naturaleza.

La libertad ontológica es absoluta. Sólo se pierde con la muerte. Ello, la diferencia de la libertad fenoménica, la que está condicionada, limitada, por factores del mundo interior como exterior del ser humano.

4 La ontología se ocupa de destacar y explicar el ser de los entes. El ser es, en cualquier caso, el ser de los entes. Los entes son los objetos del mundo, donde cabe el ser que conoce que es el ser humano. La ontología radical es, por ello, la analítica ontológica del ser humano, del ente que conoce.

3.2. La libertad fenoménica

La segunda de las dos instancias de la libertad, antes referidas, es la que corresponde a la libertad que nominamos como “libertad fenoménica”⁵. Corresponde al tramo en el cual la libertad aparece como “fenómeno”. Esta expresión significa, a partir de su raíz del griego, “lo que se muestra”, lo que “se hace patente”, lo que brilla, luce o aparece en el mundo. La ontología, como expresa Heidegger, sólo es posible como fenomenología⁶.

Aparte de la instancia ontológica, que nos constituye y sustenta como seres espirituales, la libertad se hace presente en el mundo, se fenomenaliza a través de los actos, las conductas, los comportamientos, del ser humano. La íntima proyectiva decisión personal tiene vocación de cumplimiento, de realización, de convertirse en trayectoria existencial, es decir, de exteriorizarse o volcarse en la realidad del existir en el llamado “proyecto de vida”.

El planteamiento que venimos exponiendo en cuanto a la libertad y sus instancias tiene sus orígenes a un lejano año de 1950. En nuestra tesis de Bachiller en Derecho de aquel año, titulada *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*-publicada después de treinta y siete años, en 1987, bajo el nombre de *El derecho como libertad*-nos referíamos a la libertad fenoménica en los siguientes términos: “Al precisar la vida humana se ha dicho que es ontológicamente libertad. Ella es permanente decisión. Cuando la libertad se pone en marcha, cuando la decisión libre por obra de las envolturas psíquica y corporal se convierte en acción, estamos frente a la conducta. La conducta resulta ser el dato de la libertad, su exteriorización”⁷. En aquella misma obra abundábamos sobre el tema al sostener sintéticamente que: “La libertad es pura decisión. La conducta es su exteriorización, su aparición en el mundo fenoménico”⁸.

De ahí que la conducta humana es un dato de la libertad. Libertad que, mediante la voluntad y otras potencialidades psicosomáticas, se manifiesta, se hace patente en el mundo exterior. Por ello, la expresión “autonomía de la voluntad”, de uso corriente en el Derecho no refleja, a nuestro parecer, la realidad pues, de acuerdo a lo expuesto, sólo la libertad es autónoma. La

5 “Fenoménico”, señala Heidegger, es lo “que se da y es explicable en la forma peculiar de hacer frente al fenómeno y lo que constituye los conceptos requeridos en esta disciplina” (HEIDEGGER, Martín *El ser y el tiempo*, ob. cit., p.42). La libertad fenoménica es, efecto, la que se da en el mundo y es materia de estudio en tanto constituye un proyecto en ejecución. Vinculada a ella se encuentra la institución que se refiere a los daños que se le pueden causar, todo lo que se sintetiza en el “daño al proyecto de vida”.

6 HEIDEGGER, Martín, *El ser y el tiempo*, traducción de José Gaos, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 41.

7 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*., segunda edición, Lima, Universidad de Lima, p. 85.

8 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*, ob. cit., p. 128.

voluntad es uno de los medios o instrumentos mediante los cuales se vale la libertad para convertirse en acto, comportamiento, conducta⁹.

El jurista argentino Carlos Cossio, al referirse a la conducta humana, expresa que: “La conducta es la libertad metafísica fenomenalizada”¹⁰. Cossio designa como “metafísica” la libertad que nosotros mencionamos con el término de “ontológica”

En el pensamiento de Kant encontramos la doble instancia de la libertad. Según el filósofo, la primera de ellas, que denomina libertad interna, es el fundamento de la moral desde que consiste en la autonomía de la razón. La segunda, que designa como externa, es como un “efecto o consecuencia de la primera y constituye como el objeto propio e inmediato del Derecho”¹¹. Como se desprende de lo expresado por Kant, la libertad fenoménica, es decir, el proyecto que se exterioriza a través de actos o conductas, es el que interesa al Derecho. Éste, en efecto, regula normativamente conductas humanas intersubjetivas debidamente valoradas, ya sea para permitir las o prohibirlas.

La instancia o momento de la libertad fenoménica es mencionada por Zubiri cuando se refiere a ella como “el uso de la libertad en la vida”, señalando que “hablamos así de un acto libre o no libre”. Este “uso de la libertad”, en palabras del propio Zubiri, emerge “de la radical constitución de un ente cuyo ser es libertad”¹². En otros términos, la libertad fenoménica se genera a partir de una decisión del ser libertad en que ontológicamente consiste el ser humano.

La lucha por la libertad significa y consiste, desde la instancia fenoménica, en aproximarse, lo más que sea dable, a la cristalización del personal “proyecto de vida”, utilizando todas las opciones u oportunidades que nos ofrecen y tratando, al mismo tiempo, de superar todos los obstáculos que se alzan contra ella, ya sea desde nuestro mundo interior, nuestra envoltura psicosomática, o desde el mundo exterior, generados por los “otros”, por las cosas. Es decir, tratar de impedir, hasta donde ello sea posible, que se menoscabe, retarde o frustre su cumplimiento. La frustración del “proyecto de vida” es el daño más radical que se puede perpetrar contra la persona pues, en casos extremos, acarrea la pérdida del sentido de la vida. Está

9 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El supuesto de la denominada “autonomía de la voluntad*, en “Contratación contemporánea. Teoría y principios”, Bogotá, Temis y Lima, Palestra, 2000 y en *Derecho y persona*, primera edición, Lima, Inesla, 1990 y cuarta edición, Lima, Griley, 2001, p. 150 y ss.

10 COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, segunda edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p.306-308.

11 Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La noción jurídica de persona*, primera edición, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1962, p. 33 y segunda edición, p. 35.

12 ZUBIRI, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Buenos Aires, Editorial Poblet., 1948, p. 389.

demás reiterar que la lucha por el cumplimiento del personal “proyecto de vida” se da, inexorablemente, dentro del bien común.

3.3. La unidad de la libertad

La persona humana no puede ser ontológicamente separada ni de su libertad ni de sus actos, ni viceversa. La libertad es una unidad desplegada en dos instancias. La libertad ontológica se fenomenaliza en la conducta. Un acto humano no puede ser privado de su referencia a la libertad pues, de lo contrario, sería un acto de la Naturaleza. Como anota Cossio, la libertad, con los actos que realiza “trasciende desde el hombre hacia el mundo” en una unidad porque no deja de ser libertad¹³.

En la libertad, por lo anteriormente expuesto, encontramos una unitaria doble faz, las que son inseparables desde que la segunda, es decir, la fenoménica, tiene su origen en la ontológica y es su continuidad en el tiempo, en el mundo exterior. Al referirse a esta situación, Carlos Cossio considera que la persona, “no puede ser ontológicamente separada ni de su libertad ni de sus actos; ni viceversa, porque no se trata de la libertad metafísica de un trasmundo, sino de la libertad metafísica que se fenomenaliza en la conducta; y porque un acto humano privado de su referencia a la libertad, sería un hecho de la Naturaleza, y tampoco es de eso de lo que se trata”¹⁴.

4. La libertad como proyecto

“Ser libertad” supone la capacidad inherente al hombre de proyectar una manera de existir, un plan existencial. Libertad es, por ello, sinónimo de proyecto. La libertad ontológica es necesariamente proyectiva. Se es libre para proyectar una “manera de vivir”, un estilo o tipo de vida, o un simple acontecimiento cualquiera del diario existir. La libertad ontológica, en tanto proyecto, tiene vocación de cumplimiento en la realidad, en el mundo exterior, en la cotidianidad de la vida. Se proyecta para vivir, se vive proyectando. Libertad para vivir de tal o cual modo, a través de actos, conductas, comportamientos, que configuran el diario existir y que, en su conjunto, trasuntan la decisión de dar cumplimiento a un singular “proyecto de vida” libremente elegido.

La subjetiva decisión-elección libre del ser humano se convierte, así, en libertad *fenoménica*, se objetiva, se hace presente en el mundo en el que vivimos, en la realidad del diario acontecer. Es el proyecto en marcha, la libertad ontológica en trance de ir alcanzando su realización o frustrándose, total o parcialmente. La libertad fenoménica es el proyecto originario, que surge de una decisión libre, en trance de ejecución, de su realización en el mundo exterior. Se

13 COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, ob. cit., p. 480.

14 COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, ob. cit., p.480.

trata, como se advierte, de las dos instancias de la libertad a las cuales hemos hecho anteriormente referencia.

De lo expuesto se puede concluir que la libertad, cuya una de sus características o connotación es la de la decisión-elección, implica un continuo proyectar. La libertad ontológica es, de suyo, proyectiva, con vocación a fenomenalizarse, a convertirse en acto. Concebir proyectos es, por ello, poner el ser en el futuro inmediato o mediato. Ello es posible desde que el ser humano es tiempo, es un ente temporal. La temporalidad es inmanente a la libertad, le es inherente. La vida humana se proyecta en el tiempo. Como apunta Julián Marías, el proyecto es vida anticipada hacia el futuro. Es anticipación de sí misma, por tanto “imaginación más o menos rica y detallada de algo que no existe pero que se ve como *porvenir*”¹⁵.

La libertad es proyecto, se vive proyectando, se proyecta para vivir. Vivir, en tanto ser libre, supone cumplir un proyecto. Proyecto que puede también frustrarse, menoscabarse, retardarse, cumplirse parcial o totalmente en la cotidianidad del existir.

Proyectar, en tanto ser libre, significa no sólo poseer una dimensión de temporalidad sino, también, aquella concerniente a la estructura coexistencial del ser humano. Ningún proyecto puede realizarse sin contar con los otros seres humanos, con los estímulos y medios provenientes del mundo exterior, del entorno en el cual se vive. Se proyecta en y dentro de una comunidad existencial. De ahí que el ser humano, que es libertad, sea temporal y, a la vez, coexistencial.

5. El “proyecto de vida”

La libertad, que es el ser del hombre, tal como se ha anotado, tiende a que sus decisiones se conviertan en actos, en conductas o comportamientos los que, enhebrados en el tiempo existencial, delatan su existir, denuncian sus proyectos. Se decide para actuar, para vivir.

Se designa como el singular y único “**proyecto de vida**” aquel que la persona concibe y elige, en la intimidad de su mundo interior y en un determinado momento de su vida, con el propósito de realizarlo, de contemplarlo hecho realidad en el curso de su existencia. Es el rumbo, la meta, el sentido y razón que cada ser humano otorga al don de su vida. Es lo que el hombre decide ser y hacer “en” su vida y “con su vida”. Vive para cumplir con su propio destino, es decir, para dar cumplimiento al proyecto que ha elegido en tanto “ser libertad”.

El “proyecto de vida” se fundamenta en la propia calidad ontológica del ser humano, en su propia naturaleza de *ser libertad*.

15 MARIAS, Julián, *Mapa del mundo personal*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 17.

Es dicho proyecto de vida el que signa el rumbo o destino que el ser humano concibe para su vida. Es, así que en el proyecto de vida se encuentra dado el sentido existencial de una decisión de la persona derivada de una previa valoración. Ésta se realiza ante un abanico de opciones o posibilidades que, de haber justicia, le ofrece su entorno o “circunstancia”, en expresión cara a Ortega y Gasset.

Las opciones, posibilidades u oportunidades que se le ofrecen al ser humano para adoptar una decisión son la garantía de que éste se halla en condiciones de poder elegir, preferir y decidir sobre cierto “proyecto de vida”. Si el mundo exterior no le ofreciese estas opciones de nada le valdría al ser humano ser ontológicamente libre desde que no podría ejercer esta libertad, volcarla en actos o conductas, encaminar su existencia y llevar su proyecto, de ser posible, a su culminación. Una decisión que no se cumple por carencia de opciones -de las que disfrutaban otros seres humanos privilegiados- es una frustración. La magnitud de esta frustración está en razón directa con la importancia que, para el ser humano, asume dicha decisión.

El ser humano, en cuanto ser libertad, es un constante, un continuo y permanente ser proyectante o proyectivo¹⁶. Como expresa Heidegger, el ser humano es un ser proyectante. O, como preferimos decirlo es, de suyo, proyectivo.

Entre la multiplicidad de proyectos que el ser humano forja continua y permanentemente en su existencia hay uno que es singular, único, irrepetible: el “proyecto de vida” de cada cual.

El “proyecto de vida” es, de conformidad con una personal adhesión a una determinada escala de valores, aquello por lo cual cada ser humano considera valioso vivir, aquello que justifica su tránsito existencial. Significa, por ello, otorgarle un sentido, una razón de ser, a su existir. Es la misión que cada cual se propone realizar en el curso de su temporal existencia. Es un conjunto de ideales, de aspiraciones, de expectativas propias del ser existente. En suma, se trata, nada menos, que del destino personal, del rumbo que se quiere dar a la vida, las metas o realizaciones que el ser humano se propone alcanzar. Es la manera, el modo que se escoge para vivir el cual, de cumplirse en la realidad de la vida, colma la existencia, otorga plenitud de vida, realización personal, felicidad. Cumplir con el “proyecto de vida” significa que la persona ha hecho realidad el destino que se propuso alcanzar en su vivir, en su tiempo existencial.

El ser humano, en cuanto ontológicamente libre, decide vivir de una o de otra manera. Elige vivenciar, preferentemente, ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, profesional, familiar, perseguir ciertos valiosos

16 HEIDEGGER, Martín, *El ser y el tiempo*, ob. cit., p. 168.

objetivos. Todo ello constituye el singular “proyecto de vida”. El cumplimiento del proyecto es así el existir mismo del hombre, su realización en el mundo como ser libertad. De ahí que Sartre pueda decir, tal como se ha apuntado y con razón, que “el proyecto libre es fundamental, pues que es mí ser¹⁷”

El “proyecto de vida”, como apunta Jaspers, es aquel que el hombre, consciente de su libertad, “quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser¹⁸”. Consideramos que todos los demás proyectos, directa o indirectamente, desde los más significativos a los de menor trascendencia, confluyen en el “proyecto de vida”. Todo lo que el hombre proyecta en la vida está, directa o indirectamente, en función de su propio “proyecto de vida”. Ello, de manera consciente o inconsciente. Todas sus decisiones y acciones se dirigen al cumplimiento de su misión, de su realización integral que se concreta en el cumplimiento, total o parcial, de su “proyecto de vida”.

Todos los proyectos que se suceden en la vida, concebidos por el “ser libertad” que tiene que vivir, están ordenados para cumplir con el singular y, a la vez, complejo “proyecto de vida”. Si utilizamos una metáfora para graficar lo expresado podríamos decir que los proyectos que se suceden en el diario existir son como afluentes que, finalmente, van a desembocar en el gran río que es el “proyecto de vida”. Todos los actos o conductas están dirigidos a cumplir con el proyecto de vida, aun los más irrelevantes, como, por ejemplo, tomarse vacaciones. Quien sale de la rutina de la cotidianidad, busca descanso, sosiego, reposo, significa la posibilidad de retomar con bríos su proyecto de vida. Las vacaciones contribuyen, así, indirecta y, posiblemente de modo inconsciente, a la realización del proyecto de vida.

6. El proyecto “alternativo”

Al lado de aquellos proyectos de vida, fácilmente perceptibles por ser ostensibles en cuanto responden a una personal vocación, nos encontramos también con otros que no la reflejan, que no trasuntan un compromiso existencial que el hombre haya asumido. Son proyectos de vida que no responden a una sentida vocación o que no corresponden a aquél que el ser humano ha escogido como “su” proyecto. Estos, más bien, representan tan sólo la genérica y común necesidad existencial de todo ser humano de otorgarle un cierto sentido a su vida. Son proyectos de vida que le han sido generalmente impuestos a la persona por las circunstancias propias en las que se desenvuelve su existencia, como pueden ser tanto la carencia de capacidades y potencialidades personales como de opciones u oportunidades, las que les son negadas por el mundo exterior.

17 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, tomo III, Buenos Aires, Ibero Americana, 1949, p. 76.

18 JASPERS, Karl, *La fe filosófica*, ob. cit., p.60.

Dichos desdibujados y grises proyectos, que conllevan necesariamente un carácter que podríamos designar como “alternativo”, no corresponden, por consiguiente, al deseado, al que la persona hubiera querido realizar en su vida. No responden a su auténtica vocación, aspiraciones, expectativas. Frente a esta situación, contraria a la decisión libre o a los sueños o ilusiones del hombre, podría caber la frustración, la depresión, el resentimiento, la resignación o una extraña combinación de uno o más de estos estados psicológicos con predominio de alguno de ellos.

Por tratarse de proyectos de vida no queridos, inauténticos, un daño que se perpetre contra su realización no resultaría ser, necesariamente, causa de una frustración. En otros términos, este daño no genera, necesariamente, mayores consecuencias negativas en el “proyecto de vida” sino, más bien y probablemente, en otros aspectos de la existencia de la persona, como en su bienestar personal o en una pérdida de carácter material, o ambos. Es decir, se trata de un daño que, más que una frustración, repercute tanto negativamente en el desarrollo de su vida ordinaria, tal como ésta se desarrollaba antes de producirse el evento, como también puede generar un daño emergente y, de ser el caso, de un consiguiente lucro cesante.

7. El proyecto “sustitutorio”

Puede ocurrir que, en ciertas circunstancias, las consecuencias de un daño frustren el nítido y auténtico “proyecto de vida” de una persona, el que le da sentido a su vida y alegría de vivir, el que corresponde a su perceptible trayectoria de vida. En esta dramática situación está en juego tanto la personalidad como la hondura de la vocación de la persona agraviada en su “proyecto de vida”, en su razón de ser.

En el caso expuesto, en atención a la personalidad de la víctima y a la magnitud del daño, la frustración del “proyecto de vida” puede traer como consecuencia un vacío existencial que supone la pérdida del sentido o razón de ser de la vida del dañado. El vacío existencial ocasionado por la pérdida del sentido de la vida es difícil de suplir pues, por lo general, en relación con la personalidad de la víctima del daño, ésta puede caer en un estado de depresión que la conduce a la adicción al alcohol, las drogas y, en caso extremos, hasta el suicidio.

Tratándose de otros casos donde, si bien las consecuencias del daño son similares a las anteriormente señaladas en cuanto a la frustración del “proyecto de vida”, puede acontecer que la personalidad de la víctima, pese a dicha frustración, dada la fortaleza de su personalidad y el deseo de vivir, logre superar, en cierta medida, las consecuencias generadas por el daño y encuentre un proyecto sustitutorio, una nueva manera de vivir, que, sin ser el auténtico, le permita seguir viviendo otorgándole a su vida un cierto nuevo sentido.

8. Libertad, voluntad y proyecto de vida

Es oportuno señalar que se suele confundir la libertad, que es el ser mismo del hombre, con la voluntad, que es un aspecto de la psique, sin percatarse que ésta se halla, como la unidad psicosomática en su conjunto, al servicio del yo, de una decisión libre. La envoltura psicosomática es el medio o instrumento más inmediato del cual se vale la libertad para su realización como proyecto. Por ello es posible referirse a “mi” cuerpo, a “mi” voluntad.

9. “Proyecto de vida” y valoración

Para proyectar se debe decidir. Decidir supone elegir un determinado proyecto descartando, al mismo tiempo, otros proyectos dentro del inmenso abanico de opciones o posibilidades que se le presentan al ser humano en un momento dado de su historia personal. Decidir es, por ello, escoger o elegir entre diversas opciones para formular el “proyecto de vida”: lo que se decide ser en el futuro. Sólo puede decidir y elegir quien es ontológicamente libre.

Los valores son immanentes a la libertad. La libertad es, de suyo, estimativa. Toda decisión y elección de proyectos requiere de una valoración a fin de que el ser humano pueda preferir alguna de las opciones que le ofrece el mundo y encuentren viabilidad en sus potencialidades y energías personales. El ser humano conoce y vivencia valores en cuanto ellos otorgan un sentido a la vida.

10. Los instrumentos con los que cuenta la persona para la elección del “proyecto de vida”

Al elegir un proyecto de vida, luego de la respectiva valoración y decisión de convertirlo en realidad de su existencia, el ser humano trata, por los medios e instrumentos a su alcance, de cumplirlo, de concretarlo en el diario vivir.

El valorar, elegir y decidir la realización de un cierto proyecto de vida supone el logro de ciertos fines que se deben alcanzar en el devenir existencial. Los fines, en palabras de Sartre, “son la proyección temporalizante de nuestra libertad”. La libertad crea, escoge los fines, “y, por su elección misma, les confiere una existencia trascendente como límite externo de sus proyectos”¹⁹.

El proyecto, como se ha señalado, se decide, se elige libremente en el horizonte del tiempo. Es en la instancia inescudable del ser donde cualquier proyecto es posible. El ser humano decide valiéndose de su libertad, de su imaginación, de su vocación estimativa y de los estímulos que le ofrece su “circunstancia”, el medio en el que vive. Es decir, del mundo en el cual está instalado.

Para realizar su “proyecto de vida” el ser humano utiliza los medios o instrumentos a su alcance. Al mencionar “medios” nos referimos, en general, a

19 SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, tomo III, ob. cit., pág. 24.

todo aquello que emplea el ser humano para convertir el proyecto en realidad de vida. Entre los medios con los que cuenta el ser humano para lograr tal propósito están su cuerpo, es decir, su unidad psicosomática y todo lo que ella representa como voluntad, sensibilidad, racionalidad. Cuenta también necesariamente con los otros seres humanos y con las cosas u objetos del mundo circundante.

De lo anteriormente expresado se desprende que para el cumplimiento del proyecto de vida el ser humano emplea tanto medios o instrumentos que posee, es decir, los de su propia estructura existencial -unidad psicosomática- como aquellos provenientes del mundo exterior. En esta dimensión se encuentran los demás seres humanos, con cuya contribución le es posible obtener lo proyectado, así como también se vale de los objetos o cosas que le son indispensables para tal finalidad.

11. La complejidad del proyecto de vida

El “proyecto de vida”, único, singular y personal, es rico y, a menudo, complejo en su contenido. El proyecto puede reducirse a la realización profesional y laboral de la persona, a cumplir con una honda vocación o, como es común, comprende, además, otros aspectos básicos de la vida coexistencial de la persona, como es el destino familiar. La persona puede concebir un proyecto en el que se incluye, aparte de su realización vocacional, el cumplir su proyecto en el seno de una familia. La familia, así como las creencias, no son ajenas a este único, por singular, proyecto de vida. La vocación por constituir una familia no se encuentra fuera del proyecto de vida. Es, salvo excepciones, un llamado natural a la complementación a la que esté destinado estructuralmente el ser humano.

12. El surgimiento del “proyecto de vida”

No es fácil encontrar la respuesta a la pregunta sobre el momento de la existencia en el cual el ser humano decide asumir un determinado proyecto de vida. Es relativamente incierta la edad, el instante existencial, en la cual el ser humano, consciente de lo que desea “ser” y “hacer” en su vida, le otorga un rumbo y un sentido a su existencia. Es decir, escoge un cierto “proyecto de vida”.

Existen niños que, desde muy pequeños, demuestran una inclinación, una tendencia o aptitud, más o menos clara, que denotan sobre cuál podría ser su proyecto de vida en el instante de su vida que tengan que elegirlo. Así, bien lo sabemos y no son ajenos a nuestra observación, la existencia de niños que les gusta los juguetes que tienen vinculación con la medicina y su juego preferido es el “ser doctor”, el de curar muñecos o muñecas, según el caso. Otros demuestran estar dotados para la música y suelen practicarla con sensibilidad, mientras que también hemos encontrado niños que su actividad más gratificante era el de pasarse horas enteras en el jardín dedicados a observar la naturaleza, los bichos, las plantas. Llegada la edad de adoptar un “proyecto de vida” estos

niños escogieron ser biólogos o alguna actividad vinculada a sus inclinaciones infantiles como la zootecnia, la agricultura o la ecología entre otras opciones conexas.

La adopción de un determinado “proyecto de vida” suele ocurrir en el momento de la vida en el cual la persona -adolescente, joven o adulto- adquiere madurez. Ello suele acontecer, por lo general cuando ella está terminando su etapa escolar y tiene que enfrentarse al mundo, adoptar una decisión en cuanto “a lo que va a ser”, en y con su vida. No se puede precisar la “edad” de la madurez, ya que ello depende de la personalidad de cada persona, pero cabe considerar que, generalmente, puede suceder a partir de los catorce años de edad. Sin embargo, bien lo sabemos lo que hemos vivido un largo trecho, que otros jóvenes no alcanzan madurez a esta temprana edad sino más adelante, a los diez y seis o dieciocho años y quizás, en algunos casos, a una mayor edad. En síntesis, más allá de todo lo que podamos especular sobre el particular, es siempre incierta la edad en que la persona, cada persona, decide optar por un cierto “proyecto de vida”.

Después de lo expuesto en estas páginas cabe preguntarse si todas las personas tienen un proyecto de vida o, por el contrario, si es posible una existencia que carezca de él. Puede ocurrir que algunos seres humanos no logren precisar con nitidez cuál es su vocación, qué es lo que desean hacer con su vida, que se hallan desorientados, que son inmaduros, irresponsables o adolecen de perturbaciones psíquicas. Somos del parecer que, no obstante la existencia de casos de incertidumbre vocacional, toda persona tiene un proyecto de vida. Puede suceder que la persona no logre descubrirlo o que, ante la ausencia de una definida vocación, realice un proyecto inauténtico pero proyecto de vida al fin.

13. La estructura existencial del ser humano

Si la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, si el Derecho ha sido creado para proteger a la persona cuyo ser consiste en “ser libertad”, es imposible que se realice esta tarea sin conocer cuál es, lo más aproximadamente posible, la estructura existencial del ser humano. En efecto, es dable preguntarse, ¿cómo se puede proteger lo que se desconoce o se conoce insuficientemente?

Sin una referencia a la libertad, como la que brevemente hemos realizado, resulta imposible comprender a cabalidad en qué consiste el “proyecto de vida”. Y sin aproximarnos a la libertad tampoco entendemos el rol que juega nuestra unidad psicosomática en tanto instrumento inmediato con el que cuenta el ser humano para proyectarse en el mundo exterior, para dar cumplimiento a una libre decisión. Así, por ejemplo, no comprenderíamos cómo la voluntad, entre otras potencialidades y energías del ser humano, es un instrumento para dar cumplimiento a una decisión libre en la realidad del diario existir.

¿Cómo referirnos a una disciplina que regula la vida humana en términos de justicia para proteger el ser de un ente del que se desconoce su naturaleza y estructura? Por ello, previo al estudio del Derecho, teniendo plena conciencia que el sujeto “persona humana” es el centro de su atención, se debe precisar, hasta donde ello es posible, la estructura existencial del ser a proteger.

De los estudios filosóficos producidos, de la experiencia personal y de la propia observación y correspondiente análisis, podemos sintéticamente sostener, como lo hemos venido haciendo, que el sujeto a tutelar por el Derecho -la persona humana- es un ente cuyo ser es *libertad*. En consecuencia podemos expresar, como lo hemos anticipado, que este ente consiste en “una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”.

La unidad psicosomática, es decir, el cuerpo en sentido estricto y la psique, participan de la naturaleza de un animal mamífero. Desde esta perspectiva, el ser humano es parte de la Naturaleza. El hecho de que esta “envoltura psicosomática” se constituya como una “persona humana”, se debe a que ella está constituida y sustentada en su ser libertad. De ahí que el hombre, sin dejar de ser un mamífero, es de naturaleza diferente y superior a los demás animales de su especie. En otros términos, ese *prius*, ese algo más que distingue al ser humano de los animales es la libertad, su espiritualidad. Espiritualidad que lo abre al mundo de los valores que le sirven, precisamente, para comportarse como un ser libertad en tanto se vale de éstos para orientar su vida, para elegir, preferir, decidir.

Sólo conociendo la estructura existencial del ser humano sabremos protegerlo adecuadamente, es decir, con criterios y técnicas diferentes a las tradicionalmente empleadas para tutelar a los objetos del mundo, al patrimonio, a lo material. Sólo conociendo su estructura podremos saber dónde se le puede dañar, si las consecuencias del perjuicio se producen en algunos de los múltiples aspectos de su unidad psicosomática o en su libertad fenoménica. Sólo conociendo que aspecto del ser humano se ha dañado sabremos cómo reparar adecuadamente las específicas consecuencias del daño producido.

14. ¿Merece protección jurídica el “proyecto de vida”?

Luego de todo lo expuesto y de lo mucho más que se puede decir, y de lo que se está por decir, sobre el “proyecto de vida” -y si estamos convencidos y conscientes de su existencia- cabe preguntarse si merece protección jurídica en tanto se trata de tutelar el ser mismo del hombre. Si esta realidad se ignora, se desecha o se desprotege estaríamos dejando a las personas libradas a su suerte en lo que se refiere al cumplimiento o no de su propio destino, al ejercicio de su libertad en el mundo en que les ha tocado vivir, al sentido que le han dado a su vida. Se perdería, en fin, la razón de ser de cada cual.

Por todo lo anteriormente expresado en estas páginas, compartimos la opinión de aquellos autores, tanto europeos como latinoamericanos, que se han ocupado del tema, así como de lo resuelto por la jurisprudencia supranacional americana y un sector de la comparada, para sostener que, desde nuestra concepción del Derecho, su finalidad suprema es proteger al ser humano de manera integral, es decir, tanto en lo psicosomático como en su libertad fenoménica, en el despliegue temporal de su personalidad, en su realización personal, dentro del bien común.

15. Reparación del “daño al proyecto de vida”

En general, y como es del dominio de los entendidos en la materia, hay que recordar, con absoluta claridad, objetividad y honestidad que fijar indemnizaciones por daños a la persona es un tema difícil de resolver en la práctica de los tribunales. Ello se debe a que el ser humano es un ente complejo, que está fuera del comercio, al margen del mercado. El ser humano no es un objeto más, es un sujeto con plena dignidad, libre e idéntico a sí mismo, único y singular, irrepetible. Carece de “precio” pero le sobra valor.

Pero, reconocer esta especial situación -se debe decirlo con rapidez y énfasis- no significa que los daños a la persona dejen de ser reparados. No se puede admitir, recurriendo a cualquier falso argumento, que sólo se pueden resarcir los daños causados a los objetos del mundo exterior, al patrimonio. Sostener esta deshumanizante y absurda posición supone despojar de sentido al Derecho, el que ha sido creado, precisamente, para proteger al hombre, dentro del bien común. No podemos olvidar, ni por un instante, que la finalidad suprema del Derecho es la tutela de la libertad del ser humano. Sin libertad no existe la categoría “ser humano”. El Derecho no puede abdicar su finalidad, su razón de ser. La protección jurídica de la persona humana debe ser preventiva, unitaria e integral.

Dentro de la línea de pensamiento antes esbozada, los juristas y los jueces, así como todos los interesados en el tema, que estén dotados de imaginación creadora, deben precisar los criterios y las técnicas apropiadas para que el Derecho cumpla con su fundamental finalidad de protección del “ser libertad”. Esta tarea ya comenzó. Somos testigos de excepción de los esfuerzos realizados por eminentes juristas, médicos y jueces italianos para confeccionar baremos o tablas de infortunios para proveer a los jueces de términos de referencia para los casos en que se deben reparar daños causados a la estructura somática del ser humano. Esta labor, que ya está en marcha en ciertos países de Europa, debería iniciarse cuanto antes en los países en lo que aún no la han afrontado y cuentan con juristas que poseen sensibilidad y claros criterios sobre la protección que merece el ser humano. Dicha labor, por su parte, debe perfeccionarse y difundirse adecuadamente en aquellos países donde el esfuerzo ya comenzó a

rendir sus frutos luego de una etapa de natural inicial anarquía en la fijación de reparaciones judiciales.

Las dificultades para reparar los daños a la persona, en general, se acentúan si tenemos en consideración aquéllos cuyas consecuencias afectan la calidad de vida de la persona -daños al “bienestar” o daños “existenciales”- y, con mayor razón, si lo que se tiene que reparar son las consecuencias de un daño a la libertad fenoménica, a la frustración, menoscabo o retardo del “proyecto de vida” de cada cual. Los problemas que esto suscita son comprensibles y explicables por tratarse de asuntos que, en ciertas situaciones, son difíciles de detectar y precisar.

Para afrontar la delicada tarea de reparar adecuadamente las consecuencias de los daños a la persona se requiere de juristas y de jueces que reúnan ciertos mínimos requisitos, como los de contar con una especial sensibilidad humana y una preparación académica para conocer mejor lo que antes se ignoraba: la estructura existencial del ser humano.

Pero las calidades personales que, en nuestro concepto, deberíamos poseer jueces y juristas, si bien son indispensables para estar en condiciones de reparar con humana sensibilidad los daños a la persona, no son suficientes si no se les ofrece a los operadores del Derecho criterios y técnicas adecuadas para cumplir con su misión. De no ser así, reinará una perjudicial anarquía en la fijación de las reparaciones, situación que aún no se ha disipado en lo que concierne al resarcimiento de los daños somáticos o “biológicos”.

La experiencia nos muestra como en Italia, donde la mayoría de los juristas y jueces son imaginativos, creativos, dotados de apertura mental, antes de la confección de los baremos hubo una anarquía en materia de fijación de reparaciones en los casos de daños a la persona. Esta misma negativa experiencia se ha iniciado en los países que, como precursores y en un afán por proteger integralmente al ser humano, han comenzado también a reparar “daños al bienestar” o “daños existenciales” y, particularmente, tratándose de “daños al proyecto de vida”. Esta inicial anarquía empezará a superarse cuando los jueces y juristas conozcan y comprendan la importancia de la protección integral del ser humano y de cuáles son los criterios a aplicar para la reparación de dichos daños y posean, como en el caso de los baremos, términos de referencia que eviten dicha anarquía en la fijación del monto de las reparaciones.

Así como para elaborar los baremos se formaron inicialmente grupos interdisciplinarios -compuestos, al menos, por juristas, jueces, médicos, economistas, psicólogos, psiquiatras, aseguradores-, es necesario la constitución de otros grupos de trabajo que establezcan los criterios que sean útiles a jueces y juristas para la reparación de los daños al bienestar y a la libertad fenoménica o proyecto de vida.

Consideramos, pese a que no es la fórmula ideal que, en un primer momento, de manera enteramente provisional, se deberían fijar toques máximos -¿y tal vez mínimos?- para la reparación de dichos daños a la libertad en el diario vivir o a la singular del “proyecto de vida”. Decimos de manera provisional porque entendemos que los criterios que se deben ofrecer a los jueces no han de ser vinculantes ni atentar contra su libertad de conciencia. Pero, en un primer momento, al menos en ciertos países donde la teoría del daño a la persona no se ha difundido suficientemente, dichos toques son indispensables para impedir o contener la perjudicial anarquía en cuanto a la arbitraria fijación del monto de las reparaciones en el sensible ámbito de la libertad del ser humano, en la dimensión de su realización personal.

No obstante lo anteriormente expuesto, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como algunos tribunales de ciertos países que han asumido la reparación del “daño al proyecto de vida” o “libertad fenoménica”, así como juristas comprometidos con la protección integral y unitaria de la persona humana, han puesto en evidencia diversos criterios o modalidades para la reparación del “daño al proyecto de vida”. Estos antecedentes han de servir a los grupos de trabajo que piensen en la mejor y más adecuada manera de reparar las consecuencias de tan radical daño al ser humano que frustra su destino y conlleva la pérdida del sentido valioso elegido para el existir.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene el privilegio de haber sido el primer tribunal supranacional en comprender la significación e importancia de la protección del “proyecto de vida”, declara, en el apartado 150 de la sentencia de reparaciones en el caso “María Elena Loayza Tamayo”, del 27 de noviembre de 1998, que “es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida de lo posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum*”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado diversas modalidades de reparación de las consecuencias del “daño al proyecto de vida” en las situaciones en que éste se ha presentado. Nos referimos, entre otros, a los casos “María Elena Loayza Tamayo”, “Luis Alberto Cantoral Benavides” y “Niños de la calle”, los dos primeros contra el Estado peruano y el último contra Guatemala. En las respectivas sentencias de reparación se han adoptado diversas modalidades de reparación del “daño al proyecto de vida”. En el caso “Cantoral Benavides” la sentencia tiene fecha 3 de diciembre del 2003 y la de los “Niños de la Calle” data del 26 de mayo del 2001.

En las mencionadas sentencias se aprecian varias modalidades de satisfacción por las consecuencias los daños al “proyecto de vida” del ser humano. La más

común y recurrida es la fijación de una suma de dinero, a título satisfactivo, por los daños sufridos.

Pero, la fijación de un monto de dinero para reparar las consecuencias de un “daño al proyecto de vida” no agota ni impide que dichos efectos puedan ser reparados mediante otras modalidades que se pueden otorgar independientemente o conjuntamente con la reparación en dinero. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha delineado y aplicado en la práctica jurisprudencial algunas modalidades de reparación del “daño al proyecto de vida”, las cuales han de enriquecerse cuando los pensadores, los juristas o los jueces vayan encontrando a través del tiempo, con imaginación y sensibilidad, nuevos criterios para cumplir con reparar adecuadamente tan grave daño a la persona como el que frustra su “proyecto de vida” truncando su destino.

16. Apreciaciones de los profesores Alpa y Busnelli

Al concluir estos breves apuntes destinados a sopesar argumentos en torno a la existencia y reparación del “daño al proyecto de vida”, es del caso traer a colación la autorizada opinión de juristas de la talla intelectual de Francesco D. Busnelli, de la Escuela de Pisa, y Guido Alpa, de la Escuela de Génova, imaginativos y creativos juristas italianos que, desde sus propias perspectivas, han contribuido con sus novedosos aportes a la creación, consolidación y a la difusión en el mundo jurídico de la figura del “daño a la persona”.

Guido Alpa, al referirse en un lejano 1987 al “daño a la persona” bajo la modalidad de “daño biológico”, expresó que está “acreditado por la doctrina y por la jurisprudencia más autorizadas, que el daño biológico podrá ser conocido sin necesidad de ser connotado mediante comillas”. Luego de esta afirmación, que trasunta su convicción de que el daño a la persona ya adquirió carta de ciudadanía en el mundo jurídico, reconoce que “ha de ser fatigoso llegar a una uniformidad de soluciones prácticas para su liquidación”. No obstante, a continuación de constatar este hecho sostiene que ello “no será debido a la debilidad de su construcción dogmática, ya superada: será debido al hecho que las ideas nuevas, en la ciencia jurídica, tienen un camino fatigoso circundado de cautelas y de dudas”²⁰.

Al nivel histórico del año 2008 hacemos nuestras en relación con el “daño al proyecto de vida”, en toda su extensión y significación, las claras., lógicas y premonitorias expresiones de Alpa anteriormente glosadas que, como se ha anotado, fueron verdidas hace dos décadas.

En la actualidad, traspasando el umbral de un nuevo siglo, contemplamos con satisfacción intelectual como no se discute ni contesta, con seriedad y sólidos

20 ALPA, Guido, *Il danno biologico*, Padova, CEDAM, 1987, p.XII.

argumentos, la existencia de un daño desconocido en el pasado inmediato, como es el caso del “daño a la persona”. Somos testigos de la evolución experimentada a través de dos décadas en cuanto a su reparación en su modalidad de “daño biológico”, la que tiende a concretarse y extenderse mediante la elaboración de baremos o tablas de infortunios.

Como lo pronosticó certeramente Alpa en su momento, la doctrina y la jurisprudencia italianas han tenido que recorrer un camino fatigoso para llegar a esta nueva situación en la que el “daño a la persona” se ha consolidado y se hace más viable su reparación. Esta misma ruta, con aún mayores dificultades, le tocará transitar, sin duda, al “daño al proyecto de vida”, una de las modalidades del complejo, amplio y genérico “daño a la persona”. Pero, a diferencia de lo sucedido con éste, en el mismo tiempo -aproximadamente dos décadas- se han producido avances muy significativos, como los aportados a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, antes citados.

Es oportuno y pertinente recordar en esta ocasión la certera apreciación de Francesco D. Busnelli quien en el año 2003, al referirse al “daño a la salud” en cuanto sinónimo del “daño a la persona”, expresó con toda razón, que compartimos plenamente, que se trataba de una “conquista de la civilización”²¹. Un avance tan espectacular en la protección integral del ser humano merece tal calificativo.

Consideramos que los pronósticos y las apreciaciones de los profesores Alpa y Busnelli pueden aplicarse, en el nivel histórico en el cual vivimos, al “daño a la persona”, en general, así como a todas y cada una de sus modalidades que, a través del tiempo, han ido surgiendo dentro de la dogmática jurídica. Somos del parecer que todas ellas, en cuanto afectan y lesionan algún aspecto de la persona humana son acreedoras del reconocimiento de la doctrina y de la jurisprudencia comparada, como es el caso, entre otras modalidades, del “daño al proyecto de vida” o “daño a la libertad fenoménica”.

21 BUSNELLI, Francesco D., *Il danno alla persona al giro di boa*, en “Danno e responsabilità”, 2003.p.237.

LEGAL ARGUMENTATION, RATIONALITY AND CORRECTNESS

Robert Alexy

There are five models of legal argumentation: first, the deductive model, second, the decision model, third, the hermeneutic model, fourth, the coherence model, and, fifth, the discursive model. More than 20 years ago, I have argued that each of the first four models, indeed, contains interesting points, but, nevertheless, none of them is able to provide an adequate account of the rationality of legal argumentation.¹ This shall not be repeated here. I will confine myself on two arguments in favor of the discursive model: the claim to correctness argument and the dual nature thesis.

I. The Claim to Correctness

The claim to correctness is the Archimedean point of the discursive model. The claim to correctness argument says that law necessarily raises a claim to correctness. The claim to correctness argument is highly contested.² But this, too, cannot be elaborated here. And it must not. Highly contested is the question of whether the law, that is to say, its representatives,³ first and foremost the

1 Robert Alexy, 'Legal Argumentation as Rational Discourse', in: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 70 (1993), 166-70.

2 See, for instance, Eugenio Bulygin, 'Alexy und das Richtigkeitsargument' in: Aulis Aarnio, Stanley L. Paulson, Ota Weinberger, Georg Henrik von Wright, and Dieter Wyduckel (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, 19-24; Robert Alexy, 'Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments' in: Ernesto Garzón Valdés, Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright, and Ruth Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, 235-50; Eugenio Bulygin, 'Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality', in: *Ratio Juris* 13 (2000), 133-7; Robert Alexy, 'On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique', *Ratio Juris* 13 (2000), 138-47; Eugenio Bulygin, 'Alexy Between Positivism and Non-positivism', in: Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso, and Diego M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht: Springer, 2013, 49-59; Robert Alexy, 'Between Positivism and Non-positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin', in: Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso, and Diego M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht: Springer, 2013, 225-38.

3 See on this Neil MacCormick, 'Why Law Makes No Claims', in: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart Publishing, 2007, 59-67 and Robert Alexy, 'Thirteen Replies', in: George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart Publishing, 2007, 333-5.

lawmakers and judges with their decisions, raise a claim to correctness. Here, we are concerned with legal argumentation, not directly with legal decisions. The concept of argument, however, is necessarily connected with the concept of correctness. It is not possible to put forward an argument without raising a claim to correctness.

II. The Dual Nature Thesis

The argument from correctness implies the dual nature thesis.⁴ Positivist conceptions of law reduce law to its factual or real dimension, which is defined by authoritative issuance and social efficacy,⁵ that is, by social facts.⁶ The claim to correctness, necessarily raised by law, adds to this real dimension an ideal or critical dimension. This ideal dimension necessarily connects law with morality, first and foremost with justice. A non-positivist concept of law emerges. This non-positivist concept of law finds its expression in five ideas, all implied by the claim to correctness: first, the idea of an outermost border of law, explicated by the Radbruch formula, second, the idea of human rights, third, the idea of deliberative democracy, fourth, the special case thesis, and, fifth, principles theory.⁷ The connection of these five ideas, implied by the claim to correctness, is a system, which can be characterized as ‘ideal dimension pentagon’.⁸

Our concern is legal argumentation. For this reason, we will concentrate on only one of the five elements of the ideal dimension pentagon: the special case thesis.

1. The Special Case Thesis

The special case thesis, first published in 1978, says that legal argumentation is a special case of general practical argumentation.⁹ This thesis connects the ideal dimension of legal argumentation with its real dimension. Under the aspect of legal practice, this is the most important connection of the real and the ideal dimension of law. The special case thesis unites two things: first, general practical discourse, and, second, the special features of legal discourse. I start with general practical discourse.

(a) General Practical Discourse

General practical discourse is the non-institutionalized, completely free discourse about practical questions, that is, about what is obligatory, forbidden, and allowed, or what is good and bad. It

4 Robert Alexy, ‘The Dual Nature of Law’, in: *Ratio Juris* 23 (2010), 167-82.

5 Robert Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (first pub. 1992), trans. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson, Oxford: Clarendon Press, 2002, 3, 14-9.

6 Joseph Raz, *The Authority of Law*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2009, 47.

7 Robert Alexy, ‘The Ideal Dimension of Law’, M.S., Chap. V.

8 Ibid.

9 Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford: Clarendon Press, 1989, 212-20.

comprises, to use the classification of Habermas, moral, ethical, and pragmatic arguments.¹⁰ In the *Theory of Legal Argumentation* I have attempted to make explicit the conditions of discursive rationality by means of a system of 28 principles, rules, and forms of general practical discourse.¹¹ This system comprises rules that demand non-contradiction, clarity of language, reliability of empirical premises, and sincerity, as well as rules and forms that speak to the consequences, and to balancing, universalizability, and the genesis of normative convictions. The procedural core consists of rules that guarantee freedom and equality in discourse by granting to everyone the right to participate in discourse and the right to question as well as to defend any and all assertions.

Discourse theory is confronted with numerous problems.¹² One of them consists in the fact that discourse is not a procedure that always yields just one right answer. To be sure, certain normative demands are required by discourse theory. The discourse rules give expression to the values of freedom and equality. This serves as a basis for the justification of human rights.¹³ Human rights can therefore be considered as discursively necessary. This implies that the denial of human rights is discursively impossible. Along with discursive necessity and discursive impossibility, there exists, however, a broad range of what is merely discursively possible.¹⁴ A judgment is merely discursively possible when one person can justify this judgment without violating any rule or principle of discourse, while another person, at the same time, can do the same with respect to the contradictory of this very judgment. In such a case, incompatible judgments are backed by reasons. Therefore, the disagreement is, as John Rawls terms it, a 'reasonable disagreement'.¹⁵ One might call this the 'problem of practical knowledge'.¹⁶

(b) The Necessity of Positivity

The problem of practical knowledge requires that one leave the stage of general practical discourse, defined exclusively by the ideal of correctness, which is, first and foremost, that of justice, and proceed to a

10 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms* (first pub. 1992), trans. William Rehg, Cambridge: Polity Press, 1996, 159-62.

11 Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (n. 9, above), 188-206.

12 Robert Alexy, 'Problems of Discourse Theory', in: *crítica* 20 (1988), 43-65.

13 Robert Alexy, 'Discourse Theory and Human Rights', *Ratio Juris* 9 (1996), 209-235.

14 On the concepts of discursive necessity, impossibility, and possibility see Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (n. 9, above), 207.

15 John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993), 55.

16 Rawls, *ibid.*, 54, speaks in this context of the 'burdens of judgment'.

second stage, where legally regulated procedures, first, guarantee the achievement of a decision and, second, provide for their enforcement. This is the step to positivity as defined by authoritative issuance and social efficacy. The insufficiency of the ideal dimension *qua* decision procedure necessitates as its complement the existence of the real, that is, the positive dimension of law. This necessity stems from the moral requirements of avoiding the costs of anarchy and civil war and achieving the advantages of social co-ordination and co-operation.

(c) The Special Character of Legal Discourse

One might assume that the necessity of positivity implies positivism. This, however, would be incompatible with the claim to correctness. To be sure, the necessity of positivity implies the correctness of positivity. But the correctness of positivity has by no means an exclusive character. To grant to positivity an exclusive character, would be to underestimate the fact that the claim to substantial correctness – that is, first and foremost, the claim to justice – does not vanish once law is institutionalized. It remains alive behind and in the law. For this reason, one has to distinguish two stages or levels of correctness: first-order correctness and second-order correctness. First-order correctness refers only to the ideal dimension. It concerns justice as such. Second-order correctness is more comprehensive. It refers both to the ideal and to the real dimension. That is to say that it concerns justice as well as legal certainty (*Rechtssicherheit*). Legal certainty, however, can be achieved only by means of positivity. This reference to positivity is the reason for the special character of legal discourse.

The necessary reference to positivity implies three commitments, first, a commitment to statutes, second, a commitment to precedents, and, third, a commitment to ruling legal doctrines. All three commitments bind legal argumentation on social facts. They do this, however, with rather different intensity. The commitment to statutes is the strongest commitment, the commitment to ruling doctrines is the weakest one, and the commitment to precedents lies in the middle. These three commitments are expressed by the special principles, rules, and forms of legal discourse. This, however, shall not be elaborated here.¹⁷ Only one point is in our

¹⁷ An attempt to formulate a catalogue of specific rules and forms of legal discourse is to be found in Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (n. 9, above), 300-2. Today, the two laws of principles theory, the law of competing principles and the law of balancing, as expressed by the weight formula, would have been added to this catalogue. See on this Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (first pub. 1985), trans. Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002, 54, 102; Robert Alexy, 'The Weight

context of interest. If the dual nature thesis is true, none of the three commitments has an absolute character. Notwithstanding their rather different binding character, all must give room for general practical arguments. These general practical arguments, however, are arguments stemming from law's ideal dimension. They refer not to the real dimension of positivity, but to substantive correctness, especially to justice and human rights.¹⁸

(d) Habermas's Objection

Habermas has raised a series of objections against the special case thesis.¹⁹ They cannot be discussed here.²⁰ Here, only his argument shall be considered that the special case thesis gives the judiciary so much power that democratic legitimacy is endangered:

Once the judge is allowed to move in the unrestrained space of reasons that such a 'general practical discourse' offers, a 'red line' that marks the division of powers between courts and legislation becomes blurred. In view of the application of the particular statute, the legal discourse of the judge should be confined to the set of reasons that legislators either in fact [have] put forward or at least could have mobilized for the parliamentary justification of that norm. The judge, and the judiciary in general, would otherwise gain or appropriate a problematic independence from those bodies and procedures that provide the only guarantee for democratic legitimacy.²¹

My reply to this rests on two points. The first is that the special case thesis by no means represents a blanket permission 'to move in the unrestricted space of reasons' of general practical discourse. On the contrary, it includes a *prima facie* priority of authoritative reasons. This *prima facie* priority, which is a necessary element of second order correctness, finds, *inter alia*, its expression in the following rule of legal discourse, to be found already 1978 in the Theory of Legal Argumentation:

Formula', in: Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, and Wojciech Załuski (eds.), *Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Krakow: Jagellonian University Press, 2007, 9-27.

18 Human rights have to be distinguished from constitutional rights. Human rights are moral rights. Constitutional rights are rights of positive law at the level of the constitution. There exists, however a close connection between both. Constitutional rights are to be understood as attempts to transform human rights into positive law. See Robert Alexy, 'The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights', in: *Oxford Journal of Legal Studies* 36 (2016), 3-4.

19 Habermas, *Between Facts and Norms* (n. 10, above), 229-237.

20 See on this Robert Alexy, 'Unbestimmtheit des Rechts und Rationalität der Rechtsprechung', in: Peter Koller and Christian Hiebaum (eds.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, Berlin: De Gruyter, 2016, 91-6.

21 Jürgen Habermas, 'A Short Reply', in: *Ratio Juris* 12 (1999), 447.

Arguments which give expression to a link with the actual words of the law, or the will of the historical legislator, take precedence over other arguments, unless rational grounds can be cited for granting precedence to the other arguments.²²

The second point concerns Habermas's proposal that the judge 'should be confined to the set of reasons that legislators either in fact [have] put forward or at least could have mobilized for the parliamentary justification'. The actual intention of the legislator is indeed a highly relevant reason bearing on the interpretation of a statute. But often there are difficulties in recognizing it, or it is vague or inconsistent.²³ The hypothetical intention of the legislator, on the other hand, is a highly problematic construction. It comes close to an invitation to mask the judge's intention as the hypothetical intention of the legislator. Here undisguised general practical argument seems to be preferable.

Habermas tries to enhance the impact of the authoritative dimension of law in order to strengthen democracy. The two points just made show, however, first, that the special case thesis offers no compelling reason for such an attempt, and, second, that the alternative Habermas proposes is not really an alternative at all. The special case thesis alone makes it possible to strike an adequate balance between the ideal and the real dimension of law in the area of legal argumentation.

²² Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (n. 9, above), 248.

²³ See Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986, 34-57.

DERECHO Y CINE: El rito, o el Derecho y el juez según el realismo jurídico escandinavo¹

Prof. Dr. Juan Antonio Gómez García
Departamento de Filosofía jurídica, Facultad de Derecho, UNED

A Ingmar Bergman,
In memoriam (14-julio-1917; 30-julio-2007).
En homenaje a uno de los primeros cineastas
que me mostraron que el cine es *algo más*.

Resumen: Los estudios de *Derecho y Cine* constituyen una línea de investigación interdisciplinar, muy en boga en la actualidad en los estudios jurídicos, que tematiza, de una manera integradora, diversos aspectos del Derecho y del conocimiento jurídico como fenómenos socio-culturales, en relación con el hecho cinematográfico. Desde esta perspectiva epistemológica, el trabajo analiza una de las películas más interesantes del célebre cineasta sueco Ingmar Bergman, *El rito* (*Riten*, 1968), explicitando sus tesis en tomo a la naturaleza de lo jurídico y de la función jurisdiccional, e incidiendo en su estrecha filiación con la pujante corriente teórica del realismo jurídico escandinavo.

Palabras clave: Los estudios de *Derecho y Cine*- Ingmar Bergman, *El rito* {*Riten*, 1968}- Realismo jurídico escandinavo.

Abstract: Studies *Law and Film* constitute a line of interdisciplinary research, much in vogue today in the legal studies, which thematizes, in a manner inclusive, various aspects of law and legal knowledge as a socio-cultural phenomena, in connection with the indeed cinema. From this epistemological perspective, the paper analyzes one of the most interesting films of the famous Swedish filmmaker Ingmar Bergman, *The rite* (*Riten*, 1968), explaining his thesis on the nature

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación titulado *Derecho, Cine y Literatura*, SEJ2005-05469, cuyo Investigador Principal es el profesor Benjamín Rivaya.

of the legal and judicial duties, and insisting on his close affiliation with the burgeoning current theoretical *Scandinavian Legal Realism*.

Sumario. 1. Presupuestos metodológicos: los estudios de *Derecho y Cine*. 2. Sobre el temperamento artístico de Ingmar Bergman. 3. Argumento y concepción narrativa de *El rito*. 4. Una obra menor en arte mayor. 5. El juez versus los actores. 6. El proceso judicial como teatro. 7. Sobre el *realismo jurídico* en general, y el escandinavo en particular. 8. El juez Emst Abrahamsson: un juez *realista*. 9. Un proceso *realista*. 10. ¿Dónde quedan los valores? 11. *Fin*.

1. Presupuestos metodológicos: los estudios de derecho y cine

No vamos a descubrir aquí la gran importancia histórica del cine en la actualidad. El fenómeno cinematográfico surge a finales del siglo XIX, marcando desde este momento histórico el *modus essendi* de la cultura contemporánea y participando, pues, de la complejidad de todo fenómeno característico de la misma. El cine constituye un poderoso medio de comunicación social por su formidable capacidad para transmitir eficazmente ideas y mensajes, e implantar modelos de comportamiento, susceptibles de llegar a numerosísimas personas en todo el mundo²; así como una industria económica de primer orden³ y un extraordinario medio estético que permite gran cantidad de posibilidades artísticas en su ejecución⁴, de manera que, como tal arte, es una fuente inagotable de placer y entretenimiento.

Que el cine sea una de las manifestaciones culturales más importantes del siglo XX y lo que llevamos del xxi, impone necesariamente su toma en consideración como objeto de estudio por parte del investigador en el ámbito de las ciencias humanas y sociales, desde su perspectiva científica propia; también, naturalmente, desde la perspectiva científico-jurídica. Desde estos presupuestos epistemológicos, las relaciones entre derecho y cine se concretan fundamentalmente en dos aspectos. Por una parte, en la contemplación del cine como objeto sobre el que se aplica el derecho, como fenómeno sociocultural susceptible de regulación jurídica por parte del derecho positivo —el llamado

2 Así por ejemplo, de las enormes potencialidades comunicativas del cine tomaron conciencia inmediatamente los grandes regímenes totalitarios del siglo xx, los cuales sepreocuparon muchísimo por crear y desarrollar industrias cinematográficas fuertes para propiciar la propagación de sus idearios. Por otra parte, sin ir más lejos, la identidad cultural de los Estados Unidos de América se ha forjado, en gran medida, sobre su poderosa industria cinematográfica, y la propia Iglesia católica tampoco ha sido ajena a esta idea: la encíclica del papa Pío XI, *Vigilanti Cura* (1936), así lo atestigua.

3 El negocio del cinematógrafo mueve una gran cantidad de recursos, hasta el punto de que es, tal vez, la industria del ocio que ha tenido mayor incidencia económica desde su fundación.

4 Recuérdese el famoso tópico, lanzado por Ricciotto Canudo en su *Manifiesto de las Siete Artes*, de que el cine es el *Séptimo Arte*, como compendio y culminación de todas las demás (Vid. ROMAGUERA I RAMÍO, Joaquim, ALSINA THEVENET, Homero, *Textos y Manifiestos del Cine*, Cátedra, Madrid, 1989, págs. 15-18).

derecho cinematográfico—. En este sentido, el derecho regula todo aquello que tiene que ver con las condiciones jurídicas para realizar, exhibir y explotar una obra cinematográfica, con las implicaciones jurídicas de la autoría de una película, con la censura, etc.... Por otra parte, el cine constituye un medio a través del cual se considera el fenómeno jurídico en toda su extensión de una determinada manera, precisamente por la presencia permanente de lo jurídico en la vida humana y, por tanto, en las historias narradas en la inmensa mayoría de las películas. Se justifica, así, la exposición y el análisis del tratamiento que se ha dispensado en general al derecho como producto humano en el medio cinematográfico⁵.

En el presente trabajo importa, sobre todo, el segundo de los aspectos. Las consideraciones de tipo estético sobre las películas quedan relegadas al mero plano instrumental, en la medida en que contribuyen a una mejor inteligibilidad del contenido jurídico del objeto de interpretación. No obstante, no puede obviarse una toma de consideración permanente sobre otros aspectos, como por ejemplo la idoneidad y las capacidades del medio cinematográfico, tanto en su dimensión estética como en su condición de *mass media*, para la transmisión de ideas y mensajes significativos desde el punto de vista jurídico, la importancia que tiene el cine como medio de expresión en general y en relación con la temática jurídica en particular, etc..

Ello nos permitirá ubicarnos con mayor precisión en el ámbito en que ha de desarrollarse nuestra actividad crítica.

Los llamados *estudios de Derecho y Cine* comenzaron a desarrollarse en el ámbito académico anglosajón (en especial, en los Estados Unidos de América)⁶ a

-
- 5 Empleo aquí el término *derecho* en el sentido más amplio y más abierto que quepa establecerse, con el propósito de que esta aproximación a lo jurídico resulte lo más integradora y abarcadora posible, para poder contemplar así las más diversas concepciones en tomo al derecho.
- 6 Allí ha surgido el *Law and Film Movement* (también llamado *Law and Cinema Movement*), en el contexto de los denominados *Cultural Legal Studies*. Autores como John Denvir (*Legal Reelism. Movies and Legal Texts*, University of Illinois Press, Urbana, 1996), Paul Bergman y Michael Asimow (*Reel Justice. The Courtroom Goes to the Movies*, Andrews and McMeel, Kansas City, 1996), Norman Rosenberg («Hollywood on Triais: Courts and Films. 1930-1960», en *Law and History Review*, n.º 12, 1994, págs. 341-367), e t c . , constituyen buenos ejemplos. En el ámbito hispano-parlante se vienen desarrollando estudios de este tipo desde hace algún tiempo, en el marco académico de lo que Benjamín Rivaya y Pablo de Cima han denominado como *sociología del derecho en el cine* y como *pedagogía del derecho* (RIVAYA, Benjamín, CIMA, Pablo de. *Derecho y Cine en 100 películas. Una guía básica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 95). Resultado de ello es la contemplación en vEirios planes de estudio de diversas universidades españolas, de la asignatura *Derecho y Cine*, y la constante celebración de cursos y seminarios de distinta índole sobre esta temática durante los últimos años; la colección de monografías de la editorial Tirant lo Blanch, titulada *Derecho y Cine*, y dirigida por el profesor Javier de Lucas; la institucionalización de estos estudios en el proyecto de investigación en cuyo marco se ubica este artículo, y cuyos integrantes vienen realizando diversos trabajos desde hace algunos años; el foro de estudio y discusión constituido bajo el nombre *Fundación Cine y Derecho* en Internet (www.cineyderecho.org); y diversos trabajos esporádicos publicados por distintos autores, como por ejemplo: VV.AA., *Abogados de cine. Leyes y juicios en la pantalla*. Ilustre Colegio de Abogados, Castalia, Madrid, 1996; el número monográfico de la revista de cine *Nosferatu*, n.º 32, enero 2000; SAN MIGUEL PÉREZ, Enrique, *Historia, Derecho y Cine*, Ed ^ Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003; SOTO NIETO, Francisco,

finales de la década de los ochenta del siglo pasado. El presupuesto metodológico fundamental de este peculiar acercamiento a lo jurídico es la consideración del material cinematográfico en general, y de cada película en particular, como *textos jurídicos*. Es la condición significativa, la *lingüística* propia de las películas, la que sustenta este método de análisis crítico, ya que éstas son manifestaciones de un lenguaje que constituye y preserva su significatividad por encima de cualquier circunstancia o momento concretos.

Ello no implica, sin embargo, condenar a este material a un estatismo significativo absoluto, sino que su potencialidad significativa se actualiza permanentemente en virtud de su *interpretación*, de su *lexis* particular por parte de su receptor, puesto que la necesidad de contemplación por parte de alguien que, de suyo (no hay película sin espectador que la visione), conlleva la proyección de un filme para completarse perfectamente como texto, impone la particularización significativa de su generalidad, de su, valga la expresión, *objetividad*. De ahí que la *textualidad* del cine sea compleja, pluridimensional y tenga muchas implicaciones y, por lo tanto, que sea susceptible de múltiples posibilidades interpretativas y de dar lugar a multitud de interpretaciones particulares de muy diversa índole: sobre el cine puede ejercerse una lectura (o varias a la vez) histórica, filosófica, sociológica, política, estética, económica,... y jurídica.

Así pues, partimos aquí de una consideración de las películas como *textos*, al entender que esta última categoría constituye una unidad hermenéutica con la amplitud suficiente como para vincular todos los ejercicios interpretativos a que da, o puede dar lugar, un filme, privilegiando en este caso su *lexis* jurídica (como *textos jurídicos*, pues). Desde la *analogía película-texto* nos ubicamos en un lugar común (*topos*) lo suficientemente comprensivo como para ejercer una mediación que permita dar cuenta, abierta y unitariamente, de toda la riqueza hermenéutica del cine en relación con lo jurídico (y, por lo demás, con otras interpretaciones). Comprendemos, así, lo cinematográfico dentro de una tradición histórico-cultural en constante actualización, la cual actúa conformando, a su vez, esta misma tradición en sus interpretaciones concretas, posibilitándose su entendimiento en razón de su discurso propio (estético, político, sociológico, económico, etc.), sin que quepa otorgar mayor peso a ninguno de los discursos sobre los demás.

En el ámbito del presente trabajo, como se viene indicando, se va a conceder mayor importancia del discurso jurídico. En concreto, se pretende tematizar una

FERNÁNDEZ, Francisco Javier, *Imágenes y Justicia. El Derecho a través del cine*. La Ley, Madrid, 2004; ROMERO, Emilio G., *Otros abogados y otros juicios en el cine español*, Laertes, Barcelona, 2006; RIVAYA GARCÍA, Benjamín, FRESNO LLINERA, Miguel Ángel, *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; y mis trabajos: *Valores jurídicos y derechos humanos en el Cine y Derecho y Cine*, ambos publicados en Madrid por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, en 2002 y 2006 respectivamente.

determinada manera de entender lo jurídico que ha tenido una gran influencia en la mentalidad jurídica contemporánea (la concepción jurídica *realista*, en especial la del realismo jurídico escandinavo), a propósito de la película *El rito* (*Riten*, Ingmar Bergman, 1968), ya que, a mi juicio, constituye un ejemplo notable, además de no estudiado, para ilustrar el tema de las relaciones entre derecho y cine, y para ejercer el tipo de análisis aquí planteado.

2. Sobre el temperamento artístico del cineasta Ingmar Bergman

El día 30 de julio de 2007 falleció, a la edad de ochenta y nueve años, Ingmar Bergman, uno de los más grandes cineastas de la historia y una de las personalidades más poderosas del panorama artístico del siglo XX. Fue autor de una amplia filmografía, prolífico director teatral, dramaturgo y escritor literario⁷. Sus películas constituyen, en general, una honda y sentida reflexión en tomo al ser humano en todas sus dimensiones existenciales.

La obra de Bergman se sustenta sobre la tradición antropológica y cultural de la teología y la ética luteranas nórdicas más rigoristas. Responde a una línea teológico-filosófica que entronca directamente con el existencialismo de Soren Kierkegaard⁸, en la línea de artistas como August Strindberg y Henrik Ibsen. El anhelo incondicional de vivir desde la interioridad del yo, el acentuado sentimiento de culpabilidad existencial y las turbulentas crisis anímicas del individuo, expresados en ideas como *la angustia, el riesgo, la desesperación, la soledad, el fracaso, el temor*, etc., la presencia constante de lo religioso en su obra desde un subjetivismo filosófico radical y desde una actitud de sinceridad absoluta (Kierkegaard); así como la contemplación de las relaciones y los conflictos humanos desde el más profundo escepticismo, su perspectiva acentuadamente psicologista, su acusada concentración dramática y sus atmósferas angustiosas, desesperanzadas y cargadas de tensión, donde se elude cualquier clase de efectismo, con pocos personajes -en muchos casos, femeninos- que interiorizan

7 Recuérdense filmes tcín significativos como *Juegos de verano* (*Sommarlek*, 1950), *El séptimo sello* (*Det sjunde Inseglet*, 1956), *Fresas salvajes* (*Smultronstallet*, 1957), *Persona* (*Persona-Manniskoatama*, 1965), *Secretos de un matrimonio* (*Scener ur ett aktenskap*, 1972), *Fanny y Alexander* (*Fanny och Alexander*, 1981) y *Saraband* (*Saraband*, 2003), su última película y auténtico testamento fílmico que sintetiza prácticamente todas las constantes temáticas y estilísticas de su obra. La biografía del autor puede leerse en forma de *memorias* en su imprescindible libro autobiográfico, *La linterna mágica* (trad. de M. Torres y F. Uriz, Tusquets, Barcelona, 1988), y completarse en su posterior *Imágenes* (trad. de J. Uriz Torres y F.J. Uriz, Tusquets, Barcelona, 1992). Otros relatos biográficos, y su obra cinematográfica y literaria más o menos completa (dependiendo del año de su publicación) pueden encontrarse en: BJORKMAN, Stig, MANN, Torsten, SIMA, Joñas, *Conversaciones con Ingmar Bergman*, trad. de J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 1975; COMPANY, Juan Miguel, *Ingmar Bergman*, 3.ª ed., Cátedra, Madrid, 1999; KALIN, Jesse, *The Films of Ingmar Bergman*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003; ZUBIAUR CARREÑO, Francisco Javier, *Ingmar Bergman. Fuentes creadoras del cineasta sueco*. Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2004; y STEENE, Birgitta, *Ingmar Bergman: a reference guide*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2005.

8 Bergman confesó en alguna ocasión sentir especial predilección por la obra de otro gran existencialista, Miguel de Unamuno, cuya tesis en tomo al *sentimiento trágico de la vida* y sus temas típicos, como el sentimiento de culpa, el problema de la salvación eterna, y los conflictos entre razón y fe, razón y voluntad, y entre ciencia y vida, han dejado una fuerte impronta en la filmografía del cineasta sueco (Vid. ZUBIAUR CARREÑO, Francisco Javier, *op. cit.*, pág. 124).

intensamente los conflictos dramáticos (Strindberg, Ibsen), influyeron poderosamente en la formación de Bergman y constituyeron un punto de partida fundamental en sus planteamientos artísticos⁹.

Los personajes de sus películas se nos presentan de manera directa, descamada, expuestos abiertamente a sus circunstancias vitales desde su particular y compleja *condición humana*. Se aventuran por tortuosos senderos vitales desde su profunda radicalidad existencial,

y en virtud de su particular individualidad, se enfrentan a sí mismos (a sus prejuicios, a sus deseos, a su sentido de culpabilidad,... a su propia identidad) desde su soledad propia y su específica (in)capacidad de (in)comunicación—; qué enorme importancia tiene la palabra en el cine de Bergman!—, y se confrontan con su entorno (su pareja, su familia, su círculo social, etc..) desnudando su alma, descubriéndola en su más intensa intimidad, en una vía sin retomo que los conduce, dependiendo de los casos, a la locura, a la muerte, a un estado de gracia, a un *instante metafísico* o a una revelación mística que determinará para siempre sus vidas. La explicitación de esos estados espirituales es el origen de historias densas, extraordinariamente dramáticas, y a la vez hermosas e intensamente poéticas, como pocos cineastas han conseguido representar en una pantalla. El estilo narrativo de Bergman es intencionadamente lento, articulado sobre escenas y un montaje milimétricamente estudiados con el fin de que los actores puedan expresarse en la transmisión de los

estados anímicos de sus personajes, y sobre imágenes de una excepcional limpidez, casi única en el arte cinematográfico¹⁰.

3. Argumento y concepción narrativa de *el rito*

A tres actores nacionalizados suizos, famosos internacionalmente —Hans y Thea Winkelmann, y Sebastian Fischer—, miembros de una pequeña compañía teatral conocida con el nombre de *Les Riens*, los han denunciado por obscenidad con motivo de un número teatral representado por ellos, llamado *El rito*. Son requeridos a varios interrogatorios por parte de un juez, Emst Abrahamsson, encargado de instruir el proceso. Thea Winkelmann estuvo casada con otro miembro de la compañía. Este murió en una pelea con Sebastian y Thea se ha vuelto a casar con Hans. En la sala de interrogatorios el juez se encuentra primero con los tres, luego interroga sucesivamente a Sebastian, Hans y Thea. Entre estas escenas tienen lugar encuentros de dos en dos -Sebastian y Thea, el juez con su confesor (recreado por el propio Bergman, en el único papel que interpretó

9 Desde el punto de vista cinematográfico, Bergman es continuador, tanto temática como estilísticamente, de la tradición de los grandes cineastas suecos del cine mudo y de principios del sonoro, como Mauritz Stiller, Victor Sjöström y Alf Sjöberg.

10 Análoga a la de Dreyer, Ozu o Tarkovski, por poner algunos ejemplos señeros.

como actor para el cine), Thea y Hans Winkelman, y este último y Sebastian. La tensión crece progresivamente durante el proceso, profundizándose cada vez con más virulencia en los conflictos internos y externos de los personajes, en una lucha dialéctica sin cuartel. En la última escena, los tres actores representan el número denunciado ante el juez a modo de venganza ante sus presiones psicológicas. El juez muere de un ataque al corazón por la impresión que le produce la escenificación¹¹.

La acción está organizada narrativamente en nueve actos, como si de una obra de teatro se tratara, donde el primero y el último funcionan a modo de prólogo y epílogo respectivamente, pues en ellos aparecen los cuatro personajes de la película, y constituyen su planteamiento y desenlace. Las siete escenas restantes son todas con sólo dos personajes. La estructura es la siguiente:

Escena Primera: Una sala de entrevistas en el juzgado. Juez, Hans, Thea y Sebastian.

Escena Segunda: Una habitación de hotel. Thea y Sebastian.

Escena Tercera: Una sala de entrevistas en el juzgado. Juez y Sebastian.

Escena Cuarta: Un confesionario. Juez y su sacerdote confesor.

Escena Quinta: Una sala de entrevistas en el juzgado. Juez y Hans.

Escena Sexta: Un camerino. Hans y Thea.

Escena Séptima: Una sala de entrevistas en el juzgado. Juez y Thea.

Escena Octava: Un bar. Hans y Sebastian.

Escena Nueve: Una sala de entrevistas en el juzgado. Juez, Hans, Thea y Sebastian.

4. Una obra menor en arte mayor

El rito es considerada comúnmente por la crítica como una obra menor dentro de la filmografía de Bergman. Fue la primera película rodada por él para la televisión, y forma parte de su etapa creadora más hermética, tortuosa e incomprensible. Por aquel entonces, el cineasta era director de la Compañía Nacional de Teatro de Suecia, y su trabajo era constantemente puesto en tela de juicio, y sometido a revisión y restricciones artísticas por parte de las autoridades culturales de su país.

11 La película se inscribe en un período de la filmografía de Bergman, entre finales de la década de los sesenta y principios de los ochenta, caracterizado en general por la presencia central de la violencia, del miedo y de la degradación física y psíquica en la vida de sus personajes protagonistas. Filmes como *Persona* (*Persona-Manniskodtama*, 1965) -con el que guarda muchas concomitancias temáticas y estilísticas.

El rito. *La hora del lobo* (*Vargtimmen*, 1967), *La vergüenza* (*Skammen*, 1968), *Pasión* (*En passion*, 1969), *Cara a cara... al desnudo* (*Ansikte mot ansikte*, 1975), *El huevo de la serpiente* (*Ormens ägg/Das Schlangenei*, 1976) y *De la vida de las marionetas* (*Ur marionetternas liv/Aus dem Leben der Marionetten*, 1979-1980) son ejemplos al respecto.

La propia concepción escénica y visual de la película, minimalista y estéticamente austera, como si se tratase de una pequeña pieza de cámara intimista, radicaliza una tendencia en su cine ya presente en sus obras desde principios de la década de los sesenta —como por ejemplo *Los comulgantes* {*Nattvardgastema*, 1962), *El silencio* {*Tystnaden*, 1962) y *Persona* (*Persona-Manniskoatama*, 1965)—, donde la cercanía, casi física, a los personajes, filmados en primeros y primerísimos planos, por momentos atosigantes en su obsesión por su fisicidad y en su larga duración, la desnudez de la puesta en escena con unos decorados reducidos a la mínima expresión y una potente fotografía en blanco y negro que otorga aspereza a la película, han sido valoradas en general por la crítica que se ha ocupado de su obra, como una especie de desarrollo, más o menos rutinario, de sus constantes estilísticas. Sin embargo, se suele olvidar que es este registro en el que Bergman ha cimentado su enorme arte al constituir el medio estético más apropiado para representar los temas recurrentes de su cine. *El rito* es, pues, una obra que no debe soslayarse, desde el punto de vista estético, tan apresurada y frívolamente como a menudo se hace.

Asimismo, *El rito* es una de las películas de Bergman que trata de manera más directa, intensa y descamada sobre las causas internas y externas de toda forma de conflicto entre los seres humanos, y lo hace con la peculiaridad de enmarcarlo en el ámbito de un proceso judicial, es decir, mediante la remisión a un referente externo a la intimidad de los personajes como es el derecho en su expresión procesal, la manifestación más típicamente conflictual de lo jurídico. Este es un caso excepcional en la filmografía del cineasta, quien tematiza generalmente estas cuestiones de manera más abstracta. En este sentido, la película constituye una explícita reflexión en tomo al papel del derecho y de las instituciones jurídicas en relación con los individuos y, especialmente, con su dimensión creativa y artística.

5. El juez versus los actores

Los personajes bergmanianos se caracterizan, en general, por su cuasi-permanente situación de insatisfacción personal. Son individuos anímicamente aislados de manera forzosa, que se sienten solos y desesperados, y que llegan incluso a la violencia y a la agresión física y psíquica cuando tal situación de angustia es extrema. Desde este planteamiento básico, el cineasta suele enfrentar dialécticamente dos tipos de personajes: los sujetos fríos, impecablemente racionales y dogmáticos, frente a los personajes atormentados, torturados interiormente, apasionados, materialistas y extremadamente vitalistas. En el fondo, este planteamiento no es otra cosa que una transposición dramática de la vieja estructura filosófica, de profunda raíz platónica, agustiniana y, más modernamente, ockhamista, que articula todo el pensamiento luterano, y de cuya tradición forma parte la obra de Bergman.

En *El rito* este esquema se plantea de la siguiente manera: el juez se presenta inicialmente como un individuo frío, calculador, dogmático con respecto a su trabajo, ejemplo prototípico del jurista continental; como un funcionario que realiza su trabajo sin el menor apego a sus emociones, que pretende actuar como una suerte de *bouche de la loi* en el cumplimiento de su tarea. En el filme está visualmente presentado, en la primera secuencia, escudriñando detalladamente con una lupa los papeles del expediente judicial abierto contra la compañía de actores. A partir de ahí, comienza insolentando a los actores con el obscuro relato ante los tres del *lado oscuro* de su pasado, e indagando sin tapujos en su más profunda intimidad. Para imponerse, no duda en emplear toda clase de manipulaciones y coacciones psicológicas valiéndose de la posición de poder que le otorga su condición de juez: graba los interrogatorios con los actores en un magnetofón, se ofrece a un soborno para no interrogar al personaje más débil psíquicamente del grupo (la vulnerable Thea), la agrede físicamente e intenta violarla durante su interrogatorio provocándole una fuerte crisis nerviosa, etc.

Y es que, a medida que avanza el metraje, se nos va presentando al mismo tiempo al juez como un individuo acomplejado por sus carencias físicas (tiene una fuerte tendencia a la sudoración corporal y, por ello, desprende un fuerte hedor) y atormentado por el reciente fallecimiento de su padre¹². De hecho, en un momento dado, el juez invoca reiteradamente su deber jurídico como juez para justificar lo que está haciendo, dando muestras así de su carácter en el fondo inseguro y vulnerable, de su condición de víctima también de la situación forzada por el derecho en el presente proceso.

Los actores simbolizan el otro polo de la oposición: son personajes eminentemente pasionales, dotados de una acentuada carnalidad, afirmadores de su personalidad creativa frente a cualquier pretensión de aniquilar su tormentosa impulsividad. Sebastian es un individuo temperamental e inseguro que ha llevado una vida desmesurada y licenciosa: fue condenado años atrás por un homicidio, se ha casado y divorciado varias ocasiones, no sabe cuántos hijos tiene, etc. Hans es el personaje más comedido de los tres, aunque se encuentra insatisfecho con su vida y con sus dos compañeros, si bien permanece junto a ellos por la inercia de su trabajo y por el cariño (más o menos compasivo) que siente hacia su esposa, hasta el punto de consentir expresamente su relación adúltera con Sebastian. Thea es una mujer psíquicamente desestructurada, extremadamente frágil, y por ello, incapaz de relacionarse de manera equilibrada con los demás. Necesita la protección permanente que le otorga su esposo Hans. Es un personaje muy erotizado y mantiene, como he dicho, una relación adúltera regular con Sebastian.

12 Vid. escena cuarta de la película, con su sacerdote confesor, donde el juez manifiesta su miedo a la soledad y el terror que le produce enfrentarse a sus circunstancias existenciales.

6. El proceso judicial como teatro

La película tiene una estructura dramática circular. Tomando como referencia fundamental la fase de instrucción del proceso judicial, con el pretexto de la investigación jurídica de los hechos, el guión plantea, desde su misma concepción narrativa (las sucesivas entrevistas de los actores con el juez, de ellos entre sí y del juez con su confesor como medio de manifestación de sus psiques, emociones y sentimientos), un desarrollo que da comienzo con la situación de poder y humillación del juez hacia los actores (escena 1) y que concluye con esta misma situación, pero a la inversa (escena 9), de los actores hacia el juez. Esta evolución progresa desde el uso, por parte del juez, de sus *armas jurídicas*, entendidas éstas como armas eminentemente psicológicas, con el propósito de humillar a los actores, mientras éstos tratan de defenderse para conjurarse al final e imponerse mediante la representación de su arte.

Todo ello desde la consideración del derecho en su dimensión genuinamente conflictual y activa, representada por el proceso judicial, como algo de naturaleza análoga a una representación teatral; lo que permite articular todo este desarrollo narrativo y dramático es, según Bergman, la semejanza entre proceso judicial y teatro. Además, el cineasta se sirve del motivo de *la máscara* para acentuar esta analogía: en la escena primera nos presenta al juez como un personaje que actúa oculto tras *la máscara* de su condición jurídica de funcionario público, mientras que en la última escena son los actores quienes actúan ataviados con las máscaras de la representación teatral objeto del proceso judicial¹³.

De esta manera, Bergman ubica derecho y teatro en un mismo nivel discursivo; ambos responden a las mismas raíces antropológicas, en tanto que beben de idénticas fuentes humanas, las cuales, en la película, se nos presentan como algo de naturaleza profundamente psicológica. En el filme, el *rito teatral* se acaba imponiendo sobre el *rito jurídico*. Afirma el juez al final de la película, inmediatamente antes de la representación teatral de los actores: «Admito que hay cierta crueldad también en mi profesión. Reprimir, humillar, juzgar e investigar. La lujuria de la crueldad. ¿De qué otro modo iba a ser posible? Se lo pregunto a ustedes, artistas; ustedes lo saben». ¿Acaso no es esta, parece sugerir Bergman, la única manera *realista* de contemplar lo jurídico?

13 El motivo de *la máscara* es muy recurrente en el cine de Bergman. Se trata de una resonancia psicoanalítica, la cual, bien como *persona*, en su significado latino (recuérdese el título de una de sus más importantes películas: *Persona*), como elemento psíquico para ocultar exteriormente la auténtica naturaleza emocional del individuo, bien físicamente, como careta que cubre el rostro de los personajes, suele poner de manifiesto la tensión en que viven los personajes, entre su verdadera intimidad anímica y la realidad que les circunda, siendo así un medio de que éstos se dotan para intentar resolver esta tensión. *La máscara*, como dice J.M. Company, es «... apariencia y refugio del sujeto» (COMPANY, Juan Miguel, «El rincón de las fresas», en *Cahiers du Cinema España*, n.º 4, septiembre 2007, pág. 100).

7. Sobre el realismo jurídico en general y el escandinavo en particular

En el ámbito filosófico-jurídico, el *realismo* en general arranca de la crítica a la dogmática formalista formulada por parte del *segundo Ihering*, cuando éste postuló la necesidad de comprender la norma jurídica desde su efectiva validez fáctica más que desde su formulación abstracta, y de considerar la fuerza como el verdadero contenido del derecho¹⁴.

Estas ideas constituyeron el programa teórico fundamental de corrientes decididamente antiformalistas en Alemania, como la *Jurisprudencia de intereses* (Heck, MüUer-Erzbach, Triepel, Klein, e t c .), la *Escuela del derecho libre* (Bülow, Kantorowicz, Fuchs, etc..) y tendencias explícitamente sociologistas como la inaugurada por Ehrlich. La primera de ellas postuló la interpretación de la norma jurídica como una actividad eminentemente creativa¹⁵, mientras que la segunda vindicó ya abiertamente la función creadora del juez en su aplicación¹⁶; Ehrlich llegó más allá al afirmar que el derecho, como fenómeno eminentemente social por encima de todo, debía ser comprendido ya desde una nueva perspectiva: la sociológica¹⁷.

En Francia fue la obra de GénY y su escuela (Esmein, Saleilles, Charmont, etc..) la que se hizo eco de los postulados de Ihering al proponer la elaboración de una verdadera *Jurisprudencia sociológica*, de naturaleza antimetafísica y antiformalista¹⁸. Entre sus discípulos.

Duguit se declaró ya expresamente *realista*¹⁹ y desarrolló una línea teórica basada en la consideración del derecho como un hecho social y en el destierro de todo concepto (señaladamente el de *derecho subjetivo* y el de *sujeto de derecho*) de toda especulación jurídica que se tuviese por científica.

Por otra parte, en el contexto filosófico del pragmatismo empirista anglosajón (James, Dewey, Holmes) surge, a principios del siglo xx, el llamado *realismo*

14 Escribe Ihering: «El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde se pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerlo efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia» (IHERING, Rudolf von. *La lucha por el derecho*, trad. de A. Posada, Civitas, Madrid, 1985, p. 60).

15 Vid., por ejemplo: HECK, Philipp, *El problema de la creación del Derecho*, trad. de M. Atienza, Gomares, Granada, 1999; y MÜLLER-ERZBACH, Rudolf von, *Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes: Zur Beleuchtung. Begriffsjurisprudenz*, Fischer, Jena, 1913.

16 Vid. BÜLOW, Oskar, *Gesetz und Richteramt*, Scientia, Aalen, 1972; KANTOROWICZ, Hermann, *La definición de derecho*, trad. de J.M. de la Vega, Revista de Occidente, Madrid, 1964; KANTOROWICZ, Hermann, *Rechtswissenschaft und Soziologie: Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, C.F. MüUer, Karlsruhe, 1962; y FUCHS, Ernst, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, Scientia, Aalen, 1975.

17 Vid. EHRlich, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967; y EHRlich, Eugen, *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad. y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena Simón y G. Robles Morchón, Marcial Pons, Madrid, 2005.

18 Vid. GÉNY, François, *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*, trad. de J.L. Monereo Pérez, Gomares, Granada, 2000.

19 Vid. DUGUIT, León, *El pragmatismo jurídico: conferencias pronunciadas en la Universidad de Madrid*, trad. de A. Lázaro Álvarez, Ed. Francisco Beltrán, Madrid, 1924, págs. 99 y ss.

jurídico norteamericano, tradicionalmente emparentado con el escandinavo. Según la famosa caracterización de uno de los principales integrantes de este movimiento, Karl Llewellyn²⁰,

este *realismo* significó una forma de tematizar las cuestiones básicas de la ciencia jurídica sustentada sobre una concepción del derecho y de la actividad judicial como *algo en acción* (en correspondencia con una idéntica concepción de lo social), en tanto ambos son instrumentos para la consecución de fines sociales, y no fines en sí mismos. Desde el punto de vista epistemológico, el realismo jurídico norteamericano parte de la distinción neta entre *ser* y *deber ser*, dando primacía a lo que *es* frente a lo que *debe ser*, puesto que un juicio deóntico comporta un elemento añadido por parte de su autor, que desvirtúa lo que realmente es, y por tanto puede tergiversar algo tan fundamental en la determinación de lo jurídico como los hechos. En este sentido, las reglas técnicas y los conceptos jurídicos tradicionales de la dogmática, presuntamente indubitados descriptores de la actividad judicial (la actividad auténticamente jurídica, en tanto que el derecho es *acción*), no pueden merecer más que desconfianza, pasando, pues, a ocupar un segundo plano en el ámbito de la decisión judicial. En consecuencia, según esta tendencia, el derecho debe valorarse en razón de sus efectos, y éstos deben ser la verdadera pauta para quien investigue lo jurídico por encima de cualquier otro criterio²¹.

Este panorama tan superficialmente expuesto del antiformalismo jurídico concluye en el llamado *realismo jurídico escandinavo*, el que aquí más nos interesa a los efectos del presente trabajo. Esta es una tendencia iusfilosófica nacida en el seno del neoempirismo contemporáneo, en la línea de los postulados filosóficos del positivismo lógico del Círculo de Viena, y más en concreto de los de la Escuela de Uppsala, uno de cuyos fundadores, Axel Hägerstrom, le dio auténtica carta de naturaleza filosófica.

Siguiendo el famoso trabajo de Tarello, titulado *Realismo giuridico*²², el realismo jurídico escandinavo se caracteriza, en general, por los siguientes rasgos:

- 1.a Como teoría sobre la definición del derecho, como ontología jurídica, entiende que éste se da específicamente en el ámbito psíquico de las

20 Cfr. LLEWELLYN, Karl L., «Soma Realism About Realism: Responding to Dean Pound», en *Harvard Law Review*, 44, Jun. 1931, págs. 1222-1264.

21 La descripción anterior corresponde a la tendencia, dentro del realismo norteamericano, caracterizada bajo la etiqueta de *escépticos sobre las reglas*. Asimismo, hubo otra tendencia, bajo el nombre de *escépticos de los hechos*, que incidió en mayor medida en la problemática que supone la determinación de los hechos jurídicamente relevantes en la decisión judicial, por encima del alcance de las reglas, de cara a establecer la auténtica naturaleza jurídica de lo que acontece en los tribunales; para ambas tendencias, los auténticos escenarios del derecho (el autor de esta distinción es Jerome N. Frank; vid. su trabajo, *Law and the Modern Mind*, Doubleday, Carden City, New York, 1963).

22 Cfr. TARELLO, Giovanni, «Realismo giuridico», en AZARA, Antonio, EULA, Ernesto (dirs.), *Novissimo Digesto Italiano*, n.º XIV, UTET, Torino, 1967, págs. 923-933.

creencias como una *realidad mágica*, pero no como una realidad distinta a las otras que también se dan en ese mismo ámbito: el derecho es porque se *cree* (sobre presupuestos de índole metafísica, *mágica* dirían los realistas) que es una realidad específica —Hägerstrom, Olivecrona—. Así se expresa este último: «...el derecho es un eslabón en la cadena de causa y efecto. Tiene por lo tanto un lugar entre los hechos del mundo y del espacio, pero entonces no puede pertenecer al mismo tiempo a otro mundo. El derecho no puede, por una parte, ser un hecho (como lo es indudablemente) con causas naturales y efectos naturales, y, por la otra, algo extraño al vínculo de causa y efecto. Sostener lo contrario es pura superstición. Ello significaría —si es que significa algo realmente— que el derecho está investido de un poder sobrenatural»²³. En términos parecidos se expresa la otra gran línea de pensamiento de esta escuela —Ross—: «El derecho es un orden que es experimentado y vivido como socialmente obligatorio»²⁴.

- 2.a Como teoría sobre la naturaleza del conocimiento jurídico, como epistemología jurídica, considera que su objeto de estudio son *los hechos*, afirmando que ese conocimiento, tal y como se ha venido dando hasta entonces, constituye una manipulación de lo real mediante el lenguaje y procedimientos rituales que se consideran como *jurídicos*, y como tales, sustentados en último término sobre creencias mágicas —Hägerstrom, Olivecrona, Lundstedt—²⁵. Escribe Hägerström: «... debemos destruir la metafísica si queremos penetrar la bruma de las palabras, emanada de sentimientos y asociaciones, y pasar de los sonidos a las cosas»; y Olivecrona se reafirma en términos análogos cuando afirma: «Toda tentativa de sostener científicamente que el derecho es obligatorio en otro sentido que en el de ejercer una presión efectiva sobre la población, conduce necesariamente a absurdos y contradicciones. Aquí aparece, en consecuencia, la línea divisoria entre realismo y metafísica, entre el método científico y el misticismo en la explicación del derecho»²⁶. Asimismo, según Ross, es propio del conocimiento jurídico (como de las otras ciencias sociales: la sociología, la antropología, la psicología, etc..) la observación de

23 OLIVECRONA, Karl, *El Derecho como hecho*, trad. de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pág. 7. En referencia al lenguaje jurídico, afirma el autor: «El lenguaje jurídico tiene su origen en el lenguaje de la magia», y: «Hablamos [en referencia al lenguaje jurídico] como si creásemos efectos invisibles con simples palabras» (OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 3.a ed., trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 1995, págs. 59 y 41 respectivamente).

24 ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de G. Garrió, 2.ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1997, pág. 65.

25 Vid. HÄGERSTROM, Axel, *Inquires into the Nature of Law and Moráis*, trad. De C.D. Broad, Almqvist & Wiksells, Uppsala, 1953, pág. 354; OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, *op.cit.*, passim; y LUNDSTEDT, A. Vilhelm, *Legal Thinking Revised*, Almqvist & Wiksells, Uppsala, 1956, pág. 301.

26 HÄGERSTROM, Axel, «A Summary of my Philosophy», en *Phylosophy and Religión*, trad. de R.T. Sandin, George AUen & Unwin Ltd., London, 1964, pág. 74; y OLIVECRONA, K., *op.cit.*, pág. 7.

la regularidad de determinadas conductas que son la base de la resolución de los conflictos jurídicos. Estas conductas fundan la validez de las normas jurídicas sobre las que se sustenta la resolución, porque (en consonancia con los presupuestos realistas expuestos en el punto anterior sobre cómo se concibe el derecho) son *sentidas* como obligatorias por parte de los jueces: «... un orden jurídico nacional —escribe Ross—, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece»²⁷.

- 3.a Como teoría sobre la interpretación y aplicación del derecho, el realismo jurídico escandinavo postula que estos procesos están mediados por un bagaje psíquico de raíz metafísica, *mágica*, intensamente tamizado por la ideología del intérprete (entendido éste y aquella en el sentido en que lo hace la ciencia jurídica formalista: como mecánicos ejecutores de un silogismo lógico-deductivo), de modo que la individuación de los hechos y de las normas objeto de interpretación no está en absoluto predeterminada —Lundstedt²⁸—.

En parecido sentido, Ross sostiene que las soluciones alcanzadas en la interpretación y aplicación del derecho son cuestiones exclusivamente fácticas, que dependen de las circunstancias concretas, y que no tienen porqué presentar una coincidencia necesaria con los enunciados jurídicos preexistentes, de tal modo que interpretación y aplicación han de ser tratados, pues, empíricamente, y no como procesos abstractos lógico-deductivos²⁹.

A la caracterización precedente hay que añadir otro elemento, olvidado por Tarello y apuntado por Hierro³⁰": una concepción del derecho basada sobre *la fuerza* como contenido esencial de lo jurídico. Afirma Ross: «El derecho está constituido por reglas que están respaldadas por la fuerza»; y, por su parte, escribe Olivecrona: «Si el derecho no es vinculante en el sentido tradicional, si es solamente una cuestión del efecto psicológico de algunos imperativos independientes, si en realidad no hay derechos y obligaciones, entonces lo que llamamos derecho debe esencialmente ser fuerza organizada»³¹.

8. El juez Ernst Abrahamsson: un juez *realista*

Como he indicado arriba, es la concepción jurídica característica del realismo jurídico escandinavo la que actúa como presupuesto y subyace al personaje

27 ROSS, A. *op. cit.*, pág. 61.

28 Cfr. LUNDSTEDT, A. V., *op. cit.*, págs. 131-136.

29 ROSS, A., *op. cit.*, págs. 143 y sigs.

30 HIERRO, Liborio L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*. Fernando Torres editor, Valencia, 1981, pág. 68.

31 ROSS, A., *op. cit.*, pág. 79; y OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, *op. cit.*, pág. 123.

del juez y a toda la concepción dramática del filme. Estamos, por encima de todo, ante una concepción de la actividad jurisdiccional, y más específicamente la judicial, como algo que se desarrolla fundamentalmente *en acción*. Para los realistas escandinavos, la tarea judicial es una cuestión eminentemente práctica, condicionada en gran medida por actos volitivos del juez, aun cuando, como indica Ross, intervengan *prima facie* también procesos cognitivos que predisponen su actividad decisoria.

En la película, esta actividad es presentada en su más radical expresión fáctica, como un *hecho*: el proceso a una compañía de actores. La determinación de los hechos que se contemplan en la instrucción del proceso, está tamizada por las estructuras psíquicas del juez y los encausados, y por sus reacciones ante la situación jurídico-procesal que los ha puesto en contacto y ha desencadenado sus relaciones personales. Esto es lo que determina la evolución psíquica de los personajes a lo largo del metraje. De presentarnos al juez inicialmente en una clara posición de poder frente a los actores, derivada de su especial condición político-jurídica de funcionario, asistimos a través de un proceso dialéctico cargado de tensión e intensidad dramáticas, a un paulatino desarrollo psíquico de los personajes en el que las posiciones se terminan igualando hasta la *victoria* final de los encausados. El —en terminología de Olivecrona— carácter *directivo* que caracteriza al lenguaje jurídico, en el sentido de que influye, y pretende influir, en las conductas de los individuos de una determinada manera y en una cierta dirección, se muestra palpablemente desde el principio al final del filme, mostrando al derecho como un poderoso medio de control y comunicación sociales.

Ello pudiera inducir a pensar, en la línea de la teoría jurídica marxista (Stucka, Pashukanis), que el personaje del juez está concebido como el implacable ejecutor de la fuerza institucionalizada en que, según estos autores, consiste el derecho burgués³², efectuado en el proceso, el lugar donde lo jurídico se expresa más genuinamente al ser el escenario típico de la lucha de intereses en la sociedad burguesa, y donde se muestra más claramente, por abstraerse de su raíz económica, como un elemento superestructural del sistema capitalista³³. No obstante, en mi opinión, no es el punto de vista marxista el que interesa preferentemente a Bergman, sino el psicologista propio del realismo escandinavo; el primero sirve para ilustrar formalmente la lucha psicológica, pero esta lucha responde sobre todo a otro motivo, a la propia condición psíquica de

32 En la película no se localiza la trama en ningún lugar; tan sólo se alude a la nacionalidad de los encausados. Ello acentúa, por otra parte, el carácter *ejemplar* que pretende tener todo lo que la película muestra.

33 Cfr. STUCKA, Pétr Ivanovic, *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*, 2.a ed., trad. de J.R. Capella, Península, Barcelona, 1974, pág. 34; y PASHUÍANIS, E.B., *Teoría General del Derecho y marxismo*, trad. de V. Zapatero, Labor, Barcelona, 1976.

los personajes en cuestión, más que a una crítica política sobre el sistema jurídico burgués.

En consecuencia, la película es una crítica implacable a la concepción positivista, formalista del juez, como ejecutor mecánico de un proceso cognoscitivo lógico-deductivo, como fría, calculadora, aséptica y racional *bouche de la loi*. Es la propia naturaleza psíquica del juez, y su evolución a lo largo del filme, lo que determina el auténtico *modus essendi* de la función judicial, en plena sintonía con los postulados teóricos del realismo jurídico escandinavo.

9. Un proceso realista

Como se ha apuntado más arriba, la acción jurisdiccional se muestra como una representación análoga a una teatral. La película está estructurada como un proceso en nueve escenas con una progresión dramática muy concreta. En consecuencia, el proceso (en su fase de instrucción: lo que muestra la película) se presenta como algo que no está rígidamente reglado según las estrictas normas del derecho procesal³⁴; es más, comparte con la representación del número teatral (*El rito*) su carácter pagano, ritual, mágico. Bergman sitúa en idéntico nivel discursivo el proceso y la representación, en una lucha dialéctica entre la *magia artística* y la *magia jurídica*. El derecho se nos muestra, pues, como algo derivado de una concepción mágica para la resolución de los conflictos, al modo en que era postulado por Hågerström, por ejemplo.

A medida que va transcurriendo la instrucción del proceso, como se ha dicho antes, el juez ve progresivamente trastocada su actitud por la vía de la confrontación con la actitud *artística* de los actores, de tal modo que su bagaje pasional se va revelando poco a poco hasta acabar desbordado por sus propios demonios interiores ante la imposibilidad de encontrar la explicación que persigue fuera del ámbito artístico, en una especie de canto al triunfo del arte sobre la abstracta y calculadora racionalidad jurídica expresada en su figura institucional y en las leyes que tiene que aplicar. Y es que los actores aguantan la confrontación con el juez (el proceso judicial en definitiva) gracias a la fuerza de su arte, una instancia trascendente que los mantiene a pesar de su inseguridad (Sebastian), de su miedo a la soledad y a la frustración (Hans) y de su irracionalidad rayana en la demencia (Thea). Este arte termina por imponerse en la representación final, donde los tres actores actúan como una sola persona bajo la férula del poder quasi-místico de la creación artística.

34 Ciertamente, como indica L. Hierro, los sistemas jurídicos escandinavos tienen una naturaleza intermedia entre los sistemas continentales de derecho civil o romano y los sistemas anglosajones del *common law*. Se caracterizan por su escasa codificación normativa, su escaso formalismo y una situación de equilibrio entre el principio de creación legislativa y el de creación judicial del derecho (Cfr. HIERRO, L., *op. cit.*, págs. 128-129).

Arte y derecho son incompatibles, parece decimos Bergman³⁵; el operador jurídico, tal y como es concebido por la tradición jurídica positivista occidental, no es más que una ficción mistificadora de la auténtica naturaleza del ser humano como instancia psíquica que se confronta permanentemente con la realidad que le rodea y que realiza juicios sobre ella, máxime en el caso del juez, el cual se encuentra además en la tesitura profesional de juzgar la bondad o maldad jurídica (moral en el fondo, según el cineasta) de la conducta de otros. De acuerdo con los presupuestos realistas del filme, Bergman considera al juez ante todo como, podríamos decir, *un individuo de carne y hueso*, en consonancia con la propia naturaleza del derecho en tanto que algo no susceptible de ser encorsetado bajo la literalidad de los códigos y que, por su propia naturaleza problemática enraizada en la complejidad de la vida humana (en el sentido más amplio que quepa pensarse), desborda toda pretensión displicentemente formalizadora.

El arte, pues, como afirmación radical de la individualidad y de la libertad absoluta del sujeto, como instrumento de exorcización de los demonios personales y como vehículo político desenmascarador de falsas construcciones teóricas (en este caso, el derecho como orden racional y abstracto regulador de las conductas humanas y el juez racional como su aplicador prototípico) que no pretenden otra cosa que aniquilar la condición extremadamente *vital* del hombre contemporáneo.

La derrota física y psicológica del juez se produce en el marco del proceso jurídico, y no fuera de él. He aquí el gran mensaje (además el más profundamente jurídico) de la película, lo que pone de manifiesto, en definitiva, que el derecho es, ante todo, un fenómeno existencial, psicológico más (como el arte, el teatro, etc.), donde la forma en sí y la presunta justicia de su contenido quedan relegados a un segundo plano, en tanto que son las actitudes y conductas humanas derivadas de las normas lo que importa realmente al juez en su actividad decisoria. En palabras de Ross, «... el derecho consiste parcialmente en ser norma, pero no en el sentido tradicional de específicas significaciones o proposiciones sobre la validez normativa, sino exclusivamente como elemento integral del fenómeno jurídico, como hechos psicofísicos, expresiones que en parte reflejan y en parte crean a su vez reales actitudes de conducta. Las expresiones normativas vienen a consideración como eslabones en esta cadena de funciones y no, como lo supone el dogmatismo jurídico, como un sistema independiente de proposiciones normativas»³⁶.

35 Si hay un cineasta que ha vindicado la importancia vital del arte y de la expresión artística ha sido Bergman. En muchas de sus películas, la creación artística aparece como un medio de redención personal, en virtud del cual el artista dota de sentido a su existencia.

36 ROSS, Alf, *Hacia una ciencia realista del Derecho: crítica del dualismo en el Derecho*, trad. de J. Barboza, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, págs. 108-109.

10. ¿Dónde quedan los valores?

Desde un punto de vista axiológico, el filme responde a una concepción escéptica en torno a los valores, deudora de los planteamientos de la corriente realista escandinava: los juicios de valor que sustentan el derecho son expresión de los sentimientos y de los deseos de los individuos concretos que mantienen una relación jurídica; en el caso de la película, una relación jurídico-procesal. En consecuencia, los juicios de valor no son más que expresiones verbales, y, por lo tanto, toda discusión en torno a los contenidos de los principios axiológicos resulta ser una mera elucubración sin fundamento racional y sin sentido. Creer en valores no es otra cosa, pues, que expresar emociones, que manifestar un placer o un disgusto por parte del individuo que valora; y proyectar esos sentimientos a la realidad en calidad de valores (morales, jurídicos, estéticos, e t c .), supone incurrir en una suerte de fetichismo³⁷, en el cual la construcción teórica en que consiste el valor, constituye el objeto de idolatría y veneración por parte de sus defensores, al atribuírsele poderes o cualidades sobrenaturales, lo que, en último término es expresión de una mentalidad primitiva.

Así pues, los juicios de valor no son en sí ni verdaderos ni falsos, al contrario que los juicios científicos, los cuales sí responden a esta condición. Se trata de una tesis que parte de una concepción empirista de la realidad, en el sentido de negar la existencia de cualquier *realidad espiritual* frente a la *realidad empírica*. No cabe, así, ninguna posibilidad de un conocimiento práctico, ni de especulación rigurosa, científica, en torno a la moral o a los valores jurídicos. Escribe Hågerström al respecto: «Una propiedad moral como tal —esto es, una proposición en el sentido de que una determinada acción representa un valor supremo— no puede ser calificada como verdadera o falsa. No hay en absoluto una proposición en el sentido de que la acción sea actual o verdaderamente la correcta»³⁸. Como sostiene Ross, toda reflexión filosófica sobre los valores es pura ideología, y como tal, un instrumento al servicio de intereses particulares dentro de la sociedad, de manera que la invocación de la justicia en relación con el derecho constituye un producto ideológico que se utiliza por una determinada causa interesada, sin que muestre el más mínimo criterio fiandado en la realidad, el cual permita establecer, con certeza científica, si en verdad algo es justo o

37 Asimismo, el Estado no sería otra cosa que una especie de fetiche, un objeto de veneración irracional.

38 HÅGERSTRÖM, Axel: *Om moraliska föreställningars Sanning*, Bonnier, Stockholm, 1911; cit. por HIERRO, L., *op. cit.*, pág. 146. Esto no significa, como indica Ross, que deba desterrarse sin más la reflexión en torno a la moral y a los valores jurídicos, sino sólo en los términos que tradicionalmente se ha desarrollado desde la Grecia clásica hasta la contemporaneidad. Una correcta reflexión *al* respecto sería aquella que tratase los fenómenos morales como fenómenos psicofísicos en el contexto de un organismo psicofísico, de manera que entraría dentro del ámbito especulativo de las ciencias que se ocupan de estos fenómenos: la psicología y la sociología (Vid. ROSS, Alf, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Levin & Munksgaard-Felix Meiner, Kobenhavn-Leipzig, 1933, págs. 435 y sigs.).

injusto. A lo sumo, sólo cabe hablar de un *derecho justo* cuando éste es realmente eficaz, es decir, aplicado, observado y cumplido en la vida social³⁹.

Ciertamente, la película parte de estos presupuestos teóricos cuando presenta los valores como expresión de la individualidad particular (sobre todo, sentimental, emocional, irracional) de cada personaje, negando así la naturaleza cognoscitiva de los juicios morales; y cuando en ningún momento trae a colación valor o valores jurídicos algunos, que pudieran actuar como referentes axiológicos de los personajes durante el proceso judicial.

11. *Fin*

En consecuencia, de acuerdo con la concepción jurídica del realismo jurídico escandinavo, el derecho constituye una determinada experiencia de lo real en relación con las conductas humanas, que se manifiesta en su cumplimiento efectivo en la sociedad, y que se encuentra sometido, pues, al mismo bagaje antropológico y psíquico que cualquier otro fenómeno humano. Este es el auténtico presupuesto jurídico de la película; el pretexto iusfilosófico que permite a Bergman desplegar su concepción del hombre, en su condición de *artista*, en relación con lo social y lo jurídico.

Y es que *El rito* es un curioso y aleccionador ejemplo de *cine jurídico*; más en concreto, de *cine procesal*. La gran mayoría de las *películas procesales* vienen a postular la tesis de que el proceso judicial es un escenario de conflictos, emociones, sentimientos y miserias humanas, puesto que este es el pretexto dramático de que se sirven para plantear y contar sus historias. En último término, vienen a igualar derecho y teatralidad como distintos modos de *re-presentación*, de retóricas en tomo a los asuntos humanos, ubicando ambos discursos (el jurídico y el teatral) en el mismo espacio simbólico. En la película de Bergman, esta tesis viene expresada con gran coherencia, desde los presupuestos teóricos de una de las más pujantes tendencias del pensamiento jurídico contemporáneo: el llamado *realismo jurídico escandinavo*.

Ficha técnica completa:

Título original	: Riten.
Producción	: Svenks Filmindustri, Sveriges TV, Persona Film y AB Cinematograph.
Productor	: Lars-Owe Carlberg.
Dirección y guión	: Ingmar Bergman.

39 Cfr. ROSS, Alf, «Nota al libro de Kelsen, *¿Qué es la justicia?*», en ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 2.a ed., Fontamara, México, 1993, pp. 33-46.

Decorados	: Lennart Blomqvist.
Fotografía	: Sven Nykvist (Blanco y negro, 16 mm.).
Montaje	: Siv Kanalv Lundgren.
Sonido	: Lennart Egholm.
Vestuario	: Mago.
Estreno en televisión	: 25 de marzo de 1969.
Duración	: 72 minutos.
Intérpretes	: Ingrid Thulin (Thea Winkelmann), Anders Ek (Sebastian Fischer), Gunnar Bjomstrand (Hans Winkelmann), Erik HeU (juez Abrahamsson), Ingmar Bergman (confesor).

LA FORMACIÓN INTERDISCIPLINARIA EN EL DERECHO¹

Lorenzo Zolezzi Ibárcena²

Sumario

Palabras liminares. 1. Antes de la década del sesenta del siglo XX: la influencia clásico-renacentista. 2. La literatura europea de los años 60 y el boom latinoamericano. 3. ¿Formación interdisciplinaria en el Derecho en los años 60? 4. La década del sesenta del siglo XX y el *Law and Social Change*. 5. La revolución cubana y la descolonización africana. 6. La primera conferencia sobre la enseñanza del derecho y el desarrollo. 7. El *International Legal Center*, y sus informes sobre la educación legal en un mundo cambiante y la investigación en derecho y desarrollo. 8. La Universidad de *Stanford* y el proyecto derecho y cambio social en la Europa Mediterránea y América Latina. 9. La tercera etapa, el nuevo tipo de abogado y la declinación del fuego vivificador. 10. El aprendizaje en las nuevas generaciones: el *internet*, las redes sociales, el *YouTube*, el *Netflix* y a los *smartphones*. 11. ¿El giro a los temas de los años 60? 12. ¿Nuevos enfoques, nuevas asignaturas? 13. La incorporación, en las Facultades de Derecho, de *Derecho y Literatura*. Conclusiones

Palabras liminares

Yo diría que la formación interdisciplinaria nunca ha estado ausente en la formación del abogado. Llego a distinguir tres momentos, en cada uno de los

1 Conferencia ofrecida por el autor en la sesión inaugural del XV Congreso Latinoamericano de la Asociación de Facultades e Institutos de Derecho de América latina (AFEIDAL), realizado en Lima 18 de septiembre de 2014, bajo los auspicios de la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

2 Ha sido Decano y Jefe del Departamento de Derecho de la PUCP. Ha sido Presidente del Tribunal Administrativo de la CONASEV. Ha sido Miembro del Comité de Protección de los Accionistas Minoritarios de la CONASEV. Ha sido Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI. Recibió la Medalla 90 Años de la Universidad (PUCP) en el 2007. Es Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho Es Académico Correspondiente de la Academia Gallega de Jurisprudencia. Es Profesor Honorario de las Universidades San Agustín y Santa María de Arequipa e Inca Garcilaso de la Vega de Lima. Ha sido condecorado con la Medalla Morales y Duárez por el Colegio de Abogados de Lima. Ex Miembro del Consejo Consultivo del Poder Judicial. Miembro fundador de AFEIDAL.

cuales las condiciones en las que se desarrollaba la profesión de abogado y el marco social eran distintas, por lo que el auxilio que recibió de otras disciplinas obedeció a propósitos diversos.

1. Antes de la década del sesenta del siglo xx: la influencia clásico-renacentista.

La educación previa y paralela a la jurídica tuvo un marcado tinte humanista. En muchos países, como fue el caso del Perú, los estudiantes que terminaban la escuela secundaria no ingresaban de frente a la Facultad de Derecho, sino a la Facultad de Letras, en la cual, durante un período de dos años, se sumergía al estudiante en el mundo de las Humanidades.

Hablando de mi experiencia personal, puedo decir que la Facultad de Letras significó como abrir la puerta de un bosque encantado. Estudié la *polis* griega, la *Ilíada* y la *Odisea* y la dramaturgia de los clásicos griegos. Se alzó ante mis ojos el terrible destino de *Edipo* y el cruel castigo de *Sísifo*. También estudié el renacimiento, el barroco y el existencialismo, entre decenas de temas que hicieron de mí un joven que vivía y palpitaba con el mundo de la cultura.

2. La literatura europea de los años 60 y el boom latinoamericano.

Entonces comprábamos libros con los ahorros de nuestras propinas y conversábamos sobre lo que leíamos o sobre las películas que veíamos. Devorábamos a los escritores europeos, especialmente a Hermann Hesse, Aldous Huxley, Albert Camus, Jean Paul Sartre, Par Lagerkvist y Thomas Mann, por mencionar los más favorecidos. También ejerció en mi generación una especial fascinación lo que se dio en llamar el *boom* literario latinoamericano.

En 1963 se publicó en España *La Ciudad y los Perros* de Vargas Llosa y en 1967 ya leíamos *Cien Años de Soledad* de Gabriel García Márquez.

También leíamos a Carlos Fuentes, Alejo Carpentier, Ernesto Sábato, Juan Carlos Onetti, Julio Cortázar, Guillermo Cabrera Infante, y en la poesía muy especialmente a César Vallejo y a Pablo Neruda. En lo personal, mi autor favorito fue y sigue siendo aquel que no se puede adscribir a ninguna escuela ni a ninguna estética: Jorge Luis Borges, y a quien tuve el honor de conocer cuando mi Universidad, la Pontificia Universidad Católica del Perú, le confirió el doctorado *Honoris Causa*.

3. ¿Formación interdisciplinaria en el derecho en los años 60?

En este contexto, las Facultades de Derecho se concentraban casi exclusivamente en la formación de abogados y la existencia de otras disciplinas en los planes de estudio tenía por única finalidad perfeccionar la educación netamente profesional. Por ejemplo, era infaltable el curso de Contabilidad, colocado con la mira puesta en el abogado de empresas, o el de Criminología, pensado en función de quienes se inclinarían por el campo penal.

4. La década del sesenta del siglo xx y el *law and social change*.

La década del sesenta marcó, a nivel mundial, una ruptura con el pasado. El 17 de mayo de 1954 la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó la famosa decisión *desegregacionista* en el caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*³ y 6 años después, empezando la década, se contaban por centenas los escritos académicos acerca de si una decisión judicial se puede adelantar a los cambios sociales, o si por el contrario debe limitarse a plasmar lo que antes se ha producido en la sociedad. Lo que dio en llamarse *Law and Social Change* penetró e llenó en las Escuelas de Leyes de los Estados Unidos.

5. La revolución cubana y la descolonización africana.

El 1 de enero de 1959 triunfó, en Cuba, la revolución liderada por Fidel Castro y el 30 de junio de 1960 se produjo la independencia del Congo, hecho que trajo, a su vez, la independencia de muchos otros países de África, que se enfrentaban con un reto nuevo y formidable, formar una nación a la vez que echarse a andar por el camino del desarrollo.

Todos estos acontecimientos trajeron nuevas preocupaciones a los estudiosos del Derecho: ¿qué pasa cuando cae todo el viejo orden, con su Derecho incluido? ¿Puede ser el Derecho un agente de cambio social o puede ser, más bien, un obstáculo al cambio social, que es como el chileno Novoa Monreal denominó su libro publicado en México por la editorial Siglo XXI en 1975.

6. La primera conferencia sobre la enseñanza del derecho y el desarrollo.

Al empezar la década siguiente, del 5 al 9 de abril de 1971, el Consejo de Decanos de las Facultades de Derecho de Chile y el Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas de dicho país, organizaron la *Primera Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo*. La Segunda tuvo lugar en Lima, del 10 al 13 de enero de 1973, ocasión en la cual se fundó el Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, que organizó 3 conferencias más, en Venezuela, Costa Rica y Argentina.

7. El *international legal center*, y sus informes sobre la educación legal en un mundo cambiante y la investigación en derecho y desarrollo

Los norteamericanos no se quedaron atrás y fundaron el *International Legal Center*, con sede en Nueva York, el cual constituyó dos Comités encargados de

3 *Caso Brown contra Consejo de Educación de Topeka*, (1954), es un fallo histórico de la Corte Suprema de los Estados Unidos que declaró que las leyes estatales que establecían escuelas separadas para estudiantes de raza negra y blanca negaban la igualdad de oportunidades educativas.

El fallo fue dictado el 17 de mayo de 1954, en forma unánime (9-0) y estableció que las "*instalaciones educacionales separadas son inherentemente desiguales*." Con ello, la Corte Suprema revocó los precedentes existentes desde *Plessy contra Ferguson* en 1896. Como resultado de esto, la segregación racial fue considerada como una violación a la Cláusula sobre Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. Esta sentencia abrió el camino para la integración racial y la conquista de los derechos civiles por las personas de raza negra.

elaborar sendos informes sobre la *Educación Legal en un Mundo Cambiante* y la *Investigación en Derecho y Desarrollo*. Fui el único latinoamericano que integró esta última, en la que participaron norteamericanos de las Facultades de Derecho de Wisconsin, Harvard, Nueva York, Stanford, Berkeley y Boston, más académicos de Australia, India, Hungría, Suecia, Reino Unido, Líbano, Ghana y Sri Lanka.

8. La universidad de stanford y el proyecto derecho y cambio social en la europa mediterránea y américa latina

En 1972 la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford emprendió un ambicioso proyecto de investigación que se llamó *Derecho y Cambio Social en la Europa Mediterránea y América Latina*, que fue dirigido por John Merryman y Lawrence Friedman y que comprendió Italia, España, México, Costa Rica, Colombia, Perú y Chile.

En consecuencia, se puede afirmar que los grandes temas de los sesenta y setenta fueron el cambio social, el desarrollo y la educación jurídica. Desde el punto de vista que nos ocupa en esta disertación, cabe decir que ingresaron en los planes de estudio cursos de *Sociología del Derecho*, *Antropología Jurídica* y *Metodología de la Investigación*, toda vez que cobró gran auge la realización de investigaciones empíricas, que ingresaban por vez primera en la producción intelectual de los juristas.

9.- La tercera etapa, el nuevo tipo de abogado y la declinación del fuego vivificador.

Es difícil precisar cuándo empieza lo que sería la tercera etapa. Muchas de las ideas que gobernaron la segunda dieron sus frutos. Surgió un nuevo tipo de abogado, con sentido crítico y capaz de realizar investigaciones y proponer cambios en el sistema jurídico, especialmente en el Poder Judicial. Fueron, y son, los que fundaron organizaciones no gubernamentales encargadas de estudiar muchos temas jurídicos que en el pasado nadie analizaba. Y, muy señaladamente, de estudiarlos con equipos interdisciplinarios y con el auxilio de métodos empíricos.

Pero hubo algo que se apagó: la mística, la exaltación, la fe en el desarrollo, en la libertad y aún en la justicia. Ello se debe a muchos factores, como por ejemplo la proliferación de golpes de estado represivos que se instauraron en diversos países de América Latina entre 1973 y el año 2000, la caída del muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989, que trajo consigo la desintegración de la Unión Soviética, el estancamiento de la revolución cubana y la constatación que ninguna de las fórmulas ensayadas desde 1960 logró el desarrollo a América Latina, sino episodios más o menos importantes de crecimiento económico.

A ello hay que sumar el nacimiento, en varios países de América Latina, de organizaciones delictivas de un nuevo cuño, de alcance transnacional y con

ramificaciones que lograron penetrar todos o casi todos los estamentos del poder político.

En el Perú, por añadidura, surgieron movimientos terroristas sanguinarios, que pusieron fin, entre muchas cosas, a complejos planes de voluntariado, de gran auge en la década del setenta y que ponían en relación a los estudiantes universitarios con el país profundo.

10. El aprendizaje en las nuevas generaciones: el *internet*, las redes sociales, el *youtube*, el *netflix* y a los *smartphones*

Influencias de otro tipo, no necesariamente de sello negativo, empezaron a modificar los patrones de relación y de aprendizaje en las nuevas generaciones. Me refiero al uso cada vez mayor de *internet*, a las redes sociales, a las aplicaciones informáticas, a las computadoras personales y tabletas, a *YouTube*, a *Netflix* y a los cada vez más omnipresentes *smartphones* o teléfonos inteligentes.

Surge también la universidad-empresa y el conjunto de todos estos fenómenos ha producido en muchos estudiantes falta de ideales, búsqueda del éxito rápido, abandono de la lectura, desinterés por la cultura, egoísmo y narcisismo.

11. ¿El giro a los temas de los años 60?

Es frente a esto que se produce un giro de 180 grados y los encargados de la educación jurídica, sin dejar todo lo bueno que se ha ido consolidando desde 1960, empiezan nuevamente a pensar en un estudiante con cultura humanista, con la habilidad de tener empatía y compasión, con un pensamiento positivo ante su entorno, con responsabilidad social. Se están incluyendo nuevamente, en los casos donde dejaron de ofrecerse, los cursos de *Sociología del Derecho* y de *Antropología Jurídica*.

12. ¿Nuevos enfoques, nuevas asignaturas?

Se han introducido cursos de *Economía* o de *Análisis Económico del Derecho*, a fin de poder entender a los agentes del mercado y a la complejidad de las transacciones que giran alrededor del modelo económico adoptado, pues implementar ciertas leyes o regulaciones, o dejar de introducirlas o aplicarlas, puede ser determinante y un abogado debe poder entender las consecuencias de sus consejos o de su acción.

La *Ciencia Política* es central en la hora actual, en la que la mayor parte de los países están consolidando estados democráticos basados en el respeto a los derechos humanos. El estudiante de derecho debe poder captar la forma en que se ordenan las diferentes fuerzas políticas y los modos en que estas fuerzas se relacionan, ya sea a través de afinidades o antagonismos, para poder saber el rumbo que debe tomar la interpretación jurídica que debe aplicar, porque mientras el Derecho es lento en su accionar, la política es dinámica y cambiante.

La *ética* es fundamental, para orientar la acción individual del abogado, pero también para que pueda tener una visión sólida de las limitaciones que le impone un mundo que, como ya se ha mencionado, acoge hoy a grandes organizaciones delictivas que parecen ser omnipresentes.

La *geografía* y el *medio ambiente* también son muy importantes. Hoy en día se ha extendido la preocupación por la utilización de energía renovable, la protección de los recursos naturales y, en general, el cuidado del planeta. Muchos proyectos de inversión pueden dejar una huella profunda en el planeta y contribuir a su deterioro, como la minería, la exploración y explotación del petróleo y el gas, la tala de árboles, la construcción de oleoductos, gasoductos y carreteras.

El abogado de las empresas que deseen trabajar en proyectos de estos tipos debe estar muy alerta, pues ni debe contribuir a la degradación del ambiente, ni puede dejarse engatusar por personas que, con el pretexto de proteger los bienes mencionados, se oponen al progreso porque ello contribuye a sus particulares intereses políticos. Por ello, el abogado debe conocer muy bien los aspectos geográficos y medioambientales implicados en los proyectos que asesora.

13. La incorporación, en las facultades de derecho, de *derecho y literatura*.

Un curso que con gran rapidez está siendo incorporado en los planes de estudio de muchas Facultades de Derecho es el de *Derecho y Literatura*. Yo he abogado, con mucha fuerza y he tenido éxito, para que en la Facultad de Derecho, donde enseñé, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se apruebe un curso de *Derecho y Literatura* y se incorpore en el plan de estudios como un curso electivo.

Lo dicté por primera vez el segundo semestre del año pasado y este semestre, el segundo del 2014, lo estoy dando por segunda vez. Quiero compartir con ustedes las razones por las que creo que es un curso formativo, que responde al tipo de educación que nos exige la hora presente a los que formamos abogados.

- 13.1. Hay que tener en cuenta que el ejercicio de la profesión de abogado no se realiza en el vacío, sino en el mundo de los fenómenos concretos. Éstos son los hechos que están regulados por las normas jurídicas (como el adulterio o el asesinato, por citar dos de miles) o los conflictos de intereses a cuya composición se dedican los mecanismos de solución de controversias (que culminan con la sentencia de un juez, por ejemplo).

Estos hechos o conflictos a menudo son la materia prima de la obra literaria, la cual puede penetrar, por su carácter ficticio, pero no por ello menos certero, en las profundidades del pensamiento y en los resortes que guían los actos humanos.

Su conocimiento puede aportar al estudioso del Derecho un amplio panorama para entender la contraposición entre Derecho y realidad.

Asimismo, los operadores del Derecho y los destinatarios del mismo están insertos en una cultura que afecta al Derecho. La *Literatura* es un medio particularmente apto para conocer la cultura jurídica de una población o de determinados segmentos del mundo de lo jurídico (la de los jueces y abogados, entre otros agentes de la ley).

- 13.2. Determinadas categorías jurídicas encuentran sus raíces en estratos profundos de la psiquis humana, como la venganza, el castigo, la redención, el respeto a los pactos, que han sido ampliamente desarrollados por la *Literatura* desde la antigüedad.

El conocimiento a fondo de estos impulsos -con el consiguiente enriquecimiento de la formación humana y profesional -se puede adquirir de manera muy idónea a través del análisis de las obras literarias pertinentes.

También es ilustrativo conocer determinadas realidades que podríamos denominar extra-jurídicas o para-jurídicas, pero que, siendo algunas abiertamente ilegales, provienen del Derecho, por la vía de la imitación, como es el caso de la denominada ley del hampa o los innumerables casos que muestra la *Literatura* sobre personajes que, gracias al conocimiento de la forma como opera el Derecho, lo utilizan precisamente para violarlo, como lo demuestran el cuento llamado *Emma Zunz* de Jorge Luis Borges o el *Testigo de Cargo*, de Agatha Christie.

- 13.3. Hay que considerar que una vez que una forma jurídica (utilizo la expresión forma jurídica para hacer referencia a las instituciones en las que se plasma el Derecho, como los contratos, las regulaciones, los procesos judiciales) sale de las manos de los legisladores y empieza a ser empleada por sus destinatarios, puede ir desdibujando las intenciones originales de sus creadores y llegar, inclusive, a contradecirlas, como puede verse en muchas obras literarias como *El Mercader de Venecia* de Shakespeare o *Billy Budd* de Herman Melville.

Los procesos judiciales literarios son especialmente instructivos porque en ellos se percibe con nitidez la manera en que las instituciones procesales son reinventadas por los operadores del Derecho para torcer las finalidades originales del proceso, como se demuestra con mucho ingenio en *Los Papeles Póstumos del Club Pickwick*, de Charles Dickens. O, alternativamente, cómo las instituciones procesales encausan una situación sin ofrecer alternativas para ir en la búsqueda efectiva de la verdad, como ocurre en el juicio culminante de *Los Hermanos Karamazov*, donde presenciamos la condena de alguien a quien sabemos inocente.

- 13.4. El curso también resulta formativo porque puede tomar también al Derecho como *Literatura*, y analizar determinadas sentencias, leyes o

procesos judiciales y estudiar la concordancia o discordancia entre el proceder jurídico y las creencias y actitudes sociales.

También es ilustrativo apreciar cómo algunos elementos del Derecho (casos criminales notorios, por ejemplo), son reinterpretados por la Literatura propiamente dicha o por los medios de comunicación.

- 13.5. En un último sentido, no hay nada más formativo para el espíritu de cualquier profesional que tener la oportunidad de leer grandes obras, que han dejado huella en la civilización, como son los casos de Dante, Shakespeare o Cervantes.

Conclusiones

Quiero terminar expresando el profundo deseo que si Jonathan Swift pudiera juzgar a los abogados que nosotros formamos no pudiera decir lo que afirmó de sus contemporáneos.

A Jonathan Swift el destino le jugó una mala pasada, pues hoy es conocido como el autor de un cuento para niños: *el viaje de Gulliver a Liliput*. Pero Swift, en realidad, se propuso realizar una crítica feroz al mundo que le tocó vivir, lo que hizo especialmente en otros tres viajes que casi nadie conoce. (*Los Viajes de Gulliver* se publicaron en 1726).

En el viaje al país de los *houyhnhnms* conoce unos caballos que razonaban y hablaban como humanos, y que dominaban la tierra, mientras que los seres humanos eran los animales en esa comarca, que allí se conocían como *yahoos* (dicho sea de paso, Swift no solo inventó la palabra *yahoo*, que hoy se aplica a un servicio de correo electrónico de uso masivo, sino que inventó el nombre de mujer *Vanessa*, uniendo las primeras sílabas del apellido con las primeras del nombre de su esposa).

Pues bien, Gulliver después de aprender la lengua de los caballos y ser adoptado como siervo por un caballo, que pasó a ser su amo, informó a éste cómo se vivía en la Inglaterra de su tiempo: qué era un político, un noble, un soldado, un abogado, oficios que dichos caballos racionales desconocían. Habló muy mal de los abogados y cuando su amo le preguntó si eran sabios en otras materias que no fueran el Derecho, le dijo lo siguiente:

“Aseguré a su señoría que en todas las materias ajenas a su oficio eran, ordinariamente, el linaje más ignorante y estúpido; los más despreciables en las conversaciones corrientes, enemigos declarados de la ciencia y el estudio e inducidos a pervertir la razón general de la humanidad en cualquier materia de razonamiento, igual que en las que caen dentro de su profesión”.⁴

4 SWIFT, Jonathan. *Viajes de Gulliver*. Madrid, Espasa-Calpe S.A., 1967, p. 201.

ALGUNOS COMENTARIOS EN TORNO A LA VENTA DE BIEN AJENO, A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN N.º 443-2014-LIMA

Mario Castillo Freyre*
Jhoel Chipana Catalán**

1. Los hechos

A través del presente artículo, vamos a esbozar algunas ideas en torno a la figura de la compraventa de bien ajeno, a propósito de la emisión de una Casación por la Corte Suprema (nos referimos a la Casación n.º 443-2014-Lima, en adelante e indistintamente, la Casación o la Sentencia).

A continuación resumimos los que, desde nuestro punto de vista, constituyen los hechos más importantes de este caso:

- El proceso versa, según la sentencia, sobre un supuesto de nulidad de acto jurídico.
- Por escritura pública de fecha 13 de junio de 1980, se acredita que el señor Augurio Salhuana Cafferata (en adelante, el señor Salhuana) y Rosa León Cerna (en adelante, la esposa del señor Salhuana) adquieren un inmueble ubicado La Victoria, Lima (en adelante, el bien). Dicho acto jurídico motivó que Amador Chauca Gonzáles iniciara un proceso de retracto que culminó con la sentencia emitida por la Corte Suprema el 12 de abril de 1991, la misma que fue declarada fundada y dispuso tener al demandante por subrogado en los derechos y obligaciones de los compradores (es decir, del señor Salhuana y su esposa). Es decir, se tiene que a partir del 12 de abril de 1991 el inmueble deja de ser propiedad del señor Salhuana y su esposa, y pasa a ser de propiedad de Amador Chauca Gonzáles quien, a su vez, lo transfiere a favor de Manuel Gonzáles Salinas y éste, a su turno, a la ahora demandante Yna Liz Helen Chauca Solano.

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com

** Jhoel Chipana Catalán, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios concluidos en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es Profesor en la Universidad de San Martín de Porres y es Abogado en el Estudio Mario Castillo Freyre.

- La esposa del señor Salhuana y sus dos hijas vendieron el bien a favor de Medios & Vidrios. En dicho acto se consigna que las vendedoras adquirieron el inmueble por derecho sucesorio de quien en vida fuera el señor Salhuana.
- Yna Liz Helen Chauca Solano (en adelante, la demandante), interpone demanda que tiene como pretensión principal la nulidad del acto jurídico de compraventa contenido en la escritura pública de fecha 11 de mayo de 1999 (en adelante, el acto), por el que se vende el bien. Dicha demanda es interpuesta contra la esposa del señor Salhuana, Rosaura Evarista Salhuana León, Lidia Guadalupe Salhuana León (en adelante, las hijas) y Medios & Vidrios S.A.C. (en adelante, Medios & Vidrios). Precisamos que, en adelante y cuando corresponda, vamos a llamar a estos cuatro actores como los demandados.
- La demandante sostiene que el señor Salhuana y su esposa fueron vencidos en un anterior proceso de retracto sobre el bien, llevado a cabo en 1991 (ocho años antes de que la esposa y las hijas vendan el bien a Medios & Vidrios).
- La demandante alega un fin ilícito, por cuanto la esposa y las hijas han vendido un inmueble que saben no les pertenece, dándose la figura denominada como la causa falsa, donde el acto jurídico no se da en realidad.
- Medios & Vidrios contesta la demanda negándola en todos sus extremos y sostiene que adquirió el inmueble de las propietarias registrales.
- La esposa del señor Salhuana señala como fundamento principal de su defensa, que la demandante omite referir que el proceso sobre retracto no había concluido al 11 de mayo de 1999 y, en consecuencia, la venta se efectuó estando vigente su derecho de propiedad y libre transmisibilidad del bien.

2. Consideraciones generales en torno a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero y la venta de bien ajeno¹

En principio, queremos señalar que el contenido del artículo 1537 del Código Civil, se refiere a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero relativa a la eventual celebración de un contrato de compraventa. Así, dicho precepto establece que:

Artículo 1537.- El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472.

¹ Este acápite recoge algunos comentarios que uno de los autores de este artículo realizó en una investigación anterior: CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la Venta*. Lima: Palestra, tomo 1, pp. 681 y ss.

La naturaleza jurídica del artículo 1537 del Código Civil ha sido vivamente discutida desde su entrada en vigencia, ya que se pensaba que se trataba de un contrato atípico. Esta posición era sostenida por Manuel de la Puente y Lavalle², quien señalaba, fundamentalmente, que de la redacción del artículo 1537 no podría deducirse que este numeral contemple un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, ya que sólo se trata de un contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno y que, en virtud de este enunciado, no se está planteando la figura contractual de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Sin embargo, uno de los autores³ de este comentario ya sostenía que los elementos del supuesto planteado por el artículo 1537 del Código Civil, eran los siguientes:

- Ambos contratantes saben que el bien materia de la prestación objeto de una obligación de dar, es ajeno;
- Ambas partes acuerdan conscientemente que una de ellas se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de este bien ajeno;
- Este compromiso se registrará de acuerdo a los artículos 1470, 1471 y 1472.

Como es evidente, en el caso del artículo 1537, no estamos frente a un contrato de venta de bien ajeno; es más, no estamos frente a un supuesto de compraventa. Por lo tanto, esta norma nunca ha debido ser incluida dentro del Título relativo al contrato de compraventa, puesto que constituye un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero; un caso más de los que son susceptibles de comprender los artículos 1470, 1471 y 1472. Es evidente que la naturaleza jurídica de ambas figuras (la compraventa y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero), difiere sustancialmente.

Pero veamos si existe o no alguna relación entre la promesa de la obligación o del hecho de un tercero y los contratos sobre bienes ajenos.

La mayoría de los Códigos Civiles consultados no contempla como una institución perfectamente definida, a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Es más, esta denominación recién ha sido adoptada con el correr de los años. Anteriormente era considerada como un pacto o contrato innominado que contenía una típica obligación de “doy para que hagas”.

Como podemos deducir, la figura de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es aplicable a la casi totalidad de contratos en la legislación civil vigente en el Perú.

2 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Primera Parte, Tomo III, pp. 439-441.

3 CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*. Lima: Concytec, 1990, pp. 158-165.

De lo expuesto también podemos deducir que frente a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, como es susceptible de comprender a múltiples contratos, no puede confundirse la naturaleza jurídica del contenido de la promesa (el contrato) con la promesa misma, que vendría a constituir un mecanismo contractual útil para facilitar la celebración de otros contratos.

Una cosa es que yo prometa a Julio que Jorge le va a vender su automóvil, y otra muy diferente es cuando este último se obliga a transferírselo. Es evidente que sólo hay contrato de compraventa en este caso y que en el primero lo que hay es la promesa de una obligación de un tercero.

Hemos llegado a la conclusión de que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es perfectamente independiente de la naturaleza de cualquier otro contrato.

Pero, sin lugar a dudas, existe una estrecha relación entre el contrato de venta de bien ajeno y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Para no dejar suelta una idea que luego nos podría traer dudas, vamos a analizar qué es lo que implica el contrato de venta de bien ajeno, en estricto; es decir, cuando comprador y vendedor conocen que el bien no pertenece a este último. Así, se tiene que el vendedor se obliga a transferir, él mismo, al comprador, la propiedad del bien, y el comprador es consciente de que adquirirá su propiedad porque el vendedor se la transferirá, y no en virtud de un título distinto.

Es por esta claridad en la figura, que descartamos anteriormente sea una de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Es un contrato de compraventa.

Pero sin embargo, vamos a abordar ciertos aspectos del tema que son, a nuestro entender, los que hacen que se confundan ambas figuras.

Al contratar una venta de bien ajeno, en estricto, el comprador confía en que el vendedor será capaz de lograr que el tercero, entonces propietario del bien, transfiera previamente a este último su propiedad, ya sea por medio de un contrato que genera la obligación de transferir propiedad o por otra causa.

Obviamente, si el comprador contrata en esas condiciones, es porque confía en que el vendedor logrará que el tercero le transfiera la propiedad de ese bien.

De ocurrir alguno de los supuestos señalados, el vendedor se hallará apto para transferir al comprador la propiedad del bien, pues ya será propietario del mismo.

Una vez más, nos reafirmamos en la existencia del contrato de venta de bien ajeno, en estricto, y lo distinguimos de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, admitiendo que si ese tercero no se obliga o no hace ningún acto para que el vendedor se convierta en propietario del bien, éste no podrá cumplir con aquello a que se ha obligado en el contrato de compraventa.

Por lo tanto, en el contrato de venta de bien ajeno, la labor del tercero también resulta indispensable para que el vendedor pueda cumplir con sus obligaciones nacidas de ese contrato.

En caso que el bien vendido sea ajeno y el comprador conozca tal situación, el vendedor, para cumplir con su obligación deberá, obviamente, transferirle la propiedad de ese bien y —para ello— haber logrado previamente que el propietario, al momento de la celebración del contrato con el comprador, se la transfiera con posterioridad a dicha celebración.

En estos casos, podría caber la equivocada interpretación de asimilar esta figura a la de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pues aquí el comprador sabe que la cosa es ajena, y que el vendedor debe transferirle su propiedad.

Naturalmente cabría que un caso similar encuadre dentro de lo que constituye la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pero la naturaleza de ambas figuras, lo reiteramos, es distinta.

Retornando a nuestros comentarios acerca del artículo 1537, podríamos sostener que esta norma comprende dos supuestos:

- (a) La promesa de la obligación de la venta de un bien ajeno al promisorio por parte del tercero, propietario del bien al momento de la celebración del contrato previsto en el artículo 1537; y
- (b) La promesa del hecho del tercero, propietario del bien, consistente en la efectiva transferencia de propiedad del bien que este tercero deberá realizar al comprador, después de haberse obligado con éste a transferírsela.

La promesa a la que hemos hecho referencia la efectúa en el supuesto del artículo bajo comentario, el promitente, contratante que de ninguna manera podríamos denominar como vendedor, pues en el supuesto analizado, la propiedad del bien la transferirá, si así fuese su voluntad, el tercero, propietario del bien y ajeno al contrato celebrado, de acuerdo al artículo 1537, pero ello en virtud de un nuevo contrato: este sí de compraventa.

Cabe precisar que en la venta de un bien ajeno, en estricto, no se aplican las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pues el vendedor no se ha comprometido a lograr nada del tercero respecto del comprador, sino a hacer un acto propio; se ha obligado a transferir la propiedad de ese bien, que en el momento de la celebración del contrato con el comprador, no es de su propiedad; no se obliga a que el verdadero propietario se obligue a transferir o transfiera la propiedad del bien al comprador, sino a transferírsela él mismo.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en un contrato de compraventa el comprador se obliga a pagar un precio como contraprestación del bien cuya propiedad el vendedor se ha obligado a transmitirle.

En el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el promisorio se obliga a pagar al promitente una determinada cantidad de dinero que tiene el carácter de contraprestación de la obligación o del hecho de ese tercero. Vale recalcar que en el caso de un contrato en el que se prometa la obligación de un tercero de transferir al promisorio la propiedad de un bien, o el hecho de su efectiva transferencia, el pago que el promisorio hará al promitente, será exclusiva contraprestación de la obligación de transferir propiedad o de su transferencia efectiva por parte del tercero, propietario; pero de ninguna manera se podrá entender como precio, ya que no estamos hablando, en el caso del artículo 1537, de un contrato de compraventa.

En esta línea de pensamiento, dentro del artículo 1537, el promisorio sólo deberá cumplir en favor del promitente, una obligación de dar, consistente en el pago que deberá efectuar a este último por obtener que el tercero, propietario, se obligue a transferir la propiedad del bien, o la transfiera efectivamente. Pero de ninguna manera, en virtud del contrato previsto en el artículo 1537, el promisorio deberá pagar el precio del bien al promitente. En todo caso, de celebrar el promisorio un nuevo contrato (éste sí de compraventa) con el tercero propietario, recién en este caso, deberá pagar el precio del bien, ya que la otra parte se habría obligado a transferirle su propiedad.

Por todo lo expuesto, es que consideramos innecesaria la inclusión del artículo 1537 en el Código Civil. Bastaba con los preceptos relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.⁴

De otro lado, debemos señalar las consecuencias de celebrar un acto en los términos del ya citado artículo 1537, las mismas que se encuentran reguladas en el artículo 1539 del Código Civil: “La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiriera el bien, antes de la citación con la demanda.”

Se podría señalar que se estaría negando la posibilidad de que el contrato de venta de bien ajeno, en estricto, exista dentro de nuestro Código Civil. Sin embargo, encontramos que en el artículo 1539 el Código Civil peruano trata expresamente de la venta de bien ajeno.

4 El artículo 1537 debe leerse en concordancia con el artículo 1538 del Código Civil: Artículo 1538.- “En el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligada en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario”. Dicho artículo constituye un claro caso de novación legal de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero por las obligaciones propias de un contrato de compraventa. Como bien sabemos, las obligaciones pueden nacer de la voluntad o de la ley, tesis esta última confirmada por los numerosos preceptos que generan relaciones obligacionales al margen de la voluntad y que incorporan, sin duda, casos de novación legal que operan de pleno derecho o en virtud de una resolución judicial. Existen dos clases de novación legal: una primera que opera de pleno derecho (dentro de la que se inscribe el artículo 1538, bajo comentario) y una segunda que opera en virtud de resolución judicial. Por lo señalado, el artículo 1538 es —sin duda alguna— uno de los supuestos más representativos de novación legal que opera de pleno derecho.

En efecto, dada la redacción del artículo 1539, éste establece un supuesto absolutamente distinto del comprendido en los artículos 1537 y 1538, permitiendo el Código Civil que se contrate expresamente una venta de bien ajeno en estricto, y que establezca, para el caso en el cual el comprador desconocía el carácter ajeno del bien, la posibilidad de que éste pueda demandar judicialmente la rescisión del contrato celebrado.

Después de estudiar el Código Civil peruano, hemos llegado a la firme convicción de que los artículos 1537 y 1538 regulan la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y que los artículos 1539, 1540, 1541 y 1542, regulan el contrato de venta de bien ajeno.

Lo que ocurre es que todo el problema y confusión respecto del contrato de venta de bien ajeno en el Código Civil ha sido generado por la indebida, y ya criticada, redacción del artículo 1537 y por el hecho de que el artículo 1538 sea consecuente con éste.

En síntesis, el Código Civil peruano contiene una doble e innecesaria regulación del problema. Hubiera bastado con los artículos 1539 y siguientes. Así todo sería más preciso.

La disposición contenida en el artículo 1409, inciso 2, que prescribe que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos, nos parece determinante para considerar que el resto del Código Civil y más aún, cuando regula lo relativo a los contratos que incluyen prestaciones de dar, debe seguir la misma línea. Sobre todo en el contrato más frecuente que incluye una obligación de dar por excelencia: la compraventa.

Por ello creemos que el artículo 1539 no está referido, contrariamente a los dos artículos que le preceden, a un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, ya que se señala que el comprador que desconocía el carácter ajeno del bien, ya no podría plantear la acción de rescisión en caso el vendedor adquiera el bien antes de la citación con la demanda; y es lógico que sea así, pues el vendedor ya estará en aptitud de transferir al comprador la propiedad del bien, pues es a esto a lo que se comprometió en el contrato: a transferirle propiedad él mismo, y no a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Con esto vemos que el Código Civil, dentro de su confusión, llega a contemplar y distinguir ambos modos de adquisición de la propiedad del bien para el comprador.

Otro elemento determinante por el cual se ratifica la tesis de que el artículo 1539 contempla una compraventa y no una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es la prevista reducción de precio del bien, regulada en el artículo 1540.⁵

⁵ Artículo 1540.- En el caso del artículo 1539, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio.

Entonces, llegaríamos a la conclusión que de acuerdo al artículo 1539, la venta de bien ajeno, en estricto, sería válida y que sólo podría dejarse sin efecto (a través de una acción de rescisión) si el comprador hubiese creído que el bien era propio del vendedor.

3. Nuestros comentarios a la Casación

La primera crítica que queremos poner de manifiesto a la Casación, se refiere a la forma cómo se plantea la sumilla. Así, la misma señala textualmente lo siguiente:

Nulidad de Acto Jurídico. SUMILLA: el acto jurídico de compraventa de un bien ajeno, en el cual el vendedor no se compromete a obtener el consentimiento del verdadero propietario o a adquirir el bien de éste para luego transferir la propiedad al comprador, es nulo si el comprador conocía tal hecho o estaba en posibilidades de conocer que su vendedor en realidad no es propietario del bien (pese a que se identificó como tal).

Como ya señalamos en el acápite 2 de este comentario, lo regulado por el artículo 1537 del Código Civil es, en realidad, la promesa de la obligación de un tercero y no se está, *strictu sensu*, ante una venta de bien ajeno, por lo que mal hace la sumilla al hacer referencia a dicha figura. Se debió hacer mención, únicamente, a un caso de nulidad por imposibilidad jurídica del bien objeto de la venta.

Ahora bien, debe recordarse que por escritura pública del 13 de junio de 1980, se acredita que el señor Salhuana y su esposa adquieren el bien. Dicho acto jurídico motivó que Amador Chauca Gonzáles iniciara el proceso de retracto que culminó con la sentencia emitida por la Corte Suprema en 1991 y que declara fundada la demanda y dispone tener al demandante por subrogado en los derechos y obligaciones de los compradores. Es decir, se tiene que a partir del 12 de abril de 1991 el inmueble deja de ser propiedad del señor Salhuana y su esposa, y pasa a ser de propiedad de Amador Chauca Gonzáles, quien, a su vez, lo entrega a favor de Manuel Gonzáles Salinas y éste, a su turno, a la ahora demandante Yna Liz Helen Chauca Solano.

No obstante lo señalado, la esposa y las hijas venden el inmueble a favor de Medios & Vidrios. Por lo tanto, según la sentencia de primera instancia, las codemandadas habrían dispuesto de un bien que era ajeno.

En la sentencia de primera instancia se sostiene que al margen que la actora invoca la nulidad del acto jurídico cuestionado por la causal de fin ilícito, es de aplicación la causal de objeto jurídicamente imposible, regulada en el artículo 219, inciso 3, del Código Civil, por lo que procede la nulidad del acto jurídico de compraventa contenido en la escritura pública de fecha 11 de mayo de 1999.

En primera instancia el juez también sostiene que si bien Medios & Vidrios alega que adquirió de quien era propietario registral, alegando la buena fe

registral, no puede beneficiarse con dicho principio, pues tenía la posibilidad de conocer la inexactitud del registro, máxime si se tiene en cuenta que el gerente general de Medios & Vidrios es padre de los hijos de la codemandada Lidia Guadalupe Salhuana León (hija del señor Salhuana), según consta en sus partidas de nacimiento, y existe, por ende, una estrecha relación entre éstos, lo cual hace presumir al juzgador que es evidente que Medios & Vidrios no podía desconocer del retracto y consecuente subrogación en los derechos y acciones que como propietarios le pertenecían al señor Salhuana y a su esposa, quienes dejaron de ser propietarios, entrando en su posición jurídica una persona que transfirió el bien a otra quien, a su turno, se lo entregó a la demandante del proceso cuya casación estamos analizando. Por si fuera poco, se tiene que el bien que adquiriría Medios & Vidrios estaba ocupado por terceros que no eran sus vendedoras y que éstas no eran las propietarias.

En segunda instancia, la Corte Superior revocó la apelada y, reformándola, declara infundada la demanda, en base a que:

Pretender cuestionar el acto jurídico bajo el supuesto de estar incurso en la causal de fin ilícito por el hecho de ser un bien ajeno no resulta viable, puesto que en todo caso se pretende a través de una pretensión de ineficacia estructural del acto, discutir el mejor derecho de propiedad que ostentan las partes sobre el inmueble en cuestión. En esta línea de pensamiento, tampoco resulta procedente disponer la nulidad del acto por estar incurso en la causa de objeto jurídicamente imposible como se ha considerado en la apelada, en tanto ello es una pretensión no debatida a través del presente proceso. De tal forma, advirtiendo que el caso de autos existen diversas personas que reclaman la propiedad sobre el inmueble sub litis, ello debe hacerse valer a través del proceso de conocimiento correspondiente, mas no a través de una ineficacia estructural del acto jurídico como la pretendida. (El subrayado es nuestro).

Esta sentencia pone en discusión otros temas distintos a los debatidos en primera instancia. Así, se plantean básicamente dos cosas:

- El a quo hace referencia a la discusión de un mejor derecho de propiedad, razón por la cual —según la segunda instancia— la vía procesal para discutir esto no corresponde a la incoada, ya que ello debe ser discutido en un proceso de conocimiento.
- Se señala que el a quo se ha referido a una pretensión no debatida en el proceso, pues la demanda versa sobre nulidad de acto jurídico por fin ilícito, y el juez de primera instancia basa la nulidad no en dicha causal, sino en una relativa a objeto jurídicamente imposible.

No nos encontramos de acuerdo con estos dos puntos incluidos en el debate por la Corte Superior.

Ello, debido a que, en primer lugar, la demandante no plantea una controversia en torno a un mejor derecho de propiedad, ya que, la demandante sería, en los hechos y en virtud del acto jurídico por el que adquirió el bien, la verdadera propietaria del inmueble, aunque dicha propiedad no se vea reflejada en el registro (que es otro tema). Por su lado, la esposa del señor Salhuana, así como sus hijas, si bien registralmente aparecían como propietarias, no poseían el bien y sabían que dicho bien pertenecía en propiedad a otra persona.

No debe olvidarse que la acción declarativa de dominio (comúnmente conocida como de mejor derecho de propiedad) sirve para esclarecer el mejor derecho de propiedad que se disputan dos o más personas.

Para iniciar esta acción legal, se requiere presentar los mismos medios probatorios exigidos para una acción reivindicatoria, a excepción de la posesión del demandado, a saber:

- La prueba de propiedad del actor; constituida por el título de propiedad y todos los documentos y medios probatorios que sustentan la propiedad del bien.
- La falta de derecho del demandando.
- La identificación del bien.

Por lo demás, cabe señalar que si bien esta acción no está contemplada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, ello no es óbice para admitirla sin reserva alguna, pues en el Derecho moderno no rige un sistema formalista para el ejercicio de pretensiones,⁶ bastando que la petición del actor sea clara y se sustente en la voluntad de la ley, en este caso, en el artículo 923 del Código Civil.

Clemente Meoro⁷ sostiene una suerte de principios generales, a efectos de solucionar esta problemática:

- a) En el caso de que los dos titulares sean protegidos por el principio de fe pública, entonces no sirven obviamente las normas registrales, ya que la protección a ambos titulares se neutraliza recíprocamente. Por tal razón y aplicando el Derecho Civil puro, se prefiere al titular que hubiese consumado la usucapión. Si ninguno ha adquirido por usucapión, habrá que comparar los títulos civiles (cadena de transmisiones más antigua, posesión más antigua), salvo el supuesto excepcional en que la doble inmatriculación proceda de la doble venta, en cuyo caso se prefiere el título primeramente inscrito. En el caso de que uno solo de los titulares sea el tercero protegido por el principio de fe pública, éste será normalmente

6 DE LOS MOZOS, José Luis. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1993, p. 308.

7 ÍDEM, pp. 280 y 281.

el vencedor en el conflicto, salvo que el otro hubiese consumado la usucapión, aunado a la mala fe del tercero registral.

- b) En el caso que ninguno de los titulares sea tercero protegido, el criterio decisivo nuevamente será el propio Derecho Civil, esto es, la usucapión. A falta de ésta, se prefiere el título primeramente inscrito en los supuestos de doble venta. Además, si alguno de los titulares deriva su derecho de quien inscribió con título nulo o falso, debe preferirse al otro.

Teniendo en cuenta lo señalado, creemos que no ha sido acertado que la Corte Superior haga mencionando este proceso, ya que allí sí estaría contraviniendo lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que a continuación vamos a abordar, ya que estaría pronunciándose sobre la base de hechos diversos no alegados por las partes.

En segundo lugar, mal hace la Corte Superior al señalar que si bien la demandante ha basado su pedido de nulidad en la causal de fin ilícito, no corresponde que el juzgado declare dicha nulidad basándola en otra causal (imposibilidad jurídica), ya que ello contraviene claramente el contenido del artículo VII del Código Procesal Civil, que establece que:

Artículo VII.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Se trata pues de que el juez conoce el derecho, y que en caso la parte haya alegado una norma jurídica que no corresponda, el juzgador deberá aplicar la que corresponda: tan simple como ello.

Estas irregularidades sí fueron materia de análisis en sede casatoria, la que, por argumentos similares a los que hemos expuesto, declara fundado el recurso de casación y confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda y, en consecuencia, nulo el acto jurídico de compraventa y la escritura pública que lo contiene.

Sin perjuicio de lo acertada que fue la Corte Suprema, corresponde comentar el tema relativo a la discusión en torno a si la venta de bien ajeno no es causal de fin ilícito, puesto que se pretende a través de una pretensión de ineficacia estructural del acto discutir el mejor derecho de propiedad.

Hasta este punto no se ha hecho referencia expresa, ni mucho menos un análisis, del supuesto de venta de bien ajeno. Empero, se tiene que en la sentencia objeto de estudio se aprecia que la parte demandante alegó que el acto jurídico es nulo, por cuanto la parte demandada ha vendido un bien de su propiedad, esto es, se ha realizado la venta de un bien ajeno y, por tanto, adolece de la causal de nulidad contenida en el artículo 219, inciso 4, del Código Civil, referida al fin ilícito del acto.

La cuestión controvertida es si Medios & Vidrios conocía que el bien inmueble adquirido mediante escritura pública del 11 de mayo de 1999, era un bien que no le pertenecía a las vendedoras (bien ajeno), es decir, si conocía de la sentencia que declaró fundada la demanda de retracto a favor de Donato Amador Chauca Gonzáles, quien antecede en el tracto sucesivo a la demandante.

Así, se observa de la lectura de la casación bajo análisis, que la sentencia que declaró fundada la demanda de retracto a favor Donato Amador Chauca Gonzáles, ordenando tenerlo por subrogado en los derechos y obligaciones de los compradores respecto del bien sub litis, fue anotada el 29 de abril de 1999, mientras que la escritura pública materia de nulidad data de 11 de mayo de 1999, y contiene una minuta de fecha 22 de abril del mismo año.

Es decir, las vendedoras (esposa del señor Salhuana y sus dos hijas) transfieren como propio un bien ajeno y no se comprometen a obtener el consentimiento del verdadero propietario, o adquirir el bien del verdadero propietario, para luego transferir la propiedad al comprador (no se presenta ninguno de los supuestos contenidos en los ya analizados artículos 1537 y siguientes del Código Civil).

De los hechos se tiene que se presume que la condición de ajeno del bien era conocida por Medios & Vidrios ya que, por aplicación del principio de publicidad registral consagrado en el artículo 2012 del Código Civil, es válido pensar que éste sabía de la inscripción de la sentencia emitida en el año 1991.

En suma, podemos afirmar que:

- En la compraventa celebrada, ninguna de las partes se comprometió a obtener que la otra adquiriera la propiedad de un bien que ambas sabían que era ajeno.
- No son de aplicación los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil.
- Al no haber ese compromiso de ninguna de las partes, no eran de aplicación los alcances del artículo 1538 del Código Civil.
- Tampoco estamos ante la figura de la venta de bien ajeno, en sentido estricto, razón por la cual no cabe hablar de rescisión a solicitud del comprador (de hecho, el comprador, Medios & Vidrios, en ningún momento ha solicitado ello).
- Como no cabe hablar de rescisión, tampoco es aplicable el artículo 1541 del Código Civil, por el cual el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido, y pagar la indemnización de daños y perjuicios sufridos.
- Medios & Vidrios conocía que el bien no le pertenecía a las vendedoras.
- No estamos ante la presencia del supuesto contenido en el artículo 1409, inciso 2, del Código Civil, que establece que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos.

Con todo, somos de la opinión de que el acto jurídico celebrado entre la esposa del señor Salhuana y sus hijas (como vendedoras) con Medios & Vidrios (como comprador), devendría en nulo, por contener un objeto jurídicamente imposible.

Finalmente, vale precisar que el objeto de un negocio será jurídicamente imposible cuando, en el plano de la realidad jurídica, las reglas negociales no pueden ser ejecutadas, sea porque se dirigen a la consecución de un resultado jurídico no previsto por el ordenamiento jurídico (como es nuestro caso, ya que no estamos ante ningún supuesto legal que calce en los hechos descritos), o porque no toman en consideración algún presupuesto exigido por dicho ordenamiento para la obtención del efecto deseado.⁸

8 Cfr. AA.VV. *Código Civil comentado por los mejores 100 especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 986 y ss.

EL STATUS JURÍDICO DEL NASCITURUS

Marcelo Parma¹

Sumario

1. La persona en el derecho romano. 2. Distintas teorías: atribucionista o iusnaturalista. 3. Las fuentes romanas y su interpretación. 4. Los antecedentes doctrinales y codiciales de la legislación argentina. 5. El *nasciturus* en la legislación peruana.

1. La persona en el derecho romano

El derecho normativo romano no fue una entelequia que pendía sobre la realidad social, sino que se traducía y efectivizaba en derechos y deberes, los cuales para existir o tener entidad propiamente jurídica necesitaban de titulares o sujetos que hicieran las veces de centros de imputación de dichos derechos y deberes. Por eso al hablar del sujeto de derecho en Roma se aludía a un presupuesto fundamental de aquel ordenamiento jurídico; y no en el sentido de “importante”, sino de “fundante” del ordenamiento jurídico todo. De allí, el valor práctico y operativo de la afirmación de las Institutas de Justiniano: *Todo nuestro derecho se refiere, ya a las personas, ya a las cosas, ya a las acciones. Tratemos primero de las personas, porque poco se conoce el derecho si no se conocen las personas por cuya causa se halla constituido*².

1 Abogado por la Universidad de Mendoza, Argentina, 1986. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Mendoza, Argentina, 1992. Doctor en Derecho Canónico por la Universidad Pontificia de la Santa Cruz, Roma, Italia, 2007. Profesor titular de Derecho Romano en la Universidad de Congreso (Mendoza) y en la Universidad Católica de Cuyo (San Juan). Publicaciones: Compendio Básico de Derecho Romano, 1997; *Vademécum de Ética Jurídica*, 2000; *Tratado Fundamental de Derecho Romano*, 2010; Publicaciones en el anuario de la Sociedad Argentina de Derecho Canónico (SADEC), 2011-2015; y Publicación en la obra colectiva sobre el “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” (Argentina), en ocho tomos, Ed. La Ley, 2015.

2 INST. DE JUSTINIANO, I, 2, 12, ORTOLÁN, M, *Instituciones de Justiniano*, Buenos Aires. Editorial Omeba. 1964. Gayo ya hablaba también de esta división del derecho que “usamos”: La totalidad del derecho que utilizamos se relaciona o con las personas, o con las cosas, o con las acciones. Veamos primero lo que concierne a las personas (INST. DE GAYO, I, 8, en DI PIETRO, Alfredo, *Comentarios a las Institutas de Gayo*, Buenos Aires, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1982).

2. Distintas teorías: atribucionista o iusnaturalista

Varias teorías se han esbozado respecto al concepto de persona³, o si se prefiere, de *sujeto de derecho*.

Para algunos autores el mentado substrato era la persona, esto es, el individuo humano (persona física) o el ente abstracto (persona jurídica), al cual el ordenamiento jurídico reconocía la capacidad o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Arangio-Ruiz dice que la ciencia moderna llama sujetos de derecho a todos aquellos seres a quienes el ordenamiento jurídico considera como posibles titulares de derechos y obligaciones⁴.

Otros autores sostienen que en Roma este concepto no se desarrolló ni expresó en esos términos; y así, mientras la conceptualización moderna dice que la persona es el sujeto de derecho; la conceptualización romana adopta la palabra *persona* para designar simplemente al hombre⁵, sin que esto implique entender a este como un sujeto de derecho. Sin esta aclaración, podría pensarse que si el concepto de capacidad y subjetividad jurídica coincide con el de persona, y este se corresponde en Roma con el de hombre, para el derecho romano todo hombre sería persona, y por lo tanto sujeto de derecho. Incluso un pasaje del Digesto pareciera avalar esa identificación: “*La causa de la constitución de los derechos es el hombre*”⁶. De todos modos, quienes formulan esta sinonimia entre persona y hombre están lejos de sugerir sin más la idea de que todo hombre es persona en el sentido jurídico del término, pues no todo hombre es en Roma un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. En esta línea,

3 La etimología de la palabra “persona” se remonta a Grecia y Roma. Así se llamaba a la “máscara” con la boca abierta, provista de láminas metálicas para aumentar la voz en el teatro (en griego era “*prosopón*”, o “delante de la casa”, porque allí es donde se realizaba la representación de las obras teatrales). Por eso los latinos usaban *personare* o producción de sonidos por algún medio; resonar o resonare; ser muy sonoro. Primero, “persona” era el resonador; más tarde, éste puesto en la máscara o careta; cuando la máscara pasó a distinguir tipos y papeles diferenciados, apareciendo los personajes que eran ejemplares o prototipos (un dios, un semidiós, un hombre según su carácter o función), se llamó “persona” al papel o personaje que significaba la máscara diferenciadora, y finalmente, esa palabra importó señalar al hombre o personaje que estaba detrás de la máscara y era el actor enmascarado. La lengua común tomó este último concepto para significar con la voz “persona” la función o cualidad que cada individuo representa en la vida y, en este estadio de la evolución del vocablo, lo adoptó el derecho (CIFEUNTES, Santos. Elementos de derecho civil, Parte General. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1999, págs. 99-100).

4 ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Buenos Aires. Editorial Depalma. 1986, pág. 49.

5 Para ellos (los romanos) es persona el esclavo, pese a que es considerado como una cosa (Gayo: Inst. 1, 9; D. XVIII, l. 12) y a que es objeto y no sujeto de derecho. El mismo significado que persona tiene *caput*, que designa tanto al hombre libre (*caputliberum*) como al esclavo (*caputservile*). En el período justiniano, en cambio, persona y *caput* tienden a referirse únicamente a los sujetos de derecho; así, en un texto justiniano se dice que el esclavo *nullumcaput* habet (l. 1, 16)” (RUSSOMANNO, Mario Cesar. Curso de instituciones de Derecho Romano, Tomo I. Buenos Aires. Editorial Abeledo – Perrot. 1970, pág. 11). Tampoco la voz *caput* designa, según el maestro cordobés, a quien puede ser titular de derechos y obligarse jurídicamente. *Caput*, que literalmente significa “cabeza”, sólo denota, al igual que “persona” en el sentido indicado, al hombre, a la unidad humana física; no expresa la idea de “capaz”; por ende, hay *caputliberum* y *caputservile* (PAUTASSO, Silvino, Estudio acerca de la condición jurídica del nasciturus en el derecho romano. Córdoba. Anuario de Derecho Civil. 1994, págs. 116-117).

6 HERMOGENIANO, Epítome del Derecho, libro I, D. I, 5, 2, 2, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889.

se enrola Carames Ferro, quien sostiene que el ser humano es para el derecho romano siempre persona, pero no es necesariamente “sujeto de derecho”, como ocurre con el “esclavo”⁷.

Otros autores avanzan en esta línea conceptual sosteniendo que el hombre es sujeto de derecho en la medida que el ordenamiento jurídico le reconoce capacidad para ser centro de imputación de derechos y obligaciones⁸; además, la conceptualización subjetiva del esclavo pareciera confirmar esta tesis.

En definitiva, es sujeto de derecho el hombre (*ser humano*), a quien se reconoce como persona (*concepto filosófico*), y a quien el ordenamiento jurídico, dado ciertos requisitos, le reconoce capacidad o aptitud jurídica (*personalidad*).

Otros estudiosos dicen que el concepto de persona no se corresponde con el de hombre. El hombre es el animal racional (*compuesto psico-físico*) al cual el derecho, reunida ciertas condiciones, le atribuye personalidad. De hecho, bastaría pensar en el caso de las personas de existencia ideal (*persona jurídica*) que no se identifican con el hombre y que, sin embargo, reunidas ciertas condiciones gozan de personalidad; e incluso, debe considerarse el caso del esclavo, a quien reconociéndoselo como hombre, no se lo reconoce como *persona*; esto es, como sujeto de derecho⁹.

Arias Ramos y Arias Bonet enseñan que el sujeto de derecho es designado, en la terminología de nuestra disciplina, con la palabra persona. Se llama persona a todo ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, es decir, a todo el que reúne en sí los requisitos necesarios para que puedan atribuírsele las facultades o poderes que constituyen los derechos subjetivos, así como para poder ser constreñido a cumplir deberes jurídicos. *Persona* es el ser con *capacidad jurídica*. Ahora bien, hay *personas* que no son *individuos humanos* (v.gr. una Compañía de

7 CARAMÉS FERRO, José. Instituciones del Derecho Privado Romano. Buenos Aires. Editorial Perrot. 1966, pág. 21. LOUZÁN DE SOLIMANO, Nelly Dora. Curso de historia e instituciones de derecho romano. Buenos Aires. Editorial Lumiere. 1983, pág. 125.

8 Evidentemente es necesario distinguir el concepto filosófico de persona, del jurídico: el primero tiene que ver con aquella definición clásica de Boecio: “sustancia individual de naturaleza racional”; el segundo tiene que ver con aquello de: “ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”, y aquí hablamos de personalidad en sentido jurídico. Entendemos oportuno decir, que el fundamento de la subjetividad jurídica no puede ser otro que la naturaleza humana, por lo que creemos que todo hombre es por ese solo dato físico y metafísico, sujeto de derecho. Es razonable establecer de acuerdo al desarrollo físico y a las circunstancias sociales de cada hombre, distintos ámbitos y alcances en este reconocimiento de personalidad. Quizá pruebe estas afirmaciones el hecho del reconocimiento que aún al esclavo tuvo que dispensar el ordenamiento jurídico romano, en una muestra clara de que todo hombre reclama un reconocimiento de personalidad mínima. Ya lo decía Hermogeniano: *Hominum causa omneiusconstitutumest* (GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889. Digesto, libro I, título V, ley 2).

9 Es necesario, para comprender el concepto de esclavo en Roma, que se haga una diferencia entre hombre y persona. Los hombres son sólo cuerpos (soma), mientras que las personas son entidades, que a veces tienen cuerpo (personas físicas) y a veces no, por lo menos directamente desde el punto de vista físico (personas jurídicas), que sólo tienen significación por su integración en la civitas. Por eso es que el *iuscivile* se refiere sólo a las personas y no a todos los hombres (DI PIETRO, Alfredo. Comentarios al texto de las Institutas de Gayo. Buenos Aires. 1982, pág. 11).

transportes), con lo que vemos que no todas las *personas* eran *hombres*. Pero, además, en Roma, no todo *hombre* era *persona*, ya que existía la esclavitud, y los esclavos carecían de capacidad jurídica; eran *seres humanos* pero no eran *personas*¹⁰.

Por último debe decirse que una conceptualización de base ius-filosófica postula que el concepto de persona es anterior a toda formulación jurídica; por lo que, la idea de persona dice relación directa con la idea de hombre en cuanto ser dotado de subjetividad o capacidad jurídica. Así, el hombre es persona, y su naturaleza es la base de los derechos que posee y que el ordenamiento debe reconocer y garantizar. La persona no es creada por el derecho, aunque a este le corresponde en su ámbito reconocerla conceptualmente y asignarle su funcionalidad en términos jurídico-prácticos. La reflexión en torno a la realidad existencial, social y jurídica del esclavo, y a la presencia in utero matris del nasciturus, confirmará, en el espectro jurídico romano, la fuerza de esta concepción¹¹.

En efecto, piénsese que en estricta técnica jurídica para la doctrina tradicional romana en la materia, los romanos no establecieron sin más la identificación entre los conceptos de hombre y persona. La concepción actual en cambio sí identifica ambos conceptos (hombre y persona), y así, todo hombre es persona, en el sentido de ser, por esa sola realidad humana: “sujeto de derecho”, esto es, un ente dotado de capacidad y subjetividad jurídica. Por lo tanto, la capacidad jurídica se atribuye al sustrato físico y espiritual llamado hombre¹².

Según la doctrina romanística tradicional, en Roma no todo hombre era persona, porque la personalidad indicaba una “posición” y una “aptitud o capacidad” que era atribuida por el ordenamiento jurídico, supuesta ciertas y determinadas condiciones previstas y consideradas por el ordenamiento mismo. El esclavo era hombre pero no era persona, es decir, no era sujeto de derecho¹³.

10 ARIAS RAMOS, JOSÉ - ARIAS BONET, JOSÉ. Derecho Romano, Vol. I. Madrid. Editoriales de Derecho reunidas. 1995, pág. 58.

11 En derecho natural el único sujeto del derecho es el hombre; de manera que todos los hombres tienen derechos. Las palabras hombre y persona son sinónimas. Mas el derecho romano ha establecido excepciones a este principio general, ya restringiéndolo, ya extendiéndolo. En efecto, ha privado a ciertos hombres de la facultad de tener derechos, a saber, los esclavos, servi; en cambio, ha concedido esta facultad a seres que no son individuos humanos. Estos últimos se llaman personas civiles o morales, por oposición a las personas físicas, término por el cual se designa el hombre capaz de tener derechos (MAYNZ, Carlos. Curso de Derecho Romano. T.I. Barcelona. Editorial Jaime Molinas. 1982, pág. 424).

12 En la legislación argentina el artículo 19 del código civil y comercial proclama la existencia de la persona física desde la concepción en el seno materno, identificando los conceptos de hombre con el de persona, tanto en sentido filosófico como jurídico. Los artículos 93 y 94 establecen que termina la existencia de las personas con la muerte natural de ellas. Así, para el ordenamiento civil argentino el arco de la vida señalado en artículos es de suyo un arco biológico, personal y jurídico. A la realidad vital del sustrato biológico le acompaña indefectiblemente el atributo de la personalidad jurídica.

13 No faltan autores que sostienen que el esclavo también ocupaba una “situación” o “posición”, en razón de la cual, recibía un cierto reconocimiento jurídico. Si persona (máscara) significa el papel que se representa, el esclavo ciertamente que representaba el suyo en el concierto de la vida familiar, social y jurídica de Roma (IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Madrid. Editorial Ariel. 1977. págs. 119-120).

Partiendo de la afirmación de marras, Núñez observa lo siguiente:

El vocablo persona es destinado para la designación del hombre que tiene capacidad jurídica. La noción dada, representa al hombre con los atributos de la capacidad, y se extiende en sentido no jurídico al individuo de la especie humana; y así, resulta lógico decir que el esclavo poseía una personalidad natural en su condición de hombre¹⁴.

La persona del esclavo, exterioriza su conformación natural, ajena por completo a la capacidad jurídica. Por consiguiente, para el derecho natural, no podría negarse la sinonimia de “hombre” y “persona”. Sin embargo, el concepto del derecho natural cede a la concepción jurídica que permite afirmar que no todo hombre es persona. Empero, persona es para el concepto jurídico romano, el sujeto de derecho y así para realizar el distingo con el hombre que en su condición de esclavo es simplemente objeto de derecho, ha podido afirmarse que “el esclavo conserva su propia personalidad natural que le permite participar de hecho en todas las relaciones de la vida, que, tratándose de hombres libres se reconocen y regulan con carácter de juridicidad¹⁵. Como se advierte, la solución final a la problemática de la personalidad en el Derecho romano no deja de ser compleja¹⁶. La concesión de derechos al mismo esclavo, los que según la doctrina tradicional son “morigeraciones” a su status de “res”, podría considerarse como un reconocimiento de su personalidad¹⁷.

La complejidad de la que habla Núñez habilita la interpelación iusnaturalista; de manera que no parece tan claro que en Roma la sola “humanidad” no sea fuente de “personalidad”¹⁸: “donde está el sustrato biológico humano (el hombre) está la persona jurídica, esto es, el sujeto de derecho”¹⁹.

14 Ello se conforma con la noción del Digesto que contrapone al concepto jurídico de que los esclavos son considerados como si no fueran nadie, el del derecho natural, para el cual “todos los hombres son iguales” (NÚÑEZ, Jorge. El concepto de persona en el derecho romano. Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Año IV. Córdoba. 1940, pág. 7).

15 SOHM, Rodolfo. Derecho privado romano. Leipzig. 1898, pág. 149, citado por NÚÑEZ, El concepto, pág. 7. Falta en el esclavo la capacidad jurídica o sea la “consagración formal”, que le permitiría convertir sus relaciones humanas de simples hechos, en actos de “categoría jurídica”.

16 La terminología tampoco ayuda demasiado a esta tarea de clarificación conceptual: Ni capax, ni caput, ni persona, son empleados técnicamente para indicar el sujeto de derecho. Capax expresa la singular aptitud o idoneidad de un individuo para entrar en el juego de determinadas relaciones, de las que puede derivar un beneficio o una sanción. Caput no significa capacidad, sino cabeza, individuo. Sujeto de derecho es el “cabeza libre”, pero caput se emplea también con relación al esclavo (IGLESIAS, Opus cit, págs. 111-112).

17 El esclavo carece de capacidad jurídica; tiene capacidad de obrar, esto es, capacidad negocial y capacidad penal; goza de personalidad natural; y tiene personalidad en el orden religioso: culto público y familiar, voto, juramento, participación en los collegia funeraticia, sepulcro y honras funerarias (IGLESIAS, Opus cit, págs. 119-120).

18 No pareciera ser simplemente sinonímica (hombre: persona) la base de la clasificación Gayana en INST. DE GAYO, I, 8 y 9.

19 Iglesias no deja de hacer una observación muy interesante al respecto: Centrada originariamente la capacidad jurídica en el paterfamilias, poco a poco fue afirmándose una tendencia favorable a hacer coincidir aquélla con la simple cualidad de hombre (IGLESIAS, Opus cit, pág. 112). Es claramente feliz en este sentido la solución del Código Civil Argentino: en los artículos 19 y 93 establece el principio y el fin de la existencia biológica del ser humano y junto con ella, y en esa misma extensión, su capacidad jurídica, esto es, su carácter de sujeto de derecho.

Como afirma Giuliano Crifó, existe un fundamento natural que no se debe olvidar (el hombre, el individuo) en la estructura de la sociedad. La sociedad no es una entidad autónoma que vive fuera de los individuos, sino que vive en el “interior del hombre”, es decir, en el espíritu y la conciencia de quien constituye la sociedad, dejando de ser átomo-individuo para ser persona. En contraste con la hipótesis de una persona abstracta, de un ente formal al cual referir derechos abstractos, prerrogativas y obligaciones, se afirma un significado de la persona como elemento concreto de la vida social. Esta concreción excluye la absurda consecuencia de un dominio del “todo” sobre la “parte”²⁰.

Además, el derecho es un fenómeno humano por excelencia, constituido, como decía Hermogeniano en Digesto I, V, 2, “por y para el hombre”. La advertencia de Ulpiano (D. I, III, 8) de que iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur, indica que los derechos están reconocidos y concedidos en función de las relaciones sociales intersubjetivas, sin poner en duda que el hombre, en su complejidad psicofísica es el sujeto de derecho, destinatario de las normas y actor de los fines del derecho mediante los poderes atribuidos por el ordenamiento²¹.

Desde la posición iusnaturalista, puede decirse con Pautasso que para los romanos –al menos hasta la paráfrasis de Teófilo– “persona” es simplemente “el hombre”, el individuo humano físico, tanto el libre como el esclavo, el ciudadano como el no ciudadano, el sometido a ajena potestad o el exento de ella. El pasaje de Gayo, 1,9 –texto que se repite en D. I, 5, 3 y en las Instituciones Justinianeas 1, 3– es claro al respecto: “La suma división de las personas consiste en que todos los hombres son o libres o esclavos”, con lo cual se identifican los dos términos²².

También Talamanca comulga con este concepto²³. A esta impostación conceptual han adherido quienes entienden que el concepto de “persona”, en cuanto implica “posición”²⁴ socio-jurídica del “homo” en el concierto de la sociedad, es un atributo filosófico y jurídico del “hombre”, es decir de toda persona humana; de donde se sigue, que lo que variaba en Roma era la mayor o menor amplitud de la subjetividad, esto es de la capacidad de derecho. Según ésta tesis, eran “sujetos de derechos” el paterfamilias (optimo iure) y también el esclavo (con derechos mínimos); existiendo en el medio una gama amplísima y compleja de “sujetos”²⁵.

20 CRIFÓ, Giuliano. Riflessioni antiche e nuove in tema di persona. Estratto dal volume: *Cunabula iuris*, Studi storico giuridici per Gerardo Broggin. Roma. 2002, pág.147.

21 *Opus cit.*, pág. 151.

22 PAUTASSO, *Opus cit.*, pág. 116.

23 TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano. Ed. Giuffré. 1990, págs. 74-76.

24 Recuérdese que el término persona quería decir máscara. Elemento éste que usaba el actor para representar un rol o un papel artístico. Así, todo hombre representa un rol, “hace un papel”, ocupa un lugar en el escenario de la vida social, y, por lo tanto, jurídica.

25 Piénsese en los tipos de alieni iuris, de libertos, de ciudadanos romanos, de peregrinos, de sujetos afectados por causas modificativas de la capacidad, etc.

Cobra mucha fuerza en ésta línea de análisis, el pasaje de Hermogeniano (D. I, 5, 2, 2.): “Es por causa del hombre que existe el derecho”

3. Las fuentes romanas y su interpretación

Rolfo de Costamagna plantea tres hipótesis muy sugestivas y puntuales con relación al nasciturus. Estas son²⁶:

- a. El abortado puede nacer vivo: En este caso se le negará la personalidad jurídica al salir prematuramente del seno materno, y si no tiene el desarrollo orgánico necesario para continuar la vida. Paulo enseña que ya está recibido por razón de la autoridad del doctísimo varón Hipócrates, que el nacer al séptimo mes es parto perfecto; y por eso se ha de creer, que el que de justas nupcias nació al séptimo mes, es hijo legítimo²⁷. Por lo demás, las leyes romanas reprimían y sancionaban el aborto²⁸.
- b. La muerte de la mujer embarazada: Prohíbe la ley (de los antiguos reyes) que la mujer embarazada sea enterrada antes que se le extraiga el feto, y el que hiciera lo contrario se considera que mató, con el entierro de la embarazada, una esperanza de vida²⁹.
- c. La ruptura del testamento: en cuanto a la ruptura del testamento, por el nacimiento del póstumo, no instituido heres (heredero), se discute si el aborto puede o no determinarla: Ulpiano se inclina por la afirmativa³⁰; Diocleciano y Maximiano se inclinan por la negativa³¹.

Rabinovich–Berkman se detiene en dos pasajes muy importantes del Digesto. Un pasaje de Juliano reconoce la entidad biológica y personal del nasciturus: *Los que están en el útero, se reputan en casi todo el derecho civil que son como nacidos. Porque a estos se restituyen también las herencias legítimas, y si una mujer embarazada hubiere sido hecha prisionera por los enemigos, lo que hubiere nacido tiene el derecho*

26 Cfr. ROLFO DE COSTAMAGNA, María Luisa. Derecho Romano. Córdoba. Editorial Universidad de Córdoba. 1999, pág. 135.

27 PAULO, Respuestas, libro XIX, D. I, 5, 12, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889.

28 Para Savigny esta sanción protegía la *spes vitae*, y era, por lo tanto, una tutela provisoria y previsora de un futuro sujeto de derecho. Para nosotros, como lo demostraremos más adelante, se trata de un claro ejemplo de protección de aquella persona humana que ya era protegida por el ordenamiento civil romano.

29 D. XI, 8, 2, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889). Iñiguez sostiene que en Roma, la mujer que moría embarazada y en época de poder parir, era abierto su vientre para ver si el feto tenía vida. Según afirman algunos tratadistas, la madre de Julio César fue la primera mujer a la cual se le extrajo en vida su hijo, operación que se practicó felizmente pudiendo ver la madre la exaltación de su hijo Julio César. Desde aquel entonces ese procedimiento quirúrgico, ha pasado a la historia de la ciencia médica con el nombre de operación cesárea (IÑIGUEZ, Eusebio. Comentarios al Código Civil, T. I., Buenos Aires. Editorial J. Lajouane. 1918, págs. 238-239).

30 D. XXVIII, 2, 12, 1, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889.

31 C. VI, 29, 2, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889.

de postliminio, y sigue también la condición del padre o de la madre. Además de esto, si una esclava embarazada hubiere sido hurtada, aunque hubiere parido en poder de un comprador de buena fe, lo que hubiere nacido, como cosa hurtada, no se usucapirá³².

En un nivel igualmente significativo, Paulo dice: *El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trata de las conveniencias de su propio parto, aunque, antes de nacer, en manera ninguna favorezca a un tercero*³³.

Una gran importancia conceptual y práctica le asigna a estos textos Rabinovich-Berkman, quien sostiene que no se trata de la capacidad de suceder al padre premuerto, sino de ser cuidado como “cosa humana” para todas las situaciones que hagan a la conveniencia o comodidad del feto; apareciendo también la necesidad de que el parto nazca para que tales adquisiciones se consoliden (puedan ser transmitidas o aprovechen a terceros). La riquísima expresión pauliana separa los dos aspectos de la cuestión: Ante el nonato debe verificarse una protección inmediata, actual, como la que merece cualquier humano ya nacido. Pero paralelamente, puesto que ese amparo se brindaba considerándolo un sujeto de derecho, y que tal situación le irrogaría la posibilidad de recibir válidamente otros beneficios (legados, donaciones, herencias), se imponía brindar una solución para el supuesto (nada raro, dado el nivel científico-médico de la época) de que el niño no llegase a nacer con vida³⁴.

Trae a colación también el autor una frase de Juliano en la que el jurisconsulto dice: *qui in uterosunt, in totopaene iure civiliintelliguntur in rerum natura esse*³⁵; y al mismo tiempo, refiere una reflexión de Rinaldi en la que éste señala que no se puede sostener que el derecho romano haya negado rotundamente al *nasciturus* la condición de persona desde la concepción³⁶.

Tres pasajes postularían fuertemente la tesis de la personalidad según Rabinovich-Berkman³⁷:

32 JULIANO, Digesto, LXIX, D. I, 5, 26, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas, Editor. 1889.

33 PAULO, De las porciones que se conceden a los hijos de los condenados, libro único, D. I, 5, 7, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889.

34 RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. Derecho Romano. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2001, págs. 257-258.

35 Los que están en el útero, se reputa en casi todo el derecho civil que son como nacidos (JULIANO, Digesto, libro LXIX, D. I, 5, 26, en GARCÍA DEL CORRAL, ILDEFONSO, L, Cuerpo del derecho civil romano, Barcelona, Jaime Molinas, Editor. 1889).

36 RINALDI, Norberto Darío. El derecho romano acepta el comienzo de la existencia de las personas desde la concepción en seno materno, Revista Brasileira de Derecho Comparado, San Pablo. 1992., págs. 122-132, citado por RABINOVICH-BERKMAN, Opus cit, pág. 259. Rinaldi fija una posición distinta de aquella de la doctrina tradicional argentina, que ha sostenido que el derecho romano no reconocía al *nasciturus* personalidad, reconociéndole sólo como una parte de la mujer o de las vísceras.

37 No negará Rabinovich que existen textos que ofrecen una interpretación distinta (Digesto XXXV, 2 y Digesto XXV, 4). De todos modos, lo decisivo es apreciar que si bien el nacimiento marca el momento referencialmente fundamental para los romanos en términos de capacidad, la realidad del concebido -pero todavía no nacido- es jurídicamente relevante, al punto de autorizar una razonable -y desde ya justificada- atribución de capacidad y personalidad.

- a. Digesto 37, 9: Así como el Pretor cuidó de los descendientes que ya habían nacido, no descuidó tampoco, por la esperanza de que nacieran, a los que todavía no habían nacido; porque también los amparó en esta parte del Edicto, poniendo al que está en el claustro materno en posesión en lugar de darle la posesión de los bienes contra el testamento³⁸.
- b. Digesto 1, 5, 18: El emperador Adriano respondió por rescripto a Publicio Marcelo, que la mujer libre, que estando embarazada fue condenada a la última pena, paría un libre; y que se acostumbraba conservarla hasta que diese a luz el parto. Pero si a la que concibió de justas nupcias se le han entredicho el agua y el fuego, pare un ciudadano romano, y bajo la potestad del padre³⁹.
- c. Digesto 1, 9, 7, 1: Asimismo escribe Labeón, que también es como hijo de senador el que nació después de la muerte de su padre. Pero el que,

38 ULPIANO, Comentarios al Edicto, libro XLI, D. XXXVII, 9, 1, pr, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L, Cuerpo del derecho civil romano, Barcelona, Jaime Molinas Editor. 1889. Las previsiones relativas a esta materia son, entre otras, las siguientes: Mas el que está en el claustro materno es puesto en posesión siempre que no fue desheredado, y lo que hubiere en el claustro materno habrá de ser considerado entre los herederos suyos (XXXVII, 9, 1, 2). Si el que está en el claustro materno hubiera sido desheredado entre los instituidos, y preterido entre los substituidos, dice Marcelo que él no puede ser puesto en posesión viviendo los instituidos, porque fue desheredado (XXXVII, 9, 1, 6). Pero aun si alguno hubiese desheredado así al que está en el claustro materno: "sea desheredado el que me hubiere nacido dentro de tres meses de mi fallecimiento", o "el que después de tres meses", será ciertamente puesto en posesión el que está en el claustro materno, porque en algún caso ha de ser heredero suyo; y, a la verdad, convendrá que en esta parte sea más benigno el Pretor, para que no sea muerto antes de nacer el que es esperado (XXXVII, 9, 1, 9). Si el hijo dado en adopción hubiere fallecido estando embarazada su mujer, y después hubiere muerto el adoptante, será puesto el que está en el claustro materno en posesión de los bienes del abuelo adoptivo (XXXVII, 9, 1, 12). Si el padre hubiere, estando embarazada la nuera, emancipado al hijo, el feto no debe ser repelido por completo; porque el nacido suele ser unido al padre en virtud del nuevo Edicto. Y en general, en aquellos casos en que el hijo es unido al padre ha de ser admitido a la posesión el que está en el claustro materno (XXXVII, 9, 1, 13). Mas siempre que el que está en el claustro materno es puesto en posesión, suele pedir la mujer un curador para él, y también para los bienes. Pero si el curador hubiere sido dado ciertamente sólo para el que está en el claustro materno, se les ha de permitir a los acreedores que custodien los bienes (XXXVII, 9, 1, 17). Pero la mujer que fue puesta en posesión debe tomar de los bienes solamente aquello sin lo que el feto no se podría mantener y ser llevado hasta el parto; y para esto se ha de nombrar curador, que le dé a la mujer comida, bebida, vestido y habitación con arreglo a los bienes del difunto, y a la dignidad de este y de la mujer (XXXVII, 9, 1, 19). Mas el que está en el claustro materno debe permanecer en posesión hasta tanto que aborte la mujer, o hasta que sea cierto que ella no está embarazada (XXXVII, 9, 1, 27). Siempre y cuando es admitido alguno abintestato, es admitido también el que está en el claustro materno, por supuesto, si el que está en el claustro materno fuere tal que pudiera pedir la posesión de los bienes, si viviese, de suerte que en todas las partes del Edicto sea considerado como sobreviviente el que está en el claustro materno (ULPIANO, Comentarios al Edicto, libro XLVII, XXXVII, 9, 7, pr, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889). Si la mujer hubiera sido puesta en posesión en nombre del que está en el claustro materno, respondió por rescripto el Divino Adriano a Calpurnio Flacco, que se ha de diferir la acusación de adulterio, a fin de que no se le cause algún perjuicio al hijo (PAULO, De los Adúlteros, libro I, XXXVII, 9, 8, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889). Cuando el que está en el claustro materno es puesto en posesión, se deduce como deuda lo que se gastó para alimentos del que está en el claustro materno (ULPIANO, Comentarios a Sabino, libro XV, D. XXXVII, 9, 9, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889); El curador del que está en el claustro materno debe fijar los alimentos para la mujer, y no hace al caso que tenga dote con la que ella pueda sustentarse, porque se considera que los que en este caso se prestan, se le prestan al mismo que está en el claustro materno (GAYO, Comentarios al Edicto provincial, libro XIV, D. XXXVII, 9, 5, pr, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889).

39 ULPIANO, Comentarios a Sabino, libro XXVIII, GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889.

después que su padre fue removido del Senado, es concebido y dado a luz, opinan Próculo y Pegaso que no es reputado hijo de senador. La opinión de estos es verdadera; porque no se llamaría propiamente hijo de senador, aquel cuyo padre fue removido del Senado, antes que él naciese. Si alguno verdaderamente hubiere sido concebido antes que su padre sea removido del Senado, pero hubiere nacido después de perdida esta dignidad de su padre, hay más razón para que sea reputado como hijo de senador; pues plugo a los más que debía atenderse al tiempo de la concepción⁴⁰.

Videla Escalada señala que descalificar al *nasciturus* como “persona jurídica” sería una definición simplista, que no se correspondería con otras soluciones firmes en la época romana, que merecen ser comentadas.

En primer término cabe apuntar que si moría el cónyuge de una mujer embarazada, la ley disponía que se designara a una persona, cuyo cargo llevaba la denominación de curador al vientre, y cuyas funciones sólo se justifican si se admite que el ser concebido y no nacido tiene derechos propios. Este curador era representante del ser concebido y, por definición, no puede haber un representante sin alguien a quien representar, sin un representado. Sin duda, éste es el concebido. Por ejemplo, sus eventuales derechos hereditarios no podían serle negados y, aunque su efectividad estuviera sujeta al hecho de su nacimiento, la designación del curador implicaba el reconocimiento de la realidad de su título hereditario y de su derecho subjetivo de recibir la participación que le correspondiera en el patrimonio hereditario. La institución del curador al vientre constituye, sin duda, un reconocimiento de la personalidad del ser concebido, pero aún no nacido⁴¹.

A esto debe agregarse un argumento derivado de prescripciones penales, es decir, originado en otra disciplina jurídica fundamental, que no es el Derecho Civil, pero que tiene notoria influencia en lo atinente al status jurídico de la persona por nacer, tema típico de aquél. Ese argumento es nacido de la penalización del aborto, firmemente establecida en el Derecho Romano. Ahora bien, esta sanción es perfectamente justificable si se conoce que el ser humano concebido y todavía no nacido es persona, pero carece de explicación racional si se afirma que la personalidad sólo comienza con el nacimiento⁴².

Arias Ramos y Arias Bonet, señalan que a pesar de carecer (*el nasciturus*) de los requisitos exigidos por el Derecho romano, éste dispensó protección al concebido que todavía no había nacido (*nasciturus, qui in uteroest*). No es que

40 ULPIANO, Comentarios a la Ley Julia y Papia, libro I, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889.

41 VIDELA ESCALADA, Federico. Los derechos de la persona por nacer, en URIBURU, OSCAR y OTROS. El derecho a nacer, Buenos Aires. Editorial Abeledo – Perrot. 1993, págs. 74 y 75.

42 VIDELA ESCALADA, Opus cit, pág. 75.

reconociere, dicen los autores, al feto intrauterino como sujeto de derecho; lo que se protegía eran los intereses de la futura persona –*propterspemnascendi*-, muchos de los cuales resultarían ilusorios más tarde, si no se tomaban medidas anticipadas⁴³. Arguello es también categórico al respecto: El que había de nacer, el ser concebido y no nacido –*nasciturus*- carecía de personalidad jurídica y en ningún caso podía ser titular de derechos y obligaciones, ni antes de su nacimiento beneficiarse por la concepción acaecida. No obstante la legislación romana reservó al *nasciturus*, especialmente en materia sucesoria, los derechos que hubiera podido adquirir en el momento de su nacimiento, tutelándolo mientras tanto con un curador especial, el *curator ventris*⁴⁴.

Iglesias enseña que el que ha de nacer no es considerado hombre, aunque tal se afirme en un adagio vulgar: *nasciturus pro iam nato habetur*. El concebido no está todavía in rebushumanis, in rerum natura, y de él sólo cabe decir que *mulieris portio est*. Ahora bien, no siendo el concebido sujeto de derecho, la ley tiene en cuenta su futura humanidad, dispensando anticipada protección, en su propio y exclusivo beneficio, a derechos que le corresponderán una vez que acaezca el nacimiento⁴⁵.

Para Rolfo de Costamagna en el derecho romano la existencia de la persona se inicia con el nacimiento. Para el derecho civil argentino (art. 19) la solución es distinta; y así, la existencia de la persona comienza desde la concepción en el seno materno. Para el derecho romano los seres concebidos en el seno materno no son personas, porque su existencia se produce con el nacimiento⁴⁶.

No obstante ello, Roma no pudo sustraerse, desde el punto de vista jurídico, a la necesidad de contemplar la situación que podía plantearse respecto a seres concebidos, a fin de evitar situaciones injustas en el derecho sucesorio. Y sobre todo a su estado dentro de la familia y de la ciudad⁴⁷.

Los pasajes de las fuentes romanas que parecían autorizar esta interpretación negatoria de la personalidad, eran básicamente los siguientes: Gayo: “Cosa en la cual no está la naturaleza humana”⁴⁸; Ulpiano: “El parto, antes que se dé a luz, es parte de la mujer o de sus entrañas”⁴⁹; Papiniano: “No se dice con razón

43 ARIAS RAMOS - ARIAS BONET, *Opus cit*, pág.60.

44 ARGUELLO, Luis Rodolfo. *Manual de derecho romano*. Buenos Aires. Astrea. 1993,pág. 141.

45 IGLESIAS, *Opus cit*, págs. 114-115.

46 ROLFO DE COSTAMAGNA, *Opus cit*, pág. 133.

47 IBIDEM, 133. Todo lo manifestado (se refiere a los supuestos donde la concepción ha sido considerada como relevante jurídicamente) demuestra que si bien el principio general establece que la existencia de la persona se inicia con el nacimiento, el derecho romano reconoció cierta capacidad al ser concebido, dando origen a la regla del derecho de Justiniano, según la cual cuando se trata del interés del *nasciturus* se considera in rerum natura esse, es decir está en la naturaleza de las cosas (IBIDEM, 134).

48 INST.DE GAYO II, 203, en DI PIETRO, Alfredo, *Comentarios a las Institutas de Gayo*. Buenos Aires. Ediciones Librería Jurídica. La Plata, 1982.

49 D. XXV, IV, 1, 1, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. *Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona. Jaime MolinasEditor. 1889.

que sea hombre” –Partus nondum editus homo non recte fuisset dicitur⁵⁰. Código: Partus, dum in ventre portatur, homo fieri speratur –El feto, mientras está en el claustro materno, se espera que llegue a hombre⁵¹. Pautasso aborda con realismo y profundidad la situación del nasciturus en distintos pasajes de las fuentes, facilitando así la inteligencia práctica de las soluciones allí ofrecidas.

A modo de principio general, Pautasso señala que el derecho romano ha contemplado con criterio absolutamente realista la situación del nasciturus; no elaborando una teoría general a su respecto. Se ha limitado más bien, dice el autor, a dar una solución justa a cada una de las cuestiones concretas que en torno a ellas se plantean⁵². He aquí algunas reflexiones del autor:

- a. Un pasaje de Ulpiano –25, 4, 1, 1.- dice: “*partusenimantequamedatur mulieris portio est, vel viscerum*”. Ulpiano enseña que los senadoconsultos sobre reconocimientos de hijos no eran aplicables si la mujer disimulaba o negaba estar embarazada. Naturalmente, por no tratarse de un supuesto en que la mujer afirmaba estar embarazada, sino precisamente todo lo contrario, de un supuesto en que ella lo negaba, mientras que quien lo aseveraba era el marido, no podía este atenerse al senadoconsulto que le prescribían enviar guardas a la mujer. Pero, cabía quizá la posibilidad de ejercitar el interdicto para que la mujer exhibiese el hijo y el padre pudiera eventualmente llevárselo. ¡Imposible!, si justamente lo que se discutía era si la mujer estaba embarazada o no.

Y para que el hijo pueda ser exhibido y llevado, es menester que dicho hijo... ya esté en el mundo de los vivos! Porque si el ser se halla en el vientre de la madre no es más que una parte de ella o de sus entrañas.

Pues bien, el enunciado visto constituye un fundamento natural, de buen sentido, para mostrar que el interdicto de exhibición del hijo y de permisión de llevárselo, es inaplicable mientras el concebido está aún en el seno materno. De todas maneras, la inteligencia de este pasaje y la solución práctica que indica, no tiene nada que ver con la definición sobre la capacidad o la incapacidad del *nasciturus*.

No obstante ello, parece relevante que la famosa frase “*portio mulieris*” o “*viscerum matris*” lejos de estar indicando una definición onto-biológica del “supuesto niño”, está simplemente indicando una solución práctica y global, habida cuenta de la situación de la madre y del niño en su seno:

50 D. XXXV, II, 9, 1, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L, *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, Jaime Molinas Editor. 1889.

51 CÓDIGO, LIBRO VII, título IV, ley 14, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L, *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, Jaime Molinas Editor. 1889.

52 PAUTASSO, *Opus cit*, pág. 118.

el niño “está en el vientre” y por eso no se lo puede exhibir, ni muchos menos llevar. Lejos se puede estar entonces, de desprender de este pasaje una lectura negativa en torno a una temática, sobre la que el texto no se pronuncia.

- b. El pasaje de las *Quaestiones* de Papiniano (D. 35, 2, 9, 1.), refiere una solución vinculada a una previsión de la Ley Falcidia. Esta ley dispuso que los frutos que estaban maduros al tiempo de la muerte y que fueron percibidos después, aumenten la tasación de la herencia en el renglón del fundo, que se considera haber sido más valioso en aquel momento. Respecto del vientre de la esclava no se admitió ninguna distinción de tiempo, porque no se dice correctamente que el concebido no nacido haya sido un hombre (*partus nondum editus homo non recte fuisse videtur*). Para llegar a esta solución se ha tenido en cuenta, pues, un hecho de la naturaleza, un hecho biológico sobre el cual se funda la decisión legal.

El hecho biológico consiste en que el concebido pero todavía no nacido no es uno de esos individuos físicos de vida fisiológicamente independientes que llamamos hombres. No obstante ello, Pautasso sostiene que este enunciado no pretende en modo alguno ser una regla general y absoluta, y menos aún referirse a la presunta capacidad o incapacidad del *nasciturus*⁵³.

- c. Otros pasajes parecen tener un sentido contrario al de los ya expuestos. Son emblemáticos a este respecto, por ejemplo: D. 1,5,26.; D. 38,17,7; y Gayo. 1,147, entre otros. Está claro que los juristas romanos no se aferran a una línea inquebrantable de principios lógicos, sino que, siempre guiados por la *aequitas*, procuran encontrar la solución más justa, la más favorable a los derechos de la persona humana. Que al concebido haya que considerarlo invariablemente como *in rerum natura*, o nunca *in rerum natura*, es cosa que no cabe en la mentalidad del jurista romano; para él el *nasciturus* está unas veces *in rerum natura*, y otras veces no lo está, según convenga para resolver este o aquel problema, pero siempre para dar satisfacción a la equidad⁵⁴.

Se advierte así la función pragmática y justa de la jurisprudencia romana; pero también es compatible con dicha función la posibilidad de reivindicar una atención marcadamente sensible al *nasciturus* en términos de reconocimiento y tutela jurídica, sin que esto implique forzar una conceptualización técnica y jurídica que a los romanos no les interesaba ni el mismo *nasciturus* necesitaba. Se lo cuidó jurídicamente como persona humana, y esto es lo importante. Por otra parte, las soluciones que parecieran negar existencia o personalidad al *nasciturus*, responden a perspectivas formales desde las cuales se visualizan

53 PAUTASSO, *Opus cit*, págs. 121-123.

54 PAUTASSO, *Opus cit*, pág. 127.

otras problemáticas ajenas al *nasciturus* en sí, procurando atender la situación de la madre⁵⁵, los derechos de terceros⁵⁶ o criterios patrimoniales hereditarios⁵⁷.

De allí que no resulte en absoluto arbitrario acentuar y reivindicar la función tuitiva del ordenamiento jurídico respecto del *nasciturus* en atención a su existencia ontológica y jurídica, teniendo en cuenta que: cuando se lo considera “entre las cosas humanas”, se le está brindando una protección actual e inmediata como si ya hubiera nacido; cuando se lo considera como “parte de la mujer”, se está sencillamente resguardando la integridad y la dignidad de la supuesta mujer embarazada, a través de la negación del interdicto exhibitorio y restitutorio; cuando se lo considera como inexistente, se está resolviendo o una cuestión patrimonial sin prejuzgar sobre el status ontológico (solución a la Ley Falcidia), o una cuestión fundamental de seguridad jurídica, para evitar la especulación de terceros y resguardar la integridad de la persona por nacer (solución de Digesto 50, 16, 129). Además, en materia de legislación sobre el aborto se advierte la suma protección del *nasciturus*.

El aborto era reprimido con pena afflictiva. Dos textos son significativos: a. D. 47, 11, 4. Marciano, primero de las Reglas: El divino Severo y Antonio respondieron por rescripto que la que de intento abortó, ha de ser condenada por el gobernador a destierro temporal, porque puede parecer indigno que impunemente haya defraudado a su marido en cuanto a los hijos; b. D. 48, 8, 8. Ulpiano, 33 ad Edictum: Si constare que una mujer se hizo violencia en sus entrañas para abortar, el gobernador de la provincia la mandará al destierro. Ajustándose a los términos expresos de los citados fragmentos, hay quien sostiene que si la ley castiga el aborto provocado –o sea la eliminación intencional del *nasciturus* antes de que llegue a la vida separada, propia– es porque ello implica, según el criterio romano, un acto lesivo para la madre y la frustración de la *spesprolis* para el padre; por lo tanto, si así fuere, se llegaría a la conclusión de que en éste caso el derecho romano no tuvo en mira la protección del hijo; lo que parecería un error sostiene Pautasso, ya que hemos visto cómo aquel derecho se vale de variadas vías, directas e indirectas, para proteger al *nasciturus*, y la que aquí se examina es una de ellas. Por lo demás que el legislador dispusiese la pena por las razones expresadas, y tan solo por ellas, sin tener en cuenta la protección de la vida del *nasciturus*, el resultado habría sido siempre esa protección. Pero, ¿quién podría pensar, después de todo lo que tenemos dicho, que para el legislador la tutela del *conceptus* fuera un efecto no querido, o al menos indiferente?⁵⁸

A la luz de todo lo expuesto, los estudios actuales sobre la condición jurídica del *nasciturus* permiten ampliar la óptica del análisis tradicional, y arribar a

55 Los prodigios y monstruosos se cuentan como hijos, en favor de la madre (ULPIANO, D. 50, 16, 135, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. *Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona. Jaime Molinas, Editor. 1889).

56 El *nasciturus* no aprovecha a otros a no ser que haya ya nacido.

57 La solución de la Ley Falcidia de D. 35, 2, 9, 1.

58 PAUTASSO, *Opus cit.*, págs. 131-132.

conclusiones que acerquen el tratamiento jurisprudencial romano a las líneas modernas y iusnaturalistas del concepto de persona en el mundo jurídico.

4. Los antecedentes doctrinales y codiciales de la legislación argentina

a. La tesis de Savigny

Vélez recepta el pensamiento de Savigny en la nota al artículo 70 del Código Civil Argentino. Cifuentes señala que a partir de Savigny se generalizó la idea jurídica de que los no nacidos pero concebidos en el seno materno no son personas, pues se pensaba que no se podía considerar como hombre a quien se encuentra en esa condición y forma parte de las vísceras de la madre⁵⁹.

En efecto, Savigny sostiene que la capacidad natural comienza en el instante en que el nacimiento completo se verifica; pero antes de él hay un tiempo bastante largo, durante el cual el infante vive ya, si bien no por sí, sino dependiente e íntimamente ligado a la existencia materna. Y se pregunta Savigny: ¿Cómo considera esta vida el derecho? ¿Cuáles son en tal materia los verdaderos principios que deben regirla? Muchos textos del derecho romano dicen terminantemente que, durante la gestación, el feto no es todavía una criatura humana, le falta existencia propia, debiéndosele considerar como formando parte de la madre, mientras que otros, por el contrario, le asimilan al infante ya nacido. Esta última regla, atentamente considerada, hace desaparecer toda contradicción. La primera expresa la realidad de las cosas en un estado presente; la segunda es una simple ficción que no puede aplicarse sino a un cierto número de hechos especialmente determinados y en muy estrecho límite⁶⁰.

59 En Roma, según Savigny, prevalecía la máxima de que al "niño concebido se lo tiene por nacido en tanto se trate de su conveniencia" —*infans conceptus pro natu habetur quoties de commodis eius agitur*-. Varios juriconsultos, entre ellos Juliano, estaban en desacuerdo con Papiniano. Para el primero, el nasciturus era reputado como nacido. En cambio, Papiniano sostenía que no se lo podía considerar hombre. Para Savigny esta última era la interpretación de la realidad, siendo la anterior de Juliano, una ficción (CIFUENTES, Opus cit, pág. 103).

60 Un texto importante invocado por la doctrina tradicional para sostener esta tesis es el de Digesto L, 16, 129: Los que nacen "muertos" no son considerados nacidos, ni procreados, porque nunca pudieron ser llamados hijos (PAULO, Comentarios a la ley Julia y Papia, libro I, D. L. 16. 129, en GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, L. Cuerpo del derecho civil romano. Barcelona. Jaime Molinas Editor. 1889).

Empero, dos cosas deben señalarse:

- a. Este pasaje de Paulo se está refiriendo a la aplicación de la ley Julia et Papia, por lo que no está evaluando la capacidad del nasciturus ni la concesión de derechos atributivos al mismo, sino los eventuales beneficios a favor de la madre, en cuanto supeditados al nacimiento de sus hijos; de hecho, para el cómputo beneficioso sí se tienen en cuenta los monstruosos o prodigiosos, conforme lo sostiene Ulpiano en Digesto L, 16, 135;
- b. Lo de Paulo bien podría ser una solución práctica a una situación muy concreta como es el nacimiento sin vida; solución que por otra parte da el mismo Vélez Sarsfield cuando tiene que resolver, por razones de seguridad jurídica y para garantizar la integridad física del nasciturus, la consideración de aquel que nace sin vida; y dice Vélez: Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido —artículo 74—. Nos queda también una pregunta que plantear: cuando Savigny se refiere a una ficción atributiva de derechos que sólo puede entenderse en un número limitado de casos y en muy estrecho límite, ¿no sería esa la situación real que impone el concreto y existencial desarrollo del nasciturus? o ¿debe interpretarse dicha consideración limitada como una prueba a priori de la negación lisa y llana de personalidad en el nasciturus?

Si pues, presentando la cuestión en general, se pregunta cuál es la capacidad del no nacido aún, la solución es evidente: no tiene capacidad alguna, porque ni puede regir relaciones de propiedad, contraer deudas ni tener créditos; no es persona cuya representación sea necesaria o posible; no necesita tutor ni se le llama pupilo. La ficción, por el contrario, se ocupa de la vida futura del infante, y lo hace bajo un doble concepto: le protege por la sanción de las leyes y le marca los derechos posibles que vienen unidos al nacimiento; y de este modo creada (la ficción) en su interés, a él sólo también aprovecha. Su vida está amparada por leyes penales y de policía: las primeras castigan a la madre que intenta el aborto, y a aquellos que le favorecen en su propósito; las segundas cuentan entre sus prescripciones la ley real que ordena, una vez muerta la mujer, abrir su cuerpo para salvar

la criatura, y las que más tarde mandaron diferir hasta el parto la aplicación de la pena de muerte o del tormento a la mujer encinta⁶¹.

b. El Código de Napoleón

En este código el legislador adoptó una posición y se vio obligado a complementarla con disposiciones que no guardan coherencia con aquella, pero que se hicieron indispensables para alcanzar un régimen lógico y equitativo. Para esta ley, la vida de la persona humana comienza con el nacimiento; empero, de inmediato se presentaron las mismas dificultades que habían surgido en el Derecho Romano, y el Código debió corregir las consecuencias negativas de la adopción de esa tesis mediante normas que responden a la línea de pensamiento opuesta, es decir, que se coordinan adecuadamente con la posición que admite que la vida y, por ende, la personalidad, comienza con la concepción⁶².

También aquí el tema que exigió esta complementación fue el relativo al fallecimiento del padre después de la concepción y antes del nacimiento del hijo. Evidentemente era injusto que el hijo póstumo quedara excluido de la sucesión del padre y se consideró que otro tanto ocurría si se prohibía que recibiera donaciones. De ahí que el artículo 906 disponga expresamente: “Para ser capaz de recibir (por donación) entre vivos, es suficiente estar concebido al momento de la donación. Para ser capaz de recibir por testamento, basta estar concebido al tiempo del fallecimiento del testador”. Y se complementaban estas expresiones con la siguiente exigencia:

61 Cfr. L. 4 de extr. Crim. (XLVII, II); L. 8, ad. L. Corn. de sicar. (XLVIII, 8); L. 39, de poenis (XLVIII, 19); L. 38, 5, de poenis (XLVIII, 19); L. 2, de mortuo inferendo (XI, 8); L. 18, de statu hom. (I, 5); L. 3, de poenis (XLVIII, 19), en SAVIGNY, Federico Carlos. Sistema del Derecho Romano Actual, T. I. Madrid. Editorial F. Góngora y Cía. 1878, págs. 278-280.

62 VIDELA ESCALADA, Opus cit, pág. 76.

“Sin embargo, la donación o el testamento sólo tendrán efecto en caso de que el niño sea viable al nacer”. No es necesario un comentario extenso para poner de relieve la contradicción existente entre fijar el comienzo de la vida en el momento del nacimiento y admitir que el ser concebido y no nacido sea titular de derechos hereditarios o del originario por una donación entre vivos. ¿Cómo puede explicarse que esos bienes o derechos fueran adquiridos por alguien que todavía no tendría vida ni, por consiguiente, personalidad, o lo que es lo mismo carecería de la capacidad necesaria para adquirir derechos? Es evidente que la última norma mencionada, el artículo 906 del Código Francés, sólo se explica y justifica como reconocimiento de la existencia a partir de la concepción. En la misma contradicción incurren los Códigos que siguieron la orientación del Código Francés⁶³.

Fijar el comienzo de la vida y de la personalidad en el día del nacimiento implica desconocer una realidad, la existencia de la persona a partir de la concepción, y obliga a dictar disposiciones tendientes a remediar la falla esencial que resulta de la aplicación de la pauta elegida.

c. La posición de Freitas y su recepción por Vélez en el primer Código Civil Argentino

La tesis de la personalidad del nasciturus encuentra en el Proyecto de Freitas una definición muy clara, que incluso tendría apoyatura en las fuentes romanas.

En efecto, Varela señala que el artículo 70 ha sido copiado literalmente los números 221 y 222 del Proyecto de Código Civil para el Brasil, trabajado por Freitas. El artículo 221 dice que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia visible de las personas, y antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido⁶⁴.

El artículo 222 establece que esos derechos, sin embargo, sólo quedarán irrevocablemente adquiridos si los concebidos nacieren con vida, esto es, si la manifestasen, aunque por instantes, después de completamente separados de su madre.

La nota de Freitas a los artículos de su Proyecto aboga por la atribución de personalidad para la persona por nacer, encontrando, como ya

63 VIDELA ESCALADA, *Opus cit*, pág. 77.

64 Este texto de Freitas refleja con exactitud lo que, en la realidad, determinaban, tanto el Derecho Romano, como la codificación napoleónica. Estos, al haber situado el principio de la vida en el momento del nacimiento, debieron complementar esa posición con normas especiales destinadas a formular un régimen jurídico equitativo, impuesto por la realidad de los hechos. Por el contrario, el artículo 221 del Esbozo mantiene una coherencia perfecta, ya que señala que el ser concebido pero no nacido es persona y, sobre esa base, lo reconoce como titular de algunos derechos subjetivos (VIDELA ESCALADA, *Opus cit*, pág. 78).

hemos señalado, en pasajes del Corpus Iuris Civilis elementos decisivos al respecto: No concibo que haya ente con susceptibilidad de adquirir derechos, sin que haya persona. Si se atribuye derechos a la “persona por nacer”, como dice Savigny, en un orden especial de hechos, y si los que han de nacer son representados dándoles un “curador al vientre”; es forzoso convenir que ya existen y que son “personas”; pues la nada no se representa. Si los que han de nacer, dejan de ser personas por la imposibilidad de obrar; tampoco son personas los menores impúberes, al menos hasta cierta edad. Es verdad que el Derecho Romano no suponía que los que habían de nacer fuesen representados, diciendo que no eran pupilos; pero provenía esto de la inútil diferencia que hacían entre la tutela y la curatela. Sin duda, la curatela en este caso, como en el caso de ausencia, es más de los bienes que de la persona; pero, siendo así, no se sigue que deje de ser persona⁶⁵.

Además, como señala Rivera, en la nota al artículo 221 Freitas sostiene que si los que deben nacer no son personas, ¿por qué razón existen leyes penales y policiales que protegen su vida preparatoria?, ¿por qué motivo se pune el aborto?, ¿por qué motivo no se ejecuta la pena de muerte en la mujer embarazada y tampoco se la juzga en el caso de que merezca dicha pena sino cuarenta días después del parto?⁶⁶.

No deja de ser relevante el análisis de la fuente de Freitas para sustentar la tesis de la personalidad del nasciturus. Esta fuente ha sido presentada siempre como el paradigma de Vélez para su artículo 70, lo que es absolutamente cierto; lo que no se ha presentado con igual claridad es la base fontal romana con que justifica su posición el jurista brasileño.

Quedan preguntas sin respuestas, pero también certezas. Por de pronto, cabe preguntarse por qué Vélez no reprodujo una nota como la del propio Freitas a sus artículos 221 y 222. Debe sin embargo señalarse que el hecho de que Vélez refiera en su nota a Savigny, no autoriza sin más a desestimar la base romana que en este punto pudo haber tenido el jurista argentino. Vélez leyó a Savigny, pero también a Freitas. Cualquiera sea la especulación sobre este tema, lo cierto es que la formulación del artículo 70 del Código Civil Argentino

65 VARELA, Luis. Concordancias y Fundamentos del Código Civil Argentino, Tomo II. Buenos Aires. Editor: H. y M. Varela. 1873, págs. 187-189. A propósito del tutor diremos que no le puede ser dado al nasciturus, por cuanto la tutela sólo puede recaer sobre quien verdaderamente existe en el mundo de los vivos; en consecuencia, non est pupillus qui in utero est —D. 26, 5, 20—; pero los eventuales derechos del concebido, los bienes que puedan pertenecerle en caso de nacer, necesitan ser custodiados, y a ese fin se da para ello un curador. Toda esta fórmula descriptiva se expresa con la frase curator ventris. De este modo, sin recurrir a ficción alguna se resguardan los intereses del nasciturus; se consigue en éste aspecto su protección (PAUTASSO, Opus cit., pág. 130).

66 RIVERA, Julio Cesar. Instituciones de Derecho Civil. Buenos Aires. Tomo I. Editorial Abeledo — Perrot. 1997, págs. 326 y 327.

es conceptualmente de raigambre romana o, si se prefiere, tiene base en textos muy contundentes al respecto⁶⁷.

El actual, y recientemente reformado, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina reitera en su artículo 19 la tradición nacional en este punto⁶⁸.

5. El nasciturus en la legislación peruana

El artículo 1° del Código Civil de 1936 prescribía: “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”.

El derogado Código de 1936 ignoraba la vida humana prenatal. El hecho biológico del nacimiento determinaba la aparición del ser humano en tanto sujeto de derecho, como persona natural.

Hoy nadie duda que la vida humana se inicia con la concepción. La ciencia ha demostrado que en este momento aparece un nuevo ser humano, genéticamente independiente de la madre, autónomo, con un genoma que lo identifica y lo hace único, irrepetible, singular.

El Código Civil de 1936, bajo la inspiración de la codificación civil comparada, asimilaba al que está por nacer con el nacido. Prescribía que al concebido “se le reputa nacido” y establecía que todo aquello que jurídicamente “pueda favorecerle” debe quedar reservado hasta el momento del nacimiento con vida.

En ocasión del debate en torno a la calidad jurídica del concebido en el Congreso Internacional de Lima en 1985, el profesor de Derecho Romano Pierangelo Catalana mostró su disconformidad con el tratamiento otorgado al concebido por el Código Civil peruano de 1936. No consideraba al concebido, como un “sujeto de derecho”, prefiriendo designarlo como “persona por

67 COSTA, José Carlos. Protección al concebido. Vigencia de los principios rectores del derecho romano en la legislación argentina. XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. México, 2006, en Edictum.com.ar.

68 “El más grande aporte del Derecho Romano es el de haber tenido una concepción integral del derecho, sin mutilaciones ni fraccionamientos de ninguna índole, es decir, una noción completa; razón por la cual goza de vigencia hasta nuestros días y ha pasado a la posteridad como fuente de Derecho. En tal virtud el Derecho Romano consideró tanto al Derecho Positivo como al Derecho Natural, dándole a éste último categoría jurídica, dentro de la cual debemos analizar la teoría del Nasciturus que fuera elaborada por el Derecho Romano, recurriendo a sus propias fuentes fundamentalmente. Así, para el jurista nacional Fernández Sessarego, el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante mismo de la concepción y por eso a partir de ese momento se le deben reconocer los derechos de la persona. Haciendo una hipótesis del tema mencionamos que en Roma el Nasciturus, cuya existencia real no se discutió gozó de individualidad en lo referente al Derecho Natural a la vida. El Nasciturus se refería al que estaba en el útero, se le miraba como ya nacido siempre que se tratara de las cosas que le fueran favorables. El Nasciturus como persona, prevaleció en la jurisprudencia romana, teniendo como máxima “infansconceptus pro natuhabetur, queties de commodiaaiusagitur”, o sea el niño concebido se tiene por nacido en tanto se trate de su conveniencia. Al considerarse al concebido como niño equivale al término jurídico de persona de hoy en día, y constituye el antecedente más remoto de la Declaración de, los Derechos del Niño de las Naciones Unidas” (Cfr. LEON MERCADO, Fernando. La Teoría del nasciturus y el Derecho peruano. Revista jurídica de Cajamarca y www.derechoycambiosocial.com/rjc/revista2/teorianascit.htm).

nacer”. Referirse al concebido como sujeto de derecho resulta ser una solución formal para distinguir a este sujeto de derecho, que merece un tratamiento jurídico especial por tratarse de un ser humano antes de nacer, de aquel que debe brindarse al ser humano nacido o agrupado con otros.

El profesor Pietro Rescigno, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Roma, apoyó la solución ofrecida por nuestro Código Civil al considerar al concebido como un sujeto de derecho, lo que significa acoger una solución técnica-jurídica desprovista de una determinada carga ideológica.

El artículo 1 del Código Civil de 1984 otorga al concebido la categoría jurídica de sujeto de derecho.

Así, el Código Civil de 1984 alejándose total y definitivamente de la posición que reconoce la codificación civil comparada en general y el Código Civil de 1936, considera, en concordancia con la verdad científica, que la vida humana comienza con la concepción y que se es sujeto de derecho desde este momento sin necesidad de esperar el hecho biológico del nacimiento.

Reza el artículo 1º: *“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”*.

Se le considera un ente al cual es posible atribuir situaciones jurídicas subjetivas, derechos y deberes, desde la concepción hasta el nacimiento o hasta el momento de su muerte, ya sea que ocurra durante el proceso de gestación o en el instante del nacimiento.

El concebido tiene capacidad jurídica genética, natural, inherente a su ser, de gozar, dentro de su situación, de todos sus derechos como ser humano, a pesar que no puede ejercerlos por sí mismo. Tiene el goce actual no diferido, de sus derechos personales (derecho a la vida), así como el de sus derechos patrimoniales⁶⁹.

En el instante del nacimiento, el concebido deja de ser un nasciturus para convertirse en una “persona natural”.

69 “Es el ser humano antes de nacer que, pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y los deberes que lo favorezcan. es un sujeto de derecho privilegiado. concordancias: cc, 805, 856, 598, 617, 365” (cfr. CAJO ESCUDERO HERBERT. El derecho de la personalidad y el derecho internacional privado, el conceptus concebido, El Derecho, en Club Ensayos.com, www.clubensayos.com/Ciencia/El-Derecho-La-Personalidad-Y-El-DIPr/182866.html).Vid. DELGADO, Verónica Pía. El principio de la protección legal de la vida y la salud del nasciturus y la acción popular en el modelo de Andrés Bello.Revistas ueexternado.edu.co - /index.php/derpri/article/viewFile/560/530; DELGADO BARRETO, César, DELGADO M. María y CANDELA S., César, Introducción al Derecho Internacional Privado. T. I y II. Edit. Puc, Lima. 2002; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Estudios de Derecho de las Personas. 2º ed. Edit. Huallaga. Lima. 1996.

La capacidad de goce del concebido es actual, por lo que no queda en suspenso hasta que este nazca, como pretende la teoría de la ficción recogida a nivel de la legislación comparada.

La innovadora posición de nuestro Código Civil en la cuestión relativa al concebido ha sido materia de especial atención de parte de juristas en diversas reuniones nacionales e internacionales en las que se ha tratado sobre la situación jurídica del concebido.

El profesor Santos Cifuentes la consideró como una solución legislativa que se inserta en una línea novísima, contrapuesta a toda aquella teoría jurídica y a toda aquella legislación jurídica casi unánime, que le negaba al concebido la calidad de sujeto de derecho.

Yuri Vega, estima que cuando se promulga el Código Civil vigente, se produce un salto de calidad en lo que atañe al tratamiento jurídico del concebido. Lo novedoso del Código Civil peruano es la protección directa, actual e incondicionada del ser del concebido. Ha desvinculado la protección del concebido del hecho del nacimiento, reconociendo que el ser humano existe desde el momento de la concepción (inicio de la vida humana).

El jurista italiano Pierangelo Catalano, señala que la solución legislativa del Código Civil peruano de 1984 contribuye con la corriente de pensamiento ibérico cuando concentra la atención en el valor de la vida humana y rechazando la teoría de la ficción, llega a utilizar la conceptualización abstracta para la defensa del ser concreto de los concebidos. El profesor español José María Castán Vázquez, ha dicho que es grato comprobar que la peruana ha acertado a seguir, en el artículo 1º del Código Civil de 1984, una noble y avanzada orientación humanista, que responde al intento de contribuir a la protección jurídica de la persona desde el Derecho Civil⁷⁰.

6. Conclusiones:

- a. Un estudio pormenorizado y por sobre todas las cosas convergente y homogéneo de las fuentes romanas revela en términos prácticos y concretos la consideración jurídica que mereció el nasciturus. En tal sentido, la personalidad de la persona por nacer, y por lo tanto su subjetividad y capacidad en términos jurídicos, ha sido reconocida por el sistema jurídico romano. El nacimiento fue en todo caso una pauta formalmente precisa para confirmar y atribuir ya de modo estable todos los efectos jurídicos garantizados por el ordenamiento jurídico.

70 SESSAREGO, Carlos Fernández. El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX del código civil de 1936 a la revisión en curso del código civil de 1984. *Revista Jurídica del Perú*, abril - junio 1998 año XLVIII n° 15.

- b. Las fuentes romanas permiten advertir un alcance rico y profundo de la subjetividad del nasciturus. Su regulación ha demostrado, gracias a su tratamiento casuístico, la sensibilidad humanista del derecho romano. La persona por nacer debía ser protegida porque “ya existía”, y esa existencia interpelaba la sensibilidad de la doctrina de los juristas. Los romanos no harán, como no lo hicieron con el resto de los institutos, teorizaciones sobre el tema, sino que apegados a su visión concreta y a la noción de ius, dieron respuestas desde su mejor patrimonio moral y jurídico.
- c. La recepción del derecho romano en América Latina se ha orientado desde el primer contacto con él o a través del tiempo hacia una formalización del concepto de la concepción como punto de partida para el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano.
- d. La República del Perú es desde su reforma al Código Civil en el año 1984 y su interpretación doctrinal, un ejemplo y una ineludible referencia para la protección del ser humano desde su concepción.

EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO¹

Raúl Chanamé Orbe²

“Los Derechos fundamentales de carácter socio-económico no son completamente nuevos. Algunos de ellos como el Derecho del Trabajo fue tomado de las Constituciones francesas de 1793 y de 1848. Pero fue solamente hasta nuestro siglo: después de la primera y sobre todo después de la segunda guerra mundial que estos derechos se convirtieron en un patrimonio normal del Constitucionalismo. Fueron proclamados por primera vez en la Constitución Mexicana de 1917 que de un solo golpe los concretizó todos. Todas las riquezas naturales fueron nacionalizadas y el Estado se hizo cargo, al menos sobre el papel, de la responsabilidad social a fin de garantizar una existencia digna a cada uno de los ciudadanos. La Constitución de Weimar contribuyó esencialmente a popularizar y extender los Derechos Sociales. Su catálogo de Derechos Fundamentales es una mezcla de un colectivismo moderno y de un liberalismo clásico”.

KARL LOWENSTEIN

Sumilla:

1. La felicidad social, 2. El Estado liberal y la igualdad, 3. El problema social y el Estado Liberal, 4. El Estado social y el constitucionalismo social 5) Origen del Constitucionalismo social, 5.1. La versión alemana, 5.2. La versión francesa, 5.3. La versión socialcristiana, 5.4. La versión mexicana, a) Antecedentes, b) La Constitución de Querétaro, c) Art.3 Educación Laica, d) Art 27: Tierra, Agua y Propiedad, e) Art.123 Trabajo y Previsión Social, 6. A manera de síntesis, 7. Bibliografía.

1 Ponencia presentada en el Seminario Internacional en Celebración del Centenario de la Constitución de 1917, Universidad de Anáhuac, Ciudad de México, 27 y 28 de febrero de 2017.

2 Profesor Principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magistrado del Jurado Nacional de Elecciones del Perú y Post Decano del Colegio de Abogados de Lima, Perú.

Uno de los temas más debatidos en la denominada crisis del Estado Social, fue su contenido original, cuál es su alcance, hasta dónde llegaban sus competencias y en que se diferenciaba y complementaba al Estado Liberal. Sobre ello aborda el presente ensayo.

1. La felicidad social:

Los griegos como los romanos, al discutir los problemas de las polis y las civitas, se plantearon el tema social como consecuencia de la vida en comunidad, la armonía social entraba en contradicción con las desigualdades materiales y la inequidad social. Platón y Cicerón plantearon el problema, más no la solución, quedando como la especulación racional de los filósofos. El cristianismo y el iusnaturalismo lo abordaron como el utópico destino de una felicidad ulterior

Más aún, desde el Renacimiento se indicó que la inequidad en la distribución de la propiedad, los diversos estamentos sociales y la profunda desigualdad generaba la infelicidad humana. Tomás Moro le dio respuesta con su obra *Utopía*(1516), donde establecía un mundo basado en una cooperación colectiva que al generar trabajo obligatorio procuraba excedentes materiales para todos. Este sueño renacentista aspiraba a la felicidad social.

Cuando Juan Jacobo Rousseau escribió el “Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres” (1754), desacralizaba a la inequidad y hacía que la búsqueda de la igualdad, se transforme en una aspiración política posible. El siglo XVIII creó la idea, el programa y los movimientos que aspiraban a un nuevo orden social basado en el Estado liberal.

2. El Estado liberal y la igualdad:

A una sociedad profundamente segmentada en base al *status* y el trabajo corporativo, que generaba un orden jurídico plagado de particularismos legales y fueros de privilegios, que impedían la movilidad social y agravaban la desigualdad; le surgió como réplica el pensamiento burgués que aspiraba a la máxima libertad económica para dinamizar la movilidad social, a través de un nuevo contrato social.

La Declaración de Derechos de Virginia (1776), había sentado las premisas de este nuevo pacto en su art. III: “El gobierno está o debe estar instituido para beneficio, protección y seguridad común del pueblo, nación o comunidad, de las distintas formas o modos de gobierno, lo mejor es lo que sea capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad”.

El Estado absoluto del medioevo era la negación de esta aspiración ilustrada, la Revolución Francesa (1789), sintetiza su programa en libertad, igualdad y fraternidad. La Libertad (pensamiento, expresión, movimiento, económica), la igualdad (jurídica, material, ciudadana) y fraternidad (hermandad, cooperación,

solidaridad). Libertades, derechos y deberes como realización del Estado moderno, encarnado en la ideología del pensamiento ilustrado y liberal.

Los igualitarios radicales, los jacobinos, sostuvieron que la emancipación individual no anulaba la responsabilidad comunitaria, que la ciudadanía solo era posible en una ciudad basada en compromisos colectivos, por ello fueron más allá, plantearon una nueva Declaración de Derechos del Hombre el 21 de abril de 1793, cuyo artículo 11° decía: “La sociedad está obligada a sobrevivir (sic) a la asistencia de todos, procurando trabajo, o medios de subsistencia cuando no puedan trabajar”. La solidaridad aparece como un deber de la sociedad, como una obligación jurídica.

Los girondinos enfatizaron en las libertades individuales amenazadas por el antiguo régimen y los nuevos despotismos; en tanto que, los jacobinos consideraban que era posible hacer una revolución que garantizara simultáneamente los derechos individuales y la fraternidad social, el voluntarismo jacobino termina en el terror revolucionario y el guillotinado de Robespierre, dándole la razón práctica a los girondinos defensores de los derechos personales que se cristaliza con el Código Civil de 1804. De este trance sangriento entre liberales moderados y liberales radicales, surgieron los socialistas utópicos.

3. El problema social y el Estado Liberal:

El Estado Liberal es la forma de organización legal que adquirió el Estado moderno, pasando del Estado absolutista, con concentración de poder, donde las normas se sometían a la autoridad, basado en formas oligárquicas de conformación del poder, en economías con baja productividad, mercados controlados y demandas económicas reprimidas.

El Estado moderno se caracterizó por una nueva racionalidad del poder y su conformación, se establecieron límites al poder por medio de instrumentos jurídicos, la desconcentración de su ejercicio a través de actores plurales, (lo que conocemos por divisiones de funciones), la apelación al consentimiento ciudadano por medio de consultas periódicas, la alternancia que propicie la rotación gubernamental, y la proclamación de libertades y garantías para el ejercicio de derechos individuales (como libertad de pensamiento, expresión, tránsito, comercio, etc.)

El Estado absolutista se debilitó originalmente desde la economía, con el impulso inevitable del mercado, la manufactura y la demanda; que transformó las sensibilidades, la cultura, la religión y el derecho. La Revolución norteamericana y francesa, transforman la opresión en exigencia de libertad y la exclusión en reclamo de igualdad. La revolución política liberal se transformó en revolución constitucional con el anglosajón: “felicidad” o el gallo: “fraternidad”.

La revolución liberal, en sus orígenes descubre la individualidad como emancipación de la cofradía, estamento o corporación medieval. La diferencia

entre Locke y Montesquieu, y entre los girondinos y los jacobinos, era que más allá del legítimo interés individual subsistió un interés general, o “voluntad general” según J.J. Rousseau, que empezó a ser conocido como la identidad nacional; así con otros tiempos y con otras denominaciones resurge el “bien común” de Platón, o la “res-pública” de Cicerón.

Por ejemplo, la Declaración de Los Derechos del hombre y del ciudadano (1789) que se resume en: i) Libertad, ii) Igualdad, iii) Propiedad y iv) Resistencia a la opresión, da un salto en el art. 21 de la Declaración de Derechos de la Constitución del Año I: “Los socorros públicos son una deuda sagrada”. El Estado constitucional liberal, en sus orígenes, impulsando los derechos individuales, pugna –a su vez- también por ser social. Triunfaron los girondinos con su moderación y fracasaron los jacobinos con su voluntarismo social.

En el plano económico, la manufactura se generalizó, en Inglaterra aparecieron los estragos de la primera industrialización, lo que algunos denominan el “capitalismo salvaje” (trabajo infantil, enfermedades laborales, mínima seguridad social, desamparo al desempleado, inequidades sociales, criminalidad, etc.), ante este hecho inédito surgió una respuesta desde una postura cooperativa entre los empresarios y los obreros, entre los trabajadores y los desempleados, encabezado por un joven empresario llamado Robert Owen (1771 -1858), plasmado en un libro titulado “Una nueva visión de la sociedad”(1813), Owen consideraba que desde un modelo de responsabilidad empresarial sería posible una redistribución equitativa de los excedentes por medios pacíficos de los ingentes avances del industrialismo, Fue un pionero del socialismo, los sindicatos y la gestión, tildado por Marx como un “socialista utópico”. Owen, le agregaba, a todos los elementos que configuran el Estado liberal, la libertad, la igualdad y “la justicia redistributiva”.

El encumbrado industrialismo temprano en Inglaterra, incipiente en EEUU y tardío en el continente europeo, adquiere auge y vigor a mediados del siglo XIX en la zona meridional, con la explosión demográfica, crecimiento económico, altas tasas de escolaridad y avances sanitarios.

En Europa continental, dos revoluciones sociales de 1830 y 1848 consolidan el Estado liberal, extendiendo el sufragio universal, derechos individuales y la economía de mercado; en el ámbito jurídico surge el Estado de Derecho, llevando en su programa el parlamentarismo y el republicanismo como discurso legitimador. Marx, junto a F. Engels, escribió su documento liminar: El Manifiesto Comunista (1848), consideraba que estas revoluciones sociales encabezados por liberales y secundados por la movilización obrera marcaban el fin del Estado burgués, el fin de una forma de producción que sería superada por una mejor forma de distribución económica y armonía social; se equivocaban rotundamente, pues solo era los albores del Estado social, no del Estado socialista.

4. El Estado social y el constitucionalismo social:

El Estado social es una consecuencia del desarrollo del constitucionalismo social, tras la Primera Guerra Mundial, que pugna por un papel activo del Estado en propender a neutralizar los desequilibrios sociales que hacen impracticables los principios esenciales del orden político, económico y social. En los últimos años, especialmente en Europa, el Estado social ha establecido su personalidad a través de normas que hacen legítima su actuación sin vulnerar otros derechos.

El constitucionalismo social se caracterizó por agregar a los derechos ciudadanos los denominados derechos sociales que limitaban los derechos individuales (propiedad, ganancia, etc.), en función de las necesidades de la convivencia social. Según esta concepción, el Estado debía cumplir una función social en beneficio de los grupos más débiles y marginales. En concordancia con estos principios se promulgaron la Constitución de Querétaro de 1917, la Constitución de Weimar de 1919, y la Constitución española de 1931³.

Según Miguel Ángel Delgado, el constitucionalismo social, que no renegó ni pretendió abolir el constitucionalismo clásico, sino que sumó un nuevo plexo de derechos a los ya existentes, tiene como sus exponentes máximos a la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y a la alemana de Weimar de 1919. Posteriormente se extendió a distintas partes del mundo, impulsada por los devastadores efectos de la Gran Guerra de 1914-1918, por la crisis del treinta, hechos que sumieron en pobreza a millones de personas, y que necesitaban más que nunca del Estado para que les brinde la solución de sus problemas. Es en cuanto a su origen histórico, surgió como una necesidad de: 1. Corregir la desigualdad generada por la Revolución Industrial, acentuada por los devastadores efectos de la Primera Guerra Mundial y la crisis de 1930. 2. Promovía la existencia de un Estado activo (Estado de bienestar) que se comprometía con el bienestar de toda la población, especialmente de los más vulnerables (niños, ancianos, discapacitados) brindando prestaciones y desarrollando políticas de desarrollo humano. 3. La ideología base de este movimiento giró en torno a la solidaridad. La atención se centró en el individuo en cuanto sujeto integrante de un grupo social, y en su adecuada inserción en la sociedad. 4. Este movimiento extendió la tutela normativa de los derechos económicos sociales culturales, cuyo goce efectivo por parte de los ciudadanos requiere que el Estado tenga un rol activo, caracterizado por obligaciones de dar; y hacer. Los primeros derechos de esta índole han sido relacionados con la protección al trabajo y el sistema de seguridad social. 5. La forma de gobierno que promovió puede llamarse democracia social. 6. En lo económico se dejó de lado el *laissez faire* para dar bienvenida a un Estado con activa presencia en el campo económico, por ejemplo

3 Chanamé Orbe, Raúl: Diccionario de Derecho Constitucional (2012), Octava Edición, Lima, p.318.

el gobierno de Roosevelt (New Deal). En cuanto a los valores predominantes se aprecia la búsqueda permanente de la justicia social y la igualdad real. Veamos entonces las primeras expresiones del Constitucionalismo Social.

5. Origen del Constitucionalismo Social:

Para la fundamentación del Estado Social es pertinente rastrear las ideas que han dado origen al constitucionalismo social. Se han identificado cuatro variantes: a) La alemana, b) La francesa, c) La social cristiana y d) La mexicana.

5.1. La versión alemana

El Estado social surgió del seno de los estados liberales que habían completado con inusitada rapidez su programa económico, pero a su vez, habían limitado las libertades individuales. El fenómeno más evidente de esta paradoja es la naciente Alemania. Hegel, el pensador más relevante de esta transición, había previsto este “fin de la historia” entre la contradicción de una eficiente producción social con escasos beneficios para la mayoría de los individuos. Marx y los ‘socialistas científicos’ dieron respuesta radical a esta controversia: la revolución. La élite germana – nacionalista y anti-socialista - dio una respuesta oportuna por medio de su canciller Otto Von Bismarck (1815-1898) con el segundo Reich en 1871. Este Estado moderno cuyo germen es prusiano, había vencido a Francia liberal en 1860, asimilando lo mejor del liberalismo económico, con una gran variante su control aduanero con un alto arancel; para el interior del país: el mercado, para el exterior: proteccionismo industrial, creando y fortaleciendo su propia burguesía nacional (que incluía su vigorosa comunidad judía), calificada por su disciplina, austeridad y laboriosidad que da origen a los mejores fábricas de vidrio, químicas, armamento, textiles, fertilizantes, entre otras. Llegaron tarde al industrialismo, empero se hicieron diestros en la explotación de hulla y acero, sus siderúrgicas son las más avanzadas de Europa. Se dotaron de las mejores universidades de Europa (con filósofos, juristas, economistas), se dotan de los mejores banqueros, forjaron una competente élite administrativa. Su Estado industrial, sin desearlo, auspicia los sindicatos más fuertes de Europa continental, así es como aparece la Primera internacional (1864), posee una clase obrera instruida y con demandas de mejoras. Ante la inminencia de la revolución social, se producía un pacto constitucional para seguir creciendo económicamente, la aristocracia devenida en burguesía con los siervos transformados en obreros, cuyas orientaciones son luteranas, cristianas o de orientación socio-demócratas buscan un pacto duradero que les permita seguir creciendo a un ritmo superior a Francia o Inglaterra. En 1883 se da el Seguro contra la enfermedad, en 1884 el seguro contra accidentes de trabajo y 1889 el seguro contra la invalidez y la vejez. Se había producido una paradoja económica: había surgido el Estado social, antes de haber completado el programa del Estado liberal. Era social, sin ser constitucional.

El auge industrial, provocó el crecimiento económico y éste a su vez el aumento del salario. Esta transformación económica solo fue posible con el surgimiento de un Estado fiscal, que recaudara por igual, que establezca imposiciones tributarias, para que el Estado cumpla sus funciones liberales esenciales como son la: seguridad, educación, infraestructura y seguridad social.

En 1890, fuera ya del gobierno, Otto Von Bismarck brindó una de las pocas entrevistas al periódico inglés *The Daily Telegraph* (10-11 de junio de 1890) y así sustentó su política social:

“Se dice que fui yo quien sentó el primer ejemplo de intromisión en los asuntos laborales en Alemania y que tomé la iniciativa al introducir una especie de socialismo de Estado. Eso es totalmente incorrecto. Lo que hice fue un acto de benevolencia, no de interferencia. Defendí la creación de algún tipo de mecanismo en defensa de los trabajadores debilitados por la edad o incapacitados para el trabajo por enfermedades o accidentes. En mi opinión, si un mecánico quedaba discapacitado por una máquina o un minero mutilado en una explosión o si un hombre se venía abajo por exceso de trabajo o por una enfermedad física, había que hacer algo para salvarle de morir de hambre o incluso de encontrarse en una situación de necesidad extrema”

Lo califica como un acto de benevolencia luterana, así el Príncipe prusiano continúa y precisa los propósitos de estos beneficios sociales:

“En genuino interés de las clases trabajadoras, también me pareció deseable que la gestión y el control de los fondos recabados a tal fin como las sociedades de beneficencia de ustedes, con el objeto de promover el desarrollo de un espíritu corporativo y emprendedor entre los trabajadores. Quería emanciparles de las restricciones y el control burocrático, alimentar en ellos la pasión por la autosuficiencia, el amor hacia una valerosa independencia, inspirarle un sentimiento de seguridad frente a las peores calamidades que pueden caer sobre ellos: la enfermedad, las mutilaciones, la vejez, que vuelven aún más amargas la abyecta pobreza. Cuando le planteé mi proyecto por vez primera a Guillermo I no captó al principio todas sus implicaciones, pero cuando éstas empezaron a quedarle claras, lo adoptó con el mayor entusiasmo. Durante los últimos años de su vida fue su proyecto favorito.”⁴

En esta misma entrevista brinda su opinión sobre el parlamentarismo y el papel del Estado, encontrando al estadista que se adhiere a resolver el problema social, pero a su vez desconfía del Estado liberal:

4 Silvester, Christopher (1997) *Las grandes entrevistas de la historia (1859-1992)*, entrevista de William Beatty-Kingston, pp. 137-138.

“Un gobierno parlamentario constitucional es un régimen de un nivel muy elevado, basado en conocimientos extensos y especiales, así como en multitud de compromisos juiciosos; lo que ustedes, los ingleses, apropiada y concisamente llaman ‘toma y daca’. Ponerlo en manos de hombres ignorantes, teóricos, visionarios, entusiastas no versados en la historia y la realidad cotidiana de la política es simplemente una insensatez o, mejor dicho, una locura peligrosa. Lo único que vale con esa gente es una autoridad poderosa que, por supuesto, debe ser justa, con altas miras y, a ser posible, benevolente. Por otra parte, la autoridad sin límites y su ejercicio endurece a los funcionarios que al fin y al cabo, son sólo humanos. El exceso de burocracia es nocivo, pero tampoco es sabio imponer límites demasiado estrechos al poder y la dignidad del Estado.”⁵

La Constitución de Weimar (1919) busco ser la síntesis de este Estado Liberal en ciernes con un vigoroso Estado Social, con sus garantías individuales y garantías sociales, el totalitarismo que se impuso a partir de 1933 receso el Estado liberal, pero parte de su legitimidad la obtuvo de haber profundizado el programa social. La Ley fundamental de Alemania de 1949, por fin, reconcilió el Estado Social y el Estado Liberal de Derecho. Para Klaus Stern:

El principio de Estado Social es «la respuesta de largo alcance de una constitución estatal a los problemas de una sociedad de masas, pluralista, articulada en base a una división del trabajo técnico-industrial y respuesta que se mantiene equidistante tanto del principio del laissez-faire, laissez-aller, como de los conceptos del Estado totalitario nacionalista o socialista. No se trata del triunfo de una restauración burguesa, sino de un equilibrio razonable entre el liberalismo excesivo y el colectivismo de procedencia socialista o comunista»

5.2) La versión francesa:

A principios del siglo XX un sector de juristas franceses revisaron las tesis predominantes sobre el papel del Estado. Uno de los que antepone sus nuevas ideas es León Duguit, quién se enfrenta a Jellinek y su teoría del Estado Soberano, que subjetiviza el poder como una representación casi humana, llegando a impugnar bajo los mismos criterios la teoría francesa del Estado-Nación, pues carecen –según su crítica– de base científica, obviando la observación de la realidad, sentenciado en El Estado, el Derecho objetivo y la ley positiva (1901): “Adoptemos las teorías jurídicas a los hechos y no los hechos a las teorías jurídicas”. El Estado antes de ser ley es realidad, solo conociendo con esmero esta, se podrá producir normas acatadas más allá de la fuerza coercitiva. Advierte que sin crítica, estas teorías podrían terminar en un nuevo totalitarismo estatal. Su segundo cuestionamiento es a las teorías individualistas del constitucionalismo liberal, desarrolladas en su Tratado de

5 Silvester, Christopher (1997) *Ibid.*, pp. 136-137

Derecho Constitucional. El Estado, desde su origen, es consecuencia de la vida en comunidad, es un acto de solidaridad, la libertad solo podemos valorarla en correspondencia con los demás, el yo no puede negar al nosotros. Duguit identifica que el acelerado tránsito al industrialismo, plantea un desafío a la Constitución liberal que se muestra insuficiente para abordar la cuestión social. Duguit es un estudioso de una nueva disciplina, la Sociología, a través de Emile Durkheim (1858-1917), mediante su obra *La división del trabajo social* (1893), que le permite verificar el analfabetismo, la pobreza y la exclusión en Europa continental. Por tanto, el Derecho es duradero, no exclusivamente por la fuerza, sino básicamente por garantizar la cooperación, la inclusión y la solidaridad. El orden constitucional no debe negar lo individual, sino añadir lo social—como lo analiza Stephane Pino—, como las dos dimensiones de un mismo ser, así fundamente el surgimiento del Estado de bienestar. Hauriou planteó el Estado de Justicia; Duguit el Estado Social, ambos con sus estudios aportaron a superar las limitaciones de la III y IV República, ideando el moderno Estado Social y de Derecho, que se cristalizó con éxito en la V República Francesa⁶.

5.3) La versión socialcristiana:

El tema social estuvo planteado desde los orígenes en el pensamiento cristiano, sus textos sagrados, las parábolas y su propia organización, fundamento su existencia en la “multiplicación de los panes”, “honrarás a tus padres”, “visitarás a los enfermos” y “amarás a tu prójimo, como a ti mismo”.

En ese sentido, se señala que tanto en el Antiguo como en el Nuevo Testamento abundan en conceptos que son prédica de justicia social (...) Citaremos los ejemplos clásicos. Dice el Libro de Salmos: “Da, ¡Oh Dios!, al rey tu juicio y tu justicia al hijo del rey... Para que gobierne a tu pueblo con justicia y a tus oprimidos con juicio... Haga justicia a los oprimidos del pueblo, defienda a los hijos del menesteroso y quebrante a los opresores... Tendrá misericordia del pobre y menesteroso y defenderá la vida de los pobres...” (72: 1, 2, 4, 13). Y los evangelios: “No podéis servir a Dios y a las riquezas” (Mateo, 6: 24). ¡“Cuan difícilmente entraran en el reino de Dios los que tienen haciendas... Es más fácil a un camello pasar por el hondón de una aguja que a un rico entrar en el reino “de Dios!” (Marcos, 10: 23 y 25)⁷.

Desde San Agustín y Santo Tomás buscaron dar respuesta a estos dilemas existenciales. En el siglo XIX, la Iglesia Católica tuvo un momento de crisis a su visión de gestora de un poder espiritual mundial, cuando en 1870

6 Chanamé Orbe, R. (2016). *Estado Social de Derecho*. Jurídica, Suplemento de Análisis Legal de El Peruano, vol. 583, p.8.

7 Montenegro, Walter. *Introducción a las doctrinas políticas - económicas*. Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición, 1961, México, p.79

caen los Estados Pontificios, para ello convoco a un Concilio⁸ en una búsqueda intelectual por rearmar su discurso ante la expansión del liberalismo, el auge del socialismo, el crecimiento del industrialismo y un potente movimiento obrero, desafecto al tradicional discurso de caridad de la institucionalidad religiosa.

El Papa León XIII – después de 14 años de ser Papa- marca el inicio de la doctrina social de la Iglesia Católica con la encíclica *Rerum Novarum* (“De las cosas nuevas), publicada el 15 de mayo de 1891, planteando dos partes: 1) El cambio de modelo económico ha conlleva extendida pobreza extrema y todas sus consecuencias, 2) La exclusión social nos plantea el compromiso cristiano de asumir el reto de resolver esas inequidades.

Para Federico Prieto Celi: “Leon XIII era un aristócrata culto y humanista, se daba cuenta que además del desconcierto del proletariado, que se descristianizaba, al perder su habitat rural tradicional y perder también sus asociaciones y gremios de los oficios que había tenido siglos atrás, era propenso a encontrar en las reacciones radicales del anarquismo y del socialismo científico marxista una vía de escape a la situación gravemente injusta que sufría”⁹.

Los otrora artesanos cristianos se trasforman en los obreros del siglo XIX, la Iglesia asume la defensa de sus instituciones, hasta entonces proscritas o con mala fama, como el sindicato; implica un inédito conflicto con la patronal que representa el capital. Enaltece a los proletarios: “la naturaleza única de la sociedad es común a los de arriba y a los de abajo. Los proletarios, sin duda alguna, son por naturaleza tan ciudadanos como los ricos, es decir, partes verdaderas y vivientes que, a través de la familia, integran el cuerpo de la nación, sin añadir que en toda nación son inmensa mayoría. Por consiguiente, siendo absurdo en grado sumo atender a una parte de los ciudadanos y abandonar a la otra, se sigue los desvelos públicos han de prestar los debidos cuidados a la salvación y al bienestar de la clase proletaria; y si tal no hace, violará la justicia, que manda dar a cada uno lo que es suyo”¹⁰.

Para Luis Aparicio Valdez el mensaje busca un cambio de mentalidad de la patronal para conciliar mejor sus intereses con los trabajadores, que deben ser vistos como aliados y colaboradores y no como enemigos y subordinados:

8 “Son, según el D. canónico, asambleas de obispos y de determinadas personas investidas de jurisdicción, que, convocadas y presididas por el Papa, dictan resoluciones, que deben ser refrenadas por el Papa mismo, sobre asuntos concernientes a la fe y a la disciplina eclesiástica” Grau, Joaquín (1962) *Papas y Concilios*, 1º Ed, p.5, España.

9 Prieto, Federico. (s/f). *Las Encíclicas de la Solidaridad*. Asociación Editorial Bruño. Lima, p.8

10 León XIII. (s/f). *Rerum novarum* [archivo PDF]. Ediciones Paulinas. Recuperado de file:///C:/Users/rchaname/Downloads/208314.pdf

“Entre los deberes de los empleadores figuran: 1. No considerar a los obreros como esclavos. 2. Respetar en ellos, como es justo, la dignidad de la persona, sobre todo ennoblecida por lo que se llama el carácter cristiano. 3. Que los trabajos remunerados, si se atiende, a la naturaleza y a la filosofía cristiana, no son vergonzosos para el hombre, sino de mucha honra, en cuanto dan honesta posibilidad de ganarse la vida. 4. Tomar en cuenta las exigencias de la religión y los bienes de las almas de los proletarios. 5. Disponer que el obrero tenga un espacio de tiempo idóneo para atender a la piedad. 6. Tampoco debe imponérsele más trabajo del que puedan soportar sus fuerzas, ni de una clase que no esté conforme con su edad y su sexo. 7. Dar a cada uno lo que sea justo.”¹¹”

Posteriormente Pío XI en 1931 dio la Encíclica *Quadregesimo Anno*, en medio de la crisis económica mundial, reitera la postura social de la Iglesia contra los excesos de la acumulación sin regulaciones y controles.

A tal extremo ha sido su influencia en algunos países como Alemania, que el concepto “economía social de mercado” surgió de este pensamiento de influencia cristiana. En mayo de 1991 el Papa Juan Pablo II dio una nueva Encíclica *CENTESIMUS ANNUS*, para celebrar la encíclica *medula*, de León XIII, dónde la posición social de la Iglesia recusa el liberalismo económico extremo por su egoísmo y el socialismo estatista que liquida las libertades personalísimas estableciendo que la dignidad de hombre se engrandecía en la evolución social, cuando a su vez el trabajo proyecta dignidad (“la dignidad de trabajo”).

5.4) La versión mexicana

a) Antecedentes

México, como nación independiente, ha tenido tres Constituciones de corte federal: la de 1824 (Acta Constitutiva), la de 1857 (Constitución Liberal) y la de 1917 (Constitución Social).

Hay un hilo conductor entre la Carta de 1857¹² y el texto de 1917, Jesús Reyes Heróles estudia la figura del constituyente de Ignacio Ramírez, que destacó en el período de 1856-1867 (El Nigromante como precursor del constitucionalismo social). “El Nigromante observando el problema social en su integridad, se preocupa por

11 Aparicio Váldez, Luis. *Análisis Laboral: El pensamiento socioeconómico y jurídico de Luis Aparicio Valdez* (2011), Ed. *Análisis Laboral*, AELE, Lima, p.191.

12 Entonces, el sistema jurídico se sustentaba en la Constitución de 1857, un programa reformista de corte liberal inspirado en los derechos del hombre en que las relaciones de trabajo se regulaban por el código civil; en consecuencias, entre el trabajador y el empleador había igualdad jurídica sin considerar la desigualdad económica y la diferencia social entre ellos. Kurczyn Villalobos, Patricia: “El surgimiento del Constitucionalismo social”, Valadés, Diego y Gamas Torruco, José (coord.), *Ideas e Instituciones Constitucionales en el siglo XX*, Ed. Siglo XXI S.A., 2011, p. 315.

la instrucción popular. Postula una educación dirigida a finalidades prácticas y con un objetivo: mejorar las condiciones de vida de la población”¹³.

Ignacio Ramírez va más allá de los derechos de los trabajadores, defiende a los niños, huérfanos, la mujer, el anciano, a los desprotegidos en general: “Nada se dice de los derechos de los niños, de los huérfanos, de los hijos naturales que faltando a los deberes de la naturaleza, abandonan los autores de sus días para cubrir o disimular una debilidad. Algunos códigos antiguos duraron por siglos, porque protegían a la mujer, al niño, al anciano, a todo débil y menesteroso, y es menester que hoy tengan el mismo objeto las constituciones, para que dejen de ser simplemente el arte de ser diputado o el de conservar una cartera”¹⁴.

Ignacio Ramírez, liberal social, estaba planteando el programa auroral que cristalizaría la Constitución de 1917.

Aun así, hay antecedentes en plena guerra revolucionaria de política social, así lo testimonia Jesús Silva HERZOG en sus memorias:

“Además, había mucho positivo. El general Eulalio Gutiérrez, expidió un decreto importantísimo el 15 de septiembre de 1914. En dicho decreto se señala un salario mínimo para toda clase de trabajadores; se establece la jornada máxima de nueve horas; se suprimen las tiendas de raya; se proscriben las deudas de los peones y se dictan una serie de disposiciones tendientes a mejorar su nivel de vida. Por otro lado, se ordena en el decreto la organización del Departamento del Trabajo en el estado, con objeto de resolver los problemas de los trabajadores de las fincas rústicas, de las minas y de las industrias de transformación. Así, poco a poco, fueron dándose los primeros pasos para realizar las aspiraciones de los proletarios de las ciudades y de los campos, oprimidos y explotados secularmente.”¹⁵

b) La Constitución de Querétaro:

El general Venustiano Carranza (1859 - 1920), que dirigía el Ejército constitucionalista, en la alusión a la defensa de la Constitución liberal de 1857; tras la revolución, su primer intento fue restituirla plenamente, no obstante, la cosmovisión social había rebasado su programa de libertades individuales, dando paso a un proyecto

13 Reyes Heróles, Jesús. (1985). El liberalismo mexicano en pocas páginas. Fondo de cultura económica. México, D.F. p. 465

14 *Ibid.*, p.467

15 Silva Herzog, Jesús: “Una vida en la vida de México” (1972). Ed. Siglo Veintiuno Editores, S.A, México, p.37.

inédito con claro espíritu social. En el seno de la asamblea que se instaló en la ciudad de Querétaro –cuyo quórum era 150 miembros– surgieron dos tendencias: los liberales o moderados (que pugnaban por democracia, no reelección, Estado laico) y de otro lado, los revolucionarios o radicales (que sostenían derechos sociales: reforma agraria, educación gratuita, salud, trabajo, entre otros derechos)

Carranza convocó a sesiones al Congreso Constituyente el 1º de diciembre de 1916 en el Teatro Iturbide, de la ciudad de Querétaro, el debate concluyó el 31 de enero de 1917 y cinco días después fue promulgada el 5 de febrero –la misma fecha que se promulgó la Carta de 1857– y entró en vigencia el 1ro de mayo –como homenaje a los trabajadores–, creando un nuevo hito constitucional¹⁶.

Ha dicho bien Jorge Sayeg Helú: “En 1917 aparece por primera vez en la historia de la humanidad, en efecto, una declaración de derechos sociales. La constitución mexicana había logrado superar las limitaciones de la Declaración francesa de 128 años atrás al considerar al ser humano en su doble aspecto: individual y social”¹⁷

Sin lugar a dudas, los artículos 3, 27 y 123, representan de manera general el espíritu innovador del constitucionalismo mexicano, complementando las libertades individuales de cuño liberal con los derechos sociales, que aparecen no como negación de los primeros, sino como el complemento integral de los derechos fundamentales.

Ha sintetizado Carlos Miguel Herrera: “La Asamblea constituyente de Querétaro aprueba finalmente la inclusión de este tipo de normas, rehusando, sin embargo, a colocarlas en la parte dogmática del texto, alegando que no alcanzas a la generalidad de la nación entera. Esto no impide a los constituyentes mexicanos interpretar estos artículos programáticos dentro de la lógica de los derechos humanos, como garantías de la libertad del individuo. El fundamento se encontraba en el artículo 5 de la Constitución de 1917, presentado por los radicales como la constitucionalización de un “derecho a la vida entera”.¹⁸

c) Art.3 Educación Laica

El artículo tercero concito el debate nacional. El porfiriato representó una ilustración de élite en alianza con la Iglesia Católica, el país

16 No obstante, la Constitución no fue consensual, pues recibió la oposición original de porfirista, huertistas e incluso de Francisco Villa, que reclamaba la restitución de la Carta liberal de 1857.

17 Sayeg Helú. Jorge: “El constitucionalismo social mexicano (1910-1917). Ed. Cultura y Ciencia Política, México, 1974, p.331.

18 Herrera, Carlos Miguel “Teoría Constitucional Social”, Valadés, Diego y Gamas Torruco, José (coord.), Ideas e Instituciones Constitucionales en el siglo XX, Ed. Siglo XXI S.A, 2011, p. 258.

mayoritariamente agrario vivió la exclusión educativa de millones de campesinos.

El programa liberal buscaba crear ciudadanía por medio de la alfabetización; los revolucionarios por esos antecedentes retiraban toda administración educativa a la Iglesia Católica. El proyecto de Carranza era moderado, la redacción de los radicales, ganó por 99 votos contra 58, el texto aprobado originalmente fue así:

“La enseñanza es libre, pero será laica la que se de en los establecimientos oficiales de educación, lo mismo que la enseñanza primaria elemental y superior que se imparta en los establecimientos particulares (...) En los establecimiento oficiales se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria”

Posteriormente, José Vasconcelos fue nombrado Secretario de Educación (1921-1923), produciendo una auténtica revolución educativa con la edificación de miles de escuelas, bibliotecas y distribución gratuita de libros.

El laicismo se reforzó radicalmente con el artículo 130, el clero se negó a obedecer la Constitución de Querétaro y amenazó con la excomuniación a lo que juraran sobre la Carta Magna, un sector conservador la desató por la vía armada produciendo la reacción cristera (1926 - 1929) que finalmente fue derrotada. A partir de esta legislación, cobro impulso público la Universidad Autónoma de México –fundada en 1910 bajo el porfiriato con Justo Sierra a la cabeza-, hoy considerada una de la más avanzada de América Latina.

d) Art 27: Tierra, Agua Y Propiedad

La revolución por la vertiente zapatista fue un movimiento de reivindicación indigenista y agraria. Hicieron la revolución los campesinos pobres del sur y los parceleros del norte. La Constitución de 1857 santificaba la propiedad, la Constitución de 1917 la ponderaba a través del “interés social”.

El art. 27 encarnaba la ideología agrarista de la revolución: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originalmente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ella a los particulares, constituyendo la propiedad privada (...) La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación”.

Con estos principios se hizo la reforma agraria que modernizó el campo mexicano y convirtió a los campesinos en protagonistas del sistema político.

e) Art.123 Trabajo Y Previsión Social

El Constitucionalismo liberal no aborda el trabajo y sus consecuencias en el ámbito jurídico. La Constitución de Querétaro - antes de la Revolución Rusa (noviembre de 1917) - lo asumió con avanzadas normas constitucionales a través del contrato de trabajo que no podía desconocer. I) Ocho horas de trabajo, II) El descanso remunerado, III) Los derechos de la mujer trabajadora (protección a las embarazadas, salario íntegro, lactancia, etc.), IV) El salario mínimo y suficiente, V) Tiempo extra remunerado, VI) Sindicalización, VII) Derecho de huelga, VIII) Previsión social.

El derecho al trabajo individual y colectivo se constitucionalizó poniéndose a la vanguardia antes que en la Europa industrial, antes que la Declaración Universal de los Derechos de los Trabajadores (1918) y antes que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Marcó un hito jurídico que cada país ha sabido ponderar en base a su propio desarrollo social y constitucional.

6. A manera de síntesis

La Constitución de Querétaro (1917–2017), es un aporte inédito al constitucionalismo social, para Ricardo Guastini es un texto paradigmático que señala un nuevo programa al Constitucionalismo liberal, seguido por la Constitución de Austria (1919), la Constitución de Weimar (1920) y la Constitución española (1931).

Para Jorge Sayeg Helú: “La Constitución mexicana de 1917 significa, en este sentido, la superación de liberalismo individualista y abstencionista – con todos los males inherentes a dicho sistema- ; pues sin abandonar el régimen de libertad que éste supone, lo troca en un liberalismo social y proteccionista. Este socio-liberalismo ha venido imponiéndose, y se nos antoja, por hoy, como la solución más idónea al problema central del hombre: la búsqueda de sus felicidad.¹⁹”

En nuestro país, gracias a la iniciativa de Mariano H. Cornejo, lo asumió sin reservas de manera nominal la Constitución de 1920, la continuó la Carta de 1933, la Constitución de 1979 la amplía y el texto constitucional vigente de 1993 lo reafirma a través de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

- I) El Estado peruano, definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, y en

19 *Ibíd.*, p.396

cuya configuración adquieren relieve dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos, y la identificación del Estado con los fines de su contenido social (EXP. N.º 008-2003-AI/TC FUND. JUR.12).

- II) Existe, pues, en el Estado social y democrático de derecho una estructura sustentada en la consecución de objetivos antes que en una reserva de actuaciones (EXP. N.º 1956-2004-AA/TC FJ 5)
- III) Por su parte, la denominada República Social no es otra cosa que una forma de gobierno que, además de sustentarse en el poder soberano del pueblo, apunta hacia el bienestar social como objetivo de toda decisión. De allí que la existencia del Estado social, bien que implícita, resulta inobjetable en sus alcances, siendo necesario un referente para toda decisión en la que sus componentes o elementos puedan encontrarse en entredicho. (EXP. N.º 1956-2004-AA/TC FJ 6)
- IV) Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que la labor que queda reservada al Estado responde, antes que a una teoría jurídico-social de los derechos fundamentales, a una teoría institucional de los mismos. En efecto, la clásica polémica planteada entre los férreos postulados del Estado liberal y el Estado social hoy debe concebirse como superada. Ninguna de las dos posturas, consideradas por separado, permite una cabal comprensión y protección de los derechos fundamentales. De un lado, la rígida concepción individualista del hombre frente al Estado, en donde todos los factores de ligazón entre estas dos entidades aparecían como peligrosos, pues podían significar inaceptables incidencias en la esfera subjetiva de los individuos, no es más una filosofía que maximice el rol de los derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno. (EXP.0011-2012-TC FJ 12)
- V) Ahora bien, denominase comúnmente derechos sociales a las facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas con relación a otros por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana. (EXP. N.º 2016-2004-AA/TC FJ 9)

No obstante, hoy el concepto de Estado se encuentra sometido a crítica por diversas razones, expresando, así mismo, la revisión que vive en el siglo XXI el concepto de constitucionalismo social, en medio de la crisis del industrialismo, la globalización y la acelerada informatización de la sociedad. Por ello concluimos este ensayo con una reflexión pertinente: “El Estado social, símbolo optimista de la reconciliación histórica del Estado y la sociedad, se convierte en provisor

de esos bienes, aportador y distribuidor de una riqueza que, a medida de que las necesidades desatadas por el progreso aumentan, se hace más escasa, hasta llegar al momento como el que hoy alarma a muchos países, en que, agobiado por la sobrecarga de sus pretensiones sociales y de su aparato administrativo, el que acaba siendo menesteroso e insuficiente es el mismo Estado”²⁰.

7. Bibliografía:

APARICIO VÁLDEZ, LUIS. Análisis Laboral: El pensamiento socioeconómico y jurídico de Luis Aparicio Valdez, Ed. Análisis Laboral, AELE, Lima, 2011.

BÓRQUEZ, DJED. Crónica del Constituyente. Ed. Botas, México, 1973.

BURGOA, IGNACIO. Derecho Constitucional mexicano, Ed. Porrúa, S. A., México, 1973.

CABALLERO, GLORIA. El Realismo en el Constituyente de 1917, en Pensamiento Político, Número 3, Vol. I, julio 1969.

CARPIZO JORGE. La Constitución Mexicana de 1917. U.N.A.M. Coordinación de Humanidades, Dirección General de Publicaciones, México, 1973

CASTAÑÓN, JESÚS, en colaboración con ALBERTO MORALES JIMÉNEZ. 50 Discursos doctrinales en el Congreso Constituyente de la Revolución Mexicana 1916-1917, Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1967.

CHANAMÉ ORBE, R. Estado Social de Derecho. Jurídica, Suplemento de Análisis Legal de El Peruano, vol. 583, 2016.

CHANAMÉ ORBE, RAÚL: Diccionario de Derecho Constitucional (2012), Octava Edición, Lima.

DE LA HIDALGA, LUIS. Ideología Jurídica de la Revolución en Pensamiento Político, número 43, noviembre 1972.

DE LOJENDIO, IGNACIO MARÍA, “Estado social y sus cargas”, en Carpizo, Jorge (coord.), Las experiencias de proceso político constitucional en México y España, México, UNAM, 1979.

Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917.

FERRER MENDIOLEA, GABRIEL. Historia del Congreso Constituyente de 1916-1917. Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. México, 1957.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. Tres textos precursores en el constitucionalismo social. Boletín Mexicano de Derecho Comparado; mayo-diciembre de 1968.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. Lo Social en los sistemas jurídicos constitucional e internacional contemporáneos. Boletín Mexicano de Derecho Comparado; enero-abril de 1968.

GONZÁLEZ DÍAZ LOMRADO, FRANCISCO. El derecho social y la seguridad social integral, U.N.A.M., 1973.

20 De Lojendio, Ignacio María, “Estado social y sus cargas”, en Carpizo, Jorge (coord.), Las experiencias de proceso político constitucional en México y España, México, UNAM, 1979. p.138

- GRAU, JOAQUÍN.** *Papas y Concilios*, Primera Edición, España, 1962.
- KURCZYN VILLALOBOS, PATRICIA:** “El surgimiento del Constitucionalismo social”, Valadés, Diego y Gamas Torruco, José (coord.), *Ideas e Instituciones Constitucionales en el siglo XX*, Ed. Siglo XXI S.A, 2011
- HERRERA, CARLOS MIGUEL** “Teoría Constitucional Social”, Valadés, Diego y Gamas Torruco, José (coord.), *Ideas e Instituciones Constitucionales en el siglo XX*, Ed. Siglo XXI S.A, 2011
- LEÓN XIII.** (s/f). *Rerum novarum* [archivo PDF]. Ediciones Paulinas. Recuperado de file:///C:/Users/rchaname/Downloads/208314.pdf
- MOLINA ENRIQUEZ, ANDRÉS.** Los artículos 27 123 de la Constitución, en *Lecturas Históricas Mexicanas*, T. III.
- MONTENEGRO, WALTER.** *Introducción a las doctrinas políticas - económicas*. Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición, México, 1961.
- MORALEZ JIMÉNEZ, ALBERTO**, en colaboración con Jesús Castañón, *50 Discursos doctrinales en el Congreso Constituyente de la Revolución Mexicana 1916-1917*, Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1967.
- MORENO, DANIEL.** *Raíces Ideológicas de la Constitución de 1917*. Colección Metropolitana, México, 1973.
- PRIETO, FEDERICO.** (s/f). *Las Encíclicas de la Solidaridad*. Asociación Editorial Bruño. Lima
- RAMÍREZ Y REMÍREZ, ENRIQUE.** *La Constitución de 1917 y el cambio social. Por el Camino de un México Nuevo*, Cámara de Diputados, México, 1967.
- REYES HEROLES, Jesús.** *El liberalismo mexicano en pocas páginas*. Fondo de cultura económica. México, D.F, 1985
- ROMERO FLORES, JESÚS.** *Recuerdo del Congreso Constituyente de Querétaro. Por el camino de un México Nuevo*, Cámara de Diputados, México, 1967.
- RUAIX, PASTOR.** *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*; Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana; México, 1959.
- SAYEG HELÚ. JORGE:** “El constitucionalismo social mexicano (1910-1917)”. Ed. Cultura y Ciencia Política, México, 1974.
- SILVA HERZOG, JESÚS:** “Una vida en la vida de México” Ed. Siglo Veintiuno Editores, S.A, México, 1972.
- SILVESTER, CHRISTOPHER.** *Las grandes entrevistas de la historia (1859-1992)*, entrevista de William Beatty-Kingston, 1997.
- TENA RAMÍREZ, FELIPE.** *Derecho Constitucional Mexicano*, México, 1944.
- TRUEBA URBINA, ALBERTO.** *La Primera Constitución Político-Social del Mundo*, Ed. Porrúa; México, 1971.

CUESTIONES SOBRE LA TENTATIVA

En especial referencia a los Códigos penales de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú

Carlos Parma¹

SUMARIO

1. **CONSIDERACIONES PRELIMINARES.**
 - 1.1. El iter criminis o camino del delito.-
- 2.- **CONCEPTO DE TENTATIVA. Elementos. Idoneidad.-**
 - 2.1. Fundamento de la punición en la tentativa.-
 - 2.2. Teorías sobre el Fundamento de la Punición en la Tentativa.-
 - 2.2.1. Teoría del peligro.-
 - 2.2.2. El quebrantamiento de la vigencia de la norma.-
 - 2.2.3 La lesividad penalmente relevante.-
3. **DISTINCIÓN ENTRE FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA Y PRESUPUESTO DE SANCIÓN.-**
4. **COMIENZO DE EJECUCION: ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS**
 - 4.1.0. Subjetiva – objetiva
 - 4.1. Posiciones negativas.-
 - 4.2. Teoría de la univocidad de Carrara.-
 - 4.3. Teoría formal objetiva.-
 - 4.4. Teoría material objetiva.-
 - 4.5. Teoría del plan concreto del autor.-
5. **ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA TENTATIVA.-**
6. **EL FIN DEL AUTOR.-**
 - 6.1. El Dolo.

1 Dr. Dr. HC. Mult.Mgter. Prof. Titular de derecho penal. Argentina.

1. Consideraciones preliminares

1.1. El iter criminis o camino del delito.-

El iter criminis es el derrotero que recorre el delito desde la idea del autor, hasta que culmina plenamente objetivado en el mundo exterior. Así entre esta idea y la obra concluida existen estadios intermedios.

La idea entonces, es que la acción criminal dolosa tiene un curso o desarrollo, es decir un movimiento, que comienza con los actos preparatorios -impunes- luego transita por la tentativa -punible- y, por último, culmina con el delito consumado, desde luego también punible. El todo está precedido por la ideación del delito, acto interno de conciencia, no susceptible de comprobación y también impune, conceptualizado por Ulpiano a través de su aforismo: "*Cogitationis poenam nemo patitur*"², es decir: **nadie sufre pena por su pensamiento.**

Entre la fase interna y externa Jiménez de Asúa pensaba que hay dos estadios intermedios que son: la resolución manifestada y el delito putativo. Zaffaroni se encarga en decir que es un "delito incompleto"³.

Dicho de manera simple la resolución manifestada no existe en la fase externa, no se trata de actos materiales, más de de acción, es de resolución (proposición, conspiración, provocación). En el delito putativo hay una exteriorización del propósito de delinquir, pero el delito sólo lo es en la mente del autor⁴.

Conforme esta premisa, hay en la legislación actos impunes, de carácter irrelevante, a los que la doctrina penal viene a llamarlos "actos preparatorios" y, consecuentemente, existen otros actos que siendo más que un mero pensamiento y menos que una obra consumada, tienen la entidad suficiente para alcanzar cierto grado de desarrollo criminal, poniendo de manifiesto que el autor va a ejecutar una obra prohibida por la ley. Ideación y actos externos de ejecución, son dos caras de la misma moneda que llamamos tentativa⁵.

"El hecho punible doloso recorre un camino más o menos largo (llamado iter criminis) que va desde que surge la decisión de cometerlo hasta la consecución de las metas últimas pretendidas con su comisión, pasando por su ideación, deliberación, preparación, comienzo de la ejecución, conclusión de la acción ejecutiva y producción del resultado típico⁶.

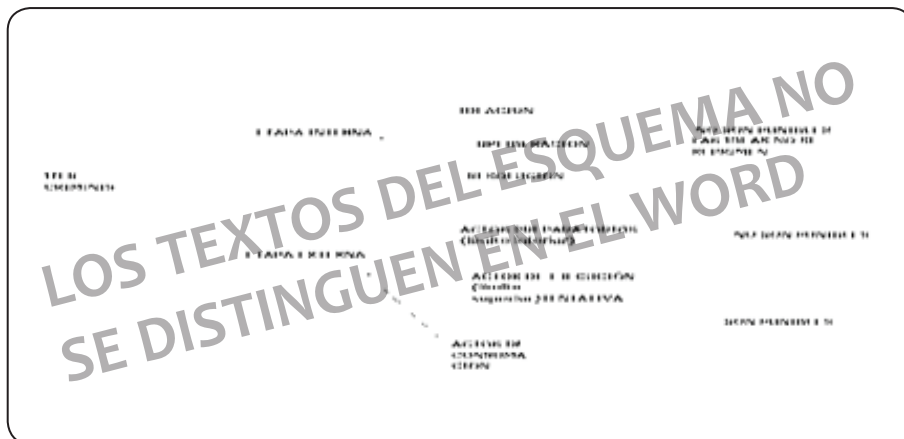
2 Digesto, Lib. 48, Tit. 19, Ley 18

3 Zaffaroni, Raúl; "Teoría del delito", Editorial Ediar, Buenos Aires, 1973, ps. 672.

4 Harb, Benjamín; "Derecho Penal. Tomo I, Parte General", Librería Editorial "Juventud", La Paz, Bolivia, 1998, ps. 380.

5 Parma, Carlos; "Cuestiones Sobre Tentativa, Jurisprudencia comentada de nuestras Cámaras del Crimen", Revista del Foro de Cuyo, To. 18/19, Ed. Dike, Mendoza, Argentina, 1995, ps. 7/13.

6 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes; Derecho Penal, Parte General; Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, ps. 367.



A los efectos de reproche interesa el instante donde la conducta réproba se corporiza en un obrar que se individualiza en el exterior y de esta manera compromete la vigencia de bienes jurídicos que han sido protegidos por el derecho⁷.

2. Concepto de tentativa. Elementos. Idoneidad.-

La tentativa podría ser descrita así: “... El que con el fin de cometer un delito determinado comienza la ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...” (Art. 42 del C.P. Argentino).

En el derecho argentino se formula sobre la base de tres requisitos: a) elemento intencional; b) comienzo de ejecución y c) no consumación involuntaria (Soler, Núñez)⁸.

El nuevo código penal del ecuador, denominado CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL (COIP)⁹ dice en su artículo 39 lo siguiente: “Tentativa.- Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito. En este caso, la persona responderá por

7 Parma, Carlos; “Código Penal de la Nación Argentina”, Comentado, Tomo 1; Editorial Mediterráneo, Córdoba, 2005, ps. 187.

8 De la Rúa, Jorge; “Código penal argentino”, Parte general. 2da. Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 742.

9 El Código antiguo Art. 16 del Código Penal Ecuatoriano decía: “Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica. Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa. Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio a la mitad...”

tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado...”García Falconi entiende que esta descripción propuesta por el COIP se acerca más a un concepto objetivizado de la voluntad que a la concepción subjetiva clásica¹⁰.

La redacción presenta aciertos y desencuentros. Es categóricamente cierto que en la tentativa deben existir “actos de ejecución” de allí que decir que “es la ejecución que no logra consumarse” es pronunciarse correctamente toda vez que la consumación –como el acto preparatorio- está afuera de la tentativa dentro del derrotero del iter criminis.

Distinta es la aclaración innecesaria que se formula a través de la partícula “o” al decir “o cuyo resultado no llega a verificarse...”. Esta vaga apreciación: “verificarse”, pertenece al universo del derecho procesal penal... al mundo de la prueba. La situación fáctica comprobable juega aquí un rol inesperado en la técnica legislativa pues todo aquello que no se pueda verificar tampoco debería ser delito. Es decir que todo instituto dogmático debería recurrir a esa especie de fórmula lo que de suyo sería en sí mismo un despropósito.

Véase que la norma parece estar invertida en su redacción pues continúa diciendo: ”a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes”. Podría haber descripto el delito diciendo “el que dolosamente inicia la ejecución...”. Lo llamativo es como va sugiriendo que el dolo se refiere al tipo penal (finalismo) o que los actos sean idóneos (teoría de la idoneidad del acto) e “inequívocos” (de sesgo carrariano). Una mixtura de sofisticada técnica y difícil interpretación.

Zambrano Pasquel comentando el COIP dirá: “la acción dolosa es punible no solamente cuando sedan los elementos que comportan el tipo objetivo y subjetivo... sino que aun faltando algún elemento requerido por el tipo objetivo es punible el acto que calificamos como tentativa”... Agrega el profesor guayaquileño que la tentativa debe ser estudiada como dispositivo que completa el tipo penal o tipos penales contemplados en la parte especial del código penal¹¹.

Visto de cualquier manera la tentativa es “la ejecución incompleta del hecho típico en la ley penal”¹².

En sentido amplio existe tentativa cuando se da principio a la ejecución de un delito y la acción no se realiza o el resultado no se verifica por causas independientes a la voluntad del hecho¹³.

10 García Falconi, Ramiro; “Código orgánico integral penal comentado”, ARA Editores, Lima, 2014, p. 376.

11 Zambrano Pasquel, Alfonso, “Estudio introductorio al código orgánico integral penal. Referido al libro primero. Parte general”, Tomo I, Corporación de estudios y publicaciones CEP, Quito, 2014, ps. 143, 151.

12 Velásquez V., Fernando; “Derecho Penal, Parte General”, Editorial Comlibros, Bogotá, 2009, ps.951.

13 Labatut Glenda, Gustavo; “Derecho penal”, tomo I, 9na. Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995, ps. 181.

Algunos códigos penales intentan expresar el concepto mismo de la tentativa. A guisa de ejemplo el **artículo 8 del Código Penal de Bolivia** dice textualmente: **“El que mediante actos idóneos o inequívocos comenzare la ejecución del delito y no lo consumare por causas ajenas a su voluntad...”**. Véase que en la misma dirección están los artículos 16 y siguientes del CP español donde fluye el concepto de tentativa penal. Hace lo propio los §§ 22 y ss. del CP alemán.

En similar redacción del Código Ecuatoriano el obrar inequívoco sugiere una actitud definida y claramente marcada por el dolo.

El artículo **16 del Código Penal Peruano** por su parte, indica que una conducta podrá ser castigada penalmente a título de tentativa si el agente **ha tenido la decisión de cometer un delito y ha comenzado la ejecución del hecho sin consumarlo**¹⁴.

Tener la decisión debe ser interpretado dogmáticamente como conocer claramente que se está realizando el tipo penal, es decir obrar con dolo direccionadamente en pos de un delito concreto.

Esta forma la tentativa no sería más que la interrupción del proceso de ejecución tendiente a la consumación, por lo que puede ser admitida en los delitos dolosos de comisión u omisión más no en los delitos imprudentes. A todas luces se observa una sencillez normativa clara: “el agentcomienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo”, aunque no nos dice los porqué de esa no consumación, al menos si éste “desistir” fue voluntario o por una causa ajena a su voluntad.

El Art. **27 del Código Penal Colombiano** dice: **TENTATIVA. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad**, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo.

Véase que en el derecho colombiano esta norma corrige (conducta punible) el anterior texto de 1980 que imponía la tentativa a las contravenciones.

Cuando se piensa la tentativa debemos prontamente ubicarnos que se trata de un instituto de la dogmática jurídico penal que, en el marco de la temporalidad de ejecución del delito, tiene el nivel más bajo de imputación penal.

14 REVILLA LLAZA, Código penal comentado, I, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, ps. 530. Dice que los requisitos del artículo 16 del Código penal peruano son tres, a saber: decisión de cometer el delito, inicio de la ejecución y no consumación del delito.

Como la parte especial de los Códigos del siglo XX estructuraron la parte especial para los “delitos completos”, que en forma simple sería “consumado”, se apeló a la parte especial para desde allí imponer la tentativa al un delito determinado sin dejar de punir dada no sólo la actitud negativa del agente (disvalor de la acción) sino también su proximidad al daño concreto del bien jurídico protegido (peligrosidad).

La tentativa se trata entonces de un “punto de partida” idóneo desde donde el sistema punitivo comienza a reprochar la conducta delictiva, porque la intención criminosa se corporiza en acciones individualizables en su exterioridad, afectando bienes jurídicos que han sido objeto de protección legal.

Antes de ello, es decir, en las etapas del iter criminis que se mantienen en la interioridad del sujeto, el principio de reserva del art. 19 de la C.N. Argentina (Art. 76.3 Constitución del Ecuador, 2008, entre otras constituciones latinoamericanas) sostiene la no punibilidad, sabia e inveterada herencia del llamado ‘derecho penal liberal’ del iluminismo.

Es en esta etapa externa del iter criminis, donde para caracterizar la tentativa se requiere una actividad que supere la preparación del delito, es decir, alcanzar lo que se conoce como etapa de ejecución. Allí la tentativa surge “*con la intención de cometer un crimen, ejecutándose actos exteriores que tienen por objeto la consumación de ese crimen*”¹⁵.

En todo momento doctrina, jurisprudencia y legislación deambulan en un tránsito común: **la idoneidad del acto**. De hecho esto constituye la columna vertebral en tanto se sabe que sin vulneración al bien jurídico protegido o puesta en peligro de éste se hace imposible penar.

Si la tentativa es el comienzo de la ejecución de un delito determinado, que se detiene en un momento anterior a su plena consumación, precisamente por causas ajenas a la voluntad del autor, este comienzo debe ser IDONEO.

Si el derrotero fuera inidóneo, por ejemplo una persona que quiera envenenar a otra dándole cianuro y le pone en la taza de café azúcar, el medio que utiliza ab initio no podría jamás vulnerar el bien jurídico vida, a no ser que se trate de un diabético grave y el planteo sería dogmáticamente complejo.

Por esto se afirma que “La tentativa de delito es una acción objetiva y subjetivamente típica del respectivo delito, aunque a la vez diferente, en función de un dispositivo amplificador de la tipicidad que permite captar la acción en su dinámica desde el comienzo de su ejecución y hasta que se completa la tipicidad

15 Parma, Carlos; “Código Penal Argentino. Comentado”, Tomo I, Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2005, pg. 187.

de delito (consumación)”, dice Zaffaroni¹⁶. Esta idea de dispositivo amplificadorio del tipo se encuentra en el pensamiento clásico de autores latinoamericanos¹⁷

Se ha generado en doctrina una dicotomía inconciliable: aquellos que entienden que es un delito incompleto, dándose entonces una conducta típica que se detiene en la etapa ejecutiva o no produce resultado y los que avizoran un tipo independiente en la tentativa (similar al encubrimiento del art. 277 del C.P.A.), que no guarda relación alguna con el tipo penal impuesto en la parte especial del Código.

En el Código Penal Boliviano el artículo 197 pena directamente –a modo de excepción- los actos preparatorios, atentado que son “actos útiles para falsificar”.

En el Código Penal Argentino la tenencia de aparatos para falsificar dinero previsto en el artículo 299 del Código Penal que no es falsificación o comienzo de ejecución de la falsificación, es un hecho típico castigado en forma autónoma. Ocurre también que ciertos delitos deban tener la anticipación penal necesaria como es el delito de conspiración para la traición (art. 216 del CPA) donde se pone en juego la República, sus instituciones y la democracia misma.

De allí que sean dos normas diversas, que aun cuando protegen el mismo bien, tratan de garantizarlo en acto y en potencia¹⁸. A modo de corolario, podríamos inferir que **“la tentativa no es un delito distinto e independiente del pertinente delito consumado, sino una ampliación de la imputación delictiva perfecta que este delito representa”**¹⁹. Esta posición tiene mayor relevancia en el universo jurídico.

Si reconocemos que el tipo de dolo exigible para la tentativa debe ser directo, el componente subjetivo entonces comprende no sólo obtener el resultado que se quiere sino también utilizar los medios adecuados para tal fin. Aquí está la esencia de la IDONEIDAD –detallada expresamente en los Códigos de Bolivia y Ecuador-.

De la Rúa y Tarditti enseñan que “la exigencia objetiva es ya una noción restringida, en la que el peligro concreto (actos idóneos para diferenciar el delito imposible) es un componente (no exclusivo) de un *factum normatizado*, pues presupone, limitativamente, que los actos peligrosos relevantes son sólo los

16 Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar A.: “Derecho Penal, Parte General”, 2° edición, Ediar, Bs. As., 2002.

17 Reyes Echandía; Alfonso; “Derecho Penal”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, ps. 169.

18 “La tentativa”; Scarano, Luigi, pág. 292, Ed. Temis, Bogotá, año 1960. Depalma Distribuidor. Agrega el autor: “en la noción de tentativa se encuentra implícito el requisito del fin, que no es posible hallar en el momento de la consumación ni siquiera de la dolosa, dado que una cosa es el dolo y otra el fin... mientras que en el delito consumado se presenta la antijuridicidad cuando se verifica la lesión a un bien protegido, en la tentativa, por el contrario, se alcanza la punibilidad del acto cuando se verifica la idoneidad de éste para causar daño o peligro al bien jurídicamente protegido...”

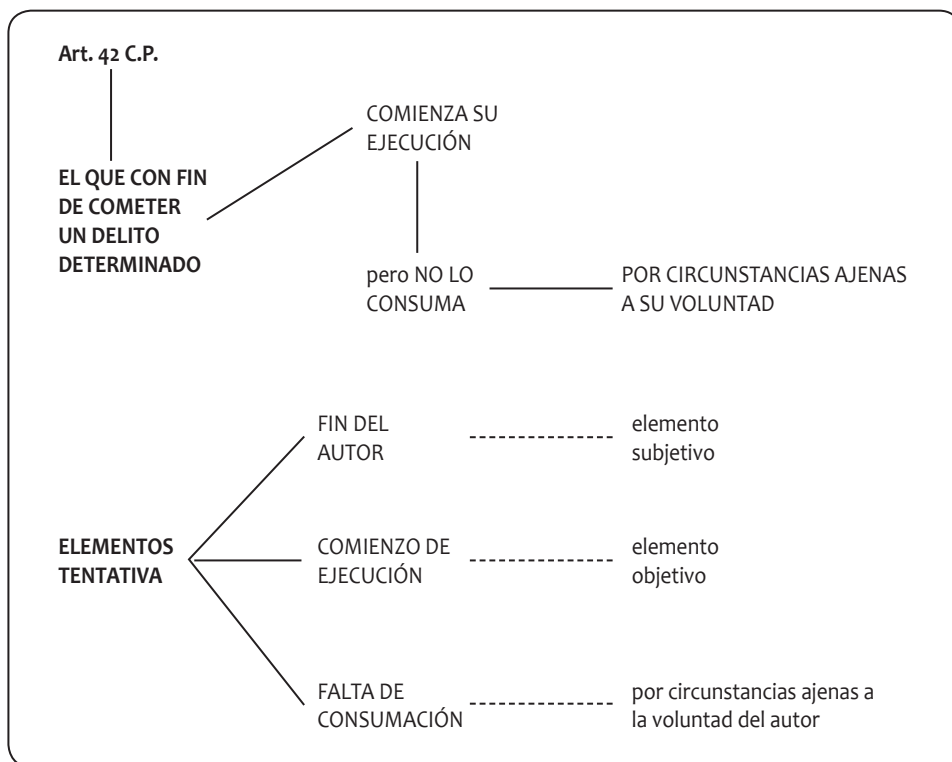
19 Núñez, Ricardo, “Manual de Derecho Penal”, Parte General; Ed. Ediar, Buenos Aires, 1975, p. 258. También en “Derecho Penal, Parte General”, Creus, Carlos, pág. 432, Ed. Astrea, año 1994.

ejecutivos, con lo cual el concepto de peligro es insuficiente para conceptualizar al acto ejecutivo”²⁰. Es de aclarar que la idea de idoneidad en los Códigos Ecuatoriano y Boliviano es un elemento del tipo.

Debe recordarse que la teoría objetiva es compatible con la idea de idoneidad toda vez que ésta teoría no permite la tentativa inidónea. Por el contrario la teoría subjetiva admite la inidoneidad porque focaliza la punibilidad en la voluntad hostil al derecho.

Nelson Pessoa insiste en que lo que hay que determinar es “*el acto productor de la finalidad*”, porque esta noción nos permitirá trazar con seguridad el límite entre lo punible (tentativa) y lo impune (acto preparatorio)²¹.

Si se da principio inmediato a la realización del tipo, conforme su propia representación del hecho, debe hacerse en forma idónea. Esta impresión del sujeto debe ser capaz de remecer el derecho, de transgredirlo²².



20 De la Rúa, Jorge – Tarditti, Aída, “Derecho penal. Parte general.”, Tomo 2, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 271.

21 Pessoa, Nelson; “La tentativa”, Editorial Hammurabi; Buenos Aires, 1998, ps. 26.

22 Parma, Carlos, “La tentativa”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1996, p. 66.

Ya se mencionó que la legislación penal ecuatoriana exige para la tentativa que existan **actos idóneos**, es decir, un acto o actos capaces de producir el resultado deseado y querido por el agente activo. También que los actos sean **inequívocos**.

Cuando los actos no son capaces de producir un resultado, entonces por inidóneos, son incapaces de configurar la tentativa y por lo tanto no son de importancia para el Derecho. El legislador *no hace diferencia entre delito frustrado y tentativa. En este solo artículo –hoy derogado– (art. 16 C.P.E.), están involucradas las dos situaciones. Sin embargo, podría decirse que alude el Legislador, a una y otra, por haber usado la conjunción disyuntiva “O” entre las frases “si la acción no se consume” y “el acontecimiento no se verifica”. Al parecer es una redundancia, pero la acción no se consuma, pese a haberse hecho todo de parte del actor, estaríamos frente a un delito frustrado”*

Fácil resulta destacar que los elementos de la tentativa extraídos del art. 16 del Código Penal Ecuatoriano hoy devenido en el art. 39 del COIP, se conforman por: a) la práctica de actos idóneos, b) la intención inequívoca de cometer un delito y, c) el incumplimiento del evento querido por causas extrañas a la voluntad del agente,

Podemos afirmar que **actos idóneos** son aquellos capaces de producir un resultado lesivo de un determinado bien jurídico. La idoneidad de los actos puestos en práctica debe examinarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias del medio empleado, e incluso a la situación del sujeto pasivo como activo.

Zambrano Pasquel aclara que en el actual Código Penal no es admisible la tentativa de las contravenciones y es inadmisibles en los delitos culposos inclinándose por la admisión sólo del dolo directo atento la expresión “actos inequívocos”²³. ZAMBRANO PASQUEL (Derecho Penal, Parte General, 3ra. Edición, 2006, pág. 165 y ss) también recuerda que en el Código Penal Ecuatoriano determinadas resoluciones manifestadas son constitutivas de delito en sí mismo por el peligro que comportan ciertas resoluciones, tales como la proposición, la conspiración, la amenaza y la instigación, así como la apología del delito.

La cuestión también presenta aristas complejas en los casos de ABORTO²⁴.

23 Zambrano Pasquel, Alfonso; “Derecho Penal”. Parte General”, 3ra. Edición, ARA Editores, Lima, 2006, ps. 171 y 172.

24 El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, en su obra intitulada “Delitos contras las personas”, Tomo IV, Edino, Quito, 1999, al respecto de la TENTATIVA en el caso del aborto, nos dice: “...el tipo básico del aborto admite la tentativa por mandato expreso de la ley penal contemplado en el segundo inciso del art. 441, esto es, que las acciones tendientes a provocar el aborto de una mujer embarazada, que no ha consentido en su aborto, por cualquiera de los medios previstos legalmente, que no logran matar al feto, son sancionadas como tentativa...”.

Ahora bien, existe discrepancia en la doctrina interna respecto de si se admite la tentativa en los demás tipos de aborto determinados en la ley penal. Los que están en contra de esta interpretación “extensiva”, respaldan su criterio en el hecho de que si el legislador hubiera querido sancionar la tentativa en los demás tipos de aborto, lo

Se impone un imperativo moral aludir a la opinión del distinguido maestro guayaquileño ZAVALA BAQUERIZO²⁵. Este discrepa de Beling en cuanto a que el alemán consideraba a la tentativa un tipo penal subordinado al tipo penal autónomo.

El maestro ecuatoriano considera que: “... la tentativa, pues, es una realidad que vive en el mundo de los fenómenos, por lo cual ha sido aprehendida por la ley penal (...) Pensamos que no es que el tipo penal de la tentativa se encuentra referido al tipo penal autónomo, y que sin esta referencia no asume vida jurídica el acto típico de la tentativa. La tentativa es un tipo autónomo por cuanto tiene características propias que no se encuentran en el tipo de delito consumado. Así, “comenzar a matar” no es, no puede ser lo mismo que “matar”. El tipo penal de la tentativa de homicidio dice:

“El acto de comenzar a matar con intención, sin ninguna de las circunstancias expresadas en el artículo 450, es tentativa de homicidio simple, y será reprimido con una pena de uno a dos tercios de la prevista en el art. 449 para el homicidio simple.” Como se observa, ni en razón de la descripción del acto antijurídico, ni en razón de la pena, el tipo de tentativa queda subordinado al tipo de delito consumado.

En el primero, la conducta que se describe es aquella conformada por actos idóneos que demuestran la voluntad de delinquir, la voluntad de acción, el querer el resultado típico que no llega a consumarse. En el tipo de tentativa existe, como elementos constitutivo el de “comenzar a... matar, falsificar, etc...”, que son actos diferentes a los de “matar, falsificar, etc.”

Continúa el insigne profesor diciendo: “... la confusión de considerar la tentativa como tipo subordinado emana del hecho de no haber reparado que la Ley no ha deseado hacer un tipo sui géneris, particular, para cada caso de tentativa, sino que ha redactado un tipo único que lo ha incluido en la Parte General del Código Penal.

Toda persona que practique un acto idóneo dirigido a la realización de un delito de homicidio, hurto, violación, destrucción de muebles, etc. que no se consuma, adecua su acto al tipo penal de tentativa de homicidio, hurto, violación, destrucción de muebles, etc. Comprende el tipo penal de tentativa, una parte objetiva (la manifestación de voluntad y el comenzar a actuar), y una parte subjetiva (el dolo, es decir, el querer un resultado típico) (...)

hubiera expresado como en el caso del art. 441 inciso segundo. Al respecto, ZAVALA BAQUERIZO nos dice: “... Partiendo de la base de que el aborto es un delito doloso, esto es, que la voluntad del autor está dirigida a destruir al feto y que, además, es un delito de los llamados materiales, nosotros pensamos que la tentativa es posible, salvo en dos hipótesis que rechazan, por su propia naturaleza, la tentativa. Estas hipótesis son las previstas en el artículo 442 (aborto preterintencional), y en el artículo 445 (aborto seguido de muerte de la mujer), pues en el primer caso, la conducta del autor no estuvo dirigida a causar el aborto sino a violentar a la mujer y, por ende, no cabe hablar de tentativa de aborto; y en el segundo caso, porque por tratarse de un delito complejo, si es que las maniobras abortivas no logran la destrucción del feto, pero causan la muerte de la madre, carece de importancia jurídica el hecho de que no se hubiera consumado el aborto, ya que el resultado muerte comprende toda la conducta como delito consumado...”

25 ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Delitos contra la Fe Pública. Tomo I, Edino, Guayaquil, 1993, págs. 275 y ss.

La tentativa, pues, es un tipo con defecto de congruencia, pues el tipo subjetivo supera al tipo objetivo. Mientras la voluntad va dirigida a la consumación de un resultado típico, este resultado no se consuma, se detiene en una etapa anterior a la consumación. No existe, pues, congruencia entre las dos partes del tipo. El elemento fundamental de la tentativa es la finalidad...”

2.1. Fundamento de la punición en la tentativa.-

Clásicamente se insiste que quien está intentando cometer un delito pone en peligro un bien jurídico protegido. Tal consigna no termina de satisfacer a la doctrina por lo que se ha generado un número importante de opiniones al respecto.

Se ha intentado con distintas máximas conceptualizar este fundamento de punición en la tentativa refiriéndose a: el “*peligro corrido*” por el bien a proteger; la “*voluntad contraria al derecho*”; la “*peligrosidad del autor*”; “*alarma social*”; “*puesta en peligro abstracto*”; “*voluntad hostil al derecho*”; etc. Obviamente según la tesis a la cual se adhiera el pensamiento, se estará a tal o cual postulado, aunque de buen cuño doctrinario es creer, que la tentativa pone en peligro de daño o en peligro de peligro (efectivo o abstracto) los bienes jurídicos que el derecho en su totalidad protege, y de allí que deba atribuírsele una extensión de la imputación delictiva, obviamente degradada por el menor cargo de criminalidad que resulta de la no consumación.

Según Alcácer Guirao la tentativa es punible porque desautoriza la vigencia de la norma; es decir, porque quebranta la expectativa de seguridad del ciudadano en cuanto a la indemnidad de sus bienes jurídicos. Es de advertir que algo similar piensa Jakobs teniendo en cuenta que para él culpabilidad es prevención general positiva. De esta manera entonces quien tiente un delito es infiel al mandato normativo.

La teoría clásica u objetiva, tomaba como punto de partida el lesionar o poner en peligro un bien jurídico digno de protección. Obviamente si no hay riesgo alguno, no deviene el castigo. La teoría subjetiva indica que lo castigado es la conducta en sí misma, en tanto es una rebelión contra el orden normativo: es la voluntad contraria a derecho lo que se pena (Von Bury).

La teoría ecléctica asienta la punición en la voluntad antisocial del hechor. A su rebeldía, se suma, la conmoción al ordenamiento jurídico, lo que de suyo genera inseguridad jurídica (Welzel, Jescheck). Lo que buscan estas últimas teorías es disfrazar de pretendida tutela a bienes jurídicos “*meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva*”²⁶.

26 Zaffaroni, Op. cit. Pág.

Diferente es la posición aportada por Marcelo Sancinetti, quien plantea la plena punibilidad para la tentativa acabada, ya que elimina el “dato naturalístico” de la consumación.

Debemos aceptar que no existe el delito independiente de “tentativa”, sino que por su ubicación intra sistemática, este instituto –en principio- se aplicaría a todos los delitos dolosos, como una extensión del tipo, o como enseñaba Núñez: *“una ampliación de la imputación delictiva perfecta que el delito representa”*. **No hay delito de tentativa, sino tentativas de delitos.**

Welzel decía que en la tentativa el tipo objetivo no está completo, mientras que tiene un tipo subjetivo de un delito consumado; es decir que existe una manifestación delictiva con déficit en el tipo objetivo. Zaffaroni por su parte enseña que en la tentativa tanto el tipo objetivo como el subjetivo se encuentran incompletos, porque ninguno de los dos se terminó de realizar en la praxis. Al igual que un delito doloso de peligro, tiene un injusto de menor contenido que en un delito doloso de lesión, no sólo por la objetividad de la lesión, sino además porque el dolo tampoco alcanza su pleno desarrollo.

2.2. Teorías sobre el Fundamento de la Punición en la Tentativa.-

2.2.1. Teoría del peligro.-

Esta teoría tiene su origen en los planteos de Feuerbach, quien a comienzos del siglo XIX, desarrolló su concepción del delito inspirada en la ideología liberal de la ilustración. Para este autor, el castigo de la tentativa sólo podría justificarse en cuanto conllevara una amenaza objetiva para los derechos subjetivos del ciudadano, por lo que acciones carentes de toda peligrosidad deberían quedar fuera de las lindes del derecho punitivo.

El núcleo de esta idea responde al afán de separar Derecho y Moral y limitar la aplicación del ius puniendi a aquellas acciones que presenten un daño potencial para los intereses de otros ciudadanos, encarnados en los bienes jurídicos, satisfaciendo el presupuesto ilustrado del *nullum crimen sine iniuria*.

Con esta concepción la tentativa adopta por primera vez un perfil objetivo, rompiendo con la tradición subjetivista presente en la doctrina alemana e italiana desde los postglosadores. Vino entonces a plantearse por primera vez el problema de la tentativa inidónea. De este modo vemos que la distinción entre tentativa idónea e inidónea surge de la finalidad de protección del derecho Penal liberal de los individuos frente al poder del Estado.

De este modo se ve limitado el fin preventivo por lo exigido por el principio de lesividad, desde el cual sólo conductas peligrosas

que ya hubieran manifestado una orientación indudablemente dirigida a la lesión podrían caer bajo las redes del *ius puniendi*. Con ello se conseguiría llegar a una armonía entre la necesidad de una prevención eficaz y el respeto a determinadas exigencias garantistas.

2.2.2. El quebrantamiento de la vigencia de la norma.-

Dentro de esta concepción se aglutinan teorías para las que la tentativa radica en que toda acción dirigida a la lesión de un bien jurídico genera, aunque no logre la lesión del mismo, determinadas repercusiones intersubjetivas consistentes en la alteración social y en el quebrantamiento de la confianza en la vigencia de la norma que poseen los ciudadanos.

Entre los exponentes moderados de este criterio podemos mencionar a Welzel, para quien la tentativa lesiona el poder espiritual del ordenamiento desautorizando la autoridad moral de las normas jurídicas y debilitando los valores ético–sociales plasmados en las mismas. Desde un punto de vista más radical está Jakobs para quien la tentativa para ser punible, requiere ser un fenómeno externo socialmente perturbador²⁷.

De esta forma, la tentativa constituye un quebrantamiento perfecto de la norma en cuanto que de igual modo que el delito consumado, aunque en un menor grado de objetivación lesiona la expectativa que los ciudadanos tienen en la vigencia de las normas. De esta manera vemos que lo relevante no es la causación evitable de la lesión de un bien jurídico, sino el significado de la conducta para la vigencia de la norma.

Es por ello que Jakobs afirma: “la expresión de sentido jurídico – penalmente relevante de una acción injusta no está en la manifestación del autor acerca de cómo se imagina la configuración de la realidad, sino en la toma de postura frente a la validez de la norma que aquella conlleva de manera inseparable: no reconoce ninguna norma que le pudiese impedir actuar, sea que no conoce la norma en cuestión, sea que la conoce, pero pretende vulnerarla”²⁸.

En la idea jakobsiana “El mundo social no está ordenado cognitivamente, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto”²⁹”.

27 JAKOBS, G.; Estudios, p. 302; FRISCH, «Grundprobleme der Bestrafung „verschuldeter“ Afekttaten», ZStW 101 (1989), pg. 610, nota 229. En idéntico sentido, ZACZYK, Das Unrecht, pg. 231 y ss.; MURMANN, Versuchsunrecht, pg. 5.

28 Jakobs, G.; “Fundamentos del derecho penal”, Ed. Ad – Hoc, Buenos Aires, 1996, ps.103.

29 Cfr.: “La imputación objetiva en el Derecho Penal”, Jakobs, G.; pág. 11 (prólogo), Editorial Civitas, año 1996.

En la línea de la imputación objetiva se afirma que la vida social no puede organizarse sin una permisión de riesgo. El riesgo permitido excluye el tipo. Lo permitido se rige, principalmente, por la configuración social generada a lo largo del tiempo... Cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe³⁰.

Intrasistemáticamente, el riesgo permitido se lo coloca: como que excluye la tipicidad (Roxin); como riesgo social permitido, excluye el tipo (Jakobs)³¹; puede verse como causa de justificación, entonces se la posicionaría en la antijuridicidad (Stratenwerth); oportunamente se dijo que excluye la culpabilidad (Torío López); que alcanza a todas las justificaciones (Jescheck) o bien como resultado de un “tipo” de actividad adecuada socialmente (Mir Puig)³².

Aunque sintéticamente destaco que Jakobs traza directrices que suele llamar criterios. Estos pueden ser obligatorios, que son los que revisten un carácter negativo (por ejemplo la representación del autor no se aproxima a la consumación o bien las que son aceptadas socialmente o habituales) o variables los que tienen una faz positiva (por ejemplo la proximidad temporal entre la conducta y la materialización)..

La tentativa, a diferencia de los actos preparatorios, tendría el significado comunicativo de ser una infracción del rol y, por tanto, una defraudación de la norma³³.

2.2.3. La lesividad penalmente relevante.-

Si lo que se protege con la vigencia de las normas es la confianza en que los bienes jurídicos de un ciudadano no serán lesionados por terceras personas, es razonable concluir que la vigencia de la norma será quebrantada solo cuando una conducta aparezca VULNERANDO el bien jurídico que esa norma protege.

3. Distinción entre fundamento de la tentativa y presupuesto de sanción

Si partimos de un Derecho Penal que base su actuación en un cometido instrumental de la pena y no en la retribución, pero que no se fundamente exclusivamente en ese afán preventivo, sino que también sea respetuoso de principios garantistas como el de lesividad o el de culpabilidad, el fundamento de la sanción sólo puede venir basado en virtud de los efectos lesivos del delito que sean susceptibles de revocación por la pena.

30 Aclara Jakobs, “un apretón de manos puede transmitir una enfermedad, una anestesia medicamente indicada , y aplicada conforme la *lex artis*, puede provocar una lesión”.

31 Ver: “Imputación objetiva”; Parma, Carlos; pág. 56; Revista del foro de Cuyo nro. 30, año 1998.

32 Mir Puig, Santiago; “Derecho Penal, parte General”; 3ra. Edición, Editorial PPU, Barcelona, año 1990; ps. 246.

33 Vid., así, BEHLING, Abgrenzung, pg. 87.

A diferencia de la lesión del bien jurídico, el quebrantamiento de la vigencia de la norma sí es susceptible de ser corregido por la imposición de la pena: con la misma se reafirma ante la sociedad que la norma sigue siendo una pauta de conducta vinculante, y que, por tanto, el ciudadano puede seguir confiando en que la norma seguirá vigente de cara a terceros.

Por ello podemos afirmar que el presupuesto para la aplicación de la pena es el peligro o lesión para el bien jurídico, por cuanto sólo cuando una conducta presente cierto grado de lesividad para los intereses protegidos por el Derecho Penal podrá considerarse contraria a la norma de conducta y ser, por ello, desvalorada como injusto penal y en consecuencia, merecedora de pena. Ahora bien, el fundamento de la pena solo puede ser el quebrantamiento de la vigencia de la norma por cuanto sólo ese daño puede ser reparado por la aplicación de la sanción y sólo en esos casos podremos considerar que la pena es necesaria.

Podemos decir entonces que el desistimiento es un subrogado de la pena en la medida que cumple su misma función al ser el mismo autor del proyecto lesivo el que, con su acto de revocación reafirma la vigencia de la norma vulnerada.

Las **tesis objetivas** basadas preponderantemente en la existencia de una relación de causalidad (o cuasi causalidad) y en la presencia de un peligro inminente del bien jurídico, tienen como apreciable ventaja la de poder justificar la menor punibilidad de la tentativa (ante el menor grado de ataque al bien jurídico y la falta de punibilidad de la tentativa que como la irreal o supersticiosa no implica ninguna clase de peligro para el bien jurídico).

Sin embargo, las concepciones objetivas presentan como uno de sus principales inconvenientes el de no poder explicar de manera adecuada la necesidad de sancionar la denominada tentativa inidónea, dado que en ella no parece existir un verdadero peligro para el bien jurídico. Lo evidente es que los defensores de las concepciones objetivas se han visto obligados a reconocer la necesidad de evaluar la intencionalidad del comportamiento, tanto para poder explicar la punición de la tentativa inidónea como, para determinar en algunos casos cual era el delito que el autor se proponía consumir con su comportamiento.

Para las tesis objetivas, en especial la teoría objetiva (Von Hippel) si no hay peligro corrido del bien jurídico protegido no puede haber tentativa³⁴. Aquí la peligrosidad es “exante”.

La exigencia de la verificación de una puesta en peligro ex post se formula para desempeñar la función político-criminal de excluir la punibilidad de la

34 Bacigalupo, Enrique, “Manual de derecho penal”, Editorial Temis, Bogotá, 1998, p. 172.

tentativa inidónea, y en cierta medida conduce a la equiparación de la estructura típica de la tentativa a la de los delitos de peligro concreto.

Para las **concepciones subjetivas** resulta determinante para la punibilidad de la tentativa la peligrosidad del autor (en las más antiguas) o el desvalor de acción (en sus más recientes formulaciones). Poseen la ventaja, frente a las tesis objetivas, de poder explicar con notable facilidad y perfecta coherencia sistemática la punibilidad de la tentativa inidónea, dado que en ellas existe un desvalor de la acción (o un autor peligroso) idéntico al que caracteriza tanto las denominadas tentativas idóneas como los delitos consumados.

No obstante esta evidente ventaja, estas teorías encuentran el inconveniente cuando intentan justificar la impunidad de las tentativas irreales, ya que en ellas existe una intención delictiva objetivada que en nada se diferencia de la contenida en las demás clases de tentativa. Para superar este problema han admitido la necesidad de correctivos de carácter objetivo que les permitan explicar la falta de punibilidad de la tentativa irreal.

Las teorías **mixtas** solo se diferencian de las teorías objetivas en cuanto reconocen de manera expresa tomar en cuenta tanto elementos objetivos como subjetivos para poder explicar de manera adecuada todas las manifestaciones de la tentativa.

Este expreso reconocimiento de la mixtura propia de la tentativa es lo que explica que en la tentativa puedan encontrarse concepciones mixtas con tendencia objetiva y tesis mixtas con predominio del aspecto subjetivo, que en la práctica equivalen a las tradicionales teorías objetivas (que siempre admiten un elemento subjetivo) y subjetivas (que deben recurrir a correctivos de naturaleza objetiva).

De conformidad con la denominada teoría del defecto del tipo, la tentativa no es diversa de un delito al que le falta un elemento de la descripción típica para poder alcanzar la categoría de consumado: la sobrevenida del resultado, es justamente el defecto que padece el tipo y que da nombre a esta tesis.

Desde esta perspectiva, parece claro que la denominada teoría del defecto del tipo es útil como una forma de definir o presentar el fenómeno de la tentativa, pero que nada aporta sobre el fundamento de su punibilidad.

En algunos países, especialmente en Alemania goza de gran popularidad la denominada **teoría de la impresión** que el comportamiento del autor despierta en la comunidad social. Esta tesis muestra como sus principales ventajas la de brindar una clara explicación a la diferente punibilidad de la tentativa inidónea (debido a su desapego por el concepto de peligro al bien jurídico) y la de poder justificar la impunidad de la tentativa irreal (por ser una teoría que no está íntimamente ligada a la intencionalidad de la conducta).

La teoría de la impresión es un intento de interpretar, desde bases preventivo – generales, la regulación subjetivista de la tentativa. El fundamento de punición de la tentativa se encuentra en la voluntad del autor contraria a derecho, pero sólo existirá un merecimiento de pena cuando con dicha voluntad “pueda perturbarse profundamente la confianza de la colectividad en la vigencia de la norma, así como el sentimiento de seguridad jurídica y, en consecuencia, resultar menoscabada la paz jurídica” (Roxin)³⁵.

En la misma representación del autor, vista como criterio de imputación, radica a comprobación de la corrección del punto de partida subjetivo. El disponerse inmediatamente a la realización del tipo, desde la propia representación del autor, aun cuando esta representación sea errada, constituiría el hecho valorado como capaz de conmocionar la confianza colectiva en la observancia del derecho. Con fuerte tinte subjetivo acepta la tentativa inidónea,

Esta tesis muestra como sus principales ventajas la de brindar una clara explicación a la diferente punibilidad de la tentativa inidónea (debido a su desapego por el concepto de peligro al bien jurídico) y la de poder justificar la impunidad de la tentativa irreal (por ser una teoría que no está íntimamente ligada a la intencionalidad de la conducta).

Sin embargo la extrema vaguedad del concepto de impresión (aún entendiéndolo como aquella impresión propia del hombre medio de la comunidad social y la posibilidad de explicar la de la misma manera la punibilidad tanto del delito consumado como de la tentativa, se muestran como las principales carencias de esta tesis.

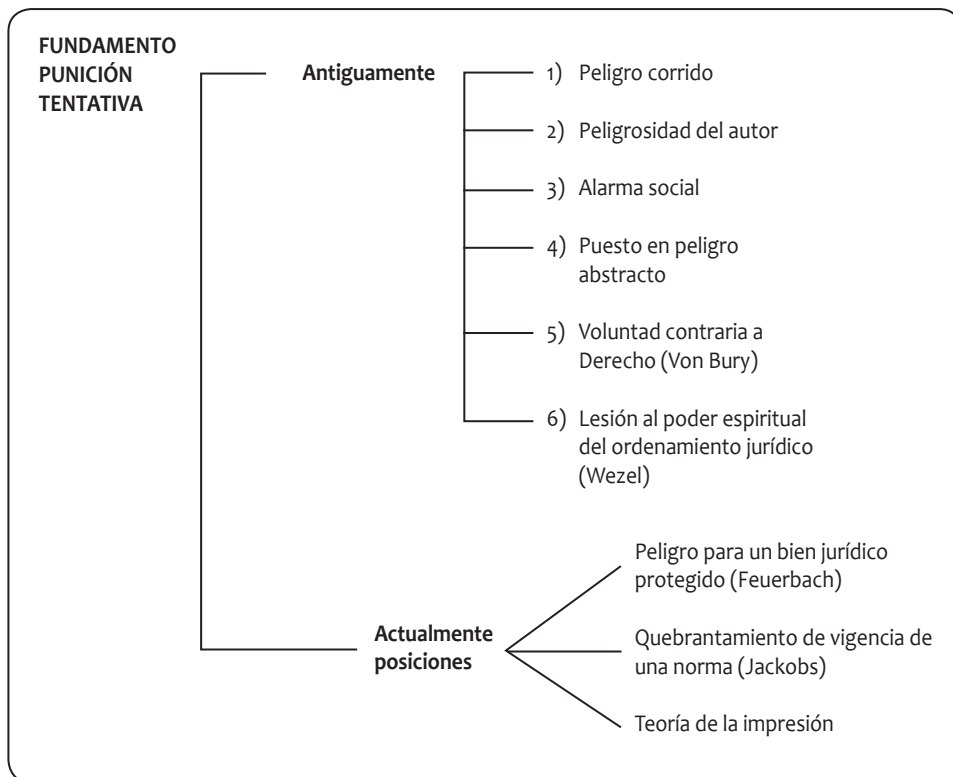
Desde el punto de vista de una concepción normativa de la teoría del delito, tanto en la tentativa como el delito consumado deben ser punidos por la misma razón: haber quebrantado de manera reprochable una norma penal.

Esta tesis tiene como ventajas el ofrecer una concepción unitaria de la teoría del delito y el de poder explicar de forma coherente tanto la punibilidad de la de la tentativa inidónea como la impunidad de la irreal o supersticiosa.

No obstante debe admitirse que se trata de una teoría que requiere aún de algunas precisiones, especialmente en lo relacionado con el tratamiento de la denominada representación del autor y su importancia dentro del estudio de la tentativa.

El núcleo teórico de la tentativa reside en establecer cuanto debe haberse desarrollado en el mundo, la obra del hombre, desde que nació como idea, cuanto

35 Alcácer Guirao, Rafael; “La tentativa y los fines del derecho penal”, Revista de Der. Penal, Nro. 4, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, ps. 282.



tuvo que haber crecido como realidad empíricamente verificable como para que podamos afirmar que ha comenzado la ejecución de un delito determinado. Esa es la función y justificación de las distintas teorías, forjar una pauta conceptual idónea para delimitar con la mayor precisión el grado de objetivación o desarrollo que la obra humana debe haber alcanzado en el mundo exterior para que se pueda afirmar que se comenzó a matar, lesionar, dañar, etc., en otras palabras para sostener que existe tentativa.

Nuestra legislación pena la “ejecución y consumación” de un delito. Quienes se enrolan en la doctrina clásica de la tentativa dicen que *“la imputación delictiva perfecta que tiene por objeto un delito consumado, encuentra su fundamento político en el daño del derecho que protege la respectiva pena. Por su parte, la imputación delictiva imperfecta, que tiene por objeto la ejecución delictiva sin consumación del pertinente delito, tiene ese fundamento en el peligro efectivo de aquel daño”*³⁶.

De buen cuño doctrinario –insistimos– es creer que la tentativa pone en peligro de daño o en peligro de peligro (efectivo o abstracto) los bienes jurídicos

36 Cfr. “Tratado de Derecho Penal”; Nuñez, Ricardo, pág. 312, Ed. Lerner, año 1978. Con citas de Carrara y Herrera. Admite también la posibilidad de producir el resultado de un peligro abstracto o concreto, como ocurre con los delitos formales.

que el derecho en su totalidad protege, y de allí que deba atribuírsele una extensión de la imputación delictiva, obviamente degradada por el menor cargo de criminalidad que resulta de la no consumación.

Como adelantamos, extremadamente polémica resulta la posición que ostenta Marcelo Sancinetti, quien erradica del concepto de ilícito, al elemento “consumación”. Allí se pregunta: ¿Qué sucede si todo el ilícito es el ilícito de la tentativa?

Dice, que el paradigma vigente, supone agravación de penas por las consecuencias del hecho, situación que considera irrazonable y de pensamiento primitivo -alude a Soler, Nino, Zaffaroni y “tantos otros”-, entendiendo que “no se distingue entre el quebrantamiento de una norma y un suceso de la naturaleza. Realiza consideraciones diferentes si se trata de tentativa acabada o inacabada (ver acápite especial), manteniendo su tesis de punibilidad plena en caso de tentativa acabada y el delito consumado”³⁷.

El reconocimiento de que el **ius puniendi** del Estado se halla legitimado constitucionalmente para el **fin de protección de bienes jurídicos** siempre que, por sus efectos **preventivo-generales** y **preventivo-especiales**, constituya un medio adecuado, necesario y proporcionado para combatir las lesiones de dichos bienes, es precisamente **lo que justifica la existencia de los diversos niveles de imputación**.

A la vez de ello se obtiene información esencial sobre la estructura y el contenido tanto del concepto jurídico-penal de comportamiento, como de los de injusto y culpabilidad³⁸.

4. Comienzo de ejecución análisis de las teorías

Enseña Villavicencio que son elementos del tipo de la tentativa, el dolo y otros factores subjetivos, el comienzo de ejecución de la conducta típica y la falta de consumación del tipo (factor negativo)³⁹.

4.1.o. Subjetiva – objetiva:

Una de las tesis que goza de mayor preferencia y credibilidad es la que entiende que “*hay comienzo de ejecución cuando el autor realice actos que por su conexidad y sentido demuestren de una manera unívoca que el autor ha puesto en obra su finalidad delictiva*”⁴⁰.

37 M. Sancinetti (conocedor del tema en sus trabajos en: Doctrina Penal, Teoría del delito y desvalor de acción -trabajo de tesis doctoral, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, etc.), muestra aquí, sorpresivamente, “ligereza en su pluma”, por sus críticas y su escueta fundamentación, disociada con la lógica pues no todo debe ni puede ser desvalor de la acción, pues se podría caer prontamente en un peligrosismo extremo.

38 “El Sistema Moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales”; Schünemann, Bernd, pág. 93, en “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal” por Hans-Joachim Rudolph; Ed. Tecnos, año 1991, Madrid, España.

39 Villavicencio, Felipe; “Derecho Penal, Parte General, Editorial Griley, Lima, 2006, ps. 427.

40 Núñez, Ricardo; “Manual de derecho penal”, Editorial Lerner, Córdoba, 1999, ps. 228.

A esta tesis se la denomina subjetiva – objetiva y deja entrever que atrapa varias conductas que por su significación revelan la criminalidad final del autor, por ejemplo encontrar una persona dentro de la casa de uno con una ganzúa y un revólver resulta por demás indicativo el fin: Robo agravado.

Ricardo Núñez lo explica así: “El “comienzo de ejecución” no comprende sólo los comportamientos típicos, por ser los adecuados para consumir el delito, sino, también, los comportamientos que careciendo en sí mismos de esa capacidad, por su inmediata conexión con la conducta típica y su sentido demuestran que el autor ha puesto en obra su finalidad de cometer el delito⁴¹.”

No es necesario, que quien intenta robar tome la cosa, sino que basta que con la finalidad de apoderarse de ella, debidamente probada por otros medios, entre a la casa ajena; ni es preciso que la finalidad de acceder carnalmente a la víctima por la violencia se traduzca por el contacto externo de los órganos sexuales, sino que concurriendo el propósito de cometer la violación, resultan suficientes otros actos significativos de la ejecución de esa finalidad, por ejemplo derribar a la víctima y ponerse en posición adecuada.

Concebido así el *comienzo de ejecución*, se amplían las posibilidades de admisión de la tentativa. Esta no sólo será compatible con los delitos materiales y con los delitos formales, como sucede con la injuria y la revelación de secretos (Por ejemplo, los obstáculos o la distancia que impiden que la voz del injuriador sea oída; o la carta injuriosa o violadora del secreto puede extraviarse) sino que podrá existir siempre que la naturaleza del delito admita, antes de su consumación, conductas que no siendo de simple preparación del delito, resulten atípicas, pero sintomáticas, por su inmediata conexión y por su sentido, respecto a que el autor ha puesto en obra su finalidad delictiva.

De acuerdo con ese punto de vista, que no reduce la tentativa al círculo de los comportamientos alcanzados por el tipo delictivo, ya no es posible seguir rechazando la compatibilidad de la tentativa con los delitos de simple actividad (Según el Proyecto alemán de 1962, § 26, párr. 20: “Al comienzo de ejecución lo constituye una acción mediante la cual el autor comienza con la realización del tipo o se dispone directamente a hacerlo”)⁴².

4.1. Posiciones negativas.-

Son quienes opinan que es imposible formular conceptualmente la distinción entre la tentativa y el acto preparatorio. Esta posición es objetable por diversas razones:

41 GIMBERNAT ORDEIG; “Autor y cómplice en derecho penal”; Ed. Universidad de Madrid, Madrid, 1966, ps. 103 y ss.

42 Núñez, Ricardo, ob cit. Ps. 228/229

1. Porque el ordenamiento jurídico tiene una norma expresa sobre tentativa, por lo tanto es obligación del intérprete elaborar una explicación racional de la norma.
2. Esta posición genera inseguridad jurídica, en la medida en que el límite entre lo punible (tentativa) y lo impune (acto preparatorio) queda flotando en un ámbito totalmente desprovisto de racionalidad.
3. En tercer lugar como se ha señalado, en cuanto a actitud científica la posición negativa es criticable, ya que la dificultad del problema tiende a ser respondida no con un esfuerzo de búsqueda de solución sino con la simple afirmación de que ésta no existe.

En esta posición, hoy prácticamente abandonada, la tentativa reside en lo que el autor quiso pero especialmente en la creencia del mismo, en el siguiente sentido la convicción del autor de estar realizando una acción ya típica, en cuanto al comienzo de ejecución, más allá de que ello objetivamente suceda, determina la existencia de la tentativa.

Es decir, esta teoría edifica la tentativa sobre la subjetividad del autor creando de esta forma un serio riesgo para la seguridad jurídica ya que anula toda posibilidad de distinguir el acto preparatorio del acto de tentativa sobre objetividades racionalmente consideradas.

4.2. Teoría de la univocidad de Carrara.-

Este autor tuvo dos etapas, la primera conocida como teoría de la univocidad que parece haber tenido más difusión en nuestro país.

Esta primera teoría exige que el acto, para que revista la calidad de tentativa, provoque la certeza, la convicción de que está unívocamente dirigido al delito, lo que se deduce del contexto en que el mismo se lleva a cabo.

La crítica que se puede hacer a ello es que la univocidad se determina tomando en cuenta las circunstancias del acto pero no nos dice cómo debemos valorar esas circunstancias.

La segunda posición de Carrara, basada en los sujetos del delito, es la más endeble pues existen situaciones en las que no es posible distinguir a los cuatro sujetos del delito. Dice Carrara que en un robo, por ejemplo, el autor es el sujeto activo primario, los elementos usados para ejercer violencia constituyen el sujeto activo secundario, la caja fuerte donde se encuentra el dinero que se persigue, es el sujeto pasivo del atentado y el dinero es el sujeto pasivo de la consumación. Son actos de tentativa aquellos que alcanzan al sujeto pasivo del atentado, en nuestro ejemplo, la caja fuerte (y los que sólo llegan al sujeto activo secundario son actos preparatorios).

Vemos que no se puede construir la tentativa en situaciones como esta, apelando a la tesis de Carrara es imposible, si pensamos en el caso de un

hombre que decide matar a golpes de puños a un niño ¿cuáles son los sujetos activo secundario y pasivo del atentado?

4.3. Teoría formal objetiva.-

Se determina la tentativa de un delito relacionando los actos cumplidos con el tipo correspondiente del delito.

Esta teoría, si es comparada con la tesis subjetiva, sin duda, tiene sobre ella el mérito de ser mucho más respetuosa de la seguridad jurídica, porque lo punible se edifica sobre conducta objetivada en el mundo y se toma como patrón valorativo de esa realidad al tipo penal, no afectándose de esa forma, en Argentina los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional (equivalentes a los artículos 75, 76.3, 76.7 letra k; 66.21, 66.22, 77 y 66.29 letra d) de la Constitución Ecuatoriana de 2008), el primero porque no se pena lo atípico y el segundo porque no se castigan acciones que no lesionan bienes jurídicos.

La principal deficiencia de la teoría formal-objetiva es no elaborar una pauta o regla racional más concreta para determinar en forma específica el límite entre lo punible y lo impune. Es decir, que el mérito de esta tesis reside en haber afirmado que la tentativa se debe construir sobre la base del tipo penal, el acto de tentativa debe ser un acto de ejecución de la acción típica ya que trasladar lo punible a momentos anteriores a la misma es castigar lo atípico. Su defecto es dejar impreciso el límite entre lo punible y lo impune de acuerdo a las razones expuestas.

4.4. Teoría material objetiva.-

Esta posición es un complemento de la anterior en un intento de corrección. De esta forma se ha manifestado por dos vías principales: la de Frank comúnmente conocida con el nombre de "*natural concepción de la acción*" y la del "*peligro*" (algunos autores como Schonke y Schroder, hablan del "*peligro inmediato*").

Frank, realiza lo que podríamos denominar, un proceso o mecanismo de retroceso a fin de aprehender esos "*actos anteriores*" que se escapan hasta ahora del concepto de tentativa y de esa forma "incluye" dentro de esta noción las "*acciones*" que por su necesaria vinculación con la acción típica, aparecen como parte integrante de ella, según una natural concepción.

El problema de esta teoría es que no establece pautas para ese retroceso, es decir, que no fija límite en esa marcha "*hacia atrás para establecer de esa forma el contenido o extensión de la acción típica vista según una "natural concepción"*".

La otra vía o alternativa seguida por la posición material – objetiva es apelar a la noción de peligro. Se sostiene que habrá tentativa cuando se pone en peligro el bien jurídico.

Lo que preocupa es saber cuál es la pauta sobre la que se afirma la existencia o ausencia de peligro pues tenemos la impresión que cae en un razonamiento que lleva a un círculo vicioso, ya que se discurre sosteniendo que hay tentativa porque hay peligro y porque hay peligro hay tentativa.

Resulta grave pensar en la persona a quien se le aplican años de prisión por considerársela autora de una tentativa y como única razón se le dice que ha puesto en peligro el bien jurídico, sin dar fundamento alguno de ello.

4.5. Teoría del plan concreto del autor.-

Según esta doctrina desarrollada por Welzel y sostenida por numerosos autores, la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo.

Los funcionalistas modernos niegan que lo trascendente sea el plan del autor, tal entequeia tiene su fundamento en que los conceptos penales no siguen la metodología naturalista de las ciencias naturales, sino la posición normativista de las ciencias sociales, en base a la función que, en este caso, tiene el derecho penal, la cual –de suyo- no es resguardar bienes jurídicos sino tejer un marco de protección a la norma o más exactamente **derechos conceptuados intrasistemáticamente por el derecho penal.**

En este esquema, es fundamental el plan delictivo concreto del autor, pues para determinar la inmediatez de la conducta con relación a la consumación “*hay que apelar a la modalidad particular que asume la aproximación en el caso concreto*”, lo que demanda tomar en cuenta en forma ineludible el plan concreto del autor.

La doctrina tiene el mérito fundamental de haber señalado que la presencia de la tentativa debe determinarse en función del plan concreto que el autor esboza para llevar a cabo su propósito delictivo. Ello implica que no se puede determinar la existencia de tentativa en forma abstracta, sino que la presencia o ausencia de la misma se establece sobre un plan concreto, en función con el grado de desarrollo alcanzado dentro del programa del autor.

Zaffaroni en su época entendía que la teoría del plan concreto del autor daba pautas rectoras importantes. Por ejemplo:

- a) El comienzo de ejecución del delito no es el comienzo de ejecución de la acción típica.
- b) El comienzo de ejecución del delito abarca aquellos actos que, conforme el plan del autor, son inmediatamente anteriores al comienzo de ejecución de la acción típica.
- c) Un acto parcial será inmediatamente precedente de la realización de la acción típica cuando entre éste y la acción típica no haya otro acto parcial.

d) Para determinar si hay o no otro acto parcial intermedio deberá tomarse en cuenta el plan concreto del autor y no lo que pueda imaginar un observador ajeno.

Dice Zaffaroni; “por nuestra parte entendemos que es imprescindible tomar en cuenta el plan concreto del autor para poder configurar una aproximación a la distinción entre ejecución y preparación... pero a pesar de ello la delimitación sigue siendo un problema que está abierto...”⁴³.

5. Elementos constitutivos de la tentativa

La propia DOCTRINA pacíficamente refiere directamente a los tres elementos constitutivos de la tentativa, a saber de: el fin del autor, comienzo de la ejecución del delito, y falta de consumación del mismo.

Puede advertirse prontamente que hay elementos objetivos y subjetivos que se requieren para la conformación TÍPICA DE LA TENTATIVA. Esto es que desde lo material el hecho típico haya comenzado y luego se requiere que no se haya consumado, precisamente por una actitud externa a la voluntad del sujeto.

Ahora bien, desde lo subjetivo se impone que el sujeto actúe dolosamente (conocer, querer, deseo, propuesta, etc.) o mejor dicho: tenga como fin, cometer un delito determinado. Asimismo en el plano subjetivo también se impone que el sujeto no desista, es decir no tome la decisión de truncar el iter criminis (desistimiento voluntario). Estos temas serán abordados en los puntos posteriores.

6. El fin del autor

6.1. El Dolo.

En la tentativa se advierte la imagen prístina del dolo.

Se comparte el criterio que “*todo delito doloso es realización de la voluntad*” y que toda tentativa exige dolo.

Es que el dolo como realización de un tipo pertenece en sí mismo al tipo como parte subjetiva de éste. Roxin enseña que en los tres tipos de dolo (de primer grado, segundo y eventual) se emplea siempre la descripción del dolo como “querer y saber” de todas las circunstancias del tipo penal⁴⁴.

En Jakobs la cuestión es diferente: “El grado de fidelidad al Derecho se establece como baremo objetivo. Quien es culpable entonces, tiene un déficit de fidelidad al derecho. De manera psicologizante se dice que con dolo actúa quien conoce el riesgo por él creado”⁴⁵.

43 Zaffaroni, Raúl; “Manual de Derecho Penal”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991, ps. 608.

44 Roxin, Claus; “Derecho penal. Parte general. Tomo I”, 5ta. Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2010, ps. 415.

45 Jakobs, Günther: “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, Separata nro. 20; Estudios de Derecho Judicial, Xunta de Galicia, año 1999, ps. 125/127.

En referencia al **dolo**, gravitan en consecuencia dos conceptos, a saber:

- a) Voluntad dirigida a la realización del acto, y;
- b) Voluntad capaz de realización del acto.

Es así que la dilucidación de esta encrucijada surgirá no del contenido, sino del **hecho real** que domina.

El sector doctrinario denominado “*finalista*”, pretende inferir el concepto general del dolo, de la misma noción de tentativa, precisamente por la frase “*fin de cometer un delito determinado*” - y de allí que se torne un imperativo extenderse en este tópico. A falta de resultado en una acción ilícita, se introduce la idea de “*peligro*”, que sólo constituye un ilícito bajo el presupuesto de que existiera el dolo de lesión.

El peligro depende que el autor tenga dolo, al decir de Sancinetti: y un dolo que vaya más lejos que el peligro-, y esto se da de bruces con el criterio objetivista, resurgiendo así la idea subjetiva de la tentativa.

Allí es donde Welzel lanza su “*argumento*”: “*si el dolo era un elemento del ilícito en la tentativa, también tenía que serlo en el delito consumado; el resultado no podía hacer “saltar al dolo de lugar sistemático*”. Inclusive los post-finalistas reafirman el dogma de “*identidad*” entre el dolo de la tentativa y el dolo de la consumación, situación ésta que no ha producido consecuencias en la teoría de la imputación objetiva⁴⁶, en materia de tentativa, reafirmando que la fuerza de la imaginación nomológica del individuo es la instancia fundante de la punibilidad.

La corriente finalista, buscando un dolo desvalorado, se aferra a la norma impuesta por el art. 42 del C.P.A. (Art. 16 C.P.E.), dando cuenta de un dolo sin relación con la antijuridicidad y, en más, se apuntala al art. 35 del C.P.A. (exceso de límites impuestos por la ley) demostrando que el dolo puede existir aunque se de error en la antijuridicidad y que -como se dijo- debe tratárselo, como un dolo desvalorado en el tipo⁴⁷.

Bacigalupo entiende que el art. 35 del C.P.A., se refiere a los casos en que el autor ha obrado sin conciencia, o con una conciencia errónea sobre

46 “La teoría de la imputación objetiva se basa en una determinada comprensión del modo de función de las normas de conducta, y, a partir de este punto de partida, busca criterios de imputación.

47 Las ideas de Impallomeni referidas a la visión del dolo en el exceso, como la conciencia de infligir al adversario un mal no necesario por la desproporción entre la acción ofensiva y la acción defensiva, fueron dejadas de lado en Italia ante el advenimiento expreso de la figura culposa en el exceso, más tuvieron acogida jurisprudencial en nuestro país a través de la S.C. de Bs. As. (serie 15, t. V, p. 109) y también la Cám. 2da. de San Luis (29/10/69, J.A. res. 1970, t. 45, nro. 36 con voto de E. Zaffaroni. Sin embargo la mayoría de los Tribunales advierten la figura culposa en el exceso, no sólo por la indicación legislativa que tiene la norma remitiendo a la culpa o imprudencia, sino porque en la especie el pensamiento tradicional del dolus (querer y comprender la criminalidad... ilícito, anti-social o genéricamente malo) es doctrinariamente sólido.

los límites de la necesidad de la acción de justificación llevada a cabo... la punibilidad atenuada se explicaría en la “*evitabilidad del error sobre la antijuridicidad de la acción cumplida, pero deja intacto el dolo en el hecho*”. Por el contrario, Núñez postula otra solución, por considerar que el autor ha traspasado esos límites sin intención, de allí que su imprudencia, negligencia o inobservancia no le permitió apreciar correctamente la situación de necesidad: falta la conciencia de la antijuridicidad y desaparece el dolo. La Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha propiciado un destacado precedente donde en “*el abuso se mantiene el dolo, pero no en el exceso*”⁴⁸.

Retomando el tema en cuestión, y en las antípodas, se ubica la teoría clásica del dolo que, apuntalando la intención y comprensión del hecho, ve en el art. 34 inc. 1ro. del Código Penal Argentino (Art. 34 C.P.E.) la estampa del dolo⁴⁹. En realidad, los “*clásicos*” son terminantes cuando afirman que la ley dice “*delito*”, y en esta inteligencia se refiere a una acción: típica, antijurídica y culpable, por lo que ven allí debilitar los argumentos “*finalistas*” en la tentativa. Ante ello otra corriente “*finalista*” ensayó la noción del dolo como reverso del error de hecho⁵⁰.

Los delitos culposos no contemplan la tentativa, ya que la culpa es subjetivamente incompatible con la intención exigida, sin perjuicio que la responsabilidad culposa exige un resultado. Es el propio derecho positivo que excluye, a través de la palabra “*fin*”, la posibilidad de la culpa en la tentativa, cerrando cualquier posibilidad de consideración de la misma y su punibilidad⁵¹.

48 Ver “Una sentencia trascendente...”; Bacigalupo, Enrique, Revista Nuevo Pensamiento Penal, pág. 48, nros 5 al 8, año 1975, Ed. Depalma.

49 Cfr.: “Teoría clásica del dolo”, Vidal, Humberto; en doctrina Penal, año 1980, pág. 282. Esta tarea fue iniciada en la Argentina, sistemáticamente por Soler (en Der. Penal Argentino). En la Edición de su obra magna, del año 1963, Soler elaboró el concepto de dolo eventual, pero ya con la ayuda de la frase: “*dirección de las acciones*”.

50 Distinguen los finalistas entre error de tipo y error de prohibición. Ambos impiden al autor el conocimiento de la criminalidad del acto. El error de tipo se da en aquellos casos en que la relación del sujeto activo se encuentra comprendida dentro de la descripción típica (tipo objetivo) pero el autor cree que su conducta carece de uno o más elementos del tipo -hay tipicidad objetiva pero no la subjetiva-. El error de prohibición no recae sobre los elementos del tipo sino sobre la comprensión de la antijuridicidad de la acción -excluye la culpabilidad en el supuesto de que sea insuperable o simplemente amengua en caso contrario-. Ver: “El error en el delito”, Gurruchaga, Hugo, pág. 35 y 39/40, Ed. DIN, año 1989.

51 Es oportuno señalar el avance que en la doctrina alemana, española, etc. tienen las ideas de Claus Roxin concediendo un mayor espacio al prototipo del injusto -creación dolosa o imprudente de un riesgo-, y, con ello, al comportamiento peligroso. Debe pensarse en la introducción de tentativas imprudentes (idóneas-acabadas)... recomendándose la posibilidad de prever el “delito de riesgo con una causalidad general meramente potencial”. Es que para estos discípulos, el derecho penal es en primer término: Derecho penal del riesgo imputable personal e individualmente. Cfr. “Imputación objetiva y personal a título de injusto”; Wolter, Jürgen, en: El sistema moderno del Derecho Penal, pág. 133, Ed. Tecnos, año 1991, Madrid, España.

EL PROBLEMA DEL DERECHO NATURAL EN LA DOCTRINA HISTORICISTA DEL DERECHO DE E K. VON SAVIGNY

Juan Antonio Gómez García
UNED

Este tema es un problema epistemológico de primer orden a la hora de estudiar el pensamiento jurídico de E K. von Savigny, en la medida en que constituye una interesante piedra de toque para la comprensión general de la doctrina historicista del Derecho savigniano. Sin embargo, también es uno de los más difíciles de tratar debido a la diversidad de interpretaciones existentes al respecto por parte de los autores que lo han abordado y a su escasa coincidencia en cuanto a los resultados, de ahí que pueda calificarse como uno de los más confusos en la abundantísima bibliografía en torno al jurista alemán.

En efecto, la gran proliferación de interpretaciones (algunas de ellas radicalmente contrarias entre sí) ha dado pie a multitud de conclusiones en la valoración de este problema en el pensamiento savigniano. Denominaciones como criptoiusnaturalismo, positivismo científico-jurídico, iusnaturalismo conceptualista, iusnaturalismo metafísico-historicista o iusnaturalismo tácito, por poner algunos ejemplos¹ no dejan duda sobre el hecho de que se trata de un problema de gran complejidad y de difícil solución para el caso de Savigny.

Contribuye a ello el que el propio Savigny no tratase directamente esta cuestión en su obra. No es un problema que preocupe a primera vista al autor alemán, de manera que no existe por su parte un pronunciamiento expreso al respecto². Así pues, se puede afirmar sin temor a exagerar que estamos ante el que quizá sea el más polémico aspecto de la teoría jurídica de Savigny.

- 1 Estas denominaciones corresponden respectivamente a M. Hurtado Bautista, A. Ollero e I. Peidró (vid. HURTADO BAUTISTA, M., «Supuestos iusnaturalistas en el pensamiento de Savigny», *Anales de la Universidad de Murcia*, XVIII, 1, 1958-59, pp. 53-78; OLLERO, A., «Savigny: el legalismo aplazado», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Chile, vol. I, 14, 1979, pp. 543-586; DíAz, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., Madrid, Taurus, 1984, p. 264; y PEIDRÓ PASTOR, L., «La huella del Derecho natural en Savigny», *Savigny y la Ciencia del Derecho*, op. cit., vol. II, pp. 449-494).
- 2 Como dice H. Welzel, por parte del jurista alemán «... una verdadera polémica con el Derecho natural no la hubo en realidad» (WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*, trad. de R González Vicén, Madrid, Aguilar, 1971, p. 170; cfr. también GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Escuela histórica del Derecho», *Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX-Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, Universidad, 18-19, 1978-1979, p. 39).

Asimismo, la causa de esta situación radica en buena medida también en la gran confusión que existe a la hora de determinar qué sea Derecho natural y cuáles sus características propias. Como afirma descorazonadamente M. Villey, bajo el término Derecho natural encontramos una cinquantaine de sens³. La disparidad de interpretaciones tiene su razón, pues, en que se aborda este problema a veces sin tener suficientemente claros los presupuestos sobre los que se sustenta la valoración final, de manera que se trata sin establecer con anterioridad las bases sobre las que ésta se va a fundamentar. Es por ello que se impone realizar esta tarea en primer lugar.

1. La teoría del derecho natural

1.A) El problema del Derecho natural

La expresión Derecho natural presenta la curiosa particularidad de haber sido utilizada por las tendencias y escuelas filosóficas más diversas⁴. Ello se explica por el carácter marcadamente ambiguo que presenta la expresión. Esta ambigüedad se desprende del hecho de que, tanto el término Derecho como el término natural, presentan multitud de significados, cuyo número se amplía enormemente cuando se combinan ambos; además su

Esta circunstancia puede ser ya interpretada como expresión de que, frente a la tradición iusfilosófica anterior, las preocupaciones de Savigny iban por otros derroteros y que, por tanto, no era el Derecho natural entendido en sentido tradicional o clásico (si se pueden emplear tales términos) el centro sobre el que iba a girar su reflexión. Sin duda, esto es una muestra de que, en relación con este problema, las cosas empiezan a cambiar, lo cual ha de tenerse en cuenta, por otra parte, a la hora de valorar el pensamiento de Savigny al respecto.

3. VILLEY, M., *Philosophie du Droit*, vol. II : Les moyens du Droit, 2.ª ed., París, Dalloz, 1984, p. 115.
4. Desde la clásica Escuela española de Derecho natural, pasando por el racionalismo jurídico dieciochesco, hasta un autor como el sociologista E. Ehrlich, quien se sirvió de la expresión *natürliches Recht* para calificar su propia doctrina.
5. El concepto de Derecho natural procede de la Grecia clásica, sobre todo merced a la actividad filosófica de los sofistas, que fueron quienes introdujeron la expresión a propósito de su especulación en torno al *nomos* y la *physis*, contraponiendo lo convencional y artificial a lo natural. Se encuentra conceptualizado germinalmente en Platón (en el diálogo *Sobre las leyes*), en el sentido de una ley eterna y un Derecho divino que constituyen la razón ordenadora del cosmos y del hombre; y se completa en su desarrollo por Aristóteles (en el libro V de la *Ética* a Nicómaco), entendiéndolo como justo natural que en todas partes tiene la misma fuerza y que no depende de la arbitrariedad del hombre, frente al *politikón dikaión nomikón* o Derecho civil, que es propio de cada pueblo y que considera como justo legal mutable.
En la Jurisprudencia romana se acoge esta tradición iusnaturalista, sobre todo merced a Cicerón y Gayo, quienes recogen la idea aristotélica de Derecho natural y la colocan en un mismo plano objetivo que el *ius civile*, concretándolo en aforismos y brocardos que a veces resultan confundidos con el propio *ius gentium*.
El Cristianismo prosigue esta tradición fundamentándose en la existencia de un Dios creador, ordenador y legislador del Universo, del cual provienen todas las verdades fundamentales sobre las que asienta la concepción cristiana de la Ley y el teocentrismo jurídico que caracterizará el iusnaturalismo cristiano de todos los tiempos. Agustín de Hipona y Tomás de Aquino, con su distinción entre ley eterna, ley natural y ley positiva, dotan de base doctrinal a este iusnaturalismo.
Posteriormente, la escolástica Escuela española del Derecho natural elabora una Filosofía del Derecho natural y de gentes junto a una Filosofía del Derecho internacional y otra del Derecho penal en estricta colaboración con la Teología. En referencia al Derecho natural, los teólogos-juristas españoles se vieron obligados a buscar un fundamento nuevo del mismo, bien en la naturaleza humana sin más, bien en la razón humana autónoma que no reconocer criterio superior. Con ello se negaba el entronque (tradicional en el iusnaturalismo cristiano) con el orden moral y con el orden ontológico universal regido por la ley eterna. Ello dio pie en un caso y otro a un Derecho natural demasiado natural, o bien demasiado racional, representados, respectivamente, por la Escuela protestante del Derecho natural y por el pre-

larga Historia ha motivado que, según las épocas y autores, haya adoptado diversidad de significaciones⁵. Su pretensión de ser el Derecho que proviene de la naturaleza impone previamente, en la determinación de su concepto, la discusión en torno a qué es naturaleza, y en qué modo se hace posible de ella la deducción de preceptos rectores de la conducta humana⁶.

1.B) El concepto de naturaleza

Como ya se puso de manifiesto al hablar del concepto de Derecho natural, resulta imposible entender el concepto de naturaleza en toda su riqueza sin acudir a la Historia de la Filosofía. Ésta nos demuestra que, en la inmensa mayoría de sentidos que ha presentado⁷, se encuentra íntimamente ligada al problema del ser, de manera que constituye un problema ontológico fundamental⁸.

Debemos partir de la ontología aristotélica⁹ y de su concepto de *physis* para establecer lo que M. Villey denomina como el concepto clásico

rracionalismo de Grocio que desembocó en el racionalismo iusnaturalista iluminista y kantiano (Sobre la Historia del iusnaturalismo desde la Grecia clásica hasta principios del siglo XIX la bibliografía es inabarcable. Resultan interesantes: Lipp, M., *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*, Berlín, Duncker & Humblot, 1980; SERRANO VILLAFANE, E., *Concepciones iusnaturalistas actuales*, 2.ª ed. Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977; FERNÁNDEZ-GALIANO, A. y CASTRO CID, B., *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho natural*, 2.ª ed., Madrid, Universitas, 1995; SANCHO IZQUIERDO, M. y HERVADA, J., *Compendio de Derecho natural*, vol. II: Desde el Renacimiento hasta la actualidad, Pamplona, Universidad de Navarra, 1986; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *Historia del pensamiento jurídico*, vol. I: De Heráclito a la Revolución Francesa, 7.ª ed., Madrid, Universidad Complutense, 1992).

6. No debe olvidarse, como señala G. Robles, que el Derecho natural constituye también un problema fundamental, no sólo de la Filosofía jurídica, sino también de la Filosofía política, en el sentido de que está íntimamente vinculado al problema de la política jurídica; esto es, a la reflexión en torno al tipo de sociedad que se estima como idealmente justa y a su Derecho correspondiente. Ello lo incardina en el ámbito de la Ética, de forma que el Derecho natural pasa a ser también objeto de las preocupaciones de moralistas y teólogos, y no sólo de juristas. Aquí reside uno de los puntos fundamentales de confusión en torno a este problema en la medida de que en muchas ocasiones resulta difícil discernir en que ámbito conceptual y metodológico se mueven los autores que se ocupan de él. En palabras de G. Robles, «... constituye, pues, un símbolo cargado de resonancias, y respecto del cual es muy fácil confundir los diversos planos de tratamiento» (ROBLES MORCHÓN, G., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1988, p. 18).
7. Resultan de gran utilidad las exposiciones que realizan E. Wolf y R. Panikkar. Ambos ponen de relieve esta diversidad. Así, Wolf distingue *Natur als Originalität, als Kausalität, als Idealität, als Kreativlichkeit, als Realität, etc...*, y Panikkar habla de naturaleza como nacimiento, como principio engendrante, como Dios, como forma, como esencia, como ser, etc. (cfr. en general, WOLF, E., *El problema del Derecho Natural*, trad. de M. ENTENZA, Barcelona, Ariel, 1960; y PANIKKAR, R., *El concepto de Naturaleza. Análisis histórico y metafísico de un concepto*, 2.ª ed., Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Filosofía «Luis Vives», 1972, pp. 21 a 51).
8. Afirma Panikkar en este sentido: «No es sólo un problema preteológico o cosmológico, sino ante todo metafísico. El concepto de naturaleza (...) tiene todo el ámbito del ser y afecta a la raíz misma del problema nuclear de la metafísica (...). La cuestión de la naturaleza vista con toda su amplitud y generalidad es el problema del ser y del sentido del ser. En él se entroncan todas las visiones acerca del mundo, y su concepto es un constitutivo esencial de los distintos sistemas filosóficos» (PANIKKAR, R., op. cit., pp. 2-3).
9. Arrancamos desde Aristóteles porque en toda su obra su idea de la naturaleza tiene una importancia fundamental (aparece en todos sus escritos) y sintetiza todos las acepciones que de ella imperaban en la Grecia clásica. Así por ejemplo, desde los filósofos jónicos de la naturaleza, pasando por Solón, los sofistas, Platón o por historiadores y médicos como Tucídides e Hipócrates tenían una conciencia clara de la importancia fundamental del concepto de naturaleza (*physis*) sobre todos los demás. Como dice W. Jaeger, «... los griegos tienen un sentido innato de lo que significa naturaleza» (JAEGER, W., *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Trad. de J. XIRAU y W. ROCES, 2.ª ed., Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1962, p. 9; y en general TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, vol. 1: De los orígenes a la Baja Edad Media, 3.ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 1961, pp. 100 ss.).

de Derecho natural, en la medida en que su concepto de naturaleza es fundamental para tal determinación¹⁰. Así, teniendo en cuenta

que para el filósofo griego la ontología tiene como objeto central a los seres naturales del mundo sublunar, *physis* es: «... la esencia de los seres, que tienen en sí y por sí mismos el principio de su movimiento . La materia no se llama en efecto naturaleza, sino porque es capaz de recibir en sí este principio, y la generación, así como el crecimiento, sino porque son movimientos producidos por este principio. Y este principio del movimiento de las cosas naturales reside siempre en ellas, ya sea en potencia, ya en acto»¹¹. De las anteriores palabras, se puede inferir un concepto de naturaleza en Aristóteles como principio individual del movimiento que se encuentra dentro de cada ser, de manera que podrá hablarse desde ahora de naturalezas y preguntarse por una naturaleza de una determinada clase de seres, o de un ser particular,

puesto que su *physis* es suya y de ningún otro ser más. De esta noción, el Estagirita deduce que el hombre (como ser que es) vive sometido al imperio del orden natural, de manera que nuestro cuerpo no difiere de los del resto de los animales.

Asimismo, para Aristóteles el cuerpo no está radicalmente separado del espíritu: cuando yo envejezco no significa sólo que pierdo mis cabellos, sino también la memoria. Esto es consecuencia del orden natural. La prueba de ello se encuentra en la psicología, los caracteres y en los modos de vivir del hombre con total constancia y regularidad.

Las situaciones típicas de valentía, bestialidad, inteligencia, templanza o ignorancia se dan en todo tiempo: son fenómenos naturales sobre los que se puede edificar una teoría de las virtudes y los vicios; en definitiva, una moral natural.

Por otra parte, Aristóteles observa la existencia natural de comunidades humanas; en concreto, la familia y la ciudad. La primera cambia a través de

10. No obstante, debe señalarse que fue Platón quien puso las auténticas bases del concepto aristotélico. Fundamentalmente, el platonismo trasplantó el concepto a un mundo trascendente, de manera que las cosas terrestres forman parte y participan de él, y lo imitan en su actividad . Sobre la base de este planteamiento formal, Aristóteles entiende que la verdadera naturaleza de las cosas se halla en los conceptos forjados por la mente; y estos conceptos tienen un carácter abstracto y general.

11. ARISTÓTELES, *Metafísica*, trad . de P DE AZCÁRATE, 12 . º ed ., Madrid, Austral, Espasa Calpe, 1988, p. 136. Más tarde la Escolástica reformularía este concepto en el célebre aforismo : *Natura est principium motus et quietis eius in quo est, per se primo, et non secundum accidens* («Naturaleza es el principio último de toda energía, intrínseco al ser de que se trata y que es en él algo sustancial y no un mero accidente»). Una buena exposición del concepto de naturaleza en Aristóteles se encuentra en: NESTLS, W, *Historia del espíritu griego*. Desde Homero hasta Luciano, trad. de M. Sacristán, 2 . º ed ., Barcelona, Ariel, 1975, pp . 203 ss.

los tiempos como cambia todo ser natural¹² y puede ser más o menos amplia. Con respecto a la ciudad, la cual entiende como comunidad política (polis), considera que tiene también un origen natural, y los organismos que ella desarrolla (gobierno, jueces, etc.) son fenómenos naturales. De esta manera, no existen tantas diferencias entre las sociedades humanas (aun cuando en ellas exista una mayor diversidad) y las sociedades de animales tales como abejas u hormigas. Así pues, el orden natural llega también a la vida política y al Derecho¹³.

1.C) Significados del término Derecho natural

Como dice G. Robles, todos los significados del término Derecho natural pueden ser reducidos a dos grandes categorías: el Derecho natural como postura epistemológica y el Derecho natural como contenido de tal postura. En este segundo sentido, sería un conjunto de principios de carácter ético-social que tienen como objetivo el influir en la estructuración jurídica de una determinada sociedad o de toda sociedad existente. Estos dos aspectos no son separables, ya que, en palabras del autor, «... todo contenido de pensamiento necesariamente ha sido o es pensado desde una determinada

-
12. En Aristóteles tiene una gran importancia la idea de cambio (kinesis) . Ésta tiene por objeto el movimiento, entendido este término en su sentido más amplio : no sólo como movimiento local (cambio de lugar en el espacio), sino también en el sentido de alteración cualitativa (génesis, crecimiento y corrupción) . En este sentido, existen seres inmutables, como las entidades matemáticas, como el círculo o el cuadrado, que son antes de razón; o los astros, cuya trayectoria circular era tenida por invariable, atribuyéndosele una esencia divina . Sin embargo, como se apuntó supra, Aristóteles fija su atención en el mundo de aquí abajo, lo que él llama mundo sublunar, de tal manera que la Astronomía no forma parte de la Física . Las cosas naturales (ta physei onta) tienen como carácter específico y fundamental el de la movilidad (dynamis) . Esta movilidad es de carácter interno . El paradigma es la planta : nace a partir de una semilla y produce una rosa que muere. El ser natural es un ser vivo y corruptible que se mueve y cambia por sí mismo. Si el crecimiento de las plantas está condicionada por el clima, las estaciones, el sol y la lluvia, quiere decirse que está ordenado por una fuerza interna . Aquí reside la oposición entre la génesis espontánea de las cosas naturales y la producción de los objetos artificiales que fabrica el hombre, en los que el movimiento está regido por una causa externa . Este dinamismo natural se halla presente también en el hombre y en los grupos humanos (familia o polis) en tanto que son naturales. A su vez, este dinamismo de las cosas naturales tiene un fin (telos) determinado, y tiene también un sentido: la tendencia al orden . En consecuencia, en el seno de la naturaleza se encuentra el Bien (agathon) . Según Aristóteles, esto es un hecho perfectamente observable : la semilla produce el árbol, las flores y los frutos. Por tanto, el Bien es una parte integrante del ser, como su causa final o formal; lo que más tarde Santo Tomás de Aquino ilustraría con sus famosos brocados *En.s et bonum convertuntur* y *Bonum eat in re* (los estudios en torno a la Física aristotélica son también muchísimos; no obstante merecen considerarse en general : JAEGER, W, Aristóteles : bases para la Historia de su desarrollo intelectual, trad. d e J. GAOS, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993 ; JUDSON, L. (ed .), *Aristotle's Physics: a collection of essays*, Oxford, Clarendon Press, 1995 ; MANSION, A., *Introduction à la physique aristotélicienne*, 2^e ed ., Louvain, Ed. d e l'Institut Supérieur de Philosophie, 1946 ; SOLMSEN, F., *Aristotle's system of the physical world: a comparison with his predecessor*, Ithaca, New York, Cornell University press, 1960 ; WATERLOW, S., *Nature, change and agency in Aristotle's physics: a philosophical study*, Oxford, Clarendon Press, 1982 ; y WIELAND, W., *Die aristotelische Physik. Untersuchungen über die Grundlegung der Naturwissenschaft and sprachlichen Bedingungen der Prinzipienforschung bei Aristóteles*, 2 Aufl ., Göttingen, Vandenhoeck and Ruprecht, 1970).
13. Es famosa la caracterización que del hombre hace Aristóteles como animal político (zoón politíkon). El sentido de esta concepción se encuentra en que, como afirma J. Habermas, para Aristóteles la realización de la naturaleza humana depende directamente de la polis (cfr . HABERMAS, J., *Teoría y praxis. Estudios de Filosofía social*, trad. de S. MAS TORRES y C. MOYA Espí, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 50)

opción gnoseológica, y toda opción gnoseológica produce -por hablar en sentido metafórico- el contenido respectivo»¹⁴.

De las dos concepciones hay que preguntarse sobre cuál es el aspecto fundamental, el que define el carácter propio de una u otra. Si se considera que lo decisivo es el contenido, el problema del Derecho natural estaría ligado al problema de la justicia: Derecho natural sería teoría de la justicia¹⁵. En cambio, si se estima que el aspecto fundamental para calificar a una determinada estructura de pensamiento como iusnaturalista es su configuración desde el punto de vista epistemológico, no se entra a argumentar a favor o en contra de su contenido ni de su carácter y validez como teoría, sino que se persigue sólo indagar y descubrir los rasgos de dicha teoría del conocimiento ; se trataría, pues, de describir la estructura que subyace a cualquier teoría del Derecho natural. De esto se deduce que existe una estructura formal común a todas las diversas formas en que se ha expresado la doctrina del Derecho natural, de manera que si se pretende calificar a una determinada concepción del Derecho como iusnaturalista deberá discutirse sobre si la estructura que constituye la forma de pensar propia de ella encaja o no en la estructura anteriormente establecida como común. Así pues, se puede afirmar la existencia de algo que puede ser denominado iusnaturalismo y de lo que se puede llamar iusnaturalismos, entendiendo el iusnaturalismo en singular como lo común a los iusnaturalismos en plural¹⁶.

1.D) Caracteres del Derecho natural

De la epistemología iusnaturalista pueden ser predicados los siguientes rasgos característicos: a) la unión del ser y del deber ser o, en otras palabras, de la naturaleza y el valor; b) el Derecho natural como objeto propio de análisis científico; c) el dualismo jurídico; y d) posibilidad de conocimiento humano del Derecho natural.

14. Para la consideración de este tema seguimos básicamente el esquema propuesto por G. Robles al entender que sintetiza esta problemática de manera ejemplar (vid. Robles, G., op. cit., p. 19).

15. Si se identifica Derecho natural con la idea de justicia sin más se pierde la capacidad para entender el proceso histórico de esta concepción filosófica en torno al Derecho que es la iusnaturalista. Asimismo, tampoco se está en condiciones de comprender el sentido último del positivismo y, en consecuencia, de entender el problema de los valores desde una perspectiva analítica. Esto se justifica en la medida en que para esta concepción el Derecho natural no es otra cosa que un modo de entender el fenómeno jurídico, un modo de aproximación intelectual al Derecho; en tanto que sólo de manera secundaria constituye un conjunto de principios prácticos de carácter ético-social. Así entendido, el Derecho natural es, pues, una filosofía del Derecho, y no un Derecho.

16. En definitiva, se trata de diferenciar entre doctrina del Derecho natural (como teoría) y Derecho natural, como objeto de dicha teoría ; en otras palabras, entre Derecho natural como metalenguaje y Derecho natural como lenguaje objeto (Sobre esta distinción, vid: KAUFMANN, A., «Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus», en Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges, Frankfurt am Main, Atháneum, 1972, pp. 68 y 69 ; VHRDROSS, A., Statisches and dynamisches Naturrecht. Freiburg, Rombach, 1971, pp. 14 y 15 ; y en España: Puy, E, Lecciones de Derecho natural, vol. 1 : La ciencia del Derecho natural, Santiago de Compostela, Porto y Cia., 1967, pp. 14 y 15).

- a) La unión del ser y del deber ser. El iusnaturalismo parte de una concepción metafísica del ser que se corresponde con lo trascendente y lo ideal. El ser no es lo que aparece empíricamente ante nosotros, sino la esencia que está detrás de la apariencia sensible; o lo que es lo mismo, su naturaleza¹⁷. Así pues, en el ámbito del Derecho este esquema que identifica ser y deber ser se manifiesta en que el ser del Derecho (el que verdaderamente es: la unión de ser y deber ser) no está en el Derecho positivo (el Derecho puesto por los hombres, por lo tanto dependiente de su arbitrio), sino un Derecho trascendente que es expresión de la verdadera naturaleza de las relaciones humanas. De manera que este Derecho trascendente no es sólo el verdadero Derecho (su realidad auténtica), sino también el Derecho que debe ser (el Derecho ideal: el Derecho justo).
- b) El Derecho natural como objeto propio de análisis científico. El objeto científico del iusnaturalismo es el Derecho natural, es decir, el Derecho justo e ideal. Ello deriva de la característica anterior: desde el momento en que se considera al Derecho natural como encarnación de la unidad esencial entre el ser y el deber ser del Derecho, el conocimiento científico-filosófico de éste debe centrarse en su estudio, ya que es el verdadero y auténtico Derecho. En este sentido, el Derecho positivo queda relegado a un segundo plano, puesto que el objeto fundamental de la ciencia del Derecho natural (en el sentido escolástico de scientia) ha de ser forzosamente ese Derecho trascendente e ideal que no sólo es, sino que también constituye expresión del deber ser¹⁸.

17. Como ya vimos a propósito del concepto clásico de naturaleza, cuando el iusnaturalismo se refiere a naturaleza pretende expresar que ésta no tiene nada que ver con lo artificial, que se encuentra en un nivel distinto al mero arbitrio o voluntad humanas.

En determinadas formas de iusnaturalismo lo natural es concebido como sinónimo de lo permanente, lo inmutable y lo necesario (recuérdese la definición aristotélica expuesta en la *Metafísica* de la necesidad y de lo necesario como «... aquello que es la causa cooperante sin la cual es imposible vivir (...)». La necesidad es por consiguiente (...) aquello en cuya virtud es imposible que una cosa sea de otra manera». ARISTÓTELES, op. cit., pp. 136-137). Efectivamente, la existencia de iusnaturalismos que no tienen una concepción de la naturaleza como algo inmutable y eterno (esto es, una concepción entera y genuinamente aristotélica), sino como una realidad que puede ser susceptible de cambio, corroboran la idea de que la naturaleza es entendida aquí como lo que se contrapone a la apariencia (lo que el hombre capta empíricamente a través de sus sentidos) y al arbitrio o voluntad humanas (lo que el hombre quiere o desea: a su capricho).

Asimismo, el hecho de que se identifique con lo ideal significa que la naturaleza es lo que debe ser. Ello supone que la naturaleza no constituye sólo el ser en sí perfectamente construido, sino también el ser como valor en su plenitud, de manera que ser y valor se identifican totalmente.

18. Tras la crítica positivista este panorama se complica enormemente, ya que el iusnaturalismo pasa a reconocer determinadas aportaciones de aquél (como por ejemplo la existencia de nuevas y múltiples formas de conocimiento jurídico tales como la Sociología jurídica, la Dogmática jurídica, etc.) y reserva para la reflexión filosófica en torno al Derecho el problema de la justicia, en donde el iusnaturalismo ubica el problema del Derecho natural. De esta manera, se introduce por determinados autores (fundamentalmente N. Bobbio) la posibilidad de ser positivista en el ámbito de la Ciencia del Derecho y iusnaturalista en el filosófico o ideológico. Es lo que se ha venido en llamar Derecho natural deontológico o Teoría deontológica del Derecho natural.

- c) Dualismo jurídico. La primacía del Derecho natural no excluye la existencia del Derecho positivo (o humano). Ahora bien, si éste quiere llamarse verdaderamente Derecho tiene que estar de acuerdo con las exigencias del Derecho natural, de manera que se admite la existencia de dos Derechos: el natural y el positivo¹⁹.
- d) Posibilidad de conocimiento humano del Derecho natural. El hombre puede conocer fácticamente el contenido material del Derecho natural aunque no haya sido él su autor. Ello quiere decir que el hombre tiene esta posibilidad, lo cual no implica que siempre se lleve a efecto tal extremo, puesto que depende de la concepción que se tenga de hombre y del modo en que se entienda el Derecho natural²⁰.

Sin duda, la característica más importante es el dualismo jurídico, puesto que alrededor de ella se estructuran las demás. La Historia del iusnaturalismo lo demuestra: para los griegos el dualismo se expresa en la distinción entre *physis* y *nomos*, en el Medievo en la distinción entre *ius naturale* y *ius positum* y en la Modernidad en la contraposición entre razón (como libertad) y coacción. En los tres casos, el segundo elemento (*nomos*, *ius positum*, coacción) posee una connotación peyorativa con respecto al primero, considerándose por los distintos autores como elementos secundarios e imperfectos, por entender que es el primero el que verdaderamente ha de centrar la atención de quien pretenda conocer el Derecho natural. Por tanto, he aquí la base sobre la que se sustenta la epistemología común a toda doctrina del Derecho natural.

2. La cuestión del derecho natural en la doctrina historicista del Derecho de Savigny

Ya se adelantó que Savigny no combatió directamente el Derecho natural racionalista, sino que simplemente lo ignoró o silenció. El jurista alemán se limitó a contraponer al iusnaturalismo racionalista una concepción totalmente opuesta de la Ciencia del Derecho y de su objeto, de manera que no afrontó el problema del Derecho natural de manera expresa o directa. Esta circunstancia condiciona

-
19. Este rasgo es el que R. Hernández Marín entiende como definidor de lo que él denomina como tesis iusnaturalista. Según el autor : « . . . para toda entidad jurídica positiva existe un Derecho natural del cual deriva o en el cual se inspira (...) . O lo que es lo mismo: para toda entidad positiva, si no existe un Derecho natural del cual derive no es jurídica; o también : las entidades positivas que no derivan de un Derecho natural no son jurídicas» (HERNÁNDEZ MARI, R., Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea, Madrid, Tecnos, 1986, p. 63) . Esta idea tiene su origen en Platón, en concreto en el dualismo que plantea el binomio realidad-idea. He aquí el rasgo fundamental en que coinciden los autores que han abordado esta problemática (vid. por ejemplo: BERGe0Hm,K., Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, vol . 1: Das Naturrecht der Gegenwart, Leipzig, Duncker & Humblot,1892, p. 145 ; KELSEN,H., Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho, Trad. de M. Nilve, Buenos Aires, Editora Universitaria, 1977, pp. 106 y 107; y Ross, A., Sobre el Derecho y la justicia, trad . de G. R. CARRY6, Buenos Aires, Eudeba, 1970, pp. 232 y 233) .
20. Esto está vinculado directamente con el modelo de hombre que se considera en cada período histórico del iusnaturalismo como el que puede acceder a ese conocimiento.

en grandísima medida el tratamiento de esta cuestión en Savigny, puesto que se trata de un problema meramente doctrinal y su resolución depende casi exclusivamente del punto de vista que adopte el intérprete de su doctrina a la hora de abordarlo. Por tanto, parece lo más adecuado examinar en primer lugar las más importantes opiniones aportadas por los autores que lo han estudiado.

En este sentido, hay dos grandes líneas de interpretación: la que considera que Savigny no rompió con la tradición iusnaturalista anterior, hasta tal punto que no sólo no superó el Derecho natural racionalista²¹, sino que propició su transmisión a la Ciencia jurídica posterior²²; y la que estima que Savigny es en la reflexión iusfilosófica, como pone de relieve (irónicamente) A. Ross, «... el San Jorge de la Ciencia jurídica alemana, que derrotó al dragón del Derecho natural»²³.

- Argumentos en favor del iusnaturalismo de Savigny. Los autores que defienden esta postura emplean argumentos de diversa índole para justificarla. Los más comunes e importantes son los siguientes:
 - a) Desde el punto de vista de su doctrina en torno al origen del Derecho y de su teoría de las fuentes. En este orden de ideas, se señala que la doctrina de surgimiento del Derecho en el Volksggeist responde a un intento de determinar de manera científica (natural-causal) el origen del Derecho, subordinando, pues, el proceso de aparición de aquél a una suerte de legalidad científica de carácter sociológico-natural. El método empleado para ello por Savigny es de carácter empírico, en la medida en que son los hechos los elementos centrales en la investigación. Desde el momento en que se considera que el Derecho natural no precisa su manifestación como fenómeno empírico, sino que atañe a la problemática de si existe o no para quienes han de establecer para el Derecho una causa básica y determinante de valor universal que constituye un elemento apriori, ha de admitirse que lo que al legislador pudiera afectarle empíricamente resulta completamente indiferente a sus relaciones con ese elemento apriorístico y, por tanto, éstas no se excluyen en absoluto²⁴. Esto supone que Savigny no ha desechado en última instancia la posibilidad de un Derecho natural en

21. Cfr. por ejemplo R. Stammler, quien afirma taxativamente que «... es un hecho incontestable que los corifeos de la Escuela histórica del Derecho no nos han dado una refutación científica de la cuestión del Derecho natural» (STAMMLER, R., «Sobre el método de la teoría histórica del Derecho», Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales, op. cit 1, p. 108).

22. Cfr. en este sentido por ejemplo: BERGBOHM, K., op. cit., pp. 507, 521 y 525.

23. Ross, A., *Theorie der Rechtsquellen*. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Leipzig and Wien, Franz Deuticke, 1929, p. 129.

24. Señala Stammler (el principal valedor de esta opinión) a este respecto: «Del mismo modo la idea de la virtud en su realidad es por completo independiente de la cuestión de si podrá existir jamás un hombre completamente virtuoso, y no por la negativa de esto último (que en verdad tampoco podría probarse) habría de ser aquella idea una pura fantasía» (STAMMLER, R. «Sobre el método. . .», op. cit., p. 117).

estos términos, a pesar de que su preocupación preferente haya sido la investigación de los factores (los hechos) que influyen positivamente en la conformación de la organización jurídica de un pueblo ²⁵.

Asimismo, en el Sistema del Derecho romano actual²⁶ se refiere Savigny a las normas jurídicas que no tienen su origen, ni en el elemento general del Derecho popular, ni en su elemento individual, sino en la utilitas. Estas normas son calificadas por el autor como Derecho anormal, contra rationem iuris. En estas afirmaciones se ve una proyección de la doctrina iusnaturalista de la corrupción de ley de Santo Tomás de Aquino, la cual básicamente se daba en la ley humana que no se inspiraba en el Derecho natural.

Con respecto a aspectos concretos de la teoría savigniana de las fuentes del Derecho, se ha puesto de relieve el papel central que ocupa en el primer Savigny (especialmente en su Metodología jurídica) la ley y el Estado-legislador como fuentes del Derecho, y por ello el iusnaturalismo que de fondo impregna la doctrina historicista del Derecho savigniana. Según M. Fioravanti (defensor de esta tesis), los términos Jurisprudenz, Rechtswissenschaft y Gesetzgebungswissenschaft son tratados por el jurista alemán con total indiferencia en cuanto a sus respectivos significados. Por el contrario, los términos Derecho y ley coinciden en el sentido de que reduce el primero al segundo, de manera que la ley es considerada por Savigny como la única fuente del Derecho, circunscribiendo la actividad interpretativa a ella y declarándose contrario, pues, a la interpretación extensiva y restrictiva de la ley, sin admitir el criterio teleológico. En este sentido, Savigny se lamenta, a propósito del ejercicio del poder legislativo por muchos Estados alemanes, de una cierta inercia que ha propiciado el hábito justamente contrario a estos tipos de interpretación en la praxis; esto es, una tendencia excesivamente creativa. Esta situación para Savigny resulta peligrosa en la medida en que genera una gran confusión en el ámbito de las fuentes del Derecho y en la propia convivencia social. El remedio a esto lo ve en la ley, ya que ésta constituye el punto de apoyo más adecuado para imponer la objetividad en este terreno por su capacidad racional de constituirse en elemento regulador de la convivencia. En esta

25. A este respecto, afirma con cierta sorna Stammler : « . . . la Escuela puramente histórica del Derecho, al declarar que no quería ocuparse de esa duda [el problema del Derecho natural, se entiende], que nada tenía que ver con ella, que desde su punto de vista no existía tal cuestión, le pasó como a aquel hombre que recibió admirado la condena en rebeldía porque él no quería tener un pleito» (ibidem., p. 123).

26. SAVIGNY, F. K. ven ; System des heutigen römischen Rechts, I., Berlin, 1840, pp. 52 y .53 . Sostiene esta tesis DUFOUR, A., «Droit et Langage dans l'histoire du Droit», Archives de Philosophie du Droit, 19, 1974, pp. 174 y 175 ; y HERNÁNDEZ MARÍN, R., op. cit., pp. 83 y 86 .

actitud ve Fioravanti una influencia clara del iusnaturalismo alemán (de la sistemática wolffiana en concreto), en cuanto que es una resonancia del mito iluminista alemán de la racionalidad y de la plenitud de la ley, considerada por él como forma necesaria de organización²⁷.

Por otra parte, en cuanto al papel de la legislación se ha argumentado a favor del iusnaturalismo de Savigny basándose en el hecho de que el jurista alemán la entendiese (sobre la base de unas afirmaciones realizadas en 1819 en unas lecciones dictadas por él) como el medio para fijar el esencial e invisible Derecho popular²⁸; es decir, el Derecho natural.

- b) Desde el punto de vista de las relaciones entre Historia y sistema en su doctrina, y de su noción de sistema. En la doctrina savigniana del Derecho los dos polos básicos son la preocupación por la historicidad del Derecho y la atención hacia la organización y ordenación del pensamiento científico-jurídico, de tal manera que la doctrina historicista de Savigny constituye una síntesis de ambos principios²⁹. El primero de ellos representa una

27. No obstante, el comentarista italiano puntualiza que el problema que presenta su interpretación ha de ser valorado en la medida en que pueda ser comprendido el verdadero significado del término iluminista en la Alemania de 1802. En este contexto, la ley es expresión coherente de la racionalidad, la cual es considerada como un orden natural y necesario. Aquí juega un papel fundamental la comprensión de las relaciones que existen entre Kant y Savigny. Ambos comparten en este aspecto su rechazo a la intervención del Estado en los mecanismos de autodesarrollo de la sociedad, pues sienten que tal intervencionismo conlleva la introducción del arbitrio y la subjetividad en la esfera de la certeza y de la objetividad, ya que ambos confían en la capacidad de autorregulación de la sociedad y en el orden ético-jurídico en ella ínsito. Ello explica la preferencia de Savigny por el Derecho privado, como expresión privilegiada de esta capacidad de autoregulación y, en última instancia, de realización de este orden racional. Aquí se encuentra la explicación del anti-iluminismo que de hecho caracteriza a Savigny. El dogma de la plenitud y racionalidad de la ley comporta una consecuencia fundamental desde el punto de vista político: la posibilidad e intervención por parte del Estado para transformar lo existente según una determinada voluntad política. Este argumento no es admitido por Savigny y es en este sentido, pues, en el que Savigny es profundamente anti-iluminista: su kantismo, en 1802, prefigura la posterior hegemonía cultural del Romanticismo (cfr. FIORAVANTI, M., *Giuristi e costituzione política nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 21, 22, 25 ss.).
28. Afirma Savigny al respecto en palabras recogidas por E. Ehrlich: «El único objetivo de la legislación debe ser necesariamente el de fijar de esa manera el esencial e invisible Derecho del pueblo. Desgraciadamente, muchas legislaciones no han obrado así y, como consecuencia, el Derecho ha sido mortificado muchas veces en su esencia» (cit. por HERNÁNDEZ MARÍN, R., op. cit., p. 83).
29. Ilustrativas al respecto resultan las siguientes palabras de Savigny sobre lo que consideraba que debía ser un tratado sistemático en torno a lo que él entendía por Derecho romano actual: «Desde mi punto de vista, la condición esencial de una obra de este tipo es la de penetrar y tratar de poner en claro cuál es el vínculo íntimo y las afinidades que hay entre todos los conceptos y normas jurídicas, y que conforman su gran unidad» (SAVIGNY, F. K. von, *System des heutigen römischen Rechts*, op. cit., p. XXXVI). En el iusnaturalismo racionalista predominaba una idea de sistema basada en la elección de los principios del mismo por parte del iusnaturalista, en razón de lo que él consideraba como datos de la realidad objetiva (naturaleza o Derecho positivo), de manera que elegir, en el ámbito científico, constituye una forma de crear. Pero no basta con la elección; además los nombra, los define y los divide, como si realmente dijera algo de lo definido y no de las palabras que define; como si escindiera verdaderamente un fragmento del mundo, y avanzara en su conocimiento. Así pues, a partir de tales principios, la configuración del sistema comporta la sustanciación de inversiones epistemológicas por deducciones. Al final el sistema resulta ser un sistema de conceptos, y este conceptualismo será absolutamente decisivo para el saber jurídico posterior. En consecuencia, la realidad empírica nunca pudo ser esgrimida contra la razón quintaesenciada en la forma del sistema (axiomático) y el sistema quedó libre para desarrollarse y tener vida propia sin necesidad de preocuparse de otra cosa que de sí mismo. Esta noción de sistema significa la continuidad con respecto a la existente hasta entonces en la tradición jurídica occidental, de tal forma que va a presidir la idea de sistema en que se basaron los codificadores. Así, para éstos

novedad fundamental en la Historia del pensamiento jurídico, en tanto que el segundo es deudor del iusnaturalismo. En este sentido, se afirma que la epistemología jurídica savigniana se encuentra vinculada a la tradición sistemática iusnaturalista. La introducción de la experiencia en la sistematicidad a través del elemento histórico reduce en gran medida el carácter apriorístico que presenta dicha sistematicidad, y sirve para que el sistema tenga en cuenta la índole plural, variada e interdependiente de la realidad, de tal manera que el sistema es en sí mismo realidad. Esta concepción no implica una ruptura epistemológica con el iusnaturalismo racionalista precedente, ya que, además, Savigny se basa en buena medida en las sistematizaciones de Thibaut, del pandectista Heise y, en última instancia, en los discípulos de Wolff, Darjes y Nettelbladt, y en la metodología y sistemática de Puffendorf³⁰.

Asimismo, la concepción savigniana del sistema como *methodus disponendi* es reflejo también del iusnaturalismo racionalista,

se produce un reencuentro entre el sistema y la realidad normativa por mor de aquél. Ahora bien, tal realidad no constituye todavía el punto de partida para la sistematización, sino su continente. Los patrones sistemáticos tienen una existencia a priori respecto de lo que sistematizan. Vienen a ser una forma impuesta (o puesta) a lo informado, ya que la imposición no es forzada. En consecuencia, la sistematicidad del sistema y la realidad normativa, si bien con orígenes distintos, pudieron de este modo interpenetrarse en una relación dialéctica que culminaría con un nuevo sentido de la sistemática en Savigny.

En esta transición jugó un papel fundamental el racionalismo kantiano. La gran importancia que con Kant adquiere el concepto de forma como constitutivo del concepto de ciencia jugó un papel primordial en la idea de ciencia savigniana. Como señala A. Schiavone, «... la forma es el dios escondido de la nueva razón jurídica (...); en Savigny la presencia del concepto de forma, aun cuando no recurra explícitamente a la palabra, condiciona de modo decisivo el estatuto de los conceptos de método y de sistema». Es por ello que en Savigny el concepto de forma reducido sólo a formalismo pasa a ser totalmente dominante. Así, prosigue el autor italiano, «... un constructivismo que en Kant se presenta sin duda desvaído y menor, formalista y sistematizante, se convierte –erradicado del conjunto de la reflexión que la contenía– en el alma misma del método de Savigny» (SCHIAVONE, A., *Los orígenes del Derecho burgués. Hegel contra Savigny*, trad. d. E. BAFFI y H. KANEMANN, Madrid, Edersa, 1986, pp. 60 y 65).

Asimismo, Kant criticó el método del Derecho natural racionalista, aunque las críticas las dirigió más hacia su fundamentación epistemológica que hacia sus propósitos sistemáticos. El peculiar racionalismo kantiano pasa a ser ahora la nueva fuente del sistema. Su fundamento explícito pasa de la naturaleza a la razón. Todavía más: no ya la razón es la fuente del sistema, sino también de lo sistematizado (el Derecho). Dado el Derecho, como cualquier objeto de la ciencia, la organización sistemática de su conocimiento era una exigencia impuesta por la razón. En la tensión constante entre realidad y sistema, el sistema prevalece; no al margen de la realidad, como antes, sino frente o junto a ella. De este modo, según Kant, el sistema es la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea. Ello dio lugar a la construcción del Derecho en un sistema lógico de principios absolutos e inmutables fundados en la razón, es decir, en la ciencia misma, así como la desvinculación del sistema con respecto a la Historia.

En consecuencia, esta noción de sistema en Savigny supone la definitiva unión entre sistema y realidad; heredera de la sistemática anterior. Como dice A. Hernández-Gil A. - Cienfuegos, «... si bien el tránsito fue, lógicamente, gradual y la Escuela histórica parte de las realizaciones sistemáticas precedentes, y en gran medida las asume, ahora el sistema se fundamenta en la realidad misma; en ella encuentra la sistematicidad su origen: la forma impuesta a la materia jurídica ha acabado por depender de lo informado hasta cierto punto al menos» (HERNÁNDEZ-GIL A.-CIENFUEGOS, A. «La noción de sistema en Savigny», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales*, op. cit., vol. I, pp. 293 a 303. Sobre la noción de sistema en Savigny, vid. por ejemplo: HANISCH ESPÍN-DOLA, H., «Sentido de las instituciones y del sistema jurídico en F. C. von Savigny», *ibidem*, pp. 421- 447; LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. d. M. RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, Ariel, 1994; ZULETA PUCEIRO, E., «Savigny y la teoría de la Ciencia jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIX, 1976-77, pp. 57-81).

30. Cfr. WIEACKER, F., *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, trad. de F. FERNÁNDEZ JARDÓN, Madrid, Aguilar, 1957, p. 342. Sobre el modo en que se produjo la recepción de la sistemática iusnaturalista por Savigny por esta vía, vid. WILHELM, W., *Metodología jurídica en el siglo XIX*, trad. de R. BETHMANN, Madrid, EDERSA, 1980, pp. 54 a 56.

concretamente de la sistemática de Leibniz. La sistemática entendida como modo de disponer resulta a todas luces congruente con el racionalismo y con la sistemática iusnaturalista.

Por otra parte, en Savigny el sistema se presenta como conjunto de fenómenos reales que forman un organismo, y no como cualidad que hace de tal conjunto un organismo, de manera que entiende el sistema en sentido material. Sin embargo, cuando Savigny atiende a la función específica de la Ciencia del Derecho, y deja entrever que crea verdaderamente un sistema que no es sólo un reflejo de la realidad, parece adoptar un sentido de sistema de carácter formal, en la medida en que el sistema sería elaborado por la ciencia en cuanto forma; es decir, en cuanto orden o criterio determinante de la sistematicidad. En este sentido, Savigny estaría vinculado con la tradición iusnaturalista de corte racionalista, puesto que la realidad, que prevalece siempre en la concepción de los elementos del sistema (en el material ordenado), no lo hace en tal grado en la forma de su disposición sistemática (en la ordenación de ese material)³¹.

Finalmente, Savigny es iusnaturalista en lo referente al conceptualismo de su sistemática. En la medida en que la relación jurídica presupone el sistema, y este sistema es de instituciones jurídicas (las cuales, como tipos, tienden a la abstracción y se organizan según un modo conceptual), no resulta ser la conexión orgánica de las instituciones, sino la conexión lógica de los conceptos (de carácter abstracto y general) lo que otorga forma al sistema. En este aspecto tampoco rompe Savigny con la tradición iusnaturalista: la relación jurídica que se describe en el lenguaje de las normas está en la realidad; pero en la medida en que la descomposición de sus elementos es expresión y tiene como exigencia el sistema, Savigny se eleva desde la realidad a conceptualizaciones que remiten directamente a la sistemática racionalista del iusnaturalismo³².

Se ha argüido en favor del iusnaturalismo de Savigny en este aspecto de su metodología basándose en la consideración de que las ideas del jurista alemán suponen un avance y un perfeccionamiento en el desarrollo de

31. Algunos autores califican esta tendencia de iusnaturalismo formalista (siguiendo la terminología de K. Bergbohm: *formaler Naturrechtler*), en el sentido de que la Ciencia jurídica debe tener un carácter lógico-sistemático. Esta pretensión de unidad lógica del sistema era la misma que en el siglo XVIII habían intentado satisfacer los iusnaturalistas. (cfr. ROTHACKER, E., «Savigny, Grimm, Ranke. Ein Beitrag zur Frage nach dem Zusammenhang der historischen Rechtsschule», *Historische Zeitschrift*, 128, 1923, p. 422; BÖCKENFÖRDE, E., «Die historische Rechtsschule and das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts», *Collegium Philosophicum. Studien J. Ritter zum 60. Geburtstag*, Stuttgart, 1965, pp. 19 a 24; FAssó, G. *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. 3 (s. XIX-XX), trad. d e J. F. LORCA NAVARRETE, Madrid, Pirámide, 1988, p. 55; y DUFOUR, A., «Droit et Langage dans l'ecole historique du Droit», *op. cit.*, pp. 175, 179 y 180)

32. Cfr. HERNÁNDEZ-GIL A.-CIENFUEGOS, A., *op. cit.*, pp. 314, 320, 321, 332, 348, 373 y 374.

lo que viene en llamarse parte general, elaboración que como se sabe corresponde fundamentalmente a la tradición sistemática iusnaturalista³³.

- c) Desde el punto de vista de su teoría de la interpretación. Cuando al hilo de su concepción en torno a la interpretación jurídica³⁴ Savigny se refiere a la interpretación de las leyes defectuosas y de las que contienen expresiones erróneas afirmando la necesidad de interpretar no sólo éstas, sino también las que puedan parecernos absolutamente claras (en contra del viejo aforismo *in claris non fit interpretatio*), se pone de manifiesto, en palabras de A. Ollero, el iusnaturalismo conceptualista que de fondo impregna toda su doctrina jurídica. Desde el momento en que el jurista alemán se preocupa de las leyes defectuosas, está aludiendo a un aspecto patológico y por tanto, admitiendo implícitamente la existencia de un modelo o patrón que resulta realizado de manera incompleta o insuficiente; esto es, de un tipo de ley perfecto o ideal (de una suerte de concepto de ley) con el que no vendría a coincidir. Aquí se parte de que la interpretación implica la aproximación progresiva del supuesto de hecho general previsto y el hecho particular concreto, en aras de hacer confluír de forma ponderada la consecuencia práctica que se deriva del texto legal y la norma que el caso concreto propone desde su exigencia particular de solución, a través de un proceso circular de acercamiento, y con el fin último de no llegar al conflicto que supondría, bien la quiebra frontal con la ley en aras del Derecho libre, bien una solución inadecuada y desajustada del caso en aras de la, en palabras de Ollero, *summa lex*³⁵.
- d) Desde el punto de vista del fundamento último del Derecho para Savigny. Se aduce aquí que para Savigny existe un orden ético objetivo que actúa como fundamento último del Derecho (de cada Derecho particular, se entiende), y que ese orden ético es la moral cristiana, la cual constituye el fin último de la naturaleza humana. Este orden ético es considerado como el Derecho natural³⁶. Asimismo, el hecho de que Savigny se refiera

33. MANTILLA PINEDA, B., «La metodología jurídica de Savigny», *Savigny y la Ciencia del Derecho- Revista de Ciencias Sociales*, op. cit, I, pp. 248 a 251 ; y TUHR, A. von ; *Derecho civil*, vol. 1, Buenos Aires, Depalma, 1946, pp. X y XI.

34. La teoría de la interpretación de Savigny es expuesta por el autor alemán en : SAVIGNY, F. K. Von, *System...*, op. cit., I, pp. 206 y sigs. Sobre ésta, vid., por ejemplo : ZULETA PUCEIRO, E., *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, Editoriales de Derecho reunidas, 1981, pp. 90 SS., ZULETA PUCEIRO, E., «Savigny y la teoría moderna de la interpretación», *Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX-Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, op. cit., pp. 199-218 ; TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I : *Assolutismo e codificazione del Diritto*, Bologna, 1976, pp. 67 ss., HERNÁNDEZ-GILA.-CIENFUEGOS, A., op. cit., pp. 273-408; y WILHELM, W., op. cit., pp. 67 ss.

35. Cfr. OLLERO, A., «Savigny : el legalismo aplazado», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales*, op. cit, II, p. 576.

36. Autores que sostienen esta tesis son: ZULETA PUCEIRO, E., «Savigny y la teoría de la ciencia jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 81 ; PÉREZ Lufvo, A. E., «Escuela Histórica y Derecho natural», *Verbo*, 128-129, 1974, p. 1006 ; y PEIDR ó PASTOR, I., op. cit., pp. 454-455.

al elemento general del Derecho basado sobre la común naturaleza humana junto al elemento individual del Derechoprivativo de cada pueblo, se interpreta como una alusión al Derecho natural³⁷.

- e) Desde el punto de vista de la consideración del Derecho romano por Savigny. De sobra es conocida la gran importancia que para Savigny tenía el Derecho romano³⁸. Los motivos de esta consideración se cifraban, básicamente, en que para la doctrina histórica savigniana el Derecho romano no era entendido como un Derecho extranjero desde el momento en que éste pasaba a formar parte integrante de la conciencia jurídica nacional³⁹. Tal circunstancia se daba de lleno en Alemania como consecuencia de la recepción que del mismo se dio allí. Por otra parte (y esto es lo que nos interesa realmente en este punto), para Savigny el Derecho romano constituía una especie de Derecho tipo en cuya Historia se revelaba más claramente que en otros ordenamientos la íntima y genuina naturaleza del Derecho según los patrones establecidos por su doctrina histórica, deviniendo así Derecho ideal cuyas pautas había que seguir en la elaboración científica del Derecho vigente en Alemania. Así lo afirma el propio Savigny: «... el Derecho romano es el único Derecho de un pueblo grande y de larga vida, el cual tuvo un desarrollo completamente nacional y no interrumpido, y que, además, fue administrado con un celo cuasi-religioso en todos los períodos de su Historia»⁴⁰. Tal circunstancia ha inducido a pensar en ocasiones que el Derecho romano cumplía en la doctrina histórica savigniana esa función de Derecho perfecto (de ratio scripta) que satisfacía el Derecho natural en el iusnaturalismo anterior⁴¹.

-
37. Defienden esta tesis: STERN, J. (ed.) ; Thibaut-Savigny. La Codificación, una controversia programática basada en sus obras, trad. d e J. Díaz García, Madrid, Aguilar, 1970, p. XXXVII; OLLERO, A., op. cit., p. 563; y PEIDRÓ, I., op. cit., p. 479.
38. Esta importancia era ya apuntada por el propio Hugo, quien afirmó sin recato que el Derecho romano era su Derecho natural.
39. Dice Savigny al respecto: «...el método histórico (...) exige la investigación del Derecho romano, puesto que éste ha sido en nuestra Historia una parte de nuestro Derecho» (SAVIGNY, R K. von ; «Recensión del libro de N. Th. Gáner sobre legislación y jurisprudencia en nuestro tiempo (Erlangen, Palm, 1815)», en SAVIGNY, EICHHORN, GIERKE, STAMMLER; La Escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio, trad . de R. Atard, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908, p. 32).
40. SAVIGNY, R K. von; Vom Beruf, op. cit., p. 28 . Como es fácilmente deducible de estas palabras, el verdadero valor del Derecho romano para Savigny residía en la relevancia que en él tenían los elementos empíricos y nacionales. Es por ello que resultaba ser el más adecuado para estudiarlo a la luz de los principios historicistas; esto es, la indagación en su proceso íntimo de formación y de desarrollo como producto del Volksgeist romano, y la investigación del proceder metodológico de los juristas romanos. Por otra parte, no resulta especialmente significativo que Savigny (y en general la Escuela histórica alemana) no hayan elaborado una Historia del Derecho romano, ni general ni parcial, a pesar de los reproches que en numerosas ocasiones se les ha hecho en este sentido. El motivo de ello estriba en que para Savigny (y la Escuela histórica) tal cometido no estaba dentro de sus finalidades teóricas, en tanto que la Historia en general (y la del Derecho romano en particular) tenía un valor de instrumento de estudio y conocimiento del Derecho vigente, y no de fin en sí mismo (cfr . SOLARI, G., Filosofía del Derecho privado, vol. II : La idea social, trad. de O. CALETTI, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 312).
41. Autores que piensan así son, por ejemplo: THIEME, H., «Savigny and das deutsche Recht», Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, LXXX, 1963, p. 17; SCHULER, Th., « Jacob Grimm and Savigny. Studien über Gemeinsamkeit and Abstand», Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, LXXX, 1963, p. 258; y HURTADO BAUTISTA, M., op. cit., p. 71.

Un ejemplo de opinión en este sentido es la que atribuye este papel al Derecho romano en Savigny sobre la base de su doctrina en torno al carácter científico de la actividad de los jurisconsultos latinos. La afirmación savigniana de que para estos juristas la idea y los teoremas del Derecho no aparecen como fruto de una creación arbitraria, sino que son auténticos seres reales que se les han manifestado por un hábito muy prolongado, ha inducido a pensar que en Savigny existe una clara ontología jurídica de índole genuinamente iusnaturalista, puesto que el contraste entre la arbitrariedad del jurista y el descubrimiento por éste de esos seres reales ponen de manifiesto la existencia de ciertas esencias jurídicas que no son otra cosa que el Derecho natural, desconocido para Savigny, pero que se revela palpablemente en su pensamiento a este respecto⁴².

En general, éstos son los argumentos más importantes⁴³ en favor del iusnaturalismo de Savigny.

- Argumentos en contra del iusnaturalismo de Savigny. Los más importantes son los siguientes:
 - a) Desde el punto de vista de su doctrina entorno a la naturaleza y origen del Derecho, y de su relación con su concepción sobre la Ciencia jurídica y sus funciones. La tesis savigniana del origen y desarrollo invisibles del Derecho en un proceso lento, casi natural (semejante al de las plantas) va en contra de la tesis iusnaturalista (racionalista) en virtud de la cual la razón puede y debe hallar normas intemporales y universales por el mero análisis discursivo de la naturaleza humana. Según Savigny, el Derecho no es producto de la actividad del hombre, sino que tiene un origen superior: el *Volksggeist*. De esta forma, Savigny protesta frente a la existencia arbitraria del Derecho. Aquí la Ciencia del Derecho pierde el carácter de ciencia constructiva (creadora) que le atribuye el iusnaturalismo, pasando a ser histórica, la cual se distingue de la Historia del Derecho en sentido estricto porque ésta se ocupa de aquella parte de Historia que llamamos pasado, y aquélla de lo que entendemos como presente. Como afirma E González Vicén (defensor de esta tesis), «... la última consecuencia de esta concepción del Derecho es, no sólo la imposibilidad de una labor legislativa creadora,

42. Cfr. PEIDRÓ PASTOR, I., op. cit., p. 475.

43. Otros manejados por la doctrina son, por ejemplo:

- El hecho de que Savigny se refiera explícitamente al Derecho natural sin negar su existencia. Dice el jurista alemán al referirse al sistema de fuentes del código francés, y al Derecho natural como fuente subsidiaria en el mismo. Esto ha llevado a afirmar que Savigny entiende el Derecho Natural como una especie de legislación ideal, válida para todos los tiempos y para todos los supuestos, la cual es necesario descubrir a fin de perfeccionar definitivamente el Derecho positivo, que actúa como elemento formativo de éste.
- La idea savigniana de Estado. En tanto que Savigny afirma que el Estado tiene un origen natural, puesto que cree en la imposibilidad de que haya pueblo sin organización política, se piensa que el jurista alemán está abrazando la idea de un Derecho natural que propicia tal existencia (cfr. PEIDRÓ PASTOR, I., op. cit., pp. 464 y 480).

sino la imposibilidad de que exista otro Derecho que no sea el positivo, es decir, el dado con y por la vida del pueblo»⁴⁴.

- b) Desde el punto de vista de la idea savigniana de historicidad del Derecho. El hecho de que el Derecho haya de contemplarse, no sólo en relación con el pueblo, sino también con el elemento tiempo, hace pensar en un rechazo del iusnaturalismo en la doctrina jurídica de Savigny. El tiempo actúa sobre el Derecho en dos sentidos: por una parte, aumentando la fuerza de éste por el arraigo que adquiere en la medida en que es recibido, aceptado, toma una forma determinada y es aplicado por el pueblo; y por otra, transformando y modificando el Derecho; así, el tiempo examina, rejuvenece y mantiene fresco lo que se ha originado por obra de una necesidad interna. Ello no significa que se niegue la posible existencia de algo común a los distintos Derechos y permanente, pero sólo en cuanto a algún principio fundamental que aún no es Derecho propiamente dicho. La regulación específicamente jurídica escapa a toda generalización e inmutabilidad. El Derecho no surge a través del Estado (pues éste presupone ya la existencia jurídica, cuya protección es su fin), sino que antecede al Estado; éste no es más que un complemento necesario de aquél. De esta tesis se sigue como consecuencia la repulsa al Derecho natural, en tanto que Savigny afirma la elaboración espontánea y no racional del Derecho, ya que éste depende en su origen directamente de los hechos⁴⁵.
- c) Desde el punto de vista de su consideración del papel del legislador y de la ley como fuente del Derecho. La idea savigniana de que la ley constituye un mero complemento de la costumbre, en cuanto que es un trasunto de ella y de su contenido, induce a pensar que el jurista alemán se opuso al iusnaturalismo racionalista. Este pretendía deducir unas normas universales e inmutables de validez general por encima de cualquier tiempo y lugar, las cuales tenían su expresión técnica más perfecta en la figura de la ley⁴⁶. En este sentido, el legislador actúa como mero cooperador en el crecimiento orgánico del Derecho, y nunca como su creador desde la nada⁴⁷.

44. GONZÁLEZ VICÉN, E, «Introducción», en BACHOFEN, J. J., *El Derecho natural y el Derecho histórico*, trad. d. e E GONZÁLEZ VICÉN, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 32. En idéntico sentido se manifiesta también Ross, A., *Theorie der Rechtsquellen*, op. cit., p. 141.

En esta actitud ve A. Ollero un positivismo científicojurídico, ya que Savigny identifica Derecho positivo y Ciencia del Derecho. Se diferencia del positivismo científico en que éste último proyecta la teoría positivista de la ciencia sobre lo jurídico; y del positivismo legalista en que no identifica Derecho positivo con ley (cfr. OLLERO, A., op. cit., p. 555).

45. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., «La Escuela Histórica. Iniciación de los métodos dogmáticos», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales*, op. cit., I, pp. 220 y 221.

46. Cfr. por ejemplo, VALLET DE GOYTISOLO, J., *Metodología jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 243 a 245.

47. Dice A. Ross al respecto: «El legislador es un jardinero; puede proteger y exigir el crecimiento orgánico de las flores, pero se apena cuando quiere intervenir y buscar alterar arbitrariamente el crecimiento: su trabajo se desmorona bajo sus propias manos» (Ross, A., *Theorie der Rechtsquellen*, op. cit., p. 158).

- d) Desde el punto de vista de su teoría de la interpretación. El hecho de que Savigny se incline por la voluntad del legislador histórico como criterio decisivo de la interpretación de las normas (rechazando, pues, la interpretación extensiva y la restrictiva) lleva a pensar que el jurista alemán se confiesa partidario de la teoría subjetiva de la interpretación, de manera que la teoría teleológico-objetiva que da primacía al sentido o finalidad de la ley (*ratio legis* o *ratio iuris*) es rechazada por él arguyendo que el fin de la ley no forma parte de su contenido real. Al constituir éste un distintivo fundamental del pensamiento positivista, ya que el positivismo se caracteriza por no aceptar cualquier intento de trascender la ley en razón del sentido de ésta, se califica a Savigny como positivista⁴⁸.
- e) Desde el punto de vista del fundamento último del Derecho para Savigny. Se dice en este sentido que el historicismo savigniano redundaba en una relativización de la escala de valores éticos que miden la fundamentación del Derecho, al perder ésta su carácter abstracto y absoluto debido a la diferente situación histórico-jurídica de cada pueblo particular⁴⁹.

El examen de estas interpretaciones obliga a tener muy presente, si se quieren comprender las auténticas dimensiones del problema del Derecho natural en Savigny, que el jurista alemán (y por ende, toda la Escuela histórica alemana) no se consideró en principio a sí mismo como un refutador del Derecho natural. Lo que pretendió fue ofrecer una fundamentación absoluta del Derecho positivo como única realidad y objeto para la Ciencia jurídica. Por tanto, se trata de fundamentar la positividad como carácter esencial de la realidad jurídica desde el criterio de lo histórico; esto es, no como una explicación pragmática de los Derechos históricos, sino como comprensión del Derecho como parte del desarrollo histórico. En este sentido, en palabras de F. González Vicén, la obra de Savigny constituye «... la carta de independencia del Derecho positivo»⁵⁰. Este planteamiento inicial ya condiciona en gran medida el acercamiento al problema del Derecho natural en Savigny.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta también el uso que del término natural hace Savigny cuando lo aplica al Derecho. Así, emplea la expresión Derecho natural (*natürliches Recht*) refiriéndose al Derecho popular, y no la expresión *Naturrecht*, que es la que se utiliza en lengua alemana para designar técnicamente a lo que entendemos nosotros por Derecho natural. Es más, el propio Savigny se cuida de

48. Cfr. KAUFFMAN, A., «Panorama histórico de los problemas de la Filosofía del Derecho», en KAUFMANN, A., HASSEMER, W, ROBLES, G. (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, varios traductores, Madrid, Debate, 1992, p. 114.

49. Cfr. Ross, A. *Theorie der Rechtsquellen*, op. cit., pp. 141, 142 y 157.

50. GONZÁLEZ VICÉN, R., «La Escuela histórica del Derecho», Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX, op. cit., p. 39.

diferenciar el sentido de ambas expresiones señalando al respecto: «...el Derecho será en el mismo pueblo en épocas distintas, Derecho natural (natürliches Recht), en un sentido diferente del Derecho natural (Naturrecht) del que comúnmente se habla»⁵¹. De esta circunstancia se desprende que Savigny era plenamente consciente del uso concreto que tenía el término Naturrecht en su momento, y que lo podría haber aplicado perfectamente a algún aspecto determinado de su doctrina cuando lo hubiese considerado oportuno, cosa que no hizo.

Teniendo en cuenta las tesis expuestas anteriormente, puede afirmarse:

- En lo que se refiere a la consideración de la teoría de las fuentes, y más en particular de la ley, la argumentación favorable a su iusnaturalismo tiene cierta razón, en la medida en que el dogma iusnaturalista de la racionalidad y plenitud de la ley es acogido por Savigny, pero más por imposición de su propia concepción de la interpretación que por profesar su observancia incondicionada. El que el jurista alemán se muestre partidario de la teoría subjetiva de la interpretación constituye el motivo de que indirectamente admita este dogma iluminista, puesto que no puede ser de otra manera por la misma naturaleza de este modo de entender la interpretación. Efectivamente, no le falta razón a Fioravanti en sus argumentaciones; sin embargo, me parece excesivamente reduccionista calificar de iusnaturalista a Savigny por el mero hecho de defender en 1802 (doce años antes del Beruf) la importancia de la ley como fuente del Derecho. Es claro que la ley mantiene en la teoría de las fuentes savigniana un papel de primer orden, pero creo que no con la suficiente entidad como para calificar a Savigny de iusnaturalista por esta simple razón, ya que es la costumbre la auténtica protagonista de fondo en su teoría y sistema de fuentes, y el papel pasivo que Savigny otorga al legislador en la formación y desarrollo del Derecho es radicalmente contrario a la importancia primordial que tenía para el iusnaturalismo racionalista. Si se tiene en cuenta además que Fioravanti se basa en sus primeras reflexiones, bastante lejanas todavía de lo que serían los fundamentos y la formulación acabada de su doctrina historicista del Derecho, se entiende todavía mejor esta circunstancia.
- En relación con la noción de sistema y la sistemática savigniana, y su vinculación con el iusnaturalismo en este sentido, debe admitirse como tal en la medida en que supone una continuación de esta tradición en lo que respecta a su modo de proceder científico (la ordenación y organización del pensamiento). No obstante, como pone de relieve F. Wieacker, a Savigny no le quedaba otro remedio que aceptar este proceder metodológico, ya que no podía retroceder -más allá del racionalismo-

51. SAVIGNY, E. K. Von; Vom Beruf_ op. cit., p. 13 .

al formalismo escolástico de la vieja exégesis de textos, ni conocía la derivación de normas jurídicas del planteamiento social de fines o de conexiones causales⁵².

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que Savigny introduce en la sistemática un elemento ausente hasta entonces en esta tradición: la experiencia en la sistematicidad a través del elemento histórico. Ello redundaba en la introducción de la realidad en el sistema, como factor de diversidad que adquiere una gran importancia en el posterior desarrollo y elaboración del propio sistema, hasta tal punto que éste será en sí mismo entendido como realidad, reduciendo así su carácter apriorístico.

Esta circunstancia impone ciertas reservas a cualquier intento de vinculación incondicional de Savigny al iusnaturalismo en este aspecto.

- Por lo que respecta a los argumentos ofrecidos en relación con su teoría de la interpretación, debemos rechazar el que ve el iusnaturalismo de Savigny en su invocación de un tipo de ley modelo como patrón y pauta de la interpretación de las leyes. El que pueda invocarse un determinado modelo o concepto de ley no implica directamente ser iusnaturalista. Uno se puede referir a la imperfección de un determinado objeto o entidad (en el presente caso una ley) desde un punto de vista estrictamente técnico. En este supuesto hay simplemente una valoración técnica (científica) en torno al objeto y se propone un medio científico para subsanar esa deficiencia. El llamar iusnaturalista a esta actitud supone tener una visión inusitadamente amplia sobre lo que es y significa, y sobre cuál es el contenido de la doctrina iusnaturalista, ya que esta opinión da por hecho que el Derecho natural ofrece alguna norma o normas que definen cuál es el modelo natural (perfecto) de ley desde el punto de vista técnico.
- En cuanto a las afirmaciones del iusnaturalismo savigniano por su consideración del Derecho romano, debemos plantearnos ante todo la consideración que del mismo tenía el racionalismo en contraposición a la de Savigny (romántica). En el siglo XVIII era común la tendencia a concebir el Derecho romano *sub specie aeternitatis*, como un Derecho racional (una *ratio scripta*, como se decía), sobre cuya base se formaría un verdadero código del Derecho natural. El cometido del jurista-filósofo consistía esencialmente en abstraer de las fuentes, todo lo más justinianeo, los elementos de verdad y de justicia eternos que ellas contenían. Se veía al Derecho romano como una especie (en palabras del propio Savigny) de Derecho natural sancionado⁵³.

52. Cfr. WIEACKER, E, op. cit., p. 342.

53. SAVIGNY, F. K. Von; *Vont Beruf . . .*, op. cit., p. 33; cfr. también SAVIGNY, F. K. Von; *System . . .* op. cit., I, pp. 231 y 232.

Por el contrario, con Savigny esta actitud cambia. Para el jurista alemán, el Derecho romano debe su importancia y su significado a esos elementos empíricos y nacionales que los iusnaturalistas y los racionalistas más despreciaban. Con Savigny el conocimiento romántico del Derecho romano se afirmaba así, tanto frente a la concepción de los iusnaturalistas, como frente a la dirección histórico-erudita de Putter o el propio Hugo. Para Savigny, no se trataba de investigar en el Derecho romano esos principios eternos de razón que constituían para los iusnaturalistas su mayor valor y que cada uno podía descubrir por sí mismo, ni tampoco de estudiarlo con un método nuevo y positivo, sino más bien de captar su proceso íntimo de formación y de estudiarlo a la luz

de la doctrina histórica, como un producto de la conciencia jurídica del pueblo romano. Savigny creyó encontrar en la Historia del Derecho romano la comprobación de sus ideas acerca del origen y naturaleza del Derecho⁵⁴.

Es por ello que no se puede incluir a Savigny dentro de la actitud mantenida por el iusnaturalismo racionalista frente al Derecho romano, y por tanto debe excluirse cualquier opinión en el sentido de que lo consideraba como *ratio scripta*.

En definitiva, debe afirmarse la incompatibilidad de la doctrina histórica del Derecho con el iusnaturalismo racionalista (que es el que impera en su época)⁵⁵, si bien admitiendo ciertas vinculaciones, especialmente en lo que respecta a la sistemática savigniana. Teniendo en cuenta la exposición previa realizada en torno a la Teoría del Derecho natural, he de indicar:

1. Savigny no emplea el término *Naturrecht* con las connotaciones que ello conlleva en su época. Por el contrario, utiliza el término *natürliches Recht*, entendiéndolo por *natürliches* lo que se contrapone al arbitrio humano, a la voluntad humana, tanto en sentido cognoscitivo como volitivo, ya que en

54. En la práctica Savigny aplicó los métodos y conceptos propios de los románticos al estudio del Derecho romano. Por lo demás, resulta fácil destacar la influencia romántica en la tendencia a atenuar el valor de la actividad legislativa, en el papel que se atribuye a la tradición y en las energías espontáneas de la conciencia popular. También romántica es su paralelismo con el organismo, y el significado y aplicación de las expresiones pueblo, sentido histórico, sentido jurídico, etc., que aparecen frecuentemente en la *Vocación*, aplicadas al Derecho romano y a los juristas clásicos; así como la predilección por el Derecho romano clásico y la doctrina de la fungibilidad de los jurisprudentes, cuya capacidad para comprender lo continuo y lo inconsciente, para entenderse y darse sentido a sí mismo en el todo con el fin de comprender mejor la vida profunda, era una característica propia del espíritu romántico. Por otra parte, esta fue la manera específica de entender el Derecho romano que tuvo la dirección romanística en el seno de la Escuela histórica.

55. Sin duda, una razón importante de que se considere abiertamente iusnaturalista a Savigny se encuentra en la tendencia tan común a identificar lo natural exclusivamente con lo que está fuera del ámbito de la disponibilidad humana, de manera que se amplía considerablemente la extensión del concepto doctrina del Derecho natural (cfr. en este sentido, ELLSCHEID, G., «El problema del Derecho Natural. Una orientación sistemática», en KAUFMANN, A., HASSEMER, W., ROBLES, G. (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, op. cit., pp. 149 y 150). En efecto, desde este punto de vista Savigny sería incontrovertiblemente iusnaturalista, puesto que no habría inconveniente en identificar su *natürliches Recht* con el *Naturrecht*, en la medida en que el Derecho popular escapa totalmente a la disponibilidad del hombre. Sin duda esto es llevar las cosas demasiado lejos si se tiene en cuenta la idea de naturaleza aristotélica en virtud de la cual el hombre vive sometido y forma parte también del orden natural, no es una instancia que esté al margen o se pueda oponer a ella.

él no interviene la razón y/o la voluntad humana como algo independiente de un patrón superior a ella: el Volksgeist. Ahora bien, no entiende este *natürliches Recht* como el Derecho que es y, al mismo tiempo, debe ser (aspecto valorativo). De hecho acude a otra instancia (la moral cristiana) para expresar y satisfacer este deber ser. Por tanto, no se produce la identificación necesaria entre Derecho que es (*natürliches Recht*) y Derecho que debe ser, que sí se da en el *Naturrecht*, de manera que le falta esta condición necesaria para ser propiamente *Naturrecht*.

2. El objeto del análisis científico de la Ciencia jurídica según Savigny no es el *Naturrecht*, sino el Derecho que le viene dado (*positum*); de manera que en su doctrina no se centra la atención de la Ciencia jurídica sobre un Derecho trascendente.
3. No se da el dualismo jurídico en la doctrina historicista del Derecho savigniana, porque el *Naturrecht* no es su objeto preeminente de estudio, ni el Derecho dado tiene por qué estar de acuerdo con aquél, en la medida en que no se afirma explícitamente su existencia como realidad.
4. De la circunstancia anterior, resulta la inviabilidad desde el punto de vista lógico de cualquier posibilidad de su conocimiento por el hombre; de ahí que no haya iusnaturalismo desde el punto de vista ontológico.

No obstante, ello no implica la recusación automática del Derecho natural, en tanto que Savigny admite implícitamente su existencia como idea que ha existido o existe, pero no como realidad *per se stante*. Esto lo aleja de la fe del racionalismo iusnaturalista en la posibilidad y conveniencia de normas jurídicas positivas, que, apoyadas tan sólo en la racionalidad, aspiran a ser prescripciones indiscutibles y de valor universal. Así, teniendo en cuenta que estamos en el momento histórico en que se está gestando el positivismo jurídico como doctrina, podemos afirmar de la doctrina histórica de Savigny que se halla más o menos próxima al positivismo, si bien tampoco cabe incluirla con todas sus consecuencias dentro de esta corriente.

LAS VÍCTIMAS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL REFORMADO

THE VICTIMS WITHIN THE REFORMED CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

*Luis Pásara Pazos**

Resumen: El presente artículo analiza la incidencia negativa de las reformas llevadas a cabo en los sistemas penales de América Latina, tanto en relación a quien sufre un delito, como respecto a quien es acusado de haberlo cometido. Sustentado en información empírica, el autor advierte cómo las novedades del proceso penal reformado (por ejemplo, el procedimiento abreviado o el rol activo a desempeñar por los fiscales), al inscribirse en una cultura jurídica autoritaria, devienen en la práctica en formas contrarias a su diseño ideal.

Palabras clave: Reforma procesal penal – sociología del derecho – víctima – Ministerio Público – medios de comunicación – prisión preventiva – procedimiento abreviado

Abstract: This article analyzes the negative impact of the reforms within the criminal systems in Latin America, both for those who suffer a crime, and those who are accused of having committed such crime. Supported by empirical data, the author warns how the innovations of the reformed criminal proceedings (for example, the simplified court proceeding or the active role played by prosecutors), by enrolling into an authoritative legal culture, become in practice contrary to their likely design.

Key words: Criminal justice reform – sociology of law – victim – Public Prosecutor – Media – arrested in custody – simplified court proceeding

Contenido: i. Introducción.– ii. La víctima en el sentido clásico.– iii. El procesado como víctima del sistema penal.– iv. Otras víctimas del sistema penal.– v. Bibliografía.

* Senior Fellow de Due Process of Law Foundation y miembro de FLACSO-España. Trabajo presentado en las III Jornadas de juicios orales, organizadas por la Universidad Nacional Autónoma de México en mayo de 2015. Correo electrónico: lpasara@dplf.org

i. Introducción

El sistema penal no solo recibe víctimas; también las produce. De allí que se intente ir más allá de lo que técnicamente se denomina víctima

—esto es, quien sufre la comisión de un delito— para identificar a los otros sujetos que el sistema penal abarca y que lo sufren, en ocasiones, a un costo personal que es mayor que el que soporta quien fue afectado por el delito.

ii. La víctima en el sentido clásico

Empecemos por la víctima en el sentido clásico. En el proceso de tipo inquisitivo, dicha víctima tenía reservado un papel casi marginal —excepto, claro está, en el caso de aquellos delitos susceptibles de ser perseguidos solo a instancia de parte—, consistente en la presentación de la denuncia, la rendición de su testimonio y la posibilidad de reclamar una compensación económica.

Este encuadramiento de la víctima correspondió a una concepción del derecho penal que tiende a desvanecerse en la medida en que la reforma del proceso penal ha ido ganando carta de ciudadanía en las dos últimas décadas. Según aquella concepción que ahora aparece normativamente derrotada, la persecución penal debía ser, casi enteramente, responsabilidad del Estado. La elaboración doctrinaria de respaldo sostenía que, al cometerse un delito, la principal parte ofendida era la sociedad, debido a que el delincuente atentaba contra un bien jurídicamente protegido mediante un mandato legal. Desde que determinado hecho era subsumido en un tipo penal, la sociedad resultaba agraviada por su transgresión y el Estado, como representante legal de la sociedad, quedaba obligado a perseguir y sancionar la infracción. Como bien ha explicado el profesor Alberto Binder, el paradigma existente concebía el delito como una infracción de la obediencia debida al orden legalmente impuesto, que debía ser saldada mediante una sanción. La doctrina presentaba este enfoque como la superación de aquella fase histórica en la que las propias víctimas tenían el protagonismo, descalificándola como «venganza privada».

En cambio, en el discurso de la reforma procesal penal que se conoce como «adversarial», la víctima es presentada como un protagonista del proceso y esta es una de las novedades del proceso reformado. Dado que no soy penalista, renuncio a la vía exegética, en la que se puede detallar todas las consecuencias normativas de este cambio, esto es, las facultades otorgadas a la víctima en los códigos procesales reformados. Admito que no tengo capacidad suficiente ni un interés preferente en la discusión sobre este giro adoptado por el derecho penal, que recorta —cuando menos en los textos legales y doctrinarios— el protagonismo estatal y acrecienta el papel de la víctima. Lo que me interesa como sociólogo del derecho —esto es, alguien

que mira al derecho desde fuera de ese mundo cerrado y en clave propia que los juristas han construido y en el que se mueven satisfechos— es indagar cuáles son las modificaciones que de hecho se han producido en la condición de víctima, a partir de la entrada en vigencia del sistema penal reformado.

En rigor, no se cuenta con suficiente información para ensayar una respuesta completa. Pero existen algunas evidencias que conducen a la impresión de que la reforma procesal penal ha puesto de manifiesto la doble victimización de quien sufre un delito. Si la primera es la comisión misma del acto delictivo, la segunda consiste en que nadie hace nada frente a ese hecho. Desde luego, esto es algo que ha ocurrido siempre porque es imposible perseguir todo delito cometido y cualquier sistema de persecución, que tiene determinados recursos, debe discriminar —en el sentido no malicioso del término—. Es decir, tiene que distinguir entre algunos asuntos a los que sí prestará atención y dedicará personal y otros medios, y aquellos otros de los que, en definitiva, no se ocupará.

En el sistema penal anterior, la prescripción era la forma, silenciosa, de poner fin a un caso al que no se había dedicado atención. Como, además, la estadística era muy deficiente, no hay manera cierta de determinar a cuántos casos se reservaba, como único gesto procesal, declararlos prescritos. La reforma procesal penal sí ha revelado la magnitud de la desatención actual. Según la información disponible para los casos de Chile, Perú y Costa Rica, los casos que no reciben atención alguna del sistema equivalen a dos tercios del total de casos denunciados (Pásara, 2013). Téngase presente que la proporción ha sido calculada sobre los delitos que fueron objeto de denuncia, esto es, no sobre los delitos que fueron cometidos. Como sabemos, las encuestas de victimización revelan que en América Latina existe una diferencia importante entre los delitos que se sufren y aquellos que se denuncian; y en algunos países, como México, la distancia entre unos y otros es enorme.

Aun así, una clara mayoría de los casos que sí son denunciados no conducen a nada en el sistema. Y en la víctima, claro está, llevan a una segunda victimización marcada por la frustración. En Chile, el Ministerio Público tiene un call center que informa telefónicamente al denunciante de que se ha decidido archivar su caso para que ejerza los derechos que correspondan. Esto último es facultativo; esto es, la víctima puede recurrir tal decisión, si aun después de esa derrota le quedan energías para seguir luchando en el sistema o, más bien, contra él. Pero es fácil de imaginar la reacción anímica de la víctima que se entera de que nadie hará nada con su caso. En el trabajo de campo que realicé en Chile hace algunos años (Pásara, 2009), un oficial de policía admitió que ellos mismos desaconsejan a las víctimas denunciar en aquellos casos en los que es previsible que el resultado será el archivamiento. Denunciar, cuando el caso solo incrementará una estadística, es un gesto inútil.

Entre las razones para archivar o descartar casos se halla, por supuesto, la anotada limitación de los recursos disponibles en el sistema penal. Por importante que sea el presupuesto disponible a policías, fiscales y jueces, los montos tienen límites y dentro de ellos, como se ha indicado, no puede procesarse todas las denuncias recibidas. La claridad de la explicación no elimina el problema para la víctima, que se acrecienta cuando se conoce, primero, que no hay supervisión efectiva sobre qué es lo que se archiva y, segundo, que los criterios para descartar casos son imprecisos y cambiantes. Esto es, que los ministerios públicos de la región no cuentan con políticas de persecución formalizadas y públicas, de cuyo conocimiento se desprenda qué es lo que será materia de acción efectiva y qué no lo será.

Estamos ante una de las grandes promesas incumplidas de la reforma procesal penal, la cual, en su discurso de justificación, sostuvo precisamente que, al traspasar la actividad investigadora a los ministerios públicos, la acción de estos se concentraría en los delitos de mayor daño social. El enunciado quedó allí y no existen directivas o instructivos que guíen al fiscal encargado de un caso, mediante criterios específicos, acerca de si debe darle atención o no.

La gravedad de esta ausencia es mayor, si cabe, ante un cuadro social en el que crece el crimen organizado y sus múltiples objetos —desde la trata de personas y el tráfico de drogas hasta el robo de celulares para abastecer un enorme mercado «informal»— hasta alcanzar proporciones devastadoras de la vida en sociedad. Más allá de los solemnes discursos, los ministerios públicos no han desarrollado políticas y protocolos de actuación destinados a diferenciar este tipo de acción delictiva —que impacta sobre el conjunto de la sociedad— del que corresponde al delito ocasional, en el que debe atenderse a la desembocadura de un conflicto circunstancial entre sujetos.

En ausencia de políticas persecutorias precisas, para la actuación del Ministerio Público está el sentido común, que, por ejemplo, aconseja no archivar sin trámite un homicidio, dada su importancia. Y, más que el sentido común, la astucia es la consejera de los fiscales cuando, en los hechos, dedican su atención a aquellos casos en los cuales se puede obtener resultados más fácilmente. Este es un territorio en el que la flagrantia brilla al tiempo que los delitos complejos tienden a ser postergados o, simplemente, ignorados. Si el funcionario persigue resultados estadísticamente significativos —que en el momento de los ascensos serán apreciados—, la picardía, sumada al sentido común, lo lleva a trabajar en los casos que puedan producir condenas. Allí tenemos un sesgo que va en perjuicio de la víctima cuyo caso no queda favorecido por la flagrantia o la facilidad en la probable obtención de un resultado condenatorio.

Sean aceptables o discutibles los resultados producidos por el sentido común, la astucia y las prácticas burocráticas, lo importante es que actualmente los criterios de persecución son los que adopte el fiscal que reciba el caso o los que le imponga el jefe de la unidad en la que trabaja. Esto hace que —no solo para archivar o perseguir, sino también para solicitar o no prisión preventiva, primero, y determinada pena, después— la suerte de sindicado y víctima dependa de quién conozca su caso. Y esto se debe a que en nuestros sistemas penales no hay políticas de persecución efectivamente vigentes.

Un corolario de esa situación del sistema penal es que, para mayor desconcierto o indignación de la víctima, de hecho se persigue y se sanciona de manera claramente desigual. En el estudio que pude realizar en Chile y que ya he citado (Pásara, 2009), accedí a un dato oficial que el Ministerio Público daba a conocer en sus informes periódicos y que, luego de ser analizado en el informe de investigación que publiqué, a partir de 2008 dejó de ser público. El dato corresponde al porcentaje de casos que eran llevados a la vía judicial, según tipo delictivo. Como era de esperarse, 80,9% de los homicidios pasaban al juez, pero solo 29,8% de los delitos sexuales merecían ese tratamiento; y mientras 57,9% de las infracciones de la ley de drogas eran en definitiva conocidas por los jueces, a solo 34,5% de los delitos cometidos por funcionarios públicos les estaba reservada esa vía. Estos datos, para los que no he vuelto a encontrar cifras homologables en otro país de la región, revelan la consecuencia de la potestad entregada en manos de los fiscales: la arbitrariedad.

Del hecho de que, al iniciar el trato dado a un caso, aparezca la discriminación, ahora sí en el sentido malicioso, surge un daño adicional a la víctima. Si se trata de una violación sexual, la posibilidad de que con el caso «se haga justicia» es bastante menor que si se trata de la venta de cocaína al menudeo, por ejemplo. Suponiendo que no haya alguna explicación turbia para esa diferencia, puede interpretarse que en el segundo caso basta la flagrancia mientras que en el primero resulta necesaria una investigación que habrá de recurrir a análisis de laboratorio y otras pruebas. Pero qué es esta explicación para la mujer violada. Nada, excepto la prueba de que el sistema la ha hecho víctima nuevamente.

Desde la doctrina se ha generado una noción que contribuye a la impunidad en la sociedad y a la frustración en las víctimas. Es el concepto de «delito de bagatela», que ha servido para disfrazar la comisión repetitiva de delitos de monto menor que, en conjunto, se integran a redes del crimen organizado. Los robos en tiendas de alimentos y de ropa, los de teléfonos celulares y los de bicicletas, para mencionar algunos ejemplos, a menudo no son actos aislados ni se hallan impulsados por el estado de necesidad. Los antecedentes que obran en los expedientes personales revelan que hay personas establemente dedicadas a estos robos, cuyos productos van a integrar la oferta de mercados

secundarios que manejan redes delictivas. El ya citado trabajo sobre la actuación del Ministerio Público chileno demostró que los fiscales, incluso cuando conocían los antecedentes del sindicado¹, se basaban en la cuantía menor del delito para solicitar una medida alternativa a la de prisión (Pásara, 2009). Con esta actuación, reforzaban impunidad e inseguridad, basados en una errónea concepción del fenómeno como «delito de bagatela», que al ser utilizada de este modo pernicioso producía el beneficio burocrático de «cerrar el caso» y engrosar la cifra estadística aparentemente positiva del trabajo del funcionario.

En suma, la víctima del delito es también víctima cuando comparece ante el sistema penal. En primer lugar, estadísticamente, la probabilidad más alta es que no se haga nada con su denuncia². En segundo lugar, que se haga algo o no depende en cierta medida del azar, corporizado en el fiscal que conozca el caso; en rigor, depende de su voluntad de perseguir aquello que es más dañoso socialmente y de trabajar todo lo que sea necesario para lograrlo.

iii. El procesado como víctima del sistema penal

En seguida toca detenerse en el procesado para considerarlo como víctima del sistema penal. Quizá resulte algo chocante proponer esta mirada porque nos ocurre que, si bien los textos legales establecen la presunción de inocencia como garantía del proceso penal, lo que existe socialmente es una presunción de culpabilidad. Así, a quien la policía presenta y los diarios publicitan como responsable —o «presunto responsable», que es la fórmula acuñada para evitar una demanda— le adjudicamos el delito sin esperar mucho. Por cierto, lo hacemos sin esperar la condena que, en teoría, puede tomarse como resultado de un proceso de investigación y un juicio en el que se ha demostrado la responsabilidad del acusado. En teoría solamente, porque el análisis cuidadoso de expedientes judiciales revela que las condenas son, con excesiva frecuencia, fruto de rutinas, negligencias y descuidos que prevalecen en esa fábrica de producción de culpables que es el sistema penal.

En nada de eso se repara: tan pronto la televisión y, luego, los diarios efectúan el señalamiento, apoyándose en fuentes policiales, aceptamos que la

1 Un criterio del derecho penal que se tambalea frente al crimen organizado —y el delincuente que de manera estable toma parte en él— es aquel que proclama que el objeto del proceso no es el sujeto, sino el acto que cometió, que en estos casos usualmente es solo el último de una serie. La magnitud del fenómeno de redes criminales que se padece actualmente debería llevar a una reconsideración cuidadosa de este criterio.

2 Si bien el archivamiento de los casos por el Ministerio Público requiere estar sujeto a procedimientos de supervisión y evaluación que hoy no existen y que deberían comprobar si lo que se archiva merece o no esa «salida», la limitación de recursos destinados a perseguir el delito sigue siendo una realidad. En consecuencia, este problema lleva a situar efectivamente el derecho penal como última ratio, lo que hace indispensable establecer o fortalecer otros lugares y espacios para la gestión de la conflictividad social que no puede, ni debe, ser objeto de atención de las instituciones penales.

persona es responsable. Nuestra pobre conciencia jurídica identifica sindicado con culpable, como resultado de una tradición autoritaria: si quien ejerce el poder dice que somos culpables, lo somos. De allí que la propuesta de mirar al sindicado como víctima sea nadar a contracorriente.

El sindicado que no tiene los recursos para enfrentar al sistema penal es convertido por este en víctima. Los recursos necesarios en este difícil trance son de varios tipos: culturales, sociales y económicos. Más que necesarios, son recursos indispensables para no ser derrotado en un proceso penal. Los recursos culturales permiten entender dónde estamos y, por lo menos borrosamente, cuáles son nuestros derechos. Los recursos sociales nos habilitan para recurrir a quienes, en estas circunstancias, pueden ayudarnos, empleando para ello buenas o malas artes. Los recursos económicos, claves por cierto, nos facultan a lo que en nuestras sociedades desiguales es casi un privilegio: contar con el apoyo de un buen abogado, que no solo conozca el derecho, sino que sepa cómo manejarse en los laberínticos recovecos del sistema penal.

Disponer de esta constelación de recursos otorga seguridad personal. Es decir, si podemos comprender nuestra situación, sabemos a quién podemos acudir —en conocimiento de que nos echará una mano—. Si nuestros ingresos permiten contratar a un abogado «de los buenos», podemos tener la tranquilidad y el aplomo que vemos en los procesados de los estratos más altos, incluso cuando son efectivamente culpables.

Pero no estamos refiriéndonos a ellos, que son muy pocos y se hallan muy distantes del procesado típico. El análisis de los resultados de una encuesta aplicada a los internos en penales mexicanos hace algo más de una década concluyó que: «La proporción de internos recluidos por delitos graves es muy baja mientras que existen evidencias de que este tipo de delincuentes logra con mayor frecuencia eludir las sanciones penales», y en seguida explicó: «En los penales no habitan en general los delincuentes más peligrosos sino los más pobres» (Bergman, coord., 2003, p. 11). A algo similar se arribó en 2012, cuando una nueva encuesta, aplicada en ocho centros penales federales, permitió trazar el perfil de los internos (Pérez Correa & Azaola, 2013).

De manera similar, un reciente estudio empírico sobre condenados en Perú indica que estos «se vieron afectados por condicionantes socioeconómicas y sociales bastante más adversas que la población peruana en general». Sin embargo, al efectuar una comparación con datos provenientes de otros países de la región, se comprueba que esas «condicionantes» son aun mayores en los otros casos nacionales (Costa & Romero, 2014, p. 14). De este modo, por lo menos en América Latina, el condenado tipo tiene ciertas características sociales que lo distinguen.

Podría decirse que nacer en los estratos sociales más bajos es casi una condición para ser condenado.

Aunque los datos lo certifican, en rigor no es una novedad que los procesados provienen mayoritariamente de los sectores pobres de la población, que su nivel educativo no es alto y que, cuando no se hallaban en desempleo en el momento de ser sindicados, tenían una condición laboral precaria o inestable. Pertenecen a esa franja de población que el profesor Sergio García Ramírez ha llamado «sectores vulnerables» que, según ha precisado, en nuestros países son mayoritarios. Es esa precisamente la razón por la que el procesado típico no cuenta con los recursos necesarios para salir airoso del proceso penal, sea el tradicional o el reformado. Esta afirmación corresponde, desde luego, a una visión menos legalista y más realista, en la cual la responsabilidad efectiva del sindicado es solo uno entre otros factores que pesan en el curso y el desenlace del proceso penal.

Nótese que no se ha hecho referencia alguna a la corrupción, pese a que la capacidad para corromper a los actores del sistema penal es un recurso formidable. No obstante, se prefiere dejar fuera este factor debido a que, siendo difícil de probar, paradójicamente se ha convertido en un recurso retórico fácil contra el sistema de justicia en general y contra el sistema penal en particular. Pese a su gravitación, dejemos aparte esta variable.

El procesado típico es un hombre —más frecuentemente que una mujer—, adulto joven o maduro —es mayor muy infrecuentemente— cuya condición personal le hace muy difícil tanto comprender cabalmente la situación que enfrenta como buscar los apoyos que requeriría para salir bien librado de este trance. Es alguien que está debidamente condicionado para ser víctima del sistema penal.

El primer peso que probablemente soporte es ser encarcelado. Es difícil describir la realidad carcelaria de nuestros países sin incurrir en tonos dramáticos. Ingresar a prisión en América Latina es ya cumplir una pena: significa sufrir vejámenes y humillaciones, quedar expuesto a contraer enfermedades y, en términos generales, estar sujeto a un proceso de degradación que resiste cualquier descripción.

Esa realidad hace especialmente dramático el funcionamiento de la prisión preventiva, medida cautelar que en los instrumentos del derecho internacional se prevé como una disposición excepcional, destinada a evitar los riesgos procesales, esto es, una posible fuga del sindicado o la probable alteración de pruebas si quedase en libertad. En la mayoría de países de la región, las cosas no funcionan de ese modo. Lo que ocurre rutinariamente en América Latina es que el fiscal y el juez intervinientes en el caso prefiguran la responsabilidad del procesado, apenas iniciado el proceso, y adoptan la prisión preventiva

en todos aquellos casos en los que el delito revista determinada importancia —según la pena que pudiere corresponderle— y la responsabilidad parezca probable (Due Process of Law Foundation, 2013).

Esa dinámica conoce excepciones vinculadas estrechamente a los recursos antes mencionados. Esto es, los delitos «presuntamente cometidos» por sujetos de un nivel social alto no están sujetos a la misma articulación. Alguna intervención oportuna hará que el caso sea visto con atención y en el supuesto hipotético de que el Ministerio Público solicitase la prisión preventiva, el juez, probablemente en atención a los argumentos que le alcanzará el prestigioso abogado que ejerza el patrocinio, dispondrá una medida alternativa a la de prisión. Las decisiones sobre prisión preventiva constituyen uno de los lugares privilegiados en el proceso penal para observar cómo operan en este las diversas formas de discriminación.

Como resultado de prácticas burocráticas y hábitos discriminatorios que se hallan al margen de la ley, decenas de miles de personas se hallan en prisión preventiva en cada país, a la espera del desenvolvimiento del juicio en el que se habrá de decidir si son culpables o no³. La policía señala al detenido; los medios de comunicación producen una suerte de juicio instantáneo en el que se le declara culpable en un par de noticieros de televisión y varios periódicos; el fiscal pide la prisión preventiva y el juez la otorga, en procura de quedar ambos a salvo de cualquier señalamiento. Porque si el juez no la otorga, políticos y autoridades judiciales se rasgan las vestiduras; los medios denuncian al juez e insinúan que hay corrupción de por medio; y los ciudadanos creen que la decisión judicial prueba una-vez-más que la justicia no funciona. Intereses políticos en unos, afanes de protagonismo y búsqueda de legitimación social en otros, competencia desesperada por audiencia y lectoría en los medios, y cultura jurídica autoritaria en los ciudadanos se dan la mano para trazar este paisaje que vemos repetido una y otra vez.

Si al cabo de cierto tiempo el «presunto responsable» es absuelto, a nadie le importa, los medios de comunicación no dirán una palabra al respecto

—ocupados como habrán de estar en «juzgar» a otro sindicado— y el ciudadano medio, si llega a enterarse, se ratificará en su creencia en la mano dura, al tiempo de admitir sin dificultad que algún inocente debe sufrir junto a los muchos pecadores. Y, por cierto, ni el fiscal que pidió la prisión preventiva en este caso ni el juez que la decretó sufrirán ni siquiera una amonestación.

3 Puede que la prisión preventiva impuesta prefigure la condena. De las entrevistas a jueces realizadas en algunos países, surge la hipótesis de que ciertos juzgadores, tratándose de aquellos casos donde sería procedente absolver en razón de la prueba insuficiente o el principio *in dubio pro reo*, tienden a condenar a una pena equivalente a la carcerería sufrida, con el maligno objetivo de no desmentir al sistema.

La situación real de la prisión preventiva es aún más gravosa para la víctima que es el sindicado cuando, como en el caso mexicano, la Constitución y la ley impiden que el juez ejerza su independencia de criterio en los casos concretos que conoce, imponiéndole la obligatoriedad de dictar esa medida en determinadas circunstancias que han sido dispuestas en el artículo 19 constitucional. Tal régimen abre tres vías por las que se configura un régimen normativo de prisión preventiva que puede ser considerado como extenso y, sin duda, bastante distante de ser excepcional. La primera de esas vías es el amplio listado de delitos que la Constitución ha incorporado con el propósito de obligar al juez a dictar prisión preventiva. La segunda vía es la calificación legal, que efectúe el legislador, de delitos «en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud», que forzará al juez en su momento a dictar la prisión preventiva. La tercera vía se abre con ocasión de la solicitud que al respecto puede hacer el fiscal invocando «la protección de la comunidad», y que el juez debe calificar.

La enumeración taxativa de delitos respecto de los cuales el texto constitucional impone al juez la obligación de dictar prisión preventiva y la admisión de diversas causales para, asimismo, ordenar esta medida cautelar, distan del objeto que se asigna a la misma en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Según la síntesis formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): «La prisión preventiva solo tiene como fines legítimos el prevenir la fuga del acusado o que este interfiera con el desarrollo apropiado del proceso» (2013, párrafo 25). La Constitución mexicana, pese al reconocimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos que contiene en su artículo 14, ha optado por un régimen preceptivo de prisión preventiva que desvirtúa esta institución. El resultado obvio es que en México hay más víctimas de la prisión preventiva que en otros países⁵ donde, pese a las muchas interferencias existentes, en definitiva el juez mantiene independencia, cuando menos en el terreno normativo, para apreciar la necesidad y oportunidad de aplicar una medida cautelar u otra.

Más allá de los diversos modos en los que legislación y prácticas desvirtúan la prisión preventiva en perjuicio de auténticas víctimas del sistema penal, tiene importancia detenerse en otra forma de victimización del encausado, la cual ha sido formalizada por la reforma procesal penal mediante el mecanismo del procedimiento abreviado. Esta es una de las vías previstas en el sistema reformado para producir respuestas rápidas, uno de los objetivos del cambio introducido en el proceso que no siempre conduce a soluciones de calidad.

4 «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia».

5 En enero de 2012, según información oficial, 43,5% de la población penal correspondía a la calidad de procesados (Pérez Correa & Azaola, 2013, p. 12).

Se está ante un buen ejemplo de cómo una figura diseñada legalmente para cumplir determinado objetivo, en los hechos, cobra una significación distinta. El procedimiento abreviado es una forma de evitar el juicio oral que procede cuando el procesado acepta su responsabilidad sobre el delito y, en consecuencia, parece bastante razonable no prolongar el caso a través de un juzgamiento largo y costoso. En algunos países que han adoptado la reforma, el procedimiento abreviado es la manera mediante la cual se logra un apreciable número de casos sentenciados; desde luego, en todos ellos hay condena, dado que el acusado ha aceptado su responsabilidad.

En los hechos, se llega a esta desembocadura a través de una negociación entre defensa y acusación, de modo que la aceptación de responsabilidad vaya de la mano con unos términos de acusación de los que resulte una sanción menor a la que hipotéticamente podría derivarse de un juicio oral. El fiscal esgrime la posibilidad de seguir el procedimiento ordinario y condenar severamente al procesado; no obstante, cuando sabe que encontrará dificultades probatorias, está dispuesto a plantear una sanción menor, no tanto por economía procesal como por ahorrarse la tarea de probar la acusación. La defensa conoce las dificultades que enfrenta el fiscal y ofrece la aceptación de la responsabilidad a cambio de solo reparar el daño o de rebajar al mínimo la pena, suspendiendo su ejecución u obteniendo una pena no privativa de la libertad, como una multa, por ejemplo, que en los hechos es bastante menor que la sanción que hipotéticamente hubiera correspondido de haberse realizado un juicio oral.

En medio de esos dos protagonistas, que discuten la decisión, se halla nuestra víctima, que apenas entiende la situación y no tiene más remedio que confiar en su abogado. Este, quien, como el fiscal, busca cerrar el caso lo más pronto posible, recomienda con frecuencia aceptar la responsabilidad a cambio de una condena benigna. Si nuestra víctima no es verdaderamente responsable del delito que se le imputa, se enfrenta al dilema: no acepta el acuerdo de fiscal y defensor, y se arriesga a ir a un juicio oral que su defensor le desaconseja, o lo acepta, y permanecerá en prisión un lapso corto o pagará una multa. En pocas ocasiones, nuestra víctima es advertido de que, como ocurre en muchos países, la condena se convierte en un antecedente que lo perseguirá el resto de su vida, cuando postule a un trabajo, quiera obtener un crédito o emprenda cualquier otra gestión que le requiera demostrar que se puede confiar en él.

En este punto resulta preciso asomarse a la calidad del desempeño profesional en la defensa de los acusados en un proceso penal.

Se cuenta para ello con alguna evidencia empírica, proveniente de encuestas realizadas a condenados. En el caso mexicano, un equipo del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) encuestó en 2002 a 1643 internos

en penales alojados en tres entidades federativas. Las respuestas obtenidas indicaron que 65% de los encuestados consideraban que sus abogados «no hicieron nada para defenderlos» en las agencias del Ministerio Público; el porcentaje descendió apenas (53%) en referencia a la fase ante los juzgados: «más de la mitad no asesoraba a sus representados antes de las audiencias (60%), como tampoco les explicaba lo que en ellas sucedía (52%)». En suma, «46% de los sentenciados estimaron que no se sintieron nada defendidos por su(s) abogado(s)» (Bergman, coord., 2003, pp. 48-49).

Casi diez años después, cuando la reforma procesal penal empezaba a entrar en vigencia, la encuesta realizada en 2012 por el CIDE entre población interna en ocho centros penitenciarios federales encontró que el panorama del patrocinio profesional no había cambiado y concluyó que «el derecho a una defensa adecuada no se cumple ni en forma ni en fondo». Los datos recogidos indicaron que:

[...] de quienes tuvieron abogado en la agencia del Ministerio Público, 58,3% dijo que su abogado no había intervenido al momento de rendir la declaración. [...] Poco más de la mitad de los encuestados (51,1%) señaló que ninguno de los abogados que tuvo le aconsejaba antes de las audiencias; 39% indicó que ninguno de sus abogados le explicaba los resultados del proceso y 44% dijo que no le explicaban qué sucedía durante las audiencias [...] 77,8% de las personas no pudo preparar una defensa con su abogado(a) antes de ser formalmente acusado ante la autoridad jurisdiccional [...] 61,5% del total de encuestados dijo que se sintió «nada» o «muy poco» defendido por sus abogados durante el juicio».

Finalmente, 34,1% de los encuestados calificaron la actuación de sus abogados como «muy mala» (Pérez Correa & Azaola, 2013, pp. 9, 68, 71, 72 y 74).

En el caso peruano, en una investigación realizada en Lima hace unos años, se preguntó a una muestra de un centenar de condenados acerca de la comunicación con su abogado. Los resultados aparecen en el siguiente cuadro:

Comunicación entre el procesado que fue condenado y su abogado (%)

El abogado que usted tenía...	Sí, siempre	Sí, algunas veces	No, casi nunca	Nunca
¿le explicaba en qué consistían los pasos del proceso?	33	10	6	51
¿lo/a mantenía informado/a acerca del trámite?	30	12	13	45
	Sí	No	Más o menos	
En la comunicación con usted, ¿se interesó por conocer la verdad de los hechos?	51	38	11	

Fuente: Pásara, 2010, p. 313

Esta es la calidad de la defensa penal realmente existente y cuyos términos de ejercicio concurren a la producción de nuevas víctimas en el sistema. En casi todos los ordenamientos legales en los que se ha incorporado la reforma, en el procedimiento abreviado el acuerdo entre acusación y defensa se presenta concluido al juez que opera como una suerte de notario para verificar la legalidad formal de lo actuado y ratificar la pena acordada por las partes. Cierta número de inocentes —imposible de cuantificar por algún método confiable— resulta así criminalizado mediante el procedimiento abreviado, que los abanderados del sistema adversarial no vacilan en considerar como una solución de calidad.

Nada de esto es nuevo ni era ignorado cuando se adoptó la reforma procesal penal. No solo los estudiosos del sistema penal estadounidense lo habían hecho notar (entre muchos otros: Stuntz, 2011, p. 82), sino que hasta películas y series de televisión han mostrado hasta la saciedad que el proceso adversarial conduce a negociaciones y acuerdos para los que se induce la admisión de responsabilidad. Estas prácticas, que fueron trasplantadas a nuestros países por la reforma procesal penal, se realizan al margen de ambas víctimas. Porque así como los intereses del acusado- víctima que es inocente con frecuencia no resultan adecuadamente protegidos por su abogado defensor, el objetivo de la víctima del delito

—o sus familiares—, consistente en que se haga justicia en su caso, tampoco queda protegido por la actuación del fiscal, pese a lo que retóricamente declara la ley.

La discrepancia entre objetivos y procedimientos legalmente establecidos, de un lado, y desarrollos prácticos, de otro, forma parte de la tradición del derecho. Pero ocurre en mayor medida en el paisaje propio de una cultura jurídica como la nuestra, en la que se atribuye a la ley una capacidad para imponerse sobre la realidad, modificándola de acuerdo con los objetivos trazados en ella. Dado que desde este enfoque se presta poca atención a los términos reales en los que funciona esa ley —capacidades efectivas de los actores, desigualdad en los recursos disponibles, rutinas burocráticas entronizadas, etcétera—, se considera que una reforma normativa es el centro de un cambio profundo. La reforma procesal penal latinoamericana demuestra —como antes demostraron tantas nuevas constituciones y códigos— que el eje principal de la transformación de la justicia que tenemos no reside en la sustitución de unas normas por otras.

iv. Otras víctimas del sistema penal

Hay otras víctimas del sistema penal. Algunos de sus operadores lo son. Estamos hablando de jueces, fiscales y defensores públicos que actúan de buena fe y hacen su tarea lo mejor posible porque creen que, por lo menos

en una porción de los casos que procesa el sistema penal, pueden lograr un resultado razonable. Ellos son en ocasiones héroes y con frecuencia también son víctimas. En definitiva, su esfuerzo personal no produce resultados que impacten al conjunto del sistema, pero, no obstante, a veces ellos pagan un costo personal por intentarlo.

Sin embargo, las víctimas principales del sistema penal son aquellos que sufren un delito —o sus familiares— y quien es sindicado de haber cometido un delito. La experiencia de unos y otros, pese a ser muy distinta, enseña dolorosamente a ambos que aquel aparato que convencionalmente llamamos justicia promete algo muy distinto a aquello que efectivamente produce⁶.

v. Bibliografía

- Bergman, Marcelo** (coord.) (2003). *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*. México D.F.: CIDE, División de Estudios Jurídicos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)** (2013). Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13.
- Costa, Gino & Carlos Romero** (2014). *¿Quiénes son delincuentes en el Perú y por qué? Factores de riesgo social y delito en perspectiva comparada en América Latina*. Lima: PNUD, Ciudad Nuestra.
- Due Process of Law Foundation** (2013). *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington D.C.
- Pásara, Luis** (2009). El papel del Ministerio Público en la reforma procesal penal chilena. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 13, 193-238.
- Pásara, Luis** (2010). Los abogados de Lima en la administración de justicia. Una aproximación preliminar. En Luis Pásara, *Tres claves de la justicia en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Pásara, Luis** (2013). ¿Qué impacto tiene la reforma procesal penal en la seguridad ciudadana?. En Carlos Basombrío (ed.), *¿A dónde vamos? Análisis de políticas públicas de seguridad ciudadana en América Latina* (pp. 205-227). Lima: Wilson Center Latin American Program/ Ciudad Nuestra.

6 La conjunción de estos dos tipos de víctima en el proceso penal sugiere que la relación entre víctima y responsable del delito no es un juego de suma cero; esto es, que los intereses de uno y otro no se hallan enfrentados de la manera radical en la que los medios intentan presentarlos; que el reconocimiento de los derechos de uno no perjudica el derecho del otro y que, a menudo, ambas partes están interesadas en que el conflicto en el que se encuentran sea resuelto de manera razonable.

Pérez Correa, Catalina & Elena Azaola (2013). Resultados de la primera encuesta realizada a población interna en centros federales de readaptación social. México D.F.: CIDE.

Stuntz, William J. (2011). The Collapse of American Criminal Justice. Cambridge, Mass./Londres: Harvard University Press.

LA CONTRATACIÓN EN LA VENTA DIRECTA

Daniel Echaiz Moreno¹

1. Preliminar

Nuestro Código Civil Peruano ha cumplido más de tres décadas desde su entrada en vigencia, siendo pues ocasión propicia para la reflexión (en el presente) respecto al camino transitado (el pasado) y a los nuevos rumbos que corresponde emprender (el futuro). Precisamente el presente ensayo parte de la realidad empresarial y procura que el Derecho Civil -especialmente, el Derecho Contractual, a través del Código Civil- preste atención a un emergente sistema de comercialización: la venta directa.

2. Introducción

El sistema de venta directa de productos y servicios está cada vez más extendido en el Perú y el mundo, abarcando diferentes sectores de nuestra economía de manera exitosa. Tan rentable es el esquema de la venta directa que las empresas que se dedican a este rubro ocupan los primeros lugares de la economía de sus respectivos países. Comúnmente se les ha asociado con las empresas de cosméticos, pero la venta directa no se restringe a dicho sector, ya que hoy en día se extiende a variados espacios, desde las prendas de vestir hasta los electrodomésticos.

Una de las grandes preocupaciones de las personas que participan dentro de un sistema de venta directa, es cómo se lleva a cabo la contratación ya sea con el colaborador que se dedique a la venta directa, o con el cliente, que adquiere los productos o servicios. Y la preocupación adquiere mayor notoriedad porque, a diferencia de otros países, Perú no cuenta con una regulación específica sobre

1 Doctorando en Derecho y Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado *summa cum laude* por la Universidad de Lima. Socio fundador de Echaiz Abogados. Catedrático de las Facultades de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y Universidad San Ignacio de Loyola (USIL), así como de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Ha participado en tribunales arbitrales (como presidente o miembro) y en arbitrajes unipersonales, tanto institucionales como *ad-hoc*. Es miembro del *staff* de árbitros de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Cámara de Comercio de Chiclayo, Cámara Peruana de la Construcción, Superintendencia Nacional de Salud, Colegio de Ingenieros del Perú, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Universidad Santo Toribio de Mogrovejo. Web page: www.echaiz.com, E-mail: daniel@echaiz.com

la venta directa, por lo que los aspectos antes señalados son implementados y/o aplicados por cada empresa *a su manera*, pudiendo presentarse situaciones como disfrazar una relación laboral o afectar los derechos de los consumidores.

Los objetivos del presente ensayo son: (i) analizar qué es el sistema de venta directa, (ii) abordar las principales características de la venta directa, (iii) plantear la diferenciación entre la venta directa, la venta multinivel y la venta piramidal, (iv) exponer la regulación extranjera sobre la venta directa y (v) desarrollar el aspecto de mayor relevancia: la manera cómo se lleva a cabo la contratación dentro de un sistema de venta directa, lo cual será analizado desde la perspectiva civil tomando en cuenta dos esferas: la relación empresa-colaborador y la relación colaborador-cliente.

3. La venta directa

3.1. Antecedentes, entorno y relevancia

En 1978 fue fundada en Estados Unidos la *World Federation of Direct Selling Association* (en adelante: WFDSA) o Federación Mundial de Asociaciones de Venta Directa², con el propósito de ser el ente que congregue a las asociaciones de venta directa del mundo y proponga normativas que puedan ser aplicadas de manera uniforme por todos los miembros de la misma. Actualmente está conformada por asociaciones de más de 50 países y se preocupa por la implementación de los Códigos de Ética (bajo esquemas de voluntariedad) dentro de los sistemas de venta directa de los diferentes países. Se dedica a promover la libertad de empresa dentro de los sistemas de venta directa, adaptándose a ciertos parámetros éticos.

La WFDSA proporciona datos estadísticos importantes sobre el sistema de venta directa a nivel mundial, tales como los siguientes:

- La venta directa representa el 40% de la economía en América, el 16% en Europa, el 4% en Asia y el 1% en África, lo que permite apreciar que la venta directa dinamiza significativamente la economía en países americanos.
- En cuanto a las modalidades de venta directa a nivel mundial tenemos que el 80% se hace persona a persona, el 18% a grupos y el 2% usan otras modalidades, lo cual revela el trato individualizado como sustento de la venta directa.
- En cuanto a las personas que se dedican a participar en los negocios de venta directa tenemos que el 75% son mujeres y el 25% son hombres, por lo que se trata de un negocio tradicionalmente femenino.

2 Cfr. Website de la World Federation of Direct Selling Association: www.wfdsa.org

Perú se encuentra afiliado a la WFDSA a través de la Cámara Peruana de Venta Directa (en adelante: CAPEVEDI), la misma que congrega a las principales empresas de venta directa de nuestro país y procura la aplicación del Código de Ética en las diferentes empresas, a efectos que no se produzca ningún tipo de vulneración, ya sea en la relación empresa-colaborador o ya sea en la relación colaborador-cliente. Cabe precisar que la especial preocupación por la aplicación del Código de Ética en las empresas afiliadas a la CAPEVEDI obedece a que en el Perú no contamos con ningún tipo de regulación normativa para la venta directa.

3.2. Definición y características

El Código Europeo de Venta Directa dirigido a los consumidores señala en su artículo 1 inciso 1.2 que la venta directa es el “método de venta que se basa en la explicación o demostración de los productos a un consumidor mediante un vendedor, fuera de locales comerciales y básicamente en la casa del consumidor, en la de otro consumidor o en el lugar de trabajo de otro consumidor”.

En similar perspectiva, la Norma Mexicana sobre Venta Directa estipula en su artículo 2 inciso 2.19 acápite b) que la misma es el “sistema de ventas fuera del local comercial en que el ofrecimiento de bienes y/o servicios al consumidor lo realiza un distribuidor independiente autorizado, usualmente mediante una explicación o demostración. En este caso, el distribuidor independiente autorizado o un representante del proveedor pueden tomar el pedido, entregar los bienes y/o servicios solicitados y recibir el pago o pagos correspondientes”³.

Por su parte, el Código de Ética de la CAPEVEDI indica en su artículo 1.2 que la venta directa es “la comercialización de productos y/o prestación de servicios que un empresario independiente efectúa directamente a los consumidores en sus viviendas, lugares de trabajo u otros espacios, para lo cual usualmente brinda información sobre los productos y/o servicios y realiza demostraciones”.

Luego de revisar las anteriores definiciones, podemos concluir que el sistema de venta directa reúne las siguientes características copulativas:

- a) Implica la comercialización de productos y/o la prestación de servicios.
- b) Es realizada por una persona, siguiendo las indicaciones de una empresa.

3 Cfr. Norma Oficial Mexicana NOM-035-SCFI-2003: Prácticas comerciales y criterios de información para los sistemas de ventas a domicilio.

- c) Es realizada de manera directa, es decir, no a través de un local comercial, sino que se efectúa mediante la directa visita al cliente, ya sea en su domicilio, en su trabajo, etc.
- e) Implica brindar información sobre el producto y/o el servicio, realizar demostraciones de los mismos, entregar los productos y/o servicios ofrecidos y recibir los pagos correspondientes por las ventas realizadas.
- f) El beneficio para el colaborador será una comisión por la venta del producto y/o el servicio, más los incentivos que se hubieran pactado con la empresa.

3.3. Distinción con otros modelos de venta

Es importante tener en claro lo que significa un sistema de venta directa, a efectos de establecer las diferencias con otros sistemas relativamente parecidos, pero que en verdad no son venta directa. A veces estos otros sistemas son usados para disfrazar la venta directa, para crear confusión o para aprovecharse de las ventajas de la venta directa; por ello realizaremos las distinciones entre: (i) la venta directa y la venta multinivel y (ii) la venta directa y la venta piramidal.

La venta directa es básicamente la venta realizada directamente a una persona o grupo de personas, sin intermediarios, y visitando directamente a los consumidores para el ofrecimiento de los productos y/o los servicios. Por lo tanto, la venta de productos a través de un local comercial o a través de sistemas virtuales NO son modelos de venta directa. Esta precisión tiene sentido porque, por ejemplo, en el mercado peruano existen importantes empresas de venta directa de cosméticos que han colocado stands de venta en centros comerciales; ante ello nos preguntamos si seguimos estando ante un esquema de venta directa, siendo negativa la respuesta. Probablemente en dichos casos el *core business* del negocio sea obtener rentabilidad a través de la venta directa; sin embargo, esas empresas habrían decidido innovar a través de otros sistemas de venta, como son la venta de productos y/o servicios a través de locales comerciales o de páginas web, empero ello no configura venta directa.

a) La venta multinivel

Inicialmente, podría definirse a la venta multinivel como un sistema de venta directa de tipo complejo, ya que no tenemos la simple relación empresa-colaborador-cliente (típico de un sistema de venta directa), sino que ahora tenemos una relación empresa-empresarios-colaborador-cliente.

Según el artículo 22 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de España, la “venta multinivel constituye una forma especial de

comercio en la que un fabricante o un comerciante mayorista vende sus bienes o servicios a través de una red de comerciantes y/o agentes distribuidores independientes, pero coordinados dentro de una misma red comercial y cuyos beneficios económicos se obtienen mediante un único margen sobre el precio de venta al público, que se distribuye mediante la percepción de porcentajes variables sobre el total de la facturación generada por el conjunto de los vendedores integrados en la red comercial, y proporcionalmente al volumen de negocio que cada componente haya creado”⁴.

Por su parte, según el artículo 2 de la Ley colombiana que regula la venta multinivel, para que estemos frente a este tipo de venta, deben confluír los siguientes elementos: a) la búsqueda o incorporación de personas naturales, para que éstas a su vez incorporen a otras personas naturales, con el fin último de vender determinados bienes o servicios; b) el pago, o la obtención de compensaciones u otros beneficios de cualquier índole, por la venta de bienes y servicios a través de las personas incorporadas, y/o las ganancias a través de descuentos sobre el precio de venta; y c) la coordinación, dentro de la red comercial, de las personas incorporadas para la respectiva actividad multinivel⁵.

Como podemos observar, la venta multinivel implica una estructura más compleja de venta directa en la cual, entre la empresa y el colaborador que se dedica a la venta directa, tendremos unos distribuidores, quienes toman contacto con la empresa y se ofrecen a contactar a toda la red de colaboradores que se encargarán del servicio de la venta directa. Estos colaboradores reciben normalmente una doble ganancia: la empresa les otorga un porcentaje por las ventas que efectúan las personas que refirieron y les da una comisión por cada persona que refieran a este sistema. A su vez, esta red de distribuidores están debidamente organizados y en coordinación con la empresa principal. Véase que el referir personas es una opción, más no una obligación, puesto que sino caeríamos en un esquema de venta piramidal, sancionado en la gran mayoría de países del mundo, como explicaremos más adelante.

El adecuado establecimiento de la venta multinivel podría conllevar a que la red de negocios de la empresa crezca ampliamente, al

4 Cfr. Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

5 Cfr. Ley 1700, de Colombia, por medio de la cual se reglamentan las actividades de comercialización en red o mercadeo multinivel en Colombia.

generar una significativa y creciente fuerza de ventas con ganancias inmediatas, siendo que los distribuidores tan solo podrían referir y recomendar personas que se dediquen a realizar este negocio. Precisamente se denomina multinivel porque la persona a quien se contrate podría referir, a su vez, a otras personas y, así, sucesivamente, generándose ganancias a todos los participantes y, por supuesto, a la empresa.

b) La venta piramidal

En la gran mayoría de países del mundo, la venta piramidal es considerada una estafa. Precisamente, a inicios de este año se ha iniciado una investigación en Estados Unidos a la empresa *Herbalife* ya que “en este momento un distribuidor de *Herbalife* está intentando convencer a un grupo de interesados de seguir sus pasos. Su principal argumento es que al vender los productos de nutrición y para bajar de peso de la empresa, los aspirantes podrán alcanzar -así lo llaman- «su independencia financiera». ¿Cómo? Comprando en cantidad y revendiendo los productos de la empresa”⁶. Por ello, ante constantes denuncias, la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos emprendió en la quincena de marzo del 2014, una profunda investigación a la empresa *Herbalife*, a fin de determinar si esta empresa aplica o no un esquema piramidal en su negocio.

Según el artículo 24 de la Ley española de Competencia Desleal, se considera desleal por engañoso, en cualquier circunstancia, crear, dirigir o promocionar un plan de venta piramidal en el que el consumidor o usuario realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada fundamentalmente de la entrada de otros consumidores o usuarios en el plan, y no de la venta o suministro de bienes o servicios⁷.

A su vez, la Asociación de Empresas de Venta Directa de España ha establecido las principales diferencias entre la venta directa y la venta piramidal en los siguientes términos⁸:

- La venta directa es un sistema legal y regulado, mientras que la venta piramidal es un sistema ilegal y sancionado por las normas.
- Las empresas de venta directa son legalmente constituidas y transparentes, mientras que las empresas de venta piramidal no

6 Cfr. “Herbalife, ¿un negocio basado en un esquema piramidal?”. En: Diario El Comercio. Lima, 14 de marzo del 2014, <http://elcomercio.pe/economia/mundo/herbalife-negocio-basado-esquema-piramidal-noticia-1715925>

7 Cfr. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal de España.

8 Cfr. Website de la Asociación de Empresas de Venta Directa de España: www.avd.es/ventadirecta/venta-multinivel.html

son claramente identificables y su actividad y denominación no están claramente definidas.

- En la venta directa, para formar parte de la red comercial, los interesados pagan una pequeña cuota que incluye productos para su venta y manuales de formación, mientras que en la venta piramidal se paga una alta cuota de entrada y el beneficio de la venta piramidal proviene precisamente del reclutamiento.
- En la venta directa se ofrecen productos de calidad y que cumplen altos estándares, mientras que en la venta piramidal el producto no es lo más importante, sino que la ganancia se obtiene por la captación de nuevas personas que compran productos de dudosa calidad.
- En la venta directa el cliente tiene garantías para devolución del producto si es que se encuentra insatisfecho, mientras que en la venta piramidal no existen dichas garantías.
- Las empresas de venta directa ofrecen formación, una oportunidad de negocio independiente y el respaldo de una marca acreditada, con productos de calidad, mientras que las empresas de venta piramidal ofrecen ganar dinero rápidamente, donde los niveles inferiores pagan las ganancias de los situados en la parte alta de la pirámide.
- En la venta directa los ingresos provienen de la venta de los productos (de modo que cuanto más se venda, más ingresos habrán), mientras que en la venta piramidal los ingresos provienen de reclutar a nuevas personas y de la inversión que realizan éstas.

Por lo tanto, la venta piramidal es una estafa por donde se le mire, sólo que a veces aparece tan bien disfrazada que dichas redes de negocios comienzan a operar con normalidad, hasta que se presentan denuncias al respecto. En términos generales, en la venta piramidal las ganancias se obtienen de la inversión que realizan otras personas, a quienes se les convence para ingresar al negocio, sin promesa de retorno; adicionalmente, no existe ningún tipo de protección al consumidor, que sí existe en la venta directa.

4. La contratación en la venta directa

Como explicamos en líneas anteriores, en el Perú no existe una regulación normativa específica sobre la venta directa, a diferencia de otros países -como México- que sí cuentan con ella; sin embargo, es un creciente sistema de comercialización, de especial trascendencia en nuestro país, como lo demuestra el Grupo Belcorp, la décima empresa de venta directa más grande del mundo,

que desde el Perú se ha extendido a 16 países, siendo fuente de trabajo para más de ocho mil personas⁹.

En ese orden de ideas, nos interesa abordar dos cuestiones vinculadas a la contratación en el sistema de venta directa: (i) la relación empresa-colaborador y (ii) la relación colaborador-cliente. Así, realizaremos un análisis comparativo en base a nuestra normativa actual civil, mercantil, laboral e, incluso, de protección al consumidor, aplicando las normas específicas a cada caso concreto. La finalidad es que las empresas de venta directa ajusten su funcionamiento a las actuales *normas genéricas*, ya que no existen *normas específicas*.

4.1. La relación empresa-colaborador

4.1.1. La contratación

Podría decirse que lo más importante dentro de un sistema de venta directa es su fuerza de ventas, ya que gracias a ésta se producirá el acercamiento de la empresa hacia sus consumidores. Por lo tanto, el negocio de venta directa se inicia con la contratación -por parte de la empresa dedicada a este rubro- de los colaboradores que se encargarán de la venta directa de los productos o los servicios. Estos colaboradores tienen que ser personas naturales y ejercerán sus funciones, según los requerimientos de la empresa que los contrató.

Pero, ¿bajo qué modalidad se les contrata a estas personas? Antes de responder esta pregunta, es importante dejar en claro cuáles son las principales características de la actividad de los colaboradores (algunas veces llamados vendedores, distribuidores o agentes):

- a) Actúan bajo un régimen de independencia, realizando sus funciones sin cumplir un horario de trabajo, sino acomodándose a lo acordado con los clientes o a su propia disponibilidad horaria.
- b) Realizan sus funciones fuera de oficina de la empresa de venta directa.
- c) Perciben una comisión por las ventas realizadas, no siendo una retribución fija.
- d) Se encargan de cumplir sus funciones (que incluyen la demostración, el ofrecimiento y la venta) bajo los parámetros indicados por la empresa de venta directa.

⁹ Cfr. Website de Belcorp: <http://www.belcorp.biz/somosbelcorp/gente.html>

De una primera revisión de las características antes señaladas podríamos considerar que, por el régimen de independencia, se trataría de un contrato de locación de servicios; sin embargo, la respuesta es negativa. ¿Por qué no podría ser un contrato de locación de servicios? Recordemos que, según prescribe el artículo 1764 del Código Civil, el contrato de locación de servicios es aquel por el cual “el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”. Así, el contrato de locación de servicios se caracteriza por un régimen de independencia, en el cual se encarga la realización de un servicio a una persona, quien actúa por cuenta propia, sin estar subordinada y teniendo derecho al pago de una retribución.

La venta directa va mucho más allá pues solamente coincidiría con el contrato de locación de servicios en el elemento de la independencia, ya que los colaboradores deciden el momento, el lugar y la manera en que realizan su labor. Sin embargo, no coinciden en los demás elementos, ya que en un sistema de venta directa, los colaboradores no actúan totalmente por cuenta propia porque, por un lado, tienen que ofrecer los productos y/o los servicios bajo los precios y las características indicados por la empresa de venta directa y, por otro, la retribución que reciben no es fija, sino que es a través de comisiones, lo cual significa que si el colaborador no vende nada entonces no recibirá ningún pago por el sistema de venta directa al cual pertenece.

En ese orden de ideas, actualmente en México se emplea el contrato de comisión mercantil para la contratación de los colaboradores en las redes de venta directa, donde la facturación se hace de la empresa al consumidor por el precio total, siendo que el intermediario -que es el comisionista- recibe una comisión establecida por la empresa de venta directa¹⁰. Consideramos que esta modalidad de contratación -que actualmente es aplicada en México de manera exitosa- podría replicarse en el Perú.

Por ello, postulamos que la modalidad ideal de contratación para los colaboradores será a través del contrato de comisión mercantil, regulado en los aún vigentes artículos 237 y siguientes del vetusto Código de Comercio, de 1902. El contrato de comisión mercantil implica un mandato, que tenga por objeto un acto u operación de comercio, y donde el comitente o el comisionista sea comerciante o agente media-

10 Cfr. Asociación Mexicana de Venta Directa. Nuevos negocios en México: documento informativo, p. 26, en: www.amvd.org.mx/

dor del comercio. Adicionalmente, el comisionista podrá desempeñar sus funciones contratando a nombre de la empresa.

Consideramos que la comisión mercantil es el marco jurídico idóneo a aplicar para la contratación de colaboradores en el sistema de venta directa en el Perú, donde dichos colaboradores actúan a nombre de la empresa de venta directa (siendo que el comprobante de pago se emite a nombre de la empresa a quien representan), perciben una comisión por las ventas efectuadas, y reciben el mandato o las órdenes de la empresa para la cual trabajan.

Vale precisar que las empresas de venta directa afiliadas a Asociaciones de Venta Directa (tales como las empresas afiliadas a la CAPEVEDI) suelen requerir a sus colaboradores, como condición para pertenecer a la organización de ventas de la compañía, adherirse al Código de Ética de la respectiva asociación a la cual pertenezca la empresa de venta directa. Ello es relevante en tanto los colaboradores se someterán a los principios establecidos en el correspondiente Código de Ética, en el cumplimiento de su labor, lo que a su vez supone la implementación de prácticas de responsabilidad social, gobierno corporativo y ética empresarial en la empresa de venta directa.

Finalmente, los colaboradores deben tener la suficiente tranquilidad que, al terminar la relación comercial con la empresa de venta directa, la misma les comprará cualquier producto no vendido que sea vendible, incluyendo material promocional, auxiliares de venta y demostradores. Así se regula, por ejemplo, en el Código de Ética de la CAPEVEDI, siendo aplicable en la medida que la empresa de venta directa esté afiliada a la CAPEVEDI.

4.1.2. Los incentivos

Como bien señala Ana María Figueiredo, “la retención de los vendedores se vuelve necesaria e imprescindible para la subsistencia de la empresa que comercializa productos a través de la venta directa”¹¹. Así, en un sistema tan personalizado como es la venta directa, es importante la continuidad del vendedor (colaborador), ya que el mismo posee una cartera de clientes fiel a él, que genera ganancias a favor de la empresa de venta directa. Si el colaborador deja de pertenecer a la empresa entonces lo más probable es que la empresa perderá a esos clientes, ya que -en la mayoría de los casos- eran clientes del colaborador, mas no clientes de la empresa.

11 Cfr. Figueiredo, Ana María. Venta directa y marketing, p. 15, <http://200.16.86.50/digital/658/dt/aportespedagogicos/figueiredo1-1.pdf>

Sin embargo, a pesar que el colaborador pueda incorporarse a la empresa de venta directa por diferentes razones, lo cierto es que su permanencia dependerá significativamente de la obtención de beneficios económicos en el corto plazo. Para ello, el principal mecanismo de atracción y retención de los colaboradores será el otorgamiento de incentivos, los cuales serían claramente expuestos y ofrecidos desde el momento de su contratación; por razones de seguridad jurídica debería ser pactado expresamente en el respectivo contrato de comisión mercantil o en una hoja anexa de beneficios para todo aquel colaborador que labore para la empresa de venta directa.

Los incentivos podrían ir desde una motivación inicial (como concursos, desafíos, sorteos o campañas de millaje) hasta un reconocimiento posterior (como distinciones, nombramientos, fiesta anual de reconocimiento o premios monetarios, que marcan una meta o logro por parte del vendedor que lo recibe), todo ello efectuado por parte de la empresa de venta directa a favor de los colaboradores.

4.1.3. Crítica del Derecho Laboral

Un último aspecto a considerar respecto a la contratación de los colaboradores es la crítica que surgió hace algunos años en cuanto a si el sistema de venta directa es realmente un régimen de independencia o, más bien, es un régimen de dependencia, con subordinación, prestación personal de servicios y pago de una remuneración fija (con los consecuentes derechos laborales que le corresponde a un trabajador).

La Organización Internacional de Trabajo (en adelante: OIT), luego de la emisión de la “Recomendación sobre la relación de trabajo (2006)”, se pronunció en torno a un problema central para la OIT: la protección de los trabajadores dependientes, que aparecen como independientes por problemas de legislación, por ambigüedades de la relación o por encubrimiento fraudulento¹². A propósito de ello, se sometió a crítica abierta la actual situación laboral de los jóvenes trabajadores de *delivery* y de las trabajadoras de venta directa.

Luego de realizarse un *focus group* con trabajadoras de venta directa, se concluyó que existían determinados indicadores que daban a entender la existencia de una relación de trabajo, tales como:

- a) Las empresas de venta directa proporcionan un código a cada colaboradora, a los efectos de su identificación.

12 Cfr. Orsatti, Álvaro. Jóvenes trabajadores de *delivery* y trabajadoras de venta directa, [http:// white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/orgsin/documentos/delivery_arg.pdf](http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/orgsin/documentos/delivery_arg.pdf)

- b) Las empresas de venta directa obligan a sus colaboradoras a asistir a las conferencias de venta.
- c) Las empresas de venta directa establecen niveles o jerarquías de trabajo, definiendo cuál de las colaboradoras es líder.
- d) Las empresas de venta directa establecen formas y lugares de pago.
- e) Las empresas de venta directa estipulan y promocionan los productos a vender a través de catálogos o cartillas, que las colaboradoras deben comprar al inicio de cada campaña.
- f) Las empresas de venta directa obligan a sus colaboradoras a adherirse a un Código de Ética.
- g) Las empresas de venta directa establecen una frecuencia permanente de sus colaboradoras para las campañas.
- h) Las empresas de venta directa otorgan premios a sus colaboradoras por volumen de ventas.
- i) Las empresas de venta directa emiten comprobantes de pago por las ventas realizadas por sus colaboradoras.

A pesar de lo antes señalado, consideramos que el sistema de venta directa no configura un régimen de dependencia, ya que sus propias características más bien reflejan la independencia con la que los colaboradores desempeñan su labor en la empresa de venta directa a la cual se encuentran afiliados. No obstante, con el propósito de evitar cualquier contingencia laboral, es importante que las empresas de venta directa mantengan una relación horizontal con sus colaboradores, con incentivos que motiven su participación y productividad en dicha empresa.

4.2. La relación colaborador-consumidor

En cuanto a la relación entre el colaborador (vendedor) y los consumidores vamos a aplicar la normativa civil sobre contrato de compraventa y el Código de Ética de la CAPEVEDI, que tiene un capítulo dedicado a los consumidores. Véase que contratar con una empresa afiliada a la CAPEVEDI ofrece seguridad para el consumidor, ya que la referida afiliación supone que dicha empresa respeta el Código de Ética. Ahora, si una empresa de venta directa no actúa conforme al Código de Ética, igual podría accionarse ante la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Seguidamente analizaremos las tres etapas dentro de la contratación de venta directa y los rasgos que contiene cada una de ellas. Actualmente, la

venta directa -así provenga de empresas formales- se realiza usualmente de manera informal; por ello, en respaldo del consumidor, se debería promover un sistema garantista y, a la vez, ágil, que proteja al consumidor antes, durante y después de la contratación con los colaboradores.

4.2.1. Etapa previa

- a) Identificación del colaborador ante el potencial consumidor e identificación de la empresa de venta directa a la cual representa, así como los productos y/o los servicios que ofrece y el propósito de la visita.
- b) Explicación y demostración de los productos y/o los servicios que ofrece el colaborador, haciendo precisión en el precio, los términos de pago, la garantía, el servicio post-venta, etc.
- c) Todo lo anterior configura las tratativas que culminan con una oferta que realiza el colaborador al potencial consumidor. Esta oferta normalmente es de carácter verbal porque se realiza en el momento de la visita.

4.2.2. Etapa contractual

- a) Si el consumidor está de acuerdo con la oferta presentada por el colaborador entonces se produce la aceptación, la cual se materializa en una orden de compra, que el colaborador completa con los datos del consumidor.
- b) Considerando que a veces el ofrecimiento y la aceptación se dan de manera inmediata, se otorgará un período para el pago del producto y/o el servicio, que normalmente ocurre contraentrega del mismo.
- c) Cuando se entrega el producto y/o el servicio, el colaborador deberá entregar al consumidor el respectivo comprobante de pago a nombre de la empresa de venta directa que provee de los productos y/o los servicios.

4.2.3. Etapa post-contractual

- a) Se podría otorgar un derecho a los consumidores para la devolución o el cambio de los productos; de otorgarse este derecho, es recomendable colocarlo de manera expresa en la orden de compra. Recuérdese que la restitución es un derecho amparado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571).
- b) Algunas empresas de venta directa otorgan garantías adicionales o un servicio post-venta; de otorgarse estos beneficios, sería

recomendable colocarlo de manera expresa adjunto al producto o en algún documento entregado al consumidor, para que así el mismo pueda sustentar y reclamar sus derechos.

5. Corolario

El sistema de venta directa representa un alto porcentaje en la economía de diversos países del mundo (especialmente, países americanos), al ofrecer un modelo de venta simple, ágil, dinámico, accesible a las condiciones de los colaboradores y que puede redituar una rentabilidad significativa para las personas que participan en este negocio. Sin embargo, es importante tener claro sus límites, a fin de no caer en una venta piramidal, donde se vería afectado no sólo el colaborador (vendedor), sino que hasta el potencial consumidor.

Hemos precisado que, en el Perú, no existe una regulación normativa específica de la venta directa, a diferencia de otros países que sí cuentan con ella, por lo que es tarea pendiente establecer las principales directrices jurídicas para que, quienes se encuentran inmiscuidos o vinculados a este negocio, sepan cómo llevar a cabo la contratación, desde dos perspectivas: la relación empresa-colaborador y la relación colaborador-cliente.

LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: LA ADMINISTRACIÓN CONCERTADA EN MATERIA SANCIONADORA

THE AGREEMENT TO SETTLE THE SANCTION PROCEDURE: THE CONCERTED ADMINISTRATION REGARDING PENALTIES

Juan Carlos Morón Urbina*
Estudio Echecopar, asociado a Baker & McKenzie International

One of the most important transformations of contemporary Administrative Law Penalties is the one related to the openness to cooperation with private actors, considering that one of its expressions is the commitment to cease.

In this academic paper, the author realizes a theoretical approach on the legal concept of concerted administration regarding penalties, and analyzes its regulation within sectoral rules. Finally, he offers some criticisms of the use of this concept by the public administration.

Key Words: administrative sanctioning procedure; administrative penalty; commitment to cease; concerted administration; agreement to settle.

Una de las transformaciones más importantes del Derecho Administrativo Sancionador contemporáneo es la relativa a la apertura a la concertación con los agentes privados, siendo una de sus expresiones el compromiso de cese.

En el presente artículo, el autor realiza un acercamiento teórico a la figura de la administración concertada en el ámbito sancionador, y analiza su regulación en normas sectoriales. Finalmente, ensayó críticas sobre la utilización de esta figura por parte de la Administración Pública.

Palabras clave:

procedimiento administrativo sancionador; sanción administrativa; compromiso de cese; administración concertada; terminación convencional.

* Abogado. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Administrativo en las Facultades de Derecho de la PUCP, Universidad ESAN y Universidad de Piura. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA). Socio de Estudio Echecopar, asociado a Baker & McKenzie International. Contacto: juancarlos.moron@echecopar.com.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial de THEMIS-Revista de Derecho el día 6 de abril de 2016, y aceptado el 30 de junio de 2016.

I. Introducción

En nuestros países, con frecuencia oímos reclamos sobre la ineficacia de las sanciones administrativas. Se dice que las sanciones económicas no son recaudadas prontamente por no ser exigibles o porque los administrados no las dejan consentir. Que las sanciones impuestas son impugnadas ante el Poder Judicial, ejerciendo un “inconveniente” derecho a la tutela judicial efectiva, y luego anuladas por los jueces por “meros” defectos relativos al debido proceso. Se dice también que los jueces dictan medidas cautelares que suspenden sanciones administrativas porque no comprenden el “sacrosanto” interés público que la Administración defiende o lo “trabajoso que es organizar conforme a ley un expediente sancionador”.

Algunos –renunciando a su rol de abogados– sugieren modificar el régimen legal para prohibir las impugnaciones, para incrementar desproporcionadamente el quántum de las multas, para hacer ejecutiva la decisión administrativa sin importar lo que digan los jueces, para prohibir los procesos constitucionales o hacerlos de competencia de la Corte Suprema o Superior con el no disimulado propósito de dificultar su resolución pronta. Otros exigen poner trabas para el acceso a la justicia de los sancionados (las muy ingeniosas garantías económicas, pagos previos, etcétera). Por allá, los menos pero más atrevidos plantean el carácter irrevisable de las decisiones administrativas, afirmando lo “técnico de su contenido”, la “impericia de los jueces para saber temas tan especializados”, o aduciendo no comprender o desconocer eso que los jueces consideran esencial y que denominan proporcionalidad y razonabilidad para la determinación del quántum sancionador.

Estas ideas parten de una idea equivocada de la sanción administrativa, considerándola como una finalidad en sí misma, asumiendo que mientras más pronto se le aplique, mediando su imposición autoritaria, el administrado enderezará su conducta, manteniéndola dentro del ordenamiento. Pero eso no es así, porque desconoce que hay otras perspectivas que permiten alcanzar ese objetivo de manera más pronta y generar adhesiones en los administrados antes que resistencias y confrontación, con mayores ventajas. El presente ensayo pretende explorar una alternativa, no necesariamente nueva, pero sí más eficiente para este problema: la administración concertada de las sanciones administrativas, que de paso ponga fin a la virtual inflación de potestad sancionadora y de procedimientos sancionadores que sufren las entidades públicas y también los administrados.

II. La terminación convencional de los procedimientos administrativos como expresión de una administración concertada en reemplazo de la administración autoritaria

Una de las transformaciones hacia fines del siglo pasado fue el

establecimiento de nuevas formas de relación entre el Estado y el ciudadano, ya no basándose exclusivamente en la relación de mando y obediencia o subordinación-sujeción, sino admitiendo el equilibrio de posibilidades mediante la participación, la necesidad de construir ahora esa relación sobre la base de la buena fe y confianza legítima, entendiendo que el interés público no puede estar al margen del interés de los administrados.

En ese contexto, es identificable con nitidez la apertura actual a formas de actuación administrativa de naturaleza convencional con los administrados, pero de un modo previsible y controlado¹. Es una nueva técnica de administrar: a través de convenios y no de imposiciones. Esta tendencia se sobrepone a la tradicional decisión unilateral adoptada sobre la base de la legislación, de soluciones de conflictos dentro del molde de decisiones unilaterales del acto administrativo, en procedimientos regulados legalmente y dictados bajo cumplimiento cabal de requisitos previstos para ello, en los cuales a modo de compensación únicamente se consagra en favor del administrado un régimen garantista, constituido por derechos de acción y de controversia, que pueden hacerse valer incluso ante los tribunales.

Precisamente, esta línea en la transformación del Estado contemporáneo nos pone en la senda de una posible Administración Pública en la cual parte del ejercicio de su poder público sea concertado, y no exclusivamente unilateral ni expresión de pura autoridad; donde se entienda que no necesariamente la Administración es titular de un interés diverso a los intereses de los ciudadanos en particular. Estamos superando el paradigma aquel de que es imposible para la Administración Pública transigir o conciliar sus intereses porque se transgrede el interés público que radica en el ejercicio unilateral del poder encomendado.

El profesor Delgado Piqueras califica a esta modificación de la dogmática del Derecho Administrativo tradicional como una ganancia doble para el Estado de Derecho y para la eficacia de la Administración, del siguiente modo: “[...] Es una ganancia para el estado de derecho porque no instaura la autonomía negociada sin que exista previamente, sino que lo que hace precisamente

1 Respecto a esta transformación contemporánea pueden leerse con provecho el trabajo pionero de: FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Administración Imperativa y Administración concertada en la vida económica” [Ponencia presentada en las Jornadas sobre el nuevo Derecho de la empresa celebradas en la Cámara de Comercio e Industria de Madrid del 18 al 22 de mayo de 1987]. En: FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su Tercera Centuria”. Buenos Aires: Editorial La Ley. 2002. p. 115. También el trabajo de: HUERGO LORA, Alejandro. “Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas”. Oviedo: S.L. Civitas Ediciones y Universidad de Oviedo. 1998. p. 469; PAREJO ALFONSO, Luciano. “La terminación convencional del procedimiento administrativo: naturaleza y características de una nueva figura en el Derecho español”. En: CASSAGNE, Juan Carlos (Coordinador). “Derecho Administrativo: Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1998. pp. 697-722; DE PALMA DEL TESO, Ángeles. “Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000.

es encauzar, someter el ejercicio negociado del poder administrativo a las garantías del procedimiento administrativo, intentando que sea posible la transparencia, el respeto de los derechos de los interesados en el procedimiento y, ulteriormente, el control”.

En cuanto al aporte que esta renovación realiza a favor de la eficacia de la Administración, afirma que permite una toma de decisión más acertada, con mejor conocimiento de causa, y conocer los puntos de vista de los propios interesados, según lo que ellos están dispuestos a asumir, lo cual favorece que las decisiones acordadas, una vez tomadas, se puedan llevar a la práctica con menor resistencia, evitando la litigiosidad.

En este orden de ideas, encontramos lo que se ha denominado la “administración concertada”, presente en conciertos en materia de expropiaciones; zonificación y urbanismo; tributaria; admisión y favorecimiento de acuerdos conciliatorios, transacción y mediación –autocompositivos– entre privados para concluir procedimientos trilaterales; y en los casos de negociación y conciliación con la propia administración en materias patrimoniales (por ejemplo, en materia de contratos públicos)².

La aplicación de conciertos con los administrados no implica sustituir al interés general por la autonomía de la voluntad individual, sino precisamente adaptar ambas a la búsqueda más eficiente de la satisfacción del interés público. Como bien manifiesta Delgado Piqueras: “[...] si el poder administrativo puede concretarse con el procedimiento en una resolución administrativa, en un contrato accesorio de aquella o en un acto negocial sustitutivo, quiere decirse que el poder administrativo puede encontrar distintas formas de manifestación, siendo sustancialmente el mismo. El que el poder público se traduzca en un módulo negocial implantado en el procedimiento no significa, pues, que el poder se convierta en poder privado. Los módulos negociales no son manifestaciones de autonomía privada sino medios de tutela de intereses públicos, que no agotan la potestad administrativa”³.

En síntesis, no debe perderse de vista que estos conciertos de la Administración con los particulares constituyen una nueva forma de administrar intereses públicos, y no la sustitución de la decisión estatal, o, en palabras de Subra, se trata esencialmente de un renunciamiento parcial “al procedimiento clásico de la intervención unilateral por vía reglamentaria para

2 Respecto a este fenómeno, tuvimos ocasión de referirnos en: MORÓN URBINA, Juan Carlos. “La Solución Alternativa de Controversias en sede administrativa (de la imposición unilateral de la autoridad a la conciliación de intereses en asuntos administrativos)”. En: MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Derecho Procesal Administrativo”. Volumen II. Lima: Editorial Rodhas. 2000. pp. 113 y siguientes.

3 DELGADO PIQUERAS, Francisco. “La Terminación convencional del procedimiento Administrativo”. Pamplona: Aranzadi Editorial. 1995. p. 69.

dar un mayor lugar a la concertación y al diálogo recurriendo, aún más, a los procedimientos contractuales”⁴.

Esta transformación redefine los límites entre los derechos individuales y el grado de intrusión de la administración en su esfera, que permiten incorporar la autocomposición de intereses en procedimientos históricamente sujetos solo a resolución autoritaria de la administración. De este modo, se buscan mayores posibilidades de satisfacción de intereses y de presteza para resolver sumariamente asuntos asumidos por el Estado regulador imprimiendo mayor celeridad a los procedimientos administrativos incorporando técnicas consensuales, dado que mediante ellas podemos sustituir innumerables acciones administrativas, notificaciones, procesos y actuaciones. Mediante la participación de los afectados, se ponen en claro los verdaderos intereses de las partes, y se permite proponer fórmulas variadas para solucionar el diferendo antes que confiar en el criterio único del funcionario instructor.

Los acuerdos o conciertos con los ciudadanos plantean una forma nueva de administrar asuntos públicos con una nueva legitimidad que le reporte adhesiones, compromisos y activismo de los privados. Ahora se busca conseguir vía pactos el apoyo social que no permite un ordenamiento exclusivamente basado en la imperatividad de la autoridad y en los actos unilaterales. Como bien refiere Sánchez Morón, existe una preferencia actual “[...] por las formas de actuación administrativa de naturaleza negocial, convencional, acordada con los interesados. Una preferencia que está desplazando el interés dogmático desde el acto administrativo al procedimiento, como sede para la búsqueda de la solución no ya más correcta en derecho, no solo más favorable para el interés general, sino también más viable y aceptable por sus destinatarios”⁵.

En suma, como bien afirman los maestros García De Enterría y Fernández respecto a esta nueva estrategia de administrar, “[e]n el fondo de este deseo late una intuición válida, que tiene su origen en una constatación igualmente exacta: la extraordinaria rigidez de un ordenamiento construido a la medida de una administración que manda y se impone. Esta rigidez no se ha sentido como una carga en tanto que la Administración ha reducido su actividad a la salvaguarda del orden público y al sostenimiento de unos pocos servicios públicos, de acuerdo con los más puros planteamientos del liberalismo del pasado siglo. Hoy, en cambio, una vez rotas las antiguas barreras entre el Estado y la sociedad y asumida por la Administración la tarea

4 SUBRA DE BIEUSSES, Pierre. “El nuevo Derecho Administrativo”. En: “Transformaciones del Derecho Público”. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1994. p.86.

5 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos”. En: AA.VV. “La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. Pamplona: Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco. 1995. p. 12.

de conformar un orden social más justo, esa rigidez constituye una grave limitación. Mandar y sancionar a través de decisiones unilaterales y ejecutorias, sistema plenamente eficaz cuando se trata de imponer el orden y de asegurar el respeto a la Ley, es insuficiente, sin embargo, para polarizar las energías sociales en orden a la consecución de los objetivos propuestos en los planes económicos. El acto unilateral asegura eficazmente la sumisión, pero es incapaz de suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración”⁶.

Nos encontramos pues frente a una transformación que es signo de nuestros tiempos, en búsqueda de eficacia administrativa despegándose de las formas rituales ineficientes, pero siempre dentro de lo que corresponde a la Administración: gestionar el interés público, pero dentro de la ley y no contra ella. Por ello, es clave tener presente que en todo caso “la terminación convencional es un instrumento para la mejor y más rápida satisfacción del interés público, pero no una vía para relajar el cumplimiento de la legalidad”⁷.

El reto que aborda esta constatada transformación del Derecho Administrativo es aportar a la eficacia de la potestad sancionadora, la más intrusiva y autoritaria de las atribuciones con que cuenta la Administración Pública. Es por ello que en esta sección del Derecho Administrativo prácticamente se asume –por principio– que es casi una exigencia natural que la determinación de la infracción y la aplicación de la sanción administrativa sean decididas de modo autoritario y unilateral⁸.

Sin dejar de mencionar esa resistencia, no podemos dejar de constatar que el Derecho Administrativo Sancionador especial se ha visto influenciado por la tendencia a la administración concertada, y por ello ha desarrollado figuras particulares, incorporando acuerdos con los administrados/infractores tales como: el compromiso de cese, el acuerdo de exoneración de responsabilidad a cambio de información relevante para detectar infracciones mayores o complejas, y el acuerdo transaccional sobre la sanción a aplicarse previa declaración de responsabilidad.

III. Los compromisos de cese como expresión de administración concertada de la potestad sancionadora

A. Concepto

Nos encontramos frente a una forma particular de conclusión de un procedimiento administrativo sancionador en curso, sin determinación de

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Décima Edición. Tomo I. Madrid: Civitas Ediciones S.L. 2000. p. 668.

7 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Óp. cit. p. 15.

8 Véase por todos ellos: GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES. “Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica de Derecho Penal Administrativo”. Segunda Edición. Navarra: Aranzadi. Thomson Reuters. 2010. p. 875.

responsabilidad administrativa ni aplicación de sanción por la celebración de un acuerdo vinculante propuesto por el instruido y aceptado por la Administración por estimarlo satisfactorio al interés público. Aquí, el rasgo importante es que la finalidad perseguida por el procedimiento administrativo –prevención general: inducir al comportamiento correcto al administrado y a la no reiteración de lo que se estima ilícito– también es alcanzada mediante acuerdos con los administrados, pero de una forma más eficiente.

Para que el acuerdo sea eficiente, es necesario que guarde cierto paralelismo con los correctivos que la Administración pretende inducir al administrado con la prosecución completa del procedimiento sancionador. Por ello, no puede caerse en el error de considerar que el compromiso de cese solo es un acuerdo para dejar de realizar una conducta continua considerada indebida o, inversamente, hacer algo que omitió y que constituye infracción. Su contenido esperado para ser aceptable al interés público debe ser más que ello.

En líneas generales, los acuerdos de cese planteados por los instruidos deben contener:

1. Compromisos que resuelvan las causas de los problemas identificados por la Administración, graduados en función de la naturaleza de cada infracción (por ejemplo, obligaciones de comportamiento futuras, modificaciones de conductas o prácticas);
2. Compromisos que puedan ser implementados públicamente de manera rápida y efectiva; y,
3. Compromisos cuyo cumplimiento pueda ser medible, incluso mediante verificación externa (obligación de entrega de información periódica, someterse a auditorías, etcétera).

Por ejemplo, en asuntos de prácticas contra la libre competencia, algunos de los compromisos comunes son: compromiso de modificación de prácticas comerciales, conclusión de determinados acuerdos, eliminación de cláusulas contractuales, compromisos de desinversión, abstención de intervención en algunas actividades o modos de intervención, compensación a terceros afectados, etcétera⁹.

El objetivo perseguido por la terminación convencional del procedimiento sancionador es doble: (i) por un lado, se busca lograr mediante la propuesta de acuerdo un restablecimiento rápido y espontáneo –aunque inducido por la amenaza de una sanción administrativa– de la conducta de-

9 GUZMÁN ZAPATER, Clara y Jordi FORNELLS DE FRUTOS. “La terminación convencional en la Ley No. 15/2007 de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación de la CNC”. En: Anuario de la competencia 1. 2011-2012. pp. 11 y siguientes.

bida de los presuntos infractores, la asunción de medidas para evitar o diluir su reiteración, y hasta alcanzar los correctivos necesarios respecto a los posibles afectados por la conducta considerada infractora; y, (ii) por otro lado, la terminación convencional permite a las entidades, sin perder la autoridad que poseen para gestionar el interés público, cumplir con el principio de eficacia administrativa, alcanzando el mismo objetivo de la acción sancionadora con una menor utilización de los recursos de la administración –organización del expediente, carga probatoria, sustanciación de recursos administrativos, procesos judiciales de revisión, ejecución coactiva, etcétera–, reduciendo los trámites de instrucción, revisión y ejecución de la voluntad administrativa sancionadora y un acortamiento de los plazos de resolución.

Desde la perspectiva de los administrados, la posibilidad de plantear acuerdo de cese en vez de litigar prolongadamente con la administración sancionadora le beneficia porque de su parte “[...] puede haber voluntad de corregir su conducta y de reparar el daño causado por parte del infractor, pero es muy posible que tal reparación resulte dificultada al verse envuelto en un expediente sancionador, por el desprestigio y la publicidad negativa que suele conllevar muchas veces. También es algo normal que al particular le convenga mantener unas relaciones fluidas y cordiales con la Administración. Ni que decir tiene de ese interés cuando las relaciones son de carácter comercial. Tampoco resulta apetecible normalmente la impugnación judicial de la sanción recaída, por los gastos y pérdidas de esfuerzos que requiere”¹⁰.

Lo mismo sucede por parte de las autoridades, dado que “[...] la demora de varios años que supone esperar a la resolución judicial del conflicto (periodo durante el cual la sanción puede estar en suspenso y en ningún caso puede considerarse firme) en nada contribuye a la eficacia en la aplicación de las políticas públicas. Ello sin mencionar la dificultad intrínseca de la elaboración del expediente sancionador con todas las garantías, aspecto tremendamente delicado que provoca que las sentencias revoquen el acto sancionador por defectos formales en la instrucción o la resolución a pesar de que en el fondo la conducta hubiera sido materialmente sancionable”¹¹.

Con estos acuerdos el principio de eficacia también se alcanza desde otra perspectiva, porque los remedios que normalmente se imponen con las medidas correctivas se verán implementados más prontamente porque precisamente serán el centro de los compromisos de cese.

B. Las características jurídicas de los compromisos de cese

Dada la conversión de criterios que esta figura implica para el tradicional

10 DELGADO PIQUERAS, Francisco. Óp. cit. p. 222.

11 *Ibidem*.

esquema sancionador administrativo, nos interesa para su mejor comprensión caracterizarla a partir de algunos de sus elementos determinantes:

1. Es una forma válida de conclusión convencional del procedimiento administrativo

Nos encontramos frente a una forma jurídica válida de conclusión convencional de un procedimiento administrativo sancionador, que se sustenta en que similar propósito es alcanzado mediante acuerdos que con la imposición unilateral del acto sanción. La sanción no es una finalidad per se, sino que es un instrumento –el compromiso de cese es otro instrumento alternativo– que permite llegar al mismo objetivo, pero de manera más inmediata y se asume que de manera sostenible en el tiempo.

Por lo general, la conclusión del procedimiento sancionador no se concreta con la suscripción o aprobación del acuerdo de cese, sino cuando este se ejecuta a cabalidad; ya que, mientras tanto, el procedimiento sancionador está suspendido a condición de la ejecución del compromiso de cese.

2. La ley ha configurado el ejercicio de la potestad sancionadora de modo alternativo y no exclusivo

En los casos en que se admite esta forma de conclusión del procedimiento, la ley configura el ejercicio de la potestad sancionadora de modo alternativo, de modo que, frente a una determinada actuación particular contraria al ordenamiento, la ley prevé el ejercicio de la potestad sancionadora o, alternativamente, la aceptación de compromisos.

Es decir, el ordenamiento otorga a la administración la competencia discrecional para que, ante un supuesto de hecho –aún por determinarse–, decida, en función de las circunstancias, la aplicación de técnicas unilaterales y constrictivas (sanciones, medidas correctivas, medidas cautelares y coactivas) o de técnicas bilaterales o voluntarias (acuerdos)¹². Ambas son igualmente válidas.

3. La propuesta de compromiso de cese es una petición graciable que se agota con su ejercicio ante la autoridad

La propuesta de compromiso de cese constituye una petición de gracia hacia la administración instructora, quien teniendo competencia sancionadora apreciara la conveniencia o no de aceptar ese planteamiento. Por tanto, el infractor carece de un derecho a que se acepte

12 GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES. Óp. cit. Loc. cit.

su compromiso de cese, aunque sí posee el derecho a presentarse, al debido proceso para que el pedido sea evaluado y a que se negocie de buena fe.

- 4 La administración instructora posee competencia discrecional para valorar y decidir la aceptación o rechazo de la propuesta de compromiso de cese

La entidad posee una facultad discrecional para aprobar o desaprobado los compromisos de cese propuestos por los infractores¹³, para negociar su alcance, hacer contrapropuestas o pedir cambios a la propuesta. Para decidirlo, solo se sujeta a la ley y a su criterio ponderado. No necesita la conformidad o aceptación de terceros que pudieran haber sido afectados por la acción del instruido, aunque el compromiso de cese puede contener beneficios para ellos. Pero, como sabemos, la discrecionalidad no da cobertura a una decisión arbitraria, sino que la propuesta de compromiso puede ser denegada con motivación suficiente. Por ejemplo, si el compromiso de cese no es capaz de solucionar los problemas identificados, no es medible o no soluciona los efectos ocasionados.

En igual sentido, este instrumento está abierto para quien actúa de buena fe, y no puede servir de medio para obstruir o dilatar el ejercicio de la potestad sancionadora, por lo que, dentro de la discrecionalidad, se comprende que sea rechazado si se evidencia que quien lo presente pretende lo indicado (por ejemplo, si el infractor ya hubiera incumplido un compromiso de cese anterior o hubiese obtenido algún otro beneficio similar).

El compromiso de cese hace concluir el procedimiento sin declaración de responsabilidad ni aplicación de sanción administrativa

5. El procedimiento sancionador acaba sin declaración de responsabilidad ni aplicación de sanción, lo que configura el principal incentivo para que el infractor se avenga a un acuerdo. Por tanto, no puede confundirse con un allanamiento al cargo o de culpa, sino que precisamente es un medio de fomento para que el instruido asuma compromisos análogos a los derivados de la sanción administrativa pero sin imputársele responsabilidad.
6. La Administración desiste de seguir adelante con el procedimiento sancionador y aplicar la pretensión de sanción que tenía

13 Atributo reconocido por la Corte Suprema (Expediente 1964-2009-LIMA) en proceso contencioso administrativo promovido por El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

El acuerdo implica que la Administración desiste de proseguir adelante con el procedimiento sancionador y, por ende, de aplicar la eventual sanción –multa, inhabilitación, decomiso, etcétera– que el ordenamiento prevé para la infracción que ha motivado el cargo cursado al administrado. Como no se tiene certidumbre de la responsabilidad ni de que se aplicará alguna sanción, estamos ante una contingencia y consideramos que no puede hablarse propiamente de una “condonación ex ante”¹⁴ de la sanción administrativa, ni menos de que se perjudica el erario público con un menor ingreso, en caso de tratarse de una sanción económica.

En este mismo sentido, la pretensión indemnizatoria o de otro orden que terceros puedan tener frente al instruido pueden seguir haciéndose valer en la vía correspondiente.

7. El incumplimiento del acuerdo es una infracción nueva y más grave

Es el acuerdo consensual el que concluye el procedimiento sancionador, por lo que su incumplimiento acarrea una nueva y distinta –pero por razones obvias más grave infracción administrativa.

Finalmente, permitir la terminación convencional del procedimiento sancionador aporta a la eficacia del cumplimiento de las políticas públicas sectoriales, en la medida que permite concluir el procedimiento sancionador rápidamente con bajo costo de recursos, liberando recursos humanos y técnicos distraídos en la instrucción del procedimiento, defensa judicial y ejecución coactiva para dedicarse a una mayor fiscalización, evitar la confrontación o prolongarla innecesariamente, evitar los riesgos inherentes a las dificultades probatorias, de anulación posterior en sede judicial e incumplimientos formales de garantías del procedimiento. Pero, lo más importante, conduce a la posibilidad de obtener compromisos vinculantes de los administrados regulados que son más sostenibles en el largo plazo.

IV. Las principales expresiones de la re- regulación de los compromisos de cese en el derecho administrativo sancio- nador peruano

Bien podemos afirmar que la transformación contemporánea de la administración imperativa hacia la administración concertada no es reconocida por la praxis de nuestras entidades públicas, empoderadas con la acción unilateral, pero intimidadas frente a la posibilidad de concertar discrecionalmente con los administrados. Más aun, cuando la normativa especial abre

14 Por el contrario, GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES. Óp. cit. Loc. cit. consideran que estamos frente a una peculiar y legítima condonación en trámite, sin esperar al acto definitivo de la previsible sanción.

espacios para actuar concertadamente, la organización administrativa le rehúye sin ejercerla o frustrándola deliberadamente. Es el caso de la apertura a la negociación y conciliación con los contratistas en caso de discrepancias sobre el alcance, interpretación o validez de su contrato; el trato directo como fase necesaria en las expropiaciones; el trato directo con los afectados para llevar a cabo reasentamientos para ejecutar obras públicas, etcétera.

Pero algo particular sucede con los compromisos de cese entre la Administración y administrados en el Derecho Administrativo peruano, porque se ha desarrollado –aunque no en la forma técnicamente satisfactoria, como luego veremos– a nivel de Derecho positivo. Nos encontramos frente a una institución que ha surgido en nuestro Derecho Administrativo en la regulación del procedimiento de libre competencia¹⁵ y se ha desarrollado particularmente en no pocos procedimientos de regulación económica en servicios públicos e infraestructura, y en otros procedimientos sancionadores especiales. Podríamos decir que ha sido un desarrollo espontáneo, inspirado en el Derecho comparado y sin una vocación preconcebida de generalizarlo.

A diferencia, por ejemplo, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo alemana de 1976 (artículos 54 y siguientes)¹⁶ o la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española (artículo 88)¹⁷, no fue incorporada ninguna base general para esta figura en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General [en adelante, LPAG], aunque sí se admitió la terminación convencional de proce-

15 La fuente originaria en materia sancionadora de libre competencia de esta forma especial de conclusión de procedimiento administrativo lo podemos revisar en diversa literatura especializada, Podemos recomendar revisar las investigaciones de: GUZMÁN ZAPATER, Clara y Jordi FORNELLS DE FRUTOS. Op. cit.; GUZMÁN ZAPATER, Clara. "La terminación convencional en la Ley No. 15/2007 de defensa de la competencia; experiencias y retos". Anuario de la Competencia. 2009; GHEUR Charles y Nicholas PETIT. "Alternative enforcement techniques, EC Competition law; Settlement, commitment and other instruments". Bruselas: Editions juridiques Bruylant. 2009; entre otros.

16 Artículo 54.- "Admisibilidad del contrato de derecho público
Una relación jurídica en el ámbito del derecho público puede ser establecida, modificada o anulada por contrato (contrato de derecho público), salvo que la normativa no disponga lo contrario. En particular, la autoridad puede, en lugar de dictar un acto administrativo, celebrar un contrato de derecho público con aquel que en lo demás sería el destinatario del acto administrativo".

17 Artículo 88.- "Terminación convencional

1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter pre- vio, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.
2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.
3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.
4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativos al funcionamiento de los servicios públicos".

dimientos administrativos trilaterales mediante acuerdos entre particulares¹⁸. Y, por otro lado, posteriormente se incorporaría a este ordenamiento general la posibilidad de atenuar el grado de sanción a aplicarse en caso de reconocimiento de la falta mediante la subsanación voluntaria del acto u omisión imputada con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos¹⁹.

Acentuando esta tendencia, existe habilitación legal para que las entidades públicas con competencia sancionadora puedan concluir los procedimientos iniciados mediante convenios con los instruidos en diversas materias administrativas. Como hemos anticipado ya, esta figura tiene su origen en el Derecho Administrativo Sancionador de las prácticas contra la libre competencia. En efecto, desde el originario Decreto Legislativo 701²⁰ ya encontrábamos la regulación de esta figura, considerándolo como el planteamiento que dentro el plazo para contestar una denuncia el presunto responsable podía realizar ante la autoridad refiriéndose al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos y, en caso de aprobarla, determinaba la suspensión del procedimiento sancionador.

18 Artículo 228.- “Conciliación o transacción extrajudicial

En los casos en los que la Ley lo permita y antes que se notifique la resolución final, la autoridad podrá aprobar acuerdos, pactos, convenios o contratos de los administrados que importen una transacción extrajudicial o conciliación, con el alcance, requisitos, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos poner fin al procedimiento administrativo y dejar sin efecto las resoluciones que se hubieren dictado en el procedimiento. El acuerdo podrá ser recogido en una resolución administrativa.

1. Los citados instrumentos deberán constar por escrito y establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes y el plazo de vigencia.

2. Al aprobar los acuerdos a que se refiere el numeral 228.1, la autoridad podrá continuar el procedimiento de oficio si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento entrañase interés general”.

19 Artículo 236-A de la LPAG, incorporado por la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo 1029, publicado el 24 de junio de 2008.

20 Decreto Legislativo 701.

Artículo 20.- “Dentro del plazo fijado para la contestación de la denuncia el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.

La Secretaría evaluará la propuesta y en caso de estimarla satisfactoria propondrá a la Comisión la suspensión del proceso administrativo, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o la denegatoria de la propuesta.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte. Asimismo, la Comisión impondrá al denunciado una multa por incumplimiento.

Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, cualquier persona podrá, dentro de un procedimiento abierto por infracción a la presente ley, solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de la responsabilidad que le corresponda a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal.

De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento. El compromiso de exoneración de responsabilidad será suscrito por el interesado y el Secretario Técnico y podrá contener la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas si así lo hubiera acordado la Comisión y la naturaleza de las pruebas así lo permitiera. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de toda información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado lo exonera de toda responsabilidad en la práctica llevada a cabo, no pudiendo la Comisión ni ninguna otra autoridad seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos”. (Párrafo incorporado por el artículo 12 del Decreto Legislativo 807, publicado el 18 de abril de 1996).

Luego de alcanzar un desarrollo importante²¹, prosiguió su regulación en la vigente ley de la materia: Decreto Legislativo 1034, cuyo artículo 25 –modificado por el Decreto Legislativo 1205– indica lo siguiente al respecto:

Artículo 25.- “Compromiso de Cese

1. Dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos o resolución de inicio del procedimiento, los investigados podrán ofrecer, de manera individual o conjunta, un compromiso de cese referido a la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador a cambio de implementar medidas correctivas eficaces para contrarrestar los efectos de la conducta infractora.
2. La solicitud de compromiso de cese se tramitará como cuestión incidental, siendo accesoria del expediente principal.
3. Para evaluar la propuesta de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Secretaría Técnica tomará en consideración que los solicitantes ofrezcan medidas correctivas que permitan asegurar el restablecimiento del proceso competitivo, así como revertir los efectos lesivos de la conducta infractora. Adicionalmente, los solicitantes podrán ofrecer medidas complementarias que evidencien su propósito de enmienda.
4. La Secretaría Técnica evaluará el ofrecimiento en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles y, en caso de estimarlo satisfactorio, propondrá a la Comisión su aprobación sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso de cese y los plazos de vigilancia que resulten aplicables. Para ello, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos de la propuesta.
5. La Comisión decidirá la aprobación o denegatoria de la propuesta en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles de recibida la propuesta de la Secretaría Técnica, siendo su pronunciamiento inimpugnabile debido a su naturaleza eminentemente discrecional. Con la aprobación de la propuesta, la Comisión emitirá una resolución dando por concluido el procedimiento administrativo sancionador únicamente respecto del imputado a quien se le hubiese aprobado el compromiso de cese, declarando su responsabilidad por las conductas materia del compromiso, y estableciendo las medidas correctivas que correspondan, así como los plazos de vigilancia aplicables.

21 Algunos criterios interesantes para apreciar el desarrollo de esta figura los podemos encontrar en la Resolución 39-2005-INDECOPI/CLC del 11 de julio de 2005 y en la Resolución 791-2001/TDC-INDECOPI del 30 de noviembre de 2001.

6. De verificarse el cumplimiento oportuno de los compromisos asumidos, la Comisión declarará dicha situación mediante pronunciamiento escrito en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles desde el vencimiento del plazo de vigilancia correspondiente.
7. El incumplimiento del compromiso de cese constituirá una infracción autónoma y calificada como una infracción grave, por lo que la Comisión podrá imponer una multa de hasta mil (1000) Unidades Impositivas Tributarias, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la decisión de la Comisión. Adicionalmente, la Comisión podrá ordenar la imposición de multas coercitivas para exigir el cumplimiento de los compromisos aprobados aplicándose las reglas previstas en el Artículo 47 de la presente Ley.
8. Las declaraciones y documentación que los solicitantes aporten en el procedimiento de solicitud de compromiso de cese no podrán ser utilizadas en su contra en el expediente principal del procedimiento de investigación y sanción de las conductas anticompetitivas reconocidas. No obstante, podrán ser incorporadas al expediente principal para acreditar la responsabilidad de otros imputados, una vez aprobado el compromiso de cese por parte de la Comisión.
9. La aprobación del compromiso de cese no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso. La Comisión podrá expedir Lineamientos estableciendo plazos, reglas y condiciones particulares para la mejor aplicación del presente artículo”.

De ahí, esta figura trascendió a la regulación de los procedimientos sancionadores de los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos e infraestructura, aunque apreciamos cierto retroceso en materia de energía y minería (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN), donde ha sido derogada²², y en materia de telecomunicaciones

22 El anterior Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo 272-2012-OS-CD, contenía la siguiente regulación al respecto:

Artículo 33.- “Compromiso de Cese de actos que constituyen infracción

Los órganos competentes para imponer sanciones, están facultados para suscribir, previa autorización expresa de la Gerencia General, los compromisos de cese o modificación de actos que constituyen infracción a que hace mención el artículo 83 del Reglamento General de OSINERGMIN, sujeto a lo siguiente:

1. El Administrado debe hacer una propuesta al Órgano Sancionador de OSINERGMIN, que contemple las medidas y actos a ser llevados a cabo por éste, que impliquen la cesación o, de ser el caso, la ejecución de determinados actos que acrediten el cese de la infracción.
2. No procederán los compromisos de cese en los cuales la presunta infracción pueda afectar la seguridad, salud, calidad, facturación, confiabilidad de las actividades reguladas, supervisadas y fiscalizadas por OSINERGMIN.
3. Si el Órgano Sancionador, previa opinión del Órgano Instructor, según corresponda, estima satisfactoria la propuesta solicitará a la Gerencia General autorización para suscribir un compromiso de cese que contenga las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto infractor.

(Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIP-TEL), donde se ha optado por una regulación autoritaria, considerando que el cese de la conducta debe ser voluntario, sin negociación posible y siempre con la imposición de sanción.

En principio, la regulación del compromiso de cese en materia de servicios públicos de saneamiento lo encontramos en el Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución del Consejo Directivo 003-2007-SUNASS-CD, cuyo artículo 36, modificado por el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo 016-2011-SUNASS-CD, publicada el 26 mayo 2011, expresa lo siguiente:

Artículo 36.- “Compromiso de cese de actos que constituyen infracción.

Dentro del plazo fijado para formular descargos, en las acciones de supervisión o inicio de PAS [procedimiento administrativo sancionador], por la comisión de una infracción, la empresa presuntamente responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados. Si la Gerencia General estimara satisfactoria la propuesta, podrá suspender la supervisión o el PAS mediante la emisión de una resolución de Gerencia General en la que se detallen las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto infractor, así como los respectivos plazos. Para el ejercicio de esta facultad, la Gerencia General deberá tomar en cuenta el interés público, la existencia y gravedad de los daños ocasionados por la conducta de la EPS [empresas prestadoras de servicios de saneamiento].

Transcurrido el plazo determinado en la resolución, la GSF [Gerencia de Supervisión y Fiscalización] verificará el cumplimiento del compromiso asumido por la EPS, lo cual podrá tener como resultados:

1. Subsanación de la infracción, dentro de las acciones de supervisión:

Subsanada la infracción se emite la Resolución de Gerencia General con la cual se da por cumplido el compromiso de cese, disponiéndose el respectivo archivamiento.

-
4. El compromiso de cese debe proponerse dentro del plazo fijado para formular los descargos en el procedimiento administrativo sancionador o, de ser el caso, dentro del plazo ampliatorio que conceda la autoridad. El Órgano Sancionador podrá comunicar al administrado la aceptación de su propuesta de suscripción del compromiso de cese o proceder a emitir la correspondiente resolución, dentro del plazo previsto para ello en el artículo 25 del presente Reglamento.
 5. Una vez suscrito el compromiso de cese, OSINERGMIN suspenderá el procedimiento administrativo sancionador, el cual se reiniciará en forma automática en caso se verifique su incumplimiento, pudiendo imponerse una multa por el incumplimiento del compromiso, además de la sanción que correspondiese por la comisión de la infracción.
 6. Verificado el cumplimiento del compromiso de cese por OSINERGMIN, se procederá al archivo del procedimiento administrativo sancionador.
 7. No se aceptará la suscripción de compromisos de cese en el caso de infractores que sean reincidentes o de infractores que hayan incumplido con compromisos anteriores.
 8. La facultad de OSINERGMIN de suscribir el compromiso de cese es una liberalidad de la Entidad; en tal sentido, la negativa de aceptar el compromiso no requiere de expresión de causa, no pudiendo ser objeto de recursos administrativos”.

2. Subsanación de la infracción dentro de un PAS:

La subsanación de la infracción concluye el PAS, para lo cual se emitirá una Resolución de Gerencia General. Sin perjuicio de ello, se registrará la conducta de acuerdo al artículo 40 del presente Reglamento

3. Incumplimiento del compromiso de cese:

Implicará la aplicación inmediata de la sanción de acuerdo a los términos establecidos en el compromiso de cese. El incumplimiento del compromiso de cese se considerará un agravante para la determinación de la multa” [el agregado es nuestro].

A su turno, en materia de infraestructura de transporte, la regulación se encuentra en los artículos 65 y 69 del Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo 023-2003-CD-OSITRAN, modificado por la Resolución de Consejo Directivo 077-2005-CD-OSITRAN:

Artículo 65.- “Compromiso de Cese:

El presunto responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados y/o la modificación de aspectos relacionados con ellos y/o la subsanación de la infracción, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. La infracción no consista en el incumplimiento de obligaciones que impliquen caducidad del contrato de concesión respectivo.
2. La infracción no haya generado grave daño a los usuarios, ni haya severidad en la afectación del interés público involucrado.
3. El infractor no haya cometido con anterioridad una infracción idéntica a la que es materia del procedimiento, respecto de la cual se le haya impuesto una sanción por resolución administrativa firme o que haya suscrito un compromiso de cese, durante los dos (2) años inmediatos anteriores”.

Artículo 69.- “Procedimiento para el Compromiso de Cese

1. El compromiso de cese podrá presentarse dentro del plazo fijado en el numeral 66.5 para formular descargos en un procedimiento administrativo sancionador. El compromiso de cese deberá estar suscrito por el representante legal de la Entidad Prestadora.
2. El órgano instructor contará con un plazo de diez (10) días para poner en conocimiento del órgano resolutorio su evaluación de la propuesta, la misma que deberá adjuntar el documento que contenga el compromiso de cese.
3. El órgano resolutorio contará con un plazo de diez (10) días para comunicar a la Entidad Prestadora su evaluación de la propuesta de compromiso de cese.

En caso que el órgano resolutorio estimase satisfactoria la propuesta,

emitirá una resolución que apruebe la misma, y la notificará a la Entidad Prestadora.

Es facultad del órgano resolutivo proponer modificaciones al Compromiso de Cese, las que deberán ponerse en conocimiento de la Entidad Prestadora, señalando el plazo para la remisión del Compromiso de Cese con las formalidades a que se contrae el numeral 69.1 del presente Reglamento. En caso en que en el plazo fijado, no se recibiera la propuesta alternativa firmada por el representante legal de la Entidad Prestadora, se procederá a la continuación del procedimiento administrativo sancionador, para efectos de lo cual la Entidad Prestadora contará con un plazo de cinco (05) Días para formular sus descargos, contados a partir del día siguiente de la fecha fijada para la remisión del Compromiso de Cese suscrito. La negativa a la firma del Compromiso de Cese que incorpore las modificaciones a las propuestas por el órgano resolutivo no acarreará consecuencias negativas para la Entidad Prestadora.

4. En caso que el órgano resolutivo desestima-se la propuesta de compromiso de cese, en el plazo a que se refiere el párrafo anterior procederá a la devolución del expediente al órgano instructor para que continúe con el procedimiento administrativo sancionador. En dicho caso, el órgano instructor, deberá conceder un plazo no mayor de diez (10) días para que la Entidad Prestadora formule sus descargos.
- 5 La Entidad Prestadora incurrirá en infracción muy grave cuando incumpla con cualquiera de los términos establecidos en el Compromiso de Cese”.

En esta relación debemos incluir la regulación del procedimiento sancionador en materia de telecomunicaciones, contenida en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y sanciones aprobado por la Resolución de Consejo Directivo 087-2013-CD-OSIPTEL, que considera bajo el rubro de “beneficios” al cese de la infracción administrativa como condición para reducir la sanción económica entre 30 y 60% del monto base, dándole un tratamiento de allanamiento al cargo efectuado. Dicha norma establece ello de la manera siguiente:

Artículo 18.- “Régimen de beneficios

La Empresa Operadora contará con los siguientes beneficios:

- (i) Cuando, hasta el quinto día posterior a la fecha de comunicación del inicio del procedimiento sancionador, la Empresa Operadora acredite que se ha producido el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y la reversión de todo efecto derivado, el OSIPTEL reducirá la multa a imponer dentro de un rango de treinta por ciento (30%) a sesenta por ciento (60%).

En caso la reversión del efecto derivado requiera un tiempo adicional, la Empresa Operadora deberá alcanzar, dentro del plazo antes indicado, una propuesta para su culminación. El otorgamiento del beneficio estará condicionado a la aprobación que el OSIPTEL otorgue a dicha propuesta.

El incumplimiento de la propuesta para la reversión del efecto derivado constituye infracción leve, independiente de la infracción que la origina, e implica la revocación del respectivo beneficio.

Este beneficio no será aplicable en el supuesto de reincidencia en la comisión de la infracción.

- (ii) La multa impuesta por el OSIPTEL que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución que impuso la multa, será reducida en un treinta y cinco por ciento (35%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sea impugnada”.

Ahora bien, el ámbito de aplicación de estos compromisos de cese ha llegado a los procedimientos sancionadores regulados en materia de transportes y en materia sancionadora a cargo de los Ministerios de Transportes y Comunicaciones y Agricultura y Riego, respectivamente.

En materia de sanciones de transportes, tenemos el artículo 129 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, aprobado por Decreto Supremo 017-2009-MTC, modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 033-2011-MTC, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 129.- “Compromiso de cese o modificación de actos calificados como incumplimientos o infracciones a las que corresponda una sanción no pecuniaria.

La autoridad competente a cargo de la fiscalización podrá suscribir compromisos de cese o modificación de actos que constituyen incumplimiento de las condiciones de acceso y permanencia o infracciones, sólo en aquellos procedimientos cuya sanción sea de naturaleza no pecuniaria.

Los compromisos de cese o modificación de actos

están sujetos a lo siguiente:

1. El presunto infractor deberá solicitar la suscripción de un compromiso, haciendo una propuesta que contemple las medidas y actos a ser llevados a cabo por éste, para subsanar el incumplimiento de las condiciones de acceso y permanencia o de la infracción que sea objeto del procedimiento administrativo sancionador, incluyendo los plazos y etapas en las que ello se realizará.
2. En dicha propuesta, debe existir un reconocimiento expreso sobre la comisión u omisión del acto, así como que ésta es pasible de san-

ción. También debe haber un reconocimiento expreso que en caso de incumplimiento del compromiso, se acepta la aplicación de manera automática de las consecuencias previstas en los anexos 1 y 2 que forman parte del presente reglamento, según corresponda, sin perjuicio de las demás sanciones o medidas preventivas que se puedan disponer.

3. La autoridad evaluará la propuesta formulada y de ser el caso propondrá requisitos y/o medidas adicionales a las presentadas, con la finalidad de garantizar que se subsane o corrija el incumplimiento detectado.
4. El compromiso debe firmarse dentro del plazo fijado para formular los descargos o dentro del plazo para interponer los recursos administrativos en el procedimiento administrativo sancionador.
5. Una vez aceptado y suscrito el compromiso, la autoridad competente dará por concluido el procedimiento administrativo sancionador, no siendo necesario la expedición de resolución.
6. No se aceptará la suscripción de compromisos en el caso de infractores que sean reincidentes o habituales, de aquellos que hayan incumplido con convenios de fraccionamiento o de aquellos que mantengan sanciones pecuniarias impagas en ejecución coactiva.
7. El transportista solo podrá suscribir un compromiso de cese de actos durante el procedimiento administrativo sancionador mientras se encuentre vigente su autorización o autorizaciones.
8. La facultad de aceptar el compromiso es una liberalidad de la autoridad competente u órgano de línea a cargo de la tramitación del procedimiento de incumplimiento o el procedimiento administrativo sancionador; en tal sentido, la negativa a hacerlo no requiere de expresión de causa, no siendo objeto de recursos impugnativos”.

En esa misma línea, el Reglamento de Infracciones y Sanciones Ambientales del Sector Agrario, aprobado por Decreto Supremo 017-2012-AG, contempla el compromiso de cese en su artículo 40 de la siguiente manera:

Artículo 40.- “Compromiso de cese de actos que constituyen infracción

El Ministerio de Agricultura, a través de la DGAAA, está facultada para suscribir los compromisos de cese o modificación de actos que constituyen infracción leve:

1. El administrado y/o titular del proyecto o de la actividad debe hacer una propuesta al Órgano Sancionador, que contemple las medidas y actos a ser llevados a cabo por éste, que impliquen la cesación del acto que constituye la infracción o, de ser el caso, la ejecución de determinados actos que acrediten el cese de la infracción.
2. Debe existir un reconocimiento expreso de la infracción cometida, así

como que es pasible de sanción. Asimismo, es necesario que la infracción materia del Compromiso no haya producido consecuencias que puedan afectar la salud y calidad del ambiente de las actividades reguladas, supervisadas y fiscalizadas por el MINAG, a través de la DGAAA.

También debe haber un reconocimiento expreso que en caso de incumplimiento del Compromiso, el administrado y titular del proyecto o de la actividad está obligado automáticamente al pago de la multa por dicho incumplimiento y/o que el MINAG ejecute la garantía otorgada, así como al pago de la multa por la infracción materia del Compromiso suscrito, sin perjuicio de las demás sanciones o medidas administrativas que se puedan disponer en el procedimiento sancionador.

3. El Órgano Sancionador, previo Informe Técnico del Órgano Instructor, según corresponda, podrá suscribir un Compromiso que contenga los acuerdos tomados, entre los cuales se deberá consignar expresamente la renuncia a impugnar administrativa y/o judicialmente las sanciones que se impongan por incumplimiento del Compromiso y por la infracción cuyo compromiso de cese se ha incumplido.
4. El Compromiso debe proponerse dentro del plazo fijado para formular los descargos en el procedimiento administrativo sancionador o el plazo ampliatorio que conceda la autoridad.
5. A requerimiento de la DGAAA, el cumplimiento del Compromiso deberá garantizarse mediante una carta fianza solidaria, irrevocable y de ejecución automática, emitida por una reconocida entidad bancaria, a satisfacción del MINAG. El requerimiento de una carta fianza estará en función de la multa que correspondiera imponerse de no haberse suscrito el Compromiso de Cese.
6. Una vez suscrito el Compromiso, el MINAG –a través de la DGAAA– suspenderá el procedimiento administrativo sancionador, el mismo que se reiniciará en forma automática en caso de incumplimiento del mismo.
7. Verificado el cumplimiento del Compromiso por el Órgano Sancionador, se procederá al archivo del procedimiento administrativo sancionador y a la devolución de la carta fianza correspondiente.
8. No se aceptará la suscripción de compromisos en el caso de infractores que sean reincidentes o de infractores que hayan incumplido con compromisos anteriores.
9. La facultad de la DGAAA de suscribir el compromiso, es una liberalidad de la Administración y como tal puede no ser conferida en todos los casos, siempre y cuando se señale los fundamentos de su denegatoria. En ese sentido, no puede ser objeto de recursos impugnativos”.

Como se puede apreciar, ya existen variados sectores que han incluido dentro de las formas de conclusión de sus procedimientos sancionadores los compromisos de cese que los administrados pueden proponer a las autoridades instructoras, lo que amerita un estudio objetivo sobre su real utilidad y aplicabilidad.

V. El desuso de los compromisos de cese en los procedimientos sancionadores que lo regulan. La neofobia²³ administrativa y otras sinrazones

Contradiendo el propósito legislativo perseguido al incorporar en diversos procedimientos sancionadores la figura de los compromisos de cese, la administración nacional no se ha sentido inclinada a proceder bajo criterios de una administración concertada. Más bien, parece que nos encontramos ante una administración desconcertada con esta nueva figura, como si le restara autoridad y menoscabara el poder público, por lo que esta figura le ocasiona neofobia; postura que se traduce en una equivocada regulación, en su tendencia al desuso, cuando no al rechazo franco a cualquier compromiso de cese. Bajo una actitud autoritaria, actúa priorizando la estrategia punitiva exclusivamente, recargándose de expedientes sancionadores, insumiendo cada vez más recursos en la instrucción de los procedimientos, en la revisión de las decisiones en la segunda instancia y en la defensa judicial de las sanciones impuestas y que dificultosamente se aplican efectivamente.

Una revisión de la normativa mencionada, sumada a la praxis de los organismos que tienen prevista esta figura, nos confirman una hipótesis: los compromisos de cese no son aplicados. Dicha situación aparece propiciada también porque la regulación tiene equivocaciones que impiden su desarrollo y aplicación real. Veamos algunas de ellas:

- a) La regulación de plazos fugaces para que los instruidos presenten la propuesta de compromiso o, incluso, para que una vez presentados se pueda concretar el acuerdo. En esa línea, se suele considerar que la propuesta debe ser presentada perentoriamente dentro del plazo para formular los descargos, cuando ello no tiene ningún fundamento lógico ni jurídico. Al recibir el cargo, la primera preocupación del instruido es organizar su defensa, reconstruir hechos, buscar asesoramiento y no precisamente construir una propuesta de compromiso de cese estimable. Para ello, necesita una reflexión serena, realizar el análisis legal y de costo-beneficio debido y, sobre todo, recabar las autorizaciones internas para plantear el compromiso.

Desde la perspectiva de la Administración, tampoco hay ningún sentido en que la propuesta se realice en ese término perentorio y que no pueda hacerlo

23 Dícese del miedo irracional, anormal y persistente hacia algo nuevo.

después. La única situación que suele ocurrir es que, en la medida que el procedimiento sancionador haya progresado en la instrucción, le será más difícil aceptar un compromiso de cese porque el instructor ya posee la carga psicológica contra el instruido y tenderá a optar por una decisión autoritaria, pero ello no puede constituir fuente válida para proscribir una propuesta de compromiso de cese únicamente por presentarse luego del descargo.

- b) Considerar que la no denegatoria del compromiso de cese que decida la autoridad “pueda ser sin expresión de causa”. Ciertamente, lo que se necesita es que la autoridad fundamente su denegatoria en alguna causal válida, como podría ser los antecedentes del infractor presunto (por ejemplo, si es reincidente en la infracción o si antes defraudó algún compromiso de cese), porque por la materia o por la coyuntura la autoridad considere indispensable dictar un precedente sancionador como mensaje al mercado, si la infracción constituye también un delito o si fuese evidente que ningún compromiso puede revertir los efectos de la conducta ilegal.
- c) Confundirlo con el allanamiento. Uno de los defectos en el diseño de la regulación de la materia es confundirlo con el allanamiento al cargo cursado, que es otra forma distinta posible de concluir el procedimiento sancionador. Un ejemplo de la regulación de allanamiento en materia sancionadora administrativa la podemos encontrar en la regulación del Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales - OSINFOR para el caso de conductas infractoras, y se considera como atenuante de la infracción²⁴.

24 Reglamento del Procedimiento Administrativo Único (PAU) del OSINFOR, aprobado por Resolución Presidencial 007-2013-OSINFOR:

Artículo 23.- “Instrucción del PAU

Las Direcciones de Línea a través de las Subdirecciones de Regulación y Fiscalización, se encargan de la instrucción del PAU que comprende las actuaciones siguientes:

1. Presentación de Descargos

El plazo para la presentación de descargos es de quince (15) días hábiles, más el término de la distancia, computados a partir del día siguiente de la notificación de la Resolución Directoral que inicia el PAU. Antes del vencimiento del plazo, el titular puede solicitar justificadamente la prórroga de dicho plazo hasta por cinco (05) días hábiles, más el término de la distancia, la misma que se entenderá concedida en caso que no se reciba respuesta de parte del OSINFOR.

Dependiendo de las necesidades expuestas para la presentación de descargos y medios probatorios, la Dirección de Línea podrá disponer una ampliación del plazo señalado en el párrafo anterior. Las ampliaciones solicitadas, suspenden el plazo considerado para la conclusión del PAU, el cual se reanuda con la constancia de recepción de los descargos respectivos.

2. Conclusión Anticipada del PAU

Procede la conclusión anticipada del PAU en los casos en que el administrado se allane a los cargos por infracción a la legislación forestal y de fauna silvestre, establecidos en la respectiva Resolución de Inicio o apertura de PAU. El allanamiento es presentado por el administrado mediante escrito con firma legalizada y debe ser resuelto por la Dirección de Línea, en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles contados a partir de la fecha de recepción del escrito.

Por el contrario, constituye un error de diseño considerar como condición para la procedencia del compromiso de cese exigir al administrado reconocer todos o algunos de los cargos imputados, ya que precisamente el compromiso de cese posee su mejor utilidad en permitir poner fin al procedimiento sin una determinación de responsabilidad pero subsanando los efectos de la acción u omisión incurrida.

- d) Considerar como un factor relevante para su no aceptación algunos conceptos jurídicos indeterminados como haber ocasionado “grave afectación al bienestar de alguien” o “agravio al interés público”, “afectación a la confiabilidad de las actividades reguladas”, “grave daño a los usuarios”, “severidad en la afectación al interés involucrado”, entre otros. Aparte de dar una amplia discrecionalidad a la autoridad para denegar el pedido de compromiso basándose en cualquiera de estas fórmulas ganzúa (aptas para todo uso), implica para la Administración llegar a un grado de análisis de los hechos que difícilmente se tiene al iniciar el procedimiento sancionador, donde aún persisten insuficiencias probatorias en el caso.
- e) La ausencia de un procedimiento apto para permitir una transparente negociación sobre el contenido del acuerdo y, finalmente, adoptar la decisión de aceptar el compromiso de cese. Los diseños normativos aprobados parecen partir de la hipótesis de que el compromiso debe ser planteado completa y suficientemente desde el principio, sin admitir réplicas ni dúplicas, contrapropuestas o negociaciones abiertas sobre lo que puede o no ser el contenido del acuerdo.
- f) Exigir que, para aprobar el compromiso de cese, deba ser planteado por todos los instruidos o requerir que cuente con la conformidad de los terceros afectados por la conducta del presunto infractor. En el primer caso, no tiene sentido proceder favorablemente con los compromisos totales y no con compromisos de cese parciales –con algunos de los sujetos instruidos–, porque respecto de los demás seguirá el procedimiento sancionador o, incluso, podría adherirse al acuerdo adoptado o avenirse a proponer su propio acuerdo de cese. En el segundo, se otorga a otro particular un papel que no le corresponde: aprobar lo que se entienda que califique como compromiso de cese conveniente para el interés público.

La declaración de allanamiento trae consigo la imposición de sanciones por las infracciones consideradas expresamente en la Resolución de Inicio. No procede el allanamiento para la declaración de caducidad, salvo que el administrado lo haya declarado así también, de forma expresa”.

Artículo 43.- “Formas de conclusión del Procedimiento Administrativo Único

El Procedimiento Administrativo Único concluye: [...]

c) Con la conclusión anticipada por allanamiento”.

VI. Conclusiones

Afirma con absoluta razón el profesor Ari Sundfeld, refiriéndose a la gestión pública, que “las dudas en relación con la adopción de acuerdos en ciertos casos pueden surgir, mas no deben prosperar”²⁵, y que es tiempo de pensar en alternativas inteligentes a los tradicionales rituales sancionadores. Dudas que, por cierto, desconciertan a las entidades públicas, temerosas de ejercer su discrecionalidad, de ser cuestionadas por actuar concertando con los administrados, o, simplemente, atemorizadas frente a lo nuevo.

En palabras del mismo profesor, que no podemos sino hacer nuestras, se duda con frecuencia de que con estos acuerdos se renuncia al poder sancionador o que la Administración –en caso de las multas– pierde un derecho económico en su favor. Pero no hay renuncia alguna, porque en el Derecho Administrativo contemporáneo los medios disponibles para que la Administración conduzca o exija a los privados aquellos comportamientos individuales en dirección de lo que ella considera que es correcto desde la perspectiva del interés público son cada vez más amplios. Aplicar inhabilitaciones, multar, amonestar, entre otros, son algunos de esos medios; los más tradicionales, por cierto. Pero la punición administrativa no es un fin en sí mismo, ni puede confundirse con ello. Es solo un simple instrumento de regulación para obtener los fines deseados. Los acuerdos de cese son nuevos instrumentos para alcanzar los mismos fines.

En esa línea, creemos que es necesario revisar y potenciar el ejercicio concertado, y no única y eminentemente autoritario, del poder sancionador.

25 ARI SUNDFELD, Carlos. “As agências reguladoras e a arrecadação de multas”. En: Web Sociedad Brasileira de Direito Publico. http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=91. También publicado en: VALOR ECONÓMICO. Opinião. Edición del 17 de abril de 2012. p. A14.

EL DECRETO LEGISLATIVO 1272 Y LA INCORPORACIÓN DEL CAPÍTULO I-A SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FISCALIZACIÓN (ARTÍCULOS 228-A AL 228-H) EN EL TÍTULO IV DE LA LEY 27444, LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Diego Zegarra Valdivia*

Introducción

Hace algunos años REBOLLO PUIG llamaba la atención respecto a que en la legislación española - cuya referencia es obligada para nuestras normas administrativas -, no existía una regulación general de la inspección administrativa (conceptualmente es similar a las expresiones fiscalización, control o supervisión¹) y que era la legislación sectorial la que regulaba la misma en cada ámbito con notables diferencias que hasta cierto punto eran necesarias por tratarse de materias tan distintas como la tributaria o la urbanística, entre otras². No obstante, el destacado maestro andaluz reconocía también que, así como hay ciertos principios generales que pueden presidir la actividad administrativa, del conjunto de regulaciones sectoriales se podían deducir algunos aspectos comunes de manera que en el ejercicio de sus competencias legislativas el Estado se encontraba en la posibilidad de establecer normas básicas comunes a todas las inspecciones administrativas como parte de la base del régimen jurídico de las Administraciones públicas³.

Este último planteamiento hizo eco en el Grupo de Trabajo que tuvo a su cargo revisar y mejorar las disposiciones contenidas en la Ley N° 27444⁴, el mismo que consideró que con la incorporación de una regulación general y uniforme respecto de la fiscalización “(...) se elimina un vacío legal y con ello se busca brindar las reglas mínimas que permitan un ejercicio proporcionado y

* Doctor en Derecho
Profesor Principal de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Sobre el particular véase nuestro trabajo ZEGARRA VALDIVIA, Diego, “La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: breve aproximación a su estudio”, en *Themis - Revista de Derecho* N° 69, Lima, 2016, pág. 124.

2 REBOLLO PUIG, Manuel, “Lección 13. La actividad de inspección”, en CANO CAMPOS, Tomás (Coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio de Derecho Administrativo. T. III La actividad de las Administraciones Públicas. Vol. II El contenido*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, pág. 60.

3 REBOLLO PUIG, Manuel, Loc. cit., ídem.

4 Designada por R.M. N° 0293-2016-JUS.

adecuada de esta potestad, además de propender a reducir la alta dispersión tanto de regulaciones como de los criterios aplicados para la actuación administrativa de fiscalización”⁵.

Sobre esta base a continuación, realizaremos una breve revisión de uno de los aspectos más importantes que ha incorporado este Capítulo I – A: la definición de la actividad de fiscalización y de sus alcances en la legislación administrativa.

1. Se trata de una “actividad” y no de un “procedimiento” de fiscalización

De forma acertada el D. Leg. 1272 incorpora la expresión “actividad de fiscalización” y no la de “procedimiento de fiscalización” corrigiendo de esta forma un error en el que incurre la casi totalidad de nuestra normativa sectorial en la medida que esta última vincula la actuación administrativa con la producción de actos o resoluciones administrativas⁶.

Esta necesaria distinción entre actividad y procedimiento ha sido muy bien explicada por REBOLLO PUIG, para quien en los procedimientos administrativos se realizan “diligencias dirigidas (...) a la determinación de los hechos necesarios para dictar la resolución procedente, incluso con una fase específica de prueba”, mientras que la fiscalización es una “actividad administrativa auxiliar de otras porque siempre tiene por finalidad detectar hechos que deben dar origen al ejercicio de otras potestades administrativas (...)”⁸, cumpliendo “por sí sola una función de prevención general que refuerza la observancia de los deberes”⁹.

Lo que debe quedar claro entonces es que cuando en la legislación sectorial vigente incorporan expresiones como “procedimiento de fiscalización” o “procedimiento de inspección” debe entenderse el mismo como aquellas actuaciones de investigación, contraste o examen directo e inmediato que son desarrolladas por el personal de la Administración para verificar el grado de conformidad de un administrado o entidad con los deberes que normativamente le son aplicables¹⁰.

5 Texto tomado del apartado “1.11.2 Incorporación del Capítulo I-B sobre la actividad administrativa de fiscalización” de la Exposición de Motivos (no publicada) del Proyecto de Decreto Legislativo que modifica la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo.

6 Como ha sido también afirmado por REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, *Manual de inspección de consumo. Con especial referencia a la inspección local*, ED. Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1998, pág. 158, cuando manifiestan que “(...) esas actuaciones no constituyen un procedimiento administrativo en sentido estricto destinado a la adopción de un acto resolutorio que resuelva las cuestiones planteadas en el mismo”; en el mismo sentido, FERNANDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la actividad inspectora*. Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 107 y sigs.

7 REBOLLO PUIG, Manuel, Ob. cit., pág. 54.

8 REBOLLO PUIG, Manuel, Ob. cit., pág. 55.

9 REBOLLO PUIG, Manuel, Loc. cit. ídem.

10 Seguimos el planteamiento de Manuel IZQUIERDO CARRASCO, “La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito”, en MUNOZ MACHADO, Santiago y Otros, *Técnicas de intervención, potestades administrativas y control en la regulación económica. Su aplicación al sistema financiero*, Ed. Iustel, Madrid, 2013, págs. 459-460.

2. Definición de actividad de fiscalización: caracterización jurídica

Los elementos descritos al final del apartado precedente, son los que a nuestro parecer configuran la definición de la actividad de fiscalización y no únicamente una referencia a expresiones similares como supervisión, control o inspección que se introducen el numeral 228-A.1 del artículo 228-A. Ahora, coincidimos en que se trata de una actividad que pretende comprobar, en palabras de REBOLLO PUIG, “el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que están sometidos los administrados”¹¹ derivados de la aplicación de una “norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica”.

Es importante ahondar en la explicación ya que, si bien la fiscalización se manifiesta en una actividad administrativa de carácter material o técnico, como función responde al esquema de las potestades administrativas¹²: es un poder jurídico atribuido por el ordenamiento a las Administraciones públicas y por este delimitado y construido, que lleva implícito un deber de soportar por parte de quienes son afectados por la misma¹³. De acuerdo con esto último, la potestad de fiscalización que le es atribuida a una entidad Administrativa se configura como un binomio poder-deber por cuanto, de un lado, implica para la Administración una posibilidad de actuación legítima (poder) y, de otro, una obligación de actuar a favor de concretos fines de interés público¹⁴.

Respecto al “enfoque”, es claro que la actividad busca verificar el cumplimiento normativo, por lo que resulta reiterativo señalarlo, sin embargo, es indispensable incorporar como parte de la caracterización, como ya antes hemos referido, el que la fiscalización esté orientada hacia la prevención, y a promover la observancia de la normativa a través de la gestión del riesgo y de la tutela de los bienes jurídicos protegidos. Esto dos últimos aspectos van a depender del ámbito en el que se desarrolle la fiscalización, de esta forma, la evaluación, calificación y gestión de riesgos estarán más vinculados con la actividad bancaria o con actividades en que pueda estar en riesgo el medio ambiente que con aquellas otras en las que no tenga esta incidencia.

Otro aspecto que incorpora la definición del artículo 228-A.1 es el de la observancia de la reserva de ley para atribuirle la actividad fiscalizadora a una entidad Administrativa, lo que se condice con el carácter de actividad limitativa de derechos y el gravamen que la misma implica respecto del principio general de actuación del administrado¹⁵. Entonces, la previsión de una intervención

11 REBOLLO PUIG, Manuel, Ob. cit., pág. 58.

12 IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, Ob. cit., pág. 461.

13 Seguimos el planteamiento de BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, RAP N° 147, setiembre-diciembre 1998, págs. 42 – 43.

14 IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, Loc. cit., ídem.

15 GARCÍA URETA, Agustín, *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, págs. 70 – 71.

fiscalizadora de la Administración requiere se recogida en su esquema esencial en una norma con rango de ley que establezca la necesaria habilitación¹⁶.

El citado artículo 228-A.1 también introduce como parte de la definición, la posibilidad de que la actividad de fiscalización se ejerza de forma conjunta o se realicen encargos de gestión respecto de la misma, lo que supone no sólo incorporar los principios de eficacia y economía en el ejercicio de dicha potestad administrativa, sino habilitar legalmente la coordinación inter administrativa.

Finalmente, con relación al numeral 228-A.2, el precepto remite a quien interpreta y aplica una norma sectorial que regule la actividad de fiscalización al marco común establecido en este Capítulo 1-A, lo que significa que la especialidad de norma sectorial no implica restringir ni ampliar fuera de este marco su aplicación.

3. A modo de conclusión

A no dudarlo, estamos ante a una modificación sustancial para nuestro ordenamiento jurídico administrativo y, aunque singular respecto de la normativa comparada, garantiza un actuar razonable y proporcionado de manera que las limitaciones que puedan derivarse para los administrados del ejercicio de dicha potestad, respondan siempre a aquellos concretos fines de interés público, manteniendo en equilibrio el binomio de deber-poder que la misma implica.

16 SANCHEZ MORON, Miguel, Derecho Administrativo. Parte General, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 637.

REELECCIÓN DE ALCALDES Y GOBERNADORES REGIONALES. Casos en los que el diseño institucional se divorcia de la realidad

Jesús Rivera Vila¹

Sumilla

1. Introducción.-

El artículo 31° de la Constitución Política del Perú establece que todos los ciudadanos peruanos tienen derecho a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Asimismo, señala que es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de suparticipación.

Es preciso señalar que las municipalidades provinciales y distritales como primer nivel de gobierno dentro de la estructura gubernamental nacional, son las entidades más representativas y las que se encuentran más cerca del pueblo, brindando los servicios de su competencia y solucionando muchas veces los problemas cotidianos de la población en lo que se refiere a los servicios básicos, agua, ordenamiento, seguridad, limpieza pública etc.

Con la Ley N° 30305 se dispuso la modificación del artículo 194° de la Constitución, prohibiendo a partir de su publicación la reelección inmediata de las autoridades edilicias. Solo podrán postular nuevamente transcurrido un período fuera de sus cargos.

Para justificar la aprobación de la Ley N° 30305, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República se basó en los siguientes argumentos: (i) falta de coherencia en el tratamiento de la reelección de Presidente de la República, presidentes regionales y alcaldes; (ii) administración de fondos públicos como criterio equiparable en los tres niveles de gobierno; (iii) disparidad de posiciones entre candidatos; (iv) incorrecto manejo de bienes públicos; (v) incorrecta administración; y, (vi) promoción del caudillismo y del autoritarismo.

¹ Doctor en Derecho. Magíster en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de la Facultad de Derecho de la UIGV. Profesor de la Facultad de Derecho de la USIL. Abogado en ejercicio.

En su momento los actores políticos consideraron que la reforma constitucional era proporcionada y conveniente para “restablecer el alineamiento constitucional de los órganos administrativos, favorecer la transparencia en el manejo de los fondos públicos y optimizar el funcionamiento del Estado democrático”. Sin embargo, la práctica municipal se ha encargado de demostrar que la modificación legislativa tuvo únicamente un contenido mediático y un nulo impacto en la lucha contra la corrupción. Además, ha generado una frustración de expectativas para los alcaldes, inestabilidad política e interrupción de políticas de mediano o largo plazo.

Poniendo las cosas en perspectiva, conviene anotar que la reelección inmediata de alcaldes no necesariamente se materializa en la práctica, dado que ello dependerá de diferentes factores, como por ejemplo, si existió una administración responsable de la autoridad edil. Se obvia que el pueblo es el que debe valorar el mal o buen desempeño de sus autoridades para renovarles o retirarles la confianza depositada en ellos. Un dato estadístico fruto de un estudio del Instituto de Estudios Peruanos (Argumento, Revista de Análisis y Crítica, - Número 8, 05/11/2014) demuestra que no siempre los alcaldes tienen la posibilidad de reelegirse, lo cual pone en el tapete este tema y demuestra que la reforma constitucional no resulta acorde con la realidad.

Por otra parte, la Ley N° 27683 ha endurecido los requisitos para postular al cargo de gobernador regional, estableciendo la residencia efectiva de 3 años como mínimo en la circunscripción para la que se postula; así como la respectiva inscripción en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) con domicilio en la circunscripción. En este sentido, se exige que el candidato tenga un arraigo social dentro de la circunscripción a la que postula, sin embargo, esta restricción no garantiza que se elijan a las mejores autoridades regionales, lo cual debería ser uno de los principales fines de la Ley de Elecciones Regionales.

2. Prohibición de la reelección inmediata de alcaldes, balances y perspectiva de cambio.-

La prohibición de la reelección inmediata no ha sido la mejor opción desde el punto de vista institucional, más todavía cuando se la pretende presentar como la panacea contra la corrupción y la desigualdad en la competencia electoral.

Si bien es cierto la reelección inmediata o su prohibición son opciones políticas de diseño institucional, permisibles desde el punto de vista constitucional, dado que no lesionan un derecho fundamental ni es contraria a principios y valores constitucionales, no es menos cierto que las razones que se ofrecen desde el punto de vista institucional y político no tienen sustento, dado que no se basan en cuestiones sólidas o técnicas sino en una salida coyuntural frente a una crisis institucional. Lamentablemente los legisladores no supieron identificar que la corrupción se encuentra arraigada en la sociedad y trasciende a un espacio

temporal de gobierno municipal.

El principal argumento para proscribir la reelección inmediata de alcaldes se sustenta en la posibilidad de que se presenten actos de corrupción en una determinada circunscripción, sin embargo, ello pone en evidencia más bien la inoperancia de las instituciones. En efecto, no resulta sensato justificar la no reelección inmediata por inacción e inactividad de las instituciones o mecanismos de control.

Para enfrentar los problemas de corrupción, de falta de transparencia, de utilización indebida de los recursos públicos, lo que se requiere no es evitar la reelección sino que lo importante es fortalecer los mecanismos de control para hacer respetar la transparencia en la gestión pública y la alternancia. La Contraloría General deberá intervenir decididamente cuando existen indicios de corrupción y no recién cuando salen a la luz las denuncias públicas. Por su lado, el Ministerio Público debe ser más eficiente y eficaz en reaccionar frente a delitos cometidos en el ámbito municipal. Por su parte, el Poder Judicial no debe limitarse a archivar los procesos. De igual modo, la Policía no puede ser complaciente y deberá intervenir enérgicamente para evitar cualquier situación de exceso. Finalmente, si se vulnera el principio de neutralidad en las elecciones municipales, porque se usan recursos públicos para la campaña, corresponde a los Jurados Electorales Especiales o al Jurado Nacional de Elecciones intervenir decididamente.

En este sentido, los argumentos para prohibir la reelección son frágiles, puesto que la inoperancia de las instituciones no puede ser argumento suficiente para reformular la Constitución y prohibir la reelección inmediata. Lo razonable y sensato es reformar y repotenciar los organismos de control antes que crear modelos jurídicos precarios que no erradicar el tema fondo

La eliminación de la reelección inmediata no ha impactado significativamente en el objetivo propuesto, que es combatir la corrupción, puesto que son conocidos los casos donde muchas autoridades en un solo periodo han hecho lo que han querido.

3. La reelección del mandato municipal constituye un diseño institucional coherente desde la perspectiva de una gestión eficiente.-

La reelección de los gobiernos locales indudablemente mejora el grado de profesionalización en la gestión municipal. Autoridades municipales con experiencia y dominio en el quehacer municipal es garantía de una buena gestión municipal. Es necesario consolidar la experiencia de los funcionarios para lograr una mayor productividad y eficiencia, de lo contrario habría que transitar por el necesario y costoso periodo de aprendizaje. Asimismo, la no reelección impide que los buenos alcaldes utilicen su experiencia en la mejora de la gestión y en

la obtención de buenos resultados de gobierno. Debe tenerse presente que el actual periodo de gestión municipal resulta breve para implementar políticas con resultados tangibles.

Por otro lado, cabe precisar que un periodo de gestión con un horizonte corto de tiempo estaría cortando bruscamente el proceso de ejecución e implementación de obras y proyectos de inversión pública en las provincias y distritos, puesto que según las estadísticas para su ejecución se necesita más de cuatro años. Ello se traduce en la ausencia de proyectos inversión pública de envergadura que conlleve a un real desarrollo de las ciudades, priorizando por el contrario obras de poco calado que están asociadas precisamente a un periodo corto de gestión.

Asimismo, la práctica municipal pone de manifiesto que las autoridades entrantes asumen compromisos de proyectos de inversión pública de autoridades salientes, en donde se comprometen en algunos casos el gasto total del presupuesto en más de un año o ejercicio presupuestal. Esta constituye una realidad que hace inoperativa los dos primeros años de gestión municipal. Es por ello que en la práctica el alcalde elegido por voluntad popular tiene pocas posibilidades de culminar dentro de su gestión alguna de sus propuestas establecidas en su plan de gobierno, dando la sensación de incumplimiento de las promesas realizadas en la campaña electoral.

Asociado a lo anterior, tenemos que en las Comisiones de Transferencia de los Gobiernos Locales, las autoridades salientes no siempre cumplen en reportar clara y transparentemente los logros de su gestión, los temas pendientes y su situación actual a los alcaldes sucesores recientemente elegidos. Es así que en el Informe de rendición de cuentas y transferenciano se señala claramente la situación de las obras, proyectos, programas y actividades de ejecución, ello genera en muchos casos que no se inicie eficientemente la gestión del alcalde entrante.

En este sentido, la reelección inmediata se torna en un mecanismo democrático por el cual el alcalde puede tener un plazo adicional para poder cumplir a cabalidad con su plan de gobierno o con las propuestas efectuadas durante su gestión.

4. Precondición mínima para postular como gobernador regional.-

La Ley N° 27683 al exigir que el candidato a gobernador acredite residencia efectiva en la circunscripción en la que postula, nuevamente se distancia de la realidad, dado que omite considerar que en la práctica es muy fácil burlar o desnaturalizar dicho requisito.

La exigencia de arraigo a los candidatos a gobernador regional en una determinada circunscripción no contribuye a elegir a las mejores autoridades. Lo único que se logra es que personas con un destacado perfil profesional y técnico con preocupación o intereses en el desarrollo de una determinada

región, pero que no residan en forma efectiva en ella, no puedan participar en las elecciones.

En vez de la residencia efectiva, se debió establecer como requisito específico o condición básica, el nacimiento dentro de la circunscripción, dado que esta calidad es un aspecto intrínseco y razonable que acredita un vínculo entrañable con la circunscripción de la que proviene.

Los requisitos para acceder a cargos públicos constituyen, sin lugar a dudas, restricciones válidas y legítimas respecto del ejercicio del derecho a ser votado; sin embargo, no es menos cierto que dichas medidas deben guardar razonabilidad constitucional en cuanto a los fines que persiguen. En efecto, existe una tendencia a una menor restricción de los derechos políticos, permitiendo el acceso y la participación más amplios de las personas que pretendan postular a un cargo de elección popular, es decir, dichos candidatos no deberían ser excluidos a través de la imposición de requisitos irrazonables.

Si bien es cierto, el requisito de residencia efectiva en determinada circunscripción obedece a un interés legítimo del legislador de exigir que las personas que vayan a postular estén identificados con determinado territorio, también es cierto que dicho argumento se puede predicar con los nacidos en dicha circunscripción, por lo que no resulta razonable la exigencia de una residencia efectiva. Un nacido o nativo de la circunscripción puede tener un vínculo mayor que una persona que modifica su residencia en los últimos tres años con la única intención de postular al cargo. Cabe anotar, que el arraigo es un concepto complejo que no cabe reducirlo a 3 años de residencia efectiva.

Finalmente, existen innumerables ejemplos en donde el requisito de la residencia efectiva se convierte en una exigencia irrazonable. En efecto, esta situación jurídica podría variar por diferentes motivos. Por ejemplo, cuando el futuro postulante se traslada a Lima para seguir estudios de postgrado, situación que le haría perder irrazonablemente su derecho a la participación política. Asimismo, se podría dar el caso que un notable ciudadano de la circunscripción sea nombrado ministro u obtenga un alto cargo público, sin embargo, se verá imposibilitado de volcar su experiencia en la circunscripción en la que precisamente nació. En estos supuestos es improbable que en la práctica se cumpla la condición de residencia efectiva en los últimos tres años, dado que la naturaleza del cargo exige una dedicación exclusiva.

5. Conclusiones.-

Referidas al diseño institucional de no reelección inmediata:

- Prohibir la reelección inmediata de los alcaldes no tiene bases sólidas y técnicas, y constituye una salida popular ante un escenario de crisis institucional, de ahí que el diseño institucional de no reelección sea poco eficiente en la práctica.

- La prohibición de la reelección inmediata es una medida efectista, dado que en su lugar era más sensato intentar otras alternativas acordes con la realidad, estableciendo la reelección inmediata por una vez; o, ampliar el periodo de los gobiernos regionales y locales de 4 a 8 años.
- El diseño institucional de no reelección es poco eficiente en la práctica, dado que el horizonte temporal que se ha impuesto a los alcaldes elegidos también hace que se encuentren propensos a involucrarse en actos de corrupción.
- Prohibir la reelección inmediata de autoridades municipales no soluciona los problemas que ahora enfrentan estas instituciones, lo que hace falta es fortalecer los mecanismos de control y para ello existen los órganos respectivos, de manera tal que se haga respetar la transparencia en la gestión pública y la alternancia. El problema no es la reelección sino que algunos gobiernos lograban evadir los controles formales del Estado.

Referidas al diseño institucional de reelección inmediata:

- La reelección de los gobiernos locales indudablemente mejora el grado de profesionalización en la gestión municipal.
- El pueblo debe valorar el mal o buen desempeño de sus autoridades para renovarles o retirarles la confianza depositada. En este sentido, así como igual de importante es repotenciar a los órganos de control, también habría que apuntar hacia la educación democrática del pueblo, aspecto determinante para elegir buenos alcaldes.
- La reelección inmediata implica implementar el modelo jurídico más beneficioso para nuestra realidad política y social, con la finalidad de fortalecer la descentralización del país, sin debilitar, el sistema democrático y respeto al Estado Constitucional de Derecho.
- Es de imperiosa necesidad reformar el artículo 194° de la Constitución Política del Perú (modificado por la Ley N° 30305), estableciendo la reelección inmediata de los alcaldes, por única vez y por igual periodo. Para dicho cometido es importante que desde la sociedad civil se dé un firme y decidido apoyo a las nuevas iniciativas legislativas (proyectos) que proponen, vía reforma constitucional, regresar a la reelección inmediata de alcaldes.

Referidas a la precondition mínima de residencia efectiva para postular como gobernador regional:

- Existe un interés legítimo del legislador al exigir que las personas que vayan a postular en determinado territorio estén identificados con el mismo, sin embargo, dicho argumento también se puede predicar con los nacidos o nativos en dicha circunscripción aunque no residan en ella.

- La residencia efectiva no contribuye a elegir a las mejores autoridades. Lo único que se logra con esta restricción es que personas con un destacado perfil profesional y técnico que tienen preocupaciones o intereses en el desarrollo de una determinada región, se encuentren impedidas de participar en la contienda electoral.

LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN LA INVESTIGACIÓN TUTELAR ADMINISTRATIVA

Vicente Paúl Espinoza Santillán¹

Sumario

I. Aspectos preliminares: II. El abandono como vulneración de derechos fundamentales: III. Noción de medidas de protección: IV. Finalidad de la adopción de las medidas de protección en casos de situación de abandono o vulneración de derechos fundamentales V. La presunción del estado de abandono. VI. El deber de protección de la niñez, por parte del Estado: VII. Marco internacional de la obligación de protección a los niños, niñas y adolescentes en estado de abandono VIII. Medidas especiales de protección: a) El cuidado en el propio hogar: b) El programa oficial o comunitario: c) Acogimiento familiar: d) La atención integral: IX Conclusiones: X. Referencias bibliográficas:

I. Aspectos preliminares:

La naturaleza del abandono entendido como una situación de vulneración de derechos responde a la concepción de la “*Doctrina de la Protección Integral*” consagrada en la Convención de los Derechos del Niño, la cual considera un modo distinto de concebir y abordar la situación de desprotección en que se encuentran o se pudieran encontrar los niños, niñas y/o adolescentes (Beloff, 1999).

Mientras la doctrina de la situación irregular partía de la premisa de que los niños, niñas y adolescentes eran objetos de protección, la doctrina de la protección integral se basa en el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. La primera de ellas concebía a la situación de abandono como una situación irregular que legitimaba la intervención estatal ilimitada desde dos vertientes: tutela/compasión y tutela/defensa social (Erosa, 2000), lo

¹ *Doctor en Derecho, Magister en Gobernabilidad y Desarrollo Organizacional, Abogado y docente universitario, ex Gerente de Investigación Tutelar del INABIF, actualmente Secretario General del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur.*

cual implicaba la adopción de medidas tanto asistencialistas como represivas, pues se entendía que las personas menores de edad se encontraban en una situación peligrosa (pre-delictiva) que debía ser controlada por el bien de la sociedad (Beloff, 1999; Bisig, 2009).

De esta manera, los niños, niñas y adolescentes que se encontraban en estas circunstancias devenían en objetos de control social mientras que sus padres y madres eran usualmente sancionados mediante la pérdida de la patria potestad por el incumplimiento de sus responsabilidades parentales, sin tomarse en cuenta las causas sociales estructurales y subyacentes que pudieron determinar la situación de abandono. A su vez, ello originaba la imposibilidad de apoyar a las familias para lograr la recomposición de los vínculos familiares.

Mientras tanto, desde la perspectiva de la “*Doctrina de la Protección Integral*”, la situación de abandono no representa una situación irregular, sino más bien una situación de vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que impone a los responsables, la familia, la sociedad y el Estado, la obligación de respetarlos, protegerlos y garantizarlos mediante determinadas acciones. Desde esta doctrina se entiende que las personas menores de edad son titulares de los mismos derechos reconocidos a los adultos y, además, son titulares de derechos específicos en su calidad de niños, niñas y adolescentes (Campoy, 2006).

Esta nueva naturaleza del abandono ya no concibe la irregularidad desde la situación del niño, niña o adolescente, sino que más bien traslada la irregularidad a aquellos sujetos obligados a respetar, garantizar y proteger los derechos de los niños y niñas y adolescentes.

En ese sentido, la situación de abandono exigirá más bien la restitución de aquellos derechos que fueron vulnerados mediante mecanismos especiales de protección, lo que es congruente con la concepción del niño como titular de derechos y obligaciones.

II. El abandono como vulneración de derechos fundamentales:

La nueva noción de abandono como situación de vulneración de derechos fundamentales de los niños, niñas y/o adolescentes exige que, ante la inexistencia de un núcleo familiar o la presencia de determinadas situaciones problemáticas en el seno de una familia que vulneren o amenacen estos, el Estado dicte medidas de protección ya que es el principal garante de estos derechos, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1º, 4º y 44º de la Constitución Política.

III. Noción de medidas de protección:

En el Informe Defensorial N° 150 se definió a las medidas de protección como las diversas acciones estatales llevadas a cabo mediante órganos especializados, orientadas a compensar carencias materiales y/o afectivas que afecten a los

niños, niñas y/o adolescentes y que han sido generadas por una situación de grave desestructuración o conflicto familiar o por la inexistencia de una familia nuclear o extensa.

El objetivo fundamental de estas medidas es revertir la situación de desprotección que atraviesa un niño, niña y/o adolescente, por medio de la restitución de sus derechos fundamentales, en cumplimiento del principio del Interés Superior del Niño (Tejeiro, 2005).

Asimismo, en el Informe Defensorial citado se propuso que las medidas de protección deben ser diseñadas e implementadas desde el reconocimiento de la corresponsabilidad estatal y social establecida en el artículo 4° de la Constitución Política. A su vez, se planteó que dichas medidas deberían incluir servicios de apoyo o asesoría a los integrantes de la familia para evitar que se refuercen las circunstancias que amenacen o vulneren sus derechos, en virtud de lo sostenido por la Doctrina de la Protección Integral, que reconoce al niño, niña y adolescente como sujetos de derechos y, a sabiendas de esta condición, exige la protección de sus derechos, incluso dentro de la propia familia.

Ahora bien, la adopción de esas medidas de protección exige el diseño de un procedimiento que permita implementarlas en forma adecuada, a fin de enfrentar la situación de vulneración de derechos que se ha originado y lograr su restitución.

IV. Finalidad de la adopción de las medidas de protección en casos de situación de abandono o vulneración de derechos fundamentales

La adopción de medidas de protección requiere un procedimiento que busque garantizar la restitución de los derechos de los niños, niñas o adolescentes que se encuentran en situación de abandono, principalmente el derecho a vivir en una familia, reconocido por la normatividad y jurisprudencia nacional e internacional y que debe asegurarse independientemente de la familia a la que se pertenezca y de su configuración.

Al respecto, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.

En ese sentido, la finalidad de las medidas de protección no solo debe

apuntar a constatar la situación de abandono o vulneración de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, sino debe orientarse a la restitución de los derechos vulnerados gracias a la adopción de medidas que busquen privilegiar que los niños, niñas y adolescentes permanezcan con su familia, por constituir ésta su entorno más cercano, así como por ser ésta responsable de su protección.

Tal como sostiene Tejeiro (2005) no se trata de declarar al niño en abandono para luego iniciar la búsqueda de su ubicación familiar: se trata de impedir que el niño llegue a las entidades de protección del estado, de modo que se privilegie siempre mantener al niño en su entorno familiar y solo en casos excepcionales separarlos de ella, en aplicación del principio del interés superior del niño y en virtud del párrafo 3° de las Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.

De ahí que se pueda hacer referencia a dos posibles consecuencias durante la aplicación de medidas de protección: una, marcada por el trabajo de restitución de derechos, incluida la recomposición de los vínculos familiares, y otra, marcada por la imposibilidad de restituirlos y la separación definitiva de la familia.

V. La presunción del estado de abandono.

La normatividad nacional vigente no define el concepto o noción de abandono, el cual constituye una situación concreta en la cual se encuentran determinados niños, niñas y adolescentes, y cuya especial gravedad propicia un determinado tipo de intervención estatal.

En efecto, más allá de un análisis sobre sus alcances y limitaciones, el marco normativo nacional (artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes) sólo establece como causales que facultan a la autoridad judicial competente a declarar el abandono de los niños, niñas y adolescentes, las siguientes:

- a) Sean expósitos, es decir a los niños/as recién nacidos/as que han sido abandonado/as o expuestos por padres o madres y confinados en una institución benéfica (RAE, 2010).
- b) Carezcan, en forma definitiva, de las personas que conforme a ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carezcan de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación;
- c) Sean objeto de maltratos por quienes están obligados/as a protegerlos/as o permitir que otros lo hicieran;
- d) Sean entregados por sus padres o madres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo/a hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda

este plazo;

- e) Sean dejados en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlos/as;
- f) Hayan sido entregados por sus padres o madres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido/a en adopción;
- g) Sean explotados/as en cualquier forma o utilizado/as en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres, madres o responsables.
- h) Sean entregados por sus padres, madres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar labores no acordes con su edad; y
- i) Se encuentren en total desamparo.

El artículo 248 del Código de niños y adolescentes, precisa también expresamente que la falta o carencia de recursos materiales no constituye por sí misma y en ningún caso causal para la declaración del estado de abandono. Esto resulta importante si tenemos en consideración las limitaciones que padecen muchas familias en el país por situaciones socioeconómicas estructuralmente condicionadas (Erosa, 2000), así como las escasas posibilidades reales de los padres o madres de actuar, sin el debido apoyo estatal, de manera distinta debido, entre otras razones, a problemas emocionales, adicciones al alcohol o a otras drogas, estrés familiar, problemas de inmadurez de padres y madres menores de edad, etc.

Desde el marco de la Doctrina de Protección Integral que inspira el vigente Código de los Niños y Adolescentes pareciera que la fórmula legislativa adoptada pretendió evitar el excesivo margen de discrecionalidad de la autoridad competente para declarar la situación de abandono, debido a que las decisiones que se fundan en criterios eminentemente subjetivos podrían ser emitidas sin tener en cuenta el bienestar del niño, niña o adolescente sobre el cual recae la decisión judicial que lo/a declara en estado de abandono.

Pero a pesar de esta intención por parte del legislador, en opinión de la Defensoría del Pueblo el establecimiento de una causal residual tan genérica como la de “total desamparo,” dentro de la cual podrían incorporarse cualesquiera de las citadas causales e inclusive otras distintas, puede ocasionar problemas que requieren necesariamente ser solucionados a partir de una adecuada interpretación al momento de resolver cada caso concreto, a fin de no afectar el derecho constitucional de los niños, niñas y adolescentes a vivir en el seno de sus familias.

Este derecho a su vez inspira diversos artículos tanto de la Ley 29174, Ley General de Centros de Atención Residencial de Niñas, Niños y Adolescentes

(artículos II, III.3, III.4, III.6, 7.2 y 7.3) como de su Reglamento, Decreto Supremo N° 008-2009-MIMDES (artículo 2 inciso d) y 28 inciso c), además de las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de cuidado de los Niños (numerales 2.a, 3 al 22, 31 al 37, 38 al 47, 48 al 51,52, 61, 80).

A partir de un somero análisis de las causales para la declaración judicial de abandono previstas en la normatividad vigente, se desprende que la situación de abandono se encuentra ligada en el plano legal, fundamentalmente a dos condiciones: a la ausencia de un núcleo familiar (entiéndase padres, madres y otros parientes) o, al incumplimiento de las obligaciones por parte de los padres y/o madres o responsables de su cuidado, obligaciones que emanan del ejercicio de la patria potestad o tutela y que imponen especiales deberes de cuidado para con los niños, niñas y adolescentes.

La declaración de abandono no debe ser entendida como una sanción dirigida a los padres y/o madres que incumplieron los deberes derivados de la patria potestad (arts. 76° e inciso “c” del art. 77° del Código de los Niños y los Adolescentes y los arts. 462°, 463° del Código Civil), sino como una consecuencia derivada de los problemas de desestructuración o de conflictos que afectan a las relaciones familiares y, fundamentalmente, a la vigencia de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes.

En la perspectiva del Código de los Niños y Adolescentes respecto a las causales para la determinación del abandono debe ser interpretada en concordancia con lo expresamente dispuesto por el artículo X del Título Preliminar del citado texto, que establece que *“Los casos sujetos a resolución judicial en los que se encuentren involucrados los niños, niñas y adolescentes serán tratados como problemas humanos”*.

El concepto de abandono implica una situación por cuya especial gravedad requiere de la adopción de una medida de carácter excepcional, siendo la más extrema de ellas (y por tanto la que debe ser adoptada como última alternativa) la separación temporal del y de la menor de edad de su ambiente familiar y su consiguiente acogimiento en un centro de atención residencial.

Ahora bien, ante la inexistencia de una definición unívoca del contenido del término abandono y más allá del desarrollo jurisprudencial que en su momento deba llevarse a cabo, éste puede ser formulado a partir de su acepción gramatical y del análisis de las propias causales contenidas en el artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes actualmente vigente, con la finalidad de contar con un marco que ayude a determinar las situaciones de abandono en los supuestos donde se observen problemas para establecerlo.

La Real Academia Española (2010) define “abandonar” a la actividad de dejar o desamparar a alguien, así como de descuidar los intereses de quienes están bajo su cuidado o sus obligaciones.

En tal sentido, el concepto de abandono puede ser definido como el descuido, desatención o desamparo, negligente o no, del niño, niña o adolescente por parte de la o las personas responsables de su cuidado (madre, padre, tutores, etc.), que tiene como presupuesto indispensable la consiguiente carencia de soporte familiar sumada a la existencia de situaciones que afectan gravemente, en cada caso concreto, el desarrollo integral de un niño, niña o adolescente y que, a partir de esta situación de desprotección, no permiten el goce y disfrute de sus derechos fundamentales.

Tratándose de conceptos abiertos y de carácter abstracto, la existencia de una situación de abandono o de riesgo inminente de éste debe ser determinada por el operador jurídico analizando cada situación concreta, y mediante criterios objetivos que sean definidos a partir de un enfoque multidisciplinario por los distintos operadores involucrados en su determinación (psicólogos/as, abogados/as, trabajadores/as sociales, médicos/as, etc.).

Finalmente, para determinar una situación de riesgo o abandono y, por tanto, establecer medidas especiales de protección, ésta debe consistir fundamentalmente en problemas graves o significativos (malos tratos, problemas psicológicos o psiquiátricos de los padres o las madres, etc.), así como tener carácter temporal y reversible (González, 2006). Tratándose de medidas que buscan superar los problemas familiares, una vez revertidos carecerían de sentido.

VI. El deber de protección de la niñez, por parte del Estado:

De acuerdo a la Constitución política del Perú, la Convención de los Derechos del Niño, el Código de los Niños y Adolescentes, el Estado tiene el deber y la obligación de tomar las medidas necesarias para asegurar el adecuado desarrollo de las poblaciones vulnerables y en situaciones de riesgo, en este caso los niños abandonados por mandato legal deben ser protegidos por el estado, mientras se resuelva su situación jurídica.

La protección especial de los niños, niñas y adolescentes constituye una obligación del Estado, así como de la familia y la comunidad en virtud de diversas normas internacionales y nacionales. Sin embargo, la protección de aquellos que se encuentran en situación de abandono exige una especial atención debido a que dicha situación implica o puede implicar la vulneración de sus derechos fundamentales, principalmente su derecho a vivir en una familia.

En ese sentido, el procedimiento de investigación tutelar previsto en el CNA, cuyo objetivo es verificar la situación de abandono en la que se encuentran algunos niños, niñas y adolescentes, reviste una especial importancia para la Defensoría del Pueblo, pues dicho procedimiento debe garantizar la restitución plena de sus derechos y, sobre todo, que no sean separados de sus familias, salvo que existan circunstancias extremas que lo justifiquen de acuerdo a ley.

En el Perú existen aproximadamente 16 mil niños, niñas y adolescentes en centros de atención residencial públicos o privados (INEI, 2011), quienes se encontrarían inmersos o no dentro de un procedimiento de investigación tutelar. Por ello, la tramitación de éste debe garantizar su protección integral, mediante, por ejemplo, la adopción de medidas de protección, de conformidad con lo establecido en la normatividad nacional e internacional y en estricto respeto del principio del Interés Superior del Niño.

En tal sentido, el Estado tiene la obligación de coordinar, diseñar y ejecutar acciones para prevenir y atender la vulneración de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y, principalmente, de prevenir su abandono o desprotección, de acuerdo a la obligación internacional asumida en los diversos instrumentos internacionales que ha suscrito.

VII. Marco internacional de la obligación de protección a los niños, niñas y adolescentes en estado de abandono

En el derecho internacional de los derechos humanos, la obligación general de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por los Estados surge de diversos instrumentos internacionales: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros, los cuales, a su vez, establecen el deber específico de atender a quienes se encuentren en situación de abandono. Dicha obligación específica se encuentra reconocida en el artículo 6° de la Declaración de los Derechos del Niño, el artículo 10.3° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 24.1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 19° de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 16° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, y en los artículos 3.2°, 3.3°, 9°, 19° y 20° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Cabe indicar que dichos instrumentos internacionales forman parte de nuestro derecho interno, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55° de la Constitución Política.

Asimismo, es importante precisar que la jurisprudencia internacional también se ha pronunciado respecto de esta obligación del Estado, en virtud de lo prescrito en la Convención sobre los Derechos del Niño y los otros instrumentos internacionales mencionados.

Así por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la obligación del Estado de brindar protección especial a los niños, niñas y adolescentes debido a su condición de vulnerabilidad, así como a aquellos que se encuentran en situación de riesgo como es el caso de los niños de la calle.

Si bien, como se ha señalado anteriormente, son varios los instrumentos internacionales que reconocen la obligación estatal de proteger a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de abandono, se debe precisar el especial significado de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la medida en que representa el punto culminante del proceso de consagración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a partir de la “Doctrina de Protección Integral”. Esta doctrina reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, es decir, como titulares de derechos y obligaciones que, en razón de su situación de vulnerabilidad, deben ser protegidos no solo por el Estado, sino por la familia y la comunidad.

Es decir, será la situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes y no su falta de capacidad la que fundamente la necesidad de su protección especial, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado, cabe precisar que dicha protección especial no supone un trato desigual, sino más bien el reconocimiento del principio de igualdad (Ministerio de Justicia, 2002).

Es decir, esta protección especial no es *per se* discriminatoria, sino que es necesaria debido a las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran los niños, niñas y adolescentes protección que se tornará más exigible en aquellos casos en que los menores de edad se encuentren en presunto estado de abandono o en situación de vulneración de sus derechos fundamentales (Ministerio de Justicia, 2002).

Campoy (1998), refiere que en esa igualdad de trato material como diferenciación donde van a tener su justificación expresa determinados derechos de los niños, los cuales permitan reconocimiento y protección de tipo especial.

En ese sentido, toda medida que el Estado peruano adopte en materia de niñez y adolescencia debe enmarcarse en la “Doctrina de la Protección Integral”, a fin de respetar, garantizar y satisfacer los derechos de los niños, niñas y adolescentes como personas en proceso de desarrollo, en cumplimiento de lo establecido por la Convención y como una clara manifestación del respeto del principio del interés superior del niño, consagrado en dicha norma internacional y en el CNA.

VIII. Medidas especiales de protección:

De acuerdo con lo sostenido por el Tribunal Constitucional el artículo 4º de la Constitución consagra una protección general a los niños, niñas y adolescentes por su condición de tales, y pone en énfasis en proteger a aquellos y aquellas que se encuentran en situación de riesgo o abandono y que por tal motivo merecen un tipo de protección especial de carácter reforzado.

En tal sentido, si como consecuencia de la inexistencia de un núcleo familiar o de la presencia de determinadas situaciones conflictivas o problemáticas en el seno de una familia, se constata una situación que vulnera o amenaza gravemente los derechos de los niños, niñas y adolescentes y por ende su protección y cuidado, corresponde al Estado, en forma subsidiaria, dictar medidas especiales de protección, ya que el Estado es el garante de los derechos fundamentales de las personas, en especial de aquellas pertenecientes a los grupos más vulnerables, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1°, 4° y 44° de la Constitución.

Estas medidas especiales de protección pueden definirse como las diversas acciones estatales llevadas a cabo a través de servicios especializados, orientadas a compensar carencias materiales y afectivas que afectan a los niños, niñas y adolescentes, con el objetivo fundamental de revertir su desprotección o vulneración de derechos, generada ya sea por una situación de grave desestructuración o conflicto familiar o por la inexistencia de familia.

Estas medidas especiales deben diseñarse e implementarse desde el reconocimiento de la corresponsabilidad estatal y social (Tejeiro, 2005) establecida en el artículo 4° de la Constitución. Asimismo, las medidas especiales de protección no deben ser emitidas entendiendo al niño, niña o adolescente como objeto de protección sino más bien buscando garantizar (Tejeiro, 2005) su condición de sujetos de derechos, es decir, de titulares de derechos y obligaciones, y que como tales requieren ser protegidos al interior de una familia. Esta condición de sujeto de derecho de las personas menores de edad se encuentra también expresamente reconocida en el artículo III.2 de la Ley 29174.

En relación a una situación de desprotección que afecte a los niños, niñas y adolescentes dentro de la familia, el artículo 243° del Código de los Niños y los Adolescentes prevé expresamente que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, a través de la Dirección de Investigación Tutelar, puede emitir cualquiera de las siguientes medidas de protección:

a) El cuidado en el propio hogar:

Es una medida de protección que busca garantizar el pleno desarrollo del niño, niña o adolescente al interior de su entorno familiar con un seguimiento permanente y cercano de parte de la autoridad competente (Espinoza; 2012).

El Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 243° inciso a) señala que “El MIMDES podrá disponer el cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientara a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con el apoyo y seguimiento de temporal de las instituciones de defensa”.

Por otro lado el artículo 55° del D.S. 005-2016-MIMP, señala que *“Mediante la medida de protección de cuidado en el propio hogar, se dispone que la niña, niño o adolescente, permanezca bajo el cuidado y protección de su madre, padre, tutora, tutor o familia extensa con los que ha convivido, siempre que cuente con evaluación favorable del equipo interdisciplinario de evaluación o de desarrollo a cargo del procedimiento de investigación tutelar y no se ponga en riesgo su integridad personal (...)”*

Cuando hablamos de hogar, evidentemente hacemos referencia a la casa como objeto y a las personas que habitan en ella, emparentadas o no pero con vínculos afectivos enraizados, el propio hogar no es más que el lugar donde el niño, niña o adolescente siempre estuvo y se desarrolló familiar, social y educativamente, por ende no corresponde la aplicación de esta medida si ello implica el trasladar al niño a otro domicilio que no es el suyo.

Los elementos del cuidado en el propio hogar son los siguientes:

- a) Se conozca la identidad y el paradero de los padres, familiares o terceros responsables.
- b) Exista una evaluación multidisciplinaria favorable.
- c) Los hechos que configuren la presunta situación de abandono no revistan mayor gravedad.
- d) El niño, niña o adolescente permanezca en el lugar donde estuvo siempre.
- e) Se garantice el seguimiento permanente de la medida de protección.

De acuerdo al artículo 243° inciso a) del Código de los Niños y Adolescentes y el D.S. 011-2005.MIMDES, la DIT contara con el apoyo, monitoreo y seguimiento de la medida de protección de cuidado en el propio hogar, por parte de las defensorías municipales.

Sin embargo resulta necesario advertir que esta disposición no se viene cumpliendo en la fecha, actualmente la DIT realiza un pobre y casi nulo seguimiento de las medidas de protección otorgadas.

No se cuenta con el apoyo de las defensorías municipales y no existe una labor articuladora de parte de las autoridades centrales del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

En tal sentido corresponde elaborar un plan de acción concertado que integre a los gobiernos locales en la función que de acuerdo a Ley les compete, articular y elaborar protocolos de intervención conjunta para la supervisión trimestral de esta medida de protección.

Hasta Julio del 2011 existían en la gerencia de investigación tutelar 456 casos con medida de cuidado en el propio hogar, pendientes

de ser supervisadas, distribuidas en los 9 equipos multidisciplinarios conformados.

b) El programa oficial o comunitario:

El Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 243° inciso b) señala que el MIMDES ahora MIMP podrá aplicar como medida de protección “La participación en el programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social”.

Asimismo el artículo 72° del Reglamento de la Investigación Tutelar Administrativa, establece que *“Las Unidades de Investigación Tutelar, pueden disponer la participación de la niña, niño o adolescente en un servicio o programa social o de atención en salud o educación como medida de protección provisional como única medida o como complementaria a otra que haya aplicado. Asimismo, esta medida puede aplicarse fuera del procedimiento de Investigación tutelar, cuando de la evaluación se determine que la niña, niño o adolescente no se encuentre en presunto estado de abandono; en cuyo caso, las Unidades de Investigación Tutelar podrán canalizar el apoyo de estos servicios o programas especializados para la atención integral de la niña, niño o adolescente y prevenir situaciones de vulnerabilidad de sus derechos”*.

En principio no existe un programa oficial instituido por el gobierno central y con carácter multisectorial que permita ejecutar esta medida de protección, asimismo los gobiernos regionales y locales tampoco han instituido programas comunitarios a favor de los niños, niñas y adolescentes en presunto estado de abandono.

Tan solo existen los programas sociales administrados y ejecutados ordinariamente para la población en situación de pobreza y extrema pobreza.

Más aun la propuesta del anteproyecto del nuevo Código de los Niños y Adolescentes, sugiere eliminar esta medida debido a que no presenta una utilidad práctica puesto a que no se han implementado tales programas.

Sin embargo el INABIF cuenta con un programa denominado centros de desarrollo integral de la familia – CEDIF a cargo de la unidad gerencial de desarrollo de la familia y promoción del voluntariado, este programa busca promover actividades de desarrollo personal y social para la población en situación de pobreza, pobreza extrema y riesgo social.

El INABIF cuenta con 21 CEDIF 9 en Lima y 12 en Provincias que ofrecen cuidado diurno, estimulación temprana, reforzamiento escolar, apoyo nutricional, consejería y escuela de padres, asimismo existen 35 centros comunales familiares 30 en Lima y 5 en Provincias que ofrecen servicios

similares al CEDIF, desarrollando actividades deportivas, recreativas, educativas y culturales dirigidas a niños, niñas y adolescentes así como a los adultos mayores

En el supuesto de que se implementara el programa oficial o comunitario o se aplicara a través de los CEDIF, esta medida de protección contaría con los mismos elementos que la medida de cuidado en el propio hogar más uno adicional.

- a) Se conozca la identidad y el paradero de los padres, familiares o terceros responsables.
- b) Exista una evaluación multidisciplinaria favorable.
- c) Los hechos que configuren la presunta situación de abandono no revistan mayor gravedad.
- d) El niño, niña o adolescente permanezca en el lugar donde estuvo siempre.
- e) Se garantice el seguimiento permanente de la medida de protección.
- f) Se beneficie la familia, el niño, niña o adolescente a través del programa oficial o comunitario o CEDIF.

En esta medida de protección el seguimiento recae bajo responsabilidad del propio programa oficial o comunitario, el cual deberá informar periódicamente a la DIT sobre el adecuado cumplimiento de los familiares y el adecuado desarrollo del niño, niña y adolescente.

c) Acogimiento familiar:

El acogimiento familiar es una institución familiar regulada por la Ley N°30162, que modificó diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes, asimismo es una medida de protección prevista en el artículo 243° del mismo cuerpo normativo (antes colocación familiar), que se materializa cuando el niño, niña o adolescente es acogido por su familia extensa o una familia sustituta de forma transitoria.

Para otorgar el acogimiento familiar se debe considerar el grado de parentesco, afinidad y relación de afectividad con la persona, familia o institución que pretenda asumir el cuidado del niño, dándosele preferencia a quienes se ubiquen en su entorno local. El acogimiento familiar podrá ser solicitada por la familia extensa del niño, niña o adolescente inmerso dentro de la investigación tutelar, en este caso será el equipo multidisciplinario de la unidad de investigación tutelar el que realice las evaluaciones pertinentes, las cuales consistirán en una evaluación social, psicológica y legal incluyéndose una visita inopinada al domicilio de la familia acogedora.

En cuanto al acogimiento familiar con terceros esta se debe canalizar a través del programa especializado del INABIF, aquí el equipo multidisciplinario del programa luego de declarar a la familia sustituta como apta, eleva la propuesta a la DIT a efectos de evitar la prolongada institucionalización de los niños, niñas y adolescentes en presunto estado de abandono.

Respecto al acogimiento familiar en el procedimiento administrativo de adopciones, es el equipo multidisciplinario de la dirección general de adopciones la encargada de realizar las evaluaciones pertinentes a efectos de verificar la idoneidad de la familia sustituta que luego se convertirá en la familia adoptiva.

Se puede disponer el acogimiento familiar en la resolución administrativa que da inicio a la investigación tutelar, siempre y cuando se cumplan con los elementos formales, también durante el trámite del procedimiento como variación de la medida de protección.

Para otorgar esta medida de protección con la familia extensa se deberá necesariamente contar con los resultados favorables de las evaluaciones sociales y psicológicas de la familia acogedora realizadas por el equipo multidisciplinario de la DIT.

En el caso del acogimiento familiar con familia sustituta o terceros, está necesariamente debe canalizarse a través del programa de acogimiento familiar de INABIF, cuyo equipo multidisciplinario será el encargado de realizar las evaluaciones correspondientes a la familia acogedora y supervisar el posterior seguimiento. Para solicitar el acogimiento familiar, se deben presentar los siguientes documentos:

- a) Copia del documento nacional de identidad;
- b) Certificado de antecedentes penales;
- c) Certificado domiciliario;
- d) Certificado médico de salud con antigüedad no mayor de tres (3) meses expedido por un Centro de Salud o institución autorizada, adjuntando los resultados de los exámenes VIH. VDRL y rayos X de Pulmones;
- e) Copia de Boleta de pago, recibo por honorarios u otro documento que sustente los ingresos económicos;
- f) Examen psicológico que evidencie salud mental y capacidad psicológica o emocional para el acogimiento familiar;
- g) Declaración Jurada de no ser aspirante a la adopción;
- h) Certificado de no estar en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

La presentación de esta documentación busca generar certeza respecto a la idoneidad de la familia acogedora, entendiendo que debe contar con una solvencia moral al no estar incurso en algún acto ilícito y solvencia económica, con los documentos que sustenten los correspondientes ingresos, asimismo la familia acogedora debe gozar de un buen estado de salud, debidamente acreditado con las constancias respectivas.

En los casos de los niños, niñas y adolescentes que permanezcan institucionalizados y que cuenten con su respectiva declaración de abandono, la DIT podrá disponer el acogimiento familiar, previa opinión favorable de la dirección general de adopciones y cumpliendo con los requisitos antes señalados.

Hasta el año 2012 la dirección de investigación tutelar contaba con 154 medidas de acogimiento familiar en giro, pendientes de ser supervisadas. Asimismo es menester indicar que el acogimiento familiar con la familia extensa podrá persistir sin perjuicio de que se concluya anticipadamente el procedimiento de investigación tutelar, tal como lo señala el artículo 35° del D.S.011-2005-MIMDES.

d) La atención integral:

La atención integral es la última medida de protección provisional que se deberá aplicar cuando no se pueda dictar alguna otra medida como las anteriormente señaladas.

Esta medida de protección consiste en retirar al niño, niña o adolescente de su entorno familiar e ingresarlo por disposición judicial o administrativa de la DIT a un centro de atención residencial (Albergue, casas hogar, aldeas, etc.) donde permanecerá por el tiempo que dure la medida adoptada.

Referimos como última opción esta medida, debido al hecho traumático que implica la ruptura del entorno familiar y de la propia dinámica familiar, más allá de que en los centros de atención residencial se brinde una adecuada atención, con equipos multidisciplinarios especializados, esto no logra resarcir el hecho de la ruptura.

Imaginemos pues la comodidad de nuestro entorno familiar y por causas ajenas a nuestra responsabilidad, somos víctimas del abandono o del estado de desprotección familiar, sumemos a ello el hecho de ser ingresados a un albergue para niños abandonados, evidentemente es una experiencia que no vamos a poder olvidar fácilmente.

Sin embargo en nuestro país continua vigente el pensamiento enarbolado por la doctrina de la situación irregular, más aún existen muchos centros de atención cuya población son niños pobres con referentes familiares

que los visitan cada fin de semana o cada fin de mes, en muchos casos estos centros no cuentan con registros de la autoridad competente y vienen funcionando de forma irregular.

Es increíble que la defensoría del pueblo en su informe N°153 refiera una cifra aproximada de 16000 niños, niñas y adolescentes institucionalizados y que sin embargo el ente rector, no disponga de un estudio que permita diagnosticar dicha realidad.

Es por ello que la dación de la Ley 29174 “Ley de los centros de atención residencial” y su reglamento han sido un gran avance para combatir la informalidad de los CARs y el lucro de donaciones indiscriminado que trafica con la necesidad de las personas e imita modelos de reclusión totalmente desfasados.

Elementos de la medida de protección de Atención Integral:

- a) Que no exista la posibilidad de dictar otra medida de protección distinta.
- b) El tiempo de esta medida debe ser el más corto posible.
- c) Debe contarse con un CAR debidamente acreditado que pueda acoger al niño, niña o adolescente en presunto estado de abandono.
- d) No deben de existir referentes familiares o terceros en la condición de asumir la responsabilidad del niño, niña o adolescente.
- e) Debe existir la supervisión periódica de la medida y los equipos técnicos del CAR deben informar permanentemente sobre los avances de su intervención.
- f) Desde el ingreso del niño, se debe trabajar su futura reinserción familiar evitando su institucionalización prolongada.

Al ser esta medida la última opción, debemos entender que el equipo multidisciplinario debe realizar la imperiosa labor de agotar las otras alternativas, procurando ubicar a los referentes familiares o en su defecto trabajar la posibilidad con una familia sustituta.

Sin embargo la realidad nos demuestra lo contrario, en muchos casos es la primera medida de protección que se aplica sin previamente haber agotados las anteriores, por ello la unidad gerencial de investigación tutelar a Julio del año pasado reporto 788 casos de niños institucionalizados siendo la medida de protección más aplicada.

Actualmente el MIMP, a través del INABIF cuenta con 38 centros de atención residencial 15 en Lima y 23 en Provincias atendiendo a un promedio de 2200 niños, niñas y adolescentes, brindándoles una atención especializada, educación, salud, alimentación y vestido.

Pero lo más preocupante es que la cantidad de CARs antes señalada no abastece la demanda de usuarios que se presentan diariamente.

Es por ello que muchos CARs privados acogen a los niños, niñas y adolescentes que requieren esta medida de protección.

En tal sentido la acción del equipo multidisciplinario debe estar focalizada en brindarle las mejores condiciones para que el niño, no sienta como un castigo o una sanción el hecho de ser ingresado a un CAR, más aun se debe considerar la edad, y su experiencia de vida para elegir el centro que lo va a atender.

El artículo 1° de la Ley 29174 “Ley de los centros de atención residencial” prescribe lo siguiente “Procede el ingreso de los niños, niñas y adolescentes que 1. Carecen de soporte familiar o comunal acompañado de situaciones que afecten su desarrollo integral y limiten el ejercicio de sus derechos por lo que requieren residir en un espacio físico diferente al de su familia o lugar de origen. 2. Se encuentren en estado de abandono judicialmente declarado conforme a las causales previstas en el artículo 248° del Código de los Niños y Adolescentes. En ambos casos para el ingreso se requerirá que exista resolución de la autoridad administrativa encargada de la investigación tutelar o resolución emitida por el órgano jurisdiccional competente”.

En tal sentido resulta indispensable para la ejecución de esta medida, la disposición resolutive de la autoridad administrativa, siendo necesario considerar que la oportunidad de esta medida se puede dar al inicio de la investigación tutelar, dentro del propio procedimiento, asimismo se puede revocar y variar esta medida de protección, todo ello a través de una resolución administrativa que los disponga para tal efecto.

La supervisión de la medida de protección corresponde a la autoridad que la dispuso, sin embargo los equipos técnicos del CAR tienen la obligación de remitir de forma inmediata el informe técnico inicial o de diagnóstico y cada 3 meses los informes técnicos evolutivos que permitan verificar su desarrollo integral.

Por ningún motivo el CAR podrá alegar hechos que no estén indicados en sus correspondientes informes técnicos, prevaleciendo por todo motivo la necesidad de la atención inmediata del niño, niña o adolescente.

IX Conclusiones:

Podemos advertir que si bien es cierto el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 243° establece las medidas de protección que se pueden disponer dentro del procedimiento de investigación tutelar, estas van de la mano con los paradigmas y la visión de bienestar que se tiene en favor del niño, niña o adolescente, cuando se decide por alguna de ellas.

Actualmente, muchos operadores y actores involucrados en la toma de decisiones, pretenden hacernos creer que la separación del niño de su seno familiar es la primera opción válida, por ello en nuestro sistema existe el uso y abuso de la medida de protección de atención integral, la cual debería aplicarse como última opción frente a las que no significan separar al niño de su familia.

El Código de los Niños y Adolescentes, si bien es cierto no señala un orden prelativo dentro de la aplicación de las medidas de protección, los operadores de justicia y los equipos técnicos multidisciplinarios, deberían considerar la aplicación de las mismas de esta forma.

Recuerdo con mucha ingratitud, como algunas personas que trabajaban en el tema de la adopción, pretendían que todos los niños en investigación tutelar, sean declarados en abandono y que se les niegue a sus padres o familiares responsables, la opción de superar su error incurrido – olvidando con ello la perspectiva del problema humano y la premisa del niño como sujeto de derechos.

Sin embargo, en el presente ensayo jurídico, no hemos incluido la adopción, por ser esta una medida de protección que se dispone, cuando el procedimiento de investigación tutelar ha concluido, y el niño ha sido declarado judicialmente en abandono, extinguiéndose con ello la patria potestad de sus progenitores.

En cuanto a las medidas de protección dentro de la investigación tutelar, hemos evidenciado una serie de carencias que deben ser corregidas, por ejemplo en la aplicación del cuidado en el propio hogar, no existe una supervisión adecuada por parte de la DIT o de las DEMUNAS que legalmente comparten dicha responsabilidad.

Por otro lado, en la fecha el gobierno no ha articulado el programa oficial o comunitario y su labor, solo la encontramos restringida al ámbito de los CEDIF, sin embargo resulta necesario reglamentar e implementar adecuadamente dicha medida de protección, por cuanto en la actualidad, ningún operador hace uso de ella dentro de la investigación tutelar, no equivocándome en señalar que ni siquiera la DIT aplica esta medida.

Respecto a la medida de protección de acogimiento familiar, el gobierno mediante Ley N°30164, ha regulado específicamente dicha medida, a fin de constituirse en una alternativa interesante para la desinstitucionalización de los niños, niñas y adolescentes, considerando mas aun que la capacidad instalada de los CARs, ha rebasado totalmente su capacidad de atención.

Finalmente, cabe preguntarnos en función de la línea de base planteada por el Informe Defensorial N°153, cual es el rol del Estado y principalmente del gobierno en sus tres niveles, para fortalecer a la familia, lo cual implica una lucha directa contra el abandono de los niños en nuestro país, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia, nos señala algunas aspiraciones.

Sin embargo problemas latentes, como la falta de infraestructura y personal especializado para atender a niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales o con problemas de identidad sexual por ejemplo, o la falta de acreditación y supervisión de los CARs tanto públicos o privados, o la falta de desconcentración de la DIT a nivel nacional, resultan ser tareas pendientes de este gobierno, a las cuales se deben añadir la labor de permanente sensibilización a través de los medios de comunicación, respecto a los valores de la familia y los vinculados a la prevención del abandono.

X. Referencias bibliograficas:

Beloff, M. (1999). Protección integral de derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. *Justicia y Derechos del Niño*, (1), 9-21.

Bisig, E. (2009). La infancia abandonada-delincente en el discurso académico. Principios del siglo XX. *Jurid. Manizales*, 6 (1), 153-170.

Campoy, I. (1998). Notas sobre la evolución en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos de los niños. *Derechos y libertades*, 6, 299.

Campoy, I. (2006). La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección. *Derechos y Libertades*, 2 (23), 311-321.

Erosa, H. (2000). La construcción punitiva del abandono. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (2), 139-158.

González, F. (2006). *Estudio de los perfiles de familias de Servicios Sociales: Programas de ayuda social P.E.R. y P.E.P. del Ayuntamiento de Valencia.* (Tesis para optar el grado de doctor). Universidad de Valencia, Valencia, España.

Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI (2011). *Estado de la Niñez en el Perú.* Lima: Fondo de las Naciones Unidas.

Espinoza, V. (2012). *La Investigación Tutelar Administrativa.* Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima. Perú. 33, 32.

Real Academia Española. (2010). *Diccionario de la Real Academia Española.* Madrid, España.

Tejeiro, C. (2005). *Teoría General de Niñez y Adolescencia.* Bogotá, Colombia: Ed. Universidad de los Andes.

¿DOGMÁTICA JURÍDICA EN EL DERECHO DE SUCESIONES?

La herencia sin herederos, la herencia yacente y el adiós a la herencia vacante^{1 2}

Juan Carlos Centurión Portales³

A la memoria de José León Barandiarán
y Rómulo Lanatta Gilhem.

Viejos maestros de Derecho de Sucesiones en
la Universidad de San Marcos.

A los estudiantes de la asignatura:
Derecho de Sucesiones de la Facultad de Derecho
de la Universidad Federico Villarreal. 2016.

Los hombres al enseñar se instruyen.

Sumario

1. Aspectos liminares. 2. Necesarias consideraciones sobre el patrimonio. 3. Clases de sucesión mortis causa. 4. Posición del derecho de sucesiones en el derecho privado. 5. El derecho de sucesiones y su vinculación las otras disciplinas jurídicas. 6. ¿El derecho de sucesiones está regulado por normas de orden público? 7. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la sucesión por causa de muerte? 8. La descripción típica de la herencia en el derecho positivo. 9.

1 El artículo es una reelaboración (preparada para los estudiantes del curso de sucesiones) de un capítulo de la tesis que el autor sustentó para obtener al grado de doctor en Derecho en la UNMSM en el año 2012. La tesis se tituló, *La herencia sin herederos y las municipalidades. Apuntes para una reforma del Estado*.

2 El artículo tiene un propósito específico: la divulgación, entre los estudiantes de los primeros años de estudio de la carrera, de las instituciones de Derecho Romano. El autor, animado por ese propósito, ha publicado: *Manual elemental de derecho romano*. (Personas y Familia). Lima. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. 2004; *La crisis de las humanidades. El caso del derecho romano*. En: Derecho a *Survivir*. Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur. Año 1. N° 1. 2014, pp. 227-236; *La influencia de Justiniano en el derecho de sucesiones*. En: *Ágora*. Revista de Derecho. Números 7 y 8, agosto 2006, diciembre 2008. (págs. 467-480). Edición electrónica: www.derecho-uigv.com; *¿Existió protección a los sujetos de derecho en Roma? Una mirada al derecho romano desde el derecho civil*. (Segunda parte) En: *Ágora*. Revista de Derecho. Números 5 y 6. Julio 2004-2006. (págs. 277-307) Edición electrónica: www.derecho-uigv.com. *¿Existió protección a los sujetos de derecho en Roma? Una mirada al derecho romano desde el derecho civil*. (Primera parte). En: *Ágora*. Revista de Derecho. Números 3 y 4, julio 2002-2004. (págs. 395-412) Edición electrónica: www.derecho-uigv.com

3 Abogado. Magister y Doctor en Derecho por la UNMSM.

El aporte de Las Partidas y El Digesto en el derecho de sucesiones. 10. Los derogados códigos civiles del Perú de 1852 y 1936 y la descripción típica de la herencia. 11. Etapas o fases del proceso en la adquisición de la herencia. 12. Apertura de la sucesión: momento y lugar. Medidas provisionales. 13. Vocación y delación. 14. Aceptación de la herencia. 15. Adquisición de la herencia según el sistema que adopte cada código civil. 16. Situaciones en las que puede encontrarse la herencia 17. La aceptación de la herencia y la herencia yacente. 18. La herencia yacente y la administración de la herencia. 19. ¿Quién es titular de los derechos y obligaciones relictas? 20. Propuesta de tesis respecto de la herencia yacente. 21. Evolución de la herencia yacente. 22. La situación del código civil del Perú de 1984.

Palabras liminares

El artículo que someto a consideración de los lectores tiene un propósito pedagógico y está destinado a los estudiantes de derecho de sucesiones, se presenta a modo de apuntes de clase.

I. Introducción

Algo más sobre la llamada *dogmática jurídica*.

La dogmática como el dogmatismo, proceden de dogma. Antes de Kant, el dogmatismo se mostró opuesto al escepticismo, entendido éste como la duda, la cautela, o la imposibilidad de un conocimiento seguro.⁴ José Ferrater Mora, dijo: los escépticos de todos los tiempos han indicado que si hubiese conocimiento seguro, no habría cambios en el contenido del conocimiento.⁵

El escepticismo no afirma propiamente ninguna proposición, sino que se abstiene de formular cualquier proposición por estimar que no vale la pena formular proposiciones que inmediatamente van a convertirse en dudosas.⁶ Entre los teóricos del Derecho parece existir un acuerdo generalizado en considerar que las normas jurídicas no están aisladas sino que constituyen un sistema o totalidad ordenada y además, sería un error tanto prescindir de la idea global del ordenamiento jurídico como desconocer el carácter sistemático del Derecho.⁷

4 HERNÁNDEZ GIL, Antonio. La ciencia jurídica tradicional y su transformación. Madrid. Editorial Civitas. 1981, págs. 37-38.

5 Opus cit, p. 38

6 Ibidem, pág. 38.

7 PÉREZ LUNO, Antonio, Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 203; citado por Melba Luz Calle Meza, Aproximación al debate sobre el concepto de sistema jurídico interno o externo. En: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Nº 15-2007. XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de marzo de 2007, pág.1 [Disponible en línea] http://www.uv.es/CEFD/Index_15.htm. Consultado 2010, agosto 2 pág. 11.

El pensamiento dogmático es aseverativo. El dogmatismo, en cualquier caso, sino es un convencimiento es un sometimiento, que entraña por lo tanto, una restricción de una iniciativa personal. En el dogmatismo, se parte de una razón previamente elaborada y erigida en dogma intocable, por lo que cualquier disconformidad es anti-dogmática.

La razón por la cual el jurista adoptó una posición dogmática arrancó de su sometimiento a lo dado con anterioridad a la investigación científica. La dogmática jurídica consideró como “dogma” la *positividad* del derecho. En consecuencia, la dogmática jurídica no está constituida por la aceptación de algo dado de modo invariable en función de un determinado contenido normativo, sino por el acatamiento invariable de un derecho que, sin embargo, es temporal y que espacialmente varía.⁸

La dogmática, en cuanto actitud, no experimenta alteración alguna ni se resiente por las mutaciones que se introduzcan en el ordenamiento jurídico sobre el cual recae. El dogma básico concierne a ese modo de atenerse o de depender de un ordenamiento que evoluciona y cambia.⁹ Las estructuras lógicas de la dogmática jurídica tradicional no se corresponden con las transformaciones operadas en la sociedad actual, ni con las exigencias morales y éticas del Estado de bienestar social o de justicia social.¹⁰ Inspirados en estas afirmaciones es que nos permitimos plantear algunas ideas que sustentan la presente investigación.

¿La ciencia del derecho, permite mostrar las deficiencias del sistema legislativo?

Los derechos romanos-germánicos están fundados en la legislación como fuente preponderante, sin embargo los textos legislativos tienen la peculiaridad de ser fórmulas generales y abstractas que describen lo esencial de los supuestos y de las consecuencias.¹¹

Las legislaciones, no siempre guardan armonía, un orden pre-establecido, no siempre son redactadas de manera inteligible como reclama la ciencia del derecho, creando confusión y desarmonía en el sistema legislativo, es por ello que existe la doctrina que suple las limitaciones y las deficiencias de la legislación.¹² La doctrina permite:

- a. mostrar ordenadamente el sistema legislativo;
- b. hacer comprensible el texto de la norma;
- c. organizar la norma para que ella tenga su lugar, su respectivo contexto y la interconexión necesaria y finalmente, para la presente investigación

8 HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Opus cit, págs. 40-41.

9 Ibidem, pág. 41

10 REALE, Miguel. Opus cit, pág. 33.

11 RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Introducción al Derecho. Lima. Fondo Editorial de la PUCP; 1984, pág. 210.

12 Opus cit, pág. 211.

que someto al jurado examinador, consiste en articular las normas del código civil del Perú de 1984 y la Ley General de Municipalidades del Perú.

- d. mostrar las deficiencias, las incoherencias, las contradicciones de las normas que forman el sistema legislativo y proponer enmiendas o soluciones.¹³

En la investigación, que someto a consideración de los lectores, se evidencia la ausencia de la institución de la *herencia yacente* en el código civil, por un lado y el poco o ningún uso que hacen las municipalidades distritales de las figuras jurídicas conocidas como: el *gestor de herencia* y la *curatela* de bienes hereditarios.

En 1975 Eduardo Novoa Monreal, reprochaba a los legisladores su incapacidad para cubrir la solución legal de los problemas cotidianos, decía, con fundada razón, que se critica hoy a las normas que carecen de perfección técnica, actualmente los defectos de forma abundan y contribuyen a aumentar la confusión legislativa, a dificultar la aplicación de las normas y disminuir el prestigio del legislador. Preceptos mal redactados, disposiciones contradictorias y oscuridades incomprensibles. Varias son las causas que determinan tan lamentable efecto. Una de ellas puede encontrarse en la forma urgida y precipitada en que se dicta la mayor parte de las normas.¹⁴

En su momento, Carlos Santiago Nino, en 1989, sostuvo que las normas no son pasibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, pero sí como justas o injustas; convenientes o inconvenientes, oportunas o inoportunas; razonadas o caprichosas.¹⁵

Es oportuno entonces acudir a la ciencia del Derecho para encontrar respuestas a las interpelaciones que formularon Novoa Monreal, Santiago Nino y otros filósofos del Derecho. Eduardo García Maynez, definió a la ciencia del Derecho como la disciplina que tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan vigentes en un lugar y tiempo determinados así como el estudio de los problemas relacionados con la aplicación de la norma jurídica.¹⁶

Mario Alzamora Valdez, sostenía que la ciencia del Derecho analiza y examina las normas jurídicas vigentes con el propósito de:

- a. Interpretarlas,
- b. Ordenarlas y
- c. Sistematizarlas para alcanzar la recta aplicación de las mismas.¹⁷

13 Ibid, pág. 213.

14 NOVOA MONREAL, Eduardo. El derecho como obstáculo al cambio social. México. Siglo XXI Editores. 1975, p 59.

15 NINO, Carlos Santiago. Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal. México. D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie G. Estudios doctrinales 7. 1989, p. 18

16 GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrúa. México. 1944, p.100

Entonces aparece clara la diferencia entre la ciencia del Derecho, cuyo campo es el Derecho positivo y la Filosofía del Derecho, que indaga sobre los fundamentos y las primeras causas del orden jurídico. De este doble propósito de la ciencia del Derecho se desprende su división en dos ramas, la rama teórica y la rama práctica, denominadas: sistemática jurídica y técnica jurídica.¹⁸

¿Es útil la sistemática jurídica para poner en evidencia las desarticulaciones del sistema jurídico?

La *sistemática jurídica* comprende, como objeto de estudio, la investigación de las normas, de sus relaciones con otras normas [por ello planteamos en la presente investigación la articulación entre las normas del código civil y la Ley de Municipalidades], de su orden de prelación y de la integración de las mismas dentro de un determinado sistema jurídico y así permitir que las reglas de conducta humana:

- a. bilaterales,
- b. heterónomas y
- c. coercibles

Se coloquen en el lugar que les corresponden y exista entre ellas una buena disposición que permita su mejor conocimiento [por ello planteamos asimismo, en la presente investigación que la Ley de Municipalidades del Perú incorpore en su seno la figura del gestor de herencias, entre otros aspectos, con el fin específico de cooperar activamente con la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana], su aprensión y que no se presenten como un todo caótico.¹⁹

El Derecho puede ser contemplado como ciencia del Derecho o como un conjunto de normas jurídicas, respecto de las últimas interesa saber su:

- a. creación,
- b. aplicación,
- c. interpretación e
- d. integración.

Miguel Reale, sostuvo en 1997 que la actitud *positivista* en su afán de objetividad estricta llevó al jurista a exacerbar el culto a los textos legales con la pérdida de contacto con la realidad histórica y los valores ideales.²⁰

17 ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la ciencia del derecho. Lima. SESATOR, 1982, p.50.

18 *Ibidem*, p.50.

19 ARELLANO GARCÍA, Carlos. Las grandes divisiones del derecho. En: Revista de la Facultad de Derecho de México. N° 242. Tomo LIV. México DF. 2004, además en: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, [Disponible en línea] www.juridicas.unam.mx, pág. 11. [Consultado 2010, agosto 2]

20 REALE, Miguel. Teoría tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho. Madrid. Editorial Tecnos, 1997, pág. 28

Precisamente para tener presente la realidad y el aspecto teleológico de una norma existe la sistemática jurídica que tiene por objeto el estudio de las reglas de derecho para precisar su sentido y sus alcances, ordenarlas e integrarlas dentro de conceptos más generales.²¹ En efecto, los profesores Reale y Alzamora Valdez señalaron con nitidez tres conceptos:

1. Aplicación de las normas jurídicas.
2. Contacto con la realidad histórica.
3. Ordenar e integrar las normas.

Es entonces que las ideas que someto a consideración del jurado examinador se sustentan en ellas. Respecto de la técnica jurídica, es preciso señalar que se ocupa de los problemas concernientes a la formulación de las normas de derecho, conocido como técnica de elaboración de la norma y de la aplicación de las normas de derecho.²²

¿Es aún útil la técnica jurídica en la tarea legislativa?

La técnica jurídica es la tarea legislativa que crea las normas de derecho positivo, basándose en los conocimientos de la ciencia jurídica. La técnica jurídica comprende:

- a. la elaboración de las normas,
- b. la correspondiente interpretación,
- c. la integración y
- d. la respectiva aplicación.

Asimismo, es la tarea de: (a) elaborar o (b) modificar normas jurídicas, sobre la base de los conocimientos que aporta la ciencia del derecho. Finalmente es también la interpretación de las normas para su aplicación a la solución de casos concretos.

II. Aspectos teóricos del derecho de sucesiones por causa de muerte.

1. Aspectos liminares.

La sucesión en general supone sustituir una persona en el lugar de otra en una relación jurídica que, no obstante tal transmisión, sigue siendo la misma. La sucesión puede ser *inter vivos* o *mortis causa*.²³ En general, dice Castán Tobeñas que, se puede conceptualizar la sucesión *mortis causa* como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra. La causa de todo tipo de sucesión *mortis causa*, es la *contemplatio mortis*, unida al

21 ALZAMORA VALDEZ, Mario. Opus cit, p.50.

22 Ibidem, p.51.

23 CASSANO, Giuseppe y ZAGAMI, Rimondo. (Curadores) Manuale della successione testamentaria.

designio o intención de favorecer a determinadas personas.²⁴ La sucesión por causa de muerte, importa un patrimonio relicto, es decir, la herencia.

2. Necesarias consideraciones sobre el patrimonio.

Si la sucesión, por causa de muerte, importa un patrimonio relicto, es decir, la herencia, es oportuno hablar brevemente del patrimonio.

Dentro del conjunto vasto y heterogéneo de derechos que las personas son titulares (derechos personalísimos, políticos, de familia, propiedad, hipoteca, prenda, creditorios, intelectuales, etc.), hay algunos que sirven para la satisfacción de sus necesidades económicas y que, por ello, pueden apreciarse en dinero; el conjunto de estos derechos constituye su patrimonio.²⁵

Quedan, por consiguiente, fuera de él los inherentes a la personalidad (tales como el derecho al honor, a la vida, a la libertad) y los de familia (como los que nacen entre cónyuges, la patria potestad, tutela, curatela, etc.), aunque a veces tienen repercusión económica.²⁶ Según la doctrina clásica, el patrimonio es una universalidad de derecho y se concibe como un atributo de la personalidad, como una emanación de ella. De esta idea se desprenden las siguientes consecuencias:

- a. Toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aunque no posea actualmente ningún bien.
- b. Nadie puede tener más que un solo patrimonio; éste es, por lo tanto, único e indivisible.
- c. El patrimonio es siempre idéntico a sí mismo: es una unidad distinta y separada de cada uno de los elementos que lo componen. No importa que salgan algunos bienes e ingresen otros; inclusive, es indiferente que haya o no bienes o que las deudas superen al activo: el patrimonio es siempre el mismo, tal como ocurriría con una bolsa que puede estar llena o vacía, pero siempre es la misma bolsa.
- d. El patrimonio es inalienable; podrán enajenarse los bienes que lo integran, pero nunca la totalidad del patrimonio, ni siquiera una parte alícuota de él.²⁷

3. Clases de sucesión mortis causa.

Según la forma en que se lleve a cabo la sucesión esta puede ser:

3.1. De tipo anglosajón, en que un administrador es el encargado de liquidar la sucesión mediante un procedimiento judicial en el que se trata de

24 MOLINA PORCE, Marta. La sucesión mortis causa. [Documento en Línea]. Disponible: www.difusionjuridica.es [Consulta: 2012, enero 06]. Pág. 25.

25 BORDA, Guillermo. Manual de Derecho Civil. Parte General. Décimo Octava edición actualizada. Bs.As. Editorial Perrot, pág. 351.

26 Ibidem, pág. 351.

27 Ibidem, pág. 351

reducir a mero activo la fortuna del difunto. Entre el causante y los herederos se interpone así una persona imparcial y responsable que impide a estos asumir inmediatamente las titularidades en los bienes del causante.²⁸ Esta persona intermedia es nombrada por los tribunales si no lo ha hecho el causante y hasta que asuma la administración hay un periodo de vacancia de la propiedad privada, en el que los bienes por un procedimiento de origen feudal retornan a la corona en función de guardiana de los bienes hereditarios.²⁹

3.2. De tipo romano, que es principalmente el continental europeo, se parte de un principio opuesto en el que los bienes hereditarios se entregan desde un primer momento a quienes sustituyen al difunto en sus relaciones jurídicas activas y pasivas. Son ellos a la vez favorecidos y liquidadores de la herencia.³⁰

4. Posición del derecho de sucesiones, por causa de muerte, en el derecho privado.

Es la parte del derecho privado que trata de la transmisión patrimonial por causa de muerte.³¹ El *Derecho de Sucesiones* está situado en el campo del derecho privado, formando parte integrante del civil material. En esta posición, presenta caracteres que permiten atribuirle autonomía y necesarias vinculaciones con las demás partes del derecho civil y con otras disciplinas jurídicas.³²

En efecto, por la naturaleza y configuración de sus instituciones, por el nexo existente entre ellas, que forman un sistema coherente y armónico, por la importancia y amplitud de su contenido, por tener su problemática propia y por la finalidad que le corresponde cumplir en el ámbito jurídico y socioeconómico, el Derecho de Sucesiones tiene y es preciso reconocerle, la categoría de disciplina jurídica autónoma, cuyo estudio constituye una especialidad dentro del derecho civil.³³

Fueron los *pandectistas* alemanes quienes primero reconocieron, al derecho sucesorio, entidad autónoma, derivándose de sus estudios la investigación particular de la materia y la asignación a ésta de un libro propio en los códigos civiles de diversos países.³⁴

5. El derecho de sucesiones, por causa de muerte, y su vinculación con las otras disciplinas jurídicas.

En cuanto a su vinculación con las otras partes del derecho privado, el *Derecho de Sucesiones* está relacionado con el *Derecho de las Personas*, por el

28 MOLINA PORCE, Marta. Opus cit, pág. 27

29 Ibidem, pág. 27

30 Ibidem, pág. 27

31 LANATTA G. Rómulo. Derecho de sucesiones. Tomo I. Lima. Fondo Editorial de la Facultad de Derecho en Imprinta de la Universidad de San Marcos. 1969, pág. 18

32 Ibidem, pág. 18

33 Ibidem, pág. 18

34 Ibidem, pág. 18

interés que tienen en materia sucesoria el nacimiento, la capacidad, el domicilio, la ausencia y la muerte.³⁵

También está relacionado con el *Derecho de Familia*, porque la sucesión está fundada en los vínculos consanguíneo, matrimonial, de adopción y en el denominado estado consanguíneo familia y porque producen sus efectos en la sucesión el régimen de bienes en el matrimonio y otras instituciones propias del derecho familiar [La familia está fundada, también, en vínculos de afinidad, como se ha desarrollado en la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú; caso Reynaldo Shols Pérez vs. Centro Naval del Perú (...), asimismo, es atinente referirse a la vocación sucesoria del concubino propio regulada en la Ley N° 30007];³⁶

Se relaciona, también, con los *Derechos Reales*, pues la sucesión participa de la naturaleza de éstos en cuanto se refiere a los bienes, siendo un modo [derivado] de adquirirlos y debido a que casi todos los derechos reales son materia de transmisión sucesoria; con el de *Derecho Obligaciones*, no sólo porque la mayor parte de ellas son también transmisibles por sucesión, sino que además, lo relativo al *Acto Jurídico*, cuyas normas están ubicadas en el código civil en el Libro II, que tienen aplicación en gran medida al testamento.³⁷

También se relaciona con el *Derecho Internacional Privado*, cuando se trata de determinar la norma aplicable a la sucesión por causa de muerte, en los casos de conflictos de normas en el espacio. Saliendo de la esfera del derecho privado e ingresando a la del derecho público, el derecho de sucesiones tiene relación, además con el *Derecho Procesal Civil*, en cuanto a los procedimientos no contenciosos que requieren la apertura de los testamentos cerrados, la protocolización de los testamentos ológrafos, la declaración judicial de herederos y las medidas de seguridad y defensa de la herencia; con el *Derecho Notarial*, en lo relativo a la declaración notarial de herederos, al otorgamiento de los testamentos por escritura pública y cerrados y a la protocolización de los ológrafos; con el *Derecho Registral*, en lo referente a la inscripción de estos testamentos.³⁹

6. ¿El derecho de sucesiones por causa de muerte, está regulado por normas de orden público?

En efecto, en la legislación sucesoria existen numerosas disposiciones de orden público. Son las que afectan la estructura misma del derecho de sucesiones, o que interesan a la organización de la familia, o a los fines del Estado y que

35 Ibidem, pág. 18

36 Ibidem, pág. 18

37 Ibidem, pág. 19

38 Cf. Vidal Ramírez...

39 Ibidem, pág. 19

por consiguiente invisten carácter imperativo e inmodificable por la voluntad privada. Tienen esta calidad, entre otras:

1. La que establecen la transmisión de la herencia desde la muerte del difunto a sus sucesores;
2. Las que indican los requisitos de forma que deben ser cumplidos en los testamentos bajo sanción de nulidad,
3. Las referentes a la intangibilidad de la legítima, o
4. La parte indisponible de la herencia reservada para los herederos forzosos,
5. Las que ordenan a qué entidad debe ser adjudicada la herencia sin herederos.^{40 41}

Es preciso aclarar al respecto, que por disposiciones de orden público no se entiende en este caso las pertenecientes al derecho público sino, aun dentro del derecho privado, las normas imperativas, necesariamente obligatorias, que por consiguiente son inmodificables por la voluntad personal.⁴²

La frase “orden público” se emplea en este caso en el sentido que tiene la siguiente frase del *Digesto*: “*Jus publicum vatorum pactis mutare non potest*”, pasaje que *Savigny* explicó, expresando que se refiere a las reglas necesarias e invariablemente imperativas, que prescriben de modo absoluto ciertos actos u omisiones sin admitir su eventual derogación por la voluntad privada y que por consiguiente existen también dentro del derecho privado.⁴³

7. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la sucesión por causa de muerte?

La sucesión participa de:

7.1. La naturaleza jurídica de los derechos reales

Siendo la sucesión, principalmente, un derecho ejercido por las personas con respecto a las cosas, constituye un título, que como sucede con todos los derechos reales, puede oponerse a cualquiera: *erga omnes*.⁴⁴

En efecto, el titular de un derecho sucesorio goza del derecho de persecución, que puede hacer valer sobre los bienes hereditarios, frente a

40 LANATTA G. Rómulo. Derecho de sucesiones, pág. 19

41 CASTAÑEDA PERALTA, Jorge Eugenio. Derecho de las sucesiones. Lecciones dictadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica. Lima. Editorial Imprenta Amauta. 1966, pág. 13 42
Ibidem, pág. 20

43 Ibidem, pág. 20

44 LANATTA G. Rómulo. Derecho de sucesiones, pág. 20

45 Artículo 664.- Acción de petición de herencia

“El derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él. A la pretensión a que se refiere el párrafo anterior, puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han preterido sus derechos. Las pretensiones a que se refiere este Artículo son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento.”

quienes desconozcan tal derecho o con respecto a quienes posean indebidamente los respectivos bienes. De la sucesión se derivan, por consiguiente, acciones de naturaleza real, como es la petitoria de herencia regulada en el código civil del Perú de 1984⁴⁵, en sus diversas modalidades.⁴⁶

7.2. Es un modo derivativo y gratuito de adquirir, por causa de muerte, la propiedad, la posesión y otros derechos.

Dentro de la clasificación de los modos de adquirir la propiedad en originarios y derivativos, la sucesión pertenece a estos últimos, porque los bienes y derechos que el sucesor adquiere son aquéllos de los que el difunto era titular.⁴⁷

Por eso en el estudio de títulos de propiedad, cuando ha habido transmisión sucesoria, es preciso examinar primero los que acreditan el derecho que el difunto tenía sobre el bien y luego la validez y firmeza del título del sucesor, todo ello referido al mérito de las correspondientes inscripciones registrales, cuando se trata de la propiedad sobre inmuebles o de otros derechos inscribibles.⁴⁸

7.3. ¿Por qué la transmisión sucesoria *mortis causa* es gratuito?

En la transmisión sucesoria *mortis causa* no hay contraprestación. El sucesor no da nada, ni queda obligado de manera alguna por lo que recibe, salvo desde luego, el pago de las deudas del difunto hasta donde lo permita el activo sucesorio y el caso de los legados que llevan anexas algunas cargas, de las que cabe liberarse renunciando al legado.⁴⁹

7.4. ¿Por qué es por causa de muerte?

Decían los latinos: *Viventis nulla est hereditas*. No existe, en efecto, herencia de personas en vida, porque la sucesión supone como elemento determinante, *conditio sine qua non*, la muerte cierta, o judicialmente declarada presunta, de una persona, titular del patrimonio materia de la transmisión.⁵⁰

En la doctrina, sin muerte no hay sucesión *mortis causa*, porque ésta es un efecto de la extinción de la personalidad, y examinando el derecho comparado se constata que los códigos civiles de los diferentes países establecen, casi invariablemente, que la sucesión se produce sólo por efecto de la muerte.⁵¹

46 LANATTA G. Rómulo. Derecho de sucesiones, pág. 20

47 Opus cit, p.20

48 Opus cit, p.20

49 Opus cit, p.20

50 Opus cit, p.20

51 Opus cit, p.21

8. La descripción típica de la herencia en el derecho positivo.

La herencia, denominada también *masa hereditaria*, *acervo sucesorio* o *caudal relicto* (*relictus* de *relinquere*, dejar) es el patrimonio dejado por el causante y que está constituido por sus bienes y otros derechos transmisibles por causa de muerte, así como por sus deudas, que pasan también a los herederos, con la limitación señalada por la ley por consiguiente y mientras la sucesión *mortis casua* es la transmisión patrimonial por causa de muerte, la herencia es el patrimonio materia de la transmisión. Este es el sentido objetivo, concreto y propio de la palabra herencia.⁵²

No obstante, en el lenguaje usual y en algunos códigos, se encuentra el empleo de los términos sucesión y herencia como sinónimos y tanto en su acepción gramatical como en el léxico jurídico. Se admite para el vocablo herencia dos significados: uno como derecho de heredar y otro como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que al morir una persona se transmiten a sus sucesores.⁵³

9. Las Partidas⁵⁴ y El Digesto y la confusión de sucesión por herencia.⁵⁵

El empleo de estas dos palabras como sinónimas, tiene su origen en el Derecho Romano, en la definición del Digesto que dice: “*Hereditas est successio in universum jus quod defunctus habuit.*” También procede del derecho antiguo el concepto restringido y objetivo del término, que en *Las Partidas* se encuentra definido así⁵⁶: *Herencia es la heredad e los bienes e los derechos de algún finado sacando ende las debidas que decía e las cosas que fallaron, ajenas.*⁵⁷

10. Los derogados códigos civiles del Perú de 1852 y 1936 y el tratamiento de la sucesión y la herencia.

En el Perú, el derogado código civil de 1852 empleó, inapropiadamente también, la palabra *herencia* como sinónima de sucesión al denominar a la Sección Cuarta del Libro Segundo “Del modo de adquirir el dominio por herencia” y al declarar en el ya citado artículo 630 “*Por la herencia sucede una persona a otra en los bienes y acciones que ésta tenía al tiempo de su muerte*”. Pero, apartándose de tal criterio, la doctrina peruana ha sostenido y explicado el concepto objetivo y propio de la palabra herencia.⁵⁸

52 Ibid p.30

53 Ibidem, pág.30

54 LAS SIETE PARTIDAS o simplemente Partidas, es un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era Libro de las Leyes, y hacia el siglo XIV recibió su actual denominación, por las secciones en que se encuentra dividida.

55 EL DIGESTO (*Pandectas* en griego, *Digestum* en latín), es una obra jurídica publicada en el año 533 dC. por el Emperador Bizantino Justiniano I.

56 PARTIDAS. Ley 8. Título 33. Partida 7.

57 LANATTA G. Rómulo. Opus cit, pág. 31

El doctor Samanamú, comentarista del derogado código civil de 1852, decía: *“Herencia no es otra cosa que el patrimonio que una persona deja al tiempo de su muerte. Según esto sucesión y herencia son términos muy distintos, a pesar de que en nuestras leyes se toman como sinónimos cuando dicen que por la herencia sucede una persona a otra en los bienes y acciones que ésta tenía antes de su muerte.”*⁵⁹

Juan José Calle⁶⁰, en una de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, expresó el mismo concepto diciendo:

*“En el Título I se ha modificado la redacción de los primeros artículos del correspondiente a la Sección Cuarta del Libro Segundo del Código vigente, para evitar la confusión que en esos artículos se hace de las palabras “sucesión” y “herencia” y que trae, como es natural, la de los conceptos que les corresponden. Sucesión como lo entienden todos los tratadistas de Derecho Civil, es la transmisión misma de los bienes, derechos y obligaciones de una persona por causa de muerte; y herencia es el conjunto o la universalidad de los bienes, derechos y obligaciones de la persona fallecida, que son objeto de la transmisión.”*⁶¹

El derogado código civil del Perú de 1936, siguió este criterio, empleando los términos sucesión y herencia en el significado propio de cada uno de ellos. En el derecho moderno exponen claramente la misma opinión el profesor alemán Theodor Kipp, quien indicó: *“El patrimonio del fallecido en cuanto es objeto de la sucesión se llama herencia”*; el profesor argentino Eduardo Prayones,⁶² quien aclaró el concepto diciendo: *“Propiamente sucesión es el modo como -se defiere el patrimonio y herencia el conjunto de bienes objeto de la transmisión”* y el profesor paraguayo Luis de Gásperi⁶³, autor de un Proyecto de Código Civil para ese país, expresó: *“Sucesión es acción y efecto de suceder y herencia el patrimonio transmitido por muerte de su titular a sus sucesores.”*⁶⁴

11. Etapas o fases del proceso en la adquisición de la herencia.

En el fenómeno sucesorio distinguimos cuatro momentos, que pueden coincidir -y muchas veces coinciden- en el tiempo, pero que siempre pueden distinguirse conceptualmente.

58 Opus cit, p.31

59 Ibidem, pág. 32, citado por Lanatta.

60 Uno de los cinco ponentes del proyecto del código civil de 1936, además del médico Hermilio Valdizán; Pedro M. Oliveira; Manuel Augusto Olaechea y Alfredo Solf y Muro.

61 LANATTA. Opus cit, pág. 32

62 Cfr. PRAYONES, Eduardo. Nociones de Derecho de Sucesión. Tomado de las lecciones dadas por el profesor Prayones en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1915. Compiladas por el alumno Américo Cacicca. Bs.As. Librería Jurídica Valerio Abeledo Editor. 1949.

63 Cfr. GASPERI, Luis de. Tratado de derecho civil. Cuatro volúmenes. Buenos Aires : TEA, 1964

64 Ibidem, pág. 32-33.

11.1. La apertura de la sucesión.

La sucesión de una persona se abre siempre y necesariamente en el momento de su muerte,⁶⁵ no antes⁶⁶ ni después. Significa, simplemente, que mientras el cuerpo se ha convertido en cadáver, la suma de las relaciones jurídicas transmisibles⁶⁷ que se imputaban a una persona se ha convertido en herencia, en espera de un sucesor.⁶⁸

El artículo 660 del código civil del Perú de 1984 al establecer que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, deja en claro que el fallecimiento de una persona (en su caso, la declaración de fallecimiento: cfr. artículos 63 al 66) determina la apertura de la sucesión, es decir, la iniciación del proceso en que se resuelve el fenómeno sucesorio. Ha de tratarse de una persona física: no hay sucesión *mortis causa* en la disolución de una persona jurídica, que es capaz de suceder, pero no de causar una herencia. La persona jurídica no puede hacer testamento y no tiene familia, de modo que no puede hablarse de sucesión testamentaria ni *ab intestato*.⁶⁹

El momento preciso de la muerte tiene gran importancia, pues de él depende la determinación de la persona que, habiendo sido llamada a la herencia o legado, puede, en principio, recibirlos (existencia, capacidad para suceder, dignidad sucesoria) y, a partir de él, en virtud del principio de retroactividad de la aceptación, tiene lugar la asunción por el heredero, de todas las relaciones jurídicas transmisibles del causante.⁷⁰ Lugar de apertura de la sucesión es el del último domicilio del causante.⁷¹

11.2. Vocación a la herencia.

Consiste en el llamamiento de un sujeto de derecho a la herencia. Un llamamiento actual o virtual: a un heredero de primer grado, y a otros, para el caso de no suceder el primeramente llamado.⁷²

65 La muerte real, la muerte ficta o presunta, regulada en el código civil del Perú; la muerte clínica, regulada en la Ley General de Salud.

66 En el Perú es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora, así lo señala el artículo 1405 del código civil de 1984.

67 El artículo 1218 del código civil de 1984, señala que: la obligación se trasmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario.

68 LANATTA G. Rómulo. Derecho de sucesiones, pág. 35

69 LACRUZ BERDEJO, José Luis. Opus cit, pág. 35

70 Ibidem, pág. 35

71 Así lo señalan los artículos 663 del código civil del Perú de 1984: Corresponde al juez del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en el país, conocer de los procedimientos no contenciosos y de los juicios relativos a la sucesión. El artículo 2100 del código civil del Perú de 1984. La sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de la situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante

72 Ibidem, pág. 35

Vocación es el llamamiento de todos los posibles herederos en el momento de la muerte^{73 74} del *de cuius* por voluntad de éste⁷⁵ o, en todo caso, de la ley⁷⁶.

Todos aquellos cuya relación con el causante supone una expectativa más o menos lejana de llegar a ser sus herederos testamentarios (así los designados en un testamento después revocado, si el posterior se declarase nulo), o *abintestato* (incluso los parientes colaterales en cuarto grado, si el o los testamentos -si existiesen- fuesen declarados nulos, y los parientes preferentes -si los hubiere- no pudiesen o no quisiesen heredar), son llamados en el momento mismo de la muerte, como lo prueba el que, desde ese momento, pueden transmitir su vocación hereditaria eventual así como su legitimación para pedir la fijación de un término al heredero para que acepte o repudie.⁷⁷

11.3. Delación de la herencia.

Constituye un paso más: no sólo existe una persona determinada llamada a la herencia, sino que la misma puede aceptar. La posibilidad inmediata de aceptar la herencia es la característica de la delación.⁷⁸ Pero, para que una persona sea heredero, no basta con que sea llamado: ha de ofrecérsele asimismo la herencia para su aceptación^{79 80}

El ofrecimiento de la herencia es la *delación*, un grado más en el proceso sucesorio, si bien con una concreción conceptual (toda delación presupone vocación, pero no a la inversa) y una limitación temporal distinta: hay vocación de una vez para siempre en el momento en que se es llamado a una herencia, aunque no se acepte o no haya oportunidad de aceptarla; la delación se inicia cuando nace la oportunidad de aceptar la herencia y termina con la aceptación. La vocación, por otra parte, depende de la voluntad del causante o del parentesco; la *delación*, de la ley.⁸¹

73 Código civil del Perú de 1984. Artículo 61. La muerte pone fin a la persona.

74 Código civil del Perú de 1984. Artículo 660. Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

75 Código civil del Perú de 1984. Artículo 686. Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala. Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

76 Código civil del Perú de 1984. Artículo 815.

“La herencia corresponde a los herederos cuando:

1.- El causante muere sin dejar testamento; el que otorgó ha sido declarado nulo total o parcialmente; ha caducado por falta de comprobación judicial; o se declara inválida la desheredación.

77 LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Opus cit*, pág. 36

78 *Delata hereditas intelligitur quando cutis possit addeundo consequi*

79 Código civil del Perú de 1984. Artículo 672. La aceptación expresa puede constar en instrumento público o privado. Hay aceptación tácita si el heredero entra en posesión de la herencia o practica otros actos que demuestren de manera indubitable su voluntad de aceptar.

80 Código civil del Perú de 1984. Artículo 673. La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa.

81 LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Opus cit*, pág. 35

11.4. Adquisición de la herencia

Consiste en el hecho de quedar investido como heredero del conjunto – relativo- de titularidades transmisibles del causante, luego de la aceptación.⁸²

Las legislaciones del mundo disponen de manera diferente el camino hacia la adquisición de la herencia. La diferencia se halla, sobre todo, en la coincidencia o separación de los dos últimos periodos: la delación y la adquisición.⁸³

11.4.1. Sistema el código civil alemán.

La persona llamada a suceder adquiere por el solo hecho de la *delación*. Cuando la *delación* se produce -y es lo frecuente- a la muerte del causante, la herencia pasa *ipso iure* del difunto al heredero con la apertura de la sucesión; y la aceptación se requiere sólo para confirmar la adquisición ya realizada. Ahora bien, el heredero no está obligado a aceptar; y si renuncia oportunamente, se entiende que en ningún momento ha adquirido la herencia. La aceptación tiene, pues, una función meramente negativa, en cuanto representa una renuncia al derecho a repudiar; mientras que la repudiación tiene una función positiva, porque sirve para destruir la adquisición ya producida.⁸⁴

11.4.2. El sistema de *Las Pandectas*.

En otras legislaciones, como el caso del Perú, llamado sólo adquiere la herencia mediante la aceptación; hasta entonces, no se convierte en sucesor.

De forma que, entre *delación* y *adquisición*, media un tiempo más o menos largo, aunque luego la aceptación opere con efecto retroactivo. En ese tiempo no hay sucesor sino meramente un sujeto *llamado* a serlo: la herencia se halla *yacente*.

Ese es el momento en que la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana, invocando el instituto regulado en la norma, debe asumir la administración de las *herencias sin herederos*.⁸⁵

12. Situaciones en las que puede encontrarse la herencia⁸⁶

12.1. Herencia sin diferir o herencia presunta antes de la apertura de la sucesión, cuando todavía no ha muerto el titular del patrimonio o no se ha cumplido la condición suspensiva que el testador hubiera impuesto, a ella se refiere el artículo 991 del código civil español al disponer que:

82 LANATTA G. Rómulo. Derecho de sucesiones, pág. 35

83 LACRUZ BERDEJO, José Luis. Opus cit, pág. 35

84 Opus cit, pág. 35

85 Opus cit, pág. 35

86 Cfr. Esquema tomado de MOLINA PORCE, Marta. Opus cit, pág. 33

“Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia.
[Artículo 1405 para el Código civil del Perú de 1984]

12.2. Herencia abierta. Situación que se produce con la apertura de la sucesión por la muerte del causante. [Artículo 660 para el código civil del Perú de 1984].

12.3. Herencia diferida. Que es la herencia que se ofrece en abstracto a la persona con vocación hereditaria. [Artículo 660 para el código civil del Perú de 1984].

12.4. Herencia adida. Que es la herencia adquirida cuando el heredero la ha aceptado expresa o tácitamente y se ha convertido en titular de las relaciones jurídicas que forman parte de la misma. [Artículos 672-673 para el código civil del Perú de 1984].

12.5. Herencia indivisa y adjudicada. Es la herencia deferida a varios herederos que la han aceptado. Se encuentra indivisa la herencia antes de la partición y adjudicada después de ésta. [Artículo 851 para el código civil del Perú de 1984].

12.6. Herencia sin herederos ¿Vacante?⁸⁷ Cuando no hay heredero en grado sucesible o ha sido renunciada la herencia por la persona que tuviera derecho a ella, supuestos en los cuales corresponde al Estado según el artículo del código civil español 956 [830 para el código civil del Perú de 1984] por lo que la *vacatio* definitiva no cabe en nuestro ordenamiento.

13. La aceptación de la herencia y la herencia yacente.

El hecho que se establezca una distinción entre la herencia *deferida* y la herencia *adida* es posible porque en el código civil del Perú de 1984, se sigue el sistema romano de aceptación de la misma, frente al sistema germano.⁸⁸

En este último la persona llamada a suceder adquiere por el sólo hecho de la *delación*, pues cuando la misma se produce a la muerte del causante la herencia pasa *ipso iure* del difunto al heredero con la apertura de la sucesión; y la aceptación se requiere sólo para confirmar la adquisición ya realizada.⁸⁹

En los sistemas romanos, en cambio, el llamado sólo adquiere la herencia mediante aceptación, de forma que el tiempo que existe entre la delación y la aceptación no hay *sucesor* sino meramente un *llamado* a serlo y la herencia se encuentra *yacente*.⁹⁰

87 Lo apropiado será denominar herencia sin herederos, toda vez que hoy la ciencia del Derecho ya no admite la terminología: herencia vacante.

88 GASPERI, Luis de. Tratado de derecho civil. Cuatro volúmenes. Buenos Aires : TEA, 1964

89 Opus cit

90 Opus cit

14. La herencia yacente.

14.1. El problema teórico.

En aquellos ordenamientos jurídicos en los que la herencia se adquiere mediante la aceptación, ha venido preocupando a la doctrina la solución de continuidad en la titularidad de los derechos, a causa de la *yacencia* de la herencia; es decir, la existencia de un período de tiempo entre la apertura de la sucesión y la aceptación que debe realizar el *llamado*, en el que los bienes y las relaciones de obligación que se imputaban al causante carecen de titular actual. Se dice entonces que la herencia está *yacente*. Se puede hablar entonces de *yacencia* voluntaria y forzosa:⁹¹

a. La yacencia voluntaria.

Cuando el *llamado*, determinado y conocido, aún no ha aceptado la herencia, y: ésta se halla en administración provisional⁹² ⁹³ o en administración judicial.⁹⁴ ⁹⁵ ⁹⁶

b. La yacencia forzosa.

Se da cuando:

1. El *llamado* no se halla aún en condiciones de *adir* la herencia (*nasciturus*, fundación testamentaria) o
2. Cuando la *delación* se halla en situación de pendencia (institución condicional);
3. Cuando el heredero es desconocido o
4. Cuando se suscita contienda sobre cual deba serlo; y
5. Cuando la institución de heredero se ha hecho en favor de persona determinable pero no determinada.⁹⁷

91 *Ibidem*, págs. 40-41

92 Código civil español Art. 999

La aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita. Expresa es la que se hace en documento público o privado. Tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. Los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero.

93 Momento en que la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana, invocando el instituto regulado en la norma, debe asumir la administración de las herencias sin herederos.

94 Código civil español Art. 1.020

En todo caso, el Juez podrá proveer, a instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescriba para el juicio de testamentaría en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

95 Código civil español. Art. 1.026

Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración. El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competen y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma.

96 LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Opus cit.*, pág. 41

97 *Ibidem*, pág. 41

15. ¿Quién es titular de los derechos y obligaciones *relictas*?

1. El problema teórico.

Entre tanto, ¿quién es titular de los derechos y obligaciones *relictos*?; o bien, ¿cómo es posible que existan patrimonio sin sujeto? Las fuentes romanas, por motivos muy concretos y sin pretender una construcción general, dirigían la *herencia yacente*: a. En unos casos, a la persona del difunto, considerándolo ficticiamente sobreviviente, o a la herencia como representante suya; b. En otros, la relacionaban con el heredero futuro, o incluso -como los compiladores justinianeos- atribuían a la masa una especie de personalidad independiente. c. El derecho moderno habla de patrimonio destinado a un fin o patrimonio autónomo sin sujeto.⁹⁸

Se trata de un supuesto en que el ordenamiento: En defensa del futuro heredero. En defensa de los acreedores del caudal y en defensa del orden público y privado. Tolerancia la ausencia de sujeto actual, durante un tiempo, en atención a que tal sujeto existirá luego y cubrirá con su titularidad, dado el efecto retroactivo de la aceptación, todo el período de *yacencia* desde el fallecimiento del causante. Sin perjuicio de atender desde el primer momento, en lo más preciso, a la representación y administración del patrimonio *relictos*.⁹⁹

2. La solución práctica.

En la vida real lo que importa es: vigilar la herencia sin herederos.¹⁰⁰ Establecer la administración de la herencia sin herederos.¹⁰¹ Establecer la representación de la herencia sin herederos.¹⁰²

A fin de conservarlo para: el heredero que aún no ha aceptado. La Sociedad de Beneficencia. Asegurar las acreencias de los acreedores. Crear un punto de referencia al que puedan dirigir sus pretensiones contra el causante. Crear un punto de referencia respecto de las relaciones nacidas luego de causarse la herencia. En otras palabras: cuando nos relacionamos con una *herencia sin herederos*, lo que interesa saber es: si quien nos vende o arrienda bienes de la herencia está legitimado para ello; a quién hemos de requerir o demandar para vindicar un bien que detentaba el causante. Cobrar una deuda que éste contrajo; o quién puede demandarnos para hacer efectivos derechos que forman parte del caudal.¹⁰³

98 *Ibidem*, pág. 41

99 LANATTA G. Rómulo. *Opus cit*, pág. 41

100 Que para el caso de la presente investigación debe ser la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana.

101 Invocada la figura de la herencia yacente, la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana, debe administrar la herencia sin herederos en beneficio de la población en riesgo.

102 La representación debe ser ejercida por la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana.

103 *Ibidem*, pág. 41

20. Propuesta respecto de la herencia yacente.

Hasta la *adquisición* de la herencia puede transcurrir un periodo de incertidumbre,^{104 105} o habiendo vencido el plazo para aceptar la herencia, en aplicación de la presunción de aceptación de herencia, los *llamados*, convertidos ya en herederos: no saben de la existencia de dicha herencia. Negligentemente no toman posesión de ella; o deliberadamente no toman posesión de ella.

Ante los hechos descritos, el Derecho debe proveer un régimen especial, que es el que corresponde a la llamada *herencia yacente*, porque está a la espera de quien la recoja. Es en esa hipótesis que la Sociedad de Beneficencia debe asumir la administración de la *herencia sin herederos*.

Con prescindencia del problema teórico sobre quién sea el titular de la herencia, que tarde o temprano habrá de saberse con efectos retroactivos, lo crucial, lo inmediato, lo perentorio es atender a la administración. La conservación. La defensa de la herencia.^{106 107}

En la sucesión testamentaria corresponderá al *albacea*, testamentario o dativo, ejercer la gestión correspondiente. Cuando no se trate de testamento, el código procesal civil en los artículos 769 y siguientes, establece los casos y manera de designar un administrador judicial y las facultades del mismo.

21. Evolución de la herencia yacente.

- A. En una primera fase la herencia *yacente* fue estructurada como si los bienes *relictos* estuvieren *sine domino* por estimarse que las cosas integrantes de la misma eran *res nullius in bonis* conforme expresó Gayo en sus *Instituta*.
- B. En una segunda fase la herencia *yacente* hacía las veces del difunto representándolo. Finalmente,
- C. En una tercera fase, se tomó en consideración la figura del heredero como definitivo destinatario de la herencia al amparo de la retroacción de su aceptación. Partiendo de esta configuración de la *herencia yacente* no cabe duda que los destinatarios de la herencia o los curadores o administradores pueden realizar:

104 El derecho es por esencia certeza y certidumbre: La seguridad jurídica refiere al mejor aseguramiento de los derechos, frente a los problemas de incertidumbre que puede generar el propio sistema jurídico, por oscuridad de las normas, falta de articulación de las mismas o arbitrariedad de los órganos de aplicación.

105 Cfr. Flavio López de Oñate. La certeza del Derecho. Bs. As. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. Asimismo. Cfr. Guillermo Munné. Certeza en el Derecho. Una propuesta conceptual sobre seguridad jurídica. [Documento en Línea]. Disponible http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos_orig/58/58-11.pdf. [Consulta: 2012, octubre 02]. Pág. 346.

106 A la cual el Código Procesal Civil denomina patrimonio autónomo regulado en el artículo 57.

107 Que debe corresponder, como se ha señalado en la presente investigación, a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana, la cual percibirá los frutos de la herencia sin herederos y según corresponda, se adjudicará dicha herencia como lo señala el artículo 830 del código civil del Perú de 1984.

1. Actos posesorios,
2. Actos de reparación,
3. Actos de conservación,
4. Actos de defensa y
5. Actos de administración.¹⁰⁸

22. La situación del código civil del Perú de 1984.

El código civil del Perú de 1984, adolece de un régimen apropiado que discipline estas situaciones. Respecto del derogado código civil del Perú de 1936, los profesores Rómulo Lanatta y Emilio Valverde opinaron que una herencia nunca está *yacente* en el sentido de estar esperando su aceptación o repudiación por el heredero.¹⁰⁹

El profesor Lohmann Luca de Tena no comparte el parecer de los dos profesores de la Universidad de San Marcos, ni tampoco con lo que señaló el antiguo y derogado código civil del Perú de 1936, ni con el código civil del Perú de 1984. A mi juicio la incorporación de la figura romana de la *herencia yacente*, en el derecho peruano, fortalecerá a la histórica Sociedad de Beneficencia para que pueda cumplir sus supremos objetivos.

108 Esto permitirá que la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana pueda tener otro instrumento que le permita usufructuar de las herencias sin herederos.

109 LANATTA G. Rómulo. Opus cit, pág. 56

GALERÍA DE FOTOS



Sesión solemne por el quinto aniversario de creación del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, celebrada el jueves 6 de abril del año 2017. En la foto, de izquierda a derecha: Dr. Jesús Antonio Rivera Oré, Decano. Dr. Manuel Miranda Canales, Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Dr. Marco Cerna Bazán, Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur.



Charla de capacitación para los abogados miembros de la Orden. Tema: **Violencia Contra La Mujer**, realizada en el auditorio de la Municipalidad de Villa María del Triunfo. En la foto, de izquierda a derecha Dra. Doris Rodríguez Alarcón, Juez Superior Titular, Jefa de la Unidad de Vistas de la OCMA, (4° de la fila); señora Luisa María Cuculiza Torre, ex Ministra de la Mujer y ex congresista de la República, (5° de la fila); Dr. Jesús Antonio Rivera Oré, Decano, (6° de la fila).



Ceremonia de clausura del **Diplomado de Alta Especialización sobre Consulta Previa** desarrollado por el Ministerio de Cultura y el Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, concurren a la ceremonia el Vice Ministro de Cultura y el Vice Decano de la Orden, la ceremonia se llevó a cabo en el **Lugar de la Memoria, la Tolerancia y la Inclusión Social del Ministerio de Cultura.**



Movilidad Académica. Estancia de estudio, en la Universidad de Salamanca, del Secretario General del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, doctor Vicente Paúl Espinoza Santillán, (4º de izq a der.), realizada en el mes de enero del año 2017; estancia que sirvió también para celebrar un convenio de cooperación entre la Universidad de Salamanca y el CALSUR.



Ceremonia de conmemoración del cuarto aniversario de creación del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, celebrada el 5 de abril del año 2016. En la foto, fila superior, de izquierda a derecha: Dr. Oswaldo Arroyo Novoa, Presidente del Comité Electoral del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, (4° de la fila). Dr. Jesús Antonio Rivera Oré, Decano (5° de la fila). Dr. Pedro Cartolin Pastor, (6° de la fila), Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur. Dr. Martín Belaunde Moreyra, ex Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y congresista de la República, (7° de la fila), Embajador SDR, Luis Mendivil Canales, (10° de la fila).



Banner del evento Justicia en tu Comunidad, organizado por la Corte Superior de Justicia de Lima Sur y en el que participó activamente el Ilustre Colegio Abogados de Lima Sur.



Revistas del Foro del Ilustre Colegio Abogados de Lima Sur y trípticos de apoyo para el evento de **Justicia en tu Comunidad**.



Abogados del Consultorio Jurídico Gratuito del Ilustre Colegio Abogados de Lima Sur, ofreciendo asesoría gratuita en la jornada **Justicia En tu Comunidad**.



Parte de la Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur en el acto de entrega de parte de la donación hecha por el CALSUR a los damnificados del Niño Costero de Lima Sur.

MOTIVENSA
Editora Jurídica

Este libro se terminó
de imprimir en Agosto del 2017
Telefax: 4237644
www.motivensa.com
ventas@motivensa.com
LIMA – PERÚ