

REVISTA DE DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA

Homenaje al Sr. Prof. Luis Velando Puertas

A

E

G

N

A

P



REVISTA DE DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

HOMENAJE A

Luis Velando Puertas

REVISTA DE DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Homenaje a Luis Velando Puertas

JULIO ARMAZA GALDOS

Director

LUIS VARGAS FERNÁNDEZ - JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE - HÉCTOR DELGADO CASTRO

AYAR CHAPARRO GUERRA - DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

BERND SCHÜNEMANN (Alemania) - EUGENIO RAÚL ZAFFARONI (Argentina)

NILO BATISTA (Brasil) - JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (Chile)

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (España) - JOSÉ CEREZO MIR (España)

ALEJANDRO MARTÍNEZ DHIER (España) - JUAN RAMÓN LACADENA (España)

RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ (España)

Comité Consultivo

JOSÉ BUTRÓN FUENTES - LUIS VALENZUELA VALENCIA

MARCO FALCONÍ PICARDO - MAURO PARI TABOADA

FERNANDO BUSTAMANTE ZEGARRA - ANA MARÍA AMADO MENDOZA

Consejo de Redacción

EDITORIAL PANGEA

REVISTA DE DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Homenaje a Luis Velando Puertas

© Editorial Pangea
© De los autores

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
N° 2009-14421
ISSN: 2077-0723
Proyecto Editorial N° 10401000900885

EDITORIAL PANGEA E.I.R.L.
Calle Colón N° 313, Of. N° 504, Cercado de Arequipa
www.editorialpangea.com
editorialpangea@gmail.com
Arequipa – Perú
2009

La Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas no se solidariza con la doctrina sustentada en los artículos que publica.

Figura en la portada Alessandro Verri (1741-1816). Cesare Beccaria, Pietro Verri y Alessandro, constituyeron (siglo XVIII) la famosa «Academia de los Puños» de Milán.

Composición, diagramación y diseño de carátula: Claudia L. Flores Fuentes y José Carlos Mendoza Valdez.

Tiraje: 500 ejemplares
Impreso y encuadernado por
Editorial Pangea
Impreso en Arequipa - Perú

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

JULIO ERNESTO PAREDES NÚÑEZ
Rector de la UCSM

MANUEL ALBERTO BRICEÑO ORTEGA
Vicerrector Académico

MANUEL VÁSQUEZ HUERTA
Vicerrector Administrativo



Dr. Julio Paredes Núñez
Rector de la UCSM



Prof. Luis Velando Puertas

SUMARIO

Palabras Preliminares.....	17
El maestro Luis Velando Puertas.....	19

I. DOCTRINA

Kelsen en París: Una ronda en torno al «Modelo Concentrado» DOMINGO GARCÍA BELAUNDE.....	27
Aborto: Reflexiones jurídicas y éticas en torno al Anteproyecto de Ley español JUAN RAMÓN LACADENA.....	51
La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos JOSÉ CEREZO MIR.....	73
En el centenario de la concepción normativa de la culpabilidad JOSÉ LUIS GUZMÁN DALVORA.....	103
Interdisciplinas	
El Principio de Precaución como criterio orientador y regulador de la bioseguridad SALVADOR DARÍO BERGEL.....	119
Invitación a la filosofía de Deleuze JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....	147
El Derecho y la felicidad JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE.....	161
El Derecho a decidir (Acerca de la vida ajena) RAMIRO DE VALDIVIA CANO.....	173

Opinión de nuestros estudiantes

Una huella de vida ROSA MARÍA VELÁSQUEZ ARENAS.....	183
--	-----

II. CLÁSICOS PERUANOS

Investigación de la paternidad ANTONIO MIRÓ QUESADA.....	191
---	-----

III. PROYECTOS Y CÓDIGOS: TRAS LAS HUELLAS DE HAMMURABI

Proyecto de Constitución para la República Peruana MANUEL LORENZO DE VIDAURRE.....	215
---	-----

IV. RECENSIONES

Alejandro Martínez Dhier, «El jurisconsulto granadino Manuel De Seijas (Hernández) Lozano, precursor de la codificación en España» JULIO ARMAZA GALDOS.....	233
--	-----

Miguel Ángel Osorio, «Juicio por Jurados. Perspectivas actuales e históricas» JORGE LUIS SALAS ARENAS.....	234
--	-----

David Hidalgo/Diego Fernández Stoll/Daniel Yovera/ Cecilia Valenzuela «La muerte se escribe sola. Una historia basada en el crimen de Challapampa» JULIO ARMAZA GALDOS/EMILIO JOSÉ ARMAZA.....	237
---	-----

Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal EMILIO JOSÉ ARMAZA.....	238
--	-----

Eduardo Alcocer Pavis, «La inclusión del Enemigo en el Derecho Penal» JULIO ARMAZA GALDOS.....	240
--	-----

V. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Iniciación del año lectivo 2009.....	251
Matrícula en la escuela de Derecho.....	251
Docentes del Programa Académico de Derecho.....	251
Personal administrativo.....	252
Conferencias.....	252
Cursos.....	252
Publicaciones de nuestros profesores.....	253
Obras en prensa.....	253
Información sobre profesores y/o profesionales vincu- lados con la Facultad.....	254

Necrología..... 258

VI. MISCELÁNEA

Amatoria Forense

BALTAZAR H. MORALES..... 263

VII. TESTIMONIOS PERSONALES Y ADHESIONES

Testimonios personales..... 269

PALABRAS PRELIMINARES

El número 4 de la Revista de Derecho, según se verá, conlleva un cambio en la estructura, formato y presentación y, como todo órgano de difusión, aspira llegar al mayor número posible de lectores.

Siendo un acto de justicia reconocer los méritos de las personas, nada mejor que la presente obra para homenajear a uno de los más destacados profesores que durante las 4 últimas décadas, indismayable e ininterrumpidamente, ha formado a un número considerable de exitosos profesionales de la región sur del país. Aludimos —y citamos ahora— al profesor Luis Velando Puertas, ex Decano de nuestra Facultad, profesor de los cursos de Introducción al Derecho y Derecho de Sucesiones y, actualmente, por añadidura, Jefe del Departamento Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.

Vale la pena advertir, por otra parte, que publicar obras de la naturaleza de la que hoy ve la luz en prensas arequipeñas, no es tarea fácilmente agible, pues la crisis económica mundial afecta principalmente a los pueblos de los países más pobres; con voluntad, empero, pueden superarse esos y otros escollos y adversidades.

Como no podía ser de otro modo, robando espacio a esta breve presentación, deseáramos dejar testimonio de nuestra gratitud a los señores profesores José Cerezo Mir (España), Salvador Darío Bergel (Buenos Aires), José Luis Guzmán Dalbora (Chile), Juan Carlos Valdivia Cano, Juan Ramón Lacadena Calero (Madrid), Domingo García Belaunde (Lima), Ramiro de Valdivia Cano, Javier Rodríguez Velarde, Jorge Luis Salas Arenas, Emilio José

Armaza y a otros muchos profesionales y estudiantes que, con sus valiosas contribuciones, hicieron posible la edición de la Revista. Especialmente merecedor de nuestra gratitud es también el consagrado artista antillano Lizardo Alomía i Mugal, quien enriqueció nuestra Revista con la caricatura que la orna.

En fin, puesto que por nuestras obras seremos conocidos y juzgados —según frase harto conocida e inveterada—, juzguen los integrantes de la comunidad sur andina la labor realizada en la Facultad y, como corresponde, arriben a sus propias conclusiones en lo que tiene que ver con el mayor o menor esfuerzo que hacemos para estar a la altura de los tiempos y, sobre todo, para formar profesionales competitivos.

LUIS VARGAS FERNÁNDEZ
Decano

EL MAESTRO LUIS VELANDO PUERTAS

1. *Sus inicios como Docente.* El notable hombre de leyes del que damos cuenta, nació el 9 de septiembre de 1944 de la unión matrimonial conformada por Adolfo Velando Cuadros y Cristina Puertas y es, a su vez, esposo de doña Zoia Escobar y, a un tiempo, padre de los señores Mauricio y Jennifer, ambos afincados allende y aquende el Océano Atlántico.

Llegó a la docencia universitaria en noviembre de 1971, poco después de haberse graduado. Inicialmente dictó el curso de Derecho peruano, pues quien hasta entonces lo hacía (Leopoldo Cuentas Bedregal), por razones de trabajo, trasladó su residencia a la ciudad de Lima. En los años sucesivos, asumió las cátedras de Introducción al Derecho y Derecho de personas dejadas vacantes por el profesor Carlos Montoya Anguerry quien, a la sazón, debió regentar una vocalía en la Corte Superior de Justicia de la capital peruana; desde 1987, empero, tiene a su cargo los cursos de Derecho de familia y Derecho de sucesiones. Oportuno es advertir, por lo tanto, que es especialista en Derecho privado (aunque su vasta sabiduría, como es de conocimiento público, le permite discutir y opinar sobre temas vinculados con la Filosofía del Derecho, la Literatura, la Historia y una diversidad de ramas del conocimiento humano).

Los postreros días del año de 1975, al asumir la Presidencia de la Comisión de Gobierno de la Universidad el profesor de Derecho penal Francisco Chirinos Soto, admitió Velando la Asesoría Jurídica de nuestra Universidad. Es todavía ejemplar

el modo en que desempeñó tal cargo y, no sobra decir que al ejercerlo, observó modestia¹, laboriosidad y rectitud de criterio.

2. *Representación y otras dignidades.* Como es de suponer, en incontables oportunidades integró el Consejo de Facultad en representación de los docentes de las diversas categorías; fue, por consiguiente, vocero de auxiliares, asociados y principales. Pero es tras el retiro del profesor Alfredo Lozada Núñez que tuvo ocasión de desempeñarse como Decano; la impronta que nos legó, en ese período, no hace más que vincularlo con una serie de actividades (seminarios, congresos, coloquios, etc.) de talante académico a las que, por cierto, hay que añadir otras también plausibles. En efecto, debido a su gestión, obtuvimos el pequeño Auditorio «Juan Pablo Segundo» debidamente equipado y, además, algunos equipos de cómputo y otros muebles.

Como fuere, en reconocimiento de su gestión, fue reelegido en el cargo para el período 2000-2002 (época en la que, con recursos propios, adquirió el valioso juego de muebles y la mesa que sirven para las sesiones de Consejo de Facultad, así como el mobiliario del Decanato que perteneció a la Gerencia General de Extebandes).

Al concluir su segundo período como Decano, ocupó el cargo de Jefe del Departamento Académico hasta el año 2005, siendo luego elegido Coordinador Académico del Programa de Derecho; el presente año, nuevamente asumió la función de Jefe del Departamento en unas elecciones en las que obtuvo 20 de los 22 votos emitidos. El detalle descrito, muestra la querencia que le tienen sus electores y, sobre todo, que si hay un profesor al que en vida le fueron confiadas casi todas las funciones importantes en nuestra Facultad, ya por estar capacitado para ejercerlas, ya porque merecía ocuparlas, es nuestro querido y admirado maestro Luis Velando Puertas.

3. *Aporte académico, estatutario y patrimonial.* En 1995, cuando dirigía los destinos de nuestro Programa de Derecho el Profesor Alfredo Lozada Núñez, se aprobó un nuevo «Plan de

¹ El envanecimiento y la altivez le han sido siempre extraños.

Estudios»; en la elaboración del mismo, según era de esperarse, tuvieron una destacada intervención tanto el profesor del que venimos haciendo reiterada mención en las presentes páginas, como don Luis Vargas Fernández. Hoy, el documento en cita es conocido como «Currículo 1996» y, atinadamente, reposa sobre los siguientes cuatro ejes: Derecho civil y procesal Civil, Derecho penal y Procesal penal, Derecho de la empresa y Derechos estaduales o Administración pública; sobre esta base, se aprobó el denominado «Currículo 2009» que, interesa anotar, comprende los siguientes aspectos: formación científica y humanista no profesional y, de otro lado, formación especializada en las cuatro áreas nombradas.

Como integrante de la comunidad docente mariana le cupo importante y decisiva participación. Así, en 1973, conjuntamente con los señores profesores Eusebio Cardeña Rivera, Francisco Chirinos Soto, Carlos Montoya Anguerry, Jaime Valencia Valencia, Oscar Becerra Caballero y otros destacados maestros universitarios, fundó la Asociación de Docentes de la Universidad (ADUCA); no es de extrañar, como en efecto ocurrió, que se encargase a Velando la elaboración del primer Estatuto de la Asociación que, útilmente, rigió los destinos de dicha institución por un número considerable de años.

A lo largo de su permanencia en la Universidad, tozudamente persiguió su incremento patrimonial: gestionó por ejemplo, la donación del primer equipo de cómputo de la Compañía Cervecera del Sur del Perú a través del señor Fernando García Calderón, entonces Gerente Legal de dicha firma. No ha de olvidarse, por otro lado, que consiguió dos importantes donaciones en dinero de la empresa Sur Química y, algo después, de la Compañía Nacional de Seguros²; siendo además promotor y gestor directo de la compra de la casona de la primera cuadra de la calle La Merced donde, actualmente, funciona el Consultorio Jurídico de la Universidad.

4. *Espíritu democrático y principista.* Como hombre de ac-

² El dinero obtenido en la última de las donaciones de las que se dio cuenta, fue invertido en la adquisición de la casona de la segunda cuadra de la calle La Merced, donde funcionaba la Escuela María Nieves y Bustamante.

ción que es, no causó extrañeza verlo, con sus alumnos, protestando en la Plaza Mayor contra la dictadura fujimorista que, sin motivo alguno, destituyó (28/5/1997) del Tribunal Constitucional a los señores magistrados Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano; hizo lo propio, al anunciar Fujimori su reelección como presidente de la República.

Durante los primeros años del ejercicio profesional, abrazó la carrera judicial. En 1975, sin embargo, decidió consagrarse por completo a la enseñanza universitaria. Al perder la administración de justicia uno de sus más destacados soldados, ganó la docencia un preclaro maestro. Le son normas de vida, los sintagmas a continuación reproducidos: «la ley es para el hombre y no el hombre para la ley»; «la supremacía de la persona sobre el estado, tratándose de derechos fundamentales; pero la de la sociedad sobre la persona, en relación a los derechos patrimoniales»; «la corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito»; «la pena debe ser una respuesta racional y no emocional»; «la democracia de nada vale si no es con solidaridad»; «la norma no es únicamente letra sino, también, espíritu»; «hay dos clases de abogados: los de éxito, que ganan los casos y, los buenos, que persiguen la verdad y la justicia», «rico no es quien tiene mucho sino quien poco necesita».

Ha trascendido hasta nosotros, y de ello pueden dar fe sus contemporáneos, que en sus estudios primarios, secundarios y universitarios siempre destacó sobre los demás; de ello, eso sí, jamás hizo gala. Si bien por decisión propia no hizo estudios de maestría y doctoral, su conocimiento —aunado a su experiencia—, lo hace merecedor de los correspondientes títulos.

5. Decano del Colegio de Abogados y Magisterio singular.
A pedido de un nutrido grupo de abogados, postuló al Decanato del Colegio de Abogados de Arequipa para el período 2004-2005. Durante su gestión, incorporó a la Galería de los Juristas Ilustres a los señores Drs. Héctor Cornejo Chávez, Mario Polar Ugarteche, Roberto Ramírez del Villar, Alfonso Montesinos y Javier de Belaunde, recuperando, la Biblioteca

donada por el Dr. Gmo. Gustavo Paredes, incrementando el Fondo Mutua! a más de 700 mil soles y dejando en cuenta del Colegio la suma de 230 mil soles.

En 1975, habiéndose programado un proceso de ordinarización docente, omitió postular a cargo alguno por cuanto en el jurado evaluador participaban sus alumnos; más recientemente, habiéndose aprobado en Consejo Universitario el acceso a tiempos completos en beneficio exclusivo de quienes habían sido Decanos, hizo lo propio —pues obró convencido que las plazas deberían estar abiertas a todos los docentes de la Universidad y no constituir privilegio de los ex Decanos—. Basta mencionar estos dos hechos para evidenciar la grandeza moral del preclaro hombre del que hemos tenido el honor de ser, por ello mismo, uno de sus afortunados alumnos.

Lo distingue como profesor universitario el deseo vehemente de enseñar, la erudición, sus calidades científicas, el saber que el podio no es un lugar de lucimiento personal, el recato y, finalmente, la responsabilidad en el cumplimiento de su función; le asombra saber que todavía algunos —muy pocos— crean que la enseñanza universitaria y el lugar donde ella se imparte, sea el adecuado para sembrar intrigas y, lo que es peor, para posibilitar se rinda culto a la persona del maestro³.

Nuc et semper ¡Salve, maestro!

El Director

³ Acaso esas mismas calidades y virtudes, para citar a un docente jubilado, hayan sido también las que caracterizaron a Oscar Díaz Valverde, un Apóstol de la Enseñanza lamentablemente olvidado por las nuevas generaciones y a quien le debemos tanto quienes asistimos a sus clases.

Una digresión más, los hijos de don Oscar, según nos consta, heredaron de éste la decencia, la vocación y la sapiencia que, sin duda, los singulariza.

I. DOCTRINA

KELSEN EN PARÍS: UNA RONDA EN TORNO AL «MODELO CONCENTRADO»

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Profesor de Derecho constitucional
Universidad Nacional Mayor de San Marcos y
Pontificia Universidad Católica del Perú

1. Un viaje olvidado

La literatura de y sobre KELSEN, como bien sabemos, es inmensa. A tal extremo que ha sido necesario distribuirla en sectores o áreas que permitan una mejor ubicación y sobre todo un adecuado manejo de esta sorprendente producción intelectual. Principalmente en el campo del Derecho público (tanto en el Derecho constitucional como en la llamada «jurisdicción constitucional»), Derecho Internacional en sus diversas facetas, incluyendo el apartado sobre las Naciones Unidas; escritos de filosofía política, sociología jurídica, teoría del Derecho, entre otros más, debiendo destacarse por su importancia, los dedicados a elaborar, reelaborar y difundir su célebre *Teoría Pura del Derecho*. Incluso en los últimos tiempos se ha comprobado que KELSEN, amante de la literatura en su juventud, cultivó la poesía, cuyos frutos probablemente no son muy originales, pero no por ello dejan de ser interesantes.

Esto en cuanto se refiere a la actividad académica de KELSEN y sobre la que existe bastante información. Se sabe de los problemas que tuvo con discípulos e incluso con adversarios, de las polémicas que mantuvo con algunos de sus contemporáneos e incluso de sus disgustos ocasionados a raíz de una visita

suya a la Argentina en 1949. Y también de su accidentado periplo universitario que inicia en 1930 y que terminará llevándolo a otro continente. Pero salvo esto, de la actividad humana, personal propiamente dicha de KELSEN, se conoce poco. Y es así porque KELSEN fue cordial pero respetuoso de los fueros ajenos y del suyo propio, al que no dio demasiada importancia ni menos aun publicidad. Era considerado pero sin exageraciones y tenía un marcado sentido de la reserva en sus propios asuntos. Sabía distinguir muy bien el lado humano del lado académico y no dejaba que ambos se mezclasen. Y que explica en parte que sobre la vida misma de KELSEN se sepa muy poco, porque quizá él mismo sin querer así se lo propuso.

No obstante esto, tenemos dos importantes recuentos biográficos sobre KELSEN. El primero es el llevado a cabo por un discípulo suyo, RUDOLF A. MÉTALL, que viajó por todo el mundo y que propiamente no era un académico sino un profesional y un técnico con inquietudes, como lo demuestra el hecho que acabara sus días nacionalizado brasileño y trabajando en ese país, si bien murió en Suiza en 1973. Su libro *Hans Kelsen, vida y doctrina*, fue traducido al castellano hace un tiempo por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México, 1975) si bien no incorpora la bibliografía kelseniana que sí incluía la original edición alemana (que probablemente no se tradujo por no considerarse estrictamente necesaria). Y la segunda biografía, o mejor autobiografía, la debemos al propio KELSEN que escribió dos breves trazos autobiográficos, el primero en 1927 y el segundo en 1947, en donde aporta gran cantidad de datos y que habiendo permanecido inéditas durante mucho tiempo —pese a que eran conocidas por los allegados a KELSEN— se han publicado recientemente en Austria en su idioma original y en un solo volumen. Y acaban de ser vertidas al italiano con amplísimos comentarios de MARIO G. LOSANO y que son de enorme interés (cf. HANS KELSEN, *Scritti autobiografici*, traduzione e cura di MARIO G. LOSANO, Ed. Diabasis, Regio Emilia, 2008).

Estos son, para efectos prácticos, los únicos referentes biográficos que tenemos sobre KELSEN en sentido estricto, al margen de referencias ocasionales que puedan darse en otros contextos (un gran panorama, con abundante información, cf. FRAN-

CISCO SOSA WAGNER *Maestros alemanes del Derecho Público*, Ed. Marcial Pons; 2 ts., Madrid, 2004).

Pues bien, ninguno de ellos da cuenta exacta de lo que es el propósito de estas líneas: la presencia de *Kelsen en París* a fines de la década del veinte del siglo pasado. No se trata de un descubrimiento ni de algo ignorado. Tampoco reservado o secreto, sino simplemente olvidado y no trabajado por los «kelsenólogos». Lo que intento en esta oportunidad es rescatarlo, recordar lo que pasó entonces y su relación con el tema que nos interesa, esto es, el de KELSEN y su planteo teórico sobre la jurisdicción constitucional en uno de sus modelos que sigue siendo clásico: el concentrado, aun cuando el tiempo transcurrido haya afinado, precisado o replanteado algunas de sus aristas y entornos teóricos. Y se presente hoy algo distinto de lo que fue en aquel momento.

2. El encuentro de Viena en 1928

Lo primero que hay que tener presente es que KELSEN tiene un indudable parentesco y además una relación estrecha con la transición constitucional austriaca que ocurre en el período 1918-1920. Es cierto que había nacido en Praga, luego capital de un nuevo país que se llamó Checoslovaquia, pero KELSEN nunca se integró a la cultura checa, no hablaba su idioma y para todos los efectos fue un austriaco política y culturalmente hablando. Estaba además adscrito a los asesores de la alta dirección del Estado, que contemplaban impotentes el derrumbe del Imperio Austro-húngaro del que eran súbditos. Y que frente a este hecho inevitable estaban buscando fórmulas políticas que llenasen el vacío que este suceso ocasionaría. De hecho, la caída del Imperio fue casi anunciada. Y en eso poco se podía hacer, pues los Aliados reunidos en París, no tuvieron la menor intención de mantenerlo pues había perdido su importancia política en la Europa central. El problema de KELSEN y de su entorno era más bien otro: cómo hacían con la nueva nación, qué organización darle, si era o no autónoma o si por el contrario se uniría a su vecina Alemania (que era la aspiración de muchos, lo que está confirmado por un hecho muy posterior: la anexión de Austria a Alemania en 1938, por un golpe de mano de Hitler que se hizo pacíficamente y sin disparar

un tiro). En fin, los problemas eran varios y a todos ellos KELSEN prestó su valioso concurso. Se ha querido ver durante décadas que KELSEN fue el padre de la Constitución austriaca y también el padre del modelo concentrado de control constitucional, tal como se reflejó en el Tribunal Constitucional austriaco, pergeñado entre 1918 y 1919 y copiado con rapidez por la clase política checoslovaca que lo llevó prontamente y con anterioridad a nivel constitucional, pero que no tuvo ni la influencia ni la fuerza del austriaco. Todo esto, es decir, esta paternidad exclusiva atribuida a KELSEN es sin lugar a dudas una exageración de Escuela, ya que todo lo que a KELSEN se atribuye es en realidad obra de un equipo que lideraba el canciller KARL RENNEN, en donde las ideas y los proyectos de KELSEN fueron tomados muy en cuenta, pero que no fueron las únicas. Es decir, KELSEN prestó su indudable concurso y se encontraba en el justo lugar y en el momento preciso, pero no fue el único, aun cuando su presencia fue importante y en cierto sentido decisiva.

Lo que pasa con KELSEN es que a diferencia de otros, era un jurista acreditado, había escrito mucho sobre temas constitucionales austriacos —gran parte de ellos sin traducir— y tenía una activa carrera docente y un numeroso discipulado, a lo que hay que añadir una obra sólida y contundente que creció con los años y que se difundió ampliamente. KELSEN era además profesor de Derecho público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, de la que fue Decano. A mayor abundamiento, fue luego magistrado del Tribunal Constitucional austriaco en donde tuvo un importante desempeño (1921-1930) y él mismo fue un gran difusor de sus propias tesis. De hecho, el aparato propagandístico que el propio KELSEN armó para defender sus teorías, era sin lugar a dudas sorprendente.

Sin embargo, lo realmente importante y fundacional de KELSEN, que es prácticamente suyo y de nadie más, es la fundamentación del «modelo concentrado», al que llega solamente después de arduos estudios y tras la publicación de su *Teoría general del Estado* (1925) así como del ejercicio de la alta magistratura.

Fruto de estas reflexiones fue la ponencia que KELSEN presenta en el Quinto Encuentro de Profesores Alemanes de Derecho Público que se lleva a cabo en Viena, los días 23 y 24 de abril de 1928, dentro de un rubro de la agenda que tiene por título «Esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal». En ese encuentro la tesis de KELSEN no tuvo mayor aceptación. Aún más, fue ahí mismo combatida por un importante jurista de la generación anterior, TRIEPEL, como otros más lo harían por la misma época (SMEND, HELLER) y sin contar su posterior y en cierto sentido ácida polémica con SCHMITT sobre quién era o debía ser el guardián de la Constitución (el Tribunal Constitucional como quería KELSEN o el presidente del Reich, como postulaba SCHMITT).

En dicha ponencia KELSEN se extendió, en forma talentosa pero muy compendiada, sobre lo que era el control constitucional, sobre la jerarquía del ordenamiento jurídico, sobre los efectos del control y los órganos que debían llevarlo a cabo, así como diversos planteos sobre los aspectos procesales, o mejor procedimentales, en las acciones o contenciosos que conocía y resolvía dicho Tribunal. Levantó además objeciones contra este tipo de control, sosteniendo la tesis de que el Tribunal Constitucional ejercía una suerte de legislación negativa, con lo cual no tropezaba con la muy enraizada tesis —en aquella época— de la soberanía parlamentaria. Agregando como acotación final que era prácticamente imposible que un parlamento fuese control de sí mismo, esto es, que derogase o dejase sin efecto normas aprobadas por el propio órgano legislativo, más aun si la norma cuestionada había sido aprobada por el órgano cuya composición humana era la misma —así por ejemplo, un parlamento elegido por cinco años, podía aprobar una ley en el primer año de su gestión, pero era casi imposible que en su propio período la derogase por inconstitucional, por razones políticas muy explicables—. Finalmente, hizo un largo excursus sobre la necesidad de esta institución, sobre su sentido político y llamando la atención sobre la especial importancia que ella tenía en los países con estructura federal (como era el caso de Austria).

Salvando los detalles y desarrollos de la ponencia, lo cierto es que detrás de todo ello KELSEN aborda dos tesis que son

claves: la primera es que la Constitución tiene un significado y un valor jurídico y que debe ser aplicada jurídicamente. La segunda es que debe existir un órgano *ad hoc*, al margen de los clásicos poderes del Estado, que pueda ejercer precisamente la defensa jurídica de la Constitución contra los que intentan desconocerla. Y estos planteos respaldados en la concepción del Estado que por entonces KELSEN postulaba.

Ambas tesis eran radicalmente nuevas en la época y de manera especial en Europa, y por eso es que no tuvieron mayor impacto ni tampoco una rápida aceptación. De hecho, aparte de la misma Austria, la situación en Alemania no era muy halagüeña en aquel momento y el otro Tribunal Constitucional, el vecino checoslovaco, tuvo una vida accidentada y además con largos períodos de inactividad y sólo llegó a emitir una sentencia. El tercer Tribunal que existió en el período de entreguerras, el español de 1931, sólo logró instalarse en 1933 y colapsó al inicio de la guerra civil de 1936. Para efectos prácticos, la tesis de KELSEN no tenía referentes y tampoco mayor recepción en la doctrina. De hecho, podríamos decir que casi no trascendió.

KELSEN fue muy consciente de todo esto y por eso buscó difundir sus planteos más allá de su propio país y lejos de la comunidad germánica, que ya para entonces tenía demasiados problemas encima y además no lo comprendía. Y pensó en la universal cultura francesa, en donde Francia era el faro iluminador en todo el Occidente culto de la época. Ese, pues, era el centro a conquistar y por eso KELSEN pensó en publicar su texto en París.

3. La ponencia de 1928 y su versión francesa

La manera como KELSEN afrontó este reto que se impuso a sí mismo fue la siguiente: hacer traducir su ponencia al francés, «*lingua franca*» en aquel momento y que le serviría para ampliar su radio de influencia en otros mundos culturales a los cuales, sin lugar a dudas, estaría vinculado algún día. Y a los que no llegaban los ecos del mundo germánico. Es decir, tener presencia en el mundo culto pero pasando por París, meca obligada de la cultura de principios de siglo.

El texto de KELSEN en alemán no tiene título y está enmarcado dentro de un punto general del programa del encuentro: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, es decir, *Esen- cia y desarrollo de la jurisdicción estatal* publicado tardía- mente en el *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 5, Berlin und Leipzig, 1929, páginas 30-88 con las demás po- nencias presentadas al evento. El planteo que se postulaba era muy claro: jurisdicción estatal, que es lo que existía desde siem- pre, que era cómo decir el Derecho y sus problemas en rela- ción con la actividad del Estado; o sea, cómo el Estado podía defenderse frente a situaciones que lo afectaban, más aun en el caso de Estados que no eran unitarios sino compuestos, como era la situación típica de Alemania y Austria. Pero desde el principio de su ponencia KELSEN quiso diferenciarse del te- mario del Encuentro y advirtió que en realidad lo determinan- te y lo básico de la jurisdicción estatal era la defensa de la Constitución y por tanto, jurisdicción estatal (*Staatsgereichts- barkeit*) era equivalente a jurisdicción constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Así pues, quedaron definidos los temas en una comunidad que todavía no los aceptaba pacífi- camente. Y así lo expresó en las primeras líneas de su ponencia alemana. Y esto debería reflejarse en la versión que se pu- blicaría en francés.

Y como consecuencia de lo anterior, era menester ponerle un título a su ponencia para presentarla al mundo francés y que reflejase su tesis central: «La garantía jurisdiccional de la Constitución». Pero hubo adicionalmente dos cambios: el pri- mero es que luego y entre paréntesis se introdujo la palabra o mejor el concepto *la justice constitutionnelle*, es decir, la justi- cia constitucional, algo que no estaba dentro del pensamiento de KELSEN. Y además lo siguiente: una pequeña introducción explicativa, es decir, un proemio, luego un sumario detallado que hacía referencia al contenido seguido de un mejor orde- namiento y de una numeración de todos los párrafos. En con- secuencia, si bien prácticamente iguales, la versión francesa resultaba más ventajosa que la alemana, como lo demuestra el hecho de que ella haya sido el referente obligado de los de- bates en torno a la tesis de KELSEN, y que haya servido para las numerosas traducciones que se han hecho. Adicionalmente,

el mismo KELSEN la citaba de manera preferente y la avaló en forma expresa y reiterada.

Todo esto, es decir, la adecuación de la ponencia alemana para su traducción al francés fue enviada por KELSEN a su antiguo discípulo CHARLES EISENMANN, en París en aquel entonces, quien cumplió el encargo con admirable precisión, si bien se tomó algunas licencias, con el apoyo o en todo caso con la complacencia de KELSEN, que no sólo no lo desautorizó, sino que respaldó el texto francés.

De las modificaciones que realizó EISENMANN al texto kelseniano y que su autor aceptó por ser de orden menor, la que más sorprende es que KELSEN haya autorizado, sin problema alguno, el uso de la expresión «justicia constitucional» en el encabezamiento mismo de su trabajo. ¿A qué se debió esto?

Es decir, EISENMANN utiliza la voz «justicia constitucional» en el título de su traducción, consciente de que en KELSEN el concepto de «justicia» no es un término adecuado ni siquiera jurídico, sino metajurídico, al margen de la ciencia del Derecho, que KELSEN descarta como ideal del científico. Aun más, en Francia se usaba el concepto de «jurisdicción» y a lo largo del texto francés, los conceptos de «jurisdicción constitucional» y «justicia constitucional» se usan en forma indistinta, con una clara preferencia por el primero. Lo que se confirma con otro dato: en el mismo texto de la ponencia, KELSEN insiste y reitera que la labor del control constitucional no puede sustentarse en consideraciones de carácter especulativo o metafísico, como es la noción de «justicia», que no sólo no es un término científico sino que varía de significado según el uso que se le quiera dar acorde con los autores y sus respectivas concepciones filosóficas. Es decir, no era un término utilizable en sentido riguroso. Entonces ¿Por qué se uso?

La impresión que tengo es que esto fue una concesión a las propias inclinaciones y entendimientos del traductor, como lo podemos ver en las definiciones y planteos de su tesis doctoral, que EISENMANN publica el año de 1928 y que prologa el mismo KELSEN. Más aun si se tiene en cuenta que el concepto «justicia constitucional» se introduce en Francia por vez primera gracias a EISENMANN, y por tanto era dable darle un sentido de

finido y evitar confusiones. Por otro lado, el vocablo «justicia constitucional» estaba claramente delimitado cuando lo emplea conjuntamente con el de «jurisdicción constitucional» y en tal sentido se entiende que aquí el concepto de «justicia» es lo mismo que justicia humana o justicia positiva. O para decirlo en otros términos, justicia humana o justicia de los hombres que es algo diferente a la justicia divina (como acostumbraba distinguir el jusnaturalista DEL VECCHIO) o «justicia conforme a Derecho», tal como indica el título de unas lecciones profesadas por el pragmatista ROSCOE POUND.

Pero conviene recordar que el concepto de «jurisdicción» estaba muy arraigado en el mundo y en la *praxis* jurisprudencial, sobre todo en el de origen romanista, con lo cual el término no causaba ningún problema. Además, si bien KELSEN era un buen conocedor del procedimiento o si se quiere de la práctica procesal —la tuvo que aprender como magistrado constitucional— no era hombre de conocimientos doctrinarios sobre teoría procesal, como de la lectura de sus textos se desprende, no obstante que el mundo alemán contaba entonces con un procesalismo científico que parte de BÜLOW (1868), continúa WACH (1885) y siguen otros más hasta llegar a JAMES GOLDSCHMIDT, que propiamente escribe por la época en que KELSEN era magistrado y aun antes. Seguidos a poca distancia por los juristas italianos. Es decir, existía el procesalismo científico pero KELSEN no parece haberse percatado de esto o en su defecto, no haberlo estudiado adecuadamente, como se comprueba al ver que no entiende bien la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional ni en dónde ubicarlo dentro del aparato del Estado. Y en el caso francés la cosa era peor. Se seguía en aquel país el viejo procedimentalismo y la ciencia procesal estaba atrasada notablemente. Vistas así las cosas, era normal que se siguiese usando la palabra «justicia» para denominar la actividad de los órganos jurisdiccionales, lo que se comprende con fórmulas muy francesas, tales como «Palacio de Justicia», «Administración de Justicia» y otras por el estilo. La «justicia», pues, era factura humana y no otra cosa y por tanto «justicia constitucional» se entendía muy bien, ya que además el mismo EISENMANN así lo explica en su tesis doctoral cuando la define como una labor de carácter jurisdiccional. Aun así el

concepto de «justicia» no calzaba con el pensamiento kelseniano. En efecto, desde muy temprano el pensamiento de KELSEN se dedicó a sostener que la «justicia» era un valor metajurídico y que ella no entraba en el dominio de la ciencia ni tampoco era algo objetivo, sino que siempre reflejaba las emociones de quien así lo expresaba. Y este punto de vista agnóstico, frío, aséptico sobre la justicia lo mantuvo hasta el final de su vida, por más que escribió bastante sobre la justicia y le dedicó un volumen que publicó años después (cf. *What is justice?*, University of California Press, Berkeley, 1957; hay traducción española incompleta editada por Ariel).

A todo lo anterior, debe agregarse el dato curioso —ya mencionado— que lamentablemente se pierde en algunas traducciones: y es que a lo largo de todo el texto, se utiliza en forma indistinta las dos fórmulas: «justicia constitucional» y «jurisdicción constitucional» como equivalentes, con lo cual se comprende perfectamente que la licencia que aquí se tomó EISENMANN no tiene ninguna consecuencia, pues queda claro en todo el desarrollo de la ponencia y aun más de lo que el mismo KELSEN dice, que se está refiriendo siempre a una justicia positiva, la que existe aquí y ahora, y no al fruto de una concepción metafísica, que el propio KELSEN había desahuciado.

Salvado esto, la ponencia de KELSEN en francés se entiende perfectamente, y más bien es de lamentar que sea un texto muy ceñido y que sólo se pueda captar plenamente si se cuenta con el respaldo teórico que el mismo KELSEN había expuesto en su gran obra *Allgemeine Staatslehre*, publicada en 1925 en Berlín y de la cual existe al parecer sólo traducción castellana, publicada en 1934 por otro discípulo suyo, el español LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, y que ha tenido varias reediciones. Por si no fuese suficiente, el propio KELSEN preparó una versión resumida (*aperçu*) de su Teoría del Estado que se publicó en francés y luego en otros idiomas (en francés en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, oct-dic, 1926, traducido igualmente por EISENMANN; y luego en castellano, en traducción de LUIS RECASÉNS SICHES y JUSTINO DE AZCÁRATE en 1928 y 1934 con la Editorial Bosch con el siguiente título: *Compendio de teoría general del Estado*, con varias reimpressiones). Esto confirma que KELSEN parte de una teoría del Estado a la que se remite expre-

samente; no necesitó la teoría del Proceso que no aparece mencionada por ninguna parte.

Pero volvamos a lo anterior. ¿Que pasó con la versión francesa que finalmente preparó EISENMANN con el apoyo y complacencia de Kelsen? Sirvió para dos objetivos y para dos publicaciones, como lo veremos a continuación.

4. En el Instituto Internacional de Derecho público de París

La versión francesa preparada por EISENMANN se publicó en 1928 en un número especial de la prestigiosa *Revue du Droit public et de la Science politique* conjuntamente con otras importantes colaboraciones que demuestran que existía ya una fuerte inquietud en el mundo jurídico francés sobre este tema. La que es seguida por la discusión en torno a ella que se da en el seno del recién fundado *Institut International de Droit Public* ese mismo año de 1928, pero publicada posteriormente. Lo importante a tener en cuenta es que si bien la ponencia alemana de Kelsen se presenta primeramente en Viena en abril de 1928, sólo se publica en Berlín en 1929 y dentro de las memorias del encuentro vienés, es decir, un año después. Con lo cual queda claramente establecido que el conocimiento y la difusión de tal planteo ocurre primero desde Francia y en ese idioma. De hecho, el conocimiento que se tiene de ella, por lo menos en el mundo hispanohablante (y también en el francófilo), es desde la versión francesa. Ésta se publica en 1928 en la *Revue* y con el título siguiente: *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* año XXXV, tomo 45, 1928, pp. 197-257 y a partir del cual se hacen gran cantidad de separatas. Posteriormente, el texto en francés será objeto de un debate académico en París, en octubre de ese mismo año.

¿Cómo sucedió esto? No se tienen mayores noticias pero cabe hacer ciertas especulaciones. En primer lugar, EISENMANN pese a su juventud, era un jurista muy vinculado con las grandes figuras del Derecho público francés de aquella época y hacía traducciones de idiomas extranjeros al francés. Así, a él se debe la traducción francesa de la ponencia que se publica en la *Revue* [...] como ya hemos indicado y de otros textos más.

Pero al mismo tiempo, KELSEN se preocupa, sea directamente o a través de EISENMANN, de pedir un espacio en la agenda del *Institut International de Droit Public*, presidido en aquella época por GASTON JÈZE, el famoso administrativista francés, que al mismo tiempo era director de la *Revue [...]* con lo cual la conexión queda plenamente explicada. El *Institut*, del cual KELSEN era miembro, había sido fundado en París en 1927 y albergaba en su seno a los principales juristas franceses y europeos, con pretensiones de trascender a otros continentes. Aparte de GASCÓN Y MARÍN, administrativista español, se encontraba presente ALEJANDRO ÁLVAREZ, internacionalista chileno. Poco después sería incorporado como miembro el constitucionalista argentino JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, con lo cual en aquel momento —fines de los años veinte— a nivel constitucional latinoamericano sólo un argentino participaba en esa entidad, pero sin entender el planteo kelseniano (vid. JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, Editorial Lajouane, 3 t., Buenos Aires, 1930-1931; en el tomo I, pp. 490-492, da cuenta de la presencia e informe de KELSEN en París).

A la sede de este Instituto fue KELSEN, seguramente a pedido suyo. Y para tales efectos utilizó la versión francesa que hizo EISENMANN y que estaba publicada o en vías de publicación en la *Revue [...]*. El mismo texto de la ponencia se publicó, si bien un año después, en el *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, P.U.F., París, 1929, pp. 52-143. Y en el mismo *Annuaire* se da cuenta de las sesiones de 20 y 22 de octubre de 1928 a los cuales KELSEN asistió. El primer día concurrió a dos sesiones; la primera en la mañana para ver asuntos de orden administrativo del Instituto (pp. 187-192) y en la tarde para discutir su ponencia (pp. 192-201). Eso fue un día sábado 20. El día lunes 22 participó en una sesión dedicada especialmente a una ponencia de JÈZE sobre la significación jurídica de las libertades públicas y en la cual hizo dos intervenciones. En total, estuvo en París con toda seguridad cuatro días; es decir, el día que llegó que sería viernes, el sábado, el domingo y el lunes, retornando con seguridad esa noche o el día martes. No tengo noticias de dónde se alojó KELSEN en aquella época en París, que era muy barato, pero debió haber sido en un hotel de pocas estrellas y muy central, pues KELSEN no sólo no era

aficionado a los lujos, sino fue toda su vida muy austero. Y tampoco sabemos como viajó de Viena a París, si en tren o en avión. Es difícil saber qué opción tomó, pero teniendo en cuenta el carácter incipiente de la aviación comercial en esa época, es más que seguro que haya usado el tren, tan frecuente en esos días y aun en los nuestros, pero debe haber sido un viaje algo cansador, considerando que la distancia entre París y Viena es de unos 1,000 kilómetros, que bien podrían cubrirse en unas quince horas de viaje o más. El hecho concreto es que viajó a París por pocos días y debe haber estado de vuelta muy pronto, pues tenía un cargo oficial del cual no podía ausentarse mucho tiempo, más aun en un Tribunal como el austriaco que tenía cierto movimiento.

De las dos sesiones a las cuales asistió KELSEN en la sede del Instituto —ubicado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, en la Sala de Fiestas (*Salle des Fêtes*)— sólo tomaremos en cuenta la primera, o sea, la del sábado 20 en la tarde, resume su ponencia —que es de suponer que la tenían los otros participantes en copia o en separatas de la *Revue*—, y se entabla un debate que en realidad no llegó a ninguna conclusión y más aun demostró que KELSEN, si bien respetado, no fue entendido.

Dicha sesión tiene dos partes bien marcadas que esquematizaremos para una mejor comprensión y porque además, los detalles pueden verse en la traducción del acta que adjuntamos como apéndice.

En la primera parte hay una larga discusión con LEÓN DUGUIT, gran autoridad en la época y en donde se debaten los presupuestos de la teoría kelseniana sin llegar a ningún acuerdo. En la segunda parte, se discute el planteo de fondo, o sea, si es dable o no hacer un control constitucional y que éste lo tenga a su cargo un órgano calificado, es decir, un tribunal *ad hoc*, fuera de la clásica tripartición de los poderes del Estado.

Pero antes de seguir, volvamos sobre los planteos básicos de KELSEN y el debate que ellos originaron.

5. Los temas en cuestión

La ponencia de KELSEN toca muchos temas, como ya lo he indicado. Aun más, por su experiencia en el Tribunal Constitucio-

nal demuestra ser un agudo crítico de las situaciones que puedan venir y sobre todo de los aspectos procedimentales que desarrollan las partes ante el Tribunal Constitucional. Pero si bien esto lo hace con solvencia, es evidente que KELSEN no postula el nacimiento de una nueva disciplina jurídica ni nada por el estilo; se limita a usar el término de «jurisdicción constitucional», en el sentido de capacidad de que alguien que no sea el parlamento pueda ejercer un control constitucional, que él enfoca en ciertos puntos y que en otros no toca por no considerar necesarios —como es el de los derechos fundamentales o derechos de las personas—. Y esto dentro de un desarrollo en donde el autor demuestra tener gran perspicacia y conocimiento del manejo de la cosa pública y de los temas que conoce un Tribunal Constitucional, pero no parece estar enterado de lo que es el desarrollo teórico de la ciencia procesal, bastante avanzado en el mundo germánico de la época y por cierto también en el italiano. De ahí que la tesis originariamente planteada por NICETO ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO de que KELSEN es el fundador de una disciplina que se llama «Derecho Procesal Constitucional» me parece una exageración que no se compadece con la realidad. No sólo porque KELSEN no usa el término, sino porque no pretendió fundar o formular una disciplina cuyo fundamento procesal desconocía (cf. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, Ed. Porrúa, México, 2008).

En realidad, lo que sostiene KELSEN en su sugestiva ponencia es, aparte de detalles que son de indudable atractivo, dos aspectos básicos: lo primero es que la Constitución tiene un valor jurídico y no político. Y lo segundo es, que siendo jurídica la Constitución, hay que tener presente la posibilidad de que ella sea alterada o desconocida por los operadores o destinatarios del poder, y en consecuencia tiene que existir un órgano *ad hoc* que sea el vigilante de la Constitución y el que sancione las infracciones que atenten contra ella. En este aspecto KELSEN no tuvo que lidiar con el Poder Judicial, toda vez que este órgano del Estado fue considerado en Europa, hasta avanzada la década de los cincuenta del siglo pasado, como un mero defensor de los intereses privados, y cuyos miembros deberían ser casi robóticos y actuar mecánicamente, en el mejor

estilo de la concepción de MONTESQUIEU. Más bien, el problema era descartar la tesis de la soberanía del parlamento como impedimento para instalar el control en un órgano *ad hoc* y en eso se extendió largamente, sosteniendo entre otros aspectos, que la soberanía no recaía en el parlamento sino en el Estado, propiciando al mismo tiempo que los magistrados constitucionales fuesen elegidos por el órgano legislativo, que de esta manera aparecían con un manto de legitimidad democrática, que a Kelsen tanto preocupó (a diferencia de muchos juristas de la época, Kelsen fue siempre partidario de la democracia parlamentaria, como se demuestra en sus escritos iniciales, en especial desde la década de 1920, así como en su colaboración política al régimen democrático instaurado en el nuevo país de Austria).

Es decir, dos puntos fundamentales: el carácter jurídico de la Constitución y la necesidad de un órgano *ad hoc* para preservar y defender la Constitución.

Ninguna de las dos tesis era en rigor nueva. La primera había nacido a principios del siglo XIX en los Estados Unidos, al compás de un célebre caso, el «Marbury vs. Madison» de 1803 y desarrollado en la jurisprudencia y en la doctrina norteamericanas sobre todo a partir de 1860, a tal extremo que se hizo conocida muy pronto en Europa, en donde se divulgó mucho (vid. Ed. Laboulaye *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, Ed. F. Brachet, París, 1866, que contiene el curso que el autor impartió en el Colegio de Francia en 1864).

Y la segunda tenía algunos antecedentes: el más lejano era el *jury constitutionnaire* de SIEYÉS formulado en los tormentosos días de la Revolución francesa. Y luego desarrollado, con mucha lentitud en la Europa decimonónica, como lo demuestra el Tribunal del Imperio y algunos estudios de la época, como la célebre monografía de JELLINEK de 1885 pidiendo un Tribunal Constitucional para Austria (cf. JÖRG LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell' Ottocento*, Ed. Giappichell, Torino, 1990).

¿Cuál era entonces la novedad del planteo kelseniano? La primera tesis, si bien desarrollada en los Estados Unidos y acogida a lo largo del siglo XIX en los países de América Latina —aun

cuando muchas veces la práctica iba en sentido contrario—era totalmente desconocida en Europa y en todo caso, no aceptada y ni siquiera estudiada o comprendida. Era, pues, una total renovación desde el corazón del Derecho público europeo. Y la segunda, si bien con antecedentes como en todo, fue prácticamente una creación original. Y si bien el Tribunal Constitucional austriaco fue obra de varios juristas —uno de ellos KELSEN sin lugar a dudas— el más solvente teórico que tuvo fue KELSEN. Y creo que ese es su gran mérito y su aporte indiscutible. Dos enunciados relativamente nuevos, pero reformulados en un momento oportuno, con todo rigor y con nuevos matices, previendo las cosas que podían pasar y dándole una formidable armazón teórica que no existía y que ha sobrevivido hasta ahora. Y si bien ha pasado mucha agua bajo los puentes, la formulación kelseniana, expresada en un estilo seco, muy ceñido pero con una lógica inflexible, ha resistido el paso de los años y puede, por eso, considerársele como un clásico que aun se lee con provecho.

Volvamos pues a la discusión de octubre de 1928

6. El debate en el Instituto

La sesión del sábado 20 de octubre de 1928 tuvo dos partes: la de la mañana se dedicó a asuntos administrativos y está dedicada a la actividad del Instituto, a sus proyectos y a futuras reuniones, a los temas y ponencias que presentarán los miembros —señalándose que KELSEN, en la sesión del próximo año, o sea de junio de 1929, trataría el tema «La cuestión del referéndum y de la iniciativa popular» conjuntamente con los igualmente miembros profesores FLEINER, GARNER y THOMA—. La sesión se levanta a las 11:30 horas.

La sesión plenaria de la tarde se abre a las 14:15 horas. Preside la sesión GASTON JÈZE y asisten a ella los señores ÁLVAREZ, BERTHÉLEMY, BONNARD, DUGUIT, DUEZ, FLEINER, GASCÓN Y MARÍN, GRONSKI, KELSEN, LAFFERRIÈRE, LAUN, MESTRE, BARÓN NOLDE, ROMIEU, THOMA y MIRKINE-GUETZÉVITCH, este último en calidad de secretario. Se inicia con la exposición de KELSEN, que es un resumen de su ponencia y que luego se publica en el *Annuaire* (pp. 52-143).

La primera intervención corresponde a DUGUIT que en cierto sentido hace un planteo previo, pues cuestiona la clasifica-

ción jerárquica del ordenamiento jurídico que sostiene el ponente en relación con las reglas de derecho. Señala que no se puede comparar, clasificar y jerarquizar más que cosas de la misma naturaleza, sin juntar unas con otras. Según señala DUGUIT, la tesis de KELSEN reúne en una misma jerarquía cosas muy diferentes; de una parte las reglas (Constitución, leyes, reglamentos, etc.). Y de otra parte actos jurídicos (actos administrativos, actos jurisdiccionales) que no son reglas. Precisa que el reglamento no ejecuta la ley —como sostiene KELSEN— sino lo completa. A esto contesta KELSEN señalando que la única diferencia entre reglas y los actos que no son reglas es que las reglas son generales mientras que los actos jurídicos son especiales, pero que tienen en común el poder ser agrupados en una sola categoría: ser normas. En cuanto al segundo punto precisa que acto de ejecución es decir lo mismo que completar o precisar y añade otros argumentos. A ello replica DUGUIT tras lo cual el presidente JÈZE, propone cerrar esta discusión preliminar que considera necesaria y regresar al objeto propio de la ponencia, o sea, si la garantía de la Constitución debe ser confiada a una jurisdicción única y especial o por el contrario a todos los tribunales. Y como segundo punto si la cuestión se presenta en el mismo grado en los estados unitarios como en los estados federales.

A continuación hace uso de la palabra BERTHÉLEMY, recordando la importancia del problema, toda vez que no es difícil constatar que fácilmente un poder tiende a desbordarse y a obstruir a otro. Pero entiende que la solución del problema consiste, según su opinión, en que el control de constitucionalidad corra a cargo de los tribunales ordinarios. Estima que la idea de un tribunal especial es totalmente impensable en Francia y totalmente inviable. Peor aún si se trata de un Estado unitario.

Interviene luego GASCÓN Y MARÍN que discrepa con BERTHÉLEMY [...] dice que España conoce en teoría lo que sostiene este profesor, pero que en la práctica no ha dado buenos resultados, no sólo por temor de los jueces, sino por la posibilidad de las sentencias contradictorias, a diferencia de una jurisdicción constitucional única que evita ese inconveniente.

Agrega luego BERTHÉLEMY que no es opuesto a la institución de un Tribunal Constitucional especial, pero lo ve como un procedimiento insuficiente; estima que se podría combinar ambos sistemas, admitiendo, por otro lado, la excepción de inconstitucionalidad ante los tribunales ordinarios.

Luego interviene FLEINER quien expuso la manera como se trataba el tema en el Derecho suizo y en la Constitución de 1874 —vigente en aquella época— centrado sobre todo en el Tribunal Federal y con alcance sólo para las leyes cantonales y no para las leyes federales. Agrega que sobre esto último hay un Proyecto de reforma constitucional en trámite (pero que no prosperó en ese período).

Yendo al punto central del debate, interviene DUGUIT señalando que él es partidario de la excepción de inconstitucionalidad ante los Tribunales ordinarios, como el mejor remedio para este tipo de control y descarta la posibilidad de un Tribunal especial por inoperante y peligroso.

Luego KELSEN, a solicitud del presidente JÈZE, da un breve informe sobre los resultados de la experiencia en Austria, señalando que hasta ese momento el funcionamiento del Tribunal Constitucional no ha despertado críticas serias. Apunta luego al modo de elección de los magistrados y se extiende sobre los problemas políticos que estos sistemas conllevan y la manera como en Austria han tratado de soslayarse. Avanzando sobre el tema dice que pueden presentarse problemas en su país por asuntos de orden político. Y que además, el sistema de la excepción de inconstitucionalidad tiene la desventaja de que crea un margen de incertidumbre, pues tanto se declara una ley constitucional como posteriormente se puede llegar a conclusión diferente en un tribunal distinto. El problema que diferencia ambos sistemas, señala KELSEN, es el de la centralización, o sea la concentración de lo contencioso, y también sobre los alcances, toda vez que en el sistema de excepción de inconstitucionalidad se logra un resultado parcial, aplicado al caso, a diferencia del sistema concentrado que tiene un alcance general.

Luego THOMA expone el estado de las tendencias existentes en el Derecho alemán, en donde el control sólo se ejerce sobre

las leyes de los estados, si bien ante el silencio de la Constitución, el Tribunal del Imperio ha declarado por sentencia de 1925 que tiene competencia para anular también las leyes del Imperio y sobre lo cual hay ya Proyectos para una solución más acorde.

Finalmente JÈZE sugiere que el control de constitucionalidad podría hacerse al interior de las propias Asambleas legislativas, solución política que estaría alejada del carácter y temperamento conservador que caracterizan a los jueces y también a los juristas.

Cerrando la discusión, JÈZE señala que no cree necesario formular conclusiones como se ha hecho en otra oportunidad, pues se trata de un tema donde las opiniones se encuentran muy divididas.

7. Lo que quedó del debate y algo más

Ahora bien ¿Qué se puede sacar en claro luego de este debate, sucinta pero acertadamente recogido en el acta de la sesión del Instituto de 1928 a la cual asistió Kelsen? Pues simplemente que no hubo acuerdo con la tesis kelseniana, que fue objeto de críticas y matizaciones, pero no de una recepción plena y menos aun dentro de los supuestos por él expuestos.

El debate puede analizarse en los dos niveles en que se desarrolló. El primero es de carácter previo, el segundo es de fondo o sustancial.

El primero es una discusión entre DUGUIT y Kelsen. Se trata nada menos que de LEÓN DUGUIT, una de las grandes figuras del Derecho Público francés y además en la cumbre de su fama, pues sus obras se leían y difundían en todas partes. DUGUIT había nacido en 1859 y ya era hombre mayor cuando interviene en los debates, pues moriría en diciembre de ese mismo año de 1928. Tenía en su haber varias publicaciones, infinidad de actividades y docencia muy calificada en la misma Francia, como lo demuestran las invitaciones de que había sido objeto (no sólo dictó conferencias en los Estados Unidos invitado por la Universidad de Columbia, sino lo hizo también en la Argentina y en Madrid, en donde se publicaron sus textos). Era autor de un gran Tratado de Derecho Constitucional (la se-

gunda edición se publicó en París en 5 tomos en el período 1921-1925; la tercera la inició en 1927-1928, pero no llegó a concluirla; apareció actualizada a cargo de su hijo en 1930) y que en cierto sentido queda resumido en su *Manual de Derecho Constitucional*, del cual hay cuatro ediciones en francés, la última en 1923 (hay versión castellana publicada en Madrid en 1922 y 1926 y una reciente reimpresión a cargo de la Editorial Comares, bastante descuidada). Y claro, lo que puso en evidencia DUGUIT fue un distinto enfoque teórico del Derecho y una aproximación diferente al planteo de KELSEN y por ende no había posibilidad de entendimiento alguno. Aun más, si bien sugestivo el esquema de DUGUIT, formulado a fines del siglo XIX y principios del XX, es un hecho que hoy carece de importancia, pues el planteo kelseniano lo ha sobrepasado largamente. En tal sentido, cronológica e intelectualmente, el gran DUGUIT es pre-kelseniano (por lo menos en este punto).

La tesis de fondo que postula KELSEN es la de un tribunal *ad hoc*, especializado y concentrado, para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Y aquí las críticas se dividieron en dos: por un lado los que no lo aceptaban (o lo aceptaban muy matizado) y por otro, los que aceptándolo, entendían que eso era válido para los estados federales, pero no para los unitarios. Pero el planteo kelseniano, si bien incidió en la importancia del modelo concentrado en un sistema federal, como lo era Austria en aquel momento, no redujo su utilidad a los estados compuestos, sino a todo tipo de estados.

Sin embargo, si bien no existió una oposición frontal contra la tesis de KELSEN sobre la necesidad de un modelo concentrado como contralor de la constitucionalidad, es evidente que tampoco contó con fervorosos entusiastas. En la práctica, el debate se desvió y se encaminó hacia la defensa de lo que ahora se llama modelo americano, o en terminología francesa «excepción de inconstitucionalidad», que consiste en dejar que los tribunales ordinarios se encarguen de estos problemas y cuyas sentencias sólo se aplican a la partes. Y no sólo eso: afloró también una posición tradicional en la doctrina francesa, refractaria y temerosa de los jueces como es la expresada por JÈZE, que sostiene que por temperamento y por tradición, tanto jueces como juristas son demasiados conservadores y

reacios al cambio y por eso este problema hay que dejarlo en manos de las Asambleas legislativas, o sea, de los políticos. JÈZE aquí lo que hizo fue simplemente retratar lo que pasaba en aquel entonces en Francia, mientras que DUGUIT expresaba un deseo o una aspiración que en ese momento no existía.

En fin, si bien la tesis de KELSEN fue expuesta en un auditorio pequeño pero de muy alta calidad y sobre todo de gran representatividad académica, no encontró mayor eco y ni siquiera fue defendida por otros colegas, a tenor de lo que se desprende del acta publicada. Fue, pues, un esfuerzo importante, pero que no tuvo frutos inmediatos. Pero como todo se publicó en el *Annuaire* del Instituto, el debate fue muy conocido, aun cuando la recepción de su tesis sólo fue posible después de la Segunda Guerra Mundial, esto es, a partir de 1945.

Para ese entonces (1945) KELSEN había abandonado Austria, luego Alemania, Checoslovaquia y Suiza, para refugiarse en la hospitalaria comunidad académica norteamericana a la que llegó en 1940. Y se alejó también de estos problemas y se dedicó más a aspectos teóricos del Derecho (en especial de su *Teoría Pura [...]*), de Filosofía Política y sobre todo de Derecho Internacional. Su último planteo en materia de Estado, fue su gran libro sobre el Estado y el Derecho que publicó en inglés en 1945, bajo el auspicio de la Universidad de Harvard. Y que lo hizo sobre todo para ajustar su teoría y actualizarla, acorde con las nuevas tendencias y enfoques que había observado como consecuencia de la guerra y sobre todo de su convivencia con otra familia jurídica: el *common law*.

El interés de KELSEN por el tema del control de constitucionalidad se cierra, por así decirlo, en 1930, cuando empieza un exilio oscilante que termina cuando llega a los Estados Unidos en 1940 y de donde no saldrá más, salvo para cumplir tareas académicas o atendiendo invitaciones del exterior. Y por tanto, no vuelve sobre el tema, con la excepción de un breve ensayo publicado en inglés en 1942 (cf. *The judicial review of legislation. A comparative study of the Austrian and the American constitution* en *Journal of Politics*, vol. 4, mayo, núm. 2, 1942, pp. 183-200) en donde lo que hace es ahondar la diferencia que advierte en ambos modelos —y que había adelantado en las discusiones parisinas de 1928— para preci-

samente señalar la superioridad, por lo menos teórica, del modelo concentrado por él formulado. Y el mencionado libro general de 1945, en donde el tema es tratado algo marginalmente.

8. Una victoria a largo plazo

Por esas paradojas del destino, el inmenso esfuerzo desplegado por KELSEN para difundir y exponer su tesis sobre las bondades del modelo concentrado, no tuvo éxito. Es cierto que Austria, su propio país, había optado por el modelo, pero muy pronto, como él mismo lo advirtió, surgirían problemas políticos del cual él fue víctima, pues tuvo que abandonar el Tribunal a principios de 1930, el cual fue lentamente desmantelado hasta que perdió su razón de ser en 1934, para desaparecer finalmente.

En París, en donde cifró tan grandes esperanzas, a tal extremo que viajó personalmente para defender sus tesis, tampoco tuvo mayor eco, si bien académicamente sirvió para que sus planteos fuesen conocidos en el resto de Europa, en los Estados Unidos y sobre todo en la América Latina, en donde se incorporó al debate académico a partir de los años cuarenta.

La suerte del modelo concentrado sólo sale a relucir tras la Segunda Guerra Mundial: con la Constitución italiana de 1947 y luego con la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Ambas serían seguidas por otros países, que los imitaron e incluso fueron más allá que los originales planteos kelsenianos. Y que hoy se encuentran ampliamente diseminados en la gran Europa, en la América Latina y en el Oriente.

Francia, país tradicionalmente refractario a los jueces y fiero partidario del control parlamentario y de la supremacía del órgano legislativo, no acusó la influencia kelseniana. Mejor dicho, tuvo cierto eco en el pensamiento jurídico francés, pero el mundo político permaneció infranqueable. En la práctica, el control constitucional en Francia ingresa tímidamente y en forma muy *sui generis* con el Consejo Constitucional creado por la Constitución de 1958. Pero sólo en 1971 se inicia un proceso en la cual el Consejo Constitucional se acercará lentamente a lo que es un Tribunal Constitucional, como lo demues-

tra la última reforma constitucional de julio de 2008.

Es decir: París y en consecuencia Francia, fue el lugar escogido por Kelsen para irradiar al mundo su tesis sobre la bondad de un tribunal o corte constitucional. Pero Francia fue de hecho el último país europeo en aceptarla. Lo hizo varios años después de que fuera enunciada, y cuando Kelsen ya estaba jubilado y apartado de toda actividad. Moriría en Berkeley en 1973, cuando la evolución constitucional francesa se encontraba todavía algo distante de lo que fue años después.

ABORTO: REFLEXIONES JURÍDICAS Y ÉTICAS EN TORNO AL ANTEPROYECTO DE LEY ESPAÑOL

JUAN RAMÓN LACADENA
Catedrático de Genética
Universidad Complutense (Madrid-España)

Se está viviendo en España una fuerte tensión social como consecuencia de la aprobación el 14 de mayo de 2009 por parte del Gobierno y a propuesta de la Ministra de Igualdad Bibiana Aído del Anteproyecto de «Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo». Aún siendo consciente de la provisionalidad del texto, me parece oportuno hacer una reflexión sobre el mismo con el riesgo de que algunos comentarios resulten finalmente fuera de lugar por las posibles modificaciones que se puedan producir en el texto antes de que sea enviado al Congreso de los Diputados para su discusión y trámite parlamentario antes de la aprobación definitiva de la Ley.

1. Antecedentes: la legislación vigente en España

Para un mejor seguimiento de las reflexiones que se van a exponer en el presente trabajo parece conveniente presentar los antecedentes legales de la situación en España con relación al aborto.

La *Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto en determinados supuestos* introdujo en el Código penal español el artículo 417 bis que despenaliza el aborto en los términos que se indican:

«Art.417 bis

No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia o riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto».

En relación con la Ley Orgánica 9/1985 de despenalización del aborto, tuve ocasión de escribir un artículo desde una perspectiva genética cuando se inició el debate social dos años antes (LACADENA, 1983) y luego, más tarde, al hacerse pública la Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional sobre la despenalización del aborto en determinados supuestos ante el recurso de inconstitucionalidad presentado por el partido Alianza Popular, hice una «lectura genética» de dicha sentencia (LACADENA, 1985). En este último artículo analizaba la sentencia del TC sobre los tres supuestos contemplados por la Ley —«aborto terapéutico», «aborto ético» y «aborto eugenésico»— y las reflexiones que hice entonces son aplicables al anteproyecto de Ley aprobado por el Gobierno.

Diez años más tarde se reformó el Código penal mediante la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, del Código pe-

nal, que en el Título II trata del aborto en los artículos 144, 145 y 146, quedando además vigente el artículo 417 bis del antiguo código de 1985 antes descrito:

«Artículo 144

El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.

Artículo 145

1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años.

2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

Artículo 146

El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

2. El Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

El contenido del Anteproyecto de Ley Orgánica elaborado por el gobierno se refiere al tema más amplio de la «salud sexual y reproductiva» (Título I) y a la «interrupción voluntaria del embarazo» (Título II). No obstante, en el presente trabajo

solamente haremos el comentario referente al Título II que se recoge a continuación así como a la disposición derogatoria única y a las disposiciones finales primera, segunda y tercera que tienen especial relevancia con el aborto:

TÍTULO II
DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO
CAPÍTULO I
CONDICIONES DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA
DEL EMBARAZO

Artículo 12.- Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.

Se reconoce y garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

Artículo 13.- Condiciones comunes de obligado cumplimiento.

Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo:

Primero. Que se practique por un médico o bajo su dirección.

Segundo. En centro público o privado acreditado.

Tercero. Con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal. Este consentimiento se prestará de conformidad con lo establecido en la normativa legal sobre autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante si ésta no se encuentra en condiciones de prestarlo.

Artículo 14.- Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:

a) Que se haya entregado a la mujer embarazada infor-

mación por escrito y en sobre cerrado, relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.

b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, entre la entrega de la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Artículo 15. - Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por dos médicos especialistas, distintos del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico, al que corresponderá en este caso autorizar la interrupción a solicitud de la embarazada.

Artículo 16.- Comité clínico.

1. El comité clínico al que se refiere el artículo anterior estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal, uno de ellos elegidos por la mujer, un pediatra y un psicólogo clínico.

2. El comité deberá pronunciarse sobre la solicitud de la intervención con carácter urgente. La mujer tendrá derecho a ser escuchada. Confirmado el diagnóstico, procederá la intervención cuando el comité así lo autorice.

3. En cada Comunidad Autónoma habrá al menos un comité clínico en un centro de la red sanitaria pública. Los

miembros designados por las autoridades sanitarias competentes, lo serán por un plazo no inferior a un año.

4. No podrán formar parte del comité quienes se hayan manifestado contrarios a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

Artículo 17.- Contenido de la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo.

1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán con carácter previo a la prestación de su consentimiento, información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta ley y las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información:

a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega, a los efectos de lo establecido en el artículo 14 de esta Ley. La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.

3. En el supuesto de interrupción del embarazo previsto en la letra b del artículo 15 de esta Ley, la mujer recibirá además de la información prevista en el apartado primero de este artículo, información por escrito y en sobre ce-

rrado sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

4. La información prevista en este artículo será clara, comprensible, accesible a todas las personas con discapacidad y neutral.

Disposición derogatoria única. Derogación del artículo 417 bis del Código penal.

Queda derogado el artículo 417 bis del texto refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, redactado conforme a la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.

Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

1. El apartado 2 del artículo 145 del Código Penal queda redactado de la forma siguiente:

<2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses>.

2. Se añaden los apartados 3 y 4 al artículo 145 del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

<3. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique una interrupción del embarazo sin dar cumplimiento a alguno de los requisitos siguientes:

a) haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;

b) haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación;

c) contar con los dictámenes previos preceptivos;

d) practicado en centro acreditado.

4. La embarazada no será penada a tenor del apartado anterior de este precepto ni cuando se incumpla el requisito de ejecutar la interrupción del embarazo en un centro público o privado acreditado>.

3. Se suprime el inciso <417 bis> de la letra a) del apartado primero de la disposición derogatoria única.

Disposición final segunda. Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El apartado 4 del artículo 9 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, tendrá la siguiente redacción:

«4. La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación».

Disposición final tercera. Carácter orgánico.

La presente Ley Orgánica se dicta al amparo del artículo 81 de la Constitución. Los preceptos contenidos en el Título Preliminar, el Título I, el capítulo II del Título III, la disposición adicional única y las disposiciones finales segunda, cuarta y quinta no tienen carácter orgánico.

2.1. Un comentario personal al anteproyecto de la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Para una mayor claridad en mis reflexiones la exposición seguirá el orden del articulado en el texto legal.

Desde el punto de vista bioético se viene denunciando desde hace tiempo que el cambio de palabras sirve para justificar actitudes (o, recíprocamente, para justificar actitudes se cambian las palabras) y que en ocasiones se utilizan eufemismos para ocultar la verdadera realidad de los hechos. Esta reflexión viene a cuento con el mismo título del anteproyecto de Ley cuando utiliza las palabras «interrupción del embarazo» en lugar de la palabra «aborto» porque resulta más agresiva, siendo así que el propio Código penal la usa continuamente. Además, el verbo «interrumpir» se interpreta normalmente como la detención temporal de un proceso que podrá reanudarse más adelante. Por ello, dado que la interrupción del embarazo significa la detención del proceso de desarrollo que conlleva la muerte del embrión o del feto humano haciendo imposible la reanudación del proceso, entonces lo correcto sería hablar de «finalización del embarazo» y no de «interrupción del embarazo».

Según el Anteproyecto de ley, en su Título Segundo se regulan las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y las garantías en el acceso a la prestación. Las condiciones se resumen en los siguientes puntos:

Art. 14: Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada.

Art. 15: Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada [...] b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto [...] c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida [...] o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico [...].

Es decir, se trata de una «ley de plazos» según las circunstancias: dentro de las primeras 14 semanas a petición libre de la interesada o por causas médicas (riesgo para la vida o la salud de la embarazada o graves anomalías en el feto) hasta la semana 22 o después de la semana 22, sin limitación de tiempo, en determinadas circunstancias de anomalías fetales. Una cuestión que se plantea es si existen fundamentos biológicos que justifiquen la diferenciación jurídica de las 14 y las 22 semanas (¿por qué no las 16 o las 24 semanas?). Únicamente, en la parte II de la Exposición de Motivos de la Ley se dice que «[...] la Ley ha armonizado los derechos y los bienes en juego, estableciendo unas condiciones para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo progresivamente más exigentes a medida que avanza el período de gestación».

Como se ha mencionado anteriormente, las reflexiones que hice en el artículo en que analicé la sentencia del TC sobre los tres supuestos contemplados por la Ley Orgánica 9/1985 de despenalización del aborto —«aborto terapéutico», «aborto ético» y «aborto eugenésico»— son aplicables al artículo 15 del Anteproyecto de ley aprobado por el Gobierno cuando se refiere a la «interrupción por causas médicas».

El artículo 15 a dice que «excepcionalmente» se podrá interrumpir el embarazo antes de las 22 semanas por causas médicas cuando «exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada» (equivalente a un «aborto terapéutico», usando la terminología de la sentencia 53/1985 del TC); sin embargo, teniendo en cuenta que la propia Ley define la salud en el artículo 2 a como «el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedades» (definición de la OMS), por la puerta del «bienestar mental» se escapan en la práctica muchos de los casos «excepcionales» previstos por la Ley, lo mismo que sucedió con la aplicación del apartado primero de la anterior Ley Orgánica 9/1985 de despenalización del aborto. El «aborto eugenésico», usando la terminología del TC, se contempla también en el apartado b del artículo 15 al considerar como causa excepcional «que exista riesgo de graves anomalías en el feto». La dificultad en la interpretación de esta norma estriba en la ambigüedad de los términos «riesgo» (¿hasta qué probabilidad?) y «grave» (¿hasta qué grado?).

También se contempla el «aborto eugenésico» en el apartado c del artículo 15 que autoriza el aborto más allá de las 22 semanas, sin limitación de fechas, «cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida [...] o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico [...]». Realmente, en la literalidad del apartado c no se menciona fecha alguna aunque, sin embargo, en la Exposición de Motivos (parte II) dice que «después de las 22 semanas, sólo será posible cuando se diagnostiquen en el feto anomalías incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico». Si no se indica limitación máxima ¿hasta qué tiempo anterior al que habría de producirse el parto natural se podría provocar el aborto? ¿Estaríamos hablando de la frontera del infanticidio?

El artículo 17 de la Ley se refiere al contenido de la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo. Abreviando el comentario, sólo quiero manifestar mi perplejidad ante algunos puntos concretos del mismo como son el que las mujeres que deseen abortar dentro de

las primeras 14 semanas reciban la información que se indica en un sobre cerrado (artículo 14 a) y que deban transcurrir al menos tres días de reflexión antes de que se produzca la intervención abortiva (artículo 14 b). Resulta chocante que entre la información que se entrega a la mujer, ya decidida a practicar el aborto, figuren «datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro» (artículo 17.2 c). Permítaseme que utilice aquí una expresión coloquial española: «¡a buenas horas, mangas verdes!». En mi opinión, el artículo 17 rezuma paternalismo estatal en un papel escrito y entregado en sobre cerrado en un proceso que pretende sustituir a un correcto consentimiento informado, que es uno de los aspectos más difíciles de la bioética clínica.

Desde el punto de vista penal, la disposición derogatoria deroga el artículo 417 bis del Código penal introducido en el Código penal de 1973 por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, y cuya vigencia fue mantenida por el Código penal de 1995. En resumen, el aborto voluntario pasa en España de estar despenalizado en determinados supuestos a estar legalizado en las condiciones indicadas en los artículos 14 y 15 de la nueva Ley. Véase el cuadro siguiente:

<p>Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto en determinados supuestos</p> <p>Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal</p>	<p>Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo</p> <p>Disposición derogatoria única. Derogación del artículo 417 bis del Código penal</p>
<p>Artículo 417 bis.</p>	<p>Queda derogado el artículo 417 bis del texto refundido del Código penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, redactado conforme a la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.</p>

Por otro lado, la disposición final primera da una nueva redacción al apartado 2 del artículo 145 del Código penal suprimiendo la pena de prisión para la mujer que aborte voluntariamente fuera de los casos permitidos por la Ley y añade los apartados 3 y 4 en el artículo 145 del Código penal. En el último apartado se indica que la mujer embarazada no será penada aunque se produzcan ciertos incumplimientos de la normativa legal. Véase el cuadro siguiente:

<p>Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal</p>	<p>Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo</p> <p>Disposición final primera. Modificación Ley Orgánica 10/1995</p>
<p>Artículo 145</p> <p>2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigada con la pena <u>de prisión de seis meses a un año</u> o multa de seis a veinticuatro meses.</p>	<p>Artículo 145</p> <p>2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.</p> <p>Se añaden los apartados 3 y 4:</p> <p>3. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los plazos contemplados en la ley, practique una</p>

	<p>interrupción del embarazo sin dar cumplimiento a alguno de los requisitos siguientes:</p> <p>a) haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;</p> <p>b) haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación;</p> <p>c) contar con los dictámenes previos preceptivos;</p> <p>d) practicado en centro acreditado.</p> <p>4. La embarazada no será penada a tenor del apartado anterior de este precepto ni cuando se incumpla el requisito de ejecutar la interrupción del embarazo en un centro público o privado acreditado.</p>
<p>Disposición derogatoria única.</p> <p>1. a) <u>417 bis</u></p>	<p>Se suprime el inciso «417 bis» de la letra a del apartado primero de la disposición derogatoria única.</p>

Otro aspecto importante desde el punto de vista social y jurídico es la decisión de rebajar a los 16 años la edad en la que la mujer (la adolescente) puede tomar libremente la decisión de abortar estableciendo un nuevo concepto de «mayoría de edad sexual» en contraposición con la Ley 41/2002 «básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica» que en su artículo 9 (Límites del consentimiento informado y

consentimiento por representación) apartado 3, párrafo c, establece que «cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación», pero que, sin embargo, en el apartado 4 siguiente dice que «la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación». Pues bien, la Disposición final segunda que figura en el Anteproyecto de la nueva ley modifica este apartado 4 suprimiendo la referencia a «la interrupción voluntaria del embarazo». En resumen, a efectos de poder abortar libremente sin necesidad de consentimiento paterno alguno, la mayoría de edad sexual se adelanta a los 16 años. Véase el cuadro siguiente:

<p>Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica</p>	<p>Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo</p> <p>Disposición final segunda. Modificación de la Ley 41/2002</p>
<p>Art.9.</p> <p>4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.</p>	<p>El apartado 4 del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, tendrá la siguiente redacción:</p> <p>4. La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asisti-</p>

	da se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.
--	--

Resulta paradójico, sin embargo, que dentro del ámbito legal sexual de España se siga exigiendo la mayoría de edad para la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, artículo 6. Usuarios de las técnicas. 1. «Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar [...] con independencia de su estado civil y orientación sexual»).

No resisto la tentación de hacer alusión a la asimetría legal de género ya que, tratándose de una ley propuesta por el Ministerio de Igualdad, resulta una contradicción por la desigualdad de trato para el varón ya que el padre del embrión o feto no tiene opinión legal sobre la decisión de abortar de la madre. Sin embargo, de forma análoga a lo que se comentaba anteriormente sobre la mayoría de edad sexual para abortar, la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida dice que «si la mujer estuviera casada, se precisará además, el consentimiento de su marido» (artículo 6.3). Teniendo en cuenta que podría tratarse de un matrimonio homosexual entre lesbianas, debería haber sustituido el «consentimiento de su marido» por «el consentimiento de su cónyuge o su pareja».

Asimismo, en el apartado 5 del artículo 11, que trata de la Crioconservación de gametos y preembriones, la Ley 14/2006 dice que «[...] En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones».

En mi opinión, es incongruente que para una decisión de mucha mayor envergadura moral como es el aborto no se tenga en consideración la opinión del padre y sí para la utilización de las técnicas de reproducción asistida. No obstante, en este contexto es oportuno recordar la opinión del Tribunal Cons-

titucional en su sentencia de 1985 sobre el recurso de inconstitucionalidad de la ley de despenalización del aborto en determinados supuestos al decir que la no participación del padre en cuanto a su consentimiento se refiere no es inconstitucional «dado que la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquella» (Fto. jco. 13). Desde el punto de vista genético, es evidente que las aportaciones paterna y materna al patrimonio hereditario nuclear del hijo que va a condicionar su desarrollo son equivalentes, lo cual no otorga a la madre una especie de «mayor derecho de propiedad genética» sobre el hijo, aún teniendo en cuenta la ligera asimetría que supone el que el citoplasma del cigoto (y por tanto del futuro ser) sea casi exclusivamente de procedencia materna a través del citoplasma del gameto femenino.

2.2. La controversia jurídica y ética en España

En la controversia social y jurídica en torno al Proyecto de ley, en mi opinión parece que se ha olvidado el tema más grave, que es la legalización del aborto frente a la situación de despenalización anterior, en comparación con el hecho de la nueva «mayoría de edad sexual» (16 años) y no es que no lo considere importante. En cierto modo podría decirse que el árbol no deja ver el bosque.

Muchos juristas encuentran problemas jurídicos importantes, incluso de inconstitucionalidad, a determinados contenidos de la Ley. De acuerdo con la normativa española, antes de que el Gobierno envíe al Parlamento el Proyecto de ley para su tramitación y debate parlamentario, son preceptivos los informes del Consejo de Fiscales y del Consejo General del Poder Judicial aunque en ningún caso son vinculantes. Lo sucedido en ambos consejos merece un comentario especial.

El Consejo de Fiscales

El Consejo Fiscal, organismo asesor del Fiscal General del Estado, está compuesto por doce miembros, pero por fallecimiento reciente de uno de ellos en la actualidad son once, de los que seis pertenecen a la conservadora Asociación de Fiscales y cinco a la Unión Progresista de Fiscales, incluyendo al Fis-

cal General del Estado que, en su calidad de Presidente del Consejo, tiene voto de calidad en caso de empate. Pues bien, el Consejo Fiscal aprobó por mayoría de seis a cinco votos un informe en contra del Anteproyecto de Ley porque los artículos 12 y 14 deben considerarse inconstitucionales debido «a la desprotección del *nasciturus* que se observa en el texto respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) sobre el tema», añadiendo que «en puridad no puede hablarse de un derecho al aborto, pues ello supondría el reconocimiento del derecho a eliminar a un ser humano distinto de la madre y titular del derecho a la vida humana». Además el informe señala que «la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la Constitución» («Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral [...]») y de la jurisprudencia del TC se deduce que la vida del feto es humana y distinta de la madre. Por tanto, si hay conflicto, ni los derechos de la mujer ni la protección de la vida del *nasciturus* son derechos absolutos. Sin embargo, dice el informe que «no es eso lo que el anteproyecto planea» puesto que durante las 14 primeras semanas de gestación «la prevalencia de la voluntad de la madre y de sus derechos aparece como absoluta, frente al valor de la vida encarnado en el *nasciturus*». Más adelante añade el informe que «consideramos que si la vida del *nasciturus* no puede ser considerada un derecho fundamental, como declara la sentencia del TC de 1985, con menos razón puede el derecho de la madre a interrumpir voluntariamente su embarazo durante las primeras 14 semanas de gestación ser considerado un derecho de tal categoría».

Al quedar en minoría el informe del Fiscal General, que era favorable al Anteproyecto de ley, la normativa establece que se pueden enviar al Ministro de Justicia los dos informes, el mayoritario y el minoritario en calidad de votos particulares, aunque ninguno de los dos es vinculante. En relación con si la menor de edad (entre 16 y 18 años) puede tomar libremente la decisión de abortar sin consentimiento paterno, tanto el informe mayoritario como el minoritario coinciden en rechazar que los padres no tengan que ser siquiera informados de la decisión de su hija.

El Consejo General del Poder Judicial

Lo que ha sucedido con el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en relación con su toma de postura en relación con el Anteproyecto de ley es una muestra más de la fractura político-jurídica que el tema está produciendo en España. Por primera vez en los 29 años de existencia del CGPJ, una iniciativa legislativa del Gobierno no será informada por este órgano consultivo. Tras pedir varias prórrogas, finalmente el 23 de julio de 2009 se reunió el Pleno del CGPJ para proponer un informe al Gobierno, dando como resultado un empate entre los votos en contra del Anteproyecto de Ley por considerarla inconstitucional y los votos a favor. En efecto, en una primera ocasión la Comisión de Estudios del CGPJ rechazó por 3 votos a 2 el informe realizado por un magistrado ponente «conservador» que consideraba inconstitucional la Ley, decidiendo que otro magistrado —ahora del bando «progresista»— actuara como ponente en la Comisión de Estudios, siendo aprobado su informe favorable al Anteproyecto gubernamental por 3 votos a 2. Los dos informes —el «conservador» y el «progresista»— fueron sometidos a votación en el Pleno. En una primera votación, el informe «conservador» fue rechazado por 11 votos contra 10 y en una segunda votación se sometió el informe «progresista» con el resultado de 10 votos a favor (los magistrados progresistas), 10 votos en contra (los magistrados conservadores, incluyendo al Presidente del CGPJ que, paradójicamente, había sido nombrado a propuesta del propio Presidente del Gobierno) y una abstención. En el mismo Pleno se decidió que, dado que había un número impar de votantes (21), el voto del Presidente no fuera considerado voto de calidad y, por tanto, no resolvía el empate a 10. En consecuencia, el Pleno del CGPJ decidió no mandar informe alguno al Gobierno.

A mí, como simple ciudadano español, me escandaliza que en los altos tribunales de justicia de España (Audiencia Nacional, Tribunal Supremo, Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Fiscales, etc.) se sepa de antemano el resultado de su decisión en función del número de jueces o magistrados que han sido propuestos por los diferentes partidos políticos. Yo no soy jurista, pero no me cabe en la cabeza que por ser de «dere-

chas» o de «izquierdas», «conservadores» o «progresistas» todos tengan que interpretar las leyes al unísono dentro del grupo ideológico al que están adscritos. ¿Dónde está la independencia de los jueces para interpretar las leyes?

El Comité de Bioética de España

La Ley 14/2007 (artículo 77) creó el Comité de Bioética de España como órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo, señalando entre sus funciones (artículo 78.1 a) la de «emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico en asuntos con implicaciones éticas relevantes». Al parecer, el Gobierno no considera que la cuestión del aborto tenga implicaciones éticas relevantes porque no le ha solicitado informe alguno. No obstante, aunque no ha sido requerida su opinión por parte del Gobierno porque no es preceptivo (entonces ¿para qué sirve?), el Comité de Bioética de España emitirá «a toro pasado» un informe sobre el Anteproyecto de ley que legalizará la interrupción voluntaria del embarazo. Por las declaraciones de su Presidenta, parece deducirse que el Comité de Bioética de España se decantará mayoritariamente a favor de la ley de plazos, aunque incorporará en su informe los votos particulares.

Por su parte, el Comité de Bioética de Cataluña ha aprobado una resolución que apoya totalmente al Anteproyecto de ley, tanto en lo que afecta a la regulación de los plazos para abortar como a que las menores entre 16 y 18 años puedan abortar sin el consentimiento de sus padres.

En este contexto cabe recordar por su clarividencia las recomendaciones de la UNESCO en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997) y la Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos (2005) en las que aludían a las características fundamentales que deben tener los Comités de Bioética: independencia, pluridisciplinaridad y pluralismo. Características que deberían asumir los órganos colegiados de la Justicia.

El Defensor del Pueblo

En manifestaciones públicas, el Defensor del Pueblo se ha

mostrado partidario de una ley de plazos que regule la posibilidad de abortar, tal como establece el Anteproyecto de ley, pero añadiendo que lo lógico y lo razonable sería que los padres sean informados cuando sus hijas menores de edad soliciten abortar.

La Conferencia Episcopal Española

Como era de esperar, con fecha 17 de junio de 2009, la Conferencia Episcopal Española (CEE) a través de su CCXIII Comisión Permanente hizo una extensa Declaración en contra del anteproyecto de «Ley del aborto», denunciando que se pretendiera convertir en «derecho» lo que es un atentado contra la vida de los que van a nacer.

La Declaración de la CEE señala que cuando en el artículo 3.2 de la Ley se dice que «se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida», en realidad no significa que toda mujer tiene derecho a elegir si quiere o no quiere ser madre, sino que tiene derecho a decidir eliminar a su hijo ya concebido y que, según el artículo 14, en las primeras catorce semanas la gestante puede decidir libremente sobre la muerte del que va a nacer, calificando el aborto provocado como un derecho que habría de ser protegido por el Estado.

3. Epílogo

Como tuve ocasión de escribir en otro lugar (LACADENA, 2009), en el fragor de la controversia social, la Ministra de Igualdad del Gobierno de España Bibiana Aído, responsable del Anteproyecto de ley en cuestión, tuvo muchas intervenciones más o menos llamativas. Entre ellas merece citarse aquella de una entrevista radiofónica en la Cadena SER en la que le preguntaron cómo consideraba a un feto de trece semanas, a lo que respondió: «Un ser vivo, claro, lo que no podemos hablar es de ser humano porque eso no tiene ninguna base científica» [sic]. Aparte de su mayor o menor grado de conocimientos biológicos, la ministra Aído no podía haber contestado otra cosa porque, dado que España está obligada a cumplir la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina (1997) que en su artículo 1 dice que «las partes protegerán la dignidad de todo *ser humano*» [la *cursiva* es mía], tuvo que resguardarse bajo el pa-

raguas de la supuesta base científica de su afirmación para justificar lo injustificable y no entrar en una incompatibilidad con una norma jurídica que España tiene obligación de cumplir. Yo, desde la Genética y la Biología, disiento de la opinión de la ministra Aído porque considero que el feto de trece semanas (y mucho antes) es un ser humano aunque esté aún en fase de desarrollo.

Hace muchos años que se viene discutiendo en foros pluridisciplinarios (biología, derecho, filosofía, teología) sobre el significado de términos como «ser humano», «individuo», «persona» y «dignidad humana». No se trata, aquí y ahora, de hacer una extensa disquisición sobre el tema. Solamente me referiré a la ambigüedad con que se usan tales términos en algunos textos legales del más alto grado normativo o de declaraciones institucionales del más alto nivel. Por ejemplo [la *cursiva* es mía],

- Constitución Europea (artículo II, 61): «La *dignidad humana* es inviolable».
- Constitución Española (artículo 10.1): «La *dignidad* de la *persona*, los derechos inviolables que le son inherentes, [...]», (artículo 15): «*Todos* tienen derecho a la vida [...]».
- Convención de Derechos Humanos y Biomedicina 1997 (artículo 1): «Las partes protegerán la *dignidad* de todo *ser humano*».
- Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos 1997 (artículo 2): «Cada *individuo* tiene derecho al respeto de su *dignidad*».
- Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos 2005 (artículo 1.a): La Declaración trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los *seres humanos*. (artículo 2): Los objetivos [...] iii) promover el respeto de la *dignidad* humana [...] respeto de la vida de los *seres humanos*. (artículo 3): a) [...] respetar plenamente la dignidad humana. b) [...] el bienestar de la *persona* [...] prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.

Teniendo en cuenta la realidad del aborto en la sociedad actual, cuando se leen estos textos cabe preguntarse si pueden aplicarse al ser humano no nacido porque ¿hay algo que atente más a la dignidad humana que la destrucción y muerte del embrión o el feto humanos?

En el presente contexto, me parece oportuno señalar que en el mundo incoherente en que vivimos —donde se gastan miles de millones de dólares en armamento cuando hay millones de personas que viven en la pobreza o se arrojan excedentes de alimentos al mar para que no baje su precio en los mercados cuando hay millones de personas que mueren de hambre— se dan también incongruencias como las de algunos grupos defensores de la naturaleza o de los derechos de los animales que se declaran partidarios del aborto, como si la especie humana no fuera parte de la naturaleza. Son capaces de defender un nido de aves, pero no la vida del embrión o del feto humano.

A la pérdida de valores en la sociedad española que supone la ley del aborto que se quiere implantar hay que añadir la frivolidad de las relaciones sexuales que implica la dispensación libre en las farmacias de la píldora postcoital o «píldora del día siguiente» dispuesta por el Ministerio de Sanidad y Política Social de España. Posiblemente, habrá muchas mujeres (especialmente adolescentes) que la utilizarán como si fuera un anticonceptivo. Lamentablemente, nuestra sociedad no anda con exceso de valores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *Conferencia Episcopal Española*, 2009. Declaración sobre el Anteproyecto de «Ley del aborto»: Atentar contra la vida de los que van a nacer, convertido en «derecho». *CCXIII Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española*, Madrid, <http://www.conferenciaepiscopal.es>; J.R. LACADENA, *La naturaleza genética del hombre: Consideraciones en torno al aborto*, *Cuenta y Razón*, 1983, 10:39-59; J.R. LACADENA, *Una lectura genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto*, *Jano*, vol. XXIX, núm. 665-H: 1557-1567/1985; J.R. LACADENA, *Ser vivo, ser humano y otras incongruencias*, *Vida Nueva*, 2009, 2.662:11.

LA INFLUENCIA DE WELZEL Y DEL FINALISMO, EN GENERAL, EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL ESPAÑOLA Y EN LA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS

JOSÉ CEREZO MIR
Catedrático emérito de Derecho penal
Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid-España)

1. La difusión del finalismo en España e Iberoamérica

La doctrina de la acción finalista fue dada a conocer en España por el profesor RODRÍGUEZ MUÑOZ en diversos artículos y sobre todo mediante su monografía *La doctrina de la acción finalista*¹. En esta obra hizo una exposición detallada de dicha doctrina y de sus consecuencias en la teoría del delito, así como una aguda crítica de las dificultades con que tropezaba entonces la doctrina de la acción finalista en los delitos culposos². Los jóvenes penalistas españoles prestaron gran atención a estas nuevas ideas. Por mi parte estuve en la Universidad de Bonn, trabajando bajo la dirección del profesor WELZEL desde 1956 hasta 1960 y CÓRDOBA RODA estuvo también largo tiem-

¹ *La doctrina de la acción finalista*, Universidad de Valencia, 1953. Antes había publicado los artículos *La acción finalista en Derecho Penal*, *Jus*, marzo-abril, 1944 y *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1953, fasc. 2.

² Véase, a este respecto, mi artículo *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems. Eine Erörterung der Kritik von Rodríguez Muñoz an der Fahrlässigkeitsauffassung von Welzel*, *Z. Str. W.*, tomo 71, 1959, fasc. 1, pp. 44 ss. (publicado también en español en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 3º, 1959, *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal*).

po trabajando junto al profesor MAURACH en la Universidad de Munich. Después de nuestro regreso a España, CÓRDOBA RODA publicó dos importantes libros *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*³ y *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*⁴, así como la traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH, con extensas y elaboradas notas⁵, en los que dió a conocer y llevó a cabo un detenido análisis crítico del finalismo en la versión de MAURACH. Por mi parte, traduje al español la cuarta edición de *El nuevo sistema del Derecho Penal*, de WELZEL y la publiqué con una serie de notas en las que hacía un análisis crítico de su pensamiento, sobre todo en relación con el Derecho penal español⁶. A continuación publiqué traducciones de la monografía de STRATENWERTH *Das rechtstheoretische Problem der <Natur der Sache>* y la conferencia que WELZEL pronunció en Madrid, en 1968, *La doctrina de la acción finalista, hoy*⁷.

La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista fue muy intensa en los años sesenta y setenta del pasado siglo en España y en los países iberoamericanos, donde tuvieron una gran difusión las traducciones anteriormente mencionadas. Se tradujo también en Argentina la tercera edición de la Parte General del Manual de WELZEL por CARLOS FONTÁN BALESTRA y EDUARDO FRIKE, en 1956⁸ y en Chile la undécima edición, por

³ Bosch, Barcelona, 1962.

⁴ Ariel, Barcelona, 1963.

⁵ En dos tomos, Ariel, Barcelona, 1962.

⁶ HANS WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964. Se ha publicado posteriormente una nueva edición de mi traducción y las notas, con una introducción del profesor uruguayo GONZALO FERNÁNDEZ, por la editorial B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2001. El profesor brasileño LUIZ REGIS PRADO ha publicado una traducción al portugués de mi traducción y las notas: *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*, ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2001.

⁷ GÜNTER STRATENWERTH, *El problema de la naturaleza de las cosas en la teoría jurídica*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Bd. VIII, núm. 19, 1964; HANS WELZEL, *La doctrina de la acción finalista, hoy*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1968, fasc. 2.

⁸ HANS WELZEL, *Derecho Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1956.

JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YAÑEZ ROMÁN, en 1970⁹. También se tradujeron al español y se publicaron las obras fundamentales de ARMIN KAUFMANN *Lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de Binding*¹⁰ y *La dogmática de los delitos de omisión*¹¹, el *Derecho Penal, Parte General, I El hecho punible*, de STRATENWERTH¹², la actualización del Tratado de MAURACH por HEINZ ZIPF y KARL HEINZ GÖSSEL¹³, monografía de ZIELINSKI sobre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado en el concepto de lo injusto¹⁴, las Obras Completas de HANS JOACHIM HIRSCH¹⁵, así como numerosos artículos de otros representantes de la doctrina de la acción finalista (STRUENSEE/SCHÖNE) y de los anteriormente mencionados.

Con base en la doctrina de la acción finalista se han publicado en España y en los países iberoamericanos numerosos e importantes Manuales y Tratados de la Parte General del Derecho penal. En Argentina ENRIQUE BACIGALUPO publicó sus *Linea-*

⁹ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., Edit. Jurídica de Chile, 1970.

¹⁰ *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, Depalma, Buenos Aires, 1977, traducida por ENRIQUE BACIGALUPO/ERNESTO GARZÓN VALDÉS.

¹¹ *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción por JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS/JOSÉ LUÍS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2000.

¹² La segunda edición fue traducida por GLADYS ROMERO, Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1982 y la cuarta por MANUEL CANCIO MELIÁ/MARCELO A. SANCINETTI, Thomson-Civitas, 2005.

¹³ REINHART MAURACH/HEINZ ZIPF, *Derecho Penal. Parte General, 1, Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*. Traducción de la 7ª ed. por JORGE BOFILL GENZSCH/ENRIQUE AIMONE GIBSON, Astrea, Buenos Aires, 1994; REINHART MAURACH/KARL HEINZ GÖSSEL/HEINZ ZIPF, *Derecho Penal. Parte General, 2, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

¹⁴ DIETHART ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, Duncker Humblot, Berlín, 1973, traducido por MARCELO A. SANCINETTI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990.

¹⁵ *Derecho Penal. Obras Completas*, cuatro tomos, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, 2000, 2003 y 2005.

*mientos de la teoría del delito*¹⁶, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI su famoso *Tratado de Derecho Penal*, en cinco tomos, que ha ejercido una gran influencia en toda Iberoamérica¹⁷ y EDGARDO ALBERTO DONNA su *Teoría del delito y de la pena*¹⁸ y recientemente ha publicado un primer tomo de un amplio Tratado¹⁹. En Chile ENRIQUE CURY y LUIS COUSIÑO MAC IVER han publicado magníficos tratados de Parte General²⁰. En Brasil HELENO CLAUDIO FRAGOSO publicó sus *Lições de Direito Penal. Parte Geral*²¹, y LUIZ REGIS PRADO ha publicado un *Curso de Direito Penal Brasileiro*²²; en Perú FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS publicó sus *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*²³ y en Ecuador ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL ha publicado un *Derecho Penal. Parte General*²⁴. En España he publicado un *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, en tres tomos²⁵ y CUELLO CONTRERAS un primer tomo

¹⁶ Buenos Aires, Astrea, 1974. Su posterior *Manual Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Akal, Madrid, 1997, está muy influido por el pensamiento de JAKOBS.

¹⁷ *Tratado de Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, I, 1980, II, 1981, III, 1981, IV 1982 y V, 1983. Antes había publicado una *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1973 y el *Manual de Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1979. En los últimos años ha publicado con sus discípulos ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR un Tratado más reducido *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, con otra orientación completamente diferente, de carácter político criminal y fuertemente politizada como consecuencia de las experiencias de las dictaduras militares argentinas.

¹⁸ *Teoría del delito y de la pena, 1 Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*, 2ª ed., Astrea, 1996, *2 Imputación delictiva*, Astrea, 1995.

¹⁹ *Derecho Penal. Parte General, tomo I, Fundamentos. Teoría de la ley penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.

²⁰ ENRIQUE CURY, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005; antes había publicado una *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, 1ª ed., Valparaíso, 1969, 2ª ed., 1973, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1973; LUIS COUSIÑO MAC IVER, *Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 1975, tomo II, 1979, tomo III, 1992.

²¹ 2ª ed., JOSÉ BUSHATSKY Editor, 1977.

²² *Volume 1. Parte Geral*, 7ª ed., Edit. Rev. Dos Tribunais, 2007.

²³ Editorial Cuzco, Sociedad Anónima Editores, Lima, 1990.

²⁴ 3ª ed., Ara editores, 2006.

²⁵ I. *Introducción*, 6ª ed., 2004, II. *Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., 1998, y III. *Teoría jurídica del delito/2*, 1ª ed., 2001, Tecnos, Madrid. Mis *Obras Completas*, cuyo primer tomo es mi Parte General, han sido publicadas en Perú,

de un Tratado riguroso y profundo²⁶.

2. Vigencia del finalismo en la moderna Ciencia del Derecho penal y en la legislación de España y los países iberoamericanos

El finalismo tiene aún hoy una gran vigencia en la Ciencia y en la legislación de España y los países iberoamericanos, a pesar de la difusión del sistema teleológico-valorativo y político criminal de ROXIN y del funcionalismo sistémico de JAKOBS²⁷. Vamos a comprobarlo en relación con los problemas centrales²⁸.

2.1. Los fundamentos metodológicos.

La existencia de las estructuras lógico-objetivas mencionadas por WELZEL —la estructura finalista de la acción humana, la relación lógico-objetiva de la participación con una conducta dolosa del autor y la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad, que obliga a conceder relevancia al error de prohibición— así como su carácter vinculante para el legislador, si quiere anudar consecuencias jurídicas a las acciones y a la culpabilidad, fueron muy pronto reconocidas en España por el filósofo del Derecho LEGAZ LACAMBRA²⁹ y varios penalistas³⁰, en Argentina

México, Colombia y Brasil por la editorial ARA, de Lima, en coedición, en su caso, con editoriales de los otros países, en los años 2006 y 2007. Mi discípulo JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERA ha publicado una Parte general del Derecho penal militar español (*Curso de Derecho Penal Militar Español, I, Parte General*, Bosch, Barcelona, 1990).

²⁶ *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.

²⁷ KAI AMBOS afirma recientemente, en relación con América Latina, que: «En cualquier caso, si se analizan las obras de los autores modernos, se puede mantener —con cautela— que el finalismo y el (post) finalismo en el sentido del funcionalismo y normativismo moderado de Roxin es dominante»; véase *100 años de la «Teoría del delito» de Beling ¿Renacimiento del concepto causal del delito en el ámbito internacional?*, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-05, 2007, p. 12; aunque posteriormente (véase *lug. cit.* p. 13), a la vista de los numerosos trabajos publicados sobre la imputación objetiva concluya que la doctrina de ROXIN tiene una mayor vigencia.

²⁸ En el marco de este artículo no puedo ocuparme naturalmente de todos los problemas, ni exponer detalladamente todas las opiniones.

²⁹ LUIS LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1961, pp. 213-214 y 304 ss.

³⁰ La estructura ontológica de la acción humana y la vinculación del legis-

por BACIGALUPO y ZAFFARONI³¹ y en Chile por CURY³². En la moderna Ciencia del Derecho penal son reconocidas, por ejemplo, en España por LUIS GRACIA MARTÍN³³ y JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS³⁴, en México por MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ³⁵ y en Brasil por LUIZ REGIS

lador a la misma fueron reconocidas por A. BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, separata de *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1963, pp. 21-22 y C. CONDE-PLUMPIDO FERREIRO, *Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1962, p. 276.

³¹ BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 25; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, II, pp. 298 ss., Recientemente ZAFFARONI niega la vinculación del Derecho a las estructuras lógico-objetivas. El Derecho está vinculado únicamente al reconocimiento del ser humano como persona, como ser responsable; véase ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, p. 330 y *¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?*, en *Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal* (Ontologismo o normativismo), Cepolcrim, México, 2002, pp. 118 ss. («Los datos ónticos son una barrera en la construcción de los conceptos, pero no lo imponen, sólo lo condicionan»).

³² E. CURY, *Derecho Penal. Parte General*, 1ª ed., I, 1982, pp. 311-312 «Las estructuras lógico-objetivas son órdenes de relación ontológicos o axiológicos, según los cuales la elección de un cierto objeto de valor trae aparejada, necesariamente, la aceptación de otros objetos o valoraciones, cuya presencia o vigencia es condicionada por el primero»; en el *Prólogo* a la séptima edición advierte que no ha cambiado de opinión, véase p. 27.

³³ *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Idemsa, Lima, 2005, pp. 94 ss.; *El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito*, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, pp. 95 ss. y en *Problemas capitales del moderno Derecho Penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI. Libro Homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004)*, Cepolcrim, México, 2005, pp. 161 ss.

³⁴ *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, pp. 439 ss. Al modo de ARMIN KAUFMANN, concibe las estructuras lógico-objetivas como la relación necesaria de correspondencia entre una regulación jurídica y una estructura óntica. La estructura óntica de la acción y de la culpabilidad se deducen, según CUELLO CONTRERAS, de la idea de fin. La validez de las normas tiene que partir del presupuesto, de que el que las infringe es un sujeto, es decir alguien que actúa conforme a sentido. La culpabilidad es imputación a un sujeto y, por ello, la capacidad de motivación es un presupuesto de la imputación.

³⁵ *El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal latinoamericana*, en *Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal* (Ontologismo o normativismo), pp. 131 ss., *Ontologismo o normati-*

PRADO³⁶.

Por mi parte, me adherí a la tesis de STRATENWERTH, según la cual las estructuras lógico-objetivas pertenecen a la esfera del ser, pero se destacan sólo de la multitud de datos ópticos como esenciales para la regulación jurídica desde un determinado punto de vista: la concepción del ser humano como persona³⁷. Si las estructuras lógico-objetivas mencionadas por WELZEL son sólo perceptibles y se destacan como esenciales desde el punto de vista de la concepción del ser humano como persona, los conceptos correspondientes no serán ya puramente ontológicos, pues en ellos habrá ya un componente normativo³⁸. Esto podemos verlo con toda claridad en los conceptos finalistas de acción y de omisión. Si el Derecho parte de la concepción del ser humano como persona se destaca, según STRATENWERTH, la estructura finalista de la acción humana como esencial para

*vismo como base de la dogmática penal y de la política criminal, en Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo), pp. 75 ss., 92 ss. y 99 ss. y en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 2000, pp. 579 ss., El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal, en Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, pp. 171 ss., El ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y de la política criminal, in Problemas capitales del moderno Derecho Penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI, pp. 187 ss. MOISÉS MORENO sustentó ya las ideas básicas del finalismo en su tesis doctoral *Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht*, Bonn, 1977.*

³⁶ LUIZ REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 1, pp. 102, 112 y 305 ss.

³⁷ G. STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Mohr, Tübingen, 1957, pp. 13 ss. (*El problema de la «naturaleza de las cosas» en la teoría jurídica*, traducido por mí y publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. VIII, núm. 19, 1964, pp. 12 ss.).

³⁸ Véase mi artículo *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, en *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser*, Verlag C. H. Beck, München, 2005, p. 111 (publicado también en español *Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, p. 63 y en *Problemas capitales del moderno Derecho Penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, p. 158).

la valoración jurídica. Sólo las acciones finalistas aparecen entonces como conductas específicamente humanas y pueden ser objeto de la valoración jurídica. Una conducta no finalista (como los movimientos corporales durante un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto, los movimientos corporales durante el sueño —piénsese en el sonámbulo—, etc.) no puede ser considerada entonces como una conducta humana. El concepto de omisión, desarrollado por ARMIN KAUFMANN, como la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba, está vinculado también, a mi juicio, a la concepción del ser humano como persona. Fuera del concepto de omisión quedan entonces las actitudes puramente pasivas, en las que faltaba la concreta capacidad de acción³⁹.

Un problema diferente es si el Derecho tiene que partir *necesariamente* de la concepción del ser humano como persona. Este problema no se puede resolver con seguridad desde la esfera del ser^{40 41}. Desde el punto de vista del deber ser se puede considerar, con WELZEL, que el respeto a la dignidad de

³⁹ Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, pp. 48 ss.

⁴⁰ Véase, a este respecto, mis artículos, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1961, pp. 29-30 y *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, pp. 112-113. (*Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, pp. 60-61).

⁴¹ Por ello considero que no es correcto considerar la concepción del ser humano como persona, como ser responsable, como una estructura lógico-objetiva, como hacen, por ejemplo, ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, II, pp. 301, 303-304, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, p. 330, MOISÉS MORENO, *El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal latinoamericana*, p. 151, *Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal*, p. 81-82, *El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal*, pp. 174, 202, *El ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y de la política criminal*, pp. 190 y 200, LUIS GRACIA MARTÍN, *Prólogo a La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, de MARÍA ANGELES RUEDA MARTÍN, J.M^a Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 31, *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, pp. 101 ss. (la estructura del objeto de la regulación jurídica condiciona también el criterio valorativo decisivo) y LUIZ REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, *Parte Geral*, pp. 307-308.

la persona humana, el reconocimiento del ser humano como persona autónoma es un principio material de justicia de validez *a priori*. Si el Derecho no quiere ser mera fuerza, mero terror, si quiere obligar a los ciudadanos en su conciencia tiene que reconocer al hombre como persona, como ser responsable⁴².

2.2. Los conceptos en la dogmática

a. El concepto finalista de la acción

El concepto finalista de la acción es sustentado no sólo por los penalistas que aceptan la existencia de estructuras lógico-objetivas y su carácter vinculante para el Derecho, sino también por otros que lo asumen únicamente como un concepto jurídico. Este es el caso en España de CÓRDOBA RODA⁴³ y MUÑOZ CONDE⁴⁴, en Chile de ETCHEBERRY⁴⁵, en Argentina de ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR⁴⁶ y DONNA⁴⁷, en Perú de VILLAVICENCIO

⁴² Véase, a este respecto, mi artículo, *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, p. 112. (*Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, p. 60).

⁴³ *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, pp. 86-87. Según CÓRDOBA RODA, la acción en sentido amplio, que comprende la omisión es «la actividad humana definida por la categoría de la finalidad»; *Comentarios al Código penal*, por CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, I, Ariel, Barcelona, 1972, p. 5 y *Zum Verbrechensbegriff im spanischen Strafrecht, Festschrift für R. Maurach*, C.F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1972, p. 630. Véase un análisis crítico de su opinión en mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, p. 40.

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, *Teoría general del Delito*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 25 ss., (aunque en F. MUÑOZ CONDE/M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 213 ss., toma el concepto finalista de la acción únicamente como punto de partida y se inclina por el concepto significativo de acción de VIVES ANTÓN).

⁴⁵ ALFREDO ETCHEBERRY, *Derecho Penal, tomo Primero, Parte General*, 2ª ed., Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago de Chile, 1976, pp. 125 ss.

⁴⁶ *Derecho Penal. Parte General*, pp. 381 ss. y 394 ss. Aunque definen la acción como «un comportamiento humano (por ende, conforme a sentido) que se exterioriza con efectos en cierto contexto mundano», exigen la finalidad como un elemento imprescindible de este concepto jurídico-penal prototípico. Con ello se garantiza del mejor modo posible la vigencia del principio de que no hay delito sin acción. También en los delitos imprudentes y en los delitos de omisión (*aliud agere*) hay una acción finalista.

⁴⁷ Aun cuando su concepto finalista difiere del formulado por WELZEL; para DONNA la acción no es sólo una conducta finalista sino también libre. «Para nosotros libertad, finalidad y voluntad son sinónimos en el sentido de dirección del proceso causal». Él toma su concepto de acción libre de HRUSCHKA.

TERREROS⁴⁸, en Ecuador de ZAMBRANO PASQUEL⁴⁹ y en Brasil de HELENO CLAUDIO FRAGOSO⁵⁰ y MIGUEL REALE junior⁵¹.

b. La concepción personal de lo injusto

La concepción personal de lo injusto ha hallado una amplia acogida en España y en Iberoamérica. El dolo y la culpa no son concebidos ya por muchos penalistas y algunas legislaciones como formas de la culpabilidad. Se distingue entre los tipos dolosos e imprudentes (así como entre los tipos de los delitos de acción y de omisión).

b.1. Lo injusto de los delitos dolosos

La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos se ha impuesto plenamente en España. La llevan a cabo no sólo los finalistas, sino también otros muchos penalistas. La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos se deriva no sólo de la estructura finalista de la acción humana, como dato óntico⁵², sino también de argumentos sis-

Una acción no es libre «cuando la necesidad o la ignorancia impiden la imputación del proceso o la acción». Como ejemplos cita él los casos de *vis absoluta*, del error de tipo, del estado de necesidad exculpante, del error de prohibición o de una enfermedad mental. Véase *Derecho Penal. Parte General*, pp. 55 ss. Su opinión no me parece convincente. Las acciones de los inimputables, por ejemplo, no son libres, pero su estructura sigue siendo finalista. La libertad de la voluntad no es un presupuesto de una acción finalista, sino de su imputación.

⁴⁸ *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, pp. 111 ss.

⁴⁹ *Derecho Penal. Parte General*. pp. 22 ss.

⁵⁰ *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, pp. 167-168.

⁵¹ Aunque considera que cada asignación de un fin incluye una relación valorativa. Junto a la finalidad aparece, por tanto, como elemento esencial de la acción una «intencionalidad conforme a sentido». «El fin es siempre un valor actualizado». «La acción tiene una naturaleza axiológico-finalista, que constituye su estructura ontológica». La imputabilidad es, por ello, para REALE un presupuesto de la acción y no de la culpabilidad. Véase, *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*, I, Edit. Forense, Río de Janeiro, 2006, pp. 128 ss., y especialmente pp. 131-132.

⁵² Véase, en este sentido, LUIS GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, pp. 102-103; *El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito*, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, pp. 107 ss. y en *Problemas capitales del moderno Derecho Penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel*

temáticos (los conocidos argumentos de la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto, la punición de la tentativa, la existencia en algunos tipos de verbos de significado inequívocamente finalista), de la concepción de la antijuridicidad como infracción de una norma de determinación (prohibiciones o mandatos)⁵³ y de la función de motivación de los tipos penales⁵⁴. En Iberoamérica la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos, sustentada por los finalistas, ha

en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI, pp. 170 ss.; y J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito*, pp. 412 ss. y 439 ss. Como puso de manifiesto STRATENWERTH, si el Derecho parte de la concepción del hombre como persona se destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana. La voluntad de realización tiene que ser entonces necesariamente objeto de la valoración jurídica. De la concepción del hombre como ser responsable y de la estructura finalista de la acción humana no puede deducirse, sin embargo, a mi juicio, que la voluntad de realización sea objeto precisamente del juicio desvalorativo de la antijuridicidad; véase mi artículo, *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, pp. 111-112. (*Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, pp. 63-64 y en *Problemas capitales del moderno Derecho Penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, pp. 158-159).

⁵³ Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, pp. 124 ss.

⁵⁴ Véase, en este sentido, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, separata del *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1, 1971-1972, pp. 277 ss., incluido en sus *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., 1990, pp. 170 ss., y en *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für H. Henkel*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, pp. 154 ss. La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos es sustentada también, por ejemplo, por CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, pp. 79-80, notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH, I, pp. 301 ss. y 370 ss., *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, pp. 93 y ss., MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 265 ss., MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pp. 259 ss., LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Editorial Universitas S.A., 996, pp. 331-332 y 390, BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Akal Iure, Madrid, 1997, pp. 223-224, J. J. BUSTOS RAMÍREZ/H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, tomo II, Trotta, Madrid, 1999, pp. 59 ss., *Nuevo sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 2004, p. 83, y J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 486 ss.

hallado también una amplia acogida⁵⁵. Los modernos códigos penales que contienen una definición (en sí innecesaria) del dolo, lo conciben simplemente como conciencia y voluntad

⁵⁵ Véase, por ejemplo, E. RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, III, pp. 27 y 295 ss., E. R. ZAFFARONI/A. ALAGIA/A. SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 495 ss., E.A. DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, 2, *Imputación delictiva*, pp. 12 ss. y 89, MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, *El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal*, en Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, pp. 191 ss., E. CURY, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., p. 303, L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno*, I, pp. 642 ss., HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, p. 173-174, 180 y 190, L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro 1, Parte Geral*, pp. 355 ss. y 364 ss., MIGUEL REALE junior, *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*, I, pp. 136, 140 y 149 ss. (aunque para él, el dolo no es sólo querer, sino querer con una intencionalidad axiológicamente significativa, en el sentido de una disminución del valor), FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1997 p. 406, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2004, pp. 282-284, F. VILLAVICENCIO TERREROS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 132, y especialmente pp. 137-138 y 143-144, RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3ª ed., Grijley, Lima, 1997, pp. 292 y 362-363, ALONSO PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal Peruano, I Teoría General de la Imputación del Delito*, Rodhas, 2004, pp. 177 ss., JAVIER VILLA STEIN, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., San Marcos, Lima, 2001, pp. 252-254, J. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, I, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, pp. 447-448, CARLOS DAZA GÓMEZ, *Teoría general del delito*, 5ª ed., México, 2006, pp. 99 ss., ALEJANDRO RODRÍGUEZ BARILLAS, en J.L. Díez Ripollés/E. Jiménez/Salinas Colomer, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General*. Librerías Artemis Edinter, Guatemala, 2001, pp. 174 ss., 179, 183, 199-200, ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 32 ss., 45-46, 65 ss., 75, y FERNANDO VILLAMOR LUCÍA, *Derecho Penal Boliviano. Parte General*, I, 2ª ed., La Paz, Bolivia, 2007, pp. 210-211 (aunque al parecer —véanse pp. 167 y 233— atribuye al dolo una doble posición: el dolo sería un elemento de lo injusto, como forma de la culpabilidad contendría, además, un sentimiento de hostilidad o indiferencia frente al ordenamiento jurídico). ALFREDO ETCHEBERRY, aunque sustenta el concepto finalista de la acción rechaza la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos, pues según él la palabra dolo y sobre todo su denominación como malicia significa en la lengua española una voluntad valorada, una voluntad culpable (que en su opinión supone conocimiento, incluso de la antijuridicidad, voluntad y libertad externa, es decir una motivación normal); véase *Derecho Penal*, I, *Parte General*, pp. 194 ss. y 206 ss. Sobre estas supuestas dificultades lingüísticas, véase CURY, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., p. 306 y en relación con las objeciones similares de CÓRDOBA RODA, mi artículo *La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español*, separata de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1964, pp. 4 ss. (incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 75 ss., y en mis *Obras Completas*, II, Ara, Lima, 2006, pp. 134 ss.).

de la realización del tipo (sin referencia alguna a la conciencia de la antijuridicidad, es decir al *dolus malus*)⁵⁶.

b.2. Lo injusto de los delitos imprudentes

A pesar de las dificultades con que tropezó la doctrina de la acción finalista en los delitos imprudentes y que dieron lugar a que WELZEL cambiara varias veces de opinión⁵⁷, la concepción personal de lo injusto en los delitos imprudentes se ha impuesto también en España y en Iberoamérica. La infracción de un deber objetivo de cuidado ha hallado un amplio reconocimiento como elemento del tipo de los delitos impruden-

⁵⁶ Véase, por ejemplo, el artículo 14 del Código penal boliviano de 1997 (en cuya parte general influyó considerablemente STRATENWERTH), el artículo 14. del Código penal del Ecuador (véase, a este respecto, ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 121-122), el artículo 18, 1 del Código penal brasileño, el artículo 17 del Código penal paraguayo de 1997 (en el que influyó decisivamente SCHÖNE y del que se deduce con toda claridad que el dolo y la culpa no son formas de la culpabilidad, sino que dan lugar a la existencia de tipos diferentes), el artículo 22 del Código penal colombiano del año 2000, el artículo 9 del Código penal federal mexicano, en la redacción de 1984 (muy influida por MOISÉS MORENO) y el artículo 18 del Código penal para el Distrito Federal de México de 16 de julio de 2002. En México se llevó a cabo incluso, en los años 1993 y 1994, una reforma de los artículos 16 y 19 de la Constitución y del artículo 168 del Código federal de procedimientos penales que favorecía la difusión de la concepción personal de lo injusto. Se sustituyó el concepto de *corpus delicti* (cuya prueba era el requisito indispensable para llevar a cabo una detención y poner en marcha una persecución judicial formal) por el concepto de tipo, entre cuyos elementos se mencionaba expresamente el dolo y la culpa. Estas reformas dieron lugar a una intensa polémica y fueron anuladas en el año 1999. Véase, a este respecto, MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, *Reformas penales de 1993-1994 y Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)*, en *Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México*, Cepolcrim, México, 1999, pp. 181 ss. y 219 ss., *Las transformaciones de la legislación penal mexicana en los últimos veinte años*, en *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, Cepolcrim, México, 2003, pp. 23 ss. y 38 ss., y JOSÉ NIEVES LUNA CASTRO, *El concepto de tipo penal en Méjico*, 3ª ed., Porrúa, México, 2003, pp. 77 ss., y 205 ss.

⁵⁷ Véase, a este respecto, mi artículo *Der finale Hand-lungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, *Z. Str. W.*, tomo 71, 1959, fascículo 1, pp. 44 ss. y mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, pp. 34 ss.

tes^{58 59}. El deber de cuidado es concebido también a veces como un deber subjetivo para tener en cuenta no sólo los conocimientos, sino también las capacidades individuales⁶⁰.

⁵⁸ Sobre su aceptación en la Ciencia del Derecho penal española y en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, pp. 173-174. La pertenencia de la infracción del cuidado objetivamente debido al tipo de lo injusto de los delitos imprudentes es reconocida también, por ejemplo, por CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, pp. 76, 77 y 80, notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH, II, pp. 257 ss., *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, pp. 90 ss., *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, *Z. Str. W.*, tomo 81, 1969, fasc. 2 pp. 432 ss., E. GIMBERNAT, *La causalidad en Derecho Penal*, *Anuario de Derecho Penal*, 1962, pp. 567-568, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966, pp. 87-88, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., 1990, pp. 174-175, nota 40, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 127, A. TORÍO, *El conocimiento de la antijuridicidad en los delitos culposos*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, fasc. 1, p. 87, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I La actividad curativa, Licitud y responsabilidad penal*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 221 ss., MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 284 ss., LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, pp. 495 ss., y J. J. BUSTOS RAMÍREZ/H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 171 ss. y *Nuevo sistema de Derecho Penal*, pp. 98 ss.

⁵⁹ Fue decisiva para la difusión de esta concepción en Iberoamérica la monografía de JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y Finalidad (Los delitos culposos y la teoría final de la acción)*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1967. Posteriormente ha publicado otro libro *El delito culposo*, Edit. Jurídica de Chile, 1995, en el que expone la evolución de la dogmática de los delitos imprudentes desde el punto de vista político criminal. La infracción de un deber objetivo de cuidado es considerada también como un elemento del tipo de los delitos imprudentes en Iberoamérica, por ejemplo, por E. RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, III, pp. 389 ss. y 393 ss., E. CURY, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., pp. 331 ss., L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno. Parte General*, I, pp. 838 ss. y 847-848, MOISÉS MORENO, *El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal*, p. 192, H. CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, p. 241 ss., L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 1, pp. 376 ss., MIGUEL REALE JUNIOR, *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*, I, pp. 149 ss. y 234 ss., F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 433 ss., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 313 ss., PEÑA CABRERA, *Estudio Programático de la Parte General*, pp. 511 ss., VILLA STEIN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 267 ss., ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 36 ss., 97 ss., 105 ss., 110 ss. y H. ANÍBAL DE LEÓN VELASCO, en Díez RIPOLLÉS/GIMÉNEZ DE SALINAS, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General*, pp. 227 ss.

⁶⁰ Véase, por ejemplo, BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, pp. 240-241 y 243, ZUGALDÍA, *La infracción del deber individual de cui-*

Las opiniones de los penalistas españoles e iberoamericanos difieren con frecuencia a la hora de fijar los criterios para determinar el cuidado objetivamente debido y de determinar los restantes elementos del tipo de los delitos imprudentes (además de la infracción del cuidado objetivamente debido y el resultado). En mi opinión, el resultado tiene que ser consecuencia precisamente de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (el llamado nexo de antijuridicidad). La acción que no responde al cuidado objetivamente debido y que ha causado el resultado no sería típica si el resultado se hubiera producido igualmente, con una probabilidad rayana en la certidumbre, si el sujeto hubiera observado el cuidado debido. El resultado causado tiene que ser, además, uno de los resultados que pretendía evitar la norma de cuidado infringida⁶¹.

Un eco escaso ha hallado la opinión radical de STRUENSEE, según el cual la acción finalista, presente también en todo delito imprudente, sería relevante para el tipo no sólo en relación con los medios elegidos y la forma de su utilización, sino también en relación con el fin perseguido. La finalidad no se dirigiría ciertamente hacia la producción del resultado típico, pero sí hacia los factores de riesgo relevantes para el tipo (no respetar un semáforo en rojo, cortar una curva sin visibilidad, etc.)⁶². Los defensores de esta opinión admiten también consecuentemente la existencia de un tipo subjetivo en los delitos imprudentes⁶³.

dado en el sistema del delito culposo, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1984, fasc. 2, pp. 328 ss. y *Derecho Penal. Parte General*, pp. 415-416, 486 ss y 531 ss., ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 531-532, A. R. PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal Peruano. Teoría general de la imputación del delito*, pp. 404 ss., y FERNANDO VILLAMOR, *Derecho Penal Boliviano. Parte General*, I, p. 221 (la definición de la culpa en el artículo 15 del Código penal boliviano parte, a mi juicio, de una concepción subjetiva del deber de cuidado).

⁶¹ Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, pp. 179 ss. y 183 ss., donde expongo y analizo las diversas opiniones.

⁶² Véase mi análisis crítico de la opinión de STRUENSEE, en *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, pp. 166-167.

⁶³ Véase, en este sentido, J. CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 182ss., *El Derecho Penal Español. Parte General*, pp. 471-473, y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Ministerio de Jus-

c. Desvalor de la acción y desvalor del resultado

En la concepción personal de lo injusto se distingue, por tanto, junto al desvalor del resultado un desvalor de la acción. En los delitos dolosos el desvalor de la acción consiste no sólo en el dolo, en los restantes elementos subjetivos de lo injusto cuando los haya y en los deberes jurídicos específicos que obligaban al autor en los delitos especiales, sino también en el modo, forma o grado de realización de la acción y así mismo, a mi juicio, en la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*. En los delitos imprudentes el desvalor de la acción consiste en la infracción del deber de cuidado (concebido por la mayor parte de los penalistas de un modo objetivo). El desvalor del resultado consiste, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, en la lesión o peligro del bien jurídico protegido⁶⁴.

La relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado ha sido siempre objeto de discusión en la escuela finalista. Según WELZEL y ARMIN KAUFMANN lo injusto de los delitos dolosos y de los delitos imprudentes queda ya constituido con el desvalor de la acción. Con la tentativa acabada y la realización de la acción que no responde al cuidado objetivamente debido quedan ya plenamente infringidas las normas prohibitivas correspondientes. En los delitos dolosos, no obstante, la producción del resultado incrementa lo injusto y pertenece aún al tipo. En los delitos imprudentes la producción del resultado pertenecía aún para WELZEL al tipo, pero llevaba a cabo únicamente una función de selección dentro de las conductas antijurídicas desde el punto de vista de la punibilidad. Esta restricción de la punibilidad puede obedecer, según WELZEL

ticia, Madrid, 1991, pp. 79 ss., 110-111, 116 ss., 153-155, 202-204 y 206 ss. ALICIA GIL rechaza la existencia de un tipo subjetivo en los delitos imprudentes, pero considera que la finalidad en relación con los medios elegidos y la forma de su utilización es irrelevante para el tipo de los delitos imprudentes. La finalidad es sólo relevante para averiguar la índole de la acción realizada y por tanto la norma de cuidado que debía ser observada; véase *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 25 ss.

⁶⁴ Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, pp. 154 ss. y 186 ss.

a razones de practicabilidad y sobre todo al sentimiento irracional «de que la cosa no era tan grave, cuando todo ha terminado bien». Para ARMIN KAUFMANN la producción del resultado era sólo una condición de punibilidad de las acciones imprudentes típicas y antijurídicas⁶⁵. ZIELINSKI fue aún más lejos y consideraba que lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes quedaba agotado con el desvalor de la acción. La producción del resultado depende siempre del azar, cumple sólo una función de manifestación de lo injusto y condiciona la necesidad de pena⁶⁶.

Todas estas opiniones han hallado eco en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos⁶⁷. Ellas parten, sin embargo, de la equiparación equivocada entre infracción de la norma y antijuridicidad. Es cierto que

⁶⁵ Véase H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, pp. 62 y 136, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Verlag O. Schwartz, Göttingen, 1961, pp. 29-30 y 36-37 (*El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 67-68 y 75-76), *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikt*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1961, p. 21, ARMIN KAUFMANN, *Zum Stand der Lehre vom personalen Utrecht, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1974, pp. 395-396, 403 ss., y 411 y ya antes en *Das fahrlässige Delikt*, separata de la *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1964, pp. 43-44.

⁶⁶ Véase DIETHART ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncker-Humblot, Berlin, 1973, especialmente pp. 128 ss., 135 ss., 152 ss., 168 ss., 185 ss., 205 ss., 209 ss. y 308-309.

⁶⁷ Las opiniones de WELZEL y ARMIN KAUFMANN son seguidas por E. CURY, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., pp. 346-347, y L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno. Parte General*, I, pp. 844 ss., II, pp. 78 ss. La concepción de ARMIN KAUFMANN ha hallado eco incluso en el nuevo Código penal paraguayo (en el que ejerció una gran influencia SCHÖNE): para la tentativa acabada se establece una atenuación meramente facultativa y para la tentativa inacabada una atenuación obligatoria de la pena del delito consumado. (véanse los artículos 27 y 67). En España ESTEBAN SOLA considera que lo injusto de los delitos dolosos queda ya constituido con el desvalor de la acción. En el desvalor de la acción incluye el modo, forma o grado de realización de la acción típica, su peligrosidad, el dolo y los deberes jurídicos específicos en los delitos especiales; véase ESTEBAN SOLA RECHE, *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, fasc. 1, pp. 170 y 173-174 y *La llamada <tentativa inidónea> de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996, pp. 108 ss. La opinión radical de ZIELINSKI ha hallado eco en CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito*, pp. 437 y 476 ss., y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito impru-*

con la tentativa acabada y la acción que no responde al cuidado objetivamente debido quedan ya plenamente infringidas las normas prohibitivas correspondientes. La función de las normas consiste, sin embargo, en la protección de los bienes jurídicos y reciben únicamente su sentido de dicha función. Se exige, por ello, que entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, exista una conexión interna. Dicha conexión falta en los delitos dolosos si el resultado concreto no está comprendido por el dolo (en los supuestos de *aberratio ictus* o de error en el objeto) y en los delitos imprudentes si el resultado no es consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (nexo de antijuridicidad) o no es de aquellos que quería evitar la norma de cuidado infringida. Por ello lo injusto de los delitos dolosos y de los delitos imprudentes queda sólo constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado⁶⁸. Esta concepción de la relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado es sustentada, con diversas argumentaciones, por la mayoría de los penalistas españoles e iberoamericanos⁶⁹.

dente, (*Doctrina penal y regulación legal*), pp. 249 ss. CUELLO CONTRERAS rechaza, sin embargo, la concepción puramente subjetiva de lo injusto de ZIELINSKI, según el cual el desvalor de la acción se basa exclusivamente en las representaciones del autor en la voluntad contraria a la norma; véase, *El Derecho Penal Español. Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito*, pp. 486-488. La concepción puramente subjetiva de lo injusto de ZIELINSKI ha sido asumida y desarrollada en Argentina por SANCINETTI; véase MARCELO A. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

⁶⁸ Véase, en este sentido, G. STRATENWERTH, *Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für F. Schafstein*, Verlag O. Schwartz, Göttinga, 1975, p. 187, R.F. SUAREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Ediciones Rialp, Madrid, 1963, pp. 75 ss. y *Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?*, *Festschrift für Hans Welzel*, p. 392 y mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, pp. 156 ss. y 187-188.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, en España SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 46 ss., 66 ss. y 72-73, J. BUSTOS RAMÍREZ/H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 35. ss. y 190 (que incluyen el desvalor social de la acción *ex ante*, es decir la capacidad de la acción concreta para la lesión del bien jurídico en la tipicidad y el desvalor social del resultado *ex post* en la antijuridicidad), *Nuevo sistema*

d. Valor de la acción y valor del resultado en las causas de justificación

El reconocimiento por el finalismo de la existencia de elementos subjetivos en *todas* las causas de justificación ha hallado una amplia acogida en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos⁷⁰. Las opiniones difieren en cuanto a la naturaleza de los elementos subjetivos de justificación: para algunos penalistas se trata sólo de la conciencia de la concurrencia de los elementos objetivos, para

de Derecho Penal, pp. 76 ss. y 89 ss.; ALFONSO GUALLART DE VIALA, *La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 640 ss., CARLOS M^a ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, *La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, p. 226, D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, p. 338, ALICIA GIL GIL, *Sobre la pertenencia del desvalor del resultado a lo injusto*, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, pp. 389 ss., y en Iberoamérica E. RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, III, pp. 395-396, DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, 2, p. 23, H. CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, p. 247, L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 1, Parte Geral*, pp. 104-105 y 355 ss., VILLA STEIN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 340-341 y F. VELASQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 460 ss., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 347.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, en España, J. CÓRDOBA RODA, notas a su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH, I, p. 371, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Oviedo, 1966, pp. 107-108 y CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 247, M^a JOSÉ MAGALDI, *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 228-229, mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, pp. 198 ss., J. J. BUSTOS RAMÍREZ/H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 115-116 y 191-192, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, p. 93, J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito*, pp. 437-438 y 768, y en Iberoamérica, E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, III, pp. 574 ss., (E. R. ZAFFARONI/A. ALAGIA/A. SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 573 ss. rechazan, en cambio, la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación; véase la aguda crítica de ALICIA GIL a esta nueva concepción objetivista de las causas de justificación en *¿Es posible y conveniente una justificación meramente objetiva?*, *Revista de Derecho Penal*, 2006, 2, *Eximentes de la responsabilidad penal*, I, pp. 87 ss.), E. CURY, *Derecho Penal. Parte General*, 7^a ed., pp. 365-366, L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno. Parte General*, II, pp. 137 ss., ED. A. DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, 2, pp. 134 ss., H. CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, p. 205, L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 1, Parte Geral*, pp. 394-395, J. VILLA STEIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 344, y F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte general*, pp. 466-467, *Manual de Derecho penal. Parte general*, pp. 349-350.

otros son equivalentes a los elementos subjetivos de lo injusto (como el ánimo de lucro en el hurto), o al dolo (conciencia y voluntad de la concurrencia de los elementos objetivos de las causas de justificación) en los delitos dolosos⁷¹; y por último son concebidos también, de un modo más correcto y consecuente con los postulados de la doctrina de la acción finalista, como

⁷¹ GIMBERNAT considera que en todas las causas de justificación basta con que el autor haya tenido «conciencia de que objetivamente concurría una causa de justificación»; véase E. GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, p. 51, *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, *Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium*, 1990, Friburgo en Br., 1991, pp. 71 ss. y en el mismo sentido, ED. A. DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, 2, p. 135, y J. VILLA STEIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 344. Consideran que los elementos subjetivos de las causas de justificación se corresponden con los elementos subjetivos de lo injusto, por ejemplo, J. J. BUSTOS RAMÍREZ/H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, p. 116 y 192, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, p. 93, E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, III, pp. 578-579. Esta era también antes mi opinión; véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, pp. 198-199. Para MIR PUIG los elementos subjetivos de justificación se corresponden con el dolo; veáanse sus notas a la traducción de la tercera edición del *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, de JESCHECK, I, Bosch, Barcelona, 1981, p. 456, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 89, *Derecho Penal. Parte General*, p. 419, y en el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, en *Comentarios a la Legislación Penal*, V, vol. 1, Edersa, Madrid, 1985, p. 253, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, en *Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 38 ss. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, pp. 580 y 602-603, M. A. TRAPERERO BARREALES, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 214 ss., 259 ss. y 287-288, J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *La reforma del delito de aborto*, *Comentarios a la Legislación Penal*, IX, Edersa, Madrid, 1989, pp. 246 ss., J. M. VALLE MUÑIZ, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, P.P.U., Barcelona, 1994, pp. 86 ss., E. CURY, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., pp. 365-366, L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno. Parte General*, II, pp. 141-142 y 144, F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte general*, p. 466, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 349 y H. CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, p. 205. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS considera que el elemento subjetivo del tipo de autorización consiste en la representación de los elementos objetivos de las causas de justificación, esto es de la situación justificante y la conciencia de la necesidad e idoneidad de la acción para salvar el bien jurídico de mayor valor; véase, *El Derecho Penal Español. Parte General, Nociones Introductorias. Teoría del delito*, pp. 764, 768 y 777 ss.

la voluntad de realización del resultado valioso (el rechazo de la agresión ilegítima, la salvación del bien jurídico en peligro, en el estado de necesidad, el cumplimiento del deber o el ejercicio legítimo del derecho, etc.) que en la mayor parte de los casos queda fuera del tipo de la causa de justificación⁷². La mayor parte de las causas de justificación son causas de justificación de varios actos o de resultado cortado⁷³. El tipo de la causa de justificación está ya realizado y la conducta es lícita si concurren todos los elementos objetivos y subjetivos de la causa de justificación aunque no se haya producido el resultado valioso. La voluntad de realización comprende no sólo los casos en que la producción del resultado valioso era el fin perseguido por el sujeto, sino también aquéllos en que el sujeto consideraba que era una consecuencia necesariamente unida a la consecución del fin y aquéllos en que había previsto su producción como posible y contaba con ella⁷⁴. Se discute también si la acción justificante tiene que ser o no idónea para la producción del resultado valioso⁷⁵.

⁷² Esta es la opinión de ALICIA GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002, pp. 16 ss. y especialmente pp. 24-25 y *Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, núm. 15, enero, 2005, pp. 137-138 y en *Problemas capitales del moderno Derecho Penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, pp. 344-345; a cuya opinión se ha adherido también L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 1, Parte Geral*, pp. 394-395.

⁷³ Véase, a este respecto, ALICIA GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 8, 15, 24-25, 36-37 y especialmente pp. 63 ss. y *Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto*, pp. 135 ss. (ella hace una excepción para el consentimiento del ofendido y la *exceptio veritatis* en los delitos de injurias, artículo 210 del Código penal español). En el mismo sentido hablaba ya HIRSCH de causas de justificación de emprendimiento, en las cuales para la justificación de la conducta no es necesario que se produzca el resultado valioso (él excluía de ellas únicamente el consentimiento del ofendido); véase HIRSCH, *Leipziger Kommentar, Observaciones previas al Par. 32*, núm. 53.

⁷⁴ Véase, en este sentido, ALICIA GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 16 ss. y especialmente pp. 22 y 64-65. Según HIRSCH, no basta el *dolus eventualis* en relación con el fin de justificación; véase *loc. cit.*

⁷⁵ SANZ MORÁN considera, siguiendo a RUDOLPHI, que la exigencia de la idoneidad de la acción para la consecución del resultado valioso es una consecuencia necesaria de la aplicación en estos casos de la teoría de la im-

En la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos se discute también intensamente, entre los seguidores de la concepción personal de lo injusto, si en caso de que concurren los elementos objetivos de las causas de justificación, pero falte el elemento subjetivo, el sujeto debe responder por tentativa o por delito doloso consumado. Si se ha producido el resultado, la apreciación de tentativa sólo podría hacerse por analogía (*in bonam partem*) con el argumento de que el desvalor del resultado ha quedado anulado por la concurrencia de los elementos objetivos de la causa de justificación⁷⁶. Ello estaría en contradicción, sin embargo, con la concepción de lo injusto como infracción de una norma de determinación (de una prohibición o de un mandato). El Derecho prohíbe la realización de acciones (peligrosas) dirigidas por la voluntad del sujeto a la lesión de un bien jurídico o que no respondan al cuidado objetivamente debido para evitar las lesiones de bienes jurídicos y no puede valorar positivamente las producciones de resultados que estén amparadas sólo de un modo objetivo y casual en una causa de justificación. Del mismo modo que no basta que al desvalor de la acción siga la

putación objetiva; véase ANGEL J. SANZ MORÁN, *Teoría general de la justificación*, *Revista Penal*, núm. 5, enero, 2000, p. 82. Para CUELLO CONTRERAS la idoneidad de la acción para evitar la lesión del bien jurídico es un elemento objetivo del tipo de autorización, al que corresponde, como elemento subjetivo, la representación del mismo; véase *El Derecho Penal Español. Parte General, Nociones Introductorias, Teoría del delito*, pp. 768-769. ALICIA GIL rechaza, con razón, por razones político criminales la exigencia de la idoneidad de la acción para evitar la lesión del bien jurídico. Con ello el ámbito de las conductas punibles no se vería reducido, sino ampliado (al contrario de lo que sucede con la exigencia de la peligrosidad de la acción en los tipos de lo injusto) y se desmotivaría a los ciudadanos para realizar la acción salvadora. Véase ALICIA GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 40-41.

⁷⁶ A favor de la solución de la tentativa, en España, por ejemplo, E. GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, p. 51, SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, pp. 121 ss., D. M. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 125, *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, p. 254, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, pp. 38-39 y *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, pp. 579, 580-581 y 603-604 (si se trata de causas de justificación que excluyen el desvalor del resultado), y M^a A. TRAPERO BARREALES, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, pp. 301 ss., 327 ss., 347 ss. y 394.

producción de un resultado para que quede constituido lo injusto de los delitos dolosos o imprudentes, sino que es necesario que entre ellos exista una conexión interna. El desvalor del resultado no puede fundamentarse ni quedar excluido con independencia del desvalor o el valor de la acción⁷⁷. Por ello considero correcto que el sujeto, en los casos que analizamos, responda por un delito doloso consumado⁷⁸. La pena del delito consumado puede ser atenuada, sin embargo, en una cierta medida. No se puede aplicar ciertamente una eximente incompleta (en este caso una causa de justificación incompleta)⁷⁹ ⁸⁰, pues de acuerdo con la concepción personal de lo injusto el elemento subjetivo de la causa de justificación aparece como un elemento esencial⁸¹, pero sí una atenuante por analogía a una causa de justificación incompleta⁸².

⁷⁷ Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, pp. 106 ss., 136 ss., 155 ss., 179 ss., y 186 ss. A mi opinión se han adherido ALICIA GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, especialmente pp. 89-90 y 115 ss. y L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal, vol. 1, Parte Geral*, p. 395.

⁷⁸ A favor de la solución de la consumación, en Iberoamérica, con diversos argumentos, E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, III, pp. 577-578 y F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 467-468, *Manual de derecho penal. Parte General*, p. 350 (que propone una atenuación de la pena mediante la aplicación del precepto referente al exceso en una causa de justificación, del artículo 32.7 del Código penal colombiano).

⁷⁹ En el Código penal español las eximentes incompletas están expresamente reconocidas como atenuantes (artículos 20 y 21.1).

⁸⁰ Como proponen M. COBO DEL ROSAL/T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 507-508, nota 13, J.M. VALLE MUÑIZ, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, pp. 119 ss., *La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación*, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, J.Mª Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 460 ss., MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 420-421, y CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito*, pp. 780-781, 794 ss. y 800.

⁸¹ La opinión dominante en la Ciencia del Derecho penal española exige la concurrencia de los elementos esenciales de una eximente (en nuestro caso, de una causa de justificación) para poder apreciar una eximente incompleta como atenuante; véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, pp. 357 ss.

⁸² Véase también, en este sentido, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 507-508, nota 13, Mª LUISA MAQUEDA ABREU, *Los ele-*

ALICIA GIL considera que es imposible una atenuación de la pena del delito doloso consumado, pues si falta el valor de la acción en una causa de justificación no se puede apreciar ni una exclusión ni una disminución de lo injusto⁸³. Lo injusto no queda, desde luego, excluido. No se puede apreciar un valor del resultado que anule el desvalor del resultado, ni un valor de la acción que anule el desvalor de la acción si falta el elemento subjetivo de la causa de justificación. El desvalor de la acción queda disminuido, sin embargo, si concurren todos o varios de los elementos objetivos de la causa de justificación. El valor de la acción en las causas de justificación consiste no sólo en el elemento subjetivo de justificación, sino también en los elementos objetivos, mediante los cuales la ley describe la acción justificada. Los elementos objetivos no constituyen el valor de resultado en las causas de justificación, como suele considerarse⁸⁴, sino que forman parte del valor de la acción⁸⁵.

e. La teoría de la culpabilidad

Según la teoría de la culpabilidad, desarrollada por WELZEL, la conciencia de la antijuridicidad no es un elemento del dolo. El dolo es un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos y la conciencia de la antijuridicidad pertenece, en cambio, a la culpabilidad. El error de prohibición no puede excluir, por ello, el dolo. Si el error de prohibición era invencible quedan excluidas la culpabilidad y la pena. Si el error de prohibición era vencible quedan disminuidas la culpabilidad y la pena. La atenuación de la pena, según la concepción originaria de WELZEL, debía ser meramente facultativa⁸⁶.

mentos subjetivos de justificación, La Ley, Año V, núm. 935, 11 de mayo de 1984, p. 7, nota 105 bis y p. 8, nota 120, a cuya opinión se adhiere también DÍEZ RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, fasc. 3, p. 748, nota 116.

⁸³ Véase, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 126 ss. y especialmente p. 131.

⁸⁴ Esta era aún mi opinión en mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, pp. 201 ss.

⁸⁵ Véase, en este sentido, ALICIA GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 107 ss.

⁸⁶ Véase H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 164 ss. y *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, pp. 66 ss. (*El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 112 ss.).

Entre los seguidores de la teoría de la culpabilidad fue siempre objeto de discusión si la creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación es o no un error de prohibición. Según la teoría pura o estricta de la culpabilidad sustentada por WELZEL se trata de un error de prohibición. Según la teoría restringida de la culpabilidad la creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error sobre un elemento del tipo (opinión mantenida por los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo), o debería ser tratada como si lo fuera, pues de este modo se llegaría supuestamente a resultados más justos. Solo el error sobre los límites de una causa de justificación o la invocación de una causa de justificación inexistente constituirían errores de prohibición.

Según una opinión minoritaria en caso de suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, si el error era invencible, quedaría excluida no la culpabilidad, sino ya la antijuridicidad de la conducta⁸⁷. Una concepción puramente subjetivista de las causas de justificación es mantenida en Argentina por SANCINETTI. Éste, como ZIELINSKI en Alemania, considera básicamente suficiente que el sujeto crea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación para que la conducta sea lícita. Lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes se agota en el desvalor de la acción. La creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación excluye el desvalor de la acción de los delitos dolosos y si el sujeto había examinado a conciencia y conforme a deber la posible concurrencia de los mismos queda excluido asimismo el desvalor de la acción de los delitos imprudentes⁸⁸. En Es-

⁸⁷ En este sentido, con fundamentaciones y exigencias diversas, CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, pp. 126 ss., 158 ss., y 317 ss. y *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 260 ss., 272 ss. y 381 ss., MUÑOZ CONDE, *Die Putativnotwehr. Ein Grenzfall zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung*, en *Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra Symposium für Claus Roxin*, Editorial Carl Heymanns, 1995, pp. 213 ss., LUZÓN PEÑA, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, pp. 33-34, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, pp. 575-576 y MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 418-419.

⁸⁸ Véase D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*,

paña CUELLO CONTRERAS, aunque considera también que lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes no sólo queda constituido, sino que queda incluso agotado con el desvalor de la acción, exige que la acción salvadora sea idónea *ex ante* para alcanzar el resultado valioso, para que quede excluida la antijuridicidad⁸⁹.

La teoría pura y la limitada de la culpabilidad han hallado un gran eco en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos⁹⁰. Han hallado acogida, también,

pp. 218 ss., 266-267 y 268 ss., y M. A. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pp. 511 ss.

⁸⁹ Véase J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General, Nociones Introductorias, Teoría del delito*, pp. 768-769, 785 ss. y 1107-1108; una crítica de la concepción puramente subjetivista de lo injusto de ZIELINSKI y SANCINETTI en pp. 486 ss.

⁹⁰ En España fui el primero que propuse la aceptación y aplicación de la teoría pura de la culpabilidad; véase *La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español*, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 166, 1964, *Die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen Strafgesetzbuch*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Editorial Carl Heymanns, 1989, pp. 473 ss. y mi *Curso de Derecho Penal Español, III, Teoría jurídica del delito/2*, pp. 124 ss. En España sustentan también la teoría pura o estricta de la culpabilidad, por ejemplo, SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, pp. 131 ss. y 145 ss., CARLOS ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, fasc. 2-3, pp. 761 ss., LUIS GRACIA MARTÍN, *Política Criminal y Dogmática Jurídico Penal del proceso de reforma penal en España (y II)*, *Actualidad Penal*, 1994, núm. 18, p. 378, ENRIQUE BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, pp. 307-308 y 312-313 (que exige la posibilidad de la conciencia de la punibilidad), MARÍA LUISA MAQUEDA, *El principio de responsabilidad subjetiva: Su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983*, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 31, 1987, pp. 260-261, J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1980*, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 15, 1981, pp. 519 ss., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 807 y 610 ss. (según el cual el error sobre la punibilidad debe ser tratado, por analogía, como el error de prohibición), J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Die jüngsten strafrechtlichen und strafprozessualen Reformen in Spanien*, *Juristenzeitung*, 1984, fasc. 12, p. 561, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General, Nociones Introductorias, Teoría del delito*, pp. 1073-1074, 1080, 1094 y 1097-1098, MARIANO MELENDO PARDOS, *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal internacional. Desafíos para la dogmática penal continental*, Atelier, Barcelona, 2007; en Argentina E. RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, IV, pp. 86 ss., 222 y 228 ss., E. R. ZA-

en varios códigos penales. En el artículo 14.3 del Código penal español se regula el error de prohibición de acuerdo con la teoría de la culpabilidad, pero nuestro legislador, como el alemán, ha dejado abierta la cuestión de si la suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación es un error de prohibición o un error sobre un elemento del tipo. Según la opinión dominante, sin embargo, sólo la teoría pura o estricta de la culpabilidad se ajusta a la voluntad de la ley⁹¹. Una peculiaridad de la regulación del error de prohibición en el Código penal español, que ha hallado eco en varios códigos penales de los países iberoamericanos, es que para el error de prohibición vencible se prevé

FFARONI/A. ALAGIA/A. SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 503-504, 647 ss., 698, 700 y 707 (que exigen la conciencia actual o posible de la ilicitud penal; véase *Tratado de Derecho Penal*, pp. 105, 192 y 207, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 651 y 701), y ED. A. DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, 2, *Imputación delictiva*, pp. 279 ss. y 286-288 (que se adhiere a la teoría de MAURACH de la responsabilidad por el hecho, como elemento de la imputación de la conducta; véase *Teoría del delito y de la pena*, 1, pp. 240 ss. y *Teoría del delito y de la pena*, 2, pp. 187 ss.); en Brasil, H. CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal. Parte geral*, pp. 227 ss. y L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, vol 1, Parte Geral*, pp. 448-449; en Colombia F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 555 y 558 ss., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 407 y 410-411; en México C. DAZA GÓMEZ, *Teoría general del delito*, pp. 209-210 y 225; y en Perú JULIO ARMAZA GALDOS, *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*, Editorial Adrus, Arequipa, 2004, pp. 181 ss. La teoría limitada de la culpabilidad es defendida, por ejemplo, en España, por A. TORÍO LÓPEZ, *Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal*, en *Reformas penales en el mundo de hoy*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, pp. 109 ss. y LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, pp. 473 ss.; en Argentina por E. RIGHI, *La influencia de Welzel en el Derecho penal argentino*, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, pp. 230 ss.; en Chile modernamente por E. CURY, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., pp. 440, 445 ss. y 448 (con anterioridad seguía la teoría de la culpabilidad pura), en Brasil por LUIZ FLÁVIO GOMES, *Erro de tipo. Erro de proibicao*, 3ª ed., *Revista dos Tribunais*, 1996, pp. 144 ss. y 161-162, y M. REALE, *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*, I, pp. 203-205; en Perú por JOSÉ HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, I, pp. 656 ss., 659 ss. y 663 ss. y VILLA STEIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 345; y en Ecuador por ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 342 ss.

⁹¹ Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, III, *Teoría jurídica del delito/2*, p. 133 y J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Artículo 14*, en *Comentarios al Código Penal*, I, Edersa, Madrid, 1999, pp. 699-700.

una atenuación *obligatoria* de la pena⁹². Esta peculiaridad no significa que se haya querido llegar a una solución de compromiso entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad⁹³, sino que se trata de una regulación más correcta desde el punto de vista dogmático y político criminal⁹⁴. Aun cuando el error de prohibición fuera muy fácilmente vencible, se hallaría disminuida la capacidad del sujeto para obrar de otro modo y, por consiguiente la culpabilidad⁹⁵. Por otra parte, desde el punto de vista político criminal, una atenuación meramente facultativa de la pena llevaría consigo el peligro de que los tribunales considerasen que todos o casi todos los errores de prohibición eran vencibles, pero que no procedía una atenuación de la pena. De este modo el principio *error iuris nocet* recobraría in-

⁹² Se establece también una atenuación obligatoria de la pena para el error de prohibición vencible en el Código penal peruano (artículo 14), en el Código penal federal (artículo 66) y en el Código penal para el distrito federal de México (artículo 83), en el Código penal paraguayo (artículos 22 y 67) y en el nuevo Código penal de Colombia (artículo 32.11).

⁹³ Como cree CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General, Nociones Introductorias, Teoría del delito*, pp. 703 ss., 1094 y 1101. Algunos penalistas españoles consideran que la regulación del error de prohibición en el Código penal español, cualquiera que haya sido la voluntad del legislador histórico, se inspira en la teoría del dolo, desde el momento en que se establece para el error de prohibición vencible una atenuación obligatoria de la pena; véase, en este sentido, MIR PUIG, *Hauptprobleme des dogmatischen Teils der spanischen Strafrechtsreform, Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*, 1986, pp. 38 ss., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 552-553 y *Artículo 14*, en *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 677-678 y M. COBO DEL ROSAL/T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., p. 682 y en contra mis argumentos en mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, III, pp. 131 ss. VIVES ANTÓN cambió después de opinión en los *Comentarios al Código Penal de 1995*, dirigidos por él, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 96. MUÑOZ CONDE considera que la regulación del error de prohibición en el Código penal español no responde ni a la teoría del dolo ni a la de la culpabilidad, sino a una teoría orientada en las consecuencias; véase, F. MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 43 y 123 ss.

⁹⁴ Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, III, pp. 129-130.

⁹⁵ De otra opinión LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, p. 464 y M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error de prohibición: pasado, presente y futuro*, en *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 352 (aunque a pesar de ello se manifiesta a favor de una atenuación obligatoria de la pena).

directamente su vigencia en el Derecho penal español.

En Iberoamérica la teoría pura o estricta de la culpabilidad ha hallado acogida en el Código penal federal (artículos 15, VIII, B y 66) y en el Código penal para el Distrito federal de México (artículos 29, VIII, b y 83) y la teoría de la culpabilidad limitada en los códigos penales de Brasil (artículos. 20.1 y 21), Bolivia (artículos 116.1, párrafo 3 y 12.2) y Colombia (artículos 32.10 y 11). El Código penal del Perú no se pronuncia acerca de si el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación es un error sobre un elemento del tipo o un error de prohibición.

f. El concepto finalista de autor

Por último quisiera sólo señalar que la doctrina de WELZEL del dominio finalista del hecho, para definir la autoría en los delitos de acción dolosos, ha ejercido una gran influencia en la Ciencia del Derecho penal española y de los países iberoamericanos⁹⁶.

⁹⁶ En España es seguida, por ejemplo, por CÓRDOBA RODA, en las notas a su traducción del Tratado de MAURACH (*Tratado de Derecho Penal*, II, p. 310, nota 3), J. BUSTOS RAMÍREZ/H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 287 y 289-290, F. MUÑOZ CONDE/M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 435-436, BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, pp. 360 ss. (que señala que nuestro Tribunal Supremo sigue cada vez en mayor medida la teoría del dominio del hecho; véase p. 364, nota 729), y parcialmente por mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, III, p. 211 ss. En Iberoamérica la teoría del dominio del hecho es seguida, por ejemplo, en Argentina por E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, IV, pp. 305 ss., E. R. ZAFFARONI/A. ALAGIA/A. SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 741 ss., y Ed. A. DONNA, *La autoría y la participación criminal*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 30 ss. y especialmente p. 39; en Perú por RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General*, pp. 336 ss., 339 ss. y 347 ss., y J. VILLA STEIN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 294-296, 298 ss. y 303 ss.; en Brasil por LUIZ REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*, pp. 487 (adhiriéndose, en parte, a mi opinión); en Chile por E. CURY, *Derecho Penal. Parte General*, II, 1ª ed., 1985, pp. 234-235, 244 ss. y 246 ss. (aunque en la 7ª ed., siguiendo a ROXIN, mantiene el criterio del dominio del hecho únicamente para los delitos de dominio, que distingue de los delitos de infracción de un deber y de los de propia mano; véase pp. 591 ss., 595 ss., 616 ss., y 621-622); y en Colombia por F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 612 y 614 ss., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 450-451 y 453 ss.

EN EL CENTENARIO DE LA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

José Luis Guzmán Dalbora*
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valparaíso (Chile)

1. Al cumplirse cien años de la aparición de la célebre monografía de REINHARD FRANK sobre la estructura del concepto de culpabilidad, donde el ilustre comentarista plantea por primera vez este elemento del delito como reprochabilidad y sienta las bases de su entendimiento normativo, luego desarrollado en distintas versiones, asistimos a la paradoja de celebrar el aniversario, no ya de una obra del pasado provista aún de un rendimiento aprovechable, sino de una teoría que, a juzgar por las apariencias, dejó hace cierto tiempo de contar con el respaldo de los especialistas.

Es que la culpabilidad, en cuanto elemento del delito, vive una prolongada crisis en el país —Alemania— cuyos estudiosos descubrieron su trasfondo normativo como reprobación personal formulada al autor del hecho antijurídico. De esta crisis se hacen eco los juristas de los Estados que reciben el influjo de la doctrina germánica, los menos con miras de superarla, rescatando la individualidad del objeto en palabra, y los más

* Catedrático de Derecho penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral en la Universidad de Valparaíso (Chile). El texto reproduce la conferencia del autor en el Seminario *Cem anos de reprovacão*, que tuvo lugar en la ciudad de Río de Janeiro (Brasil), los días 23 y 24 de octubre de 2008. Sólo se ha añadido al final las referencias bibliográficas.

para ahondarla y echar así por la borda la conquista que FRANK y sus compañeros de ruta ofrecieron al mundo científico tras una trabajosa elaboración. Incluso el propio término «culpabilidad» suena hoy antipático y se procura defenestrarlo, de modo que sean otros, como responsabilidad, imputación subjetiva, atribución personal, etc., los que ocupen su lugar. Por cierto, si aquí estuviese en juego un mero cambio terminológico, la cuestión carecería de importancia y no merecería la pena ocuparse de ella. Pero este no es ni por asomo el caso. En verdad, al conmemorar el nacimiento de la culpabilidad como reprochabilidad, un fasto que asume el aspecto de misa de difuntos, aquello que entra en liza es nada menos que la subsistencia de uno de los elementos estructurales del delito, uncido en su caída a una peculiar lectura del fin de la pena estatal, así como la justificación del *ius puniendi* y la imagen de la persona que ha de ser tratada penalmente.

La crisis de que hablamos se remonta a los años sesenta de la pasada centuria y responde a varios factores. Largo sería ahora extendernos sobre los más importantes, que no son precisamente dogmáticos. Baste, pues, una somera notación. El trastorno que representó en las cuestiones penales la horrible experiencia del totalitarismo, con su objetivación de los seres humanos, no parece haber servido de parapeto suficiente para salvaguardar la individualidad de la persona que comparece como acusado ante la sala de justicia. Antes bien, se creyó que, debidamente reconocida y respetada la dignidad humana como concepto, era posible manejar la dignidad de cada hombre en particular al interior de superiores exigencias colectivas, tanto más apremiantes cuanto que la complejidad de la vida social ya no permitiría detenerse a examinar la situación en que versó cada sujeto a la hora de cometer un hecho de relevancia para la jurisdicción criminal. También tuvo su cuota en esto, pese a las intenciones que lo han animado, el proceso que BOBBIO denominó de «especificación» de los derechos fundamentales. Porque una vez que descendemos del planteamiento general de estos últimos a su articulación según grupos precisos de titulares —llámense niños, mujeres, ancianos, generaciones venideras, etc.—, queda la impresión de que el hombre no desaparece en la espiral de esas construcciones gra-

tas al individualismo abstracto del que emergió el Derecho penal contemporáneo y, por ende, que a partir de un esquema más rico en contenidos sería posible manejar humanamente a cada miembro de aquellos grupos, sólo que contemplándolos en ese preciso papel, o sea, como miembros, de acuerdo con lo que la sociedad reconoce y exige al sector en que cada quien queda inserto. En fin, tampoco parece que la organización económica ni la estratificación social que imperan en el mundo occidental, concedan especial interés a la persona singular, dado que lo que interesa, de nuevo, son agrupaciones humanas reducidas al esquematismo de casos generales. Piénsese solamente en la contraposición de las nociones de ciudadano, con toda su carga de individualidad heredada de la reforma política y jurídica del Iluminismo, y consumidor, un vástago impersonal del comercio en la economía actual.

Que estas y otras transformaciones tenían que dejar huella, tarde o temprano, en la ciencia del Derecho penal, es evidente. Según era de esperar, la evolución dogmática ha seguido los pasos de la Metodología del Derecho, hoy más que nunca propensa a asociar su quehacer a las visiones sociológicas y económicas del fenómeno jurídico. En el campo criminalista, esta disposición explica el abandono de las teorías retributivas de la pena y su reemplazo por la voluntad de inducir voluntades mal inclinadas, para que se comporten de acuerdo con las expectativas sociales, o bien por el propósito de llevar sosiego a las voluntades respetuosas del ordenamiento mediante la reafirmación fáctica —el sufrimiento de un hombre condenado por la justicia penal— de los intereses dominantes que éste encarna.

La mudanza de enfoque en las doctrinas penales, cambio que está lleno de lamentables malos entendidos, suele mencionarse como una de las dos piezas clave en la crisis hodierna de la culpabilidad. En efecto, removido el lastre de la retribución, se dijo que había que rediseñar la culpabilidad en términos de no dejar en su seno ni siquiera la sombra de un reproche al responsable de la fechoría. Las arengas que FRANZ VON LISZT pronunció en su hora, a saber, que nuestra autorización para penar se basa únicamente en la accesibilidad del delincuente a la disposición motivadora perseguida a través de la pena,

que hay que abandonar la arrogancia farisaica con que se mira al malhechor, y que se debe renunciar al concepto tradicional de la culpabilidad, aquel que está basado en el juicio «hubieras podido obrar de otra manera», quedaron desde la eclosión de nuestro trance, envueltas en ropajes intelectuales cuya acrobática sucesión se renueva constantemente, tan a la orden del día como lo estuvieron en el período a caballo entre los siglos XIX y XX. Pero las recientes coberturas teóricas de la reviviscencia lisztiana, no hacen sino acentuar la crisis, como antes sugerimos.

Hubo, además, otro instante decisivo en el afán de superar la culpabilidad como reproche —términos distintos con que mentar un mismo concepto—. Se dio con la proclamación de la imposibilidad de demostrar empíricamente que el autor de un hecho delictuoso hubiera podido obrar de otra manera en la precisa situación en que puso en marcha su voluntad. Pues bien, en este acotado aspecto, que fue el verdadero motor dogmático de la crisis, queremos fijar nuestra atención, porque el argumento correspondiente se presenta mejor elaborado que los relativos al fin de la pena y, sobre todo, porque lo arrojó al tapete un autor que no puede ser adscrito a las doctrinas relativas de la punición, tan en auge en nuestros días. Nos referimos a KARL ENGISCH y a las páginas que él escribió en su documentada monografía *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, que data de 1965.

2. Conviene, sin embargo, detenernos brevemente en un dato de envergadura del tránsito que condujo desde la concepción psicológica a la normativa de la culpabilidad. Es oportuno recordarlo, porque su constatación agudiza la paradoja de que hoy «celebremos» la ruina de un monumento que tantos han contribuido a resquebrajar.

El paso que llevó de aquella a ésta fue fruto de una peculiar secuencia de ideas y acontecimientos jurídicos, que fluye, además, en el cauce de un clima de cultura propicio. Ante todo, la elaboración teórica surge de una idea fraguada en la jurisprudencia, no la doctrina, de lo que son un claro testimonio los casos examinados en las monografías de FRANK y, muy espe-

cialmente, FREUDENTHAL. La diferencia en el origen práctico del postulado normativo radica únicamente en que si FRANK dio a la idea columbrada a tientas en los fallos del Tribunal Supremo del Imperio alemán la forma de un principio de ventaja científica, el de que culpabilidad es reprochabilidad, y el comportamiento culpable, comportamiento reprochable, FREUDENTHAL yergue el principio en el soporte material que precisaba, la exigibilidad de otra conducta, y, de suyo, lo torna fecundo. Fecundo, nótese bien, para un tejido económico y social desgarrado por los embates de la Gran Guerra y del no menos desolador panorama que sobrevino después, especialmente en los países vencidos —el de una comunidad que urgía a los tribunales para que entornasen sus rígidos postigos hacia la realidad de la vida—. Nada había en ello de ese fari-seísmo de alta burguesía que tantas veces se ha censurado a la concepción normativa. Los casos comentados en dichas obras involucraban sin excepción a personas (matronas, cocheros, viajantes, etc.) que, en la terminología de nuestra época, no titubearíamos en llamar como socialmente vulnerables, individuos de humilde condición para todos los cuales se solicitó o argumentó una sentencia absolutoria. A mayor abundamiento, recordemos que FREUDENTHAL, al dar cima a su estudio de 1922, apunta que la evaluación de si para el autor existió *in concreto* la posibilidad de evitar el resultado antijurídico, venía impuesta por la necesidad de adecuar los juicios jurídico y popular, tomando distancia de condenas que sólo hubiera podido pronunciar la soberbia de quien presume poseer una superioridad moral.

Lo llamativo del asunto es que una época, cual la que asistió a la génesis de la culpabilidad normativa, inmersa en una crónica desconfianza en la independencia de la voluntad, y los epígonos de la Escuela en que se formó FREUDENTHAL, la *Moderne Schule*, no viesan obstáculos insalvables para cimentar el reproche de culpabilidad imputable al obrar individual, en el carácter exigible de la conducta conforme a Derecho. Puesto que el naturalismo decimonónico empezaba a ser sobrepasado por las exigencias valorativas del nuevo siglo, tampoco es de sorprender que los discípulos de LISZT no estuviesen dispuestos a secundar al maestro en su comprensión de la cul-

pabilidad, de seco causalismo psíquico. Por lo mismo, resulta asombroso que nuestra época, mucho más consciente de que los valores no se constatan o prueban al modo de los datos empíricos, sino se descubren, afirman y miden en el ejercicio de la razón estimativa, haya terminado por negar o, en su caso, suspender especulativamente la capacidad de actuar de otra manera y, con ella, la culpabilidad, de la que hoy no acertamos a comprender en qué ha llegado a convertirse, si en base fundante de la responsabilidad criminal, mera consecuencia del delito, límite de la pena o [...] ¡mecanismo de sometimiento del súbdito infiel al Derecho, gozne de estabilización de su omnipotencia, resorte fáctico para restaurar la buena fama de sus normas!, es decir, en un fin autosuficiente y hermético.

3. Pero vayamos al archisabido argumento de que partió la crisis. «El planteamiento de que alguien, en una concreta situación, hubiera podido obrar de otra manera que como efectivamente actuó —escribe ENGISCH—, pertenece a aquel género de problemas que corren el riesgo de ser considerados absurdos». La única forma de comprobar experimentalmente que una persona individual, que estuvo colocada en una determinada situación de obrar, hubiera podido actuar de otra forma que como en efecto actuó, requeriría poder «trasladar repetidas veces a esa persona, con la misma y exacta individualidad, a idéntica situación concreta, y entonces se podría observar si en alguna ocasión surge una conducta distinta de la que brotó en ese caso que da iniciativa a la comprobación». Sin embargo —prosigue el autor—, este experimento está destinado de antemano al fracaso, por la sencilla razón de que el hombre «posee memoria y, por tanto, en una situación posterior posee el recuerdo de la situación anterior, del hecho previo, de sus consecuencias, de sus repercusiones psíquicas, por cuya razón él es ahora alguien distinto de lo que era antes». Atendido que el sujeto del experimento es distinto del que cometió el hecho examinado, entonces tampoco se podría decidir científicamente la polémica en torno a la real entidad del poder obrar de otra manera, bajo el que pulsa, ostensiblemente, la autodeterminación del hombre.

No podemos enfrascarnos aquí en la salida que ENGISCH propuso para el atolladero, la de que la pena debe ser reprobación

de la culpabilidad por el carácter. Este criterio amadruga una curiosa forma de retribución sobre bases deterministas, en que el reproche de culpabilidad debiera valer por el hecho, pero penetrando en el carácter como la verdadera raíz de la acción, reproche legitimado si en la personalidad del autor concreto existía una reserva de energía, la potencialidad de aplicar más fuerza de voluntad y mayor cuidado que los que él prestó en la acotada situación objeto de enjuiciamiento. De lo que brota, simultáneamente, la justificación de la pena en cuanto fuerza formadora del carácter o resorte apto para hacerlo reaccionar en sus buenas disposiciones, acaso ocultas. Y no nos ocuparemos de semejante solución porque la pareja de elementos que entraña serían rechazados por la comunidad científica, el primero, o sea, la culpabilidad por el carácter, con sobrada razón —en lo que hay que reconocer que las lecciones del totalitarismo sirvieron como eficaz motivo de contraste—, al paso que el segundo, es decir, el reemplazo de la desvaloración jurídica expresada en la pena por la vieja pena «finalista» o preventiva, es ajeno al tema de la presente exposición. Con todo, como tal substitución es asaz discutible, amén de propinqua al determinismo que prohijó ENGISCH, no está de más consignar, aunque sólo fuere de pasada, que lo que confiere al hombre la dignidad que le es peculiar, demanda un entendimiento de la pena que reverencie en él su libertad y se abstenga de aherrojarlo a fines ajenos, especialmente los de evitar que otros delincan o la reincidencia del condenado. De donde las teorías absolutas de la pena, reducidas a su estricto componente jurídico, son perfectamente compatibles con la estructura constitucional de un Estado de Derecho, y, según comenta LAGODNY, mientras las relativas precisan un límite externo para no caer en el terrorismo estatal —límite procurado por la culpabilidad individual—, a la retribución de los delitos, basada en la dignidad del hechor, es ingénita esa indispensable limitación.

Nos apremia poner en evidencia dos defectos del razonamiento con que ENGISCH intentó desvirtuar la tesis del poder obrar de otra manera. Por lo pronto, que se basa en un determinismo, no ya hipotético, como él aduce, sino categórico, análogo al que GOETHE deja traslucir en las páginas de su diario de

viaje a Italia, cuando el espectáculo del cielo encapotado de Nápoles, y la perspectiva de una erupción inminente del Vesuvio, lo precipitaron a registrar que «la naturaleza es sin duda alguna el único libro que posee gran valor en cada una de sus páginas». Lo indemostrable del haber podido obrar conforme a Derecho en la concreta situación y, por ende, del margen de autodeterminación que dejan al hombre sus condicionamientos individuales y sociales, se obtiene aquí desde una visión clásica de la causalidad, más que del principio lógico de razón suficiente, que, no obstante, comparece repetidas veces como fundamento de su hipótesis en la obra del antiguo penalista de Munich. Nada distinto significa la frase que estampa en el exordio de su tesis: «La regularidad en la sucesión entre dos fenómenos, aquello que distingue la causalidad, sólo se puede demostrar científicamente en el experimento, y éste nos muestra [...] que, cumpliéndose exactamente las mismas circunstancias, a un fenómeno sigue siempre de nuevo el mismo fenómeno como consecuencia». Uno se siente invitado a comparar esta proclama con la formulación, esencialmente idéntica, del principio de la uniformidad en la naturaleza, que es el nombre que dio STUART MILL a la ley causal. El filósofo inglés la concibió en el papel de una verdad inductiva, universalmente válida y aplicable al orden general de los sucesos y procesos, como una generalización empírica acerca de la total estructura del mundo. Y es que «en la naturaleza se producen casos paralelos, de suerte que lo que sucede una vez, volverá a ocurrir si se reúne un grado suficiente de circunstancias análogas». Siendo así, es evidente que el resultado que buscó ENGISCH en el campo criminalista hay que reformularlo desde la hipótesis que le sirve como punto de partida, porque lo que dice indagar —si el hombre *podía* actuar de otra manera— oculta el verdadero objeto de la pregunta —que el hombre *tenía* que actuar como lo hizo—.

A esto se enlaza la segunda deficiencia del argumento. Sabemos que las ciencias naturales de nuestro tiempo se abstienen de pronunciarse rotundamente acerca de un «tener que» en la conducta humana. Confirmando las bondades del dualismo metodológico y la teoría del conocimiento neokantianos, la Física contemporánea prefiere servirse de la causalidad, no

como ley o principio, sino en la más modesta función de una norma reguladora o metodológica de la investigación; en otras palabras, como criterio ordenador de la mente del naturalista, no cual enunciado provisto de un contenido empírico definido. Por modo que el principio, mejor dicho, la *máxima* causal, tampoco puede ser refutado por experimento alguno, si quiera es posible y hasta indicado *abandonarlo* en formaciones específicas, cuando quiera que la experiencia revele que su empleo a ultranza resulta descaminado. Hay que precaver, explica NAGEL, que «una adhesión férrea a dicho principio pueda llegar a convertirse en un obstáculo para la creación teórica y realizar nuevos descubrimientos». Mas esta recomendación no fue seguida por la monografía de ENGISCH, llevada del prurito de aplicar a toda costa la causalidad, esa simple directiva del pensamiento, al obrar del hombre en general, y a los actos del hombre imputado de haber cometido un delito en particular.

Maguer este error metodológico, el curso ulterior del concepto de culpabilidad concedería unilateral atención a las conclusiones resultantes, derivadas de la mecánica clásica. También el último corolario resulta arduo de explicar, si se piensa que nuestro autor, a pesar de su deliberado silencio sobre la dignidad humana a propósito del tema que le ocupa, ya que a él interesaban verdades de hecho, no cosas en sí, no quiso fulminar con su tesis el concepto mismo de la culpabilidad, y tanto menos expelerlo del edificio de la responsabilidad criminal. Si incontables penalistas que lo precedieron, unos dañados por y otros hastiados de la infecunda querella instaurada en torno a la libertad de la voluntad, llegaron a asentar la culpabilidad del individuo que delinque en un solio que hace caso omiso del *quid* sobre el origen de las acciones humanas, a las páginas de ENGISCH estaba reservado el extraño destino de abrasarla. La culpabilidad ha muerto —así se supuso—, luego de lo cual no restó sino cantarle el *réquiem* de la pena que conmina, advierte o induce personalidades mal dispuestas, en salvaguarda de los méritos del ordenamiento o del buen ajuste del conglomerado social. Como antes la peligrosidad se «tragó» la reprochabilidad, ahora asistimos a la fagocitosis de la culpabilidad en la pena preventiva, sin que falten propuestas favora-

bles a la plena reabsorción de ésta en las medidas de aseguramiento, o sea, un rebrote positivista, de factura sociológica, que arriesga perder de mira que el delito es la fuente de la pena, no al revés.

4. Ocurre, sin embargo, que el problema del poder obrar de otra manera no es de aquellos que quepa examinar como una materia adiáfora. De ahí que tampoco sea factible soslayarlo parapetándose en el consuelo de que el problema de la autodeterminación del hombre, o su refutación, sería independiente del norte político que asuma un determinado ordenamiento jurídico, que el arraigo en una sociedad de los derechos de la persona y el respeto a su dignidad, tornarían innecesario preocuparse por la solución que se le dé. Nada de eso: la pertenencia a sí mismo y la disposición de sí, en una palabra, la autonomía del hombre, resultan constitutivas para la noción de persona en un ordenamiento respetuoso de su dignidad. Expresado de otra forma, no es que las personas poseamos libertad por tener dignidad, de la mano de lo cual nuestra libertad podría ser aherrojada arbitrariamente según el punto de vista que los grupos dominantes asuman acerca de la dignidad, sino que la libertad, mayor o menor, de cada quien —incluso la que se tiene sólo en potencia, aunque no actualizada todavía o quizá nunca actualizable, como la de ciertos enajenados, para los que «el argumento decisivo de la incapacidad penal es una falta de igualdad, entendida como igualdad en la razón» (BURKHARDT), determina la *cualidad* misma del ente al que llamamos digno justamente por ser librevolente y un fin en sí—.

Esto aparte, la justificación última de la responsabilidad —llámesela así, si el término culpabilidad debiese resultar repugnante al oído del penalismo hodierno— es siempre una tarea de Filosofía de la cultura. En cuanto tal, exige tomar una decisión, sin que quepa disolver su esencia en la pregunta específica de si la justicia penal tiene derecho a existir pese a la inexistencia de una voluntad más o menos libre. Muy por el contrario, si es verdad que sólo al que podía actuar de otra manera puede hacerse rendir cuentas por sus actos, entonces la solución que se asigne a la disyuntiva de si y en qué medida el hombre es dueño de sus actos o, a la inversa, éstos le vienen

impuestos y su realización obedece al imperio incontrastable de fuerzas extrañas, internas o externas a él, tiene que resultar capital a la hora de justificar, no ya esta u otra rama del ordenamiento, sino el Derecho *tout court*. El por qué, la razón de ser de las prescripciones jurídicas —su necesidad como medio de regulación de la vida social—, depende de la postura que se adopte al respecto. Y no sólo eso. El objeto de las normas, su naturaleza como valoraciones o mandatos, la modalidad concreta que se imprima a las instituciones más importantes y el sentido de las sanciones asociadas al quebrantamiento del Derecho, ninguno de tales aspectos puede abstraerse a la magna aporía.

Se comprenderá, pues, que el dilema de admitir o no que los hombres tenemos un margen de elección en el campo del obrar, representa un capítulo clave de la Filosofía del Derecho. Está en la raíz del concepto de éste y pulsa en la gama de nociones básicas que de él derivan, comenzando por la de relación jurídica. Pero dado que en la moderna iusfilosofía ha arraigado la convicción, nativa asimismo de la Filosofía general, de que no es posible dar una respuesta definitiva a la pregunta planteada sobre el sustento empírico de la voluntad libre, o sea, su realidad, el eje del asunto se cifra hoy, con razón, en la imagen del hombre sobre el cual el Derecho se propone intervenir, como anunciamos al principio de estas páginas. Justamente porque un debate prolongado durante siglos arroja como enseñanza que ni la autonomía de la voluntad ni su sujeción al orden causal de la naturaleza pueden ser objeto de demostración rigurosa (incluso las recientes investigaciones en la Neurobiología distan de ser concluyentes en orden a negar el papel de la voluntad y la conciencia de la libertad como guía de la persona sobre su propia responsabilidad por las acciones que realiza), y como, por otra parte, las miras prácticas del Derecho tornan imperioso, no tanto alcanzar la mejor respuesta, sino sólo escoger una, nuestro esencial capítulo se resume en una «cuestión de *decisión* sobre cómo deseamos observar a los hombres, si en cuanto criaturas libres o desposeídas de libertad, y si deseamos colocar como fundamento del Derecho, especialmente del Derecho penal, la hipótesis de un hombre autónomo

o la de un hombre heterónomo» (KAUFMANN).

Por lo demás, el Derecho penal es el sector en que la inquietud acerca de las razones de existencia arremete con una pujanza por completo inusitada en otras áreas del saber jurídico. No hay en los Derechos civil, administrativo, procesal, etc., doctrinas justificadoras o abolicionistas que admitan parangón con las que hierven en el campo penalista, seguramente porque la legitimidad política y moral de éste es un epítome, «el problema mismo de la legitimidad del Estado como monopolio organizado de la fuerza» (FERRAJOLI). Todavía más pronunciado aparece el fenómeno a propósito de la imputación subjetiva de responsabilidades. La resonancia de considerar al hombre como autónomo o heterónomo es mayúscula cuando comparecen las consecuencias más graves de su conducta en el contexto social, esto es, las penas. Ahora, que el vínculo entre culpabilidad y libertad sea una cuestión existencial de este segmento normativo, como a veces se dice, acierta con la explicación del fenómeno en el sentido de que buena parte de su justificación finca en cómo el Derecho penal debe considerar a los justiciables, ora cual seres dotados de una dignidad eminente, dignidad radicada en la aptitud del hombre de proponerse fines y convertirlos en motivo concreto de sus actos, ora como entes cuyo obrar o cuya manera de ser pueden ser determinados y dirigidos extrínsecamente, según los designios que otro les trace. En nuestros días, la controversia sobre el poder obrar de otra manera está subordinada al reconocimiento y universal aceptación de la dignidad humana, que la tiñe de una especial connotación valorativa, con lo que queremos decir que su linaje metafísico tiene que amoldarse a unas exigencias prácticas cuya realización viene reclamada por la valoración correspondiente. Si el poder punitivo ha de ser algo humano y racional, no un simple acontecer, entonces la libertad, como postulado del proceder racional del hombre, remata en la dignidad de éste como valor. Esto, sin mencionar la trascendencia política del concepto. La suposición de la autonomía, del derecho de autodeterminación de la persona, la idea por excelencia de una organización liberal y democrática, se expresa en que el Derecho considera libre al hombre, séalo o no en verdad, porque «detrás de la idea del relativismo, de la neu-

tralidad, de la tolerancia, se halla el valor positivo de la libertad: la libertad como afirmación del Estado de Derecho, la libertad como semillero y forja de la personalidad, la libertad como base de la obra de creación cultural» (RADBRUCH).

Tal es, en definitiva, el significado profundo de la paradoja acuñada por MAX ERNST MAYER, de que *la humanidad está determinada al indeterminismo*. Si los hombres actuamos siempre, o casi siempre, con conciencia de nuestra libertad, o en la creencia de disponer de ella, es porque en las fuerzas del espíritu humano no hay sólo intelecto, sino también sentimiento y voluntad, un querer que en ocasiones puede ser completamente insensato —para aperebirse de lo cual basta la simple observación de los hechos de la vida cotidiana—. Que el Derecho haya de partir de esta consideración no implica refugiarse en el éter de los nóúmenos o contentarnos con un normativismo ajeno a los datos de la vida social. Antes bien, la suposición normativa de que el hombre imputable tiene, salvo situaciones de excepción —las descritas en las causas de inculpabilidad en sentido estricto y, allende éstas, las que capta el plexo de la inculpabilidad supralegal—, la posibilidad de ajustar su proceder a las normas jurídicas, representa, al decir del viejo jurista sudoccidental, «una motivación que está arraigadísima en el fundamento primario del ser humano, en su sentir y su querer», los mismos que permiten a cada cual diseñar un plan propio de vida personal, incluso ajeno y hasta refractario a las previsiones de la comunidad.

Cierto es que el juicio de culpabilidad debe tomar en cuenta las múltiples condicionalidades que modelan la existencia individual y social del justiciable. Esta consideración descansa en la misma motivación y tiene idéntico arraigo cultural, en tanto en cuanto estemos dispuestos a pensar que el Derecho, sus categorías y su ciencia, están hechos para el hombre, no al revés. Como el eje político y jurídico de nuestra organización social es el individuo, no el todo, resulta incorrecto juzgar en abstracto si el sujeto que realizó un acto antijurídico pudo conducirse de otra manera, si pudo evitar la ejecución del hecho. La exigibilidad de la no ejecución tiene que ser establecida de forma individualizada, según las circunstancias del caso concreto y las posibilidades reactivoafectivas de su prota-

gonista, aunque en esto no se pueda prescindir de un cierto margen de generalización, exclusión hecha de la generalización propia de las figuras abstractas, con las que el hombre es contrastado al hilo de una dudosa analogía, y tanto más de aquella que postula la absorción de la exigibilidad en las exigencias de la pena preventiva.

Dejo a otros la compleja tarea de exponer el vínculo entre la culpabilidad y la reciente evolución de la teoría del delito. Me limitaré a consignar, a modo de conclusión, que si la culpabilidad, concebida como reprochabilidad, está en crisis, eso no se debe a la normativización de los conceptos jurídico-penales. Por el contrario, aquella teoría de la culpabilidad nació al amparo de una dogmática ya medianamente normativizada. El origen de la crisis yace en haber abandonado el normativismo hodierno las bases culturales en que están preformadas la producción y comprensión jurídicas, en pos del improbable objetivo de armonizar un puro deber ser con una causalidad de nuevo cuño, de matriz sociológica. Los subproductos del proceso, como la objetivación del dolo, vienen por añadidura una vez que se perdió de vista que el sujeto del magisterio punitivo es la persona, no la autocontemplación de la sociedad o las bondades lógicas de un sistema bien construido.

Dos inquietantes pasajes de un monumento de literatura contemporánea advierten contra la propensión de estos tiempos a reducir todo a fórmulas, y a tratar de conocer la realidad desde su mera representación, con lo cual se acaba por creer que «lo esencial ocurre en lo abstracto, y lo irrelevante, en la realidad». El juicio de culpabilidad no puede hacerse cargo de *ese hombre sin cualidades* novelado por ROBERT MUSIL, porque sólo adquiere sentido con referencia a un hombre provisto de lo específicamente humano: la individualidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: NORBERTO BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, traducción de RAFAEL DE ASÍS ROIG, Madrid, 1991; BJÖRN BURKHARDT, *La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el Derecho penal*, traducción de RAFAEL ALCÁZER GUIRAO, en *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, por BURKHARDT/GÜNTHER/JAKOBS, Compilación de RAFAEL ALCÁZER GUIRAO y Estudio introductorio de DANIEL R. PASTOR, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 29-93; KARL ENGISCH, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*. Traducción y estudio pre-

liminar por JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, Edeval (colección Juristas perennes, núm. 11), Valparaíso, 2006; LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1ª ed., 1989; REINHARD FRANK, *Estructura del concepto de culpabilidad*. Versión castellana de SEBASTIÁN SOLER, Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1966; BERTHOLD FREUDENTHAL, *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*. Traducción y Prólogo de JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2003; ARTHUR KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*. Traducción de LUIS VILLAR BORDA y ANA MARÍA MONTOYA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999; OTTO LAGODNY, *Menschenwürde im Strafrecht-am Beispiel der grundrechtlichen Legitimation staatlichen Strafen*, en el volumen *Der Begriff der Menschenwürde. Definition, Belastbarkeit und Grenzen*, editado por MICHAEL FISCHER, Peter Lang Verlag, Frankfurt, 2ª ed., 2005, pp. 65-76 ; FRANZ VON LISZT, *Aufsätze und kleinere Monographien*, 3 vol, Georg Olms Verlag, Hildesheim-Zürich-New York, t. I, 1999; MAX ERNST MAYER, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ, Revisión general y prólogo de JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2007; ERNEST NAGEL, *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica*. Traducción de NÉSTOR MÍGUEZ, Paidós, Barcelona, 2006; GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Traducción de WENCESLAO ROCES, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, y JOHN STUART MILL, *Sistema de lógica: inductiva y deductiva*, Daniel Jorro, Madrid, 1917.

INTERDISCIPLINAS

EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN COMO CRITERIO ORIENTADOR Y REGULADOR DE LA BIOSEGURIDAD

SALVADOR DARÍO BERGEL
Catedrático UNESCO de Bioética
Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina)

1. Bioseguridad y sus relaciones con la sociedad del riesgo global

Una de las grandes revoluciones científicas del siglo pasado fue —a no dudarlo— la que generó el conocimiento y el manejo de la información genética, la que en líneas generales podemos denominar «revolución del ADN».

Ubicamos el comienzo de esta revolución en la década del 40, cuando AVERY y colaboradores descubrieron el papel esencial de los ácidos nucleicos en la herencia, rompiendo con un esquema que dominó una parte importante de las décadas precedentes.

A partir de tal hallazgo se sucedieron una serie de descubrimientos que hicieron temblar los cimientos de la biología: el modelo de la doble hélice para describir la estructura del ADN, las enzimas de restricción, las ligasas y las reparasas, que posibilitaron el nacimiento de la ingeniería genética, junto a la nueva genética; las investigaciones dirigidas a secuenciar los genomas de diversos seres vivos —por sólo nombrar algunas— motivaron un profundo cambio en la percepción de la vida, en la unidad fundamental de los seres vivos, y conduje-

ron a la creación de un mundo fascinante al permitir la intervención sobre la estructura genética de las especies y variedades para modificarla y transmitir tales modificaciones a las generaciones sucesivas.

El nacimiento y desarrollo de la ingeniería genética constituye el final de una etapa de la revolución científica que nace con el reconocimiento de la existencia de los genes y de su base física y prosigue con la elucidación de la estructura del ADN¹.

Cuando se produce el nacimiento de la ingeniería genética y se toma conciencia de la potencialidad de la que estaba dotada, surge en la comunidad científica una justificada preocupación por los riesgos de diseminación de los organismos genéticamente modificados tanto en el ámbito restringido de los laboratorios como en el más general del medio ambiente.

El peligro que suponía la posibilidad de forzar las barreras de las especies, de crear quimeras, de modificar artificialmente los ecosistemas, de acrecentar la patogeneidad de las bacterias e incluso de intervenir sobre el hombre, originó un movimiento de temor y de rechazo².

Dos conceptos claves surgen en el horizonte como manifestación de las preocupaciones generadas: el del riesgo biológico (*bio-hazards*) y el de bioseguridad (*bio-safety*), que apuntan a dos momentos distintos.

El concepto de riesgo biológico se refiere a los riesgos que puede importar el escape de OGM en los laboratorios. Fue el primero en aparecer a principios de los años setenta. El segundo que específicamente apuntaba a los riesgos derivados de la dispersión de los OGM al medioambiente, aparece a mediados de los años ochenta y se orienta —en un espectro más amplio— a la protección del medioambiente en su más amplia acepción.

La irrupción de la ingeniería genética y de las primeras experiencias en laboratorio movilizó a los científicos, los que en-

¹ J. ORTÍN, en P. GARCÍA BARRENO (org), *50 Años de ADN. La doble hélice*, Ed. Espasa, Madrid, 2003, p. 164.

² F. GROS, *L'ingenierie du vivant*, Ed. Odile Jacob, París, 1990, prólogo.

tre el 22 y el 24 de enero de 1973 realizaron lo que se conoce como la Primera Conferencia de Asilomar, dedicada a estudiar los peligros de la investigación biológica y a la elaboración de recomendaciones sobre la dirección del trabajo experimental.

Tiempo después, la denominada Conferencia de Gordon, dedicada a la discusión sobre los ácidos nucleicos, envió comunicaciones a la Academia Nacional de Medicina de Estados Unidos y elaboró un documento que publicara *Science* donde se expresan beneficios y riesgos de las nuevas técnicas. Entre éstas, la producción de virus animales a gran escala, la producción de varios tipos de plásmidos híbridos o de virus con propiedades biológicas imprevisibles, organismos híbridos que pueden resultar peligrosos para los trabajos de laboratorio y público en general³.

Como consecuencia de ello se designó una comisión a cuyo frente se puso a PAUL BERG, la que discutió la posibilidad de una moratoria. Las opiniones se dividieron entre los que en nombre de la inalienable libertad de investigación científica, sostuvieron que ésta no podía ser limitada ni voluntaria ni compulsivamente, y los que familiarizados con la protección dispensada a los seres humanos sujetos a experimentación biomédica, creían poder ampliar este precedente de regulación ética a toda la biología.

A pesar que la Conferencia de Asilomar fue un evento limitado a biólogos especializados, tuvo gran repercusión e importó un hito fundamental en la regulación de la biotecnología⁴.

Finalmente en la segunda reunión de Asilomar (febrero de 1975) se aprobó una moratoria.

En Asilomar II se contemplaron dos definiciones respecto a riesgo asociado con el ADN. Los científicos más radicales pro-

³ F. CASCAIS, *Las notas de Madame. Incertidumbre, riesgo y precaución*, en M. CASADO/M. BUXO (coord.), *Riesgo y Precaución. Pasos hacia una ética ambiental*, Publicaciones del CSIC, Barcelona, 2004 (en prensa).

⁴ TELLES DE ALMEIDA/SILVA VALLE, *Biosegurança no ano 2010: o futuro em nossas maos?*, en *Bioética*, vol. VII, núm. 2, Brasília, 1999, p. 199.

pusieron ordenar los experimentos conforme con el grado de desconocimiento respecto a sus posibles consecuencias. Un grupo de virólogos propuso una definición distinta basada en la clasificación utilizada en la virología del cáncer; propuesta finalmente aprobada⁵.

La moratoria identificó a tres tipos de experimentos portadores de diferentes grados de incertidumbre, formulándose recomendaciones específicas para cada uno de ellos. En el primer grupo se incluían los experimentos portadores de riesgo de propagación ambiental de estirpes de organismos resistentes a antibióticos y de invasión al medioambiente, de bacterias portadoras de nuevas toxinas; en el segundo se encontraban los experimentos respecto a los cuales existía incertidumbre sobre el desarrollo de tumores en los investigadores expuestos a virus tumorales de animales infectados; y en el tercer grupo se planteó la incertidumbre acerca de la inocuidad de la recombinación aleatoria de secuencias de ADN animal o virus tumorales y a su implantación en bacterias coliformes que infectan a seres humanos. Recomendó atrasar los experimentos relativos al primero y segundo grado hasta una mejor evolución de sus peligros y recomendó precaución con relación al tercero⁶.

Frente a esta reacción, los Institutos Nacionales de Salud de los Estados Unidos crearon el Comité RAC (*Recombinant DNA Advisory Committee*), cuyo principal objetivo fue el de elaborar unas directrices sobre seguridad.

Estas directrices se dieron a conocer en junio de 1976 y se elaboraron en base a dos conceptos básicos: confinamiento físico y confinamiento biológico.

Para el primer concepto se clasificaban los laboratorios según las medidas de seguridad sugeridas (clausura del aire, presión de aire negativa, ropas especiales) en las categorías de P1 a P4.

Con relación al confinamiento biológico se recomendó dise-

⁵ J. LÓPEZ CEREZO / J. L. LUJÁN, *Ciencia y política de riesgo*, Alianza, Madrid, 2000, p. 142.

⁶ F. CASCAIS, op. cit.

ñar organismos huéspedes y vectores que no pudieran sobrevivir fuera del laboratorio⁷.

Bajo la coordinación de la OCDEE, se constituyó un grupo de trabajo que produjo un informe titulado *Recombinant DNA Safety considerations*. A su impulso diversos países dictaron normas sobre bioseguridad referidas a investigación, desarrollo y liberación al medioambiente de organismos genéticamente modificados, destinadas a la protección de la salud humana y el medioambiente.

Estas normas estaban dirigidas a orientar a las instituciones públicas o privadas que investigan, utilizan o manipulan OGM's, con el fin de evitar los riesgos propios de la actividad.

Los pasos iniciales dados en esta materia pusieron de manifiesto algunos temas centrales que resultan muy útiles para analizar y valorar su posterior evolución. Como logros efectivos destacamos:

a) Constituyó un intento de la propia comunidad científica orientado a la autorregulación en un tema que ya se visualizaba como muy relevante: los riesgos propios que aparejaba la utilización de las técnicas de ADN recombinante;

b) Constituyó igualmente un intento de cerrar el debate en el ámbito científico evitando la invasión de otros cuerpos y procurando dar una respuesta necesaria a la sociedad, que ya había percibido la potencialidad de los riesgos vinculados a la experimentación con ADN recombinante;

c) Apuntó a centralizar el análisis de los riesgos en el ámbito puramente biológico y no específicamente en el biológico-molecular, dejando de lado el impacto ecológico y social. De esta forma el tema quedaba focalizado en manos de biólogos moleculares y microbiólogos.

CASCAIS destaca como consecuencia de orden general, que la aceptación de la incertidumbre —base y punto de partida de los movimientos habidos entre los años 1973 y 1976— implica necesariamente un doble reconocimiento a otro nivel:

⁷ J. LÓPEZ CEREZO/J. L. LUJÁN, op. cit., p. 142.

a) La admisión de la no-linealidad del conocimiento de producción cognitiva; esto es, un conocimiento que no se limita al consenso entre peritos, sino a la discusión y conflicto sobre racionalidades;

b) La admisión de la no-neutralidad axiológica del proceso de producción cognitiva, o sea de la problemática de hacer ciencia que levanta cuestiones éticas por sí mismas y no sobre el momento de su aplicación⁸.

Con este cuadro pareció estabilizarse el debate hasta la década de los ochenta, en la que nuevamente se instala con la idea de reforzar la aplicación de pautas de seguridad.

Tal como lo refiere GROS, pese a que pareciera haberse aplacado el «gran temor» suscitado por las manipulaciones genéticas, el problema seguía presente, sólo que había cambiado su naturaleza. La utilización de procedimientos de ADN recombinante en la actividad terapéutica, en la agricultura, en la industria, implica un enfoque muy diferente al que prevaleció en etapas anteriores, que se caracteriza por ser más concreto y más económico. La atención se centra ahora sobre todos los bienes y servicios que la ingeniería genética puede producir⁹. El esfuerzo inicial por entender la cuestión en el ámbito reducido de la comunidad científica fue efímero y al poco tiempo el tema trascendió al debate social y político e inundó a otras ramas del saber (ecología, bioética, sociología, antropología, etc.), dando nacimiento a la bioseguridad.

La bioseguridad —conforme lo entiende la Comisión de Bioseguridad de la Fundación Osvaldo Cruz— es el conjunto de acciones orientadas a la prevención, disminución o eliminación de los riesgos inherentes a las actividades de investigación, producción, enseñanza, desarrollo tecnológico y prestación de servicios; riesgos que pueden comprometer la salud del hombre, de los animales, el medioambiente o la calidad de los trabajos desarrollados¹⁰.

⁸ F. CASCAIS, op. cit.

⁹ F. GROS, op. cit., prólogo.

¹⁰ F. R. SCHRAMM, *Bioética e Biosegurança*, en *Conselho Federal de Medicina: Iniciação a bioética*, Brasília, 1998, p. 223.

2. Los riesgos de la moderna biotecnología

Para tomar una definición de general aceptación nos remitimos al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica.

El mismo establece que por «biotecnología moderna» se entiende la aplicación de:

a) Técnicas *in vitro* de ácidos nucleicos, incluidas el ADN recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u orgánulos;

b) La fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción y selección tradicional.

Pues bien, a esta altura de la exposición cabría interrogarse acerca de si la biotecnología moderna constituye una actividad riesgosa, y en su caso cuáles son las características y los alcances de tales riesgos.

No constituye un secreto el destacar que la revolución generada por la biotecnología moderna implica uno de los hitos fundamentales de la irrupción de las tecnociencias en el siglo que dejamos.

Tal como agudamente apunta GROS, el hombre se ha convertido realmente en un ingeniero que puede manejar la variabilidad y la riqueza biológica. Se trata de toda una nueva era cultural cuyos rasgos tenemos que empezar a esbozar¹¹. En esta dirección, F. SCHRAMM observa que la *praxis* del hombre contemporáneo mudó de escala, logrando objetivos nunca vistos antes: ya no se limita a la «reforma» del mundo externo, sino que alcanza a las propias estructuras de la materia y de la vida, incluso la estructura de la vida humana¹².

No sólo se han hecho significativos aportes a la ciencia básica, traducidos en mayor y mejor conocimiento de las bases moleculares de la herencia, sino que se ha avanzado en múlti-

¹¹ F. GROS, op. cit., prólogo.

¹² F. SCHRAMM, op. cit., p. 218.

ples aplicaciones de estos nuevos conocimientos en diversas áreas de la actividad humana: medicina, alimentación, agricultura, ganadería, bioremediación, etc.

Es indudable que se ha incorporado al acervo cultural y científico de la humanidad un caudal de conocimientos notable, lo que permitirá reforzar el dominio de nuevas técnicas e influir en diversas áreas de la vida.

Estos son conocimientos recientes, algunos de ellos seguramente serán abandonados o reemplazados por otros en el continuo devenir de la ciencia, pero que paralelamente nos alertan acerca de lo mucho que nos falta por conocer.

En biología los cambios pueden tardar un tiempo en manifestarse y esto nos debe mover a realizar una profunda reflexión.

Estamos en el dominio de las ciencias de la vida y no podemos razonar de la misma forma que podíamos hacerlo ante un fenómeno físico. La complejidad de un mundo dominado por los principios de evolución y de interacción mueve a otros planteos.

Las interferencias en la información genética de un individuo —sea microbiano, animal o vegetal— incorporando una función o excluyéndola puede llevar a que en forma inmediata se logre el efecto pensado y que éste se mantenga durante un lapso más o menos largo. Puede que esto no afecte en el mismo lapso las demás funciones del organismo huésped y puede también que no se perciban cambios en el biosistema en que se desenvuelve la vida del sujeto.

Pero no cabe caer en la ingenuidad de pensar que lo observado u observable constituye un resultado inmodificable perpetuo: razonar de esta forma importa desconocer el mundo de la biología y dejarnos llevar por la fascinación de un resultado logrado.

Los genes no constituyen unidades de información aisladas, cual si fueran compartimentos estancos. Interactúan permanentemente entre sí y con los demás elementos de la célula, lo que puede razonablemente movernos a pensar que el re-

sultado inicial podrá sufrir mutaciones, al igual que el impacto del organismo modificado en su hábitat.

Más allá de lo impresionante de estos avances y de sus resultados inmediatos, esto apunta básicamente hacia una profundización de nuestra inseguridad. Ante el trasfondo de la creciente falta de saber que acompaña la modernización del conocimiento, la toma de decisiones en condiciones de desconocimiento se plantea como un problema ineludible¹³.

BECK, un crítico mordaz, de la que denomina «la sociedad del riesgo global» considera que el carácter revolucionario de los nuevos riesgos rompe con la lógica tradicional del control en un triple sentido:

a) Por la globalidad de los riesgos (no sólo en el caso de la difusión global de las sustancias genéticamente modificadas);

b) Por la posibilidad de esquivar a nivel transnacional los controles nacionales; y

c) Por lo reversible de la falta de certeza de los diagnósticos del riesgo¹⁴.

Ante este cuadro, las sociedades modernas no pueden quedar presas de los dictámenes o de las evaluaciones de los científicos o técnicos. Esta función debe ser ampliada al conjunto de la sociedad, que es la que en definitiva soportará los efectos adversos de experimentos novedosos.

No se trata aquí de satanizar los logros de la moderna biotecnología, o de querer poner trabas al progreso de la ciencia, sino simplemente de tomar en cuenta los datos de la realidad derivados del carácter y contenido de las tecnologías modernas.

LÓPEZ CEREZO y LUJÁN destacan las diferencias sustanciales entre las tecnologías modernas y las técnicas artesanales del pasado:

- Constituyen sistemas complejos en el sentido de PERROW, en

¹³ U. BECK, *La dinámica política de los conflictos de riesgo*, en AA., *Tecnología genética*, Ed. Trilce, Montevideo, 2000, p. 9.

¹⁴ U. BECK, op. cit., p. 10.

los que además participan activamente una diversidad de actores (científicos, políticos, empresarios).

- Son con frecuencia de carácter abierto (no hay certidumbre acerca de las probabilidad de aprovechamiento o daño);

- Tienen consecuencias imprevisibles (catastróficas por su gran magnitud a largo plazo, como un accidente nuclear, o bien por su carácter acumulativo a través de pequeñas dosis, por ejemplo el efecto invernadero)¹⁵.

La biología moderna participa de estas características.

Más allá de las interesadas posturas respecto de la absoluta inocuidad de la liberación al medioambiente de organismos genéticamente modificados y de las frecuentes declamaciones de científicos involucrados en el tema, cabe sostener con BECK que la ética científica exige exponer las dudas que marcan el estado de la ciencia ante un público amplio. Reconocidos científicos de renombre desconocen esta responsabilidad cuando emiten sus declaraciones. Seguramente el conflicto del riesgo no llegará a su fin si se respeta esta forma de proceder, pero podrá servir a menudo para iniciar un debate impostergable que apunte a redefinir y esclarecer las relaciones entre la ciencia, la economía y la democracia¹⁶.

Lo hasta aquí visualizado es suficiente —a nuestro juicio— para sostener que la biotecnología moderna constituye una actividad generadora de riesgos.

No se trata en este caso de reiterar como una muletilla, que toda actividad humana es generadora de riesgos y que por tanto el riesgo cero no existe.

En definitiva este tipo de argumentación lleva a negar la existencia de grandes áreas de incertidumbre y paralelamente a aplazar indefinidamente la toma de decisiones sobre gestión y política de riesgo con grave amenaza a bienes colectivos.

El riesgo se centra precisamente en la incertidumbre científica y en consecuencia su reconocimiento debe constituir el pun-

¹⁵ J. CEREZO/J. L. LUJÁN, op. cit., p. 136.

¹⁶ U. BECK, op. cit., p. 17.

to de partida para el debate democrático y para la implementación de políticas adecuadas de gestión.

Cuanto más avanzan las posibilidades de aplicación de la biotecnología, también se sofistican las formas de análisis del riesgo biológico, el cual actualmente es estudiado y presentado como análisis de riesgo, gerenciamiento del riesgo e información del riesgo¹⁷.

La circunstancia comprobada de que se han dictado normas de diverso tipo en la mayor parte de los países para autorizar y controlar la liberación de OGM al medioambiente constituye la prueba más cabal del reconocimiento de la biotecnología moderna como actividad riesgosa.

A esto debemos adicionar una circunstancia que no puede pasar inadvertida. La cada vez creciente privatización de la investigación en esta área hace que la opinión pública tenga mayores cuestionamientos éticos y una sensación generalizada de desconfianza hacia los investigadores, lo que acentúa la necesidad no sólo de afinar el análisis del riesgo, sino de someter todas estas actividades a un debate público que ubique a la sociedad en el centro del interés a tutelar.

3. El principio de precaución como elemento orientador en la elaboración de políticas de gestión del riesgo

La magnitud y relevancia de los riesgos que acompaña a las nuevas tecnologías motivó un cambio profundo en los instrumentos orientados a la gestión de los riesgos.

Ni la previsión ni la prevención resultan adecuados para enfrentar riesgos vinculados a situaciones de incertidumbre científica considerable.

La previsión es contemporánea a una ignorancia de áleas de la existencia del riesgo, mientras que la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y medir, que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia¹⁸.

¹⁷ TELLES DE ALMEIDA/SILVA VALLE, op. cit., p. 199.

¹⁸ E. EWALD, *Le retour du malin genie. Esquisse d'une philosophie de la pré-*

La precaución enfrenta a otra naturaleza de incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos en sí mismos.

De esto podemos establecer una diferencia que deviene en medular en el debate social de nuestros días: mientras la prevención es un asunto de expertos confiados a sus saberes, la precaución es un tema que compete a la sociedad y debe ser gestionada en su seno para orientar la toma de decisiones políticas sobre asuntos que comprometen bienes comunes.

A esta altura de la exposición conviene destacar que cuando hablamos de precaución estamos aludiendo a un concepto novedoso y no a una virtud que debe presidir la conducta humana: obrar con cuidado, obrar con atención.

Señalamos esto por cuanto resulta frecuente en los debates invocar que la precaución constituye una conducta conocida y valorada desde antiguo, que —como norma general— debe presidir los actos de la vida; lo que implicaría montarnos sobre criterios ya suficientemente decantados.

Esto no es así; se trata de dos ideas que comparten un mismo vocablo pero que apuntan a situaciones distintas, modeladas en tiempos distintos.

Cuando hablamos de precaución, principio precautorio o principio de cautela en el ámbito generado por las nuevas tecnologías (biotecnologías, energía atómica, etc.) nos estamos refiriendo a algo muy preciso y concreto.

Tal como lo destaca en su introducción del informe al Primer Ministro, KOURILSKY y VINEY, inscripto en el cuadro de la prudencia, el principio de precaución consagra la exigencia social de un refuerzo de la prevención y de una aplicación inédita de instrumentos de la prevención a riesgos potencialmente graves e irreversibles, pero cuyas probabilidades de realización son pocas y mal conocidas. Las convergencias entre precaución, prevención y prudencia podrán justificar que se reemplace el principio de precaución por un principio de prudencia que englobaría precaución y prevención¹⁹.

caution, en O. GODDARD, *Le principe de précaution*, INRA, París, 1997, p. 121.

¹⁹ P. KOURILSKY/G. VINEY, *Le principe de précaution: Rapport au Premier Mi-*

La precaución puede ser caracterizada como el principio según el cual la ausencia de certidumbre —tanto en la órbita científica como en la técnica— acerca de la existencia de un riesgo vinculado a una determinada acción humana no puede conducir al retraso o a la no adopción de medidas eficaces y proporcionadas tendientes a evitar daños graves e irreversibles a bienes comunes (medioambiente, salud humana y animal, etc.).

Conforme lo puso de manifiesto la Comunicación de la Comisión Europea, el principio de precaución no puede en ningún caso legitimar una toma de decisión de naturaleza arbitraria²⁰.

La recurrencia de este principio presupone, a juicio de la Comisión:

a) La identificación de los efectos potencialmente negativos derivados de un fenómeno, de un producto o de un procedimiento;

b) Una evaluación científica, que en razón de la insuficiencia de los datos, de su carácter no concluyente, o de su imprecisión, no permita con exactitud advertir el riesgo en cuestión.

Como estándar nuevo que pertenece a la categoría cognoscitiva y normativa se inscribe en una línea de cambios ligada por una parte a la aproximación de los riesgos individuales y colectivos, y por otra parte a las transformaciones de las prácticas sociales en materia de difusión y respuesta a la aceptación del riesgo²¹.

¿Cuál es su real campo de acción?

A nuestro modo de ver el principio precautorio es a la vez:

a) Un principio jurídico;

b) Un instrumento de acción política para la gestión de los

nistre, Ed. Odile Jacob, París, 2000, p. 21.

²⁰ Commission des Communautés Européennes: *Communication de la Commission sur les recours au principe de précaution*: COM (2000 1).

²¹ P. LESCOUNE, *La précaution: un nouveau standard de jugement*, en *Esprit*, noviembre, 1997, p. 132.

riesgos;

c) Un principio ético adaptado a la realidad que presentan las nuevas tecnologías.

Pasamos a fundar este esquema.

Las implicancias de todo orden que conlleva la aceptación del principio hacen que haya sido objeto de acerbos críticas por parte de quienes desean reducir al mínimo su campo de actuación.

Para algunos el principio de precaución sólo tendría valor proclamatorio; posición sostenida por los Estados Unidos y Canadá en el caso de las carnes bovinas con hormonas. Para los Estados Unidos es un simple concepto que puede variar según el contexto, y para Canadá un principio simplemente emergente.

En doctrina O. GODDARD niega su carácter jurídico. A su juicio se trata de lo que ciertos juristas llaman un «estándar jurídico», es decir una norma que debe ser completada por informaciones ajenas al derecho para producir efectos jurídicos. La prueba estaría dada por el hecho que dicho principio no tiene un contenido unívoco.

Esta postura a juicio de Boy refleja un conocimiento imperfecto del sistema jurídico. Tal como se destaca en trabajos recientes, el sistema jurídico se caracteriza por su apertura cognitiva y su cerramiento normativo. Es decir que aunque la norma jurídica deba su validez a su conformidad con otras normas jurídicas —cerramiento normativo— se constituye en base a ciertos hechos y para esta construcción, recurre a elementos de otros sistemas, ya sea la moral, la economía o las llamadas ciencias duras (apertura cognitiva). El estándar jurídico corresponde totalmente a este esquema en el sentido que es una referencia de juicio que deja abiertas las posibilidades de interpretación mediante el recurso a otros conocimientos²².

La expresión «principio jurídico» ha sido utilizada con diversos significados. En cuanto a los contenidos, según lo expre-

²² L. Boy, *El principio de precaución: de la moral al derecho*, en *Mundo Científico*, núm. 209, Año 2000, p. 84.

sa J. RUIZ MANERO, el uso central hace referencias a las acepciones: norma, que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, sector del mismo o institución; o norma programática; o directriz²³.

Precisamente en este caso destacamos que la precaución es una norma programática, una directriz para la actuación de los poderes públicos cuando son llamados a tomar decisiones en situación de incertidumbre científica sobre temas que pueden afectar bienes comunes colocados en la cima de los valores sociales (vida humana o animal, salud, medio ambiente).

La Sentencia del 26-11-02 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que estamos en presencia de un principio general del derecho comunitario que impone a las autoridades competentes la obligación de adoptar las medidas apropiadas con vista a prevenir ciertos riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, otorgando a las exigencias ligadas a la protección de estos intereses primacía por sobre los intereses económicos²⁴.

Junto a la consideración del principio como instrumento apto para la gestión del riesgo por parte de los poderes públicos, cabe destacar su profunda vinculación con la ética.

Desde este ángulo de mira, cabe adscribir el principio precautorio a la ética de la responsabilidad, que tuvo en HANS JONAS uno de sus más lúcidos exponentes.

En *El principio de responsabilidad* JONAS señala que bajo el signo de la tecnología, la ética tiene que ver con acciones —si bien ya no es del sujeto individual— de un alcance causal que carece de precedentes y que afecta al futuro; a ello se añaden unas capacidades de predicción incompletas como siempre, pero que superan todo lo anterior. Está además la evidente magnitud de los efectos remotos y también a menudo su irre-

²³ J. RUIZ MANERO, *Principios jurídicos en AA.*, *El derecho y la justicia*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, p. 149.

²⁴ Cit. en E. LEIRE ESCAJEDO, *Revocación de las autorizaciones relativas a OMG's al amparo del principio de precaución (con especial atención a la doctrina del TJCE)*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 18, Bilbao, 2003, p. 139.

versibilidad. Todo ello coloca a la responsabilidad en el centro de la ética, dentro de los horizontes espacio-temporales proporcionales a los actos²⁵.

Para tratar de restarle trascendencia se ha querido utilizar la expresión «enfoque precautorio» en lugar de «principio precautorio».

Esta acepción de «enfoque precautorio» fue preconizada por las dos principales consultoras norteamericanas que se dedican a la «gestión de crisis», aduciendo que «está aumentando la preocupación por el principio de precaución, tal y como lo impulsan grupos de activistas en Estados Unidos y en Europa, representando una seria amenaza contra la ciencia rectamente entendida (*sound science*), el comercio mundial, la libertad de los consumidores y el progreso tecnológico». Sus conclusiones aconsejan que pueda comercializarse cualquier producto mientras no se demuestre positivamente que es nocivo²⁶.

El querer desmerecer o quitar efectividad al principio en la actual coyuntura tecnológica implica, a nuestro entender, un grave despropósito.

Esto —en la actual coyuntura tecnológica— implica un grave despropósito.

Con toda razón BECK se pregunta ¿quién —qué instancia o autoridad social decide— y cómo —si un producto y sus efectos secundarios resultan peligrosos o inofensivos—?

¿En quién recae la responsabilidad?, ¿En los generadores y beneficiarios de los riesgos, en los efectivos o potencialmente afectados por los riesgos, o en determinados sectores públicos? ¿Qué se considera una «prueba suficiente»? ¿Cómo definirla en un mundo en el cual todo saber en torno a los peligros y riesgos se rige necesariamente por los parámetros de la teoría de las probabilidades, además de originarse en la imposibilidad de saber?²⁷.

²⁵ H. JONAS, *El principio de responsabilidad*, cit., prólogo.

²⁶ Cit. en J. RIECHMANN/J. TICKNER (coord), *El principio de precaución*, Ed. Icaria, Barcelona, 2002, p. 8.

²⁷ U. BECK, op. cit., p. 15.

Atrasar la decisión política sobre aceptabilidad de determinado proceso o producto puede tener graves consecuencias no sólo para los pobladores del mundo actual, sino para generaciones futuras.

Mientras que los beneficios de un proceso productivo —en opinión de LÓPEZ CEREZO y LUJÁN— son inmediatos para la gente, los costos pueden ser trasladados en el tiempo de tal modo que deberán ser amortizados por las generaciones venideras. Estas «víctimas» en cualquier caso no tienen capacidad ni de litigar ni de votar, por lo que difícilmente se van a emprender medidas para evitar su perjuicio o para compensarlo²⁸.

En la citada Sentencia del 26-11-2002 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que el principio de cautela «constituye el corolario en particular, del principio de primacía de las exigencias ligadas a la protección de la salud pública frente a los intereses económicos».

Ni aún en los problemas creados por la contaminación ambiental, cuya relación causa-efecto es conocida e indiscutible (v.gr. la proliferación de gases con efecto invernadero), podremos advertir una postura racional que privilegie el bien común por encima de los intereses sectoriales de las industrias contaminantes. El destino del Protocolo de Kioto y la terca postura de Estados Unidos y Rusia nos ofrecen una muestra clara del empecinamiento en no visualizar los datos de la realidad y menos aún de reflexionar sobre incertidumbres respecto de daños futuros.

Fruto de la acción de sectores contestatarios fue la redacción final del Protocolo de Cartagena, en cuyos considerandos se expresa: «reafirmando el enfoque de precaución que figura en el principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo» y luego en el artículo 1 «de conformidad con el enfoque de precaución que figura en el principio 15 [...]».

¿Qué significado atribuir a la expresión «enfoque precautorio»? En el artículo 3 del Protocolo al definir los términos utilizados no se lo incluye, pero en el artículo 10 (Procedimiento

²⁸ J. LÓPEZ CEREZO/J. L. LUJÁN., op. cit., p. 136.

de adopción de decisiones) en su inciso 6 se caracteriza el principio precautorio de conformidad con el significado que usualmente se le atribuye; y en el Anexo III (Evaluación del Riesgo) se emplea el mismo criterio en los incisos 3, 4, 7 y 8f; lo que pone de manifiesto que pese al esfuerzo dialéctico en los hechos «enfoque» y «principio» son términos equivalentes.

Las instituciones europeas se inclinan por considerarlo como principio general de derecho, inspirador de los gestores del riesgo en áreas vinculadas con la salud o el medio ambiente²⁹.

¿Cómo funciona la precaución?

Tal como lo hemos referido, existe una marcada tendencia a querer impedir o amortiguar la aplicación del principio precautorio, ante su creciente adopción en acuerdos y tratados, incluso en legislaciones nacionales.

BOURG y SCHLIEGER marcan cuatro argumentos utilizados para desmerecer su relevancia:

a) La precaución exige la inversión de la carga de la prueba. Ello no surge de los enunciados normativos que hasta el presente han acogido el principio, ni por otra parte puede inferirse de los mismos. Simplemente éstos apuntan a la toma de decisiones de gestión de riesgos en un clima de incertidumbre científica³⁰.

Simplemente uno de los efectos que se le atribuyen al principio de precaución consiste en justificar no una alteración de la carga de la prueba, sino en aliviarla en beneficio de las personas expuestas al riesgo.

b) La precaución equivale a una exigencia de riesgo cero. Tampoco esto puede inferirse de sus enunciados.

Tal vez lo que se desea mostrar es una exigencia extrema para dar rienda suelta a las quejas de los sectores económicos que se ven afectados por su aplicación.

²⁹ Cit. en E. LEIRE ESCAJEDO, op. cit., p. 142.

³⁰ D. BOURG/J. SCHLEGER, *Parer au risques de demain*, Ed. Seouil, París, 2000, p. 157.

versibilidad. Todo ello coloca a la responsabilidad en el centro de la ética, dentro de los horizontes espacio-temporales proporcionales a los actos²⁵.

Para tratar de restarle trascendencia se ha querido utilizar la expresión «enfoque precautorio» en lugar de «principio precautorio».

Esta acepción de «enfoque precautorio» fue preconizada por las dos principales consultoras norteamericanas que se dedican a la «gestión de crisis», aduciendo que «está aumentando la preocupación por el principio de precaución, tal y como lo impulsan grupos de activistas en Estados Unidos y en Europa, representando una seria amenaza contra la ciencia rectamente entendida (*sound science*), el comercio mundial, la libertad de los consumidores y el progreso tecnológico». Sus conclusiones aconsejan que pueda comercializarse cualquier producto mientras no se demuestre positivamente que es nocivo²⁶.

El querer desmerecer o quitar efectividad al principio en la actual coyuntura tecnológica implica, a nuestro entender, un grave despropósito.

Esto —en la actual coyuntura tecnológica— implica un grave despropósito.

Con toda razón BECK se pregunta ¿quién —qué instancia o autoridad social decide— y cómo —si un producto y sus efectos secundarios resultan peligrosos o inofensivos—?

¿En quién recae la responsabilidad?, ¿En los generadores y beneficiarios de los riesgos, en los efectivos o potencialmente afectados por los riesgos, o en determinados sectores públicos? ¿Qué se considera una «prueba suficiente»? ¿Cómo definirla en un mundo en el cual todo saber en torno a los peligros y riesgos se rige necesariamente por los parámetros de la teoría de las probabilidades, además de originarse en la imposibilidad de saber?²⁷.

²⁵ H. JONAS, *El principio de responsabilidad*, cit., prólogo.

²⁶ Cit. en J. RIECHMANN/J. TICKNER (coord), *El principio de precaución*, Ed. Icaria, Barcelona, 2002, p. 8.

²⁷ U. BECK, op. cit., p. 15.

Es atendible que el riesgo sea inherente a la actividad humana, pero la sociedad del riesgo global lo ha universalizado y potenciado a extremos insoportables, que tornan necesaria una postura acorde con su dimensión.

c) La precaución no implica más que la prevención. Aquí se minimizan los alcances tratando de mostrar que nada cambia y que sus postulados son conocidos desde siempre.

Sobre el particular cabe aquí reiterar que existe prevención cuando el nivel de riesgo es conocido y podemos tomar medidas efectivas para neutralizarlo, y que por el contrario la precaución apunta a niveles de incertidumbre sobre el saber científico, lo que equivale operar a ciegas.

d) La precaución llama a la abstención. He aquí otro argumento efectista del cual podría llegar a inferirse que el principio es contrario al progreso de la ciencia y de la técnica.

La acción en esta nueva línea de pensamiento consiste en tomar las medidas de gestión de la incertidumbre, y en este sentido bien puede utilizarse la acepción «inacción» —parálisis de la acción— para designar el comportamiento empresarial y gubernamental que observa la continuidad de acciones sospechadas de peligro sin arbitrar las medidas conducentes a evitar el daño³¹. Tal como lo destaca LUCHMAN, en el mundo moderno el no decidir es también una decisión³².

4. La toma de decisiones en un clima de incertidumbre

La toma de decisiones en un clima de incertidumbre científico respecto a la aceptación de un proceso o un producto implica la asunción de responsabilidades que no plantean de común las tecnologías clásicas.

Un dato importante a tomar en consideración es el factor tiempo: la incertidumbre en este campo —conforme lo enseña

³¹ M. A. HERMITTE/C. NOUVILLE, *La disémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement: une première application du principe de prudence*, en *RJE - 3*, 1993, p. 391.

³² N. LUCHMANN, *El concepto de riesgo* en A. HIDDENS/Z. BAUMAN/N. LUCHMANN/U. BECK, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1996, p. 149.

EWALD— reside en gran parte en el peligro de demora entre la causa y la manifestación del daño; ya que el retraso entre uno y otro puede ser considerable. Las hipótesis de la precaución apuntan precisamente a la toma de conciencia sobre las consecuencias derivadas de la dilación en el tiempo de las medidas orientadas a gestionar el riesgo³³.

En los campos en que se mueve la precaución (vida, salud, medio ambiente, etc.) la acumulación de conocimiento en estas últimas décadas es espectacular, pero del mismo modo el campo de la incertidumbre se ha dilatado sin que se puedan hallar respuestas atendibles a innumerables cuestiones. La ciencia —en definitiva— incrementa nuestros poderes y nuestras capacidades, sin reducir la incertidumbre que genera.

Tenemos conciencia que muchas de las tecnologías que incorporamos al acervo social no sólo pueden tener efectos negativos sobre los hombres del presente, sino que éstos pueden manifestarse en generaciones futuras. La dimensión de los cambios operados motivó que se recurra a la ética de la responsabilidad preconizada por HANS JONAS, que toma en consideración tanto a los hombres del presente como a los que habrán de sucedernos en el futuro³⁴.

La incertidumbre admite ser analizada diferenciando varias clases y fuentes³⁵.

En primer término tenemos la incertidumbre de la técnica que deriva de los datos incompletos, resultados ambiguos o variabilidad del sistema de expertos utilizados. Con reiterar el ensayo es posible vencer a la incertidumbre.

Junto a la incertidumbre técnica cabe considerar a la incertidumbre metodológica que apunta a la falta de confianza-

³³ E. EWALD, op. cit., p. 115.

³⁴ H. JONAS, *El principio de responsabilidad: ensayos de una ética para la civilización tecnológica*, Ed. Herber, Barcelona, 1994, en especial, Capítulos II y IV.

³⁵ K. BARRET/C. RAFFESPERGER, *From principle to action: applying the precautionary principle to agricultural biotechnology* en *International Journal of Biotechnology*, vol. IV, núm. 1, 2002, p. 4.

lidad de ciertos modelos para representar en forma precisa el sistema en estudio; y también la incertidumbre epistemológica derivada de la confluencia de sistemas biológicos, ecológicos, etc., junto a la inevitable brecha entre las condiciones cerradas de la investigación experimental y las circunstancias contingentes en que los resultados de la investigación científica son aplicados.

La hipótesis de precaución conduce a tomar en cuenta opciones reconocidas como marginales en el seno de un paradigma científico.

Las decisiones que se adopten en este terreno pueden tomar diversos caminos, que no necesariamente se traduzcan en prohibiciones.

De los caminos a explorar podemos señalar:

a) Búsqueda consciente y sistemática de soluciones alternativas.

RIECHMANN enseña que en los asuntos humanos casi nunca es cierto que haya una sola manera de hacer las cosas para obtener el resultado apetecido; normalmente se abrirá ante nosotros un abanico de posibles caminos, cada uno de ellos con sus propias ventajas y desventajas.

Lo que sí es cierto es que en las sociedades altamente industrializadas y socialmente segmentadas como las nuestras, una vez que se emprenda un determinado camino tecnológico—sobre todo si se habla de soluciones *high-tech*— las presiones para no abandonar el camino serán muy fuertes. Por ello resulta fundamental la exploración de alternativas en los estadios tempranos del proceso, antes de que se haya procedido a ningún encarrilamiento económico y tecnológico, cuando todo el abanico de posibles vías de avance son practicables³⁶.

La búsqueda de alternativas es una metodología ampliamente aceptada. Así v. gr. la ley nacional de políticas Ambientales de los Estados Unidos exige del gobierno federal que inves-

³⁶ J. RIECHMANN/J. TICKNER (coord), op. cit., p. 27.

figue posibles alternativas en la declaración de impacto ambiental, incluyendo una alternativa de no acción.

Obviamente que la búsqueda de alternativas tiene que ver con la honestidad e imparcialidad de la autoridad encargada de la gestión de riesgo, al priorizar bienes comunes.

b) Prohibiciones y eliminaciones graduales.

La prohibición o eliminación gradual de algo puede —a juicio de RIECHMANN— considerarse como la acción precautoria de mayor peso.

Al menos ochenta países prohíben la producción o el uso de un reducido número de sustancias altamente tóxicas. Estos países ven en las prohibiciones y eliminaciones graduales la única manera de eliminar el riesgo de accidentes o enfermedades causadas por productos químicos muy tóxicos o actividades peligrosas.

c) La intensificación de la investigación.

Según la naturaleza de la tecnología o del producto en cuestión, la aplicación del principio precautorio o de cautela puede llamar a intensificar la base experimental en función de la cual se pretende incorporar el proceso o el producto al mercado.

La decisión puede apuntar a extender el campo experimental o a prolongar las experiencias en el tiempo a fin de poder apreciar desde una perspectiva más amplia la evolución del daño temido.

d) Moratoria.

Si existe un nivel alto de incertidumbre sobre los efectos negativos para la salud o el medio ambiente de una determinada tecnología, la aplicación del principio precautorio puede llevar a establecer una moratoria, sea hasta la verificación de ciertos datos o simplemente por un tiempo determinado.

Este criterio fue aplicado por la Unión Europea en materia de cultivos de variedades transgénicas.

e) La prolongación de los controles en el tiempo.

El seguimiento es un proceso que incorpora la Directiva Eu-

ropea 90/220 sobre Regulación de OGM's que va más allá de los requerimientos originales de evaluación. En la práctica desaparece la idea de poder cerrar definitivamente la evaluación de los OGM.

Según lo entienden LUJÁN y OLIVER TODT, equivale a una redefinición de precaución que traslada parte de la responsabilidad formal de evitar efectos negativos a la fase de comercialización. Igualmente significa que los reguladores asumen el carácter experimental de la tecnología; el seguimiento —en definitiva— equivale a un análisis continuo de la aplicación de las tecnologías con el fin de poder valorar la hipótesis original de diseño, no valorable de ninguna otra forma³⁷.

Tal como puede apreciarse de esta sucinta enumeración, el principio precautorio no se agota con el establecimiento de prohibiciones irracionales, sino que ofrece vertientes adecuadas a las circunstancias que impulsan su aplicación.

Ante la disyuntiva de dejar los caminos abiertos, poblados de incertidumbre para no alterar la dinámica de actuación de los mercados y la protección de bienes comunes del más alto valor, opta por esta última alternativa.

En el mencionado documento del año 2000 la Comisión de las Comunidades Europeas fija pautas para la aplicación del principio.

En su concepto deben aplicarse los principios generales, comunes a toda medida de gestión de riesgo. Estos principios generales incluyen:

a) La proporcionalidad, que implica que las medidas basadas en el principio precautorio no sean desproporcionadas en relación con el nivel de protección buscada.

Las medidas de reducción de riesgos pueden implicar alter-

³⁷ J. L. LUJÁN/O. TODT, *Dinámica de la precaución. Sobre la influencia de los conflictos sociales en la regulación de OGM's* en IÁÑEZ PAREJA (coord.), *Plantas transgénicas: de la ciencia al derecho*, Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 141. Ver también S. D. BERGEL, *Regulación y ética en el caso de las plantas transgénicas* en E. MUÑOZ/ H. RODRÍGUEZ (eds) *Plantas transgénicas: las caras contrapuestas del progreso*, Ed. Errein, Madrid, 2004, p. 145.

nativas menos restrictivas para los cambios que permitan alcanzar un nivel de protección equivalente.

b) La no discriminación, que apunta a que situaciones comparables no sean tratadas de forma diferente, o que, inversamente, situaciones diferentes no sean tratadas de igual forma.

c) La coherencia, que implica que las medidas a adoptarse sean coherentes con las ya tomadas en situaciones similares, o con las que utilicen enfoques similares.

d) El examen de las ventajas y de las cargas resultantes de la acción o de la ausencia de acción.

Sobre el particular la Comisión sostiene que el examen de las ventajas y costos no pueden reducirse sólo a un análisis económico costo/beneficio; enfatizando en cuanto a exigencias vinculadas con la salud pública, que —conforme a la jurisprudencia de la Corte— deben reconocer indiscutiblemente un carácter preponderante en relación con las consideraciones económicas.

e) El examen de la evolución científica. Las medidas adoptadas deberán mantenerse mientras los datos científicos sigan siendo insuficientes, imprecisos o no concluyentes, en tanto el riesgo sea reputado suficientemente elevado para no aceptar que la sociedad lo apoya.

Nuevos aportes científicos deberán influir en el cambio de las decisiones; lo cual no importa vincular el cambio a un factor tiempo, sino a la evolución de los conocimientos científicos. Un ejemplo de esto lo contiene el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

f) La carga de la prueba. Las medidas basadas en el principio de precaución deben establecer una responsabilidad en materia de producción de pruebas científicas necesarias para una completa evaluación del riesgo.

La postura de la Comisión Europea sobre este particular es razonable y otorga un marco adecuado para la toma de decisiones políticas en situaciones de incertidumbre científica. Es destacable la subordinación del enfoque económico costo/beneficio a la necesidad de protección de la salud pública, criterio que aparece cuestionado en algunas legislaciones y acuer-

dos internacionales.

Aplicar el principio precautorio como fundamento de una decisión política impone una previa tarea de caracterizarlo, para no caer en un peligroso terreno de irracionalidades.

Sobre este particular el National Research Council norteamericano en un informe de 1996 titulado *Understanding Risk: informing decisions in a democratic society* señala: «que lo que caracterizó al régimen del riesgo es una síntesis y resumen de información sobre una situación potencialmente peligrosa que se ajusta a las necesidades e intereses de los responsables en la toma de decisiones y a los agentes interesados y afectados. La caracterización del riesgo es un preludio a la toma de decisiones y depende de un proceso interactivo, analítico-deliberativo»³⁸.

En este proceso la tarea de ubicar las áreas en las que se puede correr un riesgo y la de definir el carácter que éste puede asumir importa un tema central, que —desde un punto de vista político— está necesariamente unido a la asunción de responsabilidades, sea por acción o por omisión.

En el diagnóstico de la situación del riesgo es necesario escuchar a los diversos sectores sociales que pueden aportar elementos para el análisis; sean técnicos, científicos o simplemente ciudadanos preocupados por la cosa pública.

El aporte de los no especialistas —recuerdan CEREZO y LUJÁN— ha de tener a lo largo del proceso un valor sustantivo en cuanto que conocimiento valioso para resolver el problema original³⁹.

Es importante destacar que el proceso analítico-deliberativo que se promueve debe ser recíproco y recesivo, tal como lo preconizan estos autores. De este modo la caracterización del riesgo debe ser entendida como el resultado de un proceso recesivo y no de un proceso lineal.

Hemos señalado en anterior oportunidad que cada sociedad

³⁸ Cit. en J. LÓPEZ CEREZO/J. L. LUJÁN, op. cit., p. 171.

³⁹ J. LÓPEZ CEREZO/J. L. LUJÁN, op. cit., p. 172.

en cada momento de su devenir histórico debe tener la libertad de determinar el tipo y la dimensión del riesgo que desea correr ante un determinado factor capaz de provocarlo. De allí que el debate abierto sin perjuicios y sin limitaciones fundadas en el principio de autoridad —que pueden invocar los expertos— constituye el único camino a recorrer para fundar decisiones políticas legitimadoras.

En el debate y en la resolución final que puede adoptar la autoridad, el principio precautorio debe constituirse en el faro orientador que conduzca a la decisión política, tomada necesariamente en un clima de incertidumbre que pone en tela de juicio los saberes científicos.

5. Conclusiones

La bioseguridad constituye una respuesta adecuada de una sociedad adulta a los riesgos generados por la moderna biotecnología.

La biología —tal como lo señaláramos— ha experimentado profundos cambios en las últimas décadas y cada vez más la intervención del hombre sobre la vida y sobre los procesos vitales tenderá a acrecentarse.

Conocer los secretos últimos de la vida y poder operar sobre ellos produce una enorme fascinación pero no podemos dejar de advertir que estamos operando con premura sobre procesos, utilizando conocimientos recién adquiridos, cuya aplicación crea crecientes interrogantes.

Bien lo señala QUERALTÓ, ni aún apoyándose en la posible continuidad histórica entre ciencia y tecnología, y teniendo en cuenta que la época de la Modernidad ha sido vertebrada por la ciencia, valen los esquemas de esta modernidad para habérselas con la sociedad de la globalización promovida por la tecnología⁴⁰.

Ante las opiniones a veces irreflexivas de técnicos y científicos que postulan la total inocuidad de la biotecnología y sus

⁴⁰ E. QUERALTÓ, *Ética, tecnología y valores en la sociedad global*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. 12.

aplicaciones, cabe sostener la imperiosa necesidad de somerla a un control y seguimiento adecuados en defensa de bienes comunes.

Hoy, casi constituye una herejía el negar la necesidad de la bioseguridad y de los instrumentos creados para su realización. Ni en el orden interno del país, ni en el ámbito internacional, la creación o comercialización de organismos genéticamente modificados pueden quedar al margen de los sistemas de control creados.

Admitida sin retaceos la bioseguridad como respuesta a la moderna biotecnología, debemos reivindicar como uno de sus recursos más destacables al principio de precaución.

No es plausible manejarnos con ideas o criterios generados para otra etapa histórica. Ante la sociedad del riesgo global —parafraseando a BECK— hacen agua los criterios de previsión o prevención. Es necesario avanzar más para que la sociedad cuente con instrumentos adecuados para la gestión del riesgo. Desde esta órbita la precaución importa un significativo avance.

Las políticas de gestión del riesgo deben hallar en la precaución un principio fundamental que a la par que facilita y estimula el debate abierto en las sociedades avanzadas, sirve para orientar decisiones racionales.

Es necesario que dejemos definitivamente de lado la idea que la gestión del riesgo es materia sólo reservada a los políticos con el asesoramiento de técnicos y especialistas.

Hoy día no es posible imaginar una decisión política sobre un tema capaz de comprometer la seguridad pública sin un previo debate en los diversos estamentos sociales.

La sociedad del riesgo ha llevado a que todos los ciudadanos en mayor o menor medida nos involucremos en el debate sobre seguridad biológica; en tanto las decisiones que se adopten recaerán sobre nosotros.

El hombre de nuestro tiempo no desea ser un espectador y pugna por asumir una postura activa y militante cuando se hallan en juego bienes públicos esenciales. Para estos fines el

principio precautorio cumple una función esencial e irremplazable.

INVITACIÓN A LA FILOSOFÍA DE DELEUZE

JUAN CARLOS VALDIVIA CANO
Profesor de Introducción a la Filosofía
Universidad Católica de Santa María

*«Al poder de pensar debía eximirse
de la obligación de obedecer»*

SPINOZA

En 1979, en una vereda del óvalo de Miraflores en la virreinal Lima, en un remate de libros encontré uno con ensayos de dos autores, cuyo contenido me convenció en el acto que tenía que «cruzar el charco». Había que conocerlos personalmente: GILLES DELEUZE y MICHEL FOUCAULT. No sólo preludiaron —y presidieron—, con el pensamiento, el mayo 68 francés del pasado siglo, sino también el nuestro. Si no fue una revolución política, sí fue una revolución del pensamiento, como sólo un pueblo revolucionario, —en este caso representado por sus estudiantes y profesores— pudo hacerlo. «El siglo será deleuziano», decía FOUCAULT en los años setenta. Aunque a DELEUZE esa frase le provocaba una malévola sonrisa, hay varios signos que indican que FOUCAULT fue algo profético.

Mi objetivo inicial era dar una imagen global de la obra y vida de este bizarro filósofo francés. Objetivo, ahora veo, demasiado ambicioso para mis posibilidades. La primera dificultad es la aversión deleuziana por las generalizaciones y yo me hubiera obligado a hacerlas tal vez. No digo «abstracciones» porque DELEUZE no acusaba a nadie de «abstracto», sino de no serlo demasiado. Él mismo construye «máquinas abstractas»

¿Cómo hacer generalizaciones respecto de una obra tan heterogénea y tan diversa? Habría que tomar una línea (por no decir un punto) de la obra y desarrollarla, como se suele hacer en el trabajo de difusión. «Hacer la línea y no el punto» decía él.

Luego pretendí hacer un Pequeño Larousse con los conceptos deleuzianos necesarios para dar una idea aproximada de dicha diversidad, heterogeneidad, multiplicidad, pluralidad, etc. Pero la diversidad no excluye la unicidad, ni el dualismo excluye el monismo ni «el clamor del ser», como dice ALAIN BADIOU, tomando una idea final de *Diferencia y repetición*: «Pero todo es igual y todo vuelve no puede decirse sino allí donde se alcanza la punta extrema de la diferencia. Una sola y misma voz para todo lo múltiple y de mil caminos, un solo y mismo Océano para todas las gotas, un solo clamor del ser para todos los estados».

Y eso complica todo. Pretender generalizaciones de lo que no es ni uno ni múltiple sino «multiplicidades» fragmentarias y heterogéneas, es difícil y tal vez inadecuado. Por eso ahora, con más humildad, procedo deleuzianamente por *picadura*, y elijo al azar algunos rasgos de su filosofía y con ayuda de algunos autores y la palabra directa de GILLES DELEUZE, espero que el lector se anime a leerlo. *Et c'est tout*.

No «crucé el charco», entonces, en busca de título académico, ni para conocer la tour Eiffel o los Champs Elysees o Pigalle, sino para escuchar a estos dos pensadores, en vivo y en directo. De su existencia me enteraba poco antes por la revista española «El viejo topo», anti franquista, libertaria y excelente en forma y contenido. En esa revista aparecen comentarios a los ensayos mencionados. Me parece que uno era «Theatrum Philosophicum» de DELEUZE, y el otro trataba de una transgresora experiencia californiana de FOUCAULT, (creo que California era su sitio de diversión preferido).

Cuando en 1989 hice una nostálgica semblanza de esos años a propósito de FOUCAULT, en la revista arequipeña *Veintiuno* «*El cuerpo de Foucault*» no estaba pensando en nada académico. Ese artículo tal vez ya empezó a producirse desde 1984, y seguramente fue expresión del sentimiento que me produjo

su sorpresiva y sidosa muerte ese año. No trataba de su obra sino de su persona, o de la impresión que su persona me produjo, inseparable de la obra, ciertamente, y del fastidioso desamparo que me dejó su muerte.

Yo me ocupaba solamente de «su cuerpo» que, al parecer, había desaparecido definitivamente, y de su espíritu, que no hay cómo separar de aquel porque son uno. Sólo el lenguaje y la abstracción los separan. Quería creer, imitando a BORGES, que ese trabajo académico ya estaba hecho y lo único que yo hacía era comentarlo en un artículo. Esta vez la Alianza Francesa arequipeña me estimula a hacer algo más que un artículo ahora a propósito de DELEUZE. Aunque no sea mucho más. Y sea muy difícil hacer eso sin traicionarlo. Nunca antes se me planteó la necesidad de escribir sobre DELEUZE. De él aprendí justamente a no hablar «sobre», sino «a través de [...]».

Pero en este caso no ocurre lo mismo que con FOUCAULT. No se trata de hacer un retrato espiritual, sino de empezar a esclarecer algunos conceptos deleuzianos traduciéndolos al cristiano sin vulgarización. Tarea que ya ha empezado hace tiempo en otros lugares de habla española. En Argentina, por ejemplo, ESTHER DIAZ de la UBA, o la gente de la revista *Miscelanea* de la Universidad de Mar de Plata, sobre o a través de DELEUZE y FOUCAULT; y en Colombia ya lo conocían desde los setenta. Me atrevo a decir que estos «difusores» son más importantes, para el lector bizoño, que las mismas obras comentadas. Hay obras maestras de difusión de autores considerados «difíciles», muy creativas y originales. Por ejemplo en la colección *Para principiantes*, donde no parece estar admitido «bajar el nivel».

Previamente doy una idea respecto de las razones de la dificultad para leer casi todas las obras de DELEUZE. El «casi» se debe a que, para un lector de NIETZSCHE, los libros de DELEUZE «sobre» NIETZSCHE son evidentemente más entendibles; como para un lector de SPINOZA, los libros de DELEUZE «sobre» SPINOZA son también entendibles, etc. DELEUZE hizo dos libros sobre SPINOZA y dos libros sobre NIETZSCHE, dicho de paso. A pesar de las dificultades con la generalización, algún rasgo de lo que DELEUZE no pretende hacer en su trabajo filosófico pueden venir muy bien, para empezar, como lo hace JEAN LUC NANCY, por

ejemplo: «Podríamos decir que las otras filosofías se ocupan de los asuntos del mundo, de todo tipo de asuntos, mientras que la de DELEUZE no se ocupa, estrictamente hablando, de nada».

NANCY lo dice porque, en tanto filósofo (de acuerdo a cómo concibe la filosofía) DELEUZE no intenta representar el mundo, ni explicarlo; ni aplica juicios de valor sobre él; ni moraliza; ni quiere hacer la revolución para mejorar el mundo. Lo que hace es «efectuarlo diferentemente», como dice NANCY, que es distinto. Es un deicida: reemplaza a Dios o lo complementa en su trabajo creativo. DELEUZE crea universos virtuales. Para DELEUZE, que toma de MARCEL PROUST el sentido de la palabra «virtual», ésta significa «real sin ser actual, ideal sin ser abstracto». (*Proust et les signes*). Desde el momento en que se trabaja con conceptos y se los crea, se conforma un mundo virtual. La filosofía para DELEUZE es una creación minuto a minuto, segundo a segundo. «Creación continuada» dice NANCY. No reflejo objetivo y científico de la realidad, ni historia de las ideas, ni representación, ni vuelta a [...]. «No se vuelve a una teoría, decía DELEUZE, se hacen otras, hay otras por hacer».

DELEUZE no piensa en eso que llamamos domésticamente «la realidad». Si DELEUZE no tiene «lo real» por «objeto» no es porque viva fuera de la realidad sino porque la crea: es otra «efectuación de lo real», una creación de realidad. Aquí lo real se hace, no se imita, ni se representa, ni se refleja. Y sus conferencias semanales en la Universidad lo demostraban *in situ*. Era creación filosófica sobre la marcha, sólo en base a sus desordenados apuntes a mano, de nueve a doce, todos los miércoles, en la Universidad de París VIII. De cada temporada de clases salía un nuevo libro revolucionario. Sus libros «sobre [...]» KAFKA, SPINOZA, KANT, LEIBNITZ, NIETZSCHE, SACHER MASOCH, LEWIS CAROLL, FRANCIS BACON, BERGSON, FOUCAULT, etc., no son el comentario inteligente de una obra, sino la creación de un mundo y su funcionamiento: el mundo PROUST, el mundo KAFKA, el mundo SPINOZA, el mundo KANT, etc. Y no se diga de sus obras originales, como *Empirismo y subjetividad*, *Lógica del sentido*, *El anti-edipo*, *Mil planicies*, *Capitalismo y esquizofrenia*, *Diferencia y repetición*, *La imagen-tiempo*, *La imagen-movimiento*, etc. En esa filosofía el caos es más natural

que el cosmos, este último humanamente parido: «Componer o recomponer un universo, dice BADIOU, hablando de DELEUZE, configurar o describir las configuraciones. No explicar ni interpretar el caos, sino atravesarlo de parte a parte. Una travesía que ordena los planos, los paisajes, los puntos de referencia, pero que deja detrás de ella al caos encerrarse como «el mar sobre una estela»». En consecuencia, ni caos ni cosmos. Para DELEUZE lo que hay es «caosmos».

Si el filósofo es un creador de conceptos a partir de la constitución de problemas, entonces no es su tarea la difusión y el esclarecimiento de su propia obra, la de preocuparse si lo que dice está al alcance de un estudiante, o no. Tendría que hacer un trabajo paralelo que absorbería su tiempo y energías, que podría dedicar a su tarea fundamental: la constitución de problemas y la creación de conceptos. Para esa tarea de esclarecimiento está, por ejemplo, *Deleuze para principiantes*: una genialidad deleuziana como trabajo de difusión, por la gran calidad del dibujo y los textos, sin asomo de reducción o adoctrinamiento. No sé si *Deleuze para principiantes* es un libro para principiantes en nuestro medio, pero insisto en que hay «difusores» geniales que facilitan la comprensión de su obra sin afectar la calidad con alguna forma de empobrecimiento y que estimulan e invitan a la lectura directa del autor.

PAOLA MARRATI (profesora de filosofía de la Universidad John Hopkins y presidenta del Instituto de Filosofía de París), en su libro sobre *Deleuze Cine y filosofía*, comenta con loable claridad la parte tal vez más difícil de la obra deleuziana: su filosofía-cine, lo que implica, entre otras cosas, una comprensión y una posición sobre el tiempo, sobre el escurridizo problema del tiempo, en este caso bajo el marco de la filosofía *crónica* de BERGSON. Y voy a tomar de ella sus pedagógicas aclaraciones, como ejemplo de lo que se puede hacer con otros aspectos de la obra deleuziana, aún muy puntuales, recordando que, para él, la creación es la actividad esencial de la filosofía. Se trata de una idea básica de la filosofía cinematográfica de DELEUZE, que PAOLA MARRATI vuelve pedagógica y yo trato de decir en peruano.

¿Cómo hacemos para reproducir en la pantalla el desfile de

fiestas patrias? El cine utiliza el método de las descomposiciones. Primero se toma fotos instantáneas del desfile. Así tenemos una serie de instantáneas de él, es decir, imágenes puramente inmóviles. Y como lo que queremos es que se reproduzca el desfile y el desfile es movimiento, tenemos que hacer que se reproduzca el movimiento. Para eso, una vez que yuxtaponemos todas las imágenes inmóviles y las proyectamos en la pantalla, gracias al aparato, las imágenes se «mueven» o se «animan». Sin embargo, lo que tenemos es una serie de imágenes inmóviles sucesivas que, gracias al aparato, nos producen la ilusión del movimiento. El movimiento, si lo hay, es completamente externo y artificial. No capta el movimiento en el movimiento mismo. A esas tomas inmóviles se les extrae movimiento producido por el aparato, un movimiento impersonal y abstracto, el «movimiento en general», como dice MARRATI. Y ya hemos hablado de la aversión deleuziana a este respecto. Lo que se escapa es la bergsoniana duración, el devenir, que es lo que parece que captan los bergsonianos (DELEUZE, BORGES, o MARIÁTEGUI, éste último con sus ensayos cinematográficos o caleidoscópicas).

Lo filosófico también está hecho de materia no intelectual, de exaltaciones, de deseos, de imaginación, de instinto, de intuiciones y de emociones, no sólo de conceptos. Los conceptos nunca están solos en filosofía para DELEUZE: ellos implican «perceptos» y «afectos». Los «conceptos», dice DELEUZE, son singularidades que reaccionan sobre la vida ordinaria, sobre el flujo de pensamientos ordinarios o cotidianos [...]. GUATTARI inventa muchos conceptos, y yo tengo la misma concepción de la filosofía [...]. Es que el concepto, creo yo, comporta dos otras dimensiones, la del percepto y la del afecto [...]. Esto es lo que me interesa, dice DELEUZE. Los perceptos no son percepciones, son paquetes de sensaciones y relaciones. Los afectos no son sentimientos, son devenires que desbordan a quien los atraviesa (que deviene otro): devenir-animal, devenir-mujer, devenir-niño, como postulaba DELEUZE. Los grandes novelistas ingleses o americanos escriben con frecuencia mediante perceptos; KLEIST y KAFKA, mediante afectos. El afecto, el concepto y el percepto son tres potencias inseparables que van del arte a la filosofía y viceversa.

Otro concepto deleuziano es el de «hecceidad», que nos da una idea muy concreta de su concepción de la filosofía como conexión de lo heterogéneo, mediante la invención de recursos o *agenciamientos* conceptuales. Él la explica de esta manera: Cuando he dicho que Félix y yo éramos como arroyos, quería decir que la individuación no es necesariamente personal. No estamos nada seguros de ser personas: una corriente de aire, un viento, un día, una hora del día, un arroyo, un lugar, una batalla o una enfermedad tienen una individualidad impersonal. Nosotros llamamos a esto «hecceidades». Se componen como arroyos, como ríos. El lenguaje las expresa y ellas producen diferencias en el lenguaje, que les confieren una vida propia é individual y hacen que algo pase entre ellas. Y de eso se trata, creo yo: «que algo pase entre [...]». Como la mala yerba en medio de los grandes espacios no cultivados, y sin embargo vive y es fuerte; o como la hiedra «entre» las piedras. Ni allí ni acá, sino [...] «entre».

Y es que para DELEUZE «La filosofía no es comunicativa, ni tampoco contemplativa: es creadora, incluso revolucionaria por naturaleza, ya que no cesa de crear conceptos nuevos. La única condición es que satisfagan una necesidad y que presenten cierta extrañeza, cosa que sólo sucede cuando responden a problemas verdaderos». Porque también existen los otros, los falsos problemas, los problemas inexistentes o los problemas ociosos —¿Cuántos ángeles caben en la cabeza de un alfiler? ¿Qué hubiera pasado si los españoles no conquistaban América?, etc.—. En suma, la filosofía como creación no como repetición; como evaluación crítica o valoración, no como historia de la filosofía, con sus datos y fechas excesivos, que en nuestro medio sólo suelen servir para el memorismo del estudiante escolástico.

En el Perú no decimos «deviene otro» sino que «se vuelve otro», o «se convierte en otro», quizá porque concebimos el tiempo de otra manera, mágicamente tal vez y no como *duración* (categoría bergsoniana), como movimiento interno, como proceso intrínseco, como devenir, como tiempo. Un ejemplo brutal: León Alegría no se convirtió en corrupto, no se volvió corrupto, porque eso implicaría que no lo era antes. Sin embargo, ya lo era virtualmente desde que tenía pelo sino no lo hu-

biera sido nunca: devino corrupto. No una conversión sino un devenir. Esa virtualidad se actualizó cuando era ministro y luego con los *petro audios*. Pero ya era.

Y si la filosofía es creación, DELEUZE hace precisiones respecto a la filosofía como creación: hay que «hablar de creación como trazando un camino entre dos imposibilidades»: una «línea de fuga». Toda solución de problemas es creativa. «Crear no es comunicar, sino resistir. Hay un vínculo profundo entre los signos, el acontecimiento, la vida, el vitalismo [...] Si un creador no está cogido por la garganta por un conjunto de imposibilidades, no es un creador. Un creador es alguien que crea sus propias imposibilidades y que crea lo posible al mismo tiempo [...] Crear nuevos conceptos que sean necesarios ha sido siempre la tarea de la filosofía: un concepto está lleno de fuerza crítica, política y libertad».

Por eso es que hablar «sobre» FOUCAULT y ahora «sobre» DELEUZE me parecía que era justamente lo que no había que hacer. En mis primeros trabajos, más que citarlo explícitamente, traté de *usar* a DELEUZE, tomarlo como una «caja de herramientas», para hacerle caso a él precisamente y al anti maestro NIETZSCHE, que le repelía la idea de tener discípulos. No era tampoco del gusto de estos europeos ultramodernos y nietzscheanos la manía académica de tener discípulos, o de hablar «sobre» tal o cual. No se trata de hablar sobre DELEUZE sino de crear con sus (y otros) conceptos, nuestra propia filosofía. Interpretarlo desde nuestros intereses, objetivos y situación específica. Hablar o escribir a través de él y no sobre él. Por eso quizá en el salón de clases, con DELEUZE, se apretujaban cien o ciento cincuenta oyentes, de todos los países y disciplinas imaginables, pero solo dos o tres estaban matriculados formalmente en el programa de filosofía: era un Silabus de amor.

Aunque DELEUZE a dedicado libros enteros a ciertos filósofos y artistas (HUME, SPINOZA, BERGSON, LEIBNITZ, BACON, KAFKA, etc.) no era para hablar «sobre» ellos sino para reconstituirlos, para recrearlos continuándolos, prolongándolos o desplegándolos con originalidad y lealtad a la vez, para hablar a través de ellos desde nuestro tiempo sin traicionarlos (a la medida de nues-

tras necesidades tercer mundistas, por ejemplo). No es historia de la filosofía, es decir comentarios académicos sobre lo que dijeron los filósofos en el pasado, sino filosofía a secas: creación de conceptos, constitución de problemas, crítica de los fundamentos o amor a la sabiduría. Se trata de hacer más inteligibles y aplicables a los objetivos de cada lector a dichos autores, dentro y fuera de la filosofía, traducirlos al peruano al afrontar los problemas peruanos de hoy, en base a la contundente vigencia de su obra. La filosofía a la DELEUZE, como se dijo, es una «caja de herramientas», y está al servicio del que se de el trabajo de abrirla, conocerla y examinarla con algún cuidado. No se requiere ninguna especialidad.

Me pregunto si hay cosas en común en LEIBNITZ, SPINOZA, NIETZSCHE, BACON, etc.; es decir, en aquellos signos que DELEUZE descifró en su fructífera vida filosófica o en su filosofía vitalista. ¿O cada uno aporta aspectos particulares de esos que a DELEUZE le interesaban particularmente para explicar el funcionamiento de sus «máquinas abstractas», «máquinas deseantes», «máquinas de guerra» u otras máquinas conceptuales, afectivas y perceptivas? Sirven, por ejemplo, para expresar a través de esos casos ejemplares la paradójica unicidad e inmanencia del mundo, pero también las multiplicidades, el pluralismo, la diferencia y la repetición; o para hacer rizoma con FÉLIX GUATTARI o MICHEL FOUCAULT, sus amigos. O para expresar eso que ALAIN BADIOU llama «El clamor del ser», que también es el nombre de un libro dedicado a comentar a DELEUZE.

¡Qué tareas filosóficas se planteaba DELEUZE y qué espléndidamente las cumplió! Lamentablemente se tuvo que arrojar por la ventana de su departamento parisino en 1995, para librarse de unos dolores insoportables y una enfermedad respiratoria que no le permitía ni siquiera recostarse un momento. Eso no impidió que el siglo devenga deleuziano. Desde el primer instante en que uno lo comienza a escuchar, por primera vez, siente que está frente a eso que llaman «un hombre de carácter», que no significa «malhumorado» o «renegón» ni mucho menos. DELEUZE teorizaba en esos años sobre lo que ahora parece evidente para muchos de nosotros, en nuestros paradójicos años dos mil. Ahora somos un poco rizomáticos, un poco nómades, aun sin movernos, intentamos el «esquizo-

análisis», hablamos de «acontecimiento», de «máquinas deseantes», etc. En los años sesenta todo esto parecían delirios de un chamán esquizofrénico, aún viniendo de un filósofo incomparablemente lúcido. Y en nuestro cerrado mundo académico cultural peruano, DELEUZE es todavía novedad.

Un filósofo como DELEUZE está bien lejos de la imagen tradicional que nos hacemos de aquel, la de un serísimo y racionalísimo académico que anda en la luna o muy cerca. Si DELEUZE parece un brujo disfrazado de *clochard* parisino, no es sólo por sus bien enroscadas y largas uñas o por su luciferina e infalible dicción francesa, sino, en particular, por la genial originalidad y novedad de su filosofía: una verdadera nueva imagen del pensamiento. «Una nueva imagen del pensamiento significa, primero lo siguiente: lo verdadero no es el elemento del pensamiento. El elemento del pensamiento es el sentido y el valor. Las categorías del pensamiento no son lo verdadero y lo falso sino lo noble y lo vil, lo alto y lo bajo según la naturaleza de las fuerzas que se apoderan del pensamiento mismo». Y de ahí las dificultades con su lectura. ¿Qué significa, por ejemplo, «Hagan rizoma y no raíz, ¡no planten jamás! ¡No siembren, piquen! ¡No sean ni uno ni múltiple, sean multiplicidades! ¡Hagan la línea y jamás el punto! ¡La velocidad transforma el punto en línea! ¡Sean rápidos, incluso sin cambiar de lugar! ¡Línea de suerte, línea de cadera, línea de fuga! ¡No susciten un general en ustedes! ¡Hagan mapas y no fotos o dibujos! Sean la Pantera rosa y que sus amores sean aún como la avispa y la orquídea, el gato y el babuino»?

Eso es rizomático. ¿Pero qué es un *rizoma*? Rizoma significa, entre otras cosas, que si bien los centros existen, y lo que es peor los centralismos y los centralistas (algunos de ellos luchan contra la descentralización y otros a favor de ella, desde el centro) es mejor que se descentren y que las palabras y las cosas fluyan y se comuniquen directamente sin intermediarios burocráticos, a los que hay que acudir para que otro funcionario nos lleve al tronco y luego a la cabeza del árbol. Rizoma es una especie de metáfora botánica donde todo puede comunicarse directamente con todo. El árbol es la imagen botánica del poder centralizado. El rizoma es como el césped: no tiene estructura arborescente sino raicillas. «[...] Los bulbos,

los tubérculos son rizomas. [...] Hay animales que lo son, bajo su forma de manada, las ratas son rizomas. Las madrigueras lo son bajo todas sus funciones de hábitat, de previsión, de desplazamiento, de evasión y de ruptura [...] Un rizoma no cesaría de conectar los eslabones semióticos, las organizaciones de poder, las circunstancias que remiten a las artes, a las ciencias, a las luchas sociales. Un eslabón semiótico es como un tubérculo que aglomera actos muy diversos, lingüísticos, pero también perceptivos, mímicos, gestuales, cogitativos [...] El rizoma procede por variación, expansión, conquista, captura, picadura [...] el rizoma se remite a un mapa que debe producirse, construirse, siempre desmontable, conectable, invertible, modificable, con entradas y salidas múltiples, con sus líneas de fuga [...] El rizoma es un sistema acentrado, no jerárquico y no significante, sin General, sin memoria organizadora o autómatas central, definido únicamente por una circulación de estados». La ciudad de Amsterdam tiene forma rizomática. Y Holanda es altamente descentralizada.

Herederos de una tradición crítica con respecto al racionalismo occidental (endiosamiento anti científico de la razón y la ciencia), nietzscheano de fuste, como FOUCAULT, DERRIDA, LYOTARD, BARTHES, CHATELET, SOLLERS, líderes intelectuales de la Francia finisecular, para él la filosofía no es un ejercicio académico sino una experiencia vital, una manera de ser y de estar peligrosamente en el mundo: una conducta, es decir, un trabajo con el cuerpo y las pasiones y no solo con la cabeza. «Sólo el pensador tiene una vida potente y sin culpabilidad ni odio, sólo la vida explica al pensador», decía DELEUZE. Recordemos que un peruano decía en los años veinte «meter toda mi sangre en mis ideas». Y ambos se inspiraban en NIETZSCHE.

Lo ha descrito muy bien el filósofo argentino TOMÁS ABRAHAN, en una entrevista en la revista *Miscelánea* de la Universidad de Mar de Plata (núm. 3). Extraigo sólo algunas frases: «No se bancan a un tipo genial. Es muy difícil bancarse a un tipo genial, a un tipo que hace una historia sobre Kafka, de primer nivel, después hace una historia sobre Lewis Carroll de primer nivel; además habla de Hume como ningún humeista lo hizo. No se lo bancan, es un sorete. Porque no puede ser que un tipo escriba sobre tantas cosas y lo haga tan bien. No se lo bancan,

porque es muy creativo. Es demasiado creativo, entonces no lo pueden controlar, no pertenece a una escuela, no le rinde pleitesía a la historia de la filosofía. Entonces directamente no pueden leerlo, porque si lo pudieran leer, tendrían que ser otros. Entonces no les cabe eso, porque entienden la filosofía como una disciplina que se mira a si misma. DELEUZE es un tipo que hace filosofía para irse a la mierda. A la intemperie, como NIETZSCHE, como KIERKEGAARD, como el mismo KANT, como MARX [...]. DELEUZE es un gran filósofo, es un enorme filósofo. Es uno de los pocos filósofos que tuvo el siglo XX, y tuvo grandes, pero DELEUZE es uno de los pocos. DELEUZE se toma demasiada libertad y en general la disciplina filosófica con sus personeros catedráticos, no entiende a la filosofía como ejercicio de la libertad».

La filosofía es «un medio de rectificación vital y óptica» decía también DELEUZE. Es un ejercicio de libertad. Un medio de «inspirar», de «despertar», de «hacer ver», una «empresa radical de desmitificación». Y como se trata de una «empresa radical de desmitificación». DELEUZE empieza radicalmente: no produce sólo un cambio en el pensamiento, un nuevo pensamiento o una nueva manera de pensar, sino una nueva manera de entender lo que significa pensar, una nueva «imagen del pensamiento», para utilizar sus propios términos. ¿Qué propone DELEUZE?

Rectificación vital y óptica quiere decir, mínimamente, eliminación del alma de todo rastro de ideología o prejuicio de cualquier tipo, en nuestros conceptos, pero también en nuestros perceptos (contra el delirio doméstico o familiar) y en nuestros afectos (contra el resentimiento); no sólo para ver mejor sino para vivir mejor pensando y diciendo mejor, con más precisión y rigor, eliminando o diluyendo lo que SPINOZA llamaba «ideas inadecuadas».

DELEUZE tienta a los filósofos a convertirse en no-filósofos para devenir imperceptibles, para pensar lo impensable, para decir lo indecible, que es misión propia del filósofo: romper el límite, ir más allá. Por eso también lo de «brujo». Tal vez por ello su obra está tan cerca del arte y por eso parte de él cuando lo necesita. Pero sea arte, ciencia o filosofía, se trata siem-

pre de creación de sentido y valoraciones (*Lógica del sentido* es uno sus libros). DELEUZE cultivaba todos los valores artísticos, científicos o filosóficos que necesitaba en su descentralizada y pluralista manera de practicar la filosofía. Lo que no le impedía una rigurosidad reflexiva que llegaba al delirio (otro de sus conceptos). Pero en él el delirio no es psicoanalítico sino cósmico, se delira sobre todo y todos deliramos mucho más de lo que creemos. DELEUZE acusa al Psicoanálisis de delirar con el triángulo papá, mamá edipiano y reducir todo a ese delirio. Pensar era para él también interpretación como creación de sentido, y la creación de sentido como creación de realidad.

Para DELEUZE el filósofo es una especie paradójica de asceta. La diferencia con éste se da en sus distintas y opuestas finalidades íntimas: si el filósofo cultiva la pobreza, la sobriedad, la frugalidad, no es por razones santas sino para provocar el aumento de potencia que le permita llevar la vida más allá de sus posibilidades, rompiendo los límites. «El filósofo se apodera de las virtudes ascéticas para ponerlas al servicio de fines muy particulares, inauditos, bien poco ascéticos en verdad. Humildad, pobreza, castidad se convierten en los efectos de una vida particularmente rica y superabundante».

Y si la filosofía tiene que morir, como algunas aves de mal agüero lo han anunciado a veces, DELEUZE espera que sea por lo menos de risa.

EL DERECHO Y LA FELICIDAD

JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE
Profesor principal de la Escuela de Postgrado
Universidad Católica de Santa María

1. Introducción

Entre la tela de araña que forman las palabras afines o emparentadas de alguna manera con filiación, está la palabra *felicidad*, término escurridizo donde los haya. Es difícil ponerse de acuerdo sobre la legitimidad de sus contenidos.

Empiezo por un desvío: una ruta distinta que no está demasiado claro que lleve al mismo sitio: me refiero al nombre griego de la felicidad, que también es nuestro, porque también sobre él hemos construido nuestra idea de felicidad, eudaimonía la llaman y la usaban los griegos para expresar bienestar, felicidad, buena fortuna, abundancia. Los filósofos la consideraron el mayor bien. Si descomponemos la palabra en sus dos elementos, *eu*, que significa «bien», y (*dáimon/dáimones*), que significa divinidad y que al asociarse a las divinidades malignas derivó hacia nuestra palabra «demonio», será *eudáimon*, quien lleva un buen espíritu, o quien tiene buen ánimo o quien es un dios bueno. A ese le llamarán feliz. La presencia del sinónimo *makários* arroja sombras sobre el significado de ambos.

En los dominios latinos parece, en cambio, que la felicidad es algo más tangible y no es cosa del espíritu ni de los espíritus, y ni siquiera de la suerte, sino de la naturaleza. *Felix* (plu-

ral, *felices*) tiene ahí mismo a tocar el verbo *felare* (o *fellare*), que significa chupar, mamar. Si tomamos en consideración la desinencia femenina —ix de *felix* y la raíz *fel*—, sería bastante razonable inferir: primero, que esta palabra fue en origen femenina y, segundo que denominaba a la mujer en una actividad exclusivamente femenina: dar de mamar. Según esto (es una especulación, pero con fundamento) la palabra latina *felix* se creó para denominar a la mujer (o en general a la hembra) que amamanta. Es digno de destacar que en tal caso la felicidad no habría nacido como algo pasivo, sino como totalmente activa. La felicidad estaría en dar más que en recibir. Todos los demás significados procederían de éste por afinidad o por analogía. Si esto fuese cierto, el primer referente de la felicidad sería la madre amamantando.

Si nos atenemos al uso latino de esta palabra, parece que por ahí va la idea. En efecto, los significados más primitivos de *felix* son «fecundo-a», «fértil». *Arbor felix* es un árbol cargado de fruto; *felix Campania*, la fértil Campania; *felix limus*, limo fecundante. La clave de la felicidad la pusieron los romanos en la fructificación. Es mucho lo que ha llovido desde entonces.

Siempre nos queda la inquietud de conocer qué es la felicidad. Al revisar la opinión de diferentes autores cada quien la define desde su propia perspectiva. Es por ello, que he preferido en este trabajo reunir una síntesis de lo que es la *felicidad* para los filósofos, psicólogos, religiosos, escritores, matemáticos, economistas y finalmente, cómo influye en la felicidad el campo del Derecho.

2. La felicidad: diferentes puntos de vista

2.1. La filosofía y la felicidad

Debemos recurrir a una definición importante del doctor MIGUEL GIUSTI que sostiene que la felicidad es tener una vida plena, es decir una vida entera en todo sentido, aún después de muerto. Es un estado del *ser*.

La ética estudia la vida práctica en la búsqueda permanente de una vida plena, es la valorización de la bondad o la maldad. La felicidad se encuentra en el actuar del hombre, en el

debe ser ejercitando las virtudes, siendo siempre bueno.

Finalmente, la vida debe tener un elemento de belleza. Es el arte que nos permite distinguir entre la belleza y la fealdad. La felicidad es vivir con gusto.

Concluye el doctor GUSTI diciendo: la felicidad une los tres elementos estudiados: la ciencia, la moral y el arte, de tal manera que el *ser* del individuo es tener una vida plena, que *debe ser* siempre buena y que produzca permanentemente satisfacciones, que de ganas y gusto de vivirla.

2.2. La psicología de la felicidad

El ser humano ha tendido siempre a perseguir la felicidad como una meta o un fin, como un estado de bienestar ideal y permanente al que llegar, sin embargo, parece ser que la felicidad se compone de pequeños momentos, de detalles vividos en el día a día y, quizá su principal característica sea la fugacidad, su capacidad de aparecer y desaparecer de forma constante a lo largo de nuestras vidas.

Otra de las controversias en torno a este tema es dónde buscar la felicidad, si en acontecimientos externos y materiales o en nuestro interior, en nuestras propias disposiciones internas. Aún hoy es difícil responder a esta cuestión. Por esta razón, y desde un punto de vista psicológico, el estudio del bienestar subjetivo parece preferible al abordaje de la felicidad.

La felicidad, concepto con profundos significados, incluye alegría, pero también otras muchas emociones, algunas de las cuales no son necesariamente positivas (compromiso, lucha, reto, incluso dolor).

Es la motivación, la actividad dirigida a algo, el deseo de ello, su búsqueda, y no el logro o la satisfacción de los deseos, lo que produce en las personas sentimientos positivos más profundos. Los hombres olvidan siempre que la felicidad humana es una disposición de la mente y no una condición de las circunstancias.

2.3. La economía y la felicidad

La seguridad económica promueve el bienestar personal, la

felicidad y la tolerancia, además de ser beneficiosa para el crecimiento y desarrollo de los países, destacó un nuevo estudio presentado por la Oficina Internacional del Trabajo (OIT).

El informe de la OIT sobre *Seguridad económica para un mundo mejor* incluye datos provenientes de países que representan 85% de la población mundial, y hace notar que un mayor nivel de seguridad económica, cuando va asociado a la democracia y a la inversión del Estado en seguridad social, contribuye a lograr un mayor crecimiento y promueve la estabilidad social.

Pero el informe advierte que la seguridad económica está fuera del alcance de una gran mayoría de los trabajadores del mundo, y que de hecho cerca de las tres cuartas partes viven en condiciones de inseguridad económica, lo cual contribuye a que tengamos «un mundo donde abundan la ansiedad y la ira».

Sólo 8% de los trabajadores viven en países donde es posible encontrar condiciones favorables en materia de seguridad económica, de acuerdo con este estudio producido por el Programa sobre seguridad socioeconómica de la OIT.

El informe dice que los habitantes de los países que ofrecen un elevado nivel de seguridad económica a sus ciudadanos tienen en promedio un mayor grado de felicidad, que se mide a través de estudios sobre el nivel de satisfacción en la vida y de felicidad. El principal factor determinante de la felicidad nacional no es el nivel de ingresos: existe una relación positiva pero el aumento de los ingresos parece tener poco efecto en los países ricos a medida que éstos se van enriqueciendo. El factor más importante es el grado de seguridad en los ingresos, que se mide en términos de protección de los ingresos y de un bajo nivel de desigualdad en los mismos.

Además el informe de la OIT muestra que un nivel elevado de seguridad en los conocimientos, que se mide por medio de un índice que incorpora indicadores de escolarización y capacitación, está, de hecho, inversamente relacionado con el bienestar, cuando los puestos de trabajo están poco adaptados a las necesidades y aspiraciones de las personas, a medida que éstas son más educadas y adquieren más competencias. En la actua-

lidad un gran número de personas empiezan a sentir que sus conocimientos y calificaciones no corresponden a los puestos de trabajo que deben desempeñar, lo que se traduce en lo que el informe denomina efecto del «estado de frustración».

El informe muestra que la democracia política y la tendencia hacia las libertades civiles aumentan de forma significativa la seguridad económica y que el gasto público en políticas de la seguridad social también tiene un efecto positivo. Sin embargo, el crecimiento económico sólo tiene una ligera repercusión sobre la seguridad medida a largo plazo. En otras palabras, un crecimiento rápido no genera en forma automática las condiciones para una mejor seguridad económica, aunque puede ser un factor determinante si va acompañado por las políticas sociales apropiadas.

Muchos países ricos podrían conseguir una mayor seguridad económica para sus ciudadanos, puesto que algunos países de bajos ingresos logran niveles más elevados que algunos de los países ricos. De hecho, el análisis de la OIT muestra que la distribución mundial de seguridad económica no corresponde a la distribución mundial de ingresos, y que el Asia meridional y el Sudeste de Asia tienen mayores porcentajes de seguridad económica que su porcentaje en los ingresos mundiales. El Asia meridional cuenta con un 7% de los ingresos del mundo, y tiene alrededor de un 14% de la seguridad económica del mundo. En comparación, América Latina ofrece a sus ciudadanos mucha menos seguridad económica de lo que cabría esperar, dado su nivel de ingresos relativo.

Un aspecto del informe de la OIT es que sólo los países que proporcionan un conjunto coherente de políticas que fomentan las siete formas de seguridad laboral obtienen un buen resultado en cuanto a seguridad económica global se refiere. Los países que consiguen logros importantes en algunas esferas pero logros poco importantes en otra u otras esferas no obtienen un buen resultado general.

2.4. Las matemáticas y la felicidad

¿Puede existir una ecuación que permita calcular con exactitud matemática el índice de felicidad alcanzable por una persona en un momento dado? ¿Puede establecerse una pre-

dicción de futuro de la felicidad que una persona podrá tener en un determinado momento?

Estas y otras interrogantes son respondidas por EDUARDO PUNSET en su obra *El Viaje a la Felicidad*, y precisamente en su último capítulo, titulado: *La fórmula de la felicidad*, encontramos la ecuación para poder calcular el grado de felicidad de un ser humano en un momento dado. Aunque podríamos precisar más y decir: «de un sistema biológico», puesto que el autor sostiene que los animales también pueden ser felices, incluidos los unicelulares, como las amebas, por ejemplo.

$$\text{La fórmula en cuestión es: } F = \frac{E (M + B + P)}{R + C}$$

Donde F es la felicidad; E las emociones implicadas en nuestras acciones; M los recursos y el coste energético del mantenimiento de nuestro organismo; B es la búsqueda de nuevos horizontes (intelectuales, emocionales, profesionales, etc.); P es el parámetro que define las relaciones interpersonales; R sería el símbolo que representaría a los factores externos reductivos de la felicidad, como por ejemplo: no desaprender los conocimientos y las experiencias innecesarias, nefastas o lesivas, el adoctrinamiento grupal (en el que PUNSET incluye a las religiones), los procesos de aprendizaje automatizados que dejan sin iniciativa al sujeto, y un predominio injustificado del miedo emocional por encima de las exigencias del estado de alerta necesario para la supervivencia. Finalmente, C sería el representante de los factores internos que llevan a la disminución de la felicidad, tales como: las mutaciones genéticas lesivas que producen enfermedades congénitas, el desgaste celular y el envejecimiento que conducen a la muerte, el estrés imaginado y, curiosamente, el ejercicio abyecto del poder. En definitiva, nos recuerda al intento de BARUCH SPINOZA de demostrar los fundamentos de la ética al estilo de los geómetras (con axiomas, corolarios, etc.).

Esta ecuación es tan importante que: «dentro de unos años, el sistema educativo enseñará a los niños que el primer paso en la búsqueda del bienestar radica en aligerar el denominador

integrado por los factores reductivos y la carga heredada».

2.5. La religión y la felicidad

En su encíclica *Sollicitudo rei sociales*, Juan Pablo II recordaba que si toda la inmensa potencialidad que encierra en sí el desarrollo tecnológico: «no es regida por un *objetivo moral* y por una orientación que vaya dirigida al verdadero bien del género humano, se vuelve fácilmente contra él para oprimirlo». Es decir, ha de haber un uso ético de la ciencia y de su epígono, el desarrollo tecnológico, para que ambos sean instrumentos al servicio del hombre, elementos que contribuyan al desarrollo de su bienestar y a facilitar algunos de los medios para alcanzar la felicidad, y no para crear las condiciones que puedan poner en peligro la propia existencia de la especie humana o favorecer las desigualdades entre las naciones ricas y las pobres, o entre unas clases sociales y otras. Es decir: la ciencia y la tecnología, en cuanto tales, no pueden ser, en última instancia quienes determinen cómo alcanzar la felicidad, sino que, han de estar supeditadas a unos valores morales que son quienes han de marcar los límites que permitan que ambas estén al servicio de los seres humanos, del crecimiento de su dignidad como personas¹.

Todas las religiones, impiden el viaje a la felicidad; o la felicidad está a lo largo del camino y no al final del mismo, se presentan, sin una argumentación que avale dichas posiciones; en donde se apela más a factores emotivos que a un discurso racional (algo intrínsecamente espúreo a toda metodología de investigación realmente científica, pero absolutamente normal en el terreno de los discursos ideológicos al uso, incluso *naïfs*), como por ejemplo cuando nos dice que: «con la mano en el corazón, debo confesar que lo verdaderamente importante es que la felicidad es la ausencia de miedo».

Pero nuestras vidas precisan puntos de referencia. Nuestra

¹ *Sollicitudo rei sociales*; núm. 28. La carta encíclica *Preocupación por la cuestión social*, fue la séptima escrita por Juan Pablo II. Ésta se publicó el 30 de diciembre de 1987 al conmemorarse los veinte años de la carta encíclica *Populorum progressio*. El texto citado está extraído del capítulo cuarto titulado *El verdadero desarrollo humano*.

acción necesita marcarse objetivos. Todos, por naturaleza, queremos ser realmente felices (a ARISTÓTELES le sobraba la razón en este punto), y ya en esta vida (como sostiene el cristianismo), cierto. Pero también aspiramos, con un anhelo natural, a alcanzar una felicidad plena y, nos guste o no, hemos de reconocer que la ciencia no puede colmar dicha ansia, por mucho que sus logros puedan contribuir a un aumento del bienestar material. Necesitamos fines que gobiernen nuestra existencia, y algunos de esos fines han de ser objetivos, no el simple producto de nuestra voluntad (subjetiva o histórica). Precisamos, también, hallar un sentido objetivo a nuestra existencia, para guiarla en función de él. Y la ciencia no puede darnos estos referentes. La filosofía y la teología son quienes, con un discurso objetivo y susceptible de ser analizado críticamente por la razón, nos han de proporcionar los elementos que permitan guiar nuestra acción dentro del marco del deber moral, a fin de que podamos alcanzar la máxima felicidad objetiva ya en esta vida y la plenitud de los justos en el futuro.

2. 6. Los pensadores y la felicidad

Un grupo de pensadores, teólogos, psiquiatras y escritores reflexionan en torno a un concepto escurridizo que se mueve entre la exaltación y el descrédito. A la vez realidad y deseo, ser feliz es, para algunos, uno de los ingredientes de la propia existencia. Para otros, un sentimiento inseparable de la desdicha.

«Está dentro de nosotros»

JUAN JOSÉ MILLÁS (escritor)

Conozco a un escritor que aborrece la fama, aunque al abrir el periódico se busca hasta en las necrológicas y, cuando no sale, se cabrea. Quizá conseguir lo que odias sea una forma de felicidad, como lo es, sin duda, abominar de las instituciones, pero ser académico. O anarquista, pero catedrático. O tonto, pero subsecretario. La felicidad y la desdicha forman una amalgama en la que no es posible distinguir o separar sus elementos originales. Por eso, en los instantes de mayor desventura somos atacados por un golpe de beatitud. O en las situaciones de bienestar absoluto atraviesa una nube el horizonte.

La felicidad no es un mito, en fin, sino algo real, que está dentro de cada uno de nosotros del mismo modo que el estaño y el cobre se hallan en el interior del bronce o el hierro y el carbono en el del acero. Pero es imposible separarla del conjunto, de ahí la tentación de negar su existencia. Por volver a uno de los ejemplos anteriores, ¿cómo saber dónde acaba el subsecretario y comienza el tonto? O, más difícil todavía, ¿cómo averiguar si uno es más feliz por subsecretario que por tonto? ¿Acaso el bronce es más bronce por el estaño que por el cobre? ¿O más acero el acero por el hierro que por el carbono? Desde luego que no. Pues ahí es donde queríamos llegar.

«Es un mito necesario»

GUSTAVO BUENO (filósofo)

Si tomamos mito entre comillas en el sentido amplio de «ideal inalcanzable» y tenemos en cuenta que el término «felicidad» comprende variantes muy diversas, muchas de ellas incompatibles entre sí (por ejemplo: «La felicidad es la ausencia de dolor», «la felicidad es el placer», «la felicidad es el conocimiento verdadero», «la felicidad es la justicia», «la felicidad es el poder», «la felicidad es el ideal de los plebeyos», etc.), entonces podemos concluir que el mito de la felicidad es necesario. Es decir, que cualquier alternativa al mito de la felicidad ha de poder expresarse por medio de alguna de sus variantes.

«Es un estado de conformidad»

ALMUDENA GRANDES (escritora)

Para hablar de la felicidad hay que empezar por definirla. Usando una acepción más o menos objetiva podría decirse que es un estado de conformidad con lo que uno es y con la vida que uno lleva. Luego está la felicidad relacionada con la euforia, con una especie de borrachera, que es a la vez un mito necesario y una realidad, puesto que sucede. Una de las cosas más curiosas en torno a la felicidad es, no obstante, lo desacreditada que está intelectualmente. De mi última novela, por ejemplo, algunos criticaron que tuviera final feliz. Si en un libro cuentas hechos horribles (un suicidio, un crimen, la violación de una hija por su padre [...] cosas que suceden pero no son demasiado habituales), nadie te reprocha que escribas co-

sas improbables, pero si cuentas una historia de amor que termina bien, enseguida te dicen que estás relatando un imposible. Más allá del descrédito intelectual en el que se encuentra actualmente, la obligación de los seres humanos —en esto estoy de acuerdo con los ilustrados— es perseguir la felicidad. Es, además, el sentido de la vida, el principal objetivo. Todo lo que nos pasa no es más que un precio que pagamos buscando ese objetivo.

«Es real»

LUIS ROJAS MARCOS (psiquiatra)

Para mí la felicidad no es un mito. Es un sentimiento placentero que acompaña a la vida personal. Un sentimiento que dependiendo de la persona provoca emoción intensa, placer, o lo que se llama paz interior o del espíritu. No es un mito porque las estadísticas demuestran que entre el 65% y el 85% de las personas dicen estar satisfechas con la vida en general. Y ello depende de un componente genético y de la capacidad de adaptación y relación, del optimismo y de las experiencias en la infancia. Es decir, la felicidad no es un mito, es real. Es necesaria para la conservación del ser humano, pues si no hay motivación para procrear no hay continuación de la vida. La satisfacción es necesaria y explica la evolución del ser humano desde el *homo sapiens*. Aunque existen lo que yo llamo los «cuatro ladrones de la felicidad». Primero, el dolor que es incompatible con la felicidad, sobre todo en los casos de cáncer. En segundo lugar, el miedo, el temor a la muerte, a ser violado, las fobias. También la depresión, porque quita la esperanza y sin ella no se puede ser feliz y, por último, el odio, que es el combustible de muchas tragedias.

«Es una meta»

ENRIQUE MIRET MAGDALENA (teólogo)

Más que un mito es un ideal, una meta más o menos alcanzable que ayuda a las personas a desarrollarse y alcanzar lo que llamamos la felicidad humana. Un ser humano es un ser que tiende siempre a la felicidad y que no puede estar satisfecho si no hace algo para conseguirla tanto para sí mismo como para los demás.

«Sabio, luego feliz»

CARLOS CASTILLA DEL PINO (psiquiatra)

El ser humano trató siempre de evitar el sufrimiento y, al fracasar, fantaseó con un «estado», la felicidad, en el que todo devendría en placer. Paradigma, el mito del paraíso, de la felicidad no lograda, sino regalada. La religión alimentó el mito entre los menesterosos sin remedio de cualquier índole, a los cuales, ¿qué otro recurso puede quedarles sino el de la aceptación del mito de la felicidad, aunque sea como promesa y en algún otro mundo? Ese mito ha sido socavado desde siglos; desde la filosofía griega hasta nuestros días, pero sólo entre élites muy concretas. Nadie plantea hoy seriamente la felicidad al modo de esa meta mítica. En contraste, hay una alternativa racional, que también tiene una larga tradición en la filosofía occidental y, bajo otras formas, también en la oriental, a saber, el de la sabiduría, o dicho más claramente, el de la felicidad *desde* la sabiduría. Creo que hay que reivindicar, en este mundo actual de sabedores, a veces sabedores eminentes, pero no de sabios, lo que es la sabiduría: saber quién se es para así vivir de acuerdo a sus preferencias, y construirse una vida como hábitat confortable. Es sabio quien consigue amar y ser amado, se apasiona con su quehacer, goza de la amistad leal e inteligente, y de los libros que puede leer una y otra vez, y de la música que no se cansa de oír, y de los cuadros que no cesa de ver [...] Y aleja y despacha fuera de su mundo lo que considera estúpido, cruel, feo, incluso incómodo. Sabio, luego feliz: nada más (ni nada menos).

«Es una utopía»

JAVIER ECHEVARRÍA (filósofo)

La felicidad es un mito que forma parte del deseo humano de completud, del deseo de encontrar la satisfacción completa. Pero el hombre es un ser escindido entre el bien y el mal, y ante esa escisión sólo cabe buscar el máximo bien, algo que siempre será un fin irrealizado. Como leibniziano, creo que hay que pensar también el mal, no sólo el bien. Hay que pensar también la desdicha y la desgracia. Forma parte de la labor del filósofo. Nunca se da lo uno sin lo otro. Sin mal no hay bien, y viceversa. Nunca se ha dado. Esa dialéctica forma par-

te de la constitución social y cultural humana. Así pues, la única posibilidad de alcanzar la felicidad está en la búsqueda del bien mayor, una búsqueda que no termina nunca, que nunca se completa. Por eso la felicidad no sólo es un mito, sino que es también una utopía.

«Es una disposición innata»

FRANCISCO BRINES (escritor)

La felicidad es una disposición innata de la naturaleza humana, reforzada por la experiencia obtenida, tan repetidamente, en la infancia. En la juventud, por desearla tan intensa y continuadamente, se convierte en una utopía. Si rebajamos mucho su esplendor podemos hacerla nuestra, a lo largo de nuestra vida, en bastantes ocasiones. El mito sólo se hace realidad en los santos: aquellos que sólo aspiran a realizarse desde el ofrecimiento y nada esperan recibir de nadie. Existen, aunque son invisibles.

EL DERECHO A DECIDIR (ACERCA DE LA VIDA AJENA)*

RAMIRO DE VALDIVIA CANO
Profesor ordinario de Derecho constitucional
Universidad Católica de Santa María

Artículo 6.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Constitución Política del Perú de 1993

Fue el candidato Obama el que obtuvo la presidencia de los EE.UU. pregonando la obligación de todos de ser los defensores y guardianes del prójimo. Al enterarse del asesinato de un médico dedicado al aborto, en Kansas, el 31 de mayo del 2009, con mucha razón y angustia, el presidente Obama manifestó que «No importa cuán profundas sean las diferencias entre los norteamericanos acerca de difíciles materias tales como el aborto, ellas no pueden ser resueltas mediante repudiables actos de violencia». Esa también podría ser la medida de la angustia ante el asesinato de cada niño que es abortado.

El Derecho a la vida forma parte del acervo del Derecho na-

* Dedico este trabajo a LUCHO VELANDO PUERTAS, cuyo consejo y advertencias iluminaron mi quehacer como servidor público durante mi destierro en Lima, La Horrible.

tural y está confirmado por la Ciencia Médica. Es, por tanto, vinculante para todos los hombres (varones y mujeres) y no sólo para los religiosos o para los creyentes. Los niños, aún en el seno materno, son el primer y más cercano segmento de «el prójimo» y siempre es antijurídico matarlos; aunque se pretenda manipular el concepto.

El aborto es la impune y extremadamente violenta modalidad de tomar una vida humana que, supuestamente, está protegida por el Estado de Derecho. No obstante su violencia, el aborto ha adquirido el estatuto de «súper» derecho en la cultura consumista del siglo XXI. Esta aproximación es similar a la que reconocería el Estado como el «derecho» de matar a un niño de 3, 4 ó 12 semanas, o por discutidas razones «terapéuticas». Basta que un grupo de políticos encaramados en un órgano de poder del Estado, así lo acuerde.

Abundan los eufemismos para encubrir el acto herodiano, con el objeto de evitar el uso del nombre propio de la especie delictual. A veces se llama «terapéutico» al aborto que nada tiene que ver con ninguna terapia (curación). Se le denomina también «feticidio» pretendiendo que aquéllo que es horripilante suene aceptable. Más aún, los herodianos han urdido una jerga de «derechos» alrededor de tal delito para que su defensa suene eufónica y aún noble. El estudiante de Derecho debe estar alerta a estas manipulaciones. El aborto intencional simple y llanamente es un acto malvado.

Por tanto, carece de fundamento válido el veredicto que sostiene que este particular método de asesinar un segmento de la humanidad pudiese asumir el carácter de una facultad de los más fuertes: el «derecho» al aborto, o el «derecho a decidir (sobre la vida ajena)». Sólo los seres humanos pueden ejercer derechos. No obstante, las frases rutinarias «derecho a decidir» o «derecho al aborto» se han convertido en el instrumento lingüístico de ciertos políticos que son, a la vez, los instrumentos de la Cultura de la Muerte. La defensa de esta forma tan violenta de muerte de inocentes se ha hecho evidente en las declaraciones y reportajes acerca de la invitación de Notre Dame al presidente Obama, el presidente norteamericano que se ha pronunciado en contra de éste, el primero de los Derechos

Fundamentales —el Derecho a la vida— y en contra de la primera libertad: la libertad para nacer.

La prestigiosa Encuesta Gallup pone en números el panorama de la batalla que en el mundo sostiene el humilde David (La Cultura de la vida o *Pro Life*) contra el poderoso y soberbio Goliat (La Civilización de la Muerte: aborto, eutanasia y destrucción de embriones humanos). Resultados semejantes a los hallados en la Encuesta del Pew Research Center.

En los EE. UU., en 1995, la población *Pro-Life* apenas bordeaba el 33%. El guión del aborto se repetía puntualmente: La victoria del más fuerte como apuntaría MARISA MADIERI en *Verde Acqua*, el nuevo clásico italiano. Gallup muestra también un 22% que aún considera la legitimidad del aborto «bajo ciertas circunstancias» —aquellas que favorecen al poderoso—.

A mayo del 2009, el porcentaje *Pro Vida* sube al 51%, mientras que los partidarios del aborto que antes sumaban el 56%, alcanzan, en el 2009, el 42%; con tendencia a la baja. En los 15 años de esta encuesta, es la primera vez que la vida obtiene una victoria absoluta. (Gallup Poll: <http://www.gallup.com/poll/118399>)

También han crecido, en el 2009, las cifras *Pro-Life* entre los varones: 54% y las mujeres: 49%. En el 2008 eran del orden del 46% y del 43%, respectivamente.

El panorama se enardece con la visita del presidente Obama a la Universidad de Notre Dame (Indiana, EE.UU.), que se propone otorgarle un grado honorario. Ante el anuncio, los estudiantes se congregaron en una Misa de campaña y una vigilia elocuentes. Otros universitarios se reunían en la Capilla de ex alumnos y otros más se atrincheraban en la puerta principal de la ciudad universitaria portando pancartas anti-aborcionistas. Es injustificable que una institución católica otorgue un honor a un político que apoya al aborto y la destrucción de embriones. Luego vinieron los arrestos policíacos de universitarios *Pro-Life*.

Estos resultados toman por sorpresa a los políticos pro-aborto que subieron al poder con la elección del presidente Obama. «Irónicamente, las posturas del nuevo gobierno y los nombra-

mientos de abortistas radicales en puestos claves del gobierno, han empujado a los EE.UU. hacia la fuerza *Pro-Life*, expresa la lideresa Wendy Wright. El Rev. Richard Land, director de la Iglesia Bautista señala que la cultura de la vida «está ganando la batalla en los corazones y las mentes»; y que los hallazgos de la Encuesta demuestran que la causa anti-abortista «es vibrante, creciente y juvenil».

Gallup puntualiza que la Encuesta muestra un incremento en la posición *Pro-Life* en todo el espectro de las iglesias cristianas, incluyendo la Católica y un crecimiento de 8 puntos entre las Protestantes. Todas ellas coinciden en que el aborto y la manipulación (comercial o no) de embriones humanos implican destrucción de vida humana, lo cual es inmoral. El hombre nunca es objeto sino sujeto de Derecho. Y el fin supremo de éste, de la sociedad y del Estado es la defensa del ser humano y su dignidad.

Lo dicho: No hay mal —ni Goliat— que dure cien años; ni país que lo resista. La inconsistencia de las autoridades de «Notre Dame» ha tenido el inesperado efecto de galvanizar en un solo haz a creyentes, agnósticos y ateos que defienden el Derecho a la vida. Ellos parten de un fundamento común: la dignidad de todos y el absoluto rechazo de cualquier manipulación que pretenda tratar al ser humano como propiedad usufructuable, alienable o descartable de quien se considere más poderoso.

El problema del aborto está vinculado a la inviolabilidad de la dignidad de todo ser humano, desde el momento de la fecundación hasta su muerte —que debe ser natural, no impuesta—. ¡A erradicar la epivalotanasia! Si el Estado de Derecho es opuesto a cualquier tipo de discriminación, si es opuesto a las guerras injustas, y a la pena capital, tal oposición se fundamenta en el reconocimiento de la intrínseca dignidad humana. Por lo tanto, el aborto resulta siendo la expresión de una discriminación estaría repudiable.

No obstante hay quienes pretenden caracterizarlo como problema «meramente religioso» y que, en consecuencia, no se puede imponer a nadie, jurídicamente, el respeto a la vida del niño no nacido. De allí sólo hay un paso para autorizar que,

impunemente, se tome la vida de otros seres humanos de mayor edad. Si el aborto fuese ajeno al Derecho, por ser una «cuestión de religión», también habría que eliminar del Derecho constitucional y del Derecho penal todas las otras formas de asesinato, prepotencia y nazismo rampantes. Pero, el aborto no es sólo un problema político, ni secundario, ni un fenómeno jurídico anecdótico.

El respeto a la dignidad humana y el Derecho a la vida son el fundamento de todos los otros Derechos Fundamentales. Éstos son patrimonio irrenunciable del ser humano. De ahí que, nunca deja de asombrar que un abogado escuche impasible las referencias tan insistentes a un denominado «derecho a decidir (acerca de la vida propia o la ajena)». Véase la malévola redacción del artículo 6 de la Constitución Política del Perú cuando establece que la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Y que, en este campo, «reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir». (Sic) ¿Decidir? ¿Acerca de qué? La Constitución no lo indica. Esta norma concuerda con lo que dispone el Código penal acerca del aborto «terapéutico» que sirve de paraguas para todo tipo de desmanes en contra del niño por nacer y de su madre —que están a expensas de la presión familiar, social y política, del chantaje y del acoso—.

No es el caso de prestigiosos intelectuales y políticos de diversos continentes que describen la posición a favor del aborto del presidente Barack Obama como una de oposición al Derecho Humano fundamental —el Derecho a la vida—. Por tal razón, esas personalidades han encontrado inexplicable que una universidad Católica, como lo es «Notre Dame», confiera al presidente Obama el grado honorario de Doctor en Derecho.

El reclamar el «derecho» a asesinar a un niño inocente es aún más repugnante cuando es positivizado como el «derecho a decidir» o el «derecho de la mujer a escoger». Se pretende, además, responsabilizar de este crimen a la parte más débil: la mujer; que es, generalmente, la víctima de la «relación de pareja» y de la sociedad consumista.

No obstante, ese es el estado actual del Derecho positivo en los EE. UU. y también en el Perú; que es paralelo a la saga de la jurisprudencia norteamericana que sobrevino en el fallo del caso de Roe en contra de Doe (1972). Se achaca a la mujer la responsabilidad de la decisión de tomar la vida de su prójimo más cercano e indefenso. La «decisión» de matar es ahora protegida, sibilinamente, por el Derecho —la Constitución, el Código penal y hasta una norma administrativa de la región Arequipa—.

Los abortistas que sostienen que hay que asesinar al niño para salvar la vida de la madre, no quieren reconocer que la Ciencia Médica ha adelantado en los últimos siglos hasta posibilitar que ambos se salven; y que está capacitada para permitir que, pese a cualquier dificultad, el niño pueda seguir creciendo en su primer nido y unirse sano a la humanidad luego de su nacimiento. Tampoco quieren darse por enterados que si los servicios médicos no favorecen a ciertos sectores se debe solamente a que el Estado o ciertos políticos no tienen interés en la búsqueda de la justicia social ni en la mejor distribución de la riqueza.

La prohibición jurídica de acabar con cualquier vida humana —a menos que se produzca en un acto de defensa propia— es el cimiento sobre el cual puede edificarse cualquier comunidad. Cualquier forma de aborto es privación de una vida humana inocente. No hay razón jurídica ni médica que justifique que el niño en el seno materno deba ser tratado con menor diferencia que el niño nacido; o que el adulto, o que el terrorista o el ladrón. Tampoco debería haber diferencias en el Derecho positivo.

Ante la dolorosa concesión que «Notre Dame» ha hecho al poder político y económico, las demás universidades católicas están llamadas a convocar a todas las personas de buena voluntad, creyentes, ateas o agnósticas a hacer causa común en la búsqueda de una infraestructura social, cultural, política y constitucional que, efectivamente, reconozca y defienda la existencia del Derecho a la vida y de los demás Derechos humanos que le son consecuentes. Y que estos Derechos sean reconocidos por igual a cada ser humano desde el instante de la

fecundación hasta la muerte.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: YUSUF BANGURA, *Policy dialogue and gendered development*, United Nations Research Institute For Social Development (UNRISD), Geneva 10, 1997; Centro de proyección cristiana., *Mensaje social de Juan Pablo para américa latina*, Ed. Revista – Enciclopedia Encuentro, Lima, 1984; Congregación para la doctrina de la fe, *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, Ediciones Paulinas, Lima, 1989; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Carta Democrática Interamericana*, IIDH/CAPEL, San José, 2001; JOHN PAUL II, *Veritatis Splendor, Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II*, Ediciones Paulinas, Lima, 1993; JR. CHARLES O. LERCHE y ABDUL A. SAID *Concepts of international politics*, Third Edition, Prentice Hall Inc, New Jersey 07632.

FUENTES DE INTERNET: Catholic Online/ News, <http://www.catholic.org> (Mayo, 12 del 2009, Hrs. 08:30); Deacon Keith Fournier, <http://www.catholic.org/contributors/deacon.php> (Mayo, 15 del 2009, Hrs. 19:00); Yahoo News, www.yahoo.com (Mayo, 31 del 2009, Hrs. 09:30).

OPINIÓN DE NUESTROS ESTUDIANTES

Se inserta a continuación el trabajo elaborado por la señorita alumna ROSA MARÍA VELÁSQUEZ ARENAS. Es nuestro propósito, en efecto, incluir en cada número de la Revista una colaboración de nuestros estudiantes, misma que, previamente, será calificada por los señores profesores Doctores HÉCTOR DELGADO CASTRO y JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE. El siguiente número versará sobre algún aspecto del Derecho constitucional y, el subsiguiente, sobre uno vinculado con el Derecho penal. La señorita alumna ROSA MARÍA VELÁSQUEZ ARENAS cursa actualmente el XI semestre y desde sus inicios ha dado muestras de interesarse por el estudio del Derecho civil, rama en la que desea especializarse.

Por lo demás, es de advertir que la mencionada alumna estudió en el colegio particular San Juan Bautista (1993-2003) e ingresó a nuestra Facultad el año 2004, siendo hija de los señores Edi Velásquez Olazábal y Rosa Luz Arenas Palomino.

UNA HUELLA DE VIDA

ROSA MARÍA VELÁSQUEZ ARENAS

Donar, es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra¹. Pero cuando hablamos de donar uno o más órganos no es sólo un acto de liberalidad, sino más bien, uno de desprendimiento, solidaridad y, lo que es más importante, de sensibilizarnos ante el dolor ajeno.

Hay miles de enfermos que presentan deficiencias graves de sus órganos, lo cual médicamente se llama insuficiencia terminal, que puede darse en distintos órganos, por ejemplo en el riñón o el hígado, entre otros; y es sólo a través de la donación de un órgano o tejidos de un órgano que logran recuperarse y salvar sus vidas.

La donación de órganos es un tema angustiante. No debe existir situación más desesperante para un ser humano, que ser parte de una lista de espera para recibir un trasplante. Nada más complicado porque no depende de uno, sino de la generosidad, la información y la decisión voluntaria de otros.

Lamentablemente, en nuestra nación, el 60% de los pacientes que integran esta lista, muere. Somos el país con la tasa de donaciones de órganos más baja de Latinoamérica, apenas un

¹ En escuelas.consumer.es/web/es/vivienda/online/diccionario_d.php, realizada el día 23 de mayo a las 17:00 hrs.

donante por un millón de habitantes. Cifras escalofriantes frente a la inmensa necesidad que tienen más de 5,000 personas, a la fecha, inscritas en la lista de espera de ESSalud².

Actualmente, el Perú cuenta con médicos, así como con el equipamiento adecuado y necesario para cubrir las necesidades que implica un trasplante de órganos, empero, lo que hace falta es contar con más personas que estén dispuestas a donar lo que queda de ellas al morir. No obstante, esto no depende sólo de la voluntad de ellas y/o de que en su DNI se observe «sí» en el apartado de Donación de Órganos, sino de que si sus familiares no aprueban expresamente tal donación, nada se puede hacer en contra de ello. La decisión de los familiares juega en contra de la decisión de la persona que dio su aquiescencia.

En nuestro país la donación de órganos está regulada por el artículo 8 del Código civil, por los artículos 8 y 108 de la Ley núm. 26842 Ley General de Salud, por la Ley núm. 28189 Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, por el Decreto Supremo núm. 014-2005-SA que aprobó el Reglamento de la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos y por los artículos 152, 318 y 318-A del Código penal. A pesar de la normatividad vigente, que nos da el respaldo, la seguridad y sobre todo la posibilidad de ser donantes de vida, la realidad lamentablemente es otra.

En el Perú, todos los días una persona agoniza o fenece por falta de un órgano sano, que reemplace a uno enfermo y le extienda un nuevo plazo de vida. A pesar de ello, el 80% de familias peruanas se niega a donar los órganos de sus familiares, evitando de este modo que muchos pacientes tengan esa nueva oportunidad de vida.

Según los datos del RENIEC, existen registrados 14 580 775 ciudadanos habilitados para tener DNI, de los cuales el 12,5% de los entrevistados, hasta la fecha, han respondido que están

²En <http://www.essalud.gob.pe/donacion/main.htm>, realizada el día 23 de mayo a las 18:30 hrs.

dispuestos a donar sus órganos luego de su fallecimiento.

Los órganos y tejidos «no están a la venta», por eso, con el fin de garantizar la dignidad del ser humano, la ley peruana prohíbe y sanciona su comercialización. De acuerdo a las particularidades y gravedad del delito, lo sanciona con penas que van desde los dos años de pena privativa de libertad, que pueden llegar hasta cadena perpetua.

Quizá la falta de información o las incompatibilidades culturales originan la escasa donación de órganos; pero tal vez, la causa más terrible es la indiferencia hacia el dolor de una persona que necesita un órgano como última oportunidad de vida.

Una luz parece brillar ante este túnel de insensibilidad, ya que los primeros días del mes de junio del año en curso, la Comisión de Salud del Congreso de la República aprobó un Proyecto de ley para promover la donación de órganos, por lo que la decisión voluntaria del donante deberá ser respetada, y sus familiares no podrán oponerse a ello, lo que conllevará a que las lamentables y preocupantes estadísticas tengan un alce.

Este Proyecto de ley, propone que exista una autorización para la extracción de órganos o tejidos de donantes cadavéricos, que se realizará a través de la declaración del titular ante el RENIEC o a través de la suscripción de un acta de consentimiento para la donación voluntaria de lo señalado ante un centro de salud. Asimismo, el acta de consentimiento para la referida donación voluntaria contiene la declaración precisa del donante, que tiene vigencia desde el momento de su suscripción hasta que sea revocado por algún mandato.

Al parecer, si este Proyecto de ley se aprueba, se incrementará la donación de órganos en nuestro país, y con ello, se promoverá que existan más órganos disponibles para salvar más vidas, y que no se origine una pugna entre los familiares de los donantes, los médicos y el Estado. Sin embargo, a ello debe sumarse una adecuada y constante campaña de donación de órganos en todo nuestro territorio, que involucre a cada uno de los habitantes, desde los más interesados en el te-

ma hasta los que el desinterés los embarga, una campaña que cambie la forma de pensar cerrada y negada a dar vida, que comprometa voluntades y afiance decisiones, una campaña que cree una *cultura de dar vida*.

No esperemos que se tenga que dar más leyes para sensibilizarnos, que mueran más personas por nuestra desidia, que algún día seamos nosotros los que nos miremos en el espejo de la parálisis de solidaridad, en la cual hoy vivimos.

II. CLÁSICOS PERUANOS

La presente sección incluirá un trabajo de memorable recordación. En consonancia con lo indicado, decidimos insertar en el presente volumen la *Investigación de la Paternidad* de ANTONIO MIRÓ QUESADA DE LA GUERRA (Lima, 1875-1935), que sirvió como Tesis para optar el grado de Bachiller de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos, cuando a la sazón se desempeñaba como Decano el ilustre penalista iqueño RICARDO HEREDIA.

Acaso interese recordar que ANTONIO MIRÓ QUESADA tuvo a su cargo la cátedra de Derecho Administrativo en San Marcos de 1910 a 1919 y que, además, se desempeñó como subdecano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de 1917 a 1919. Fue hijo de JOSÉ ANTONIO MIRÓ QUESADA (Panamá, 1845-Lima, 1930) y de MATILDE DE LA GUERRA; aunque sus primeros estudios los inició en Londres, los superiores fueron cursados en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. La dictadura de AUGUSTO B. LEGUÍA, lo apartó del cargo de senador de la República, residiendo desde entonces entre los Estados Unidos de Norte América y Londres. Sus colaboraciones para el diario *El Comercio* (de Lima), aparecen suscritas bajo el seudónimo de *El Mismo*.

INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

ANTONIO MIRÓ QUESADA

Señores:

Dos son las doctrinas que, sobre indagación de la paternidad, se disputan el predominio en el campo de la jurisprudencia filosófica, y positiva. La una sostiene, con razones más o menos atendibles, que ella debe ser permitida; la otra, fundada igualmente en consideraciones serias, rechaza semejante principio, por juzgarlo absurdo é inmoral.

La primera manifiesta la justicia y la necesidad de admitir un hecho que, como el de la propuesta de indagación, tiene su fundamento en leyes naturales, que el hombre debe siempre respetar, y en razones de moralidad social, que no es posible desconocer tampoco.

La segunda, á su vez, basándose en la imposibilidad material de acreditar la paternidad, dado el carácter misterioso de la generación, y alegando las perturbaciones de los derechos de familia, los escándalos sociales y los inconvenientes prácticos de todo género que origina aquel sistema cuando es sancionado por la ley positiva, combate abiertamente la investigación, principio que se considera opuesto á la justicia y á la moral.

No es extraño que las cuestiones sobre filiación ilegítima hayan preocupado, desde tiempo atrás, á jurisconsultos y legisladores y sido causa, en todas partes, de controversias más

ó menos violentas y apasionadas. Ello sucede siempre, como es fácil comprenderlo, con todo asunto que, por su naturaleza misma, interesa de un modo especial á la sociedad; y la gran trascendencia que bajo este punto de vista ha de tener forzosamente cuanto se relacione con la prole ilegítima, no puede desconocerse, si se piensa en que, según los datos estadísticos, ascienden á millones los nacidos fuera de matrimonio en los diversos pueblos cultos de la tierra, y si, además, se tiene en cuenta que las cuestiones de ese género, por relacionarse siempre con la moral, base sobre que descansa la sociedad, están llamadas á despertar en todo caso un interés social particular.

Pero no es, sin embargo, la importancia que en este concepto reviste la investigación de la paternidad para la sociedad en general, lo único que me ha inducido á elegir como tema del imperfecto trabajo que me es honroso someter á vuestro benévolo juicio, un asunto que en sí mismo ha de ofrecer tan poca novedad ya, puesto que ha sido objeto, según acabo de manifestarlo, de polémicas ardientes y detenidos debates, desde época remota. Tal vez no me habría ocupado de él, si no creyera que, á causa de la mismas disposiciones de la ley peruana sobre el particular, la investigación de la paternidad tiene, para nosotros, un interés especial, que la hace acreedora á figurar entre las materias dignas de preferente y detenido estudio.

Más adelante procuraré comprobar la existencia de los vicios que hacen indispensable una pronta y radical reforma de los preceptos relativos á la filiación ilegítima; pero antes expondré brevemente las dos opuestas doctrinas sobre indagación de la paternidad á que he hecho referencia en la primera página de la presente tesis, á fin de ver cuál de ellas es la que, por hallarse más en armonía con la razón y el derecho, debe servir de base á toda reforma saludable.

*

* *

Dos son los principales argumentos aducidos por los defensores de la investigación de la paternidad, en apoyo de su

doctrina: la obligación natural que tiene todo padre de alimentar á su hijo y la moralidad de un sistema encaminado á combatir la concupiscencia social, tan funesta para los hombres y los pueblos.

Los partidarios de la investigación referida, exponen el primero de los citados argumentos, poco más ó menos en los siguientes términos: los hombres, desde que nacen hasta que el desarrollo de sus facultades físicas é intelectuales les permite proveer por sí mismos á su propia conservación, tienen necesidad de protección y de cuidados, y es el padre el llamado á prestárselos, por la naturaleza y por la ley. De suerte, pues, que si rehuyendo éste el cumplimiento de esa obligación natural, no procura proporcionar á su hijo los elementos indispensables para su subsistencia, habrá que compelerlo á ello, permitiéndose la promoción de un juicio indagatorio de la paternidad, como el medio más eficaz de que no quede burlado el derecho del hijo, ni sin castigo el desconocimiento que hace el padre de los sagrados deberes que la naturaleza y la ley le imponen.

En principio, no es discutible, siquiera, la justicia del anterior razonamiento. Nadie, por extraviado que se halle su criterio moral, podrá desconocer que el padre está obligado á alimentar y proteger al hijo, mientras no se encuentre éste en condiciones de hacerlo por sí mismo; pero también preciso es convenir en que sólo los que no se penetren bien del carácter especial de tales obligaciones, pueden sostener la conveniencia de autorizar la investigación de la paternidad como medio de garantizar el cumplimiento de deberes que, por la naturaleza misma de las cosas, no pueden ser llenados, en justicia, sino normal y voluntariamente.

Es innegable que las obligaciones sólo existen como simples abstracciones, en el terreno del derecho, mientras determinadas circunstancias no las localicen en individuos determinados, también. Sólo cuando hay persona cierta obligada á algo, en virtud de un hecho anteriormente practicado, es que la obligación pierde ese carácter abstracto, ideológico, absoluto; para convertirse en una verdadera realidad.

Si nos detenemos, ahora, á averiguar cuál es esa circunstan-

cia especial que sirve de origen, que localiza en el hombre las obligaciones naturales de la paternidad, nos veremos lógicamente é irremediabilmente conducidos al instante de la concepción, de donde nacen los derechos y deberes recíprocos, entre padres é hijos; pero basta fijarse en el velo impenetrable y misterioso que envuelve el hecho mismo de la concepción, para que se comprenda, entonces, hasta dónde es imposible y es absurdo pretender que la relación obligatoria que de allí proviene, tenga otro cumplimiento que el normal y voluntario de que he hablado.

Si se admite, como no puede menos de admitirse, que es materialmente imposible acreditar la paternidad, hay que convenir en que sólo un reconocimiento libre, espontáneo, puede localizar en el hombre los deberes que de ella nacen. La ley no debe aceptar la investigación de la paternidad bajo el simple pretexto de que ella tiende á garantir el cumplimiento de sagradas obligaciones naturales. Si la generación no fuera un hecho misterioso, que escapa por su propia naturaleza al conocimiento de los hombres, bien podría entonces tomarse en cuenta la indagación mencionada, como un medio coercitivo para hacer que cumpliesen sus deberes los padres desprovistos de sentimientos morales, sordos á la voz de la conciencia.

Sin embargo, ya que, por desgracia, es difícil, si no imposible, conseguir un perfecto acuerdo entre los intereses y derechos de todos los asociados, debe, por lo menos, procurarse que, siquiera en parte, tal acuerdo se realice; para lo cual es indispensable no olvidar los peligros que entrañan doctrinas como la que permite la investigación de la paternidad, que, nacidas al calor de nobles ideales, de sentimientos meramente filantrópicos, resultan en la práctica de consecuencias funestísimas. Es necesario tomar las cosas tales como son, para no correr el riesgo de cometer una arbitrariedad, de caer en el error; cuando precisamente se busca la manera de hacer el bien, de procurar el triunfo de los sanos principios.

El otro argumento en apoyo de la investigación de la paternidad es, también, como el anterior, más de aparato que de verdadera fuerza. Se pretende que la investigación es un freno de que el legislador se vale para contener la concupiscencia en

en el seno de la sociedad, porque permitiéndose las pesquisas de paternidad, se abstendrán los hombres de contraer relaciones ilícitas por el temor de las consecuencias desagradables que de ellas pudieran resultarles; y los defensores de la referida indagación deducen de aquí que ella es eminentemente moralizadora.

Pero, en este concepto, ¿no sería mayor la eficacia de la doctrina opuesta? las mujeres, entonces; sabiendo que nada podrían esperar para sí, ni para su hijo ilegítimo, si el padre no se prestaba voluntariamente á legitimarlo ó reconocerlo, serían más cautas al contraer relaciones ilícitas; y si se tiene en cuenta que la mujer, por su naturaleza débil, cede al temor, con más facilidad que el hombre; habrá que convenir en que son mayores las probabilidades de lograr que las uniones ilícitas disminuyan cuando la indagación de la paternidad se prohíba. En este caso se pone á la corrupción social un freno más poderoso, porque «á la fuerza de la honestidad y á la obligación de resistir que tiene toda mujer cuando se trata de arrastrarla al vicio, se une la amenaza de echar sobre sí sola obligaciones que el seductor puede eludir condenando al hijo á llevar sobre su frente el estigma de bastardo»¹. Y por poco que se conozca el corazón humano, se comprenderá fácilmente los saludables resultados que ha de producir en la práctica una ley como ésta, que «afecta cuanto puede haber de más sensible para la mujer que no ha llegado al doloroso estado de hacer un inmundo comercio con sus atractivos y su cuerpo; que la castiga en su amor propio, exponiéndola al abandono y al desprecio del padre de su hijo; que la castiga, también, condenando, quizás, á la miseria al hijo de sus entrañas»².

Hay todavía otra consideración más, que hace ver cuán quimérica es la creencia de que, permitiéndose indagar la paternidad, se consigue que disminuyan las uniones ilícitas. Si un hombre puede satisfacer una pasión ó un capricho, contrayen-

¹ *Gaceta Judicial*, Enero 20 de 1874, *Cuestiones Civiles*, Artículo de MANUEL ATANASIO FUENTES.

² *Gaceta Judicial*, Enero 20 de 1874, *Cuestiones Civiles*, Artículo de MANUEL ATANASIO FUENTES.

do ilegales relaciones ¿es natural suponer que se abstenga de hacerlo por el simple temor de los remotísimos perjuicios á que con ello se expone? Evidentemente, no: por lo tanto, pues, la ineficacia de las pesquisas de paternidad, como medio de evitar que se efectúen uniones prohibidas, es algo que se comprende sin gran trabajo.

Por otra parte, no puede ser nunca moral un sistema que obliga á las sociedades á contemplar el poco edificante espectáculo, de que un hijo adulterino, incestuoso ó sacrílego pretenda probar públicamente el delito ó crimen oculto á que asegura deber su existencia, con el propósito de conseguir que la ley le reconozca y garantice derechos que tal vez en justicia no le correspondan.

«La incertidumbre irremediable del esclarecimiento del hecho, escribe DALLOZ³, no era el único inconveniente de los procesos de esa naturaleza. A esto se agrega aún el escándalo de los debates. En efecto, ¿sobre qué debían descansar esos debates? ¿Cuáles podían ser los elementos de la prueba que la mujer debía dar? ¿Las confesiones de intimidad contenidas en cartas, los testimonios que descubrieran, á la faz de la justicia, todos esos hechos, todas esas circunstancias que son como el preludeo ó la prueba de la realización del *misterio*? Fácilmente se comprenderá, además, que basta interrogar los fastos de la jurisprudencia, para saber cuán ofendido debía estar el pudor público con tales discusiones. Así, pues, esos procesos eran escandalosos; no podían llegar á un resultado cierto, y si, por el contrario, en razón misma de esta incertidumbre, podían inducir á los jueces más íntegros á sentencias monstruosamente inicuas. ¡Cuántas razones para proscribirlos!».

Sí, preciso es proscribir, en lo absoluto, los juicios indagatorios de paternidad; esos juicios que, según la expresión de BIGOT DE PREAMENEAU, eran considerados, con tanta justicia, como el azote de la sociedad en la antigua jurisprudencia que los admitía. Proscribanse, y así se evitará que la ley misma estimule el abuso y el escándalo; que sea el mismo legislador, cuyo prin-

³ DALLOZ, *Jurisprudence Generale, Reportoire 35*, p. 292.

cipal objeto es moralizar las sociedades, quien sancione un absurdo principio que perturba la paz de las familias y facilita el desborde de las pasiones.

*

* *

Muchos y muy esclarecidos defensores ha encontrado la doctrina que sanciona la indagación de la paternidad; pero, con todo, puede asegurarse que aun es mayor el número de escritores y jurisconsultos, igualmente distinguidos, que combaten aquel sistema con razones en que revelan mayor sensatez y juicio práctico que sus antagonistas.

Con el profundo convencimiento de que no es posible aducir pruebas ciertas cuando se trata de demostrar el hecho de la paternidad, y de que, por lo tanto, los procesos que con tal objeto se inicien sólo serán, en la generalidad de los casos, un oprobio para la justicia y un motivo de escándalo y de desmoralización para la sociedad, juzgan estos últimos que es conveniente y necesario prohibirlos; opinión acertada, si se considera que, como lo afirma DUVERYER, GARCÍA GOYENA, BIGOT DE PREAMENEAU y otros muchos, la paternidad, en el orden de la naturaleza, es un misterio del que no puede obtenerse ninguna prueba ó signo material, sino, tan sólo, la presunción social y legal que produce el matrimonio; y, por lo tanto, es pretender forzar la naturaleza misma, es pretender descubrir sus arcanos, permitir, con el pretexto de comprobar lo que en justicia no puede ser comprobado, que los hijos nacidos de uniones extramatrimoniales promuevan los llamados juicios indagatorios de la paternidad.

Forzoso es rechazar tales juicios, que son, realmente, contrarios á la moral y hasta al sentido común, y no permitir otro reconocimiento que el que hace de un modo libre, espontaneo y voluntario, quien tiene conciencia de ser padre.

Se me objetará, tal vez, que sancionar esta doctrina es abrir ancho campo al abuso y al engaño, desde que se establece la impunidad de los hombres sin corazón y sin escrúpulos, que podrán defraudar legítimas esperanzas y derechos con la plena certidumbre de que ha de quedar sin castigo su criminal

proceder.

Pero, afortunadamente, la perversidad y la infamia no son, por lo general, los móviles de los actos humanos; y si bien es cierto que pueden presentarse, y en efecto se han presentado, casos en que un hombre niega al hijo que su conciencia le dice ser realmente suyo, tales casos constituyen la excepción y no la regla; porque nadie desconocerá que son muy pocos los seres en quienes, la falta de ese amor instintivo que la naturaleza hace brotar en el corazón humano para con aquellos á quienes se da la existencia; el embotamiento absoluto de la moralidad, de los delicados sentimientos naturales, llegan hasta el extremo de inducirlos á negar la protección y el auxilio que de ellos solicitan las desgraciadas víctimas suyas, obligadas á sostener las duras luchas de la vida en la condición desventajosa en que las ha colocado una falta de los mismos á quienes vuelven los ojos buscando amparo en su orfandad.

Pero aun en el supuesto de que no fuesen raros esos casos de refinada crueldad y manifiesta injusticia, tan contrarios á las leyes naturales, no sería ello motivo bastante para aceptar un sistema cuyos numerosos inconvenientes, de todo orden, lo hacen en la práctica absolutamente inadmisibles. Es un principio de razón que de dos males se da de preferir siempre el menor, y no hay duda alguna de que menos perjudicial es para la sociedad que resulte un desgraciado sufriendo las consecuencias de la moral relajada de quien le dió la vida, que sancionar el precedente funestísimo de que puedan promoverse procesos escandalosos, en que se lastima el interés de un gran número de los asociados para concluir, en muchos casos, dando el triunfo al fraude y la intriga, sobre la verdad y la justicia.

«Las presunciones, los indicios, las conjeturas erigidas en prueba, y la arbitrariedad en principio; el tráfico más vergonzoso calculado sobre los sentimientos más tiernos, todas las clases, todas las familias expuestas á la deshonor y al temor» he ahí, en una palabra, el horrible cuadro que se presenta á nuestra mente, al recordar esos procesos absurdos y escandalosos, que en las postrimerías de nuestro siglo encuentran aun legislaciones positivas que los amparen, fundándose en causales de moralidad y de justicia. No se crea que exagero,

porque si se desciende al terreno de los hechos, habrá que confesar que en tales juicios, por cada desgraciada que realmente reclama socorros, en nombre y á expensas del honor, mil prostitutas especulan sobre la publicidad de sus desórdenes, escogiendo siempre, en cuanto les es posible, como padre del hijo que puede ser reclamado por muchos, al más virtuoso, al más opulento y espectable, para tasar el precio del silencio en proporción al escándalo; porque en la mayoría de los casos solo indagan la paternidad las mujeres que en el concepto público nada tienen que perder con la controversia que entablan, desde que su deshonor no proviene sólo de la falta que motiva este juicio, sino de culpas anteriores, ya conocidas; las mujeres que procuran especular con el fruto de uniones ilícitas y hasta criminales; y no, por cierto, aquellas desgraciadas víctimas de la inexperiencia ó el amor, que prefieren devorar en silencio los amargos sufrimientos de la falta cometida, antes que mancillar su honor y el nombre de su familia haciendo pública la afrenta con la promoción de un juicio indagatorio de la paternidad; que si le permite alcanzar el reconocimiento ó los alimentos para el hijo, es en cambio de su propia deshonor y del eterno baldón que sobre aquel arrojan al declararlo nacido de punibles ó ilegales relaciones.

En el derecho moderno se nota marcada tendencia, que se refleja en las diversas legislaciones, á prohibir los juicios indagatorios de paternidad, por juzgarse de mayor trascendencia para el organismo social los inconvenientes que ofrece el sistema opuesto. Sin embargo, no faltan en la actualidad leyes positivas que sancionen el principio de la indagación, aunque es cierto que todas ellas se resienten de falta de lógica y van algunas hasta la injusticia; hecho que puede comprobarse si se examina, por ejemplo, los Códigos de España, la República Argentina y el Perú, que pertenecen al número de los que admiten las pesquisas de paternidad.

Así, al estudiar las disposiciones pertinentes del moderno Código Civil de España, fácilmente ha de observarse que, si en la forma de investigación de la paternidad es permitida, en el fondo, como hace notar con certero juicio el señor MANRESA, no se investiga, sino que, solamente, se impone al padre la ratificación de un reconocimiento anterior y voluntario.

Y por si alguna duda pudiera caber respecto al sentido del artículo 135 de ese Código, que es el que ha dado origen á la afirmación que precede, bastará tener en cuenta, para que toda duda se disipe, que tal artículo no es sino el desarrollo de la base 5 de la ley de bases de 11 de Mayo de 1888 en que se establece que, fuera de los casos de delito, para que la investigación de la paternidad pueda ser permitida, ha de existir *la voluntad indubitada del padre de reconocer como suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin [...]*

¿No es esto, pues, en definitiva, dejar el reconocimiento de la paternidad á la conciencia del supuesto padre? ¿No es, como dicen MANRESA, FALCÓN, ROMERO Y GIRÓN, ANGULO LAGUNA etc., limitarse á imponer la ratificación de un reconocimiento previo, que ha tenido el carácter de espontaneo? La moderna ley española, que consulta la voluntad del que se supone padre y sólo permite que la paternidad se investigue cuando, en vista de expresas declaraciones de aquel, puede presumirse que la ha aceptado, sanciona, en el fondo, el justo principio de que el reconocimiento de los hijos ilegítimos debe dejarse á la conciencia de los presuntos padres.

Valdría más que el legislador español hubiese aceptado lo dispuesto por el proyecto de Código Civil de 1851, ya que prácticamente, con la ley actual, el reconocimiento depende, como en aquel proyecto, de la voluntad del que se cree padre y lo declara así espontánea y libremente.

Examinando, ahora, los preceptos que sobre el particular contiene el Código Civil de la República Argentina, se verá que comienza por establecer una distinción radical entre los hijos naturales y demás ilegítimos, y con una injusticia manifiesta concede luego á aquellos el derecho de investigar la paternidad que niega á éstos, haciendo depender ese privilegio de la mayor ó menor culpabilidad de las uniones de que han procedido tales hijos; ¡como si esos desgraciados hubiesen podido contribuir á determinar su nacimiento!

No es esto todo: no sólo se niega á los hijos ilegítimos de ciertas condiciones el derecho de investigar la paternidad al igual de los naturales, sino que se declara terminantemente que los adulterinos, incestuosos y sacrílegos no tienen, por las

leyes, padre ó madre; ni parientes por parte de padre ó de madre.

¿Puede darse mayor injusticia? Si se permite la investigación de la paternidad á los hijos naturales, ¿qué motivo puede haber para negársela á los demás ilegítimos?

¿No tienen éstos, como aquellos, el derecho de exigir, también, que se les cuide y alimente? ¿O sólo se refieren las obligaciones de la paternidad á los hijos naturales, cuando precisamente los que más necesitan que se les ampare y proteja son esos seres desgraciados, fruto de uniones punibles, que con tantos obstáculos tropiezan en el camino de la vida, á causa del instintivo rechazo que encuentran siempre en el seno de la sociedad?

Si el legislador argentino, sin tomar en cuenta los inconvenientes prácticos de los juicios indagatorios de paternidad, los admite, sin duda porque cree posible la comprobación de un hecho envuelto en las sombras del misterio, se muestra inconsecuente é injusto al no declarar que, antes que los hijos naturales, son los otros ilegítimos los que tienen derecho á gozar de los beneficios de la ley, por lo mismo que más necesitan de ellos, dada la condición excepcionalmente desfavorable en que su nacimiento los coloca.

Y ni siquiera pueden alegar los legisladores argentinos que por razones de moralidad es que se han visto obligados á no permitir que todos los ilegítimos tengan el derecho de averiguar quienes son sus padres, porque concediendo esa facultad á los hijos naturales, ya hay bastante motivo de escándalo y desmoralización social. Por otra parte, que no ha sido ésta la causa para acordar á unos hijos un privilegio que se niega á otros, lo está revelando claramente el artículo 343 del Código Civil argentino, en el que, sin tenerse para nada en cuenta la moral, se permite el reconocimiento voluntario de los adulterinos, incestuosos y sacrílegos dejándonos, así, sin saber qué pensar acerca de los móviles de tan variadas disposiciones, ni cuáles sean los fundamentos filosóficos de esos caprichosos preceptos.

La doctrina que sancionan nuestras leyes patrias, no es,

tampoco, aceptable. Sería conveniente, si se quiere evitar que el honor de las familias y la moral social se hallen expuestos á injustos y peligrosos ataques, dictar leyes en que no se tome por base, como se hace ahora, el absurdo principio que autoriza la comprobación de un hecho imposible de probar, como es el de la paternidad; ni se dé lugar á dudas é incertidumbres por falta de claridad y precisión en tales leyes, dificultándose, así, todavía más, un asunto que por sí mismo es ya bastante complicado.

Si como lo establece el artículo 221 de nuestro Código Civil «los hijos nacidos ó concebidos durante el matrimonio tienen por padre al marido,» ¿no se incurre en una verdadera contradicción al permitirse, luego, que los hijos de mujer casada indaguen una paternidad adulterina, escudados por la misma ley, que sólo prohíbe las indagaciones cuando se trata de los derechos que los hijos ilegítimos tienen sobre los bienes de la madre ó de los parientes de ésta, y que, además, impone á los padres en general la obligación de alimentar á toda clase de hijos?

Esto es establecer dos principios, que, evidentemente, se excluyen el uno al otro: ó subsiste lo dispuesto en el artículo 221, y los nacidos ó concebidos durante el matrimonio son hijos del marido, sin que pueda admitirse que se investigue la paternidad para demostrar lo contrario; ó prevalece lo dispuesto en el artículo 242 y en el inciso 3.º del 244, y con ello la facultad que tiene el hijo que se considera ilegítimo de promover un juicio para probarlo y conseguir, así, de su padre adulterino, los alimentos á que le da derecho una expresa declaración de la ley.

No hace mucho se presentó ante nuestros Tribunales un caso que está revelando la necesidad imperiosa de dictar sobre esta materia disposiciones claras, precisas, terminantes, si la mente del legislador no ha sido permitir los monstruosos procesos á que dan lugar las oscuras y hasta contradictorias disposiciones legales que sobre el particular existen actualmente.

El hecho á que me refiero es el siguiente: hará cosa de tres años que una mujer casada promovió un juicio indagatorio

de paternidad, alegando que era un amante de ella, y no el marido, el padre de su hija, y pidiendo que se obligara á aquel á cumplir con los deberes que le imponía la ley.

La demanda fué admitida, porque á pesar de la inmoralidad y el cinismo de aquella mujer culpable, que echaba lodo sobre su propia hija, movida por el mezquino interés del dinero, no podia rechazarse una acción que la ley autoriza; ni hacerse ilusoria la disposición contenida en el ya citado inciso 3.º del artículo 244, que obliga á los padres á alimentar á toda clase de hijos.

Cierto es que la esposa adúltera se vió al fin burlada en sus pretensiones; pero no antes de que la sociedad hubiera contemplado, escandalizada, uno de los juicios más inmorales y repugnantes; pues la demandante obtuvo sentencias favorables en primera y segunda instancia, y tal vez habría triunfado definitivamente, si no se hubiera encargado á tiempo de la defensa de la parte contraria uno de los jóvenes abogados más distinguidos de nuestro Foro, quien logró presentar la cuestión de manera tal, que la Corte Suprema, palpando, por decirlo así, la justicia y la moralidad de sus alegatos, revocó los fallos anteriores.

Véase, pues, cómo es la ley misma la que abre las puertas á la desmoralización y al escándalo y cuán necesaria es la reforma de que antes he hablado.

Hay, además, cierta injusticia, en la manera cómo nuestra legislación actual resuelve el punto relativo á los derechos de los hijos ilegítimos.

Se permite investigar la paternidad por creerse, sin duda, que puede ser comprobada; pero, al mismo tiempo, el artículo 237 del Código Civil establece que los derechos concedidos á los hijos naturales reconocidos, no se adquieren por sentencia en que la paternidad se declare.

Por qué es esto? Si á un hombre se le declara padre, en virtud de tales ó cuales pruebas, lógicamente debe compelersele á que cumpla con respecto al hijo las obligaciones de la paternidad. Lo contrario sería hacer depender sólo de la forma del reconocimiento los derechos del hijo, cosa que, como dice MER-

LÍN, carece de sentido.

Pero donde todavía es más urgente la necesidad de una reforma, es en las disposiciones legales que establecen la manera de comprobar en juicio la supuesta paternidad. A cuántos abusos; á cuantas injusticias pueden dar lugar esos preceptos, tan vagos y absurdos? Como dice el distinguido jurisconsulto don TORIBIO PACHECO, «ya que el legislador ha permitido la indagación de la paternidad y de la maternidad, debió, al menos, prefijar los hechos ó siquiera las presunciones vehementes capaces de establecer la filiación. Si es muy racional que la filiación de un hijo natural reconocido se acredite con el instrumento del reconocimiento (1406 E.), porque contra esta prueba, cuando se halla revestida de las formalidades legales, nada podría oponerse, no lo es, sino más bien un absurdo susceptible de abusos de las más perniciosas consecuencias, permitir á los hijos naturales no reconocidos, y sobre todo á los demás ilegítimos, acreditar la filiación meramente con una semiplena probanza (1407 E.) Mas, ¿De qué especie será esta? ¿Será el reconocimiento de prácticos; el testimonio de testimonio; el referente sin el referido; el anexo sin su principal; las cartas dirigidas á la madre, al padre, ó á otra persona; el dicho de un testigo, aunque reuna las cualidades imposibles en esta materia, de idóneo y presencial; la confesión extrajudicial; la fama pública, que tantas veces se engaña y que, por lo mismo, no es general y uniforme; ó las presunciones ó conjeturas, que muy frecuentemente no se deducen de los hechos, sino que son hijas de la envidia y de la maledicencia? Tales son las diferentes especies de pruebas semiplenas designadas por la ley, y bien valía la pena, en materia tan grave y tan trascendental para el honor y los intereses de las familias, que nuestros legisladores hubiesen tenido cuidado de determinar aquellas que debían emplearse, y no abandonarlas á la superchería de los litigantes y al juicio de los jueces, que puede ser caprichoso y apasionado»⁴.

Algunos otros vacíos y defectos podrían señalarse aún en nuestras leyes sobre cuestión de tanta trascendencia é impor-

⁴ T. PACHECO, *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, p. 285.

tancia; pero creo que los ya apuntados bastarán á mi objeto, que es el de que se vea la necesidad urgente de introducir, en lo relativo á la filiación ilegítima, una pronta y radical reforma, para que no pueda en adelante culparse á la ley de ser, hasta cierto punto, responsable de que continúe existiendo en la sociedad el mismo mal que procura combatir.

*

* *

El asunto de que me he ocupado es, como se vé, sumamente árduo, de solución muy difícil; y no podía menos de ser así desde que se trata de un conflicto de derechos, que por la naturaleza misma de las cosas es casi imposible resolver sin que haya que sacrificar, en parte, alguno de ellos. Por un lado, tenemos un hecho cierto, evidente: el nacimiento de hijos ilegítimos y el derecho que éstos tienen á que sus padres los alimenten. Por el otro, hay algo no menos cierto, no menos evidente también: la imposibilidad material de acreditar la paternidad y, en consecuencia, la injusticia con que se procede compeliendo á un hombre el cumplimiento de obligaciones que tal vez no le corresponden. ¿Qué hacer, pues en presencia de dificultades como éstas, realmente insuperables? ¿Decidirse por la indagación de la paternidad, con su inseparable cortejo de escándalos y abusos, de fraudes y arbitrariedades? ¿Admitir, como único medio de salvar á los hijos, la comprobación de un hecho que no puede ser comprobado ó dejar que perezcan por falta de auxilios indispensables para su subsistencia, seres desgraciados, completamente ajenos á la falta que es origen de su infortunio? ¿Privar á esos seres de los alimentos y cuidados á que tienen incontestable derecho? Ambos extremos son totalmente inaceptables, y la razón y la conciencia indican que, si bien la investigación de la paternidad no puede permitirse, por carecerse de medios ciertos para comprobar un hecho misterioso, es necesario, hasta dónde sea posible, sin causar daños de otro género, evitar el abandono y, quizás la muerte de inocentes criaturas, á quienes no es justo hacer sufrir el castigo de culpa que no han cometido.

Para llegar á este fin, conciliando los intereses en pugna, podría procurarse aprovechar de todos aquellos actos que im-

pliquen un reconocimiento tácito de paternidad, para obligar á quien los practique, no á reconocer al hijo, en sentido jurídico de la palabra, porque ello sería injusto, sino á cuidar de su subsistencia tan sólo; podría verse el modo de conseguir que aquel que durante un tiempo más ó menos largo alimentó al hijo nacido de la mujer con quien mantuvo relaciones, siga proporcionándole alimentos, aunque expresamente no lo reconozca como hijo suyo; podría, en fin, admitirse la cuasi-posesión de estado de familia, no como un título para investigar la paternidad, sino como un derecho para exigir alimentos. Apelando á estos medios, quizás se conseguiría, ya que no una legislación perfecta en la materia, cosa que parece imposible, por lo menos leyes racionales y justas, que eviten, hasta donde el humano ingenio alcance, las desastrosas consecuencias sociales de ese conflicto de derechos que, como acabo de insinuar, agravan los preceptos contradictorios de nuestro Código Civil, y las vagas disposiciones del de Enjuiciamientos.

Lima, Julio de 1897.

V. ° B. °

HEREDIA

**III. PROYECTOS Y CÓDIGOS:
TRAS LAS HUELLAS DE HAMMURABI**

PROYECTO DE CONSTITUCIÓN PARA LA REPÚBLICA
PERUANA QUE PRESENTA A LA NACIÓN EL MINISTRO DE
ESTADO CIUDADANO MANUEL DE VIDAURRE

BREVE NOTA BIOGRÁFICA DE VIDAURRE*

De MANUEL LORENZO DE VIDAURRE se han ocupado extensamente JIMÉNEZ DE ASÚA¹ y MANUEL DE RIVACOBA² y con menos detenimiento GUZMÁN DÁLBORA³ y ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR⁴; en nuestro país, le han dedicado breve atención SANTIAGO BENITES SÁNCHEZ, JAVIER VILLA STEIN, FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS, RAÚL PEÑA CABRERA y LUIS BRAMONT ARIAS. Muchísimo más exhaustivos lo fueron, en cambio, JULIO ALTMANN SMYTHE (1903-77)⁵, JOSÉ HURTADO POZO⁶ y, aunque no es penalista (pero si el más importante historiador del Derecho civil peruano), CARLOS RAMOS NÚÑEZ⁷.

* Por JULIO ARMAZA GALDOS.

¹ *Tratado de Derecho penal*, Editorial Losada S. A., 5ª ed., Buenos Aires, vol. I, p. 1201.

² *El primer Proyecto americano de Código penal*, Tirada aparte de los Anales del Instituto de Chile, Santiago, 1985.

³ *El nuevo Código penal del Perú (1991)* en la revista *Doctrina Penal de Buenos Aires*, año 14, números 55-56, junio-diciembre de 1991, pp. 631 y 632.

⁴ *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 235.

⁵ *Reseña histórica del Derecho penal, con conclusiones sobre la futura Política Criminal del Perú*, Lima, 1944, pp. 219 a 224.

⁶ *La ley importada. Recepción del Derecho penal en el Perú*, CEDYS, Lima, 1979, pp. 38 a 40.

⁷ *Historia del Derecho Civil peruano, Siglos XIX y XX (El orbe jurídico ilus-*

MANUEL LORENZO DE VIDAURRE Y ENCALADA, hijo del coronel lambayecano ANTONIO BASILIO DE VIDAURRE Y DE LA PARRA y de la no menos distinguida limeña doña MANUELA CATALINA ENCALADA Y MIRONES, nació en Lima el 19 de mayo de 1773.

Tuvo como maestro, en el Real Convictorio Carolino, al ilustre abogado chileno JOSÉ JERÓNIMO DE VIVAR Y LÓPEZ LISPERGUER, quien fuera denunciado, en 1801, ante el Tribunal de la Santa Inquisición por hereje. Fueron asimismo sus profesores en San Marcos VICENTE MORALES DUÁREZ (1757-1812), catedrático de Instituta y de Código; DOMINGO LARRIÓN Y CORTÉS (Santiago de Chile, ¿?-1812), de Prima de Leyes; JOSEF DE ARRIS Y UCEDA (1748-1822), de Vísperas de Leyes; TOMÁS ANICETO BODEGA DE LA QUADRA Y MALLINEDO (¿?-1801); JOSÉ BAQUÍJANO Y CARRILLO (1751-1817), de Prima de Sagrados Cánones y FRANCISCO ANTONIO OYAQUE, de Vísperas de Sagrados Cánones. No está claro, en cambio, que hubiese recibido una sólida formación criminológica o más propiamente penal, pues la enseñanza de tal curso se halló entonces a cargo del profesor de *Historia del Derecho Español* (llamado también *Derecho Patrio*) y no ha pasado a la posteridad nombre alguno digno de recordación que por sus dotes y méritos académicos, permita suponer que en San Marcos se daba un especial y eficiente adiestramiento en esa materia. Conocido es, sin embargo, que para aprobar tal asignatura debió sumergirse en el estudio de las Leyes de Indias, pues de acuerdo a las Constituciones (1771) vigentes en la superior casa de estudios citada (artículo 12), ese era precisamente el texto que debía analizarse en el quinto y último año de estudios de la carrera de Jurisprudencia.

Se recibe de abogado el 6 de diciembre de 1797, obteniendo el grado de Doctor en Leyes y Cánones en 1799. Sin éxito, luego, concursa a las cátedras de Instituta, Código y Cánones convocadas por la Universidad de San Marcos; en 1806, para coronar su infortunio, cuando contaba con treinta y tres años de edad, fue condenado por el Tribunal del Santo Oficio, pues llegó a oídos de este las desafortunadas expresiones que, en

ocasión nada conveniente, pronunció nuestro compatriota: «De no existir Dios, sostenía, adoraría cierta mujer». Esa tal mujer, a quien aludía el joven VIDAURRE, no era otra que doña Josefa Francisca Rivera y Figueroa, su esposa.

Producida la invasión de los franceses a España, VIDAURRE en América defiende abiertamente la Monarquía española. Hacia 1810 realiza un viaje a Cádiz (España); entabla allí relación con el Excmo. Sr. NICOLÁS MARÍA DE SIERRA, Ministro de Estado, Gracia y Justicia, quien le solicita un informe sobre sus observaciones acerca de la administración virreinal. La impresión que debió haber causado VIDAURRE, y alguna otra gestión más, habrían valido para que, el 29 de julio de 1810, la Regencia del Reino español lo nombrara oidor de la Real Audiencia del Cusco. En 1811, en efecto, viste la garnacha⁸.

Llegada la Constitución de Cádiz al Cusco el 9 de diciembre de 1812, MATEO PUMACAGUA (1740-1815), Presidente Interino de la Real Audiencia, se niega a publicar y jurar dicho documento, produciéndose entonces un malestar general que, finalmente, desembocó en la sublevación emancipadora de agosto de 1814. VIDAURRE, entre tanto, había profesado en público ideas reformistas⁹, aunque en privado probablemente se habría identificado ya con la revolución emprendida por los hermanos JOSÉ, VICENTE y MARIANO ANGULO. Tomada casi por completo la ciudad, y detenidos los oidores, menos VIDAURRE, se propuso a éste presidir la junta civil de gobierno. Habiéndose negado inicialmente, y para verse liberado de cualquier represalia o compromiso de asumir un cargo sin estabilidad, huyó al pueblo de Yaurisque y de allí a Arequipa. La ocupación de esta última por las huestes de PUMACAGUA y VICENTE ANGULO, tras la derrota sufrida por el ejército realista (10/11/1814), obliga al jurista a embarcarse, desde Quilca, con destino a Lima.

⁸ La Audiencia del Cusco se creó por real cédula del 3 de mayo de 1787 y se instaló el 4 de noviembre de 1788. Además de la ciudad del Cusco, su jurisdicción se extendía a las provincias de Abancay, Azángaro, Aimaraes, Canas, Calca, Carabaya, Chillques, Chumbivilcas, Cotabambas, Lampa, Paucartambo, Quispicancha, Vilcabamba y Urubamba.

⁹ Era notoria su simpatía hacia la Constitución de Cádiz, que implicaba una limitación al absolutismo real de la península y sus colonias.

En la capital del Virreinato, FERNANDO DE ABASCAL Y SOUSA (1743-1821), a la sazón Virrey del Perú, ordena procesarlo debido a sus presuntas vinculaciones con los conspiradores del Cusco. Luego de muchos años, una vez absuelto de tales cargos, es rehabilitado en su función de magistrado. En efecto, el 16 de septiembre de 1820, se lo nombra oidor de la Real Audiencia de Puerto Príncipe, y un año y cinco meses después, por disposición de la Corona es promovido a la Audiencia de Galicia (La Coruña). En noviembre de 1822, protestando por haber sido trasladado inconsultamente a Galicia, renuncia a su cargo de magistrado y se traslada a Filadelfia (EEUU).

El 11 de noviembre de 1824, casi en vísperas de producirse la derrota definitiva del ejército español en Ayacucho (9/12/1824), es elegido Presidente de la Corte Superior de Justicia de Trujillo y luego (20/1/1825), por designación del propio BOLÍVAR, de la Corte Suprema de la República¹⁰.

Como diputado en el Congreso Constituyente de 1827, fue acusado de haber participado en una conspiración; el 29 de abril de 1828, por lo mismo, sufre una deportación a los Estados Unidos de Norteamérica. Regresa al Perú en 1830 y se reincorpora a la Corte Suprema hasta 1839, fecha en que es destituido por AGUSTÍN GAMARRA (1785-1841); con 67 años a cuestas, luego de haber luchado infatigablemente en pro de la patria, instala su estudio de abogado y dando muestras de su muy combativo espíritu, se dedica a litigar y a escribir su «Vidaurre contra Vidaurre».

La azarosa vida del insigne polígrafo se apaga, por último, el 9 de marzo de 1841, año en que justamente nace KARL BINDING, uno de los más genuinos representantes del penalismo alemán. Está lejos de ser curiosa la coincidencia descrita, pues no podría pasar desapercibida otra doblemente compartida con

¹⁰ Mucho tuvo que ver probablemente en la instalación y designación de los Magistrados de la Corte de Trujillo y de la Corte Suprema de la República el antiguo secretario y después Ministro de Gobierno y de Relaciones Exteriores de Bolívar don José Faustino Sánchez Carrión. A él se debe, además, el nombramiento de la comisión que debía elaborar el Código criminal. Como es sabido, al no haber funcionado tal comisión, únicamente VIDAURRE se abocó a la realización de tal tarea.

con D. FRANCISCO PAULA VALDIVIESO Y PRADAS, quien como nuestro gran penalista, no sólo nació el mismo año, sino que, a su vez, fue elegido por BOLÍVAR como integrante de la misma Comisión que se designó para redactar el Proyecto de Código criminal de que trata el artículo 1 del Decreto dictatorial del 31 de enero de 1825.

**PROYECTO DE CONSTITUCION
PARA LA REPUBLICA
PERUANA QUE PRESENTA A LA
NACION EL MINISTRO DE ESTADO
CIUDADANO MANUEL DE
VIDAURRE**

Nosotros el pueblo peruano, todos unidos y postrados ante el Ser Omnipotente, padre de las luces, formamos nuestros pactos sociales, para asegurar los derechos inviolables del hombre, mantener su tranquilidad, y sostener el culto y la moral en el modo más conforme con el evangelio. Nuestra carta no es perpétua, y puede alterarse por una voluntad general legitimamente representada, despues de diez años de la presente fecha. Todos los ciudadanos somos llamados á concurrir con nuestros trabajos á la grande obra que nos proponemos. Es el pacto de todos, á que deben todos concurrir.

**TITULO PRIMERO
NACION**

Art. 1 ~ La nacion peruana es una, indivisible, inenagenable, imprescriptible. Ninguna persona, ninguna parte del pueblo puede apropiarsela; al tirano que usurpa la soberanía lo puede matar cualquiera ciudadano, sin forma de proceso: esta accion es heróyca.

Art. 2 ~ La república del Perú en ningun caso se pondrá bajo la protec-

cion de ningun otro Estado.

Art. 3 ~ Jamás podrá tener un jefe supremo, ni ningun ministro de Estado, que no sea peruano: no habrá para estos empleos nacimiento figurado, ó de privilegio: por peruano se entiende el nacido en el bajo ó alto Perú.

Art. 4 ~ La república del Perú, no concederá jamás, cualesquiera que sean las circunstancias en que se halle, el poder dictatorial á ninguna persona.

Art. 5 ~ La república del Perú tendrá por límites, los que señale el Congreso.

Art. 6 ~ La república se dividirá en departamentos, intendencias y gobiernos, con prefectos, intendentes, gobernadores.

**TITULO SEGUNDO
DEL GOBIERNO DEL PERU**

Art. 1 ~ Nuestro gobierno es democrático representativo, central.

Art. 2 ~ Los poderes son tres: legislativo, judicial, egecutivo.

Art. 3 ~ Ninguno de estos tres poderes debe mezclarse en las funciones de los otros: si lo hace, el acto será no solo nulo, sino un crimen de lesa - nacion.

Art. 4 ~ El poder legislativo constará de dos cámaras, una de diputados, otra de senadores.

Art. 5 ~ El judicial se compondrá de los jueces y tribunales designados en esta Constitución.

Art. 6 ~ El ejecutivo de un presidente, un vice-presidente y cuatro ministros; á saber: de relaciones interiores y exteriores, guerra y marina, gracia y justicia, y hacienda.

Art. 7 ~ Habrá un consejo de ministros en las materias graves, presidido por el vice-presidente.

Art. 8 ~ El nombre de rey, presidente perpetuo, ó vitalicio, emperador, son proscriptos eternamente.

Art. 9 ~ La nación no conoce persona inviolable: todos deben de responder de sus acciones.

TITULO TERCERO CIUDADANOS

Art. 1 ~ Son ciudadanos, todos los hombres libres nacidos en el Perú, inscriptos en la municipalidad, que haya prestado el juramento cívico.

Art. 2 ~ Lo son los nacidos de peruanos empleados fuera de la república, siendo hijos legítimos.

Art. 3 ~ Lo son los de estos empleados casados con extranjeras.

Art. 4 ~ Lo son los de los particulares, casados con extranjeras, si manifestaren legalmente la voluntad de restituirse á su patria.

Art. 5 ~ Lo son los extranjeros que casan con peruanas, y se hacen registrar como ciudadanos.

Art. 6 ~ Lo son los extranjeros que compran bienes raíces, se sitúan con algun arte, industria, ó comercio, y se hacen registrar.

Art. 7 ~ Todos los ciudadanos tienen voz activa, exceptuando al criminal, al ausente, al menor de veinte y un años, y al religioso profeso.

Art. 8 ~ Para la voz pasiva se requiere, tener modo de sostener, saber leer y escribir, haber cumplido los

veinticinco años.

Art. 9 ~ Los ciudadanos que fueron extranjeros, siendo casados la tendrán á los cuatro años, no siendolo á los seis.

Art. 10 ~ Nuestros hermanos, los de las otras repúblicas americanas, que quieran radicarse entre nosotros, gozarán de la voz activa y pasiva, desde el momento en que se registren por ciudadanos.

Art. 11 ~ Caso primero: Se suspenden los derechos de la ciudadanía por el proceso criminal, resultando á lo menos semiplena prueba del crimen.

Segundo: por la enfermedad temporal que impida el uso de la razón.

Tercero: por la separación voluntaria de la mujer propia.

Cuarto: por el divorcio á que se dió causa.

Quinto: por la correspondencia pública ilícita, siendo casados.

Sexto: por tener casa en que se reúnan jugadores.

Séptimo: por comprar votos para las elecciones: esta suspensión será por cuatro años.

Art. 12 ~ Se pierde el derecho de ciudadano:

Primero: por castigo impuesto en fuerza de un delito que infame.

Segundo: por la separación de la patria, con animo de no volver á ella.

Tercero: por la notoria impiedad ó ateísmo.

Cuarto: por el proyecto de vender la patria, esclavizarla, ó desmembrarla.

Quinto: por haber recibido dones de algun otro Estado sin permiso del gobierno.

Sexto: por la locura, ó amencia perpetua, embriaguez de costumbre, abandono de la familia.

Septimo: por haber negado á servir á la patria en conflicto, pudiendo

hacerlo.

Octavo: por no haberse casado hasta los cuarenta y cinco años.

Art. 13 ~ Ciudadano y no ciudadano, todos son iguales ante la ley. Todos son juzgados por la misma ley. En la aplicación de la ley no se conocen ni privilegios, ni gerarquías.

Art. 14 ~ Quedan concluidos los mayorazgos, y patronatos de legos.

Art. 15 ~ Los gozarán los actuales poseedores *in integrum*.

Art. 16 ~ Después de su muerte, la mitad quedará á sus hijos, y la otra mitad se repartirá entre los herederos del fundador, observándose la ley de las herencias.

Art. 17 ~ No nacerá en el Perú ningún racional esclavo.

Art. 18 ~ El año de 1840 quedará enteramente concluida la esclavatura.

Art. 19 ~ Al poder ejecutivo se le confía, el que use de todos los medios posibles y prudentes para facilitar la introducción de extranjeros útiles en el país.

Art. 20 ~ Todos los ciudadanos son admitidos á los empleos sin otra distinción que el talento y la virtud. Quedan abolidos los títulos y distinciones hereditarias.

Art. 21 ~ El que ha perdido los derechos de ciudadanía, ó los tiene en suspenso, puede recuperarlos por acciones heróicas.

Art. 22 ~ A ningún peruano se le obliga á permanecer en la república.

Art. 23 ~ Son obligaciones del peruano, obedecer las leyes y los poderes legítimamente constituidos.

Art. 24 ~ Son derechos: que se le asegure su persona, sus bienes, la libertad de pensar, escribir y traficar.

Art. 25 ~ El Perú admite en su seno á todos los cristianos que quieran componer parte de su sociedad.

TITULO CUARTO RELIGION

Art. 1 ~ La religion de Cristo, es la religion del Estado.

Art. 2 ~ A ningún hombre puede acusarse por opiniones religiosas, á no ser dogmatizante contra la religion del Estado.

Art. 3 ~ Los párrocos y parroquias serán sostenidos por los feligreses.

Art. 4 ~ Los curas serán presentados al obispo ú arzobispo por los feligreses: el gobierno no tomará la menor parte en estos nombramientos.

Art. 5 ~ El clero mayor, arzobispos, obispos, dignidades &c. serán dotados por el Estado.

Art. 6 ~ Quedan suprimidos los diezmos y primicias.

TITULO 5 PODER LEGISLATIVO DIPUTADOS

Art. 1 ~ El Congreso se compondrá de dos cámaras.

Art. 2 ~ Las elecciones de diputados se harán el primer domingo de abril del año en que deba renovarse el cuerpo legislativo.

Art. 3 ~ Las elecciones serán directas, nombrandose los diputados por el pueblo.

Art. 4 ~ Una ley reglamentaria señalará el método, y evitará los desórdenes.

Art. 5 ~ Por cada mil ciudadanos habrá un diputado.

Art. 6 ~ Los pueblos que no tengan mil ciudadanos, se unirán á otros; salvo que pasen de ochocientos, en cuyo caso podrán elegir diputado.

Art. 7 ~ Las elecciones se harán cada cinco años.

Art. 8 ~ No podrá ser nombrado

diputado el que vive como sirviente, bajo la autoridad de otro.

Art. 9 ~ Para ser diputado se requiere, estar en posesion de la ciudadanía con ambas voces, y no haber sido jamas procesado ni sentenciado como reo en causa criminal, tener veinticinco años cumplidos, y ser casado.

Art. 10 ~ Los presbiteros están excepcionados de la parte del anterior artículo.

Art. 11 ~ No podrá ser elector ni elegido, ningun empleado principal en el poder egecutivo, ó judicial.

Art. 12 ~ Entiendense por empleados principales, primero, el Presidente; segundo, el Vice-presidente de la república; tercero, los ministros de estado; cuarto, los oficiales mayores de la secretaría; quinto, los presidentes y vocales de las Cortes supremas y superiores.

Art. 13 ~ No pueden del mismo modo elegir, ni ser elegidos los arzobispos, obispos, provisoros generales, ni los párrocos.

Art. 14 ~ Los diputados pueden ser reelegidos cuantas veces quiera el pueblo.

TITULO 6 SENADORES

Art. 1 ~ Habrá una cámara de senadores.

Art. 2 ~ Su eleccion será indirecta.

Art. 3 ~ Se nombrarán electores por los ciudadanos capaces de ser elegidos para diputados.

Art. 4 ~ Cada pueblo nombrará un solo elector, excepto la capital que nombrará dos.

Art. 5 ~ Estas elecciones se verificarán el domingo prócsimo á aquel en que fueron nombrados los diputados.

Art. 6 ~ Todos los electores se re-

unirán el primer domingo de junio en la capital del departamento, y elegirán á pluralidad de votos cuatro senadores.

Art. 7 ~ De estos uno solo podrá ser eclesiástico.

Art. 8 ~ Dos serán por necesidad propietarios, y uno profesor de derecho.

Art. 9 ~ Pasarán de treinta y cinco años, y no siendo presbíteros serán indispensablemente casados.

Art. 10 ~ Podrán ser reelegidos una, ó muchas veces.

Art. 11 ~ Fuera de los cuatro senadores nombrados por cada departamento, lo serán perpetuos los que hubiesen sido presidentes ó vice presidentes de la república.

Art. 12 ~ A los diputados y senadores, se pagarán las mismas dietas, que seran seis pesos diarios.

Art. 13 ~ A los perpetuos la de su grado, si son militares; y en caso de no serlo, el que corresponda á los jenerales de division.

Art. 14 ~ Ningun diputado ni senador, podrá tener otro ascenso, que el de escala en el tiempo de su legislatura.

Art. 15 ~ Hacer la menor solicitud con el ejecutivo para la colocacion en empleo de alguna persona, será un delito que se castigue con la inmediata separacion del senado.

Art. 16 ~ Los diputados y senadores prestarán el juramento que se hallará al fin de la Constitucion.

Art. 17 ~ Las causas criminales contra diputados y senadores, se juzgarán del modo que sigue.

Primera instancia: el vocal ménos antiguo de la corte superior, y uno de los fiscales de la superior.

Segunda instancia: el presidente de la corte superior, dos vocales y dos diputados sacados á la suerte, y el segundo fiscal de la superior.

Tercera instancia: el presidente de la suprema, tres vocales los mas antiguos, tres diputados á la suerte, y los dos fiscales.

TITULO 7 ATRIBUCIONES DEL PODER LEGISLATIVO

Art. 1 ~ El congreso se reunirá el primero de septiembre: sus sesiones durarán noventa días, y no podrán prorrogarse, sino en casos muy extraordinarios, y de acuerdo con el egecutivo por treinta días mas.

Art. 2 ~ En caso de peligrar la patria, podrá convocarlo el egecutivo, ó la sesion permanente en cualquiera tiempo del año. El representante que no concurra, será reo de lesa-nación.

Art. 3 ~ La principal atribucion es la de formar las leyes, interpretarlas, modificarlas ó derogarlas.

Art. 4 ~ La iniciativa la tienen ambas cámaras, el poder egecutivo y el judicial.

Art. 5 ~ Cualquier ciudadano puede presentar el proyecto de ley, como venga apoyado de algunas de las autoridades antes expresadas.

Art. 6 ~ En las leyes eclesiásticas, la iniciativa corresponde tambien á los arzobispos, obispos y vicarios generales.

Art. 7 ~ Toda autoridad que tiene la iniciativa, tiene derecho á ser oido en ambas cámaras, de palabra, ó por escrito.

Art. 8 ~ Todo diputado, ó senador es inviolable por sus opiniones, y no puede ser procesado por ellas, aunque haya concluido sus funciones.

Art. 9 ~ Decretar el aumento, ó disminucion de las fuerzas de tierra y navales.

Art. 10 ~ Decretar la guerra con audiencia del poder egecutivo, y bajo su responsabilidad, si se opone al parecer de dicho poder.

Art. 11 ~ Propender á la paz siem-

pre con consulta del poder egecutivo.

Art. 12 ~ Aprobar, ratificar, ó rechazar los tratados y convenios de paz, alianza y comercio, que se hubiesen hecho con naciones extranjeras, sin cuyo requisito no tendrán valor.

Art. 13 ~ Decretar las contribuciones, impuestos y derechos para sostener los gastos interiores y exteriores de la república, y pagar la deuda nacional.

Art. 14 ~ Aprobar, ó desaprobado la tarifa de los gastos públicos presentadas por el poder egecutivo.

Art. 15 ~ Señalar la reparticion de contribuciones entre los departamentos en proporcion de su riqueza.

Art. 16 ~ Ecsaminar, aprobar ó tachar las cuentas presentadas por el egecutivo.

Art. 17 ~ Determinar la moneda en su peso y grabado; uniformar los pesos y medidas.

Art. 18 ~ Arreglar los límites de la república y de los territorios.

Art. 19 ~ Decretar cuanto conduzca á aumentar, proteger y propagar la instruccion pública.

Art. 20 ~ Crear establecimientos de sanidad y beneficencia.

Art. 21 ~ Decretar honores á la memoria de los grandes hombres; y á los vivos, distinciones por virtudes eminentes.

Art. 22 ~ Restablecer el orden del Sol, y declarar los beneméritos que deben obtenerla.

Art. 23 ~ Proteger la libertad de imprenta, de modo que jamas puede suspenderse su egercicio, ni mucho menos abolirse.

Art. 24 ~ Prestar ó negar su consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras, y estacion de escuadras en el territorio y puertos de la república; previo el informe del poder egecutivo, a quien tomará las preven-

ciones necesarias en este caso.

Art. 25 ~ Prestar ó negar su consentimiento para la salida de las tropas nacionales fuera del territorio de la república.

Art. 26 ~ Tener la policía y gobierno interior del Congreso.

Art. 27 ~ Cada cámara será juez de las elecciones de los miembros correspondientes á ellas.

Art. 28 ~ Cada una llevará el diario de sus trabajos.

Art. 29 ~ Ni senadores, ni diputados están exceptuados de ser reconvenidos por sus deudas.

Art. 30 ~ No se podrá solicitar empréstitos, hasta que la nación tenga un crédito suficientemente establecido en la Europa.

Art. 31 ~ Trasladarse á otro lugar, si las circunstancias lo exijan, con aprobacion del poder egecutivo, y concurriendo el voto de la mayor parte de los diputados.

Art. 32 ~ Solo de consentimiento de las dos cámaras podrá suspenderse la ley del *Habeas Corpus*. Esta suspension no durará mas que el tiempo muy preciso y necesario para la salud de la patria.

Art. 33 ~ El poder egecutivo de acuerdo con el judicial impedirá, que el poder legislativo se mezcle en lo correspondiente á los otros dos poderes, directa ni indirectamente.

Art. 34 ~ Todo acto de esa especie sería nulo; y traidores á la patria los diputados ó senadores que lo propusiesen ó apoyasen.

TITULO 8

MODO DE FORMAR LAS LEYES Y DEMAS DECRETOS

Art. 1 ~ Se iniciará el proyecto de ley indistintamente ante cualquiera de las dos cámaras.

Art. 2 ~ Se leerá allí tres veces con

tres dias de intervalo en las lecturas.

Art. 3 ~ O se aprobará, ó se repe-lerá por el mayor número, ó se podrá adicionar por cualquiera de sus miembros.

Art. 4 ~ Las adiciones guardarán para discutirse el mismo orden que los proyectos.

Art. 5 ~ Ningun diputado ó senador podrá hablar mas de una vez.

Art. 6 ~ Si fuese aprobada una ley, pasará á la otra cámara, donde de igual modo se aprobará, rechazará ó adicionará, guardando las formalidades antes insinuadas.

Art. 7 ~ Si una cámara aprobase y otra adicionase, pasará la adicion á la cámara que remitió; pero esto solo podrá hacerse una vez; con lo que expusiese se devolverá á la cámara que debe aprobar, y el acto será allí concluido.

Art. 8 ~ Si una cámara aprueba y otra desaprueba, quedará el proyecto en suspenso hasta la prócsima legislatura.

Art. 9 ~ Si ambas aprueban, el presidente con el consejo de ministros, ó pondrá el cúmplase, ó manifestarán los inconvenientes. En este caso se detendrá la resolucion hasta la nueva legislatura que ecsaminará las razones de aprobacion ú oposicion.

Art. 10 ~ El poder egecutivo no podrá negarse dos veces al cumplimiento contra lo acordado por las cámaras.

Art. 11 ~ En las demas atribuciones del cuerpo legislativo, la materia se leerá una sola vez, será discutida á los tres dias, y se resolverá sobre ella.

Art. 12 ~ Si en estos negocios hubiese discordia entre las cámaras, la resolucion tocará al Presidente con el cosejo de ministros.

Art. 13 ~ Concluidos los dias en

que debe trabajar el Consejo, quedará una junta permanente, compuesta de seis diputados y seis senadores, guardando el orden de las cámaras.

Art. 14 ~ Sus atribuciones serán:

Primera: velar sobre la observancia de la Constitución.

Segunda: Convocar el congreso extraordinario en caso de estar en peligro la salud de la patria.

Tercera: Aprobar los tratados que no admitan dilación.

Cuarta: Zelar que los poderes judicial y ejecutivo no se turben en sus funciones.

Art. 15 ~ A estas juntas se les dará una entera obediencia por los ciudadanos, en lo que es de sus atribuciones.

TITULO 9 PODER EJECUTIVO

Art. 1 ~ Habrá un Presidente de la república, cabeza del poder ejecutivo.

Art. 2 ~ Será elegido por las dos cámaras á pluralidad de votos.

Art. 3 ~ El tiempo de su administración será el de cinco años improrrogables.

Art. 4 ~ El que proponga un presidente vitalicio, será declarado enemigo de la patria.

Art. 5 ~ Calidades del Presidente:

Primera: ser ciudadano en ejercicio de la voz activa, y habilidad para la pasiva.

Segunda: Ser casado con peruana.

Tercera: tener mas de treinta años y haberse distinguido en servicio de la patria.

Cuarta: No puede ser presidente el hijo del que lo ha sido, sino despues de un intermedio de diez años.

Art. 6 ~ Es responsable en mancomun con el ministro de Estado, de las providencias que rubrica.

Art. 7 ~ Ninguna orden firmada por él solo, aunque sobre materia muy ligera, es de algun valor.

Art. 8 ~ Puede ser suspenso:

Primero: por enfermedad dilatada.

Segundo: por acusacion documentada, interpuesta contra él.

Art. 9 ~ Son causas para suspenderlo y separarlo:

Primera: haberse querido constituir monarca, aunque sea sin el nombre de rey.

Segunda: haber pretendido alterar la Constitución.

Tercera: haber tratado de desmembrar el Estado.

Cuarta: haber hecho pactos con los extranjeros para entregar la república.

Quinta: haber abusado con escándalo de las rentas.

Sexta: haber cometido un homicidio, ó haberse entregado á vicios infames.

Septima: haber abandonado su familia.

Octava: haberse mezclado en los poderes legislativo y judicial.

Novena: haber violentado á los ministros para que firmen lo que decreta por sí.

Décima: por haber salido del territorio sin licencia del Congreso.

Undécima: por haber mantenido preso á un ciudadano cuarenta y ocho horas, y no haber remitido el conocimiento de la causa á juez competente.

Duodécima: por haber impedido el que se abra el Congreso en su tiempo correspondiente.

Décima tercia: por haber mandado allanar la casa de un ciudadano, sin los requisitos de la ley.

Décima cuarta: por haber impues-

to pena ó castigo por sí, á algun ciudadano.

Décima quinta: por haber extendido, ó limitado el tiempo del Congreso, sin acuerdo del cuerpo legislativo.

Art. 10 ~ Son atribuciones:

Primera: el mando supremo de mar y tierra.

Art. 11 ~ El nombramiento de todos los generales, de los coroneles á propuesta de los departamentos; y el de los demas oficiales segun la de sus gefes.

Art. 12 ~ Tiene la superintendencia de todas las rentas, su distribucion, y el nombramiento de los empleados.

Art. 13 ~ Poder prender, y allanar la casa de los ciudadanos, por riesgo notorio de la patria, dando parte al juez dentro de cuarenta y ocho horas.

Art. 14 ~ Tiene el patronato, y en su virtud, las confirmaciones, presentaciones y nombramientos.

Art. 15 ~ Tiene la facultad de nombrar jueces y magistrados por toda la república, á propuesta triple de la corte suprema; los de hacienda, á propuesta de la contaduría mayor; los demas con el consejo de sus ministros.

Art. 16 ~ Todas estas facultades se egecutarán con la firma de los respectivos ministros.

Art. 17 ~ Queda separado de todo lo político, si en tiempo de guerra se pone á la cabeza de sus egércitos.

Art. 18 ~ De acuerdo con los arzobispos y obispos, puede convocar sínodos, zelar el arreglo religioso de las comunidades, solicitar con acuerdo del Congreso la extincion de las inútiles, cuidar del culto, castigar la intolerancia.

Art. 19 ~ Tiene facultad de nom-

brar embajadores, plenipotenciarios, agentes, ministros de todas las clases, y cónsules.

Art. 20 ~ Debe atender á que la administracion de justicia sea ecsacta y las sentencias egecutadas.

Art. 21 ~ Ni el presidente, ni ningun poder puede conceder indultos.

Art. 22 ~ En todas las legislaturas debe dar cuenta muy circunstanciada de su administracion por medio de sus ministros.

Art. 23 ~ Tiene la facultad de nombrar estos á su ingreso; pero no puede separarlos sin causa.

Art. 24 ~ Tiene las atribuciones señaladas en el título del cuerpo legislativo.

TITULO PRIMERO: MINISTROS

Art. 1 ~ Lo son por el tiempo mismo que los presidentes.

Art. 2 ~ No pueden los unos mezclarse en lo perteneciente al departamento de los otros.

Art. 3 ~ Son responsables de todo lo que subscriban.

Art. 4 ~ Lo son tambien de lo que no subscriban, si tienen noticia de ello, y no protestan contra lo que el presidente ilegalmente egecuta.

Art. 5 ~ El de Estado en lo interior es gefe de correos, postas y caminos; el de hacienda de policia; y el de guerra de arcenales, almacenes, pólvora &c.

Art. 6 ~ Puede ser suspensos y separados por las mismas causas que el presidente, exceptuando el nono, y añadiendo:

Primero: por la notoria injusticia en la provision de empleos.

Segundo: por el abandono, ó culpable morosidad en el despacho.

Tercero: por haber recibido dones de valor.

Cuarto: por haber vendido los secretos del Estado.

Art. 7 ~ Habrá un consejo de ministros en todos los negocios de grande importancia.

VICE-PRESIDENTE

Art. 1 ~ Todas las calidades que se requieren pára ser presidente, se requieren para vice-presidente.

Art. 2 ~ Será siempre, además de esto, militar.

Art. 3 ~ Se pondrá á la frente de los ejércitos en caso de guerra, si el presidente no sale en persona á la campaña.

Art. 4 ~ En caso de salir el presidente, quedará en él todo el mando político.

Art. 5 ~ Presidirá el consejo de ministros, y su voto será el decisivo en caso de igualdad.

Art. 6 ~ Será suspenso, ó removido por las mismas causas que el presidente.

Art. 7 ~ No podrá ser reelegido sin el intervalo de cinco años.

Art. 8 ~ No podrá ser vice-presidente el hijo del presidente, ni el pariente mas cercano en caso de no tener hijos.

TITULO II

PREFECTOS, INTENDENTES, GOBERNADORES

Art. 1 ~ Serán elegidos cada cinco años, por los diputados y senadores del departamento, antes de pasar estos á la capital de la república.

Art. 2 ~ Tendrán el gobierno político del departamento, la policía y la administracion de rentas.

Art. 3 ~ No podrán ser reelegidos, sino con el intervalo de cinco años.

Art. 4 ~ Serán residenciados al fin de su gobierno.

CALIDADES PARA PREFECTO, INTENDENTE Y GOBERNADOR

Primera: edad de treinta años.

Segunda: ser casado, aunque sea con extranjera.

Tercera: no haber sido sentenciado como criminal.

Cuarta: haberse distinguido en el servicio de la patria.

Quinta: ser de buenas costumbres.

Art. 5 ~ Son motivos de suspension y separacion, los mismos que los del Presidente, ó vice-presidente en lo adecuado á su destino.

ATRIBUCIONES

Primera: velar sobre las buenas costumbres.

Segunda: zelar la administracion de justicia.

Tercera: hacer que se propaguen las luces.

Cuarta: proteger las artes.

Quinta: cuidar de los caminos.

Sexta: hacer el repartimiento de las contribuciones.

Septima: proteger los cobros.

Octava: Trabajar con el mayor conato en que se adelante la agricultura.

Novena: animar el descubrimiento y laborío de minas.

Décima: cuidar de la calidad, peso, medida y abundancia de los alimentos.

Undécima: visitar los hospitales, casas de huerfanos y otros establecimientos piadosos, con las calidades económicas y correctivas.

Duodécima: proponer al gobierno ternas para los intendentes.

Decimatercia: nombrar los gobernadores á propuesta triple de los intendentes.

Decimacuarta: gozar las prerro-

gativas de los vice-patronos.

Art. 6 ~ Los intendentes tienen en sus provincias las mismas prerrogativas, derechos y obligaciones que los prefectos, respecto del departamento en general.

Art. 7 ~ Los gobernadores en sus pueblos son lo que los intendentes en sus provincias.

Art. 8 ~ Los gobernadores darán cuenta á los intendentes, los intendentes á los prefectos, los prefectos al Supremo Gobierno, por medio de los ministros á quien correspondan los negocios.

Art. 9 ~ La mezcolanza de estos funcionarios en los poderes legislativo y judicial, es un crimen de estado.

Art. 10 ~ Lo es mezclarse directa ó indirectamente en las elecciones populares.

TITULO 12 PODER JUDICIAL

Art. 1 ~ El poder judicial de la república se compone de la corte suprema, cortes de distritos, jueces de derecho, y jueces de paz.

Art. 2 ~ Ningun juez podrá tener comision, ni ocupacion de ninguna naturaleza, estando en ejercicio de la judicatura.

Art. 3 ~ En caso de ser preciso que algun magistrado sirva un ministerio, se pondrá un interino en su lugar en el tribunal á que corresponde.

Art. 4 ~ Puede ser magistrado todo el que está en ejercicio de la voz activa y pasiva, es abogado recibido, y ha cumplido los veinticinco años.

Art. 5 ~ Para ser vocal de la suprema, se exigen cuarenta años, ser casado, y haber servido de un modo efectivo en otros tribunales.

Art. 6 ~ Toda falta en las leyes que arreglan el proceso en lo civil y criminal, hacen responsable perso-

nalmente á los jueces.

Art. 7 ~ El soborno, el cohecho, la prevaricacion producen accion popular.

Art. 8 ~ La dotacion de los jueces, será de un modo suficiente al decoro y comodidad, para que los malos jueces no tengan disculpa en sus crímenes.

Art. 9 ~ A ningun ciudadano se le privará de la facultad de concluir sus procesos por árbitros, á no ser en causas criminales.

Art. 10 ~ El juez de paz que califique haber cortado mayor número de procesos, se tendrá por acreedor á la recompensa.

Art. 11 ~ La justicia se administra á nombre de la república.

Art. 12 ~ La justicia se administrará sin costas de los litigantes en lo pronto.

Caso 1 ~ Aquel contra quien se juzgase en última instancia, pagará por tasacion las costas íntegras.

Caso 2 ~ Se dará fianza de estas costas al comenzar el juicio.

Caso 3 ~ El pobre otorgará caucion, y además necesitará el dictámen de la mesa del colegio de abogados.

Art. 13 ~ Todos los juicios civiles y criminales se verificarán por jurados. Se formarán reglamentos particulares para la buena expedicion de estos juicios.

Art. 14 ~ Parte 1 ~ queda abolida la tercera instancia de súplica.

Segunda: lo son los escritos de réplica, dúplica, y los de bien probado.

Tercera: El término de prueba será el necesario á consideracion de los jurados.

Cuarta: Se admiten los recursos de nulidad, é injusticia notoria.

Quinta: En las causas de suma gravedad se podrán escribir, o imprimir manifiestos en derecho en los vein-

te dias antes de verse la causa.

Art. 15 ~ No habrá juicios por escrito por palabras, cualquiera que sea su naturaleza.

Art. 16 ~ En causas que no lleguen á quinientos pesos, la primera instancia será verbal.

Art. 17 ~ Todos los ciudadanos deben obedecer á los jueces: la resistencia constituye un crimen de Estado.

Art. 18 ~ En ningun caso podrá haber indulto del delito cometido. Ningun poder es autorizado para concederlo.

Art. 19 ~ Quedan extinguidos los asilos.

Art. 20 ~ No hay delito, donde no hay violacion del pacto social. La voz del reo no se oirá contra él: todos los testigos declararán en su presencia, y podrá reconvenirlos.

Art. 21 ~ El ciudadano solo podrá ser preso por traicion, homicidio doloso, ó hurto.

Art. 22 ~ En los demas crímenes solo darán fianza de estar presentes á los juicios, y cumplir sus sentencias.

Art. 23 ~ El que no dá la fianza, quedará en la clase de detenido.

Art. 24 ~ Habrá dos cárceles, una de crimen, otra correccional y de detencion.

Art. 25 ~ No podra haber cárcel privada por ningun pretexto.

Art. 26 ~ Ninguno podrá ser preso, sin ser antes oído por el juez, con mandamiento fundado de este, y notificacion al alcayde. Quien fuere contra ello, incide en el crimen de detencion arbitraria.

Art. 27 ~ Solo el presidente de la república en causas de Estado, puede hacer que se prenda, dando parte al juez en los términos dichos en su título.

Art. 28 ~ Ningun prefecto, ni subprefecto, puede poner en prision, sino

únicamente remitir al juez.

Art. 29 ~ La casa de un ciudadano no puede ser allanada, sino con prueba de haber en ella reunion de traidores, papeles de traicion, especies de hurto, muger casada, ó hija que reclaman el marido, ó el padre.

Art. 30 ~ Ningun reo puede ser privado de la comunicacion de su familia y defensores. Los códigos particulares explicarán las extensiones y limitaciones de este artículo.

Art. 31 ~ El carcelero que no dá razon de la existencia de un reo, es reo de alta traicion: se excepciona, probando la fuga.

Art. 32 ~ En toda causa criminal, el acusador público ha de ser oído, y seguirá el proceso aunque el actor se desista.

Art. 33 ~ El acusador público es responsable por la mala fe, la calumnia, el dolo.

Art. 34 ~ Los tribunales ni jueces, no pueden interpretar las leyes, ni modificarlas á tiempo de su aplicacion; ir contra la ley por equidad es crimen de Estado.

Art. 35 ~ Toda sentencia se pronunciará en público: el que interumpa á los jueces, será castigado con pena de la vida.

Art. 36 ~ No hay ningun proceso secreto, ningun juzgado privilegiado, ninguna comision. Se exceptúa:

La mineria, en causas de minas.

El Consulado, en causas de mercancias.

El fuero militar, en causas de guerra.

El fuero eclesiástico, en las espirituales.

Art. 37 ~ La pena de muerte no se impondrá, sino al traidor á la patria, al homicida doloso, al ladron de camino que tiene compañeros.

Art. 38 ~ En los demas crímenes,

la pena se proporcionará al delito, haciendola útil al agraviado, ó la república.

Art. 39 ~ Los delitos religiosos solo tendrán pena espirituales; salvo el dogmatizante, que será expatriado.

Art. 40 ~ No hay libros prohibidos, sino los sensuales ó impúdicos.

Art. 41 ~ Todo juez que por ignorancia sentencia contra ley, será separado para siempre del destino: si lo hace por malicia, será declarado infame.

Art. 42 ~ Ningun ciudadano puede ser juzgado dos veces por una misma causa.

Art. 43 ~ La corte suprema constará de once majistrados: un presidente, ocho vocales, y dos fiscales.

Las de distrito de siete: un decano, cuatro vocales, y dos fiscales.

Art. 44 ~ En las capitales de los departamentos, habrán jueces de derecho que correspondan uno por cada diez mil habitantes. El número de jueces de paz será uno por cada seis mil.

Art. 45 ~ En las capitales de provincias, habrá un juez de derecho y dos de paz. En los gobiernos habrá uno, ó dos jueces de paz segun la poblacion.

Art. 46 ~ Los magistrados de la corte suprema, serán nombrados por el presidente á propuesta triple del consejo de ministros.

Art. 47 ~ Todas las causas quedan concluidas con dos instancias en la corte superior del distrito.

Art. 48 ~ Los jueces son inamovibles, á no ser por crimen, ó enfermedad permanente. En este caso, ellos y todos los empleados continuarán gozando de su sueldo íntegro.

Art. 49 ~ Corresponden al presidente del poder judicial las facultades económicas, correccionales y di-

rectivas de tribunales y juzgados.

Art. 50 ~ Son atribuciones de la corte suprema:

Primera: conocer de las causas contra el presidente, vice-presidente, ministros de estado, embajadores y cónsules de la nacion, ó extranjeros: se juzgarán en primera instancia por jurados, y la aplicacion por el vocal ménos antiguo de la corte suprema. La segunda: por todos los vocales de la corte suprema. En la primera instancia hablará un fiscal, en la segunda el otro.

Art. 51 ~ El conocimiento de todas las causas de cuentas correspondientes á rentas nacionales.

Art. 52 ~ Todos los recursos de fuerza de la república.

Art. 53 ~ El conocimiento de la injusticia notoria y nulidad.

Art. 54 ~ Estos recursos no pueden interponerse, mientras fuesen admisibles los ordinarios.

Art. 55 ~ Las causas de patronato.

Art. 56 ~ Las de linderos entre las provincias.

Art. 57 ~ Las mismas, por consejo, cuando hay disputas con los extranjeros.

Art. 58 ~ Las residencias de los prefectos.

Art. 59 ~ Las competencias entre obispos, entre eclesiásticos y laicos, y todas aquellas en que una de las partes sea una corte superior.

Art. 60 ~ Elevar al Congreso las dudas sobre las leyes con su informe.

Art. 61 ~ Proponer las que contemplen útiles á la patria.

Art. 62 ~ Reconvenir á los poderes egecutivo y legislativo, si se mezclan en lo judicial.

Art. 63 ~ Conocer de la injusticia notoria y nulidad en las causas militares, concurriendo dos jenerales.

Art. 64 ~ De la injusticia notoria y nulidad de los juicios eclesiásticos, concurriendo dos personas de ese fuero, que sean letrados.

Art. 65 ~ Las causas civiles de los magistrados de la corte suprema, como las de los vocales de las otras cortes, se juzgarán del mismo modo que las de los demás ciudadanos.

Art. 66 ~ No hay presidente en las cortes superiores, y el gobierno económico lo tienen los decanos.

ATRIBUCIONES DE LAS CORTES SUPERIORES

Art. 67 ~ Conocer en segunda instancia de toda causa civil y criminal.

Art. 68 ~ Decidir las competencias en las causas que no corresponden á la suprema.

Art. 69 ~ Conocer de las nulidades y notorias injusticias en las causas de menor cuantía.

Art. 70 ~ Conocer de la residencia de intendentes y gobernadores.

Art. 71 ~ Recibir los abogados, procuradores y escribanos.

Art. 72 ~ Los jueces de derecho juzgarán con arreglo a lo que se establezca sobre jurados.

Art. 73 ~ Lo mismo será con respecto á los jueces de paz.

Art. 74 ~ El presidente de la corte suprema es responsable por la conducta de jueces y magistrados, si no dá las providencias necesarias para el buen orden y recta administracion de justicia.

DE LA FUERZA ARMADA

Art. 1 ~ La fuerza armada del Perú será de mar y tierra.

Art. 2 ~ La fuerza armada de tierra, consistirá principalmente en el valor y patriotismo de los ciudadanos.

Art. 3 ~ Solo habrá un regimiento

de infantería, compuesto de tres batallones sobre las armas en tiempo de paz, y cuatro escuadrones de caballería tres compañías de artillería y un cuerpo de ingenieros.

Art. 4 ~ Toda la república estará dividida en regimientos bajo el nombre de la guardia, y por números, los cuales se dividirán en infantería, artillería y caballería, segun disponga el poder egecutivo.

Art. 5 ~ Todos los ciudadanos son soldados desde los diez y ocho años hasta los cincuenta.

Art. 6 ~ El que se negare bajo de frívolos pretextos, será privado de la voz activa y pasiva, y declarado en los papeles públicos por hombre inútil, y sin honor.

Art. 7 ~ La fuerza de mar se aumentará hasta el grado suficiente á asegurar los mares, y hacer respetable la nacion.

Art. 8 ~ Los empleos de mar los dará el Presidente á propuesta del almirante, que para verificarlo se informará de los comandantes de los buques.

Art. 9 ~ El poder egecutivo atenderá al orden y disciplina, y formará las ordenanzas militares mas conformes á esta república, presentándolas al Congreso para su aprobacion.

Art. 10 ~ En tiempo de guerra las tropas de la guardia se reemplazarán todos los años, de modo que no sirven las mismas dos años seguidos.

Art. 11 ~ Los jefes de todos los cívicos serán pagados segun sus graduaciones.

Art. 12 ~ No prestará auxilio la tropa contra ningun ciudadano, sin orden firmada y expresa de un juez competente.

Art. 13 ~ No auxiliará el allanamiento de la casa de un ciudadano,

sino en los casos expresos por la ley.

Art. 14 ~ La fuerza de mar se arreglará por el poder ejecutivo, dando cuenta al Congreso.

Art. 15 ~ Las tropas cívicas, aun cuando estén en pie de guerra, no quedarán suspensas en la voz activa ni pasiva.

Art. 16 ~ En caso de guerra ó movimientos interiores, el poder ejecutivo podrá aumentar las tropas, y darles la direccion que convenga; pero de ningun modo alterar las leyes.

Art. 17 ~ La fuerza armada es esencialmente obediente, ningun cuerpo armado puede deliberar.

Art. 18 ~ La república del Perú jamas podrá conquistar; pero si fuese acometida sin justicia, seguirá la guerra hasta constituir á su enemigo en situacion de no ofenderle otra vez.

Art. 19 ~ Entrar con fuerza armada, cualquiera que sea, sin licencia de la república, es causa suficiente para la guerra.

Art. 20 ~ La república peruana no hará alianzas que la comprometan á tomar las armas contra la repúblicas hermanas, si las demas entrasen en este pacto.

Art. 21 ~ Pedir el Presidente tropas auxiliares, será un crimen de Estado.

Art. 22 ~ Podrá solicitarlas en la última necesidad, con dictámen del Congreso, para el que han de concurrir las dos tercias partes de los diputados con un voto afirmativo.

Art. 23 ~ Habrá un colegio militar bajo la direccion del ministro de la guerra.

Art. 24 ~ La falta de útiles en caso de declararse una guerra de improviso, es un crimen de Estado en el presidente, vice-presidente y ministro de la guerra.

Art. 25 ~ La nacion peruana vive en paz con todas las naciones, y debe estar dispuesta á repeler la fuerza y el insulto que sufra de cualquiera nacion.

Art. 26 ~ Se formarán plazas de armas en los puntos litorales que parezca oportuno fortalecer.

Art. 27 ~ En caso de alianza se preferirá concurrir con un contingente en numerario al remitir las tropas fuera del Estado.

Art. 28 ~ El desafío no es un crimen entre militares, si ha precedido un agravio formal, ó un insulto.

Art. 29 ~ La infidelidad á la patria es el mayor delito, la cobardía el mayor defecto.

CONTRIBUCIONES PUBLICAS

Art. 1 ~ Las contribuciones públicas se señalarán cada año por el cuerpo legislativo.

Art. 2 ~ Serán siempre indirectas, salvo en tiempo de guerra, en que podrá haber la de encapitacion, que no pasará de un peso por persona, y cobrado de seis en seis meses.

Art. 3 ~ El ministro de Estado en el departamento de hacienda presentará todos los años los presupuestos de todos los gastos.

Art. 4 ~ Toda la administración de rentas corre á su cargo, y con su responsabilidad.

Art. 5 ~ No habrá derechos ningunos sobre la exportacion de frutos del país, ni del dinero amonedado.

Art. 6 ~ Los derechos de introduccion serán los menores posibles.

Art. 7 ~ Los frutos de las ciencias y artes liberales no estarán sugetos á contribucion.

Art. 8 ~ Habrá por necesidad un banco de rescate en cada asiento de minas de cuenta del Estado.

Art. 9 ~ El oro y plata en pasta pueden extraerse, pagando por derechos

la misma cantidad que resultaría de provecho al Estado con su amonedamiento.

Art. 10 ~ Todas las tierras vacantes, despues de señalar á los indígenas la porcion que les corresponda, se venderán en precios equitativos al contado, ó á censo.

Art. 11 ~ No se consentirá terrenos sin dueño, ni terreno que no sea cultivado.

Art. 12 ~ El propietario que no pueda cultivar, será obligado á arrendar ó vender.

Art. 13 ~ El gobierno facilitará los medios de hacer conducir las aguas á los puntos donde faltan.

Art. 14 ~ Los derechos de efectos extranjeros seran unos mismos para todas las naciones.

Art. 15 ~ El pabellon cubre la mercancía, respecto á las naciones que siguen el mismo principio.

Art. 16 ~ Los inventores son libres de derechos por diez años.

Art. 17 ~ Queda extinguida toda clase de estancos: el Perú no consiente compañías privilegiadas.

Art. 18 ~ Los sueldos de los empleados serán proporcionados á una subsistencia decorosa, de modo que la necesidad no obligue á abusar de los destinos.

Art. 19 ~ Todos los años se imprimirán los presupuestos de gastos y contribuciones.

Art. 20 ~ Contra el abuso de las rentas públicas se da accion popular.

Art. 21 ~ La guerra no hará cesar el comercio con aquellas naciones que se convengan con esta disposicion.

Art. 22 ~ Ningun comerciante extranjero puede hacer ventas por sí, si no tiene casa de comercio.

Art. 23 ~ No se consiente extraer oro y plata, sin sacar una cuarta par-

te de frutos del país.

Art. 24 ~ Los buques peruanos tendrán un cuatro por ciento menos de derechos en las mercancías que introduzcan.

Art. 25 ~ Los hacendados que den á los vinos la perfeccion que tienen los que vienen de Europa, serán exentos de derecho por cuatro años.

Art. 26 ~ Habrá un colegio de economía política, minería y comercio.

Art. 27 ~ El ministro de hacienda será el director.

Art. 28 ~ Habrá un tribunal mayor de cuentas, y un fiscal unicamente de hacienda nacional.

Todo empleado público de cualesquiera clase que sea, todo individuo al entrar en el ejercicio de sus derechos, todo eclesiástico al poseionarse de alguna dignidad, hará el juramento siguiente:

¡Juráis á Dios y á los Santos Evangelios guardar, y hacer guardar la Constitucion peruana, sostener la religion del Estado, y defender la patria con vuestra vida y propiedades: ser obediente á las leyes dadas por el Congreso legitimo? Si juro:— ¡Juráis odio a los tiranos?—Si juro:— Si cumplieseis, Jesucristo os bendiga.—Si quebrantais el juramento, sereis castigado por Dios y por la Patria.

JURAMENTO DEL CUERPO LEGISLATIVO

Juráis á Dios y sus Santos Evangelios, cumplir del mejor modo que alcance vuestra razon, las atribuciones del cuerpo legislativo que se os ha leído?—Si juro:—Si así lo hicieréis, Dios os guarde. De lo contrario os castigue, y la patria os exigirá la cuenta mas severa.

JURAMENTO DEL PRESIDENTE DEL EJECUTIVO

¡Juráis á Dios y á los Santos Evangelios, cumplir las atribuciones que

se os han leído, y especialmente no propender á que se os concedan mas facultades, ni que se prorogue el tiempo de vuestra administracion? —Si juro:— Si así lo hicieris Dios os ayude. De lo contrario os castigue, y la patria os exigirá la cuenta mas severa.

ARTICULOS ADICIONALES

Las cartas después de cerradas y remitidas, no se podrán abrir, sino en caso de guerra civil, ó con extranjeros.

Parte 1 ~ Deberá estar presente el que la escribió, ó aquel á quien sea remitida.

2 ~ No podrá abrirse sin anterior

sumaria en que conste que en aquella carta hay traicion.

3 ~ Si no resulta lo que se delata, la pena será declarada infame al delator, y privado para siempre de voz activa y pasiva.

4 ~ La misma pena sufrirán en este caso los falsos testigos.

5 ~ En ningun caso podrá abrirse una carta, como prueba de algun otro delito.

6 ~ Abrir una carta es crimen de Estado.

7 ~ La muger no puede abrir la del marido, ni el marido la de la muger, ni el padre la del hijo que pasó de diez y ocho años.

IV. RECENSIONES

ALEJANDRO MARTÍNEZ DHIER, «EL JURISCONSULTO GRANADINO MANUEL DE SEIJAS (HERNÁNDEZ) LOZANO, PRECURSOR DE LA CODIFICACIÓN EN ESPAÑA», editado por la Ilustre Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos, Granada, 2009 (un volumen de 125 pp.).

Acaba de publicarse un trabajo de ALEJANDRO MARTÍNEZ DHIER que, como los muchos de su autoría, interesa al Derecho penal peruano. Se trata, según se verá enseguida, de «El jurisconsulto granadino MANUEL DE SEIJAS (HERNÁNDEZ) LOZANO, precursor de la codificación en España» en el que insiste, una vez más¹, en torno a la decisiva participación del comisionado europeo en la elaboración del Código penal peninsular de 1848 al que, por cierto, tanto debe el texto punitivo peruano de 1862.

Se divide la obra, acaso con la finalidad de abarcar los diversos aspectos de la vida y de la trayectoria profesional de MANUEL DE SEIJAS, en 11 Capítulos. Uno tras otro, versan sobre

¹ Ya se ocupó de la figura del proyectista decimonónico en su artículo *En el aniversario del autor del Código penal español de 1848: Manuel Seijas Lozano, jurista, académico y político español*, publicado en *Estudios de Derecho Penal, Libro Homenaje a Domingo García Rada. Serie Concepciones contemporáneas del Derecho Penal y de la Criminología*, núm. 3, Editorial Adrus, Arequipa, 2006, pp. 533 a 539.

los siguientes aspectos: Cap. I Introducción (pp. 1 a 7); Cap. II El siglo XIX español. Los pilares de la nueva legislación —punitiva— (pp. 9 a 23); Cap. III Un apunte biográfico del jurisconsulto español: Manuel De Seijas (Hernández) Lozano (pp. 25 a 30); Cap. IV Manuel De Seijas Lozano: autor e impulsor del Código penal de 1848 (pp. 31 a 47); Cap. V Manuel De Seijas Lozano, como autor del Código penal de 1848, en la Historiografía Jurídica contemporánea (pp. 49 a 56); Cap. VI La actuación política y la proyección jurídica de Manuel De Seijas Lozano (pp. 57 a 72); Cap. VII La producción legislativa más relevante de Manuel De Seijas Lozano (pp. 73 a 78); Cap. VIII Manuel De Seijas Lozano académico y la Cátedra de Filosofía del Derecho en el Ateneo de Madrid (pp. 79 a 87); Cap. IX Sus dictámenes como Fiscal del Tribunal Supremo de justicia (pp. 89 a 92); Cap. X Manuel De Seijas Lozano y su Teoría de las Instituciones Judicarias, como precursor de la idea codificadora en España: el Thibaut español (pp. 93 a 100) y, Cap. XI Epílogo. Hombre de Estado (pp. 101 a 104). La Bibliografía Básica, que en realidad es altamente especializada, ocupa las páginas 105 a 125.

Al Derecho penal interesan los Capítulos IV y V, pues básicamente se refieren a la participación de De

SEIJAS en el diseño y redacción del Proyecto del que nacería el Código penal hispánico de 1848.

Como jurista acucioso, que es MARTÍNEZ DHIER, reproduce en su ilustrativa y fecunda obra los pertinentes trozos de las Actas de las Sesiones del Congreso de fechas 2 de octubre de 1844 y 13 de marzo de 1848 con las que, sin lugar a dudas, prueba que no fue JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO² el principal artífice del Código del 48, pues cupo tal privilegio, más bien, a don MANUEL DE SEIJAS —quien con seguridad redactó la Parte general del Proyecto de 1845 y el Libro IV relativo a Las Faltas— (pp. 40 y 44).

Es debido a los datos que consigna MARTÍNEZ, en el trabajo reseñado, que pudimos conocer que a DE SEIJAS se debe también la elaboración de un *Proyecto de código de procedimientos en materia criminal*³ y una *Teoría del procedimiento en materia criminal*⁴ que, al parecer, no han sido difundidos ni estudiados con detenimiento ni siquiera en la propia España.

Entre los múltiples gravados que ornán la interesante investigación de MARTÍNEZ, es de destacarse la que figura en la portada y la consignada en la página 34. Aquella, muestra a don MANUEL DE SEIJAS; esta, a JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO. La Presentación y el Prólogo, respectivamente, están firmados por dos potísimas autoridades españolas de la época actual:

² Como equivocadamente han sostenido LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Don JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO en *El centenario del Código penal español*, publicado en *El Criminalista*, tomo IX, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, pp. 15, 19 y 33 y, entre otros, JOSÉ HURTADO POZO, *La ley importada. Recepción del Derecho penal en el Perú*, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, Lima, 1979, p. 46.

³ Que se dio a la stampa en Madrid, el año de 1841.

⁴ Aparecida en la capital española en 1842.

JULIÁN HURTADO DE MOLINA (Presidente de la Ilustre Sociedad Andaluza de Estudios Histórico Jurídicos) y JUAN BARÓ PAZOS (Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Cantabria).

Si más adelante, como esperamos, pudiésemos seguir aprendiendo de la erudita y bien estructurada obra de MARTÍNEZ DHIER, nuestra deuda para con él será impagable. Ahora bien, aunque es improbable que podamos retribuir esa deuda con un trabajo semejante al reseñado, tal vez, la admiración que sentimos por el autor mitigue en algo esa acreencia.

JULIO ARMAZA GALDOS

MIGUEL ÁNGEL OSORIO, «JUICIO POR JURADOS. PERSPECTIVAS ACTUALES E HISTÓRICAS», Universidad de Buenos Aires, 2007 (un volumen de 304 pp.)

La obra del argentino MIGUEL ÁNGEL OSORIO —Magister en Ciencia Política y Sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y, Fiscal Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal—, prologada por el Maestro EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, se inscribe en el rubro de las investigaciones histórico-jurídicas vinculadas indeliblemente al Derecho Procesal Penal y, al mismo tiempo, al Derecho Constitucional (estimo que interesa vivamente en nuestro país, particularmente en este momento crucial en que con motivo de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, se ha olvidado que el jurado está en la esencia del proceso penal democrático). La obra ha sido estructurada en cuatro capítulos, con un total de 187 páginas, a las que se adicionan dos Proyectos de ley: uno sobre el Código de Procedimientos Penales y, otro, sobre el Juicio por jurados.

ZAFFARONI, destaca en el prólogo la

importancia del libro, no siendo una obra superflua, circunscrita a una norma derogada, pues es importante hacer un análisis de la coyuntura histórica en la cual se desarrolló el inveterado Código Procesal Penal argentino.

«Las instituciones no nacen en incubadoras, sino que son hijas de la política y de la historia»; ya que ese modelo procesal rigió la vida de los argentinos durante tanto tiempo, era pertinente conocerlo más, para no repetir errores.

En la introducción el autor precisa que el propósito del libro es observar las circunstancias en las cuales se dio el Código de procedimientos en materia penal en 1888 (Ley 2372), en que históricamente las élites de mayor poder monopolizaron la administración de justicia, olvidando que la Constitución de su país garantizaba el pacto social e imponía un sistema inquisitivo de justicia donde el juez hacía todo o, casi todo.

En el Capítulo I, bajo el epígrafe «DE LOS ORIGENES DE LA NACION Y DEL ESTADO ARGENTINO», el autor trabaja en dos líneas o direcciones:

1. Contextualizar históricamente las condiciones de posibilidad para establecer el juicio por jurados en los procedimientos penales en el orden nacional y provincial, así como los Proyectos constitucionales, las leyes y los estudios doctrinales que se realizaron con el objeto de establecer o promover la referida institución.

2. Demostrar las influencias de los intereses británicos en importantes decisiones políticas de quienes lideraron a la nación argentina.

Algunos hitos son especialmente trascendentes:

26 de octubre de 1811: Se estableció por primera vez el sistema de jurado en argentina, pero sólo para los delitos de imprenta.

1812. Segundo Triunvirato: Se hace un Proyecto de constitución, cuyo artículo 22 establecía: «el proceso criminal se hará por jurados y será público».

Incluso especificaba que los jueces de lo criminal aplicaban la ley después de que los ciudadanos hayan sido declarados culpables por sus iguales.

1813. Sociedad Patriótica Literaria para las Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur.

Artículo 175: El juicio criminal se establecerá por jurados y el Poder Legislativo publicará con preferencia el reglamento correspondiente bajo los principios más propios para asegurar los derechos individuales y el interés de la comunidad.

Los artículos 189, 195 y 212, con sus diferentes disposiciones, ratificaban este sentido.

1814: La asamblea creó un Poder Ejecutivo unipersonal, con lo que se desata un conflicto.

1819: Se dictaron dos Constituciones, una federal en Santa Fe y otra unitaria en Buenos Aires; ambas constituyen precedentes del juicio por jurados.

En el capítulo III, denominado «LA POLÍTICA INGLESA Y LA OLIGARQUÍA NACIENTE EXCLUYEN AL CIUDADANO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA», el autor resalta que el Código penal de CARLOS TEJEDOR (el que a decir de ZAFFARONI era muy revolucionario y desconcertó a los juristas), logró la aceptación, y así la República Argentina alcanzó al resto de los países latinoamericanos que ya tenían Código penal (lo que había pasado es que se había dado prioridad a la legislación civil y comercial, acordándose sólo de lo penal cuando quisieron legitimizar el actuar policial).

De ahí, nuevamente se suscita una panorámica interminable de conflictos internos y luchas por el poder, además de ello se dieron importantes concesiones a las empresas extranjeras sobre las nacionales y se incrementó muchísimo la deuda externa con Inglaterra.

Después de ello vinieron las olas migratorias de Europa, lo que les dio a los argentinos una imagen de estabilidad y progreso, pero hizo que los que ya detentaban el poder adoptaran la actitud de una especie de realeza y cerraran aún más sus filas (ahondándose las diferencias sociales).

Volviendo al área legislativa después del Código penal de CARLOS TEJEDOR, el presidente Roca, por decreto del 6 de marzo de 1882, encargó a los doctores MANUEL OBARRIO y EMILIO CONI la redacción de un Proyecto de código de procedimientos en materia penal, si bien les dijeron que debían conformar sus disposiciones con las del nuevo Proyecto de código penal, no les señalaron los principios sobre los cuales debía basarse; es decir, no se especificaba si debían establecer tribunales de derecho integrado por jueces técnicos o bien el juicio por jurados ordenado por la Constitución nacional.

OBARRIO, presentó el 15 de julio de 1882 su Proyecto, basándose en los tribunales de derecho, pues adujo que no se le indicó qué bases debía tener, considerando, al propio tiempo, que ya existe el Proyecto de ley sobre juicio por jurado que estaba bien reglamentado (era obvio, a su entender, que el debía hacer algo diferente, dado que estimó impropio que se le encomendara que repitiera lo ya hecho).

Días más tarde, el 1 de septiembre, el Poder Ejecutivo envió a la cámara de diputados un Proyecto de ley preparado por el Dr. JOSÉ MARÍA DOMÍN-

GUEZ, que establecía el enjuiciamiento por jurados.

En realidad, según el autor, todo este tiempo había habido un doble discurso, y nunca hubo la voluntad real de respetar la Constitución y darle a la población esta facultad, perpetuando, de ese modo, el sistema inquisitivo.

En el capítulo IV el autor postula sus «CONCLUSIONES».

La Constitución argentina de 1853 prevé el establecimiento de juicio por jurados, pero ello ha sido sistemáticamente desobedecido.

Se puso en vigencia el Código de Procedimientos en materia penal (Ley 2372), con jueces técnicos (1888).

Las razones de todo ello obedecen a circunstancias internas y externas.

Los intereses británicos en la conformación del estado argentino son innegables, la influencia económica de este país trajo, como influyó en el Código de comercio, la doctrina de la Corte Suprema y la exclusión del sistema de jurado.

Tras la caída de Juan Manuel de Las Rosas esta influencia se intensificó.

El gobierno británico quería ejercer control en el ámbito político, económico y judicial; para ello, necesitaba cerrar la puerta al jurado y a la participación del pueblo en la administración de justicia. Se trató, por lo tanto, de concentrar el Poder Judicial en las manos de quienes pudieran ser más fácilmente influenciados por Inglaterra.

De manera muy temprana, tanto en legislaciones de provincias como en las nacionales, ha habido intentos juradistas; sin embargo, estos han sido desestimados, por las inconveniencias políticas que traería dejar la administración de justicia en manos del pueblo.

En 1811 el Primer Triunvirato estableció jurados para los juicios por delitos de imprenta.

El Segundo Triunvirato también estableció normas al respecto.

En 1819 se establecieron 2 Constituciones, una del sistema federal y, la otra, del sistema unitario de gobierno. Si bien ninguna de las dos entró en vigencia, las dos contemplaban el sistema de jurados.

En 1825 se estableció el jurado para reprimir el delito de abigeato.

En 1826 se recalca la voluntad juradista con un Proyecto de Constitución calcado del Proyecto de 1819.

En 1828, MANUEL DORREGO encargó al jurista BELLEMARE la redacción de un plan de organización judicial que sea similar al de América del Norte (pero todos estos intentos fueron hechos por autoridades que no tenían poder estable).

Después de ello viene la confrontación entre provincias, hasta llegar a una Constitución nacional, luego de lo cual, si bien hubieron intentos juradistas, terminó por imponerse un sistema inquisitivo de justicia que excluía a la población, dejando todo en manos del juez (Ley núm. 2372).

En los ANEXOS el autor nos ofrece los dos Proyectos en cuyo entorno se concentra el análisis histórico precedente.

En suma. La lectura de la obra de OSORIO no únicamente es esclarecedora sino, al mismo tiempo, útil.

JORGE LUIS SALAS ARENAS
Vocal de la Corte Superior de Justicia y
Profesor universitario

DAVID HIDALGO/DIEGO FERNÁNDEZ STOLL/DANIEL YOVERA/CECILIA VALENZUELA «LA MUERTE SE ESCRIBE SOLA. UNA HISTORIA BASADA EN EL CRIMEN DE CHALLAPAMPA», Editorial Aguilar,

Lima, 2006 (un volumen de 261 pp.).

La temática de que se valen HIDALGO *et alii* en su obra, tiene que ver con los crímenes perpetrados en Arequipa la noche del 31 de mayo del año de 1976 que, tras las investigaciones policiales respectivas, dieron origen a la tramitación de una causa penal en contra de los señores Javier Saiky Barroso, Luis Alfredo Lira García y Claudio José González Díaz por la comisión de los delitos de homicidio calificado y violación de la libertad sexual en agravio de los herederos legales de quienes en vida fueron Flor de M. Llerena Barranza y Hernán Manrique Oviedo.

Saiky y Lira, por cierto identificados en la obra de HIDALGO con nombres ficticios, fueron procesados y luego absueltos por ausencia de pruebas de cargo y, básicamente, según los autores de *La muerte se escribe sola*, por haber estado parcializadas las investigaciones al tener aquellos una elevada posición económica, prestigio social y relaciones suficientes como para influir en los funcionarios que investigaron los luctuosos sucesos de mayo del 76. Luego de matar a Hernán Manrique Oviedo, quien al parecer fue sorprendido intimidando en uno de los predios rústicos del lugar denominado Challapampa (del distrito de Cerro Colorado), procedieron a violentar sexualmente a su pareja (a quien incluso introdujeron, contra natura, un objeto contundente); el ocasionamiento de la muerte de ésta, sin embargo, acaso se debió al hecho de querer ocultar tanto el homicidio de Manrique como la violación sexual de la joven Llerena; sea como fuere, antes de abandonar los cadáveres, embardurnaron los homicidas los rostros de sus víctimas con sangre para dar así la impresión de que los hechos tenían como autores a miembros de nuestras serranías que, según sus cos-

costumbres, practicaban esos ritos al producir la muerte de sus enemigos.

Habiéndose hallado restos de cabellos en las manos de la infortunada Llerena, se procedió a efectuar un peritaje que permitió conocer que los autores de los homicidios tenían cabellos castaños, descartándose, por ende, la participación de Claudio José González Díaz, único de los inculpados que exhibía una pelambre oscura. Dado, empero, que los peritos no pudieron determinar la raza ni el sexo de las personas por el análisis de los cabellos encontrados en manos de Llerena, el juez CÉSAR LECAROS CORNEJO otorgó libertad provisional a los encartados Saiky y Lira, quienes finalmente fueron absueltos por los señores vocales de la sala penal entonces conformada por los catedráticos de la Universidad Católica de Santa María ALFREDO CORNEJO CHÁVEZ, JAIME GALDOS LARRÚ y JOSÉ ANTONIO ARANÍBAR MUÑOZ NAJAR. (Lo dicho, podría resultar provechoso para ubicarnos en el contexto en que acaecieron las vicisitudes de que se da cuenta si, además, tenemos presente que Saiky estudiaba la carrera profesional de Derecho en el sobredicho centro universitario).

Se insinúa, por otra parte, que una cuarta persona habría participado en el crimen y que ésta, poco después de la noche del 31 de mayo de 1976, se quitó así mismo la vida; Luis Alfredo Lira García y Javier Saiki Barroso, a su turno, no tuvieron mejor suerte: aquél fue hallado ahogado en la piscina de su casa, mientras que éste, arrojándose del puente Bolognesi del cercado de Arequipa, se suicidó.

La obra, en fin, ha sido elaborada tras la meticulosa investigación y compulsión de las revistas y diarios de la época con cuyos contenidos se logró concitar la atención ciudadana ya por la natural curiosidad que des-

pierta todo suceso análogo al difundido a través de ellos, ya porque el lector de los 70 mostró una preocupación mayor —que echamos de menos hoy— por conocer de cerca el resultado de las investigaciones judiciales, mismas que concluyeron, lamentablemente, archivando el proceso.

Una de las fuentes utilizadas por los autores de *La muerte se escribe sola*, por cierto, es el trabajo de FRANCISCO CHIRINOS SOTO que lleva por título *El crimen de Challapampa* (Imprenta Editorial El Sol, Arequipa, 1977, un volumen de 104 pp.) y que, según se indica, fue escrito con la segunda intención de favorecer a los procesados. Es de advertir, para el efecto, que entonces CHIRINOS se desempeñaba como profesor de Derecho penal en la Universidad Católica de Santa María y que era uno de los abogados más influyentes en el medio local; su pluma y su pulso, por lo tanto, no han quedado del todo liberados del rumor y de una supuesta parcialización que, por añadidura, tiene que ver con lo venal (en el texto de HIDALGO *et alii*, llega incluso a insinuarse que CHIRINOS era abogado de uno de los procesados).

Sea como fuere, la obra reseñada es sin duda uno de los recordatorios más tristes que sirve para denunciar la impunidad, la complicidad con dicha impunidad de quienes administran justicia y esmaltan e incluso disimulan las omisiones en que incurren pretextando «ausencia de pruebas» y el más descarado «criterio de conciencia» con el que justifican, a un tiempo, el sobreseimiento y la condena.

JULIO ARMAZA GALDOS
EMILIO JOSÉ ARMAZA

ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL. Título Preliminar (Principios Generales) y Libro Primero (Parte General). Comi-

sión Especial Revisora del Código Penal. Ley núm. 29153. Congreso de la República, Lima, 2009 (un volumen de 142 pp. + el Colofón).

Acaba de publicarse el Anteproyecto de Código penal elaborado por la Comisión Especial Revisora creada a través de la Ley núm. 29153 del 14 de diciembre del 2007.

Aunque el trabajo no se encuentra concluido, pues únicamente se dio a la estampa la llamada Parte general (Libro Primero), caracterizan al mismo los siguientes rasgos: Amén de los 110 artículos que integran la referida propuesta, toda ella está precedida de 10 disposiciones que, a su vez, conforman el Título Preliminar. En el artículo I de tal Título, se consagra el llamado principio teleológico del Derecho penal y se deja expresa indicación que la función de la pena no puede ser otra que resocializar, prevenir y proteger. El artículo III, a diferencia de lo acaecido en el actual Código, deja establecida la posibilidad de echar mano a la analogía *in bonam partem*, al tiempo que el IV, hace mención de lo siguiente: «La pena precisa la lesión o puesta en peligro concreto o abstracto de bienes jurídicos tutelados por ley». A caso por un error, de otro lado, se ha consignado dentro del Capítulo destinado a tratar de la «Aplicación temporal» el llamado principio de ubicuidad (artículo 5), persistiendo, algo después (artículo 11), con denominar a las lesiones imprudentes a través del inveterado adjetivo *culposas*. No parece un acierto, a su turno, que se siga considerando error de tipo (artículo 14, primer párrafo) el que recae sobre una circunstancia agravante o atenuante, como también lo hace el actual texto punitivo.

Siguen sin resolverse de modo eficiente, pensamos, los supuestos de agresiones ilegítimas imprudentes o, en todo caso, las agresiones ejecuta-

das en error de tipo vencible o en error de prohibición (casos que, empero, la doctrina los resuelve con la exigencia de legítima defensa y que, creemos, deben solucionarse con el estado de necesidad defensivo —aplicando, por lo tanto, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que, dicho sea de paso, son ajenos a la legítima defensa—).

El artículo 29, trata de la pena privativa de libertad bajo los siguientes términos: «La pena [...] puede ser temporal o indeterminada. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos años y una máxima de treinta y cinco. En el segundo caso, no será menor de treinta y cinco años».

Los artículos 45 y 46, en fin, se ocupan de las circunstancias atenuantes y de las agravantes, respectivamente, en tanto que el llamado delito masa, no es considerado más, en el Anteproyecto (artículo 50), como un delito continuado.

En el Anexo I de la obra de la que damos cuenta, se consignan las identidades de los integrantes de las tres Comisiones designadas hasta el momento para elaborar una propuesta de ley que, a corto plazo, esperamos reemplace al tantas veces desdibujado Código de 1991. He aquí, lo indicado.

Primera Comisión Especial Revisora designada por Ley núm. 27837:

Por el Congreso de la República, la integraron los señores Alcides Chamorro Balvín (Presidente), Mauricio Mulder Bedoya y Eduardo Salhuana Cavides; por el Poder Ejecutivo: Fidel Rojas Vargas y Alcides Chinchay Castillo; por el Poder Judicial: Róbinson Gonzáles Campos y Carlos Caro Coria; por el Ministerio Público: Mateo Castañeda Segovia; por la Asamblea Nacional de Rectores: Luis Roy Freire, Juan Portocarrero Hidalgo e Iván Noguera Ramos; por la Junta de Decanos de los Cole-

gios de Abogados del Perú: Gastón Molina Huamán y Luis Alberto Bramont-Arias y, por la Defensoría del Pueblo: Iván Montoya Vivanco.

Segunda Comisión Especial Revisora designada por Ley núm. 28891:

Por el Congreso de la República, la integraron: Mauricio Mulder Bedoya (Presidente), Carlos Torres Caro y Aldo Estrada Choque; por el Poder Ejecutivo: Mary Alvarado Cabanillas y Jeannette Oyarce Delgado; por el Poder Judicial: Javier Villa Stein y Róbinson Gonzáles Campos; por el Ministerio Público: Tony W. García Cano; por la Asamblea Nacional de Rectores: Julio Armaza Galdos, Iván Meini Méndez y Juan Jiménez Herrera; por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú: Manuel Montoya Hernández y José Sousa Cornejo y, por la Defensoría del Pueblo: José Ávila Herrera.

Tercera Comisión Especial Revisora designada por Ley 29153:

Por el Congreso de la República, estuvo integrada por Carlos Torres Caro (Presidente), Víctor Sousa Huambal y Cayo Galindo Sandoval; por el Poder Judicial: Róbinson Gonzáles Campos y Víctor Prado Saldarriaga; por el Ministerio de Justicia: Alexei Sáenz Torres y Fernanda Isabel Ayasta Nassif; por la Defensoría del Pueblo: Gisella Vignolo Huamán; por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú: Rosa Mavila León y Arsenio Oré Guardia; por el Ministerio Público: Pablo Sánchez Velarde y, por la Asamblea Nacional de Rectores: José Urquiza Olaechea, Juan Abraham Ramos Suyo y Luis Alberto Bramont-Arias Torres.

El Anexo 2, por último, contiene 4 interesantes estudios suscritos por los señores comisionados Víctor Prado Saldarriaga (pp. 99 a 101), José

Ávila Herrera (pp. 103 a 106), Tomás Aladino Gálvez Villegas (pp. 107 a 123) y Juan Abraham Ramos Suyo (pp. 125 a 127). Es de advertir que el comisionado Tomás A. Gálvez, se desempeñó como miembro alterno del Fiscal Supremo en lo Penal Pablo Sánchez Velarde.

EMILIO JOSÉ ARMAZA

EDUARDO ALCÓCER POVIS, «LA INCLUSIÓN DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL», Editorial Reforma, Lima, 2009 (un volumen de 139 pp.).

Aunque no compartimos las ideas vertidas por el joven y talentoso penalista EDUARDO ALCÓCER POVIS en lo que atañe al fin preventivo (p. 11) que asigna al Derecho penal, pues básicamente debe éste servir para contener el poder punitivo del estado y no, para algo diferente, suscribimos cada uno de los párrafos en los que asume una posición crítica en torno al denominado Derecho penal del enemigo.

Como fuere, se destina el Capítulo III a hacer mención de los casos en los que en Perú se aplicó el denominado Derecho penal del enemigo. Bajo la vigencia del Código penal de Santa Cruz (del Estado Nor-Peruano, que equivocadamente cree ALCÓCER tuvo una efímera vigencia, p. 91), en efecto, eran enemigos los asesinos y parricidas a los que, por eso, se les aplicaba la pena capital. Constituyen otros casos de enemistad (p. 93), para nuestro autor, la «celebración de actos públicos de un culto distinto al católico» (p. 92) de la que hacía referencia el artículo 100 del Código penal de 1863 y, bajo el imperio de la Ley núm. 4891, la *vagancia* (p. 93).

Es de advertir, finalmente, que a la pluma de EDUARDO ALCÓCER POVIS se deben otras obras que conviene traer a mientes: *Requisitos de procedibilidad en los delitos económicos y el principio ne bis in ídem, en Actualidad*

Jurídica (de *Gaceta Jurídica*), tomo 138, Lima, mayo, 2005, pp. 121 a 124; *La autoría y participación en el delito de peculado*, en *Actualidad Jurídica* (de *Gaceta Jurídica*), tomo 142, Lima, septiembre, 2005, pp. 97 a 103; *La autoría en el delito de peculado*, en la revista jurídica *El Portal del Derecho*, núm. 11, Ayacucho, octubre del 2005, pp. 22-23; *El concepto de «ventaja» en el delito de tráfico de influencias*, en *Actualidad Jurídica* (de *Gaceta Jurídica*), tomo 144, Lima, noviembre, 2005, pp. 73 a 76; *La prohibición de incurrir en bis in idem*, en *Actualidad Jurídica* (de *Gaceta Jurídica*), tomo 147, Lima, 2006, pp. 111 a 116; *El honor de las personas jurídicas como objeto de protección penal*, en *Jurídica, Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano*, año 2, núm. 81, Lima, 14 de febrero del 2006, pp. 4 y 5; *El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal*, en la revista *JUS Jurisprudencia*, núm. 7, Lima, 2007, pp. 123 a 131 y, *Las vías de imputación jurídico-penal al «enemigo» Fujimori. Acerca de la tesis del «autor detrás del autor»* en la revista *JUS Doctrina & Práctica*, núm. 6, Lima, junio, 2008, pp. 85 a 91.

JULIO ARMAZA GALDOS

V. CRÓNICA DE LA FACULTAD



Dr. Luis Vargas Fernández
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas
y Políticas de la UCSM

**HOJA DE VIDA DEL PROFESOR
LUIS VARGAS FERNÁNDEZ**

APELLIDOS : VARGAS FERNÁNDEZ

NOMBRES : LUIS GUILLERMO

1. Estudios realizados:

PRIMARIOS : CE Mariano Melgar de Arequipa.

SECUNDARIOS : Colegio Nacional de la Independencia
Americana.

SUPERIORES, GRADOS ACADÉMICOS Y ITULO PROFESIONAL:

Grado de Bachiller en Derecho: Universidad Católica de Santa
María, 14 Noviembre 1975.

Grado Profesional de Abogado: Universidad Católica de Santa
María, 29 Diciembre 1975.

Segunda Especialidad en Gerencia Tributaria: Universidad
Nacional de San Agustín, 11 Julio 2008.

Maestría en Derecho de Integración: Universidad Católica de
Santa María, 03 Octubre 2003.

Doctorado en Ciencias Humanas: Derecho: Universidad Católica
de Santa María, 23 Noviembre 2007.

2. Docente:

Docente principal del Programa Profesional de Derecho de la
Universidad Católica de Santa María.

Docente principal de la Escuela de Post Grado de la Universidad
Católica de Santa María.

Docente asociado de la Academia de la Magistratura.

Docente principal de los PED de la Universidad Católica San Pablo.

3. Se ha desempeñado como:

Secretario Letrado del Primer Tribunal Correccional de la Corte Superior de Arequipa.

Agente Fiscal Suplente en la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Juez Penal Suplente en la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Asesor Legal del Ministerio de Agricultura, Programa 1014 Plan Tacna.

Sub Gerente Administrativo y Legal de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa.

Miembro Fundador del Panel de Árbitros del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial.

Arequipa, Cámara de Comercio de Arequipa y actual árbitro.

Miembro Fundador del Panel de Árbitros del Colegio de Abogados de Arequipa y actual árbitro.

Miembro del Consejo Distrital de la Magistratura de Arequipa: Ejercicios 1984, 1985, 1987.

Jefe de la Oficina Registral Regional Región Arequipa 2001.

Jefe de la Zona Registral XII –Sede Arequipa 2002-2004.

Asesor y Director de Empresas.

4. En la función administrativa académica:

Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Universidad Católica de Santa María, 1997-2001.

Coordinador Académico del Programa de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, 2005-2007.

Vocal y Asesor del Comité Electoral Universitario, 2006-2007.

Jefe del Departamento Académico de Derecho de la Universidad Católica de Santa María 2007-2009.

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, 2009.

Miembro del Consejo Universitario y de la Asamblea Universitaria de la Universidad Católica de Santa María, 2009.

5. Instituciones:

Colegio de Abogados de Arequipa: ha desempeñado los siguien-

tes cargos.

° Diputado IV 1984.

° Diputado IV 1988.

° Síndico 1996-97.

° Vice Decano 2000-2001.

° Club de Leones de Arequipa: ha desempeñado los siguientes cargos:

Pro Secretario 2005.

° Secretario 2006.

° Segundo Vicepresidente 2007.

° Primer Vicepresidente 2008.

° Presidente 2009.

Arequipa, 2009, Octubre, 19

CRÓNICA

Se consignan a continuación algunos datos acaecidos en nuestra comunidad universitaria en lo que va del año.

Iniciación del Año Lectivo 2009

Por Directiva núm. 001-VRACAD-2008, del 10 de diciembre del 2008, se acordó iniciar el primer semestre del año lectivo 2009 el día lunes 09 de marzo y, concluirlo, el viernes 10 de julio (18 semanas). El segundo semestre se extenderá hasta fines de diciembre.

Matrícula en la Escuela de Derecho

Durante el primer semestre del año en curso se matricularon en la carrera profesional 1.200 alumnos.

Docentes del Programa Académico de Derecho

Profesores Principales

LUIS VELANDO PUERTAS
RAMIRO VALDIVIA CANO
JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE
DAVID DONGO ORTEGA
OSCAR URVIOLA HANI

LUIS VARGAS FERNÁNDEZ
HÉCTOR DELGADO CASTRO
JOSÉ BUTRÓN FUENTES
JULIO VIRRUETA REVILLA
JORGE LUIS CÁCERES ARCE

Profesores Asociados

JUAN CARLOS VALDIVIA CANO
BERLY CANO SUÁREZ
MARCO FALCONÍ PICARDO
GABRIEL TORREBLANCA LAZO
JOSÉ LUIS YUCRA QUISPE

CÉSAR FONSECA TAPIA
JOSÉ SUÁREZ ZANABRIA
ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ
MAURO PARI TABOADA
JULIO ARMAZA GALDOS

Profesores Auxiliares

FERNANDO BUSTAMANTE ZEGARRA
ANA MARÍA AMADO MENDOZA

CARLOS RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
GUILLERMO ZAVALAGA MARIÑO

Profesores Contratados

CLAUDIA CHIRINOS PACHECO DE RIVERO
JUAN AGRAMONTE MOSTAJO
JAMES CARLOS FERNÁNDEZ SALGUERO

CARLOS ALBERTO NEYRA AMAT
SAULO PERALTA FRANZIS
PAOLO DEZA MEDINA

Personal Administrativo

José Luque Fortún – Asistente del Consultorio Jurídico.

Martha Mestas Carpio – Secretaria de Consultorio Jurídico externo.

Teresa Quicaño Manrique – Secretaria del Departamento Académico.

Dunia Rosas Lazo – Secretaria del Departamento Académico.

Eliana del Pilar Laos Torres – Secretaria de la Facultad.

Samira Bejar Calderón – Asistente de Secretaria de la Facultad.

Conferencias

El día viernes 22 de mayo del 2009, a las 17:30 horas, en la Sala de Grados del Programa Profesional de Derecho, dictó una conferencia magistral el señor profesor DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, se ocupó, con brillo, sobre «El Control Concentrado».

El 30 de junio del año en curso, a las 17.00 horas, en nuestra superior casa de estudios, el señor PABLO WALTER CARPIO MEDINA, Magistrado del Poder Judicial, presentó una ponencia sobre «El error de comprensión, multiculturalidad y Derecho». Asistieron a la tal poco más de 120 alumnos.

En el Coloquio jurídico penal realizado en nuestra Facultad el día 6 de octubre, expusieron JOSÉ ARCE VILLAFUERTE, magistrado del Primer Juzgado Unipersonal de Juzgamiento y JULIO ARMAZA GALDOS. Se ocupó el primero del Maltrato animal; el segundo, de la Eutanasia.

Cursos

De marzo a diciembre del 2009, se lleva a cabo el Diplomado

en Ciencias Políticas que dirige el señor profesor JORGE LUIS CÁCERES ARCE, Coordinador del Centro de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de nuestra Universidad.

Publicaciones de nuestros profesores

«Sobre el Protocolo del Aborto Terapéutico en la región Arequipa».

Autor: JUAN CARLOS VALDIVIA CANO

Extensión: 35 pp.

Serie: Incendiarios

Editores Lucerna, Arequipa, 2009.

«Discursos Universitarios».

Autores: BERND SCHÜNEMANN/JULIO ARMAZA GALDOS

Extensión: 60 pp.

Editorial Pangea, Arequipa, 2009.

«Comentarios al Código Procesal Constitucional. Art. 17».

Autor: FERNANDO BUSTAMANTE ZEGARRA

Extensión: 9 pp.

Editorial Adrus, Arequipa, 2009.

«Comentarios al Código Procesal Constitucional. Art. 36».

Autor: MARCO FALCONÍ PICARDO

Extensión: 2 pp.

Editorial Adrus, Arequipa, 2009.

«Comentarios al Código Procesal Constitucional. Art. 79».

Autor: JORGE CÁCERES ARCE

Extensión: 7 pp.

Editorial Adrus, Arequipa, 2009.

Obras en prensa

Está a punto de salir de las prensas el importante libro *La vida política en la Arequipa republicana (1890-2009)* de los doctísimos señores HÉCTOR BALLÓN LOZADA y JORGE LUIS CÁCERES ARCE (un volumen de 470 páginas en el que colaboraron SAULO PERALTA FRANCIS y JOSÉ MARIO AZALDE LEÓN. La portada de la obra, que tuvimos el privilegio de conocer con antelación, es preciosa).

En breve verá la luz el libro *Eugenio Raúl Zaffaroni, el penalista de la América austral* con una semblanza que compuso

nuestro director y, lo que es más importante, muchísimas contribuciones de penalistas nacionales y extranjeros —entre los últimos, destacan: BERND SCHÜNEMANN (Alemania), NILO BATISTA (Brasil), JOSÉ LUIS GUZMÁN DÁLBORA (Chile) y los españoles ALEJANDRO MARTÍNEZ DHIER, ASIER URRUELA MORA, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, IÑIGO DE MIGUEL BERIAIN, SERGIO ROMEO MALANDA, JOSÉ ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA, ALICIA GIL GIL, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA y LEIRE ESCAJEDO SAN EPIFANIO—. La obra, aparecerá bajo el sello editorial de Pangea.

El profesor GABRIEL TORREBLANCA LAZO, nos hizo llegar el núm. 2 de la Revista del Consultorio Jurídico de la Universidad Católica de Santa María (un volumen de 40 páginas en el que participaron los señores profesores DAVID DONGO ORTEGA y DANTE VALDIVIA ZEGARRA). Los esfuerzos que hace el docente en mención, tanto en el Consultorio Jurídico, como al procurar la edición de su Revista, son desde todo punto de vista loables.

En el curso del semestre, la Editorial Pangea, de Arequipa, dará a publicidad el pequeño libro *Crueldad Animal* de JULIO ARMAZA GALDOS y EMILIO JOSÉ ARMAZA.

Información sobre profesores y/o profesionales vinculados a nuestra Facultad

JOSÉ BUTRÓN FUENTES. Tras el accidente automovilístico que lo llevó lejos de su cátedra, afortunadamente viene recuperándose. Sus alumnos y los profesores, han dado muestras de preocupación. Ojalá pronto le veamos entre nosotros.

LUIS VALENZUELA VALENCIA. Durante el año académico 2009 y, por tres años, ha sido designado como Secretario Académico de nuestra Facultad el señor profesor Dr. LUIS VALENZUELA VALENCIA; su experiencia y entrega a la función, le garantizarán el éxito.

JORGE HÉCTOR WENCESLAO DELGADO CASTRO. Por acuerdo de los señores Decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas, llevado a cabo en la Asamblea Nacional de Rectores del Perú el 1 de julio del 2009, se encargó al profesor DELGADO integrar el máximo órgano de control del Poder Judicial en la ciudad de Arequipa.

Propicia ocasión, la presente, para dejar anotado que el es-

clarecido profesor universitario HÉCTOR DELGADO CASTRO, descien- de en línea directa consanguínea del ex Ministro de Justicia MIGUEL WENCESLAO DELGADO al tiempo que, presumiblemente, comparta un tronco común con JUAN JOSÉ CALLE (acaso, medio hermano de MARÍA CALLE, abuela de HÉCTOR).

Ahora bien, JUAN JOSÉ CALLE (1851-1929), presidió la Comi- sión de Reforma del Código Civil (1922) de la que, más tarde, nacería el texto de 1936. A tono con lo dicho, preciso es recor- dar que a través de una nota de fecha 7 de marzo del año de 1936, ALFREDO SOLF Y MURO, MANUEL AUGUSTO OLAECHEA y PE- DRO M. OLIVEIRA, alcanzaron al Ministro de Justicia MIGUEL WENCESLAO DELGADO, el Proyecto de Código Civil en el que hubo de realizar valiosos aportes el ya para entonces fallecido JUAN JOSÉ CALLE.

ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ. Otro de nuestros profesores que in- tegrará el órgano de control de la Corte Superior de Justicia de Arequipa es ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ. Difícilmente, como en el caso de Héctor Delgado, podrá ser reemplazado en su cátedra.

JORGE CÁCERES ARCE. Sin duda, los méritos académicos culti- vados por el profesor CÁCERES, permitieron su ascenso a Profe- sor Principal (Catedrático), en lo que va del año.

El profesor JOSÉ LUIS YUCRA QUISPE, luego de haber rendido con éxito los exámenes correspondientes ante el Consejo Na- cional de la Magistratura para ascender al cargo de Vocal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y habiendo obtenido una de las pocas plazas convocadas, ha sido trasladado tem- poralmente a la ciudad de Camaná.

JULIA MARMANILLO viuda DE TORREBLANCA. La señora doctora MARMANILLO, ex alumna de la Escuela de Post Grado de nues- tra superior casa de estudios, por méritos propios, asumió el cargo de Presidenta de la Junta de Fiscales Superiores en el Distrito Judicial de Arequipa. La tarea que le espera, sin em- bargo, es ardua, pues habiéndose puesto en vigencia el Códigi Procesal Penal, debe velar porque su aplicación sea ópti- ma.

OSCAR URVIOLA HANI. Concluida su exitosa etapa como Deca- no en nuestra Facultad, ha retomado sus actividades académi-

cas con el entusiasmo que es propio de su carácter y entereza; alterna tal actividad, eso sí, con el ejercicio de la profesión y el periodismo (desde su ya famosa columna *Desde el Sur* que, periódicamente, suscribe en el diario *La República*).

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE. Este destacado jurista peruano nos visitó en dos ocasiones en lo que va del año. Merecidamente, se le tributó un tercer Libro Homenaje que, por cierto, fue presentado en nuestra Facultad el 22 de mayo del presente. El libro en mención lleva por título *Código Procesal Constitucional Comentado, Homenaje a Domingo García Belaunde*, y contó con las colaboraciones de los más influyentes juristas extranjeros y locales.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. El profesor argentino del que se hace indicación, está vinculado a nuestra Facultad por ser doctor *honoris causa (in pectore)* de la Universidad Católica de Santa María y, además, miembro del Comité Consultivo de la Revista Jurídica. Como fuere, interesa indicar que el 23 de junio del presente año recibió el Premio Estocolmo de Criminología que anualmente imparte el Ministerio de Justicia de Suecia. Ha de advertirse, que este equivalente al Nobel, jamás fue entregado a un penalista de habla española; lo sucedido, en consecuencia, carece de precedentes.

A la pluma del jurista austral se deben algunas obras referidas al Derecho peruano. Helas aquí: *Comentario al Proyecto de Código penal del Perú*, en la revista *Debate Penal*, año II, núm. 6, septiembre-diciembre, Lima, 1988, pp. 309 a 336; *La Parte general del Anteproyecto del Código penal peruano de abril de 1986*, aparecido en *Política Criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código penal*, A. F. A. Editores, Lima, 1988, pp. 5 a 61; *Un discurso perverso. De cómo la realidad deslegitima al discurso jurídico penal en América Latina*, en *Justicia y Derechos Humanos*, Materiales de Lectura, Departamento Jurídico de la Comisión Episcopal de Acción Social, vol. I, Lima, 1991, pp. 105 a 108; *Prólogo* al libro de RAÚL DURAND VALLADARES, *Cyber-delito o delitos de ordenadores. Sistema Bancario Nacional*, Lima, 2002 y, *Genealogía del inciso 2 del artículo 246 del Código penal de 1924 y acierto de su supresión en el Código de 1991*, en *Estudios penales. Libro Ho-*

menaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima, 2003, pp. 617 a 639.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA. El discípulo de don MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA, está vinculado a nuestra Facultad por partida doble; en efecto, es Profesor Honorario de nuestra superior casa de estudios y, a un tiempo, miembro del Comité Consultivo de la Revista Jurídica. Así las cosas, conviene dar cuenta de su última publicación, misma que, según se verá enseguida, lleva por título *La pena y la extinción de la responsabilidad* (un volumen de 414 pp., Editorial B de F de Montevideo-Buenos Aires, 2009).

Los temas que aborda el cultísimo Catedrático de la Universidad de Valparaíso, tienen que ver con las consecuencias jurídicas del delito y, concretamente, son los siguientes: La pena (pp. 1 a 62); Las medidas de seguridad (pp. 63 a 101); Sistemas penales (pp. 103 a 128); La pena de muerte (pp. 129 a 201); Las penas privativas de la libertad (pp. 203 a 265); Las penas restrictivas de la libertad (pp. 267 a 292); Las penas pecuniarias (pp. 293 a 342); Las penas de interdicción (pp. 343 a 380) y, El abono de las medidas cautelares a la pena (pp. 381 a 398).

Cabe recordar que al Derecho peruano interesa un sesudo trabajo de JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA publicado en Buenos Aires y que, lamentablemente, es poco conocido en nuestro medio: *El nuevo Código Penal del Perú (1991)*, aparecido en la revista *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, año 14, núms. 55 y 56, Buenos Aires, 1991, pp. 631 a 655.

El destacadísimo CARLOS RAMOS NÚÑEZ, ex alumno mariano, ha sido incorporado como Miembro de Número a la Academia Peruana de Derecho y a la Academia Nacional de Historia.

El señor profesor CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, integrante de nuestro Comité Científico, es el único jurista español que conforma, desde el presente año, el Comité Consultivo Europeo de Investigación (ERAB); por cierto, ya está en prensa la *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* que dirige el profesor ROMEO y en la que se incluyen estudios de RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ, JUAN RAMÓN LACADENA, MARCELO PALACIOS, VICTORIA CAMPS, EMILIO JOSÉ ARMAZA, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, EDGARDO

ALBERTO DONNA y, entre otros más, LUIZ REGIS PRADO. La tan esperada Enciclopedia, aparecerá bajo el sello Editorial Comares de Granada, España.

Los señores profesores AYAR CHAPARARO GUERRA y NILO BATISTA, de Moquegua y de Río de Janeiro, respectivamente, por acuerdo de Consejo Universitario de mayo del presente año, fueron incorporados como Profesores Honorarios de nuestra superior casa de estudios; el primero de los citados se desempeña como profesor de Derecho penal, Decano del Ilustre Colegio de Abogados y, simultáneamente, como Rector de la Universidad José Carlos Mariátegui; el segundo, amén de catedrático de Derecho penal, junto a los profesores EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, está por publicar el volumen segundo del *Direito Penal Brasileiro* (El primer tomo de la obra de E. R. ZAFFARONI/NILO BATISTA/A. ALAGIA/A. SLOKAR, apareció en Río de Janeiro; la tercera edición corresponde al año 2003).

Necrología

Un fatídico accidente automovilístico cegó la vida de la señora abogada MARÍA JACINTA MOGROVEJO RAMÍREZ (1951-2009), ex alumna de nuestra Facultad y esposa del profesor JOSÉ BUTRÓN FUENTES. La comunidad universitaria, quedó conmovida con el luctuoso suceso.

El próximo 6 de diciembre se cumplirán 2 años desde que se volatilizó ENRIQUE ANGULO PAULET, ex Decano de nuestra Facultad. De este llorado maestro, en algún lugar, encontramos anotado lo siguiente: «Este ilustre arequipeño, cuyo entroncamiento con el prominente PEDRO E. PAULET (1874-1945) tiñe de mayor nobleza su origen, ha desempeñado funciones y cargos de reconocida valía; amén de profesor principal (Catedrático) en las universidades Nacional de San Agustín y Católica de Santa María, tiene en su haber la autoría del libro *Delitos contra el orden económico* (Prólogo de JOSÉ UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Arequipa, 1995, un volumen de 114 pp. + Bibliografía, Índice y Colofón).

La estructura de la obra en cita, es la siguiente: Título I. Economía social de mercado y modelo neoliberal. Programación normativa y grado de realización práctica (pp. 11 a 32).

Título II. Orden económico, Política Criminal y Derecho Penal (pp. 33 a 47). Título III. Estudio dogmático de los delitos contra el orden económico (pp. 49 a 104. Aquí el autor analiza las figuras delictivas contenidas en los artículos 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242 y 243 del Código penal). Título IV. Evaluación Político Criminal y Dogmática (pp. 105 a 109). Título V. Propuestas de reforma (pp. 111 a 114). Bibliografía e índice general.

A lo dicho, acaso importe añadir lo siguiente. Los autores de estas notas, aunque no precisamente en el Curso de Derecho penal, tuvieron la fortuna de ser alumnos del profesor ANGULO y pueden, sin más, advenir las calidades humanas y científicas del mismo. Haberse propuesto abarcar un sin fin de actividades cuando se desempeñó como Decano en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, empero, resquebrajó seriamente su salud; siempre serán dignos de encomio e imitación, sin embargo, el entusiasmo, laboriosidad, decencia, ilusión y entrega que nos legó». (Cfr. JULIO ARMAZA GALDOS/EMILIO JOSÉ ARMAZA, *Digesto de Derecho penal peruano, Fuentes bibliográficas*, volumen 1, Editorial Adrus, Arequipa, 2008, pp. 30 y 31).

VI. MISCELÁNEA

Para la Sección VI de nuestra Revista, qué mejor que la obra del poeta arequipeño BALTASAR H. MORALES; ojalá la disfruten nuestros alumnos y, porque no, todo lector de nuestro flamante órgano de difusión.

AMATORIA FORENSE*

Siguiendo una regla sancionada por la costumbre, tengo de principiar este mi artículo por el principio, si mis bondadosos lectores no disponen otra cosa; y, *ainda mais*, es igualmente forzoso que aquí endilgue, para lo que mas convenga, un introito que me ponga á salvo de interpretaciones antojadizas y *bachillerescas* como aquellas de marras que pasaron, á Dios gracias, como nube de invierno; y el tal prolegómeno, introducción ó cabecilla no es otra cosa que la aseveración solemnísimá que hago, desde luego, de que la esquila que voy á entregar enseguida á la pública lectura, es fiel y exacta traducción de un original ruso venido á mis manos por causas que á nadie importa averiguar; de suerte que si algún hijo, padre ó hermano de vecino tuviera la ocurrencia de darse por aludido en ella, sepa que á tal respecto, tendrá que irse á entender con algún Firsharkoff, Romanwich ú otro animal por el estilo, pues, por lo que á mi toca, me lavo las manos y le hecho el agua á Lynch, quien, según tengo entendido, desempeña en Lima, los

* Entre el piélagó de cartas, fotografías, postales, recortes periodísticos, dos lupas, estampas, calendarios, manuscritos, un retrato en blanco y negro de don MANUEL DE RIVACOBAY RIVACOBAY, elepés, un póster de Pamela Anderson en toples y, por si fuera poco, una lámina con los 14 artículos de la Declaración Universal de los Derechos del Animal, encontramos la obrita del poeta arequipeño BALTASAR H. MORALES (1857-1901) reproducida a continuación. Cabe aclarar, por si interesa a alguno de nuestros lectores, que el hallazgo fue casual, pues el maremagno inaccesible que es la biblioteca de nuestro director, hace imposible toda búsqueda sistemática. (Nota de CLAUDIA L. FLORES FUENTES).

honrosos cargos de ladrón y *cupista*.

Con lo cual y con desear que todos los suscritores y el total de suscriptoras de «El Album» cumplan, en la presente cuaresma, sus deberes religiosos así como tan lindamente llenaron los del carnaval, procedo á copiar la carta prometida.

Mi estimada señorita. Tiempo há que, por ante el fuero común, interpusé formal demanda respecto del valioso y justificado corazón de Ud. y que, corrido el traslado de ley, se sirvió dar á mi amoroso cuanto formal pedido una tramitación conveniente, llenando de esta manera, la más constante aspiración de una alma entregada *in íntegram* al formidable tribunal de sus encantos. Con la conciencia de que mi solicitud caminaba más recta que un tren en la pampa de la Joya, estuve muy lejos de creer que llegara, como ha llegado, el caso de enderezar el procedimiento que, sensible es decirlo, viene extraviándose lamentable y maliciosamente mediante artículos é incidentes que entorpecen el séquito del negocio, alguacilando, apercibiendo y requiriendo cruelmente el alma de este humilde servidor de Ud.

No habrá Ud. seguramente olvidado que nuestra platónica litis llegó al estado de que su simpática mamá se avocase el conocimiento de ella, como que forma el tribunal de segunda instancia, y que, previa audiencia de partes, expidió un auto interlocutorio altamente favorable á mis deseos, sin que en todo el hermoso trayecto del pleito haya presentádose ninguna ejecutoria de tercera persona tendente á contrariar mis pretensiones á las cinco azucenas que penden mas abajo del codo del brazo derecho de la personalidad de Ud.

Empero, y como ya lo dejo dicho y demostrado, resultamos de buenas á primeras que la sustanciación se ha torcido y que Ud. olvidando todos mis recaudos, se ha permitido dar curso libre á varias ejecuciones de mequetrefes que carecen de personería y cada uno de los cuales no ha llegado todavía á ser persona *sui juris*, y á los cuales me reservo el derecho de tachar, retachar y contraatacar por la vía directa que mejor convenga á mi derecho. Y, antes de hacerlo valer, ruego y conjuro á Ud., por aquellos ojuelos más habladores que el Fuero Juzgo, por aquella boca más breve y compendiosa que la Noví-

sima Recopilación y, en fin, por aquella hermosura mayor que la de las Siete Partidas, se desista en breve término, de esas instancias maliciosas é importunas que Dios confunda.

Bien sé que su primo el capitán Traga-balas acelera el curso de una tercería excluyente que interpuso el domingo de carnestolendas; pero el tal capitán que, según el, es un hombre pensador (sin duda porque *piensa* junto con su caballo), necesita, á todas luces, prestar fianza de juzgado y sentenciado para usar de su derecho ante la ejecutoriada belleza de Ud.; y también sospecho que el supradicho oficial no llevará jamás sus insinuaciones al terreno canónico, dichoso fin que yo persigo.

Y, si con tan poderosos razonamientos, Ud. no se muestra más arreglada á derecho, le juro por el título preliminar del Código Civil, que, por cuerda separada entablaré el interdicto *utti possidetis*, y aun quizá llegue al caso de interponer mi recurso de nulidad ante su señor papá (que es la suprema nulidad como á todos es notorio), procediendo, en seguida, á usar de los apremios de coacción que me franquean las leyes.

Sírvase, pues, meditar y desleir, en el lucífero crisol de su inteligencia, estos argumentos de su rendido. *El Licenciado Baca*.

Otrosí: Sírvase Ud. dar por recusada á la cocinera Celestina y subrogarla con el ciudadano que pondrá ésta en sus lindas manos, por convenir así al mejor servicio. *Fecha ut supra*.

Por la traducción,

BALTAZAR H. MORALES

VII. TESTIMONIOS PERSONALES Y ADHESIONES

Me adhiero al oportuno y merecido Homenaje al profesor Luis Velando Puertas. Desde que le conocí en mi primera visita a Arequipa en el otoño de 1998 me causó una profunda impresión por su trato agradable, su amplia cultura y la profundidad de sus conocimientos profesionales. Entonces era Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, y en otro de mis viajes a la Ciudad Blanca, tuve ocasión de saludarle y oír una intervención suya como Decano del Colegio de Abogados de dicha Ciudad.

JOSÉ CEREZO MIR
Catedrático (Jubilado)
Universidad de Zaragoza

Me adhiero gustosamente a la ofrenda académica que se decidió materializar a través del presente volumen de la Revista de nuestra Facultad. Es muchísimo lo que nuestra casa de estudios debe a Lucho Velando: años de entrega, rigor académico y una absoluta vocación.

JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE
Profesor de Contratos Empresariales

Propicia ocasión la presente para dejar testimonio de mi admiración hacia el profesor Luis Velando, con quien comparto la docencia hace casi tres décadas.

HÉCTOR DELGADO CASTRO
Profesor de Derecho civil

Del profesor Luis Velando puedo predicar tres cosas: hombre justo, humano y erudito. Me complace trabajar con él en la Facultad en la que me formé.

CÉSAR FONSECA TAPIA
Profesor de Derecho ambiental

Conocí al profesor Velando cuando se desempeñó como Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, me consta, por ende, que fue uno de los más destacados representantes del foro arequipeño.

MIGUEL GUTIÉRREZ SONCCO
Fiscal Provincial Adjunto en lo Penal

He asistido como oyente libre al dictado del Curso de Introducción al Derecho que imparte el profesor Luis Velando Puertas, mis expectativas como estudiante han quedado cubiertas.

JOSÉ MENDOZA VALDEZ
Alumno en la Facultad de Filosofía
de la Universidad Nacional de San Agustín

Me adhiero al reconocimiento académico que merecidamente se hace al señor profesor Luis Velando Puertas, maestro de muchas generaciones de estudiantes que, como abogados, militan hoy con éxito bajo las órdenes de Themis.

AYAR CHAPARRO GUERRA
Rector de la Universidad
José Carlos Mariátegui de Moquegua

Vayan con las presentes líneas mi enhorabuena por el homenaje y mi reconocimiento a la labor cumplida por el profesor Velando.

OSCAR URBIOLA HANI
Profesor de Derecho tributario

Aprendí a amar mi carrera gracias al cultísimo profesor Luis Velando, considero un gran honor el que se me permita participar en el Homenaje que se le tributa.

MARILIANA CORNEJO SÁNCHEZ
Juez de Familia del Cusco

Son muchos los motivos para agradecer a mi maestro Luis Velando, el principal, por haber sabido inculcarme el amor al estudio.

EMILIO JOSÉ ARMAZA
Investigador de la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano
Universidad de Deusto

Deseo participar en la presente obra jurídica, aunque sea para reconocer que la ofrenda académica a mi profesor Luis Velando Puertas es de lo más justa y merecida.

GABRIELA I. ALCALÁ BLANCO
Ex Jefa de Registros Públicos de Tacna

Conocí al profesor Velando desde la época en que se desempeñaba como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María; lo volví a ver en circunstancias en que dirigía el Colegio de Abogados de Arequipa y en alguna ocasión más; me consta, eso sí, que es un hombre laborioso, ameno, muy profesional y afable.

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA
Catedrático de Derecho penal
de la Universidad del País Vasco

Lo que distingue a Velando es el empeño que pone para que sus alumnos aprendan; es, por otra parte, sumamente exigente.

JULIO CUENTAS CUENTAS
Profesor de Derecho penal de la Universidad
Nacional de Altiplano de Puno

En el Ministerio Público e, incluso, al seguir mis estudios de Post Grado, me han sido de mucha utilidad las enseñanzas que recibí de mi maestro Luis Velando.

HUGO RAMOS HURTADO
Fiscal Superior Titular

Conocí a don Luis Velando Puertas como profesor de Historia Universal en La Salle y luego, afortunadamente, lo volví a encontrar como docente en las aulas de la Facultad de Derecho; siempre claro, siempre ordenado, siempre informado, siempre dispuesto a absolver las inquietudes de los alumnos, como debe proceder en todos los ámbitos educativos un verdadero maestro.

JORGE LUIS SALAS ARENAS
Vocal de la Corte Superior de Justicia
Catedrático de Derecho penal

Es, sin duda, un ineludible honor testimoniar mi admiración y gratitud hacia el buen profesor Luis Velando Puertas, de quien aprendí —entre muchas cosas— el arte de la discrepancia y el ejercicio de la duda constante y sistemática frente a lo establecido como verdad. Sea pues este breve homenaje a su espíritu libertario.

CÉSAR A. BELAN ALVARADO
Licenciado en Derecho

Mis afinidades con Lucho Velando y mi afecto por él —que siempre se han potenciado mutuamente— no han hecho sino confirmarse con los años. Desde los años de Facultad cuan-

do Lucho era flaco y en el basket creía.

JUAN CARLOS VALDIVIA CANO
Profesor de Filosofía del Derecho

Tuve la suerte de conocer a don Luis Velando Puertas al haber sido su alumno; siempre con una sonrisa, lista para ser aprehendida por quienes forjábamos nuestro espíritu para defender las causas humanas en búsqueda de la verdad y la justicia.

MARCO BUSTINZA SIU
Candidato a Magíster en Derecho penal
por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Mi permanencia como docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, sin duda alguna, se debe a mi admirado y querido profesor Luis Velando. En un momento difícil para mí —cuando un profesor del área de Derecho penal amenazó con dejarme sin carga académica, acaso porque *osé* decir en clase que el dolo no podía ser parte de la culpabilidad (como creía él)—, supo Velando mediar y, como Decano, impedir sea literalmente retirado de la docencia.

JULIO ARMAZA GALDOS
Profesor de Derecho penal

Guardo el más grato de los recuerdos por mi querido profesor Luis Velando Puertas; en el ejercicio de la docencia universitaria, me han servido sus enseñanzas.

AMÉRICO CHAPARRO GUERRA
Profesor de Derecho.
Universidad José Carlos Mariátegui
(Oficina Enlace Tacna)

Me adhiero al merecido homenaje público al maestro y abogado Luis Velando Puertas, por su trayectoria académica y profesional.

MIGUEL ÁNGEL LINARES RIVEROS
Notario de Arequipa y docente universitario



Caricatura de Lucho Velando por José L. Alomiá

ÍNDICE DE SUMARIOS

REVISTA DE DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Homenaje a Luis Velando Puertas

Año 4, núm. 4, Septiembre - 2009

SUMARIO

Palabras Preliminares.....	17
El maestro Luis Velando Puertas.....	19

I. DOCTRINA

Kelsen en París: Una ronda en torno al «Modelo Concentrado». DOMINGO GARCÍA BELAUNDE	27
Aborto: Reflexiones jurídicas y éticas en torno al Anteproyecto de Ley español. JUAN RAMÓN LACADENA.....	51
La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos. JOSÉ CEREZO MIR.....	73
En el centenario de la concepción normativa de la culpabilidad. JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA.....	103

Interdisciplinas

El Principio de Precaución como criterio orientador y regulador de la bioseguridad SALVADOR DARÍO BERGEL.....	119
Invitación a la filosofía de Deleuze JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....	147
El Derecho y la felicidad JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE.....	161
El Derecho a decidir (Acercas de la vida ajena) RAMIRO DE VALDIVIA CANO	173

Opinión de nuestros estudiantes

Una huella de vida ROSA MARÍA VELÁSQUEZ ARENAS.....	183
--	-----

II. CLÁSICOS PERUANOS

Investigación de la paternidad ANTONIO MIRÓ QUESADA.....	191
---	-----

III. PROYECTOS Y CÓDIGOS: TRAS LAS HUELLAS DE HAMMURABI

Proyecto de Constitución para la República Peruana MANUEL LORENZO DE VIDAURRE.....	215
---	-----

IV. RECENSIONES

Alejandro Martínez Dhier, «El jurisconsulto granadino Manuel De Seijas (Hernández) Lozano, precursor de la codificación en España» JULIO ARMAZA GALDOS.....	233
Miguel Ángel Osorio, «Juicio por Jurados. Perspectivas actuales e históricas» JORGE LUIS SALAS ARENAS.....	234
David Hidalgo/Diego Fernández Stoll/Daniel Yovera/Cecilia Valenzuela «La muerte se escribe sola. Una historia basada en el crimen de Challapampa». JULIO ARMAZA GALDOS / EMILIO JOSÉ ARMAZA.....	237
Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal EMILIO JOSÉ ARMAZA.....	238
Eduardo Alcocer Povis, «La inclusión del Enemigo en el	

Derecho Penal».
 JULIO ARMAZA GALDOS..... 240

V. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Iniciación del año lectivo 2009..... 251
 Matrícula en la escuela de Derecho..... 251
 Docentes del Programa Académico de Derecho..... 251
 Personal administrativo..... 252
 Conferencias..... 252
 Cursos..... 252
 Publicaciones de nuestros profesores..... 253
 Obras en prensa..... 253
 Información sobre profesores y/o profesionales vin-
 culados con la Facultad..... 254
 Necrología..... 258

VI. MISCELÁNEA

Amatoria Forense
 BALTASAR H. MORALES..... 263

VII. TESTIMONIOS PERSONALES Y ADHESIONES

Testimonios personales..... 269

El núm. 4 de la *Revista de Derecho*, se publicó a cien años de aparecida en Barcelona la *Psicología y antropología criminal* de Luis Gámbara. El centón europeo, según es de recordarse, copió, con puntos y comas incluidos, el *El método positivo en Derecho penal* de Javier Prado y Ugarteche.