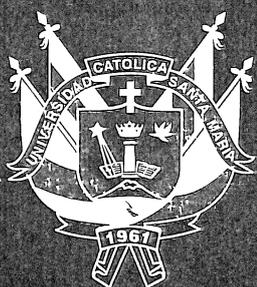


---

# REVISTA DE DERECHO

---

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



---

# REVISTA DE DERECHO

---

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



Hecho el Depósito Legal  
en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009 - 00221

© Imprenta Eligraf E.I.R.L.  
Calle Hipólito Unanue N° 135, Miraflores  
Melgar 104-A  
Teléfono: 289463  
imp\_eligraf@hotmail.com  
Arequipa - Perú

Edición N° 3, 2009 enero

## PRESENTACIÓN

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica Santa María, gracias al apoyo de la Fundación Luis de Taboada Bustamante, en nuevo esfuerzo tiene la satisfacción de presentar el ejemplar No. 3 de **“La Revista de Derecho”**, que reúne artículos, ponencias, comentarios y discursos vinculados a las ciencias jurídicas, preparados por eminentes juristas nacionales y extranjeros, profesores de la Facultad e invitados.

El contenido de la revista, constituye un importante aporte al estudio de las ciencias jurídicas, que, a su vez, contribuye al desarrollo económico, social y político de nuestra sociedad.

El tercer número de La Revista de Derecho que hoy presentamos trata de satisfacer las inquietudes en el campo del derecho, convirtiéndose no sólo en fuente de consulta en las variadas e ilustradas opiniones que contiene, sino en punto de referencia y hasta de controversia en el debate esclarecedor.

La importancia de esta publicación resalta más si la consideramos dentro del contexto de la formación académica y profesional de los estudiantes de la Facultad, de sus egresados, de los abogados y de sus docentes, todos ellos tendrán en la revista un valioso instrumento de consulta.

Este tercer número constituye un nuevo esfuerzo de la Fundación Manuel de Taboada Bustamante que con su aporte hace posible que este ejemplar llegue a las manos de sus lectores: estudiantes, docentes, abogados, magistrados y estudiosos del derecho que han acogido con mucho entusiasmo nuestros números anteriores, por lo que estamos muy agradecidos.

Debo también agradecer y felicitar a los juristas, nacionales y extranjeros, docentes y alumnos que han contribuido, de distintas maneras, para que el tercer número de esta revista pueda estar en sus manos, como instrumento que difunda los valores de la Ciencia del Derecho.

Arequipa, noviembre de 2008

*Dr. Oscar Urviola Hani*  
*Decano de la Facultad de Ciencias*  
*Jurídicas y Políticas*

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

DECANO  
Dr. Oscar Urviola Hani

JEFE DE DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE DERECHO  
Dr. Luis Vargas Fernández

COORDINADOR ACADÉMICO  
Abg. Luis Velando Puertas

COORDINADOR DE CONSULTORIO JURÍDICO  
Abg. Gabriel Torreblanca Lazo

COORDINADOR DEL PROGRAMA SECIGRA DERECHO  
Dr. Jorge Cáceres Arce

CONSEJO DE FACULTAD

DECANO  
Dr. Oscar Urviola Hani

JEFE DEL DEPARTAMENTO ACADÉMICO  
Dr. Luis Vargas Fernández

PROFESORES PRINCIPALES  
Dr. Javier Rodríguez Velarde  
Abg. Luis Velando Puertas  
Dr. Héctor Delgado Castro

PROFESORES ASOCIADOS  
Abg. Gabriel Torreblanca  
Abg. Cesar Fonseca Tapia

PROFESOR AUXILIAR  
Mgter. Julio Armaza Galdos

ALUMNOS  
Ángel Martín Quezada Quezada  
Peter Escobedo Ureta  
Rodolfo Malabrigo Alarcón  
Luis Eduardo Loayza Del Castillo

DOCENTES DEL DEPARTAMENTO  
ACADÉMICO DE CIENCIAS JURÍDICAS

PRINCIPALES

Abg. Luis Velando Puertas  
Dr. Ramiro de Valdivia Cano  
Dr. Javier Rodríguez Velarde  
Mgt. David Dongo Ortega  
Dr. Dante Valdivia Zegarra  
Dr. Oscar Urviola Hani  
Dr. Luis Vargas Fernández  
Mgt. Luis Valenzuela Valencia  
Dr. Héctor Delgado Castro  
Dr. José Butrón Fuentes  
Mgt. Julio Virrueta Revilla

ASOCIADOS

Mgt. Juan Carlos Valdivia Cano  
Mgt. Berly Cano Suárez  
Dr. Marco Falconí Picardo  
Abg. Gabriel Torreblanca Lazo  
Dr. Jorge Luis Cáceres Arce  
Mgt. José Luis Yucra Quispe  
Abg. César Fonseca Tapia  
Abg. José Suárez Zanabria  
Mgt. Alfredo Lovón Sánchez  
Mgt. Mauro Pari Taboada

AUXILIARES

Mgt. Julio Armaza Galdos  
Abg. Fernando Bustamante Zegarra  
Dra. Ana Maria Amado Mendoza  
Abg. Carlos Rodríguez Martínez  
Abg. Guillermo Zavalaga Mariño

CONTRATADOS

Abg. Claudia Pía Chirinos Pacheco de Rivero  
Abg. Juan Agramonte Mostajo  
Abg. James Fernandez Salguero  
Abg. Gerardo Flores Zegarra  
Abg. Carlos Neyra Amat  
Abg. Lourdes Torres Quiroz  
Abg. Vielka Martinez Arrospide  
Abg. Ana Karin Chávez  
Abg. Javier Corzo Caceres

# ÍNDICE

**Presentación**

**Autoridades**

**Docentes**

## **DERECHO CONSTITUCIONAL Y POLÍTICO**

**La teoría del poder constituyente en la obra de Emmanuel Sieyes**  
Omar Sar Suarez 11

**El primero de los artículos de la Constitución Política.  
La perspectiva del compendio de la doctrina católica**  
Ramiro Valdivia Cano 31

**El Sistema de Gobierno Peruano**  
Jorge Luis Cáceres Arce 56

**Reforma del Estado: seguridad jurídica y tributación**  
José Alejandro Suárez Zanabria 69

**El test de ponderación como protección al principio de igualdad  
en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano**  
Jhonny Tupayachi Sotomayor 79

## **DERECHO PENAL**

**Lesiones al feto**  
Julio Armaza Galdos 101

**Magaly Medina: ¿culpable o inocente?**  
Martin Rodríguez Salazar 108

**¿Aborto terapéutico?**  
Manuel Alejandro Ruiz Paredes 114

## **DERECHO CIVIL**

**La influencia del modelo de autonomía en la responsabilidad de  
los profesionales de la medicina**  
Paula E. SiverinoBavio 123

<b>La regulación de las uniones de hecho en España: un panorama desolador</b>	
Jesús Gómez Taboada	151
<b>Las amenazas del matrimonio: entre el dinero y el amor</b>	
Ana María Amado Mendoza	161
<b><u>DERECHO PROCESAL CIVIL</u></b>	
<b>“Limitaciones probatorias en el Código Procesal Civil Peruano”</b>	
José Alfredo Lovón Sánchez	169
<b><u>DERECHO ECONÓMICO Y BANCARIO</u></b>	
<b>Las microfinanzas: mecanismo financiero fundamental para disminuir la pobreza</b>	
Marco Falconí Picardo	192
<b>El análisis económico del derecho</b>	
J. David Espinoza Riega	202
<b><u>DERECHO INTERNACIONAL</u></b>	
<b>Naturaleza jurídica y principios de aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la unión europea</b>	
Gattas Abugattas	224
<b><u>MISCELANIA JURÍDICA</u></b>	
<b>Encuentro con un jurista intempestivo</b>	
Juan Carlos Valdivia Cano	247
<b>“Nota bibliográfica al &lt;Direito penal, Parte geral&gt; de Daniel Andrés Raizman”</b>	
Julio Armaza Galdos	276
<b>Biometría informática: El irisiden, una mirada vigilante</b>	
Ana Karin Chávez	278
<b>Cuadro De Honor</b>	286

# LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE EN LA OBRA DE EMMANUEL SIEYES

LA EXPRESIÓN DE UN RECLAMO POLÍTICO DE CLASE FRENTE AL ABSOLUTISMO

Por: Omar Sar Suarez\*

**SUMARIO:** 1.Introducción. 2.El Tercer Estado. 3.Concepto del Poder Constituyente. 4.Doble consecuencia. 5.Conclusión.

## 1.- INTRODUCCIÓN

La idea de la naturaleza unitaria del Estado atraviesa la evolución política de la antigüedad así como la de la ciencia de aquella época. Siempre fue extraña para los antiguos una separación del estado en gobernantes o gobernados opuestos entre sí y en este punto radica una de las oposiciones más importantes entre aquel Estado y el Medieval.

El Estado de la edad media se encontraba limitado por los fundamentos mismos de su evolución política pero también porque desde la caída del imperio romano de occidente se observa la unidad de la iglesia como en oposición a la variedad de los nuevos estados en formación. La relación entre estado e iglesia ha tenido durante este período el carácter de una exigencia formulada por la segunda para que el primero la obedezca.

La doble oposición, por un lado entre Iglesia y Estado y, por el otro, entre monarca y pueblo, es propia de la Edad Media pero ninguna de ellas existió en Grecia donde ni quería el individuo libertarse de la coacción religiosa (por que una idea análoga al cambio de fe era completamente extraña en la época de la religión natural politeísta) ni el pueblo se oponía al soberano porque él mismo lo era.

Esta limitación y división del estado de la edad media se acentúa porque

\* Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesor Asociado de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Lima y la Academia de la Magistratura.

en los más de los casos la mayor parte del pueblo permanece extraño a la vida del estado. También conduce a esto el hecho de que los que participan activamente en la vida del estado constituyan un círculo mucho más limitado que en el estado antiguo, a pesar de la existencia en éstos de esclavos y clientes.

Durante el “antiguo régimen” los detentadores de la tierra tenían la hegemonía social y política pero la Aristocracia francesa, a diferencia de lo que sucedía con sus pares allende el canal de la Mancha, no estaba instalada en el campo sino que llevaba una vida cortesana.

La vida en Versalles, como es obvio, exigía ingentes cantidades de recursos que la aristocracia francesa no generaba viviendo, como lo hacía, entre pomposidades y manteniéndose ajena a los oficios “viles”, aquellos que generaban la riqueza verdadera de la burguesía en ascenso.<sup>1</sup>

Hacia 1788 la corte de Luis XVI atravesaba una de sus recurrentes crisis de liquidez que conjugada con la crisis política y social que se derivaba de la debilidad cada vez más acentuada del antiguo régimen y el proceso de descomposición del absolutismo generaban una situación de completa inestabilidad que no podrá ser resuelta con el cambio de un ministro por otro.<sup>2</sup>

La única forma de superar la situación sin recurrir a nuevos empréstitos era, naturalmente, exigir mayores impuestos pero no debe perderse de vista que el tema tributario era altamente sensible en aquella época<sup>3</sup>. Sólo quedaban dos caminos la racionalización del gasto o la imposición de impuestos a la tierra, pero como señaláramos ambas hipótesis eran inaceptables para la nobleza porque no podía derivarlos al tercero como había hecho tradicionalmente, sino que la afectaban directamente.

<sup>1</sup> Utilizaremos como base para el presente trabajo la edición española de la obra. Sieyès, Emmanuel, ¿Qué es el Tercer Estado?, Ed. Aguilar, Madrid 1973. El autor destaca sin rodeos la holgazanería propia de la nobleza francesa. Página 13.

<sup>2</sup> Entre 1774 y 1776 el economista Turgot, uno de los ministros más importantes de Luis XVI, intenta llevar a cabo un programa de reformas económicas, que podría resumirse en la frase: "Ni banca rota, ni empréstito, ni aumento de impuestos". Naturalmente que los estados privilegiados se opusieron tenazmente a cualquier tipo de racionalización del gasto público o de impuestos que graven la propiedad de la tierra y forzaron la salida del ministro antes de que una política de tales características sea puesta en práctica.

Para aplacar los ánimos, Luis XVI designó como sucesor de Turgot a Nécker, un banquero ginebrino de sólida fortuna personal y gran reputación como financista. Este obtuvo algunos empréstitos que aliviaron por poco tiempo la situación financiera pues simultáneamente se aumentó el gasto público como consecuencia del apoyo que brindara Francia a los revolucionarios norteamericanos durante la guerra.

Toda vez que los estados privilegiados no deseaban una reforma de fondo provocaron la caída de Nécker el 19 de Mayo de 1781 quien sería nuevamente convocado por Luis XVI en Agosto de 1788 para ser cesado pocos meses más tarde.

<sup>3</sup> De hecho en las colonias inglesas de América, recurriendo a la filosofía de Locke sobre el derecho natural, los colonizadores promoverían una gran revolución al negarse a pagar un impuesto establecido por el parlamento inglés, en el que no estaban representados. Para 1775 la disputa había llegado a una guerra declarada que acabará con su independencia y la posterior sanción de la Constitución.

Ante el pedido Real la aristocracia se resiste e impone al monarca, que se encontraba en tales apremios, la convocatoria a los “Estados Generales” para tratar el tema.

Fue en este contexto, y por presión de la aristocracia, como se ha visto, que Luis XVI se vio obligado a convocar a los Estados generales, o sea a los estamentos del reino cuya decadencia política se iniciara conforme crecía el poder de la corona en los albores de la Edad Moderna y que desaparecieran del juego institucional con el apogeo de la Monarquía absoluta que le permitió a Luis XIV afirmar “L'État c'est moi”.

Este cuerpo que en la teoría resultaba un órgano de asesoramiento para el Rey funcionaba en la práctica como una forma de compulsa de su poder con el de sus Barones como sucede por ejemplo con la Carta Inglesa de 1215. La correlación resultará evidente si se tiene en cuenta que no se los convocaba desde 1614, más de un siglo y medio antes.

Los “estados generales” se componían de tres asambleas que se reunían por separado. El Primer Estado representaba al Alto Clero que en la Francia de la época era sumamente poderoso en virtud de que poseía grandes extensiones territoriales. El Segundo Estado estaba integrado por los representantes de la nobleza y el Tercero o estado llano representaba al resto del pueblo, a la inmensa mayoría de Francia que no se encontraba representada en los anteriores.

Una lectura correcta de los hechos impone concluir que los primeros pasos que conducirán a la Revolución francesa no los señala la burguesía sino la aristocracia aunque más tarde por la fuerza de los hechos y la habilidad política de los representantes del Tercer Estado perderá el control, trocando aquella asamblea, de corte netamente medieval, en una representación pública de tipo moderno con facultades constituyentes.

Tras la convocatoria que se produjo en los últimos meses de 1788 se levantó la censura y en consecuencia vieron la luz en Francia una multitud de escritos que recogían las ideas de la ilustración y estaban destinados, fundamentalmente, a impugnar el orden jurídico – político existente alentando su reforma, ¿Qué es el Tercer Estado?, que apareció hacia Febrero de 1789, se inscribe claramente dentro de esta línea.

De este modo hace su aparición la figura del Abate Emmanuel Joseph Sieyès, quien a pesar de no ser un académico, sino un político con clara vocación

de poder e ideas revolucionarias, destaca sin duda como el miembro más prominente del Comité Constitucional.

Todos sus trabajos se orientan a producir efectos políticos prácticos e inmediatos modificando las condiciones sociales. Lo mismo puede decirse de *¿Qué es el Tercer Estado?*<sup>4</sup> como del proyecto de Constitución republicana que redactó en 1795 o de los planes que en 1799 elaborara a pedido de Napoleón Bonaparte.

## 2.- EL TERCER ESTADO

Cabe preguntarse cuál es la razón para que se produzca un vuelco tan rotundo y definitivo que torne aquella asamblea medieval que como se ha señalado poseía tres órdenes: el de la nobleza, el del clero y el tercer estado en Asamblea Nacional con facultades constituyentes.

El móvil, según nuestro criterio, es tanto político como económico lo primero porque la burguesía (identificada con la nación) aspira a una cuota de poder efectiva y lo segundo porque esa clase burguesa en ascenso busca deshacerse de las trabas que le impone el régimen feudal.

La exclusión política es un crimen para con el Tercer Estado y el monopolio que rompe el "orden natural" tampoco resulta útil a la cosa pública. La ventaja de la libre concurrencia sobre el monopolio es el punto de partida del pensamiento económico liberal y el principio que subyace en la filosofía del autor.

Tal principio que en la ciencia económica fundará la posición librecambista, desborda de su campo y constituye el eje de toda esta concepción que se enmarca en el mecanicismo descrito. Con base en una visión netamente clasista se alegará a favor de los derechos políticos de la burguesía rechazando el monopolio de los cargos públicos que vienen siendo ejercidos, invariablemente, por la nobleza.

En el último orden, correspondiente a los estratos sociales comunes, no privilegiados, ejercía un papel preponderante la "burguesía" y toda vez que en ese entonces se votaba por órdenes y el tercer estado (también denominado

<sup>4</sup> En esta obra queda clara la visión mecanicista del mundo que posee el autor al señalar que "Jamás se comprenderá el mecanismo social si no se toma el partido de analizar una sociedad como una máquina ordinaria...", por este medio podría explicarse lo mismo el organismo vivo que el sistema sideral o la propia sociedad.

estado llano) estaba en desventaja numérica frente a la unión que había a la hora de votar entre la nobleza y el clero, la defensa de los intereses de este sector exigía una reforma que le permita lograr el control de la asamblea parlamentaria.

El Estado llano, aquel que carece de abolengo, desarrollaba las tareas “viles” pero que son en realidad las auténticamente productivas y generadoras de la riqueza que daba lugar al proceso de acumulación primitiva<sup>5</sup>. La burguesía era una clase social crecida en las actividades económicas, al margen de los cuadros oficiales y cuya justificación estaba en la economía y no en el poder representando lo vivo, lo creador, la sociedad frente al Estado.

Locke, en el segundo Tratado del Gobierno Civil<sup>6</sup>, ha demostrado más de lo que se propusiera pues ha esclarecido, según su punto de vista, el origen de la propiedad privada pero su argumento ha terminado justificando también la desigualdad de las posesiones.

Frente a esto Sieyès resalta que resulta imprescindible una igualdad que elimine los privilegios odiosos pero la desigualdad entre los iguales, por el contrario será apreciada con naturalidad y comparada con la talla o el peso.

Como se aprecia casi un Siglo después que Locke nuestro autor realiza una encendida defensa de la burguesía y grafica la situación de la Francia de su época, aunque sin mencionarla, al señalar que “Había un extraño país en donde los ciudadanos que se aprovechaban más de la cosa pública contribuían menos a ella, donde existían impuestos que era vergonzoso soportar y que el legislador mismo tachaba de ser envilecedores. ¿Qué país sino aquel en que el trabajo degrada, donde es honroso consumir y humillante producir, donde las profesiones penosas son llamadas viles, como si pudiera haber otra cosa vil sino el vicio y como si fuera en las clases laboriosas donde hay más de esa vileza, única real?” (Subrayados en el original).

Desde el punto de vista político, el alegato sobre el Tercer Estado defiende los derechos de la burguesía, identificándola con la nación, frente al

<sup>5</sup> Marx describe este proceso al decir que la naciente burguesía europea necesita y emplea la fuerza “...del estado para 'regular' los salarios, es decir, para imponer las limitaciones que favorecen el aumento de las ganancias, alargar la jornada de trabajo y tener al trabajador en el grado normal de dependencia. Este es un elemento esencial de la titulada acumulación primitiva. El descubrimiento de los países de América ricos en oro y plata; el exterminio, el esclavizamiento y el enterramiento de la población nativa en las minas; el principio de la conquista y del saqueo de la India Oriental; la transformación de Africa en un cercado para la caza comercial de los pieles-negras, señalan la aurora de la era capitalista. Esos idílicos procesos son factores culminantes de la acumulación primitiva”. Marx, Karl, El Capital, Libro I, Capítulo XXIV, Ed. Aguilar, Madrid 1931, Página 412.

<sup>6</sup> Locke, John, Ensayo sobre el gobierno civil, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1941.

Estado, es decir, frente a los privilegiados a los que estaba jurídicamente vinculado el aparato institucional del “ancien regime”.

El ataque contra los privilegios apunta en forma primordial contra la nobleza ya que en opinión de Sieyès el clero no es en este sentido un orden sino una profesión encargada de un servicio público donde la que resulta privilegiada no es la persona sino la función. En consecuencia, no habría sino un único orden distinto del pueblo que es la nobleza que constituye una especie de pueblo aparte pero que a falta de órganos útiles no puede existir por sí mismo sino adherido a la nación<sup>7</sup>.

El tema de fondo es qué hacer con los estados generales y como corolario de lo anterior de qué forma debe realizarse la votación. De acuerdo al punto de vista de Sieyès aún cuando los estamentos del reino se reunieran serán incompetentes para decidir nada en relación con la Constitución pues tal derecho sólo puede conferirlo la nación a sus legítimos representantes especialmente apoderados.

Se cae de maduro que la votación por órdenes resultará negativa para el tercer estado y la argumentación contra tal posibilidad es también evidente ya que la voluntad de dos a trescientos mil individuos<sup>8</sup>, conformantes de los dos primeros órdenes, no puede representar más que la de 25 millones de ciudadanos agrupados en el tercero.

Si una voluntad puede valer por diez con el mismo criterio podría decidirse que la voluntad de uno solo será llamada la voluntad de la mayoría y en consecuencia no habría necesidad de estados generales ni de voluntad nacional.

¿Cabría entonces la posibilidad de que se proceda a votar por cabezas, teniendo en cuenta que los representantes de los primeros dos estados sumados alcanzan un número similar al de los del tercero? La respuesta negativa se impone nuevamente en primer y más importante lugar por una razón política, ya que sólo los delegados del tercero representan a la nación. La segunda razón que mueve a oponerse es que la voluntad de una escasa minoría privilegiada no puede poseer una representación idéntica a la de la nación entera.

Hay que comprender ante todo que el fin de una asamblea

<sup>7</sup> Es probable que esta opinión se encuentre en alguna medida influenciada por su pertenencia al clero, aunque debe tenerse perfectamente claro que el Abate es un eclesiástico de un orden menor perfectamente asimilable al estado llano.

<sup>8</sup> El autor calcula en aproximadamente ochenta y cuatro mil los miembros del primer estado y en alrededor de ciento diez mil los integrantes de la nobleza.

representativa nacional no puede ser diferente del que se propondría la nación misma si pudiera reunirse y deliberar en el mismo lugar. Los representantes no son más que mandatarios que se mueven en virtud de la voluntad soberana de la nación que en esta coyuntura política no admite soluciones intermedias o de compromiso, existen sólo dos caminos posibles “abolir o reconocer y legalizar los privilegios inicuos e insociales”<sup>9</sup>.

Sieyès resuelve, además, dos cuestiones fundamentales, la primera ¿Dónde está la nación? A lo que responde que es de toda evidencia que en las 40.000 parroquias que abrazan toda Francia; y la segunda ¿Quién puede convocarla? Puede hacerlo el ejecutivo, sin duda, pero también puede hacerlo ella misma ya que su voluntad es soberana.

De los principios expuestos se deduce que el Tercer Estado no debe concurrir con la nobleza ni con el clero, no debe permanecer con ellos por órdenes y tampoco por cabeza pues los dos primeros estados representan intereses particulares mientras que el tercero representa a la nación, fuente de todo poder.

Claro está que el tercero no podrá formar solo los estados generales. Ante esta perspectiva el autor señala “¡Tanto Mejor!, compondrá una Asamblea nacional” y podemos concluir que si la nobleza y el clero, como parte de Francia<sup>10</sup>, deciden participar tanto mejor pero en caso contrario en nada se altera la representación nacional de los miembros del tercer estado.

No sólo la representación sino la misma existencia de una clase privilegiada es dañosa por el espíritu de cuerpo que genera pero sobre todo por su existencia misma pues cuantos más favores haya recibido en perjuicio de la nación más esencial será eliminarla de la Asamblea nacional sin que puedan resultar electores ni elegidos<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Página 96.

<sup>10</sup> Decimos como parte de Francia porque en la concepción política de Sieyès el interés de cuerpo no puede tener cabida en la Asamblea nacional. El autor señala que es tolerable el interés individual cuya diversidad hace que se confunda con el de la nación que, a su vez, es el interés por el que un hombre se pone de acuerdo con todos sus coasociados. Esta exigencia del orden social fue recogida por ejemplo en el dictamen de la Ley Chapelier del 14 de Junio de 1791 que estableció la libertad de trabajo y prohibió a los obreros asociarse para la defensa de sus intereses. Allí se sostiene que “No hay corporaciones en el Estado, no hay sino el interés particular de cada individuo y el interés general”. En este contexto no puede sorprender que el derecho de asociación sea una de las libertades que más tardíamente se incorporaran al derecho constitucional.

<sup>11</sup> Este punto de vista le lleva a afirmar “¡Qué cómodo sería prescindir de los privilegiados!, ¡Qué difícil será llevarlos a ser ciudadanos!”. Página 96. Revistiendo el carácter de privilegiados se han convertido en enemigos del interés común y es precisamente por ello que no pueden estar encargados de proveer a él pero añade que aquellos “son dueños de reingresar cuando quieran en el orden social” recuperando, se entiende, los derechos políticos de los que se habían excluido voluntariamente.

Resulta políticamente indispensable que la Asamblea representativa se constituya sobre un plano que no permita la formación de un espíritu de cuerpo que acabe degenerando en aristocracia, en consecuencia el cuerpo de representantes debe ser renovado por terceras partes todos los años sin que exista la posibilidad de reelección inmediata, medidas que favorecen además la posibilidad de que el mayor número de ciudadanos tome parte en la cosa pública.

### 3.- CONCEPTO DEL PODER CONSTITUYENTE

Sieyès se propuso demostrar que para darse una constitución, la nación (que como señaláramos supra aparece en su obra completamente identificada con la burguesía) tenía que tomar la decisión mediante la reunión de representantes extraordinarios especialmente delegados para expresar la voluntad nacional.

El poder constituyente encuentra su elaboración teórica con el pensamiento revolucionario francés aún cuando existen antecedentes en Rousseau y Montesquieu. Para el primero el contrato social se da con "la enajenación total de cada sociedad con todos sus derechos a la comunidad entera"<sup>12</sup>, la cual, a su vez, le permite salir del estado de naturaleza, crear la sociedad política que se manifestará a través de la voluntad general, de lo cual se desprende la soberanía popular al señalar que toda ley en la que el pueblo no ha participado es nula, con ello afirma la necesidad de referéndum. Para Rousseau, el pueblo no puede transmitir ni delegar su soberanía y no hay nadie que exprese la voluntad general en su representación.

Frente a esa posición, Sieyès hace de la representación la base de toda la organización política y el mejor sistema de gobierno, la soberanía nacional, sólo puede expresarse por medio de representantes. De este modo aparecen dos concepciones diferenciadas respecto de la soberanía: la nacional para Sieyès y la popular para Rousseau, quien establece la imprescriptibilidad de la soberanía popular al señalar que la única fuente legítima de poder reside en la voluntad general.

A diferencia de Bodin, que atribuye la soberanía al príncipe, Sieyès la otorga a la nación que se encuentra colocada "supra leges" y resulta "legibus

<sup>12</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Sexta Edición, Ed. Heliasta, Buenos Aires 1984.

<sup>13</sup> Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1978, Página 21.

solutus", dado que la nación "existe ante todo y es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal; es la ley misma"<sup>14</sup>.

Partiendo de este punto de vista, el autor sostiene que "Si carecemos de Constitución hay que hacer una y sólo la nación tiene derecho a ello" pero cabría preguntarse que forma debería tener esta. La respuesta es evidente pues si como dijéramos la nación existe ante todo y es el origen de todo la consecuencia es que su voluntad es siempre legal, es la ley misma, y por lo tanto la Constitución debe adoptar la forma que la nación decida.

Ello presupone una libertad absoluta de la nación y Sieyès así lo postula al sostener que "En toda nación libre, y toda nación debe serlo, no hay sino una manera de terminar con las diferencias que se produzcan con respecto a la Constitución. No es a notables a quien hay que recurrir: es a la nación misma".

La libertad nacional aparece como idéntica a la libertad individual y cuando afirma tal cosa, ofrece ya, dentro de una concepción democrática, la fórmula que habrá de elevarse más tarde contra el liberalismo, al acentuar el aspecto popular y colectivo de la libertad en detrimento del individualismo.

Como veremos más adelante por encima de esta voluntad general sólo existe el derecho natural que es el que guía la formación de la nación pues sería absurdo suponer a ésta limitada por las formalidades o por la Constitución a la que ha sujetado a sus mandatarios.

La voluntad nacional es origen de toda legalidad pero la legitimidad vendría dada por la adecuación de la realidad de esta voluntad a las normas del derecho natural.

Todo ello conduce a elaborar la teoría del Poder Constituyente, a fin de establecer a quien pertenece y cuales son las condiciones de su ejercicio. El autor señala tres etapas en la formación de un estado:

1. En la primera los individuos viven aislados en un estado de naturaleza racionalmente concebido pero poseen voluntad de reunirse y por este solo hecho pasan a formar una nación pero en la que las voluntades siguen siendo individuales.

Como se aprecia la nación, en su fase formativa, se encuentra regida por el derecho natural, en ella reside el Poder Constituyente en

<sup>14</sup> Página 69.

forma indiscutible e inalienable y por lo tanto resulta obvio que la Constitución que aparecerá más adelante no puede destruir a la nación pues esta se funda en una ley anterior y superior a aquella.

2. En la segunda la nación, lleva adelante la decisión de actuar, pero lo hace en ejercicio de una voluntad común<sup>15</sup> y los asociados convienen en cuales son las necesidades públicas y los medios para proveerlas. El poder ya pertenece al conjunto y es en este momento que nace la constitución.
3. En la tercera los asociados, que forman un grupo excesivamente numeroso y están dispersos en una superficie tan extensa<sup>16</sup> que no les permite ejercitar por sí mismos su voluntad común, exigen la aparición del gobierno, ejercido por representantes de la nación. A esta altura ya no actúa la voluntad real sino una voluntad común representativa<sup>17</sup>.

En resumen, en la primera época aparece la nación con todos sus derechos, en la segunda los ejerce y en la tercera, ante la imposibilidad de la reunión colectiva, aparecen sus representantes tomando las medidas necesarias para la conservación y el buen orden de la comunidad.

El mito de la nación así formada servirá para justificar la identidad entre esta y el tercer estado del mismo modo que la idea de representación justificará el acceso al poder de los líderes de la burguesía.

En la práctica parece evidente que el tercer estado exige bastante más que llegar a ser algo, toda vez que es mayoría y sostiene con su actividad productiva la estructura estatal, pide en realidad hacer sentir su peso y ello implica que exige llegar a ser todo, llegar al poder.

#### 4.- DOBLE CONSECUENCIA

Como consecuencia de lo expuesto surge la posibilidad de establecer una doble diferenciación, la que existe entre el Poder Constituyente originario y

<sup>15</sup> Esta unidad de la voluntad presenta un paralelo con la idea de la voluntad general que expusiera Rousseau pero se diferencia de aquella ya que en el "Contrato Social" el pueblo es titular de la soberanía y dueño de un poder que no puede ser delegado.

<sup>16</sup> Téngase presente que a fines del Siglo XVIII Francia ya contaba con una cantidad de habitantes semejante a la que puebla hoy nuestro territorio.

<sup>17</sup> Como puede apreciarse la voluntad aparece generando el poder pero este concepto tan ligado al de razón en Rousseau parece desprenderse de aquella vinculación y queda delineado como un puro querer.

el derivado mientras que por otro lado encontramos una distinción entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos.

El Poder Constituyente Originario, no se encuentra sujeto a constitución alguna, pues la nación existe ante todo y es el origen de todo sin otro límite que el que le impone el derecho natural.

El derecho natural aparece como el único freno que se reconoce en el pensamiento de Sieyès a la omnipotencia de la voluntad nacional que, debemos destacar, es precisamente el mismo freno reconocido por la doctrina de la monarquía absoluta a la voluntad soberana del príncipe<sup>18</sup>.

Por supuesto que la eficacia con la que actúe este derecho natural cuya existencia se reconoce dependerá de la convicción que se tenga acerca de la validez de sus normas y aún acerca de su existencia misma.

El poder constituyente originario es una facultad de acción que atribuye la nación a algunos representantes específicamente apoderados a fin de proveerse de manera autónoma de una organización política – jurídica a través del dictado de la Constitución.

Este poder constituyente originario se justifica por sí mismo, su potestad es prejurídica y suprema frente al derecho. Tal autoridad entraña el ejercicio de la más alta manifestación de acciones políticas de una comunidad consciente de su personalidad histórica, y es la suprema expresión de la voluntad nacional premunida de idoneidad creadora para forjar un nuevo orden jurídico.

El poder constituyente originario pertenece a la “etapa de la primigeneidad” y su estudio pertenece al campo de la ciencia política, la filosofía y la sociología pues se trata de una noción metajurídica, que está más allá de toda competencia. Por eso mismo no es creada por el derecho.

Frente al anterior encontramos el Poder Constituyente derivado, o sea el poder de reforma. La presencia de un poder constituyente derivado o constituido supone siempre una competencia, es decir, la facultad legal para otorgar o confirmar actos jurídicos. Su naturaleza, extensión, modalidades de ejercicio, etcétera, se encuentran determinadas por una regla anterior de modo tal que dicho poder se liga armoniosamente con el derecho.

<sup>18</sup> En doctrina se han planteado una serie de toques al ejercicio de este poder constituyente originario, al respecto puede verse Sagüés, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, 3ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires 2001.

Este poder solo actúa dentro de la esfera que le ha sido circunscrita por el poder constituyente originario. La actividad del poder constituyente derivado o constituido se expresa en la reforma de la Constitución. La Reforma Constitucional se entiende como aquella facultad extraordinaria destinada a promover la revisión y enmienda del texto fundamental establecido por el poder constituyente originario. Tal proceso de reforma se lleva a cabo con los textos constitucionales escritos, e implica un conjunto de solemnidades que deben cumplirse para los efectos de sustraer la revisión y enmienda del mecanismo común u ordinario de la legislación infraconstitucional.

Los dos grandes sistemas que hicieron acto de presencia en el siglo XVIII, el norteamericano y el francés, coinciden en la manera en que se elevaron y pusieron en vigor las constituciones de aquellos pueblos, por lo cual los constituyentes confiaron a un órgano distinto de los poderes estatales o al poder legislativo, a través de un procedimiento especial, la reforma de los textos constitucionales.

En el siglo XIX la Constitución Suiza respetó la forma de su nacimiento y ordenó que toda reforma constitucional se sometiera a la votación de los ciudadanos por la vía del referéndum. Así, nos encontramos ante dos sistemas de actuación del poder reformador: como un cuerpo representativo o como un órgano que proyecta y cuyo producto debe ser sometido a la consideración del pueblo soberano.

#### **a) El sistema norteamericano**

Se ha sostenido que en este sistema la reforma de la constitución más que un auténtico instrumento de adaptación del texto a la realidad, es un instrumento de reconocimiento constitucional retardado de los progresos que ya se han producido en la sociedad, es decir en un terreno infraconstitucional.

Sin embargo, creemos que sería más exacto plantear la cuestión en los términos inversos: ha sido el control de constitucionalidad de la ley a través del Poder Judicial<sup>19</sup> lo que ha posibilitado colocar en un muy segundo plano el tema de la reforma de la Constitución sin detenerse en las dificultades del Artículo V<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Este tipo de control es introducido por James Marshall en el leading case *Marbury vs. Madison* del 24 de Febrero de 1803.

<sup>20</sup> La norma establece que "Toda vez que las dos terceras partes de ambas cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución o, a solicitud de las Legislaturas de dos tercios de los diversos estados, convocará una Convención para que se propongan las enmiendas las cuales en cualquiera de los casos serán válidas para todos los fines y propósitos como parte de esta Constitución cuando sean ratificados por las legislaturas de las tres cuartas partes de los distintos estados o por convenciones en las tres cuartas partes de los mismos..."

ni violar su letra como sucede en nuestro medio. Dicho en otras palabras, no es el contenido del referido Artículo lo que ha conducido al desarrollo de la Constitución por la vía de la interpretación judicial, sino que ha sido la imposición en la práctica de la interpretación judicial la que ha minimizado y hecho soportables las dificultades del procedimiento de reforma.

La Constitución norteamericana en el citado Artículo V prevé cuatro vías para introducir enmiendas:

1. El Congreso con el voto de las dos terceras partes de ambas cámaras propone las enmiendas que deben ser ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los estados.
2. El Congreso con el voto de las dos terceras partes de ambas cámaras propone las enmiendas que deben ser ratificadas por convenciones realizadas en tres cuartas partes de los estados.
3. A solicitud de las legislaturas de las tres cuartas partes de los estados el Congreso convocará a una convención que propondrá las enmiendas que deben ser ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los estados.
4. A solicitud de las legislaturas de las tres cuartas partes de los estados el Congreso convocará a una convención que propondrá las enmiendas que deben ser ratificadas por convenciones realizadas en tres cuartas partes de los estados.

De las alternativas que ofrece la norma la tercera y la cuarta, que debe tenerse presente son las que prevén encargar la elaboración de la enmienda a una Convención Constituyente, por su escasa factibilidad se encuentran inéditas, la segunda ha sido utilizada en una sola ocasión<sup>21</sup> y sólo la primera es la que en la práctica se ha utilizado para introducir todo el resto de las enmiendas en la Constitución siendo justamente la que resulta más sencilla<sup>22</sup>.

Como se observa el procedimiento que en la casi totalidad de las

<sup>21</sup> Todas las enmiendas salvo la 21ª fueron ratificadas por legislaturas de los estados y sólo ésta, que deroga la 18ª enmienda que establecía la "Ley seca", lo fue por convenciones estatales.

<sup>22</sup> El Congreso ha considerado más de siete mil enmiendas pero ha aprobado sólo 33 y las ha sometido a los estados. De estas sólo 26 han sido ratificadas. La Constitución no establece un límite de tiempo para que los estados ratifiquen una enmienda propuesta; sin embargo los tribunales han dictaminado que las enmiendas deben ser ratificadas en un "plazo razonable" y que el Congreso debe decidir lo que se entiende por tal. Desde principios del Siglo XX la mayoría de las enmiendas propuestas han incluido el requisito de que la ratificación de rigor ha de obtenerse dentro del plazo de siete años".

ocasiones se ha utilizado para introducir “enmiendas” en la Constitución americana se caracteriza por la intervención combinada, con mayorías muy cualificadas, de los poderes legislativos “constituidos” de la Federación y los Estados locales sin recurrir a un órgano ad hoc.

La Reforma Constitucional es, entonces, en este sistema, una garantía extraordinaria de la Constitución a la que se recurre cuando la garantía ordinaria, la justicia constitucional no alcanza a resolver el problema. Pero a pesar de lo expuesto su existencia sigue teniendo sentido ya que preserva el compromiso subyacente al pacto constitucional de cualquier abuso por parte de una eventual mayoría parlamentaria futura, pero no puede tenerlo como instrumento de adaptación diaria y normal del texto constitucional a la realidad. Para ello es un instrumento demasiado poco ágil, independientemente de la configuración que se le asigne, ya sea que se la planteen tan compleja como en el Artículo V o de un modo más simplificado.

#### **b) El sistema francés**

En la Constitución de 1791 su artículo primero señalaba que "la Asamblea Nacional Constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución". El párrafo resalta que la potestad de reforma de la constitución forma parte de las atribuciones de la soberanía.

Más tarde la Constitución de 1793 dejará establecida la soberanía popular consagrando el derecho del pueblo a transformar las instituciones sociales cuando éstas no estuvieran a su servicio.

El modelo Francés es más conflictivo que el anterior. Se sostiene en doctrina que Sieyès complicó enormemente las cosas pues el poder constituyente, y en consecuencia el poder de reforma, se lo arrebató al pueblo y lo entregó a sus representantes<sup>23</sup>, además las reformas podrían ser totales y barrer

<sup>23</sup> En nuestra opinión la representación política de todo el pueblo por parte de los congresistas, ordinarios o constituyentes, da igual al efecto, es materialmente imposible pues se puede concebir al mandato de una persona, de un grupo de ellas o incluso de una persona jurídica, pero en cualquier caso para que éste sea posible debe existir un interés concreto en común. De lo expuesto surge con claridad que de ninguna manera se puede representar a un conglomerado heterogéneo y con intereses dispares y como regla contrapuestos como ocurre en el caso del pueblo. Desde nuestro punto de vista lo que se escoge mediante elecciones es, en realidad, a los funcionarios que han de poner en movimiento la maquinaria estatal. Se decide que línea de acción política es la observada por la mayoría como la más conveniente de todas las que se proponen mediante los planes de gobierno y cuales son los hombres más adecuados para llevarlos a cabo, pero creemos que no se puede hablar de que estos ejecutores sean representantes de la colectividad. Un amplio desarrollo de este punto de vista puede verse nuestro trabajo “El lugar de la Democracia a la luz de la Teoría del Estado”, Ed. Universidad de San Martín de Porres, en prensa donde recogemos, entre otras, la opinión concordante de Bidart Campos, Germán, Lecciones Elementales de Política, Quinta Edición, Ed. Ediar, Buenos Aires 1991. Debe tenerse presente que los representantes de los que habla Sieyès lo son de la Nación pero ello no obsta que mantengamos la observación formulada pues ésta, a nuestro criterio, no es susceptible de representación por tratarse de un concepto sociológico.

el texto mismo de la Constitución.

Las constituciones europeas revolucionarias, y particularmente la francesa promovida por Sieyès, preveían unos sistemas de reforma tan sumamente desconectados del funcionamiento regular de los poderes constituidos que resultaba casi absolutamente imposible ponerlos en movimiento. Las cláusulas de reforma estaban pensadas con la única finalidad de imposibilitar el proceso.

Por ejemplo, la constitución francesa de 1791 distinguía entre reforma total (Changément) y reforma parcial (Revisión), pero con la peculiaridad de que la reforma total se preveía en abstracto sin organizarla constitucionalmente con lo cual era como si no existiera en la práctica, quedando reducida la posible operación de reforma a una simple revisión parcial del texto, que valgan verdades también era muy dificultosa de conseguir<sup>24</sup>.

Se aprecia que el constituyente observa con gran desconfianza al Rey (impidiéndole ejercer el veto), lo cual resulta absolutamente lógico si se tiene en cuenta la coyuntura de aquel momento histórico, pero también recela del pueblo (estableciendo las complejas vallas que se reseñaran<sup>25</sup>) a pesar de que se le reconoce, como principio el derecho a cambiar o reformar la Constitución.

En segundo término, surge la diferenciación entre el poder constituyente propio de la comunidad que no se despoja del derecho de querer, manteniéndolo como su propiedad inalienable y los poderes constituidos que se encuentran sujetos a las condiciones y límites que le impone la constitución ya que no puede alterar los límites del poder que le ha sido confiado que no es ilimitado y que no es ejercido a título propio sino como comisionado de la voluntad común.

<sup>24</sup> En el Artículo 1 del Título VII se define a esta revisión como la “reforma de aquellos artículos respecto de los cuales la experiencia habría puesto de manifiesto los inconvenientes”. Para llevar a cabo tal proceso se requería la aprobación de la iniciativa en tres legislaturas, teniendo que abstenerse las dos siguientes debiendo retomar el tema tres nuevas legislaturas, es decir que debían participar por acción u omisión ocho legislaturas. Los decretos adoptados por la cámara estarían sometidos a las mismas formas que los actos legislativos pero no estarían sujetos a la sanción regia excluyendo de este modo el derecho de veto por parte del monarca. Una vez alcanzado lo anterior debería elegirse el cuerpo que va a llevar a cabo el proceso que no podría contar entre sus miembros a los diputados de la legislatura inmediatamente precedente. Por último debemos destacar que esta asamblea tendrá facultades limitadas a las materias que se determinaron en la ley que declara la necesidad de la reforma pues de acuerdo al Artículo 7 del Título VII ya que los representantes “después de haber pronunciado juntos el juramento de vivir libres o morir” debían prestar además el juramento de “limitarse a decidir sobre las materias que les habrían sido sometidas por el voto de las tres legislaturas precedentes”.

<sup>25</sup> En el discurso preliminar a la Constitución de 1812, que adopta el sistema francés, se expresa con claridad meridiana esta desconfianza al sostener que la cautela “se fundamenta en el conocimiento del corazón humano... Es necesario dar tiempo a que se calme la agitación de las pasiones y se debiliten los esfuerzos de los que se resisten”.

Al respecto, señala que la Constitución como ley fundamental (en el sentido de que los cuerpos que existen y actúan por ella no pueden tocarla) "... no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación".

La Constitución es la norma que organiza, da forma e impone mandatos a las autoridades representativas. Esto es aplicable al gobierno (que es concebido como un procurador de la voluntad común de la nación) y por supuesto también a todas las partes que lo componen.

Lo dicho alcanza, desde ya, a los representantes a quienes se le confía el poder legislativo; el ejercicio de la voluntad común. La diferenciación que venimos apuntando entre el poder constituyente y el constituido desemboca en una de sus más delicadas consecuencias: la de distinguir entre las asambleas constituyentes y los parlamentos ordinarios.

Las primeras son aquellas dotadas de una voluntad representativa especial mientras que los últimos son un órgano político creado por la Constitución que se encuentra sometido a sus mandatos y cuya existencia legítima depende de que se mantenga en esa relación de sometimiento.

Con base en esta diferenciación la Teoría del Derecho Constitucional establecerá una diferenciación entre constituciones rígidas y flexibles, donde estas últimas pueden ser modificadas (a la manera inglesa) por el órgano legislativo ordinario, esto es por acto de las instituciones constituidas. Las primeras en cambio exigen la reunión de una asamblea cuyos representantes se encuentren especialmente apoderados.

A esta diferencia entre poder constituyente y constituido se adiciona el deber de que los órganos políticos creados por la Constitución no actúen de un modo que pueda resultar nocivo para sus comitentes. Se insinúa de este modo el principio de legalidad que conduce al estado de derecho pues si el representante no puede obrar en perjuicio de la nación por imperativo constitucional es evidente que su poder se encuentra subordinado a ella.

## 5.- CONCLUSION

La obra es un genial alegato mucho más político que jurídico, a la inversa de lo que sucede con Montesquieu, por ejemplo, que realiza un hallazgo

institucional (la división de poderes) para luego pasar a su aplicación política. En Sieyès, en cambio, se marcha en sentido inverso, es decir del reclamo político a la justificación teórica.

Como ya se sostuviera los representantes más esclarecidos de la burguesía encabezan un reclamo de clase. El estado llano, aquellos que sostienen mediante los trabajos “viles” al estado no pueden ni quieren seguir siendo nada y exigen llegar a ser algo, a ser poder, pero un poder legitimado. Si se suprime el orden privilegiado la nación no sería menos en nada, más bien pasaría a ser un todo libre y floreciente.

La gran fuerza revolucionaria de la burguesía, el principio de su energía moral, radica en su convicción de ser ella misma idéntica a la nación y esta conciencia de totalidad es, en efecto, lo que presta al poder político su justificación ética sin la que el poder deviene en mera legalidad vacía de toda sustancia y susceptible de ser arrasado por los incontenibles vientos de cambio.

Pretender introducir una hoja de papel a guisa de segunda escritura entre Dios y el trono del monarca absoluto que recibía de Aquel la totalidad del poder<sup>26</sup> era un paso verdaderamente revolucionario.

La distancia que media entre la teoría del origen divino del poder de los reyes que desarrollara Sir Robert Filmer en “Patriarca”<sup>27</sup> y la del poder constituyente del pueblo ejercido en la práctica por representantes especialmente apoderados es de una enorme trascendencia.

Evidentemente, la noción de Poder Constituyente desarrollada no es neutra frente a las reglas de organización de la vida política. Por el contrario, asume una posición democrática de principio y por consiguiente tanto el texto normativo como el acto originario de su aprobación suponen de una u otra forma un ejercicio democrático.

Con la Constitución se intenta fijar las reglas a las que debe someterse el ejercicio del poder. El contenido revolucionario de una idea de esta naturaleza resulta evidente si se tiene en cuenta que se enfrentaba un poder completamente desligado no sólo de reglas sino también de limitaciones.

Por supuesto, que el contenido de cada Constitución reflejará la

<sup>26</sup> Adaptación de la célebre frase de Federico de Prusia.

<sup>27</sup> Filmer, Robert, Patriarca, en La polémica Filmer – Locke sobre la obediencia política, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1966.

correlación de fuerzas propia de la época y cuanto más se acerque a esa realidad mayor será la legitimidad que posea.

Además, el hecho de que la masa insurrecta quemara los títulos feudales y que los derechos que representaban fuesen abolidos pocos días más tarde era una transformación radical que no sólo arrasó a la aristocracia francesa sino que representaba además una amenaza para sus pares de toda Europa que vieron encenderse la chispa que acabará haciendo volar el polvorín sobre el que estaban sentados.

Sieyès es perfectamente consciente de la enorme magnitud del cambio que propugna al señalar que la verdad más útil de publicar no es aquella de la que se está bastante cerca ni la que se está a punto de coger sino las locas quimeras que comienzan por ser mal recibidas para luego ir, poco a poco, recibiendo acogida. El mundo, señala el autor, no habría progresado “si no hubieran consentido algunos escritores en pasar por locos”.

Con un criterio moderno, podría criticarse su noción de que el poder constituyente de la nación lo pueda todo en ejercicio de su soberanía ya que por ejemplo ninguna sociedad podría organizarse ignorando el respeto a los Derechos Humanos universalmente reconocidos<sup>28</sup>. Pero esta observación en ninguna forma puede empañar la gran trascendencia política de la teoría desarrollada.

En *¿Qué es el Tercer Estado?* se reconoce que Inglaterra tiene con relación a Francia dos ventajas, la más importante que posee una constitución (por imperfecta que sea) y la segunda el juicio por jurados donde el individuo es juzgado por sus iguales poniéndolo al abrigo de las órdenes ilegales del príncipe absoluto.

Sin embargo el autor se niega a copiar lisa y llanamente ese modelo al señalar que “Los ingleses no estuvieron por debajo de las luces de su tiempo; no permanezcamos por debajo de las luces del nuestro”<sup>29</sup>.

Lo que se está diciendo es que resulta indispensable introducir las ideas de la ilustración a un contexto distinto ya que luego de la Revolución gloriosa que se llevara a cabo un siglo antes en Inglaterra el poder del parlamento salió

<sup>28</sup> A nuestro criterio ni la nación ni el poder constituyente son soberanos toda vez que entendemos a la soberanía como una cualidad del elemento poder del Estado y en consecuencia antes de que este exista no puede hablarse de soberanía.

<sup>29</sup> Página 67.

evidentemente fortalecido en detrimento del poder absoluto del monarca, un evento absolutamente sin par en Francia hasta fines del Siglo XVIII.

El autor advierte también que la pertenencia a la Cámara de los Lores está vinculada con el nacimiento y la primogenitura lo que representa un homenaje al feudalismo propio de la época en la que se dio aquella revolución, por lo que a pesar de que no se constituye en un orden distinto al de la nación ningún cuerpo de esta naturaleza podía resultar admisible<sup>30</sup>.

Paralelamente, existe una diferencia sustancial entre las libertades medievales, fundadas en el sistema jurídico del privilegio e idénticas a “fueros” o “prerrogativas” de la libertad política que comienza a forjarse a partir de este momento que se encuentra fundada en la dignidad de la persona.

La exigencia de los nobles forzó a Luis XVI a convocar a los estados generales y ambos perdieron el control de la situación que desembocaría, en un brevísimo plazo, en la Revolución francesa. Del mismo modo Sieyès y los girondinos perderían el control de la asamblea que iría a parar a manos de los Jacobinos radicales pasando de la monarquía declarada el 22 de Septiembre de 1789 a la república cuya indivisibilidad declararían la asamblea apenas tres años después.

La Revolución Francesa no tardó en reprimir los afanes democratistas que despertara y ello precisamente porque la burguesía se apoya sobre el pueblo para alcanzar el poder pero se volverá en su contra para mantenerse en él.

Como ya se señalara el propio Sieyès será quien colabore en la elaboración de los esquemas que conducirán a Napoleón al poder y más tarde a la restauración monárquica desde 1814 restringiendo severamente el derecho a elegir y mucho más el derecho a ser elegido.

Aparecerá en este contexto el voto censitario que defenderá Benjamín Constant bajo el supuesto de que sólo una cuota importante de propiedad puede garantizar al hombre un tiempo libre indispensable para ilustrarse y en consecuencia ejercer adecuadamente los derechos políticos.

Más tarde y en virtud de las luchas del pueblo en defensa de su derecho a la participación política tiende a evolucionar la concepción democrática hacia

<sup>30</sup> Al respecto sostiene que “Su cámara alta se resiente con evidencia de la época de la revolución. Hemos ya observado que apenas si podía mirársela más que como un monumento de superstición gótica”. Página 64.

formas más desarrolladas y diversificadas de participación que exceden el mero derecho al sufragio cuyo ejercicio se generalizó entre nosotros hace poco más de dos décadas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- BIDART CAMPOS, GERMÁN, Lecciones Elementales de Política, Ed. Ediar, Quinta Edición, Buenos Aires 1991.
- FILMER, ROBERT, Patriarca, en La polémica Filmer – Locke sobre la obediencia política, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1966.
- LOCKE, JOHN, Ensayo sobre el gobierno civil, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1941.
- MARX, KARL, El Capital, Libro I, Capítulo XXIV, Ed. Aguilar, Madrid 1931.
- MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, Sexta Edición, Ed. Heliasta, Buenos Aires 1984.
- ROUSSEAU, JUAN JACOBO, El contrato social, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1978.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, Elementos de derecho constitucional, Tercera Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires 2001
- SIEYÈS, EMMANUEL, ¿Qué es el Tercer Estado?, Ed. Aguilar, Madrid 1973.

# EL PRIMERO DE LOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. LA PERSPECTIVA DEL COMPENDIO DE LA DOCTRINA CATÓLICA<sup>1</sup>

Por: Ramiro Valdivia Cano\*

*“Es social todo pecado cometido contra la justicia en las relaciones entre persona y persona, entre la persona y la comunidad, y entre la comunidad y la persona...” (Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. 117)*

**SUMARIO:** Introducción. I.El Principio Personalista en la Constitución Política. II.La persona humana « Imago Dei ». a) Invocando a Dios todopoderoso. b) El drama de la injusticia. c) Universalidad de la injusticia. III.La persona humana y sus múltiples dimensiones. a) La unidad de la persona. b) Apertura a la trascendencia y unicidad de la persona. c) La libertad de la persona. IV.Los derechos humanos. a) El valor de los derechos humanos. b) La especificación de los derechos. c) Derechos y deberes. d) Derechos de los pueblos y de las Naciones. e) Colmar la distancia entre la letra y el espíritu

## INTRODUCCIÓN

La Universidad Católica (UC) se sabe portadora de un mensaje de bondad y sabiduría auténticas. Esta convicción junto al innato deseo de conocer la verdad constituyen el contexto de la búsqueda del significado de la vida y de la historia. De allí se sigue su deber educativo de proclamar la Buena Noticia y su pasión por la búsqueda de la verdad. Frente a los conflictos, confusión y fragmentación del conocimiento, la UC se fundamenta en la unidad de la verdad y en el servicio a la dignidad de la persona y a la comunidad. La UC es un

\* Profesor Principal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM.

<sup>1</sup> Fuente: PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. Copyright 2005.- Librería Editrice Vaticana. [www.libreriaeditricevaticana.com](http://www.libreriaeditricevaticana.com) © Conferencia Episcopal Peruana.- © Asociación Hijos de San Pablo.- Av. El Santuario 1800- Mangamarca. San Juan de Lurigancho. Lima, Perú.

instrumento de esperanza.

¿Para qué fundó Padre Morris la UCSM? La respuesta está explícita en la Declaración publicada por la comunidad Marianista en la víspera de su aniversario Nº 47. Ésta señala su posición respecto de la moderna "crisis de verdad." Ante el desarrollo de las normas del Código Penal, contrarias al Derecho a la Vida, la Declaración reivindica la diakonía (servicio) de la verdad que compete a la UC. En la formación universitaria católica, la verdad -más que un almacén de datos fácticos- es creativa "performativa" (Spe salvi, 2). En su ámbito, los educadores pueden liberar a los jóvenes de los límites del positivismo y del relativismo ético. En tanto, el secularismo intenta construir un muro entre verdad y fe; dando lugar a fríos cálculos de pragmática utilidad, que convierten la persona en peón de un ajedrez ideológico. La UC reivindica la armonía entre fe, vida y cultura; y evidencia por qué la sociedad le exige excelencia en la formación de sus hijos.

Culmina la Declaración afirmando que: "... (es) propicia la oportunidad para ratificar la postura principista de la UCSM de respeto y defensa de la vida humana desde su concepción." (EL PUEBLO, 2008.08.24.) La Verdad trasciende lo particular y lo subjetivo.

Desde 1961, a iniciativa de su fundador, Padre Morris, la UCSM se hace cargo, cada año, de atender las necesidades profesionales, intelectuales y espirituales de más de catorce mil universitarios entre estudiantes y servidores - de todas las esferas sociales.

Que la UCSM busque atraer la inteligencia de los jóvenes, tanto como su voluntad. Caso contrario, se incurrirá en las confusiones de la sociedad actual que ha distorsionado las nociones de libertad y verdad.

Benedicto XVI afirma la propuesta: "La misma dinámica de identidad comunitaria vivifica el ethos de nuestras instituciones católicas. La identidad de una Universidad Católica es una cuestión de convicción. ¿Aceptamos la verdad que Cristo revela? En nuestras universidades ¿es "tangible" la fe? ¿Se expresa fervientemente en (...) el respeto por la creación de Dios?..." (Mensaje a las UUC. Washington 2008)

Como lo recuerda Fides Et Ratio, 31, la verdad de la fe y la de la razón no se contradicen. Así, la UCSM ofrece una contribución eficaz a la sociedad - porque su misión está en consonancia con la aspiración fundamental de la

Nación de desarrollar una sociedad verdaderamente digna de la dignidad de la persona humana.

La misión de la Iglesia compromete a la UC en la lucha por purificar la razón, asegurando que ésta permanezca abierta a la consideración de las verdades últimas. Lejos de amenazar la tolerancia, una contribución así ilumina la auténtica verdad. ¡Que a nadie se le niegue el derecho a una educación en la fe, que a su vez nutre el espíritu y la entidad Sur peruanos!

## **I. EL PRINCIPIO PERSONALISTA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

Coincidiendo con el Preámbulo de la Constitución Política, la Universidad Católica de Santa María (UCSM) ve en cada hombre, varón o mujer, la imagen viva de Dios. Por ello hay que recordarle constantemente su altísima vocación, para que sea cada vez más consciente y digno de ella. Que cada hombre sea digno de su dignidad.

Como lo reconoce el Art. 1º de la Constitución Política, toda la vida social (Estado, Derecho y ley incluidos) es expresión de su inconfundible protagonista: la persona humana. La UC, en cada una de sus actividades –educativas, investigativas, de proyección social, administrativas, docentes o de servicios- está llamada, más que cualquier otra institución educativa, a ser fiel a su identidad, reconociendo y afirmando la centralidad de la persona humana en todos los ámbitos y manifestaciones de la sociabilidad: « La sociedad humana ... no se encuentra ni fuera ni sobre los hombres socialmente unidos, sino que existe exclusivamente por ellos y, por consiguiente, para ellos ». «Lejos de ser un objeto y un elemento puramente pasivo de la vida social », el hombre « es, por el contrario, y debe ser y permanecer, su sujeto, su fundamento y su fin ».

La vida social tiene su origen en el hombre. Por tanto, ninguna manifestación de la vida social podría renunciar a reconocerlo como sujeto activo y responsable, y a él deben estar dirigidas todas las expresiones de la sociedad.

El hombre, comprendido en su realidad histórica concreta, representa el alma de la comunidad política, social, económica. Toda la doctrina social se desarrolla, en efecto, a partir del principio que afirma la inviolable dignidad de la persona humana. Mediante las múltiples expresiones de esta conciencia, la

comunidad y sus mandatarios deben buscar, ante todo, tutelar la dignidad humana frente a todo intento de violación o de proponer imágenes reductivas y distorsionadas.

La historia demuestra que en la trama de las relaciones sociales emergen algunas de las más amplias capacidades de elevación del hombre, pero también allí se anidan los más execrables atropellos de su dignidad.

## **II. LA PERSONA HUMANA « IMAGO DEI »**

### **A) Invocando a Dios todopoderoso**

El mensaje fundamental de la doctrina anuncia que la persona humana es criatura de Dios (cf. Sal 139,14-18) Dios coloca la criatura humana en el centro y en la cumbre de la creación: al hombre (en hebreo « adam »), plasmado con la tierra (« adamah »). De ahí que, « por haber sido hecho a imagen de Dios, el ser humano tiene la dignidad de persona; no es solamente algo, sino alguien. Es capaz de conocerse, de poseerse y de darse libremente y entrar en comunión con otras personas.

La semejanza con Dios revela que la esencia y la existencia del hombre están constitutivamente relacionadas con El del modo más profundo.<sup>205</sup> Es una relación que existe por sí misma y no llega, por tanto, en un segundo momento ni se añade desde fuera. Esta relación con Dios puede ser ignorada, olvidada o removida, pero jamás puede ser eliminada.

La relación entre Dios y el hombre se refleja en la dimensión relacional y social de la naturaleza humana. El hombre, en efecto, no es un ser solitario, ya que « por su íntima naturaleza, es un ser social, y no puede vivir ni desplegar sus cualidades, sin relacionarse con los demás

El varón y la mujer tienen la misma dignidad y son de igual valor, no sólo porque ambos, en su diversidad, son imagen de Dios, sino, más profundamente aún, porque el dinamismo de reciprocidad que anima el «nosotros» de la pareja humana es imagen de Dios. En la relación de comunión recíproca, el hombre y la mujer se realizan profundamente a sí mismos reencontrándose como personas a través del don sincero de sí mismos. Su pacto de unión es presentado en la Sagrada Escritura como una imagen del Pacto de Dios con los hombres (cf. Os 1-3; Is 54; Ef 5,21-33) y, al mismo tiempo, como un

servicio a la vida. La pareja humana puede participar, en efecto, de la creatividad de Dios: « Y los bendijo Dios y les dijo: "Sed fecundos y multiplicaos, y llenad la tierra" » (Gn 1,28).

El varón y la mujer están en relación con los demás ante todo como custodios de sus vidas: « a todos y a cada uno reclamaré el alma humana » (Gn 9,5), confirma Dios a Noé después del diluvio. Desde esta perspectiva, la relación con Dios exige que se considere la vida del hombre sagrada e inviolable. El respeto debido a la inviolabilidad y a la integridad de la vida física tiene su culmen en el mandamiento positivo: «Amarás a tu prójimo como a ti mismo» (Lv 19,18), con el cual Jesucristo obliga a hacerse cargo del prójimo (cf. Mt 22,37-40; Mc 12,29-31; Lc 10,27-28).

Con esta particular vocación a la vida, el hombre y la mujer se encuentran también frente a todas las demás criaturas. Ellos pueden y deben someterlas a su servicio y gozar de ellas, pero su dominio sobre el mundo requiere el ejercicio de la responsabilidad, no es una libertad de explotación arbitraria y egoísta. Toda la creación, en efecto, tiene el valor de « cosa buena » (cf. Gn 1,10.12.18.21.25) ante la mirada de Dios, que es su Autor. El hombre debe descubrir y respetar este valor: es éste un desafío maravilloso para su inteligencia, que lo debe elevar como un ala hacia la contemplación de la verdad de todas las criaturas, es decir, de lo que Dios ve de bueno en ellas. El libro del Génesis enseña, en efecto, que el dominio del hombre sobre el mundo consiste en dar un nombre a las cosas (cf. Gn 2,19-20): con la denominación, el hombre debe reconocer las cosas por lo que son y establecer para con cada una de ellas una relación de responsabilidad.

El hombre está también en relación consigo mismo y puede reflexionar sobre sí mismo. La Sagrada Escritura habla a este respecto del corazón del hombre. El corazón designa precisamente la interioridad espiritual del hombre, es decir, cuanto lo distingue de cualquier otra criatura: Dios « ha hecho todas las cosas apropiadas a su tiempo; también ha puesto el afán en sus corazones, sin que el hombre llegue a descubrir la obra que Dios ha hecho de principio a fin » (Qo 3,11). El corazón indica, en definitiva, las facultades espirituales propias del hombre, sus prerrogativas en cuanto creado a imagen de su Creador: la razón, el discernimiento del bien y del mal, la voluntad libre. Cuando escucha la aspiración profunda de su corazón, todo hombre no puede dejar de hacer propias las palabras de verdad expresadas por San Agustín:« Tú lo estimulas para que

encuentre deleite en tu alabanza; nos creaste para ti y nuestro corazón andará siempre inquieto mientras no descansa en ti ».

### **B) El drama de la injusticia**

La admirable visión de la creación del hombre por parte de Dios, es inseparable del dramático escenario que ha montado la civilización de la muerte. Como en el Génesis, el hombre, abusando de su libertad, se deja seducir por la serpiente y extiende sus manos al árbol de la vida, cayendo en poder de la muerte. Como señalaba San Pablo, ese pecado es transmitido por propagación a toda la humanidad, es decir, por la transmisión de una naturaleza humana privada de la santidad y de la justicia originales » ( Rm 5,19). La consecuencia es la alienación; el antagonismo del hombre consigo mismo, con los demás hombres y con el mundo circundante: La división entre los hermanos; la ruptura de la amistad que unía a la familia humana.

Algunos pecados, además, constituyen, por su objeto mismo, una agresión directa al prójimo. Estos pecados, en particular, se califican como pecados sociales.

Es decir: es social todo pecado cometido contra la justicia en las relaciones entre persona y persona, entre la persona y la comunidad, y entre la comunidad y la persona. Es social todo pecado contra los derechos de la persona humana, comenzando por el derecho a la vida, incluido el del no-nacido, o contra la integridad física de alguien; todo pecado contra la libertad de los demás, especialmente contra la libertad de creer en Dios y de adorarlo; todo pecado contra la dignidad y el honor del prójimo. Es social todo pecado contra el bien común y contra sus exigencias, en toda la amplia esfera de los derechos y deberes de los ciudadanos. En fin, es social el pecado que « se refiere a las relaciones entre las distintas comunidades humanas. Estas relaciones no están siempre en sintonía con el designio de Dios, que quiere en el mundo justicia, libertad y paz entre los individuos, los grupos y los pueblos ».

El misterio del pecado comporta una doble herida, la que el pecador abre en su propio flanco y en su relación con el prójimo. Por ello, se puede hablar de pecado personal y social: todo pecado es personal bajo un aspecto; bajo otro aspecto, todo pecado es social, en cuanto tiene también consecuencias sociales. El pecado, en sentido verdadero y propio, es siempre un acto de la persona, porque es un acto de libertad de un hombre en particular, y no propiamente de un

grupo o de una comunidad, pero a cada pecado se le puede atribuir indiscutiblemente el carácter de pecado social, teniendo en cuenta que « en virtud de una solidaridad humana tan misteriosa e imperceptible como real y concreta, el pecado de cada uno repercute en cierta manera en los demás ».

No es, por tanto, legítima y aceptable una acepción del pecado social que, más o menos conscientemente, lleve a difuminar y casi a cancelar el elemento personal, para admitir sólo culpas y responsabilidades sociales. En el fondo de toda situación de pecado se encuentra siempre la persona que peca.

Las consecuencias del pecado alimentan las estructuras de pecado. Estas tienen su raíz en el pecado personal y, por tanto, están siempre relacionadas con actos concretos de las personas, que las originan, las consolidan y las hacen difícil de eliminar. Es así como se fortalecen, se difunden, se convierten en fuente de otros pecados y condicionan la conducta de los hombres. Se trata de condicionamientos y obstáculos, que duran mucho más que las acciones realizadas en el breve arco de la vida de un individuo y que interfieren también en el proceso del desarrollo de los pueblos, cuyo retraso y lentitud han de ser juzgados también bajo este aspecto.

Estas injusticias y las estructuras que éstas generan, parecen ser hoy sobre todo dos:

« el afán de ganancia exclusiva, por una parte; y por otra,

la sed de poder, con el propósito de imponer a los demás la propia voluntad. A cada una de estas actitudes podría añadirse, para caracterizarlas aún mejor, la expresión: "a cualquier precio" ».

### **C) Universalidad de la injusticia**

La doctrina del pecado original, que enseña la universalidad del pecado, tiene una importancia fundamental. Esta doctrina induce al hombre a no permanecer en la culpa y a no tomarla a la ligera, buscando continuamente chivos expiatorios en los demás y justificaciones en el ambiente, la herencia, las instituciones, las estructuras, los padres y las relaciones. Se trata de una enseñanza que desenmascara tales engaños.

La doctrina de la universalidad del pecado, sin embargo, no se debe separar de la conciencia de la universalidad de la salvación. Si se aísla de ésta, genera una falsa angustia por el pecado y una consideración pesimista del mundo

y de la vida, que induce a despreciar las realizaciones culturales y civiles del hombre.

La universalidad de la esperanza cristiana incluye, además de los varones y mujeres de todos los pueblos, también el cielo y la tierra.

### III. LA PERSONA HUMANA Y SUS MÚLTIPLES DIMENSIONES

La doctrina social se detiene, ante todo, en los aspectos principales e inseparables de la persona humana para captar las facetas más importantes de su misterio y de su dignidad. En efecto, no han faltado en el pasado, y aún se asoman dramáticamente a la escena de la historia actual, múltiples concepciones reductivas, de carácter ideológico o simplemente debido a formas difusas de costumbres y pensamiento, que se refieren al hombre, a su vida y su destino. Estas concepciones tienen en común el hecho de ofuscar la imagen del hombre acentuando sólo alguna de sus características, con perjuicio de todas las demás.

La persona no debe ser considerada únicamente como individualidad absoluta, edificada por sí misma y sobre sí misma, como si sus características propias no dependieran más que de sí misma. Tampoco debe ser considerada como mera célula de un organismo dispuesto a reconocerle, a lo sumo, un papel funcional dentro de un sistema.

Las concepciones que tergiversan la plena verdad del hombre han sido objeto, en repetidas ocasiones, de la solicitud social de la Iglesia, que no ha dejado de alzar su voz frente a estas y otras visiones, drásticamente reductivas. En cambio, se ha preocupado por anunciar que los hombres « no se nos muestran desligados entre sí, como granos de arena, sino más bien unidos entre sí en un conjunto orgánicamente ordenado, con relaciones variadas según la diversidad de los tiempos » y que el hombre no puede ser comprendido como « un simple elemento y una molécula del organismo social », cuidando, a la vez, que la afirmación del primado de la persona, no conlleve una visión individualista o masificada.

La fe cristiana « es muy superior a estas ideologías y queda situada a veces en posición totalmente contraria a ellas, en la medida en que reconoce a Dios, trascendente y creador, que interpela, a través de todos los niveles de lo creado, al hombre como libertad responsable ».

La doctrina social se hace cargo de las diferentes dimensiones del miste-

rio del hombre, que exige ser considerado « en la plena verdad de su existencia, de su ser personal y a la vez de su ser comunitario y social », con una atención específica, de modo que le pueda consentir la valoración más exacta.

### **A) La unidad de la persona**

El hombre es una unidad físico -psíquico - espiritual. El alma es el principio de unidad del ser humano. Es aquello por lo cual éste existe como un todo en cuanto persona. Estas definiciones también recuerdan el vínculo de la razón y de la libre voluntad con todas las facultades corpóreas y sensibles. La persona —incluido el cuerpo— está confiada enteramente a sí misma, y es en la unidad de alma y cuerpo donde ella es el sujeto de sus propios actos morales.

Mediante su corporeidad, el hombre unifica en sí mismo los elementos del mundo material, « el cual alcanza por medio del hombre su más alta cima ». Esta dimensión le permite al hombre su inserción en el mundo material, lugar de su realización y de su libertad, no como en una prisión o en un exilio.

No es lícito despreciar la vida corporal; el hombre, al contrario, debe tener por bueno y honrar a su propio cuerpo. La dimensión corporal, sin embargo, hace experimentar al hombre las rebeliones del cuerpo y las inclinaciones perversas del corazón, sobre las que debe siempre vigilar para no dejarse esclavizar y para no permanecer víctima de una visión puramente terrena de su vida.

Por su espiritualidad el hombre supera a la totalidad de las cosas y penetra en la estructura más profunda de la realidad. Cuando se introspecciona, el hombre se descubre superior al mundo material, por su dignidad única. Él, en su vida interior, reconoce tener en « sí mismo la espiritualidad y la inmortalidad de su alma » y no se percibe a sí mismo « como partícula de la naturaleza o como elemento anónimo de la ciudad humana ».

El hombre, por tanto, tiene dos características diversas:

Es un ser material, vinculado a este mundo mediante su cuerpo, y un ser espiritual, abierto a la trascendencia y al descubrimiento de « una verdad más profunda », a causa de su inteligencia.

La unidad del alma y del cuerpo es tan profunda que se debe considerar al alma como la "forma" del cuerpo, es decir, gracias al alma espiritual, la materia que integra el cuerpo es un cuerpo humano y viviente; en el hombre, el espíritu y

la materia no son dos naturalezas unidas, sino que su unión constituye una única naturaleza ».

Ni el espiritualismo que desprecia la realidad del cuerpo, ni el materialismo que considera el espíritu una mera manifestación de la materia, dan razón de la complejidad, de la totalidad y de la unidad del ser humano.

## **B) Apertura a la trascendencia y unicidad de la persona**

### **a) Abierta a la trascendencia**

A la persona humana pertenece la apertura a la trascendencia: el hombre está abierto al infinito y a todos los seres creados. Está abierto sobre todo al infinito. Con su inteligencia y su voluntad se eleva por encima de todo lo creado y de sí mismo, se hace independiente de las criaturas, es libre frente a todas las cosas creadas y se dirige hacia la verdad y el bien absolutos. Está abierto también hacia el otro, a los demás hombres y al mundo, porque sólo en cuanto se comprende en referencia a un tú puede decir “yo”. Sale de sí, de la conservación egoísta de la propia vida, para entrar en una relación de diálogo y de comunión con el otro.

La persona está abierta a la totalidad del ser, al horizonte ilimitado del ser. Tiene en sí la capacidad de trascender los objetos particulares que conoce, gracias a su apertura al ser sin fronteras. El alma humana es en un cierto sentido, por su dimensión cognoscitiva, todas las cosas: «todas las cosas inmateriales gozan de una cierta infinidad, en cuanto abrazan todo, o porque se trata de la esencia de una realidad espiritual que funge de modelo y semejanza de todo... ».

### **b) Única e irrepetible**

El hombre existe como ser único e irrepetible, existe como un «yo », capaz de auto comprenderse, autopoerse y autodeterminarse.

La persona humana es un ser inteligente y consciente, capaz de reflexionar sobre sí mismo y, por tanto, de tener conciencia de sí y de sus propios actos. Sin embargo, no son la inteligencia, la conciencia y la libertad las que definen a la persona, sino que es la persona quien está en la base de los actos de inteligencia, de conciencia y de libertad. Estos actos pueden faltar, sin que por ello el hombre deje de ser persona.

La persona humana debe ser comprendida siempre en su irrepetible e insuprimible singularidad. En efecto, el hombre existe ante todo como subjetividad, como centro de conciencia y de libertad, cuya historia única y distinta de las demás expresa su irreductibilidad ante cualquier intento de circunscribirlo a esquemas de pensamiento o sistemas de poder, ideológicos o no.

Esto impone, ante todo, no sólo la exigencia del simple respeto por parte de todos, y especialmente de las instituciones políticas y sociales y de sus responsables, en relación a cada hombre de este mundo, sino que además, y en mayor medida, comporta que el primer compromiso de cada uno hacia el otro, y sobre todo de estas mismas instituciones, se debe situar en la promoción del desarrollo integral de la persona.

### **c) El respeto de la dignidad humana**

Una sociedad justa puede ser realizada solamente en el respeto de la dignidad trascendente de la persona humana. Ésta representa el fin último de la sociedad, que está a ella ordenada: « El orden social, pues, y su progresivo desarrollo deben en todo momento subordinarse al bien de la persona, ya que el orden real debe someterse al orden personal, y no al contrario ». El respeto de la dignidad humana no puede absolutamente prescindir de la obediencia al principio de « considerar al prójimo como otro yo, cuidando en primer lugar de su vida y de los medios necesarios para vivirla dignamente ». Es preciso que todos los programas sociales, científicos y culturales, estén presididos por la conciencia del primado de cada ser humano.

La persona humana, en ningún caso, puede ser considerada un objeto; ni instrumentalizada para fines ajenos a su mismo desarrollo. En efecto, en su interioridad, trasciende el universo. Por esta razón, ni su vida, ni el desarrollo de su pensamiento, ni sus bienes, ni cuantos comparten sus vicisitudes personales y familiares pueden ser sometidos a injustas restricciones en el ejercicio de sus derechos y de su libertad.

La persona no puede estar finalizada a proyectos de carácter económico,

social o político, impuestos por autoridad alguna, ni siquiera en nombre del presunto progreso de la comunidad civil en su conjunto o de otras personas, en el presente o en el futuro.

Es necesario, por tanto, que las autoridades públicas vigilen con atención para que una restricción de la libertad o cualquier otra carga impuesta a la actuación de las personas no lesionen jamás la dignidad personal y garantice el efectivo ejercicio de los derechos humanos. Todo esto, una vez más, se funda sobre la visión del hombre como persona, es decir, como sujeto activo y responsable del propio proceso de crecimiento, junto con la comunidad de la que forma parte.

Los auténticos cambios sociales son efectivos y duraderos si están fundados sobre un cambio decidido de la conducta personal. No será posible jamás una auténtica moralización de la vida social si no es a partir de las personas y en referencia a ellas: en efecto, « el ejercicio de la vida moral proclama la dignidad de la persona humana ». A las personas compete, evidentemente, el desarrollo de las actitudes morales, fundamentales en toda convivencia verdaderamente humana (justicia, honradez, veracidad, etc.), que de ninguna manera se puede esperar de otros o delegar en las instituciones.

A todos, particularmente a quienes de diversas maneras están investidos de responsabilidad política, jurídica o profesional frente a los demás, corresponde ser conciencia vigilante de la sociedad y primeros testigos de una convivencia civil y digna del hombre.

### **C) La libertad de la persona**

#### **a) Valor y límites de la libertad**

El hombre puede dirigirse hacia el bien sólo en la libertad -como se afirma en *Gaudium Et Spes*. Pero, ¿qué libertad? El Concilio Vaticano II hace frente a aquellos contemporáneos nuestros que "tanto defienden" la libertad y que la "buscan ardientemente", pero que "a menudo la cultivan de mala manera, como si fuera lícito todo con tal de que guste, incluso el mal." La libertad en su esencia es interior al hombre, connatural a la persona humana, signo distintivo de su naturaleza. La libertad de la persona encuentra, en efecto, su

fundamento en su dignidad trascendente. El hombre es inseparable de la libertad, de esa libertad que ninguna fuerza o apremio exterior podrá jamás arrebatarse y que constituye su derecho fundamental, tanto como individuo cuanto como miembro de la sociedad. El hombre es libre porque posee la facultad de determinarse en función de lo verdadero y del bien. (Mensaje de la Jornada Mundial de la Paz, 1981, n. 5)

"Conoceréis la verdad y la verdad os librará" (Jn 8, 32). Estas palabras encierran una exigencia fundamental y al mismo tiempo una advertencia: la exigencia de una relación honesta con respecto a la verdad, como condición de una auténtica libertad; y la advertencia, además de que se evite cualquier libertad aparente, cualquier libertad superficial y unilateral, cualquier libertad que no profundice en toda la verdad sobre el hombre y sobre el mundo.

(Redemptor Hominis, n. 12)

Pero la libertad, no es solo un derecho que se reclama para uno mismo, es un deber que se asume cara a los otros. Para servir verdaderamente a la paz, la libertad de cada ser humano y de cada comunidad humana debe respetar las libertades y los derechos de los demás, individuales o colectivos. Ella encuentra en este respeto su límite, pero además su lógica y su dignidad, porque el hombre es por naturaleza un ser social. (Mensaje de la Jornada Mundial de la Paz, 1981, n. 7)

El ejercicio de la libertad no implica el derecho a decir y hacer cualquier cosa. Es falso concebir al hombre "sujeto de esa libertad como un individuo autosuficiente que busca la satisfacción de su interés propio en el goce de los bienes terrenales" (Libertatis Conscientia, n. 13). Por otra parte, las condiciones de orden económico y social, político y cultural, requeridas para un justo ejercicio de la libertad son, con demasiada frecuencia, desconocidas y violadas. Estas situaciones de ceguera y de injusticia gravan la vida moral y colocan tanto a los fuertes como a los débiles en la tentación de pecar contra la caridad. Al apartarse de la ley moral, el hombre atenta contra su propia libertad, se encadena a sí mismo, rompe la fraternidad con sus semejantes y se rebela contra la verdad divina.

(CIC, n. 1740)

Desde su nacimiento, ha sido dado a todos, como un germen, un conjunto de aptitudes y de cualidades para hacerlas fructíferas: su floración, fruto de la educación recibida en el propio ambiente y del esfuerzo personal, permitirá a cada uno orientarse hacia el destino.... Dotado de inteligencia y de libertad, el hombre es responsable de su crecimiento. Ayudado, y a veces estorbado, por los que lo educan y lo rodean, cada uno permanece siempre, sean lo que sean los influjos que sobre él se ejercen, el artífice principal de su éxito o de su fracaso: por sólo el esfuerzo de su inteligencia y de su voluntad, cada hombre puede crecer en humanidad, valer más, ser más.

(Populorum Progressio, n. 15)

Finalmente, la verdadera libertad no es promovida tampoco en la sociedad permisiva, que confunde la libertad con la licencia de hacer cualquier opción y que proclama, en nombre de la libertad, una especie de amoralidad general. Es proponer una caricatura de la libertad pretender que el hombre es libre para organizar su vida sin referencia a los valores morales y que la sociedad no está para asegurar la protección y la promoción de los valores éticos. Semejante actitud es destructora de la libertad y de la paz.

(Mensaje de la Jornada Mundial de la Paz, 1981, n. 7)

No sólo no es lícito desatender desde el punto de vista ético la naturaleza del hombre que ha sido creado para la libertad, sino que esto ni siquiera es posible en la práctica. Donde la sociedad se organiza reduciendo de manera arbitraria o incluso eliminando el ámbito en que se ejercita legítimamente la libertad, el resultado es la desorganización y la decadencia progresiva de la vida social.

(Centesimus Annus, n. 25)

La dignidad humana requiere, por tanto, que el hombre actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido e inducido por convicción interna personal y no bajo la presión de un ciego impulso interior o de la mera coacción externa ».

El hombre justamente aprecia la libertad y la busca con pasión: justamente quiere —y debe—, formar y guiar por su libre iniciativa

su vida personal y social, asumiendo personalmente su responsabilidad. La libertad, en efecto, no sólo permite al hombre cambiar convenientemente el estado de las cosas exterior a él, sino que determina su crecimiento como persona, mediante opciones conformes al bien verdadero: de este modo, el hombre se genera a sí mismo, es padre de su propio ser y construye el orden social.

La libertad es uno de los fundamentos del desarrollo integral del hombre y de la convivencia social. « El hombre es ciertamente libre, desde el momento en que puede comprender y acoger los mandamientos de Dios. Y posee una libertad muy amplia, porque puede comer "de cualquier árbol del jardín". Pero esta libertad no es ilimitada: el hombre debe detenerse ante el "árbol de la ciencia del bien y del mal", por estar llamado a aceptar la ley moral. En realidad, la libertad del hombre encuentra su verdadera y plena realización en esta aceptación ».

La democracia no puede mantenerse sin un compromiso compartido con respecto a ciertas verdades morales sobre la persona humana y la comunidad humana. La pregunta fundamental que ha de plantearse una sociedad democrática es: "¿Cómo debemos vivir juntos?". Al tratar de responder esta pregunta, ¿puede la sociedad excluir la verdad y el razonamiento morales?... Cada generación ... necesita saber que la libertad no consiste en hacer lo que nos gusta, sino en tener el derecho de hacer lo que debemos. Cristo nos pide que conservemos la verdad, porque, como nos prometió: "Conoceréis la verdad y la verdad os hará libres" (Jn 8, 32). *Depositum custodi!* Debemos conservar la verdad, que es la condición de la auténtica libertad, y permite que ésta alcance su plenitud en la bondad. Tenemos que conservar el depósito de la verdad... especialmente con vistas a los desafíos que plantea la cultura materialista y la mentalidad permisiva, que reducen la libertad a libertinaje. (Juan Pablo II, Homilia en Baltimore, nn. 7-8)

No obstante, el recto ejercicio de la libertad personal exige determinadas condiciones de orden económico, social, jurídico, político y cultural que son, « con demasiada frecuencia, desconocidas y violadas. Estas situaciones de ceguera y de injusticia colocan tanto a

los fuertes como a los débiles en la tentación de pecar contra la caridad. Al apartarse de la ley moral, el hombre atenta contra su propia libertad, se encadena a sí mismo, rompe la fraternidad con sus semejantes... ».

La liberación de las injusticias promueve la libertad y la dignidad humana: no obstante, « ante todo, hay que apelar a las capacidades espirituales y morales de la persona y a la exigencia permanente de la conversión interior si se quiere obtener cambios económicos y sociales que estén verdaderamente al servicio del hombre ».

#### **b) El vínculo de la libertad con la verdad y la ley natural**

En el ejercicio de la libertad, el hombre realiza actos que edifican su persona y la sociedad, cuando obedece a la verdad, es decir, cuando no pretende ser creador y dueño absoluto de ésta y de las normas éticas. La libertad, en efecto, « no tiene su origen absoluto e incondicionado en sí misma, sino en la existencia en la que se encuentra y para la cual representa, al mismo tiempo, un límite y una posibilidad. Es la libertad de una criatura, o sea, una libertad donada, que se ha de acoger como un germen y hacer madurar con responsabilidad ». En caso contrario, muere como libertad y destruye al hombre y a la sociedad.

El ejercicio de la libertad implica la referencia a una ley moral natural, de carácter universal, que precede y aúna todos los derechos y deberes. La ley natural « no es otra cosa que la luz de la inteligencia infundida en el hombre. Gracias a ella conocemos lo que se debe hacer y lo que se debe evitar. Esta ley se llama natural porque la razón que la promulga es propia de la naturaleza humana. Es universal, se extiende a todos los hombres en cuanto establecida por la razón. En sus preceptos principales, la ley divina y natural está expuesta en el Decálogo e indica las normas primeras y esenciales que regulan la vida moral. La ley natural expresa la dignidad de la persona y pone la base de sus derechos y de sus deberes fundamentales.

En la diversidad de las culturas, la ley natural une a los hombres entre sí, imponiendo principios comunes. Aunque su aplicación requiera adaptaciones a la multiplicidad de las condiciones de vida, según los

lugares, las épocas y las circunstancias, la ley natural es inmutable, « subsiste bajo el flujo de ideas y costumbres y sostiene su progreso... Incluso cuando se llega a renegar de sus principios, no se la puede destruir ni arrancar del corazón del hombre. Resurge siempre en la vida de individuos y sociedades ».

Sus preceptos, sin embargo, no son percibidos por todos con claridad e inmediatez. La ley natural, no puede ser cancelada por la maldad humana. Esta Ley es el fundamento moral indispensable para edificar la comunidad de los hombres y para elaborar la ley civil, que infiere las consecuencias de carácter concreto y contingente a partir de los principios de la ley natural. Si se oscurece la percepción de la universalidad de la ley moral natural, no se puede edificar una comunión real y duradera con el otro, porque cuando falta la convergencia hacia la verdad y el bien, « cuando nuestros actos desconocen o ignoran la ley, de manera imputable o no, perjudican la comunión de las personas, causando daño ». En efecto, sólo una libertad que radica en la naturaleza común puede hacer a todos los hombres responsables y es capaz de justificar la moral pública. Quien se autoproclama medida única de las cosas y de la verdad no puede convivir pacíficamente ni colaborar con sus semejantes.

La libertad está misteriosamente inclinada a traicionar la apertura a la verdad y al bien humano y con demasiada frecuencia prefiere el mal y la cerrazón egoísta, elevándose a divinidad creadora del bien y del mal. La libertad del hombre, por tanto, necesita ser liberada. Cristo, con la fuerza de su misterio pascual, libera al hombre del amor desordenado de sí mismo, que es fuente del desprecio al prójimo y de las relaciones caracterizadas por el dominio sobre el otro; Él revela que la libertad se realiza en el don de sí mismo.

#### **d) La igual dignidad de todas las personas**

« Dios no hace acepción de personas » (Hch 10,34; cf. Rm 2,11; Ga 2,6; Ef 6,9), porque todos los hombres tienen la misma dignidad de criaturas a su imagen y semejanza. Esto es, además, el fundamento último de la radical igualdad y fraternidad entre los hombres, independientemente de su raza, Nación, sexo, origen, cultura y clase.

Sólo el reconocimiento de la dignidad humana hace posible el crecimiento común y personal de todos (cf. St 2,19). Para favorecer un crecimiento semejante es necesario, en particular, apoyar a los últimos, asegurar efectivamente condiciones de igualdad de oportunidades entre el varón y la mujer, garantizar una igualdad objetiva entre las diversas clases sociales ante la ley.

También en las relaciones entre pueblos y Estados, las condiciones de equidad y paridad son el presupuesto para un progreso auténtico de la comunidad internacional. No obstante los avances en esta dirección, es necesario no olvidar que aún existen demasiadas desigualdades y formas de dependencia.

A la igualdad en el reconocimiento de la dignidad de cada hombre y de cada pueblo, debe corresponder la conciencia de que la dignidad humana sólo podrá ser custodiada y promovida de forma comunitaria, por parte de toda la humanidad. Sólo con la acción concorde de los hombres y de los pueblos sinceramente interesados en el bien de todos los demás, se puede alcanzar una auténtica fraternidad universal; por el contrario, la permanencia de condiciones de gravísima disparidad y desigualdad empobrece a todos.

« Masculino » y «femenino » diferencian a dos individuos de igual dignidad, que, sin embargo, no poseen una igualdad estática, porque lo específico femenino es diverso de lo específico masculino. Esta diversidad en la igualdad es enriquecedora e indispensable para una armoniosa convivencia humana:« La condición para asegurar la justa presencia de la mujer en la sociedad es una más penetrante y cuidadosa consideración de los fundamentos antropológicos de la condición masculina y femenina, destinada a precisar la identidad personal propia de la mujer en su relación de diversidad y de recíproca complementariedad con el hombre, no sólo por lo que se refiere a los papeles a asumir y las funciones a desempeñar, sino también y más profundamente, por lo que se refiere a su significado personal ».

La mujer es el complemento del varón, como el hombre lo es de la mujer: mujer y varón se completan mutuamente, no sólo desde el

punto de vista físico y psíquico, sino también ontológico. Sólo gracias a la dualidad de lo « masculino » y lo « femenino » se realiza plenamente lo « humano ». Es la « unidad de los dos », es decir, una « unidualidad » relacional, que permite a cada uno experimentar la relación interpersonal y recíproca como un don que es, al mismo tiempo, una misión: « A esta "unidad de los dos" se confía no sólo la obra de la procreación y la vida de la familia, sino la construcción misma de la historia ». « La mujer es "ayuda" para el varón, como el varón es "ayuda" para la mujer »: en su encuentro se realiza una concepción unitaria de la persona humana, basada no en la lógica del egocentrismo y de la autoafirmación, sino en la del amor y la solidaridad.

Las personas minusválidas son sujetos plenamente humanos, titulares de derechos y deberes: « A pesar de las limitaciones y los sufrimientos grabados en sus cuerpos y en sus facultades, ponen más de relieve la dignidad y grandeza del hombre ». Puesto que la persona minusválida es un sujeto con todos sus derechos, ha de ser ayudada a participar en la vida familiar y social en todas las dimensiones y en todos los niveles accesibles a sus posibilidades.

Es necesario promover con medidas eficaces y apropiadas los derechos de la persona minusválida. « Sería radicalmente indigno del hombre y negación de la común humanidad admitir en la vida de la sociedad, y, por consiguiente, en el trabajo, únicamente a los miembros plenamente funcionales, porque obrando así se caería en una grave forma de discriminación: la de los fuertes y sanos contra los débiles y enfermos ». Se debe prestar gran atención no sólo a las condiciones de trabajo físicas y psicológicas, a la justa remuneración, a la posibilidad de promoción y a la eliminación de los diversos obstáculos, sino también a las dimensiones afectivas y sexuales de la persona minusválida: « También ella necesita amar y ser amada; necesita ternura, cercanía, intimidad », según sus propias posibilidades y en el respeto del orden moral que es el mismo, tanto para los sanos, como para aquellos que tienen alguna discapacidad.

#### **e) La sociabilidad humana**

La persona es constitutivamente un ser social. La naturaleza del

hombre se manifiesta, en efecto, como naturaleza de un ser que responde a sus propias necesidades sobre la base de una subjetividad relacional, es decir, como un ser libre y responsable, que reconoce la necesidad de integrarse y de colaborar con sus semejantes y que es capaz de comunión con ellos en el orden del conocimiento y del amor: « Una sociedad es un conjunto de personas ligadas de manera orgánica por un principio de unidad que supera a cada una de ellas. Asamblea a la vez visible y espiritual, una sociedad perdura en el tiempo: recoge el pasado y prepara el porvenir ».

Es necesario, por tanto, destacar que la vida comunitaria es una característica natural que distingue al hombre del resto de las criaturas terrenas. La actuación social comporta de suyo un signo particular del hombre y de la humanidad, el de una persona que obra en una comunidad de personas: este signo determina su calificación interior y constituye, en cierto sentido, su misma naturaleza. La persona humana está llamada desde el comienzo a la vida social.

La vida social no es, por tanto, exterior al hombre, el cual no puede crecer y realizar su vocación si no es en relación con los otros ».

La sociabilidad humana no comporta automáticamente la comunión de las personas, el don de sí. A causa de la soberbia y del egoísmo, el hombre descubre en sí mismo gérmenes de insociabilidad, de cerrazón individualista y de vejación del otro. Toda sociedad digna de este nombre, puede considerarse en la verdad cuando cada uno de sus miembros, gracias a la propia capacidad de conocer el bien, lo busca para sí y para los demás. Es por amor al bien propio y al de los demás que el hombre se une en grupos estables, que tienen como fin la consecución de un bien común. También las diversas sociedades deben entrar en relaciones de solidaridad, de comunicación y de colaboración, al servicio del hombre y del bien común.

La sociabilidad humana no es uniforme, sino que reviste múltiples expresiones. El bien común depende, en efecto, de un sano pluralismo social. Las diversas sociedades están llamadas a constituir un tejido unitario y armónico, en cuyo seno sea posible a cada una conservar y desarrollar su propia fisonomía y autonomía.

Algunas sociedades, como la familia, la comunidad civil y la comunidad religiosa, corresponden más inmediatamente a la íntima naturaleza del hombre, otras proceden más bien de la libre voluntad: « Con el fin de favorecer la participación del mayor número de personas en la vida social, es preciso impulsar, alentar la creación de asociaciones e instituciones de libre iniciativa "para fines económicos, sociales, culturales, recreativos, deportivos, profesionales y políticos, tanto dentro de cada una de las Naciones como en el plano mundial". Esta "socialización" expresa igualmente la tendencia natural que impulsa a los seres humanos a asociarse con el fin de alcanzar objetivos que exceden las capacidades individuales. Desarrolla las cualidades de la persona, en particular, su sentido de iniciativa y de responsabilidad. Ayuda a garantizar sus derechos ».

#### **IV. LOS DERECHOS HUMANOS**

##### **a) El valor de los derechos humanos**

El movimiento hacia la identificación y la proclamación de los derechos del hombre es uno de los esfuerzos más relevantes para responder eficazmente a las exigencias imprescindibles de la dignidad humana. Se ve en estos derechos la extraordinaria ocasión que nuestro tiempo ofrece para que, mediante su consolidación, la dignidad humana sea reconocida más eficazmente y promovida universalmente. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, fue defendida por Juan Pablo II como « una piedra miliar en el camino del progreso moral de la humanidad ».

La raíz de los derechos del hombre se debe buscar en la dignidad que pertenece a todo ser humano. Esta dignidad, connatural a la vida humana e igual en toda persona, se descubre y se comprende, ante todo, con la razón.

La fuente última de los derechos humanos no se encuentra en la mera voluntad de los seres humanos, en la realidad del Estado o en los poderes públicos, sino en el hombre mismo y en su Creador. Estos derechos son « universales e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto ». Universales, porque están presentes en todos los seres humanos, sin excepción alguna de tiempo, de lugar o de sujeto. Inviolables, en cuanto « inherentes a la

persona humana y a su dignidad » y porque « sería vano proclamar los derechos, si al mismo tiempo no se realizase todo esfuerzo para que sea debidamente asegurado su respeto por parte de todos, en todas partes y con referencia a quien sea ». Inalienables, porque « nadie puede privar legítimamente de estos derechos a uno sólo de sus semejantes, sea quien sea, porque sería ir contra su propia naturaleza ».

Los derechos del hombre exigen ser tutelados no sólo singularmente, sino en su conjunto: una protección parcial de ellos equivaldría a una especie de falta de reconocimiento. Estos derechos corresponden a las exigencias de la dignidad humana y comportan, en primer lugar, la satisfacción de las necesidades esenciales —materiales y espirituales— de la persona: « Tales derechos se refieren a todas las fases de la vida y en cualquier contexto político, social, económico o cultural. Son un conjunto unitario, orientado decididamente a la promoción de cada uno de los aspectos del bien de la persona y de la sociedad... La promoción integral de todas las categorías de los derechos humanos es la verdadera garantía del pleno respeto por cada uno de los derechos ». Universalidad e indivisibilidad son las líneas distintivas de los derechos humanos: « Son dos principios guía que exigen siempre la necesidad de arraigar los derechos humanos en las diversas culturas, así como de profundizar en su dimensión jurídica con el fin de asegurar su pleno respeto ».

#### **b) La especificación de los derechos**

Las enseñanzas de Juan XXIII, del Concilio Vaticano II, de Pablo VI han ofrecido amplias indicaciones acerca de la concepción de los derechos humanos delineada por el Magisterio. Juan Pablo II ha trazado una lista de ellos en la encíclica « Centesimus annus »: « El derecho a la vida, del que forma parte integrante el derecho del hijo a crecer bajo el corazón de la madre después de haber sido concebido; el derecho a vivir en una familia unida y en un ambiente moral, favorable al desarrollo de la propia personalidad; el derecho a madurar la propia inteligencia y la propia libertad a través de la búsqueda y el conocimiento de la verdad; el derecho a participar en el trabajo para valorar los bienes de la tierra y recabar del mismo el sustento propio y de los seres queridos; el derecho a fundar libremente una familia, a acoger y educar a los hijos, haciendo uso responsable de la propia sexualidad. Fuente y síntesis de estos derechos es, en cierto sentido, la libertad religiosa, entendida como derecho a vivir en la verdad de la propia fe y en conformidad con la dignidad trascendente de la propia

persona ».

El primer derecho enunciado en este elenco es el derecho a la vida, desde su concepción hasta su conclusión natural que condiciona el ejercicio de cualquier otro derecho y comporta, en particular, la ilicitud de toda forma de aborto provocado y de eutanasia. Se subraya el valor eminente del derecho a la libertad religiosa: « Todos los hombres deben estar inmunes de coacción, tanto por parte de personas particulares como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y ello de tal manera, que en materia religiosa ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos ». El respeto de este derecho es un signo emblemático « del auténtico progreso del hombre en todo régimen, en toda sociedad, sistema o ambiente ».

### **c) Derechos y deberes**

Inseparablemente unido al tema de los derechos se encuentra el relativo a los deberes del hombre. Frecuentemente se recuerda la recíproca complementariedad entre derechos y deberes, indisolublemente unidos, en primer lugar en la persona humana que es su sujeto titular. Este vínculo presenta también una dimensión social: « En la sociedad humana, a un determinado derecho natural de cada hombre corresponde en los demás el deber de reconocerlo y respetarlo ». Se subraya la contradicción existente en una afirmación de los derechos que no prevea una correlativa responsabilidad: « Por tanto, quienes, al reivindicar sus derechos, olvidan por completo sus deberes o no les dan la importancia debida, se asemejan a los que derriban con una mano lo que con la otra construyen ».

### **d) Derechos de los pueblos y de las Naciones**

El campo de los derechos del hombre se ha extendido a los derechos de los pueblos y de las Naciones, pues « lo que es verdad para el hombre lo es también para los pueblos ». El derecho internacional « se basa sobre el principio del igual respeto, por parte de los Estados, del derecho a la autodeterminación de cada pueblo y de su libre cooperación en vista del bien común superior de la humanidad ». La paz se funda no sólo en el respeto de los derechos del hombre, sino también en el de los derechos de los pueblos, particularmente el derecho a la independencia.

Los derechos de las Naciones no son sino « los "derechos humanos" »

considerados a este específico nivel de la vida comunitaria ». La Nación tiene « un derecho fundamental a la existencia »; a la « propia lengua y cultura, mediante las cuales un pueblo expresa y promueve su "soberanía" espiritual »; a « modelar su vida según las propias tradiciones, excluyendo, naturalmente, toda violación de los derechos humanos fundamentales y, en particular, la opresión de las minorías »; a « construir el propio futuro proporcionando a las generaciones más jóvenes una educación adecuada ». El orden internacional exige un equilibrio entre particularidad y universalidad, a cuya realización están llamadas todas las Naciones, para las cuales el primer deber sigue siendo el de vivir en paz, respeto y solidaridad con las demás Naciones.

#### **e) Colmar la distancia entre la letra y el espíritu**

La solemne proclamación de los derechos del hombre se ve contradicha por una dolorosa realidad de violaciones, guerras y violencias de todo tipo: en primer lugar los genocidios y las deportaciones en masa; la difusión por doquier de nuevas formas de esclavitud, como el tráfico de seres humanos, los niños soldados, la explotación de los trabajadores, el tráfico de drogas, la prostitución: « También en los países donde están vigentes formas de gobierno democrático no siempre son respetados totalmente estos derechos ».

Existe desgraciadamente una distancia entre la « letra » y el « espíritu » de los derechos del hombre a los que se ha tributado frecuentemente un respeto puramente formal. La doctrina social, no cesa de confirmar que « los más favorecidos deben renunciar a algunos de sus derechos para poner con mayor liberalidad sus bienes al servicio de los demás » y que una afirmación excesiva de igualdad « puede dar lugar a un individualismo donde cada uno reivindique sus derechos sin querer hacerse responsable del bien común ».

El compromiso pastoral se desarrolla en una doble dirección: de anuncio del fundamento cristiano de los derechos del hombre y de denuncia de las violaciones de estos derechos. En todo caso, « el anuncio es siempre más importante que la denuncia, y esta no puede prescindir de aquél, que le brinda su verdadera consistencia y la fuerza de su motivación más alta ». Para ser más eficaz, este esfuerzo debe abrirse a la colaboración ecuménica, al diálogo, a los contactos oportunos con los organismos, gubernativos y no gubernativos, a nivel nacional e internacional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- CONCILIO VATICANO II. Constitución Pastoral Gaudium Et Spes. Asociación Hijas de San Pablo. Lima, 2002.
- JOHN PAUL II. On Social Concern. Encyclical Letter. St. Paul Books & Media. Boston. MA 02130.
- JUAN PABLO II. Carta Encíclica Humanae Vitae. Conferencia Episcopal Peruana. Lima, 1993.
- PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. Copyright 2005.- Librería Editrice Vaticana. [www.libreriaeditricevaticana.com](http://www.libreriaeditricevaticana.com) © Conferencia Episcopal Peruana.- © Asociación Hijas de San Pablo.- Av. El Santuario 1800- Mangomarca. San Juan de Lurigancho. Lima, Perú.
- SECOND ECUMENICAL VATICAN COUNCIL. The Documents of Vatican II. The America Press. Baltimore, 1966.
- VALDIVIA CANO, Ramiro. Conceptos de Estado y de Gobierno (Monografía). C. Bruno. Arequipa. 2007.
- VALDIVIA CANO, Ramiro. Derecho Constitucional Peruano. UCSM. Arequipa, 2008.

# EL SISTEMA DE GOBIERNO PERUANO

Por: Jorge Luis Cáceres Arce\*

**SUMARIO:** Constituciones Políticas Peruanas de: 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993

- La forma de gobierno tradicional peruana encuentra su autoría en el primer texto constitucional de la República el de 1823, que en su numeral 27 y siguientes normó **“El Gobierno es popular y representativo se ejerce a través de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y judicial”**<sup>1</sup>.
- El primer Código Político peruano no recogió la propuesta monárquica establecida en la Carta de Cádiz, ya que la Ley Gaditana de corte liberal reconocía a España como una Nación libre e independiente de cualquier yugo Europeo y más aún institucionalizó al país ibérico, distante a toda enajenación de su patrimonio en manos de una persona o familia.
- La Constitución vitalicia de Bolívar, que fue sometida a consulta ciudadana el 1ero de junio de 1826 y que entró en vigencia el 9 de diciembre del mismo año, estableció que el gobierno peruano se sometía a dos indicadores: popular y representativo. El poder estatal supremo recogió la tesis política de la división de Poderes en cuatro estamentos: electoral, legislativo, ejecutivo y judicial.
- Esta ley fundamental fue normalmente derogada en Junio de 1827; si hay que destacar la peculiaridad de este texto, ello reposó en sus pretensiones

\* Abogado, Magíster y Doctor en Derecho. Profesor Investigador UCSM. Profesor de la Academia de la Magistratura. Vice-Decano del Colegio de Abogados de Arequipa

<sup>1</sup> Cáceres Arce, Jorge Luis. La Constitución de Cadiz y el Constitucionalismo Peruano. Ed. ADRUS, Arequipa. 2007.

perpetuas.

- El texto histórico de 1828, nos alcanzó la fórmula de gobierno que en su esencia prevalece **“Gobierno Popular, representativo y consolidado en la Unidad”**<sup>2</sup> delegó el ejercicio de soberanía en tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- El numeral primero de la carta de 1828 sentó las bases de peruanidad, en el sentido **“que la Nación no puede admitir unión o federación con otros Estados en menoscabo de su independencia”**<sup>3</sup>.
- Posterior al texto madre de 1828 que fue promulgada por José de la Mar, y a menos de 7 años de vida republicana, el país ya había contado con tres leyes magnas; la liberal de 1823, la bolivariana de 1826 y la histórica de 1828; y luego de éstos textos se dicta la Constitución de 1834.
- En Primavera de 1833, se reunió la Convención Nacional para modificar el texto de 1828 y así cumplir con la idea plasmada por el eminente constitucionalista Francisco Javier de Luna Pizarro; en el sentido de evitar mayor inestabilidad institucional, se hacía necesario someter a un proceso de evaluación y revisión al Código Político de 1828.
- En los primeros diez años de existencia constitucional, la comunidad jurídica y política peruana centró sus debates en tres temas a decir del profesor Raúl Chanamé: La forma de gobierno, las relaciones entre los poderes clásicos sometidos al Poder Constituyente y la necesaria descentralización a través del Poder Municipal y las Juntas Departamentales.
- La Carta de 1834 la impuso Luis José de Orbegoso y en ella se reiteró lo preceptuado en la ley mentora de la República de 1828, es decir la forma de Gobierno fue la popular, la representativa, basada en la consolidación de una Nación unitaria y estructurado, el Estado en los niveles del Poder Constituido heredado del sistema británico.
- La Constitución de Huancayo de 1839 liderada por el general Agustín Gamarra no fue ajena a los conflictos geopolíticos de entonces en la sub-región andina, y que mantuvo al país en zozobra. La confederación Peruana-Boliviana fue la razón de la desazón, éste proyecto lo lideró el Mariscal

<sup>2</sup> Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 157

<sup>3</sup> Chanamé Orbe, Raúl. Comentarios de la Constitución Política. Jurista Editores. Lima. 2007.

Andrés de Santa-Cruz y con él participaron los liberales más ilustrados que pretendieron poner freno a las propuestas expansionistas de aquellos países que no tenían definidas sus fronteras nacionales.

- Producto de la convulsión política generada por los conflictos regionales expansionistas, se convocó al Congreso Constituyente que se instaló en Huancayo en 15 de Agosto de 1839 y cuyo primer acto político quedó reflejado en la ratificación de Presidente Provisional General Agustín Gamarra. Esta Carta suprema asumió una postura centralista, que condujo a la desaparición de la institución municipal y la reemplazó con las intendencias, vieja instancia colonial.
- La forma de gobierno quedó diseñada como la del texto de 1834, es decir: representativa, popular y unitaria.
- La carta de Huancayo suprimió la figura de la Vice-Presidencia, que incorporó la ley fundamental de 1828 y delineó la propuesta centralista en manos de poder vertical nada democrático, suprimiendo a las Juntas Departamentales. El texto desnaturalizó a uno de los pilares de la confederación, que fue impulsar la descentralización y sus demandas basadas en propuestas fiscales de gasto público equitativo.
- La Constitución liberal de 1856 recibió marcada influencia de la denominada ola liberal francesa producto de la revolución de 1848 y la carta Gala del mismo año.
- Las propuestas liberales descansaron en el ejercicio efectivo de libertades públicas y privadas y derechos puestos en práctica a través del cariz sufragista. Los derechos constitucionales que trascendieron fue el de: “no ser expatriado, el de la libertad de prensa y de trabajo, el acceso a la instrucción primaria, el derecho de petición y la propiedad intelectual”<sup>4</sup>.
- La carta de 1856 cuya autoría corresponde a Ramón Castilla tomó como banderas las posturas antimilitarista y laicas. En relación a éstas últimas el precepto legisló “La Nación prefiere la religión católica, apostólica, romana. El Estado la protege por todo los medios conforme al espíritu del evangelio y no permite el ejercicio público de otra alguna”<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 173.

<sup>5</sup> Cáceres, Jorge, Ob. Cit. Pág. 161.

- En lo vinculado a la forma de gobierno, la definió en base a una estructura de índole democrático y representativo y con un diseño de orden unitario; frente a este planteamiento normativo constitucional las propuestas federalistas quedaron descartadas y archivadas.
- No podemos dejar de mencionar que el movimiento constitucional de la época, estuvo antecedido de una guerra civil, que como epílogo generó la cimentación definitiva de la abolición de la esclavitud como principio de alto contenido axiológico y la no tolerancia del abusivo tributo indígena.
- La primera Constitución impulsada por el Mariscal de la civilidad Ramón Castilla aportó al constitucionalismo peruano una serie de insumos como a reducción del mandato constitucional a 4 años, la división del Parlamento en el senado y la Cámara de Diputados, nace el Gabinete es decir el Consejo de Ministros, y con ello queda abolido el viejo Consejo de Estado heredado de la Constitución de Cádiz de 1812, incorporó el sufragio directo para los varones peruanos y no para las mujeres, con la condición excluyente de índole cultural, es decir; saber leer y escribir. Se ejerció democráticamente el derecho político de la elección del Presidente de la República.
- Los representantes ante el Congreso provenían de la decisión del poder constituido y cada provincia contaba con un representante titular y un suplente, hoy llamado accesitario. Lo peculiar de la elección parlamentaria radicó que el candidato tenía que contar con una serie de requisitos de orden patrimonial (contar con una renta de 500 pesos) o el de ejercer la función pedagógica (Condición cultural, status profesional).
- Con este texto político se incorporó la figura de la inmunidad parlamentaria y con ella se inauguró un largo y penoso sendero protector de los abusos del poder de los parlamentarios, escudados en la inmunidad; confundida irracionalmente con la impunidad.
- En esta ley magna se fortalecen a las Juntas Departamentales y al régimen interior de la República que estableció la división territorial en departamentos y provincias litorales y éstas en distritos. Las Juntas funcionaban en la capital de cada departamento y sus atribuciones eran consultivas, deliberativas y jurisdiccionales.
- La Constitución Política de 1860, es la norma suprema de mayor vigencia constitucional (59 años y 6 meses) y salvo con la interrupción temporal de la

Constitución de 1867 de efímera vida republicada (Agosto de 1867 a enero de 1868).

- Esta norma constitucional sistematizada rigió de 1860 a 1920, y con ella se fortaleció la forma de gobierno tradicional peruano que fue plasmado en la carta de 1856; incorporando el termino de gobierno republicano, en alusión a la era o etapa de un país con soberanía institucional y con profunda identidad cultural y política.
- Este segundo documento de contenido valorativo, que lo promulgó Don Ramón Castilla, incluyó reformas trascendentales sobre las garantías individuales, entre los que destacó la prohibición de esclavos y se innovó el carácter indefinido de los cargos judiciales.
- Bajo la vigencia del texto en análisis, se dictó la ley de descentralización fiscal, que creo el llamado impuesto a las tierras, que con sus fondos recaudados permitieron obras de desarrollo en las provincias alejadas y se instauró los presupuestos departamentales, cuya aplicación permitía una descentralización eficaz y eficiente de los pueblos de la serranía y de la costa, marginados por el centralismo limeño. Lamentablemente, estos proyectos pilotos descentralistas fueron derogados durante el gobierno de Augusto Leguía (1920)
- La Constitución de 1867 en su artículo 43 precisó lo siguiente: **“Gobierno Republicano, democrático, representativo, fundado en la unidad”**<sup>6</sup>; reitero lo preceptuado en la carta de 1862.
- La norma constitucional mencionada no se materializó y posterior al 6 de enero de 1868, se restituyó la vigencia de la Constitución de 1860 llamada por el maestro Jorge Basadre “Transaccional”, por su efecto conciliador que buscaba satisfacer exigencias conservadoras, empero filtro aportes de los liberales, con la finalidad de generar estabilidad en el país.
- Los antecedentes de la llamada Constitución de la patria nueva de 1920, los encontramos en la comisión nombrada por el caudillo civilista Don Nicolás de Piérola (octubre de 1895) con el sano propósito patriótico de reformar la carta de 1860, quienes integraron la comisión fueron viejos amigos y allegados políticos del régimen entre los que destacaron Juan José Calle,

<sup>6</sup> Cáceres. Jorge. Ob. Cit. Pág. 157

Carlos Polar y Don Alejandro Arenas.

- Recordemos que el maestro samanquino Juan José Calle, fue autor de un brillante proyecto constitucional relacionado a una sesuda propuesta descentralista fundada en la fuentes federales. Esta tesis federativa encontró resonancia en Iquitos, proclamando el **“Estado Federal de Loreto”**<sup>7</sup> gesta encabezada por el oficial pierolista Ricardo Seminario, que no encontró mayor respaldo social permanente.
- No podemos dejar de resaltar algunas lecciones de la historia referidas a las elecciones de 1919 que protagonizaron Augusto Belisario Leguía y Salcedo que contó con el apoyo político de los denominados sectores contestatarios al sistema y el candidato del civilismo Antero Aspillaga. Antes de asumir el mando, Augusto Leguía, por segunda vez, se produjeron conspiraciones palaciegas y ante ello Leguía se anticipó a lo que se denominó **“un golpe de Estado que desconociera su elección”**<sup>8</sup> y con el respaldo del Ejército, se instaló en Palacio de gobierno en julio de 1919, antes de asumir formalmente la presidencia el 28 de julio, la historia registra este hecho como **“un golpe de Estado del Presidente Electo”**<sup>9</sup>.
- Con estos acontecimientos políticos se cerró la época llamada por el maestro Jorge Basadre “República Aristocrática” (1895-1919).
- El Presidente legal empero de facto Augusto Leguía, anuncio una serie de medidas y reformas, las cuales serían plebiscitadas entre las que destacaron; la renovación del Poder Legislativo y la elección de los representantes nacionales por circunscripciones departamentales y provinciales. El mandato Presidencial y Congressional quedaría establecido en 5 años.
- Se incorporó en éstos debates, la necesidad de contar con una carrera judicial, donde se fijen las condiciones éticas y profesionales para los ascensos y a su vez se plasmó la propuesta de la no suspensión de las garantías individuales; ésta tesis legítima fue irrupida y violada por el propio gobierno de Leguía (1919-1930). El recurso de hábeas corpus adquirió rango constitucional, producto de ley de octubre de 1897.
- Destacamos el otorgamiento de autonomía a las Municipalidades en materia

<sup>7</sup> Chanamé, Raúl. Ob. Cit. Pág. 72.

<sup>8</sup> Chanamé, Raúl. Ob. Cit. Pág. 72.

<sup>9</sup> Chanamé, Raúl. Ob. Cit. Pág. 73.

económica y administrativa. A su vez se normó sobre el consejo de Estado como ente de opinión y asesoramiento, compuesto por siete integrantes y designados por el Consejo de Ministros.

- Estas reformas fueron sometidas a plebiscito y recibieron el respaldo ciudadano.
- Uno de los principales y positivos aportes radicó en incorporar las propuestas del proyecto constitucional de Weimar de 1919 y lo plasmado en la vigente Constitución mexicana de Querétaro de 1917 sobre los denominados derechos socializantes que encontró su fuente en la doctrina del constitucionalismo social; que conllevó a una mayor humanización de los derechos fundamentales, vinculados al respeto y aplicación de las conquistas sociales en el campo laboral, sindical, universitario, de la salud, de la educación y por ende de la cultura y de la seguridad social.
- La corriente doctrinaria del constitucionalismo social, fue calando y adquiriendo reconocimiento en los sistemas de gobierno latinoamericano, pero no así en el peruano, producto del descrito del gobierno dictatorial que no respetó su propia Constitución, que prohibía la reelección presidencial inmediata, modificando el texto original de 1920 e introduciendo reformas ilegítimas como la ley 5857 del 4 de octubre de 1927 que le permitió reelegirse inconstitucionalmente a Don Augusto Leguía y Salcedo.
- El texto de 1920 consignó en su numeral 68, la forma de gobierno republicano, democrático, representativo, fundado en la unidad de la Nación y del Estado.
- El precepto constitucional mencionado fue irrumpido, quebrado e incumplido por el gobierno dictatorial de Leguía, que se encargó de perpetrarse en el poder constituido por once largos años.
- La carta de 1933, **“no consignó en forma expresa articulado alguno relacionado a la forma de gobierno”**<sup>10</sup>.
- El texto del 33, contó con una serie de antecedentes del perfil histórico y político; después de la caída de Leguía y el levantamiento militar en Arequipa a cargo de Luis Sánchez – Cerro (22 de Agosto de 1930).
- La presidencia de la República a partir de agosto de 1930 estuvo en manos de

<sup>10</sup> Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 158.

militares, civiles y clérigos. Primero la Junta que presidió el General Manuel María Ponce, posterior al oficial del Ejército, se le encargó interinamente la Presidencia al Obispo Olgún y éste convocó a una Junta de Notables Presidida por David Samané Ocampo.

- Posterior a éstos episodios republicanos se convocó a elecciones generales, siendo favorecido el General Sánchez-Cerro, con el voto ciudadano.
- La Junta de Gobierno, nombró una comisión integrada por ilustres personajes para que redactarían el proyecto constitucional de 1931, que la presidió el maestro Samarquino Manuel Vicente Villarán y con él los pensadores de la talla de Víctor Andrés Belaúnde, José León Barandiarán, Toribio Alayza y Paz Soldán, Emilio Romero, Jorge Basadre, Luis E. Valcarcel entre otros peruanos de primera línea. Lamentablemente el proyecto Villarán no fue tomado en cuenta por la comisión de constitución del Congreso y la encarpetaron, a pesar de su gran aporte valorativo, histórico y cívico.
- La Constitución de 1933 fue promulgada por el Presidente Luis Sánchez-Cerro en abril del mismo año y rigió los destinos del país hasta la entrada en vigencia de la Carta de 1979. El texto del 33 fue aplicado irracionalmente en épocas de dictadura (Benavides, Odría, Velasco y Morales Bermúdez) y permitió la práctica democrática en los escasos períodos constitucionales, con ella las mujeres peruanas ejercieron sus derechos políticos y vecinales, ya que participaron activamente en la vida política de la Nación. Las primeras senadoras y diputadas fueron elegidas en 1956, durante el segundo gobierno de Manuel Prado Ugarteche y a su vez se eligieron a regidoras en las distintas jurisdicciones provinciales y distritales de la República.
- Lo nefasto e inconstitucional, que provocó altos rasgos de discriminación por razones ideológicas, reposó en la ley de emergencia, por la cual se puso fuera de la ley al Partido Aprista y a sus líderes encabezados por Víctor Raúl Haya de la Torre y lo establecido en el artículo 53, de contenido arbitrario, que limitaba el libre ejercicio de derechos políticos elementales.
- La Constitución Política de 1979, que fue promulgada por el Presidente Fernando Belaúnde Terry, en su artículo 79 estableció la forma de gobierno **“Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado”**<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Cáceres, Jorge. Ob. Cit. Pág. 158

- Estos tres elementos normados en el precepto 79, se constituyen, en necesarios para la determinación del modo y estructura que adopta el Estado republicano, democrático y social peruano a partir del siglo vencido desde una óptica formal.
- Lo unitario lo percibimos como carácter único e indiviso de todo el conjunto de la organización político – territorial y político – jurídico.
- Ello podemos concretizarlo en un territorio, un poder, una Nación, una soberanía y una representación. La concepción unitaria es distante a la federal que establece fusión de territorios, de poderes, de soberanía y de representación; respetando los niveles de autonomía e independencia.
- Lo representativo, significa **“que el poder emana del pueblo pero no ejerce por él sino por sus representantes elegidos en sufragio universal”**<sup>12</sup>.
- Este principio constitucional de representatividad, descansa en la opción constitucional que sin duda ha sido y debe ser la democracia representativa.
- Los constituyentes del 79, apostaron por la propuesta de un auténtico gobierno descentralizado, estructurado en tres niveles estaduales cada uno dotado de competencias constitucionales y atribuciones administrativas, debidamente expresadas y custodiadas en su doble autonomía constitucional.
- El proceso de descentralización, se convirtió en una necesaria política de Estado y no solo de gobierno, que debió implementarse a partir de julio del año 80, que se reinstaló el sistema democrático en el Perú producto de las elecciones generales de abril del 80, donde el partido de Acción Popular obtuvo el respaldo ciudadano y venció en una contienda democrática al Partido Aprista que llevó como candidato al Sr. Armando Villanueva del Campo. Este anhelado proyecto estatal de la descentralización vía los gobiernos regionales, recién nueve años después se implementó con la elección de las autoridades regionales; que fueron cesadas inconstitucionalmente en abril de 1992, producto del llamado “Auto-golpe de Estado” que lideró el entonces Presidente Alberto Fujimori.
- El maestro Manuel Vicente Villarán, plasmó firmemente los fundamentos doctrinarios del gobierno unitario **“En el gobierno unitario todas las**

<sup>12</sup> Rubio Correa, Marcial. Bernal Ballesteros, Enrique. Constitución y Sociedad Peruana. Mesa Redonda editores. Lima 1988.

**funciones de la soberanía, tanto interna como externa o internacional, pertenecen a un solo Estado”<sup>13</sup>.**

- El jurista Villarán nos recuerda que las democracias se han manifestado con el transcurrir de la historia desde dos posturas: **“la primera es la que se llama gobierno representativo, la segunda gobierno directo”<sup>14</sup>.**
- Podemos deducir que cuando el poder constituido ejerce el poder real, se hace necesario que los gobernantes, consulten sus decisiones por medio de la participación ciudadana y en ello radica la democracia representativa, expresada en el sufragio, que se convierte en instrumento eficaz de la voluntad del soberano.
- La democracia es el elemento rector de la educación, ya que a través de ella el ciudadano desarrolla sus facultades inherentes a todo sujeto de derechos.
- Las democracias representativas -lo señala el maestro Villarán- son la expresión de los gobiernos representativos, **“que suponen cierto grado de instrucción en las masas”<sup>15</sup>.** Esta gran propuesta hoy adquiere imaginable importancia para el fortalecimiento del Estado Constitucional que cuenta con una serie de insumos como: la tolerancia, la gobernabilidad y la cultura democrática del poder constituyente, que debe actuar con altos indicadores de responsabilidad cívica.
- La vigente Constitución de 1993 nos alcanza la fórmula de gobierno histórica y republicana normada en el numeral 43 **“su gobierno es unitario, representativo y descentralizado y se organiza según el principio de separación de poderes”<sup>16</sup>.**
- El tercer párrafo del precepto constitucional hace referencia a la forma de gobierno, que contiene a las características del gobierno del Estado; la primera es unitario, lo señalado encuentra fundamento en la dimensión gubernamental estadual que tiene un alcance nacional. El nivel de gobierno nacional o central radica no sólo en los poderes clásicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) sino a su vez en los institutos y órganos reconocidos por la Constitución Política y que por su magnitud y alcances supremos

<sup>13</sup> Villarán Manuel Vicente. Lecciones de Derecho Constitucional. Fondo Editorial P.U.C.P. Lima 1998. pág. 345.

<sup>14</sup> Villarán, Manuel. Ob. Cit. Pag. 347.

<sup>15</sup> Villarán, Manuel. Ob. Cit. Pág. 353

<sup>16</sup> Cáceres, Jorge. Ob. Cit. 158.

adquieren un status político e institucional singular y preferencial. En síntesis son los órganos del Estado y del gobierno como así lo desarrolla doctrinariamente el profesor Víctor García Toma.

- El carácter representativo del gobierno radica en quienes ejercen el poder real y formal de todos los niveles de gobierno, cuentan con el respaldo legítimo y legal, directo e indirecto, cuya fuente es el poder social.
- El gobierno descentralizado como lo define el profesor Enrique Bernaldes, se constituye en **“que todo poder de decisión reside en el nivel nacional del Estado: También hay organismos de gobierno intermedio – regionales y locales que tienen competencias propias y exclusivas, que ejercen sin consultar al gobierno central, y sin que éste puede intervenir en ellas”**<sup>17</sup>.
- El principio de separación de poderes encuentra como guía, que el poder público de un nivel de gobierno o poder constitucional, no recaiga en manos de una o de pocos individuos, sino que el poder político de índole gubernamental está distribuido en forma racional, equitativa y democrática entre los distintos órganos constitucionales, conforme a sus competencias y atribuciones que les reserva el mandato constitucional.
- Las distintas formas de gobierno o modelos o estructuras como así las denomina el destacado ex Presidente del Tribunal Constitucional Peruano Víctor García, se basan en tres aspectos sustanciales: **“Modo de selección de los gobernantes y la manera o estilo de actuación política de éstos, modo de ordenación, distribución, coordinación y control de las competencias políticas de los órganos de poder estatal y modo de conexión de los postulados ideológicos y con las instituciones político-jurídicas”**<sup>18</sup>.
- Considerando estos modelos de gobierno estamos en la posibilidad de alcanzar las distinciones estructurales y nominales entre los sistemas políticos y los regímenes políticos.
- Los sistemas políticos, se refieren como lo explica el profesor García Toma, a las propuestas de índole ideológico vinculantes a las instituciones de gobierno.
- Estos sistemas contienen propuestas económicas y políticas referidas a la

<sup>17</sup> Bernaldes Ballesteros, Enrique. La Constitución de 1993. ICS Editores. Lima. 2006.

<sup>18</sup> García Toma, Víctor. Legislativo y Ejecutivo en el Perú. Jurista Editores Lima. 2006.

organización política y a la estructura social. Algunas clases de estos sistemas admiten opiniones plurales.

- El clasificador descansa en la propuesta ideológica y filosófica vista desde la perspectiva política y estas clases son gobierno absolutista, gobierno liberal, gobierno fascista, gobierno democrático – social y gobierno marxista.
- Los regímenes políticos están relacionados a las formas de conexión entre los órganos constitucionales que ejercen poder político; éstos regímenes en esencia admiten una pluralidad objetiva del auténtico ejercicio del poder político, estos son: régimen parlamentario, el régimen presidencial, el régimen de asamblea y el dictatorial, el régimen mixto y compuesto y por último el régimen sultanático.
- El sistema político peruano se encuentra alienado y conectado por la historia constitucional al sistema de gobierno democrático – social.
- En cambio, el régimen político en esencia no es ni parlamentario, ni presidencial; lo podemos ubicar en el modelo mixto o compuesto, y recogemos la denominación política que el magnífico politicólogo Pedro Planas lo diseñó como **“La forma latinoamericana de gobierno”**<sup>19</sup>.
- No podemos dejar de mencionar la propuesta del maestro mexicano Jorge Carpizo **“Una tipología del Presidencialismo Latinoamericano”**<sup>20</sup>.
- En lo que se refiere al régimen político de gobierno adoptado por nuestro país, este se ha consolidado por contar con las principales características del régimen presidencial como la elección del Presidente de la República y que los poderes del Jefe de Estado y del Jefe de gobierno estén concentrados en un ciudadano, elegido cada cinco años, empero contamos con la característica pura del régimen parlamentario de la existencia y reconocimiento constitucional del Consejo de Ministros desde 1856 y la figura de la censura e interpelación ministerial que producto de las prácticas parlamentaria durante el primer gobierno de Ramón Castilla, adquirieron rango constitucional (Caso Diputado Pedro de la Quintana y Ministro Pardo y Aliaga).

<sup>19</sup> Planas Silva, Pedro. Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional en América Latina. LPG Editores. Arequipa 1999.

<sup>20</sup> Carpizo, Mac – Gregor, Jorge. Concepto de Democracia y Sistema de gobierno en América Latina. Idensa Editores. Lima. 2008.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE. La Constitución de 1993. ICS Editores. Lima. 2006.
- CÁCERES ARCE, JORGE LUIS. La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano. Ed. ADRUS, Arequipa. 2007.
- CARPIZO, MAC – GREGOR, JORGE. Concepto de Democracia y Sistema de Gobierno en América Latina. Idensa Editores. Lima. 2008
- CHANAMÉ ORBE, RAÚL. Comentarios de la Constitución Política. Jurista Editores. Lima. 2007.
- GARCÍA TOMA, VÍCTOR. Legislativo y Ejecutivo en el Perú. Jurista Editores Lima. 2006.
- PLANAS SILVA, PEDRO. Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional en América Latina. LPG Editores. Arequipa 1999.
- RUBIO CORREA, MARCIAL. BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE. Constitución y Sociedad Peruana. Mesa Redonda editores. Lima 1988.
- VILLARÁN MANUEL VICENTE. Lecciones de Derecho Constitucional. Fondo Editorial P.U.C.P. Lima 1998.

# REFORMA DEL ESTADO: SEGURIDAD JURÍDICA Y TRIBUTACIÓN

Por: José Alejandro Suárez Zanabria\*

**SUMARIO:** Antecedentes. Seguridad Jurídica y sus características. Experiencias judiciales. Potestad tributaria legislativa y potestad tributaria aplicativa. Corolario.

Los principios generales del Derecho cumplen una función jurídica de marcada trascendencia, y en forma especial en el campo del Derecho Tributario, por cuanto, tal como lo puntualiza el Dr. Ramón Valdez Costa, si bien los principios jurídicos fundamentales de la Constitución se proyectan sobre todas las ramas del ordenamiento, adquieren un particular significado en el Derecho Tributario, porque en él, *“El Estado asume la triple función de creador de la obligación, acreedor de ella y juez de los conflictos que se presenten”*. En consecuencia, estamos ante una relación jurídica desigual, desde que el sujeto activo de esta relación es el Estado.

Siendo que el presente artículo trata de la seguridad jurídica (entendida ésta como un principio general del derecho) y la tributación, dentro de un esquema de reforma del Estado, es importante precisar si la seguridad jurídica debe ser considerada como un principio general del Derecho. Para ello revisaremos qué entienden por principio de Derecho, algunos estudiosos. Veamos algunas definiciones y conceptos:

FRANCESCO CARNELUTTI: *“Los principios generales del Derecho no son algo que existan fuera, sino dentro del mismo Derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del Derecho escrito como el alcohol dentro del vino; son el espíritu o la esencia de la Ley”*.

\* Abogado. Docente universitario UCSM y UNSA.

CELSO BIDART: *“Los principios de una rama del Derecho positivo surgen de la consideración de sus normas. Se consideran como los criterios que las han inspirado con un alcance general, no referido a una disposición concreta – ratio legis, razón, motivación legal- , aún conjunto, a todas ellas o al menos a un sector de ellas”.*

MARCIAL RUBIO CORREA: *“Son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informa la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos, conjuntos y del propio Derecho como totalidad. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y su funcionamiento.”*

Ahora bien, la palabra seguridad proviene de securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de segura) que, significa estar SEGUROS DE ALGO y libre de cuidados.

El Estado, por un lado, al ejercer su "poder" político, jurídico y legislativo. tiene la obligación de otorgar "seguridad jurídica" al ejercer su "poder" político, jurídico y legislativo. Por otra parte, para el ciudadano común es la garantía de que su persona, sus bienes y derechos no serán conculcados; o de que si esto llegara a suceder, recibirá protección y reparación.

En resumen, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo que su situación jurídica no será modificada sino por procedimientos regulares y previamente establecidos.

Retrocediendo en el tiempo encontramos los orígenes del Principio de Seguridad Jurídica en materia tributaria. Así tenemos que en el año 1776, ADAM SMITH, recogió en su obra *“Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones”* cuatro máximas impositivas: Igualdad, certidumbre, comodidad del pago y economía en la recaudación. Con relación a la Certidumbre el autor consigna: *“El impuesto que cada individuo está obligado a pagar debe ser cierto y no arbitrario. El tiempo de su cobro, la forma de su pago, la cantidad adeudada, todo debe ser claro y preciso, lo mismo para el contribuyente que para cualquier otra persona. Donde ocurra lo contrario resultará que cualquier persona sujeta a la obligación de contribuir estará más o menos sujeta a la férula del recaudador; quien puede muy bien agravar la situación contributiva en caso de malquerencia, o bien lograr ciertas dádivas,*

*mediante amenazas. La incertidumbre de la contribución da pábulo al abuso y favorece la corrupción de ciertas gentes que son impopulares por la naturaleza misma de sus cargos, aún cuando no incurran en corrupción y abuso. La certeza de lo que cada individuo tiene obligación de pagar es cuestión de tanta importancia, a nuestro modo de ver, que aún una desigualdad considerable en el modo de contribuir, no acarrea un mal tan grande –según la experiencia de muchas naciones– como la más leve incertidumbre en lo que se ha de pagar”.*

De otro lado, el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada el 26 de agosto de 1789, establece: *“El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.*

Por su parte, el profesor español SAINZ DE BUJANDA sostiene: *“La seguridad en su doble manifestación –certidumbre del derecho y eliminación de la arbitrariedad– ha de considerarse ineludiblemente en función de la legalidad y la justicia. Esta última y la seguridad son valores que se fundamentan mutuamente y que, a su vez, necesitan de la legalidad para articularse de modo eficaz”.*

Asimismo, el reconocido profesor brasileiro GERALDO ATALIBA sostiene que *“el derecho es por excelencia instrumento de seguridad jurídica. Es él quien asegura a gobernantes y gobernados sus recíprocos derechos y deberes, haciendo viable la vida social. Por ello puede predicarse que cuanto más segura jurídicamente es una sociedad, es tanto más civilizada”.*

De lo esbozado por estos especialistas, concluimos en lo siguiente:

- (I) Que la seguridad jurídica es uno de los principios fundamentales para la organización y funcionamiento de un estado democrático,
- (II) Que la seguridad jurídica es una condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran,
- (III) Que la seguridad jurídica exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza, que permita a las personas mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen; y,

(IV) Que la seguridad jurídica representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que las personas saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio.

Ahora bien, el principio de seguridad jurídica en materia tributaria debe manifestarse a través de dos vertientes principales: (I) La Potestad Tributaria Normativa y (II) la Potestad Tributaria Aplicativa.

La Potestad Tributaria Normativa, es aquella facultad inherente al Estado, según la cual, puede crear, modificar, suprimir tributos o establecer exoneraciones de manera unilateral y dentro de los límites que para tales efectos precisa el artículo 74 de la Constitución Política del Estado, sobre la base de los principios jurídico tributarios de legalidad, reserva de la ley, igualdad, no confiscatoriedad y respeto a los derechos fundamentales de la persona.

El principio de seguridad jurídica obviamente alcanza su máxima expresión en la Potestad Tributaria Normativa, pues ello implica un irrestricto respeto a los derechos, principios y garantías constitucionales, tales como: la plena vigencia del estado de derecho, acatamiento a los principios jurídico tributarios antes precisados, mínima flexibilización a la reserva de la ley, irretroactividad de las normas tributarias, respeto a la jerarquía normativa, estabilidad de las normas tributarias, transparencia, respeto al debido procedimiento y limitada aplicación de las presunciones legales.

No obstante lo señalado, también resulta de especial trascendencia el Principio de seguridad jurídica en la Potestad Tributaria Aplicativa. Esta Potestad Tributaria Aplicativa es la gestión orientada a la recaudación de los tributos, que se efectiviza a través de la actuación de la Administración Tributaria, en su calidad de representante del Estado como acreedor de la relación jurídico tributaria. El accionar de la Administración Tributaria debe mantenerse absolutamente sometido a la ley y a la jurisdicción, sin exceder sus competencias y con exclusión de cualquier posible arbitrariedad. Únicamente, con estas consideraciones el ejercicio de la Potestad Tributaria Aplicativa contribuirá a la consolidación de la seguridad jurídica.

Este aspecto que llamamos Potestad Tributaria Aplicativa y que no es sino la gestión que efectúa la Administración Tributaria en cumplimiento del encargo estatal para proveer de recursos al Estado, es la que merece nuestra

particular atención y a ella nos vamos a referir a través de algunas experiencias profesionales, que me voy a permitir relatar:

1. Como sabemos el transporte público de pasajeros, con excepción del transporte aéreo, se encuentra exonerado del IGV y de acuerdo con el artículo 5 de la Ley que reglamenta este Impuesto, también están exonerados los contribuyentes por aquellos bienes que fueron adquiridos para ser utilizados en forma exclusiva en operaciones exoneradas. Dentro de este marco legal, SUNAT inicia un proceso de fiscalización a una empresa dedicada al servicio de transporte terrestre de pasajeros. Como consecuencia de las verificaciones efectuadas, se detectó que la empresa gravó con el IGV los refrigerios que servía a sus pasajeros durante los viajes, procediendo a pagar un impuesto indebidamente. Conforme hemos señalado previamente, siendo que los refrigerios son utilizados únicamente para un servicio exonerado (transporte público de pasajeros), se encontraba también exonerado del IGV. Detectada esta irregularidad, lo que legalmente correspondía hacer a la Administración Tributaria era determinar el monto de los pagos indebidamente efectuados y proceder a su devolución o en el peor de los casos a compensar esos pagos indebidos con cualquier otra obligación tributaria que no se hubiera honrado. No obstante, el auditor optó por obviar esta circunstancia haciendo de cuenta que no existía pago indebido alguno y procedió a cerrar la fiscalización. Cuando se le solicitaron explicaciones al respecto, afirmó que los procesos de fiscalización tienen como objetivo detectar irregularidades en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y que en cualquier caso, su función se limitaba a determinar deuda tributaria.
2. Otra experiencia. La ley del Impuesto a la Renta en su artículo 37, establece cuáles son los gastos necesarios para producir la renta y mantener la fuente generadora de riqueza, que pueden deducirse de la renta bruta. Dentro de los gastos deducibles se encuentran, en el inciso ñ) las remuneraciones del cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del propietario de la empresa, titular de la EIRL o socios o asociados de

las personas jurídicas, siempre que se acredite que efectivamente trabajan en la empresa y que la remuneración no excede el valor de mercado. La norma reglamentaria establece que para la determinación del valor de mercado deberá hacerse una comparación con un trabajador del mismo rango y de no existir éste, con un trabajador de rango inmediato superior o con un trabajador de rango inmediato inferior, siempre que éstos tampoco sean parientes.

En el caso planteado, se trata de una empresa familiar pequeña, en la que los cargos directivos están ocupados por el padre y por dos hijos, y los puestos operativos son ocupados por terceros sin relación de parentesco alguno con la familia propietaria.

La Administración Tributaria inicia un proceso de fiscalización, y se encuentran algunas contingencias menores. Siendo que estas contingencias, por el monto determinado, no justificaban una fiscalización; el auditor se concentra en los haberes de los relacionados. Sucede que la remuneración mayor, del gerente general, no superaba los S/. 3,500.00, y la diferencia entre los otros directivos era mínima, En consecuencia, se decide efectuar la comparación entre el sueldo mayor y el inmediatamente inferior, que en este caso correspondía a un asistente operativo, cuya remuneración era de S/. 900,00. Como podemos apreciar, obviamente, la comparación no resiste ningún análisis serio, en principio, porque S/. 3,500.00, no es de ninguna manera una remuneración que pueda considerarse fuera de los estándares del mercado, y en segundo lugar, porque no puede compararse la responsabilidad de un gerente en una sociedad anónima con la de un asistente operativo. Así se le hizo saber al auditor, quien aceptó lo descabellado de su intención. No obstante, “quiso inducir” al contribuyente a aceptar el reparo y presentar una declaración rectificatoria aceptando la deuda indebidamente determinada por este concepto. Para tales efectos, el auditor prometía no iniciar nuevas fiscalizaciones por los ejercicios no prescritos, es decir: tienes razón, la determinación de deuda no procede, pero si quieres que dejemos de molestarte acepta este reparo.

3. Tercer caso. Una empresa constructora inicia operaciones en el año 2007. A efectos de cumplir con su objeto social, uno de los socios le presta una cantidad determinada para la adquisición de maquinaria. El dinero del mutuo no ingresa a la caja de la empresa, sino que el socio mutuante emite un cheque directamente a la vendedora de la maquinaria. Siendo que la venta se realiza a favor de la empresa constructora, ésta procede a activar la maquinaria adquirida. A los pocos meses de iniciadas sus operaciones, la SUNAT decide iniciar un procedimiento de fiscalización. Como consecuencia de las verificaciones efectuadas, la Administración detecta que el cheque para el pago de la maquinaria adquirida no había sido emitido por la empresa y en atención a errores de forma en la contabilidad, decide determinar deuda sobre base presunta. Además, en atención a que el patrimonio de la empresa resulta menor a la deuda tributaria ilegalmente determinada, decide trabar medidas cautelares previas en forma de retención en las cuentas corrientes de la contribuyente, privándola de todo ingreso o flujo de dinero. Como consecuencia, la empresa tuvo que suspender actividades. En efecto, existe la ley de bancarización, que exige que toda transferencia de dinero que sea superior a los USD 1,500.00 o S/. 3,500.00 se haga a través de medios de pago y utilizando las instituciones bancarias y financieras. Como pretende la Administración que una empresa pueda seguir ejerciendo sus actividades si la SUNAT afecta flagrantemente el Derecho que tiene la empresa a trabajar libremente, a su derecho de propiedad, a su libertad contractual. La decisión de la Administración reviste mayor gravedad por cuanto, si bien es cierto, está plenamente facultada a dictar medidas cautelares previas para garantizar el pago de la obligación tributaria, la ley le franquea a la Administración toda una gama de posibilidades para ello. Por tal motivo, estas medidas de ninguna manera pueden ser tales que impidan el desarrollo de actividades de una empresa; pues tales actitudes atentan contra los derechos de los contribuyentes.

Los casos expuestos, que siendo absolutamente reales, obviamente son extremos, nos permiten apreciar que en algunos casos, la Administración Tributaria en su diario accionar, excede sus atribuciones y facultades, violentando el Principio de Legalidad administrativa y haciendo inalcanzable el

Principio de seguridad jurídica. Estos casos se generan tal vez por un excesivo celo de sus funcionarios, tal vez por una ausencia de formación o por otros motivos, pero en cualquier caso, lesionan seriamente la posibilidad de alcanzar una efectiva democracia, en la que tanto el Estado como los particulares se sometan voluntariamente al imperio irrestricto de la ley.

En efecto, el principio de seguridad jurídica se articula y se define a través del estricto cumplimiento del principio de legalidad, que en el aspecto aplicativo, tiene dos justificaciones principales: (I) la legitimidad del poder procede de la voluntad colectiva, cuya expresión es la ley; en consecuencia no pueden permitirse poderes personales o discrecionales por la simple razón que nadie está por encima de la ley. Todo el poder y toda autoridad que pueda ejercitarse, se encuentra definido en la propia ley. Únicamente en nombre de la ley puede imponerse obediencia. (II) La segunda justificación se sustenta en el hecho que la Administración Pública en su conjunto, está sometida a la ley. En efecto, nuestra estructura constitucional prevé la división de poderes. Así tenemos que el Poder Ejecutivo, como su mismo nombre lo señala, tiene por objeto ejecutar la ley. Por un lado, el Poder Legislativo crea las leyes y el Poder Ejecutivo debe limitar su actuación al marco legal previamente desarrollado por aquel. En igual situación se encuentra el Poder Judicial, que debe necesariamente basar sus decisiones en la ley. A esto se denomina principio de legalidad de la Administración.

La Potestad Tributaria Aplicativa, o la gestión de la Administración Tributaria como representante del Estado en su condición de acreedor tributario, debe proscribir actuaciones discrecionales, sin amparo legal. Sólo de esta manera, contribuirá a la consolidación del Principio de la Seguridad Jurídica.

Ahora bien, cómo se enmarca lo señalado dentro de la Reforma del Estado? De acuerdo a lo señalado por GUSTAVO GUERRA-GARCÍA en su obra "*La Reforma del Estado en el Perú, Pautas para Reestructurar el Poder Ejecutivo*", son tres conjuntos de factores que deben ser tomados en cuenta al examinar el contexto que enmarca los esfuerzos para reformar el Estado peruano: *1. Las características del contexto internacional y el proceso de globalización mundial. 2. La crisis de gobernabilidad democrática que el Perú ha experimentado. y 3. Las exigencias de la transición de un periodo de estabilización económica a uno de reformas estructurales y sociales.*

Por su parte, el profesor argentino HUGO LUIS DALBOSCO, señala:

*“En términos filosóficos el Estado es la unidad de forma y de fin. Esto significa que tiene una cierta prioridad sobre la sociedad civil dado que en función de esa unidad de orden y de fin despliega un aparato para intervenir en mayor o menor escala en ella. Lo hace a través del gobierno, que es el órgano de conducción, y de la administración, que está encargada de las decisiones”.* Como podemos apreciar, el autor hace una distinción entre el aspecto político (estructura o aparato del Estado) y la Administración. Entendiendo que ambos aspectos deberán ser tratados de manera independiente.

En ambas apreciaciones, el Principio de seguridad jurídica juega un rol trascendental, pues, comentando al Dr. GUERRA GARCÍA, no podemos pretender una reforma del Estado dentro de un contexto internacional de globalización, sin articular previamente, la seguridad jurídica. Así mismo, tanto la crisis de gobernabilidad democrática, como las exigencias de transición de un periodo de estabilización económica a uno de reformas estructurales y sociales, sólo podrá tener éxito en la medida que los servidores de la Administración pública y la colectividad en su conjunto, acepten la necesidad imperiosa de respetar la legalidad para alcanzar la seguridad jurídica.

En el mismo sentido, nos podemos pronunciar respecto a la dicotomía –aparato estatal y administración- que plantea el profesor DALBOSCO para enfrentar una reforma del Estado.

Como corolario debemos precisar que el Estado como componedor de los conflictos particulares resulta limitado e insuficiente, especialmente en materia tributaria, por tratarse de un espectro en el cual el propio Estado se encuentra involucrado como creador de la obligación, acreedor de ella y juez de los conflictos que pudieran derivarse. En tal sentido, la única fórmula que nos va a permitir enmendar esa situación se configura en el entendido que todo el derecho y los mecanismos que la ley organiza para su aplicación convergen hacia el objetivo común de suministrar seguridad jurídica a todos los integrantes de una colectividad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- BRAVO CUCCI, JORGE. Fundamentos de Derecho Tributario. Editorial Palestra. Lima, 2003.
- CÁASAS, JOSÉ O. Coordinador. Revista Jurídica de Buenos Aires,

- Derechos Humanos y Tributación. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Derechos Humanos y Tributación. Lexis Nexis Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2001.
- CUETO RÚA, JULIO C. Seguridad Jurídica. Fondo de Cultura Económica. Mexico, 2001.
  - SMITH, ADAM. Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones. Traducción al español de Gabriel Franco. Fondo de Cultura Económica. Mexico, 1997.
  - SUÁREZ GALDOS, EMILIO. La Flexibilidad y los Derechos Fundamentales del Derecho del Trabajo. Editorial Nezer Impresores E.I.R.L., 1994.
  - VALDEZ COSTA, RAMÓN. Curso de Derecho Tributario. Editorial Nomos. Bogotá, 2005.
  - [www.adonde.com/peru-peru/seguridad-jurídica](http://www.adonde.com/peru-peru/seguridad-jurídica)

# EL TEST DE PONDERACIÓN COMO PROTECCIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Por: Jhonny Tupayachi Sotomayor\*

*Ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente".*

*Karl Larenz.*

**SUMARIO:** I.A manera de introducción. II.El enfrentamiento de derechos fundamentales. III.Revisando un poco la doctrina. IV.El principio de igualdad. V.Revisando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. VI.A manera de conclusión. VII.Bibliografía.

## I. A MANERA DE INTRODUCCION

La sentencia de un Tribunal Constitucional (TC) más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho. Es por ello, y como señala el maestro Humberto Nogueira Alcalá<sup>1</sup>, que *"...el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al Tribunal Constitucional, aun cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios"*.

\* Abogado y Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Docente de Pre y Post Grado en diversas universidades de Arequipa y Puno. Estudios de Segunda Especialidad en Jurisdicción Internacional y Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Barcelona - España.

<sup>1</sup> NOGUEIRA ALCALA, Humberto, Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur, *Ius Et Praxis*, V. 10, N° 1, Talca, 2004.

## II. EL ENFRENTAMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En base a lo antes expuesto, se hace necesario el poder determinar aquellos criterios utilizados por el Tribunal Constitucional para interpretar tanto el texto o disposición constitucional que sirve de parámetro, como el precepto infraconstitucional sometida a juicio. Debemos destacar que los textos normativos son multisénticos, de ellos se extrae la norma como significado aplicado del texto, por lo que de un mismo texto o disposición puede obtenerse diversas normas entre las cuales debe decidir, lo que permite el desarrollo de las sentencias de interpretación conforme a la Constitución, lo cual tiene mayor trascendencia cuando se trata de Derechos Fundamentales.

Frente al caso concreto del enfrentamiento directo de Derechos Fundamentales, argüido por ambas partes procesales, se hace necesario tener bases sólidas de argumentos para poder sobreponer un derecho frente a otro al momento de resolver un proceso, es por ello que se recurre a la Ponderación, el mismo que es aplicado por nuestro Tribunal Constitucional pero en distintas formas y en los diversos casos presentados ante dicho organismo, siendo necesario el analizar dichos criterios de aplicación.

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos.

A lo largo de su funcionamiento el Tribunal Constitucional ha establecido y ha aplicado diversos criterios para determinar el principio de igualdad. Esos criterios han sido expuestos en tres diversas versiones del llamado “test” o juicio de igualdad: a) un juicio de la igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; b) un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad; y c) un original “juicio integrado de igualdad”, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas. En el presente ensayo analizaremos la aplicación de los dos primeros modelos por parte del Tribunal Constitucional, mientras que el tercero será objeto de nuestro estudio analizando las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Como bien lo señala Carlos Bernal Pullido, la diferenciación entre estos cuatro mandatos que se derivan de principio de igualdad, tiene mayor capacidad analítica y explicativa que la famosa fórmula, acogida por la Corte Constitucional Colombiana, para definir este principio: “hay que tratar igual a lo igual, y desigual a lo desigual”. Véase: Sentencia C-022/96. Esta fórmula no constituye un avance significativo en el procedimiento de interpretación del principio de

Por otra parte, el TC es el órgano de cierre del ordenamiento jurídico interno, ya que es el intérprete supremo y último de la Constitución, por lo cual al momento de resolver debe tomar las consideraciones necesarias para dar cumplimiento estricto a lo establecido en la Constitución, como su fiel guardián, pudiendo existir muchos casos en los cuales no sólo algunos artículos del texto constitucional se contrapongan en una interpretación literal, como también muchos derechos fundamentales consagrados, que son aplicados por los ciudadanos dentro de su trajín diario se ven enfrentados frente al de otros ciudadanos, llegando dicho conflicto a sede judicial y constitucional, lo cual hace relevante la solución de los mismos.

En estos casos de enfrentamiento de derechos fundamentales, es importante saber cuáles son los criterios de ponderación aplicados por el TC, el “Test de Proporcionalidad” ó “Test de Ponderación”, se hace necesario, por lo que, revisar la jurisprudencia constitucional se hace necesario para conocer los criterios asumidos por el mismo, dado que las decisiones del TC no tienen posibilidades de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno, la única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el complejo procedimiento de revisión supranacional.

El desarrollo de la magistratura constitucional y su trascendente potestad dentro del Estado pueden posibilitar el desarrollo institucional democrático del Estado, por otro lado, puede desarrollar y limitar los derechos fundamentales de las personas, los mismos que pueden ser expandidos o restringidos, ello a través los órganos constitucionales reconocidos, entre ellos el Tribunal Constitucional, de sus inspiraciones y valores dependerá en parte el destino jurídico del país. En efecto, el magno tribunal tiene dicha función, a través de la interpretación, capacidad de adoptar posiciones conservadoras o progresistas, el ponderar los valores y principios constitucionales y darles aplicación práctica a través de sus sentencias, donde hay un margen no despreciable de cierta discrecionalidad. No olvidemos las palabras señaladas en su oportunidad por el maestro Domingo García Belaúnde, que sostuvo que la Constitución no tiene otro significado que aquel que le otorgan los jueces constitucionales en sus sentencias "...vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es", por tanto, dependemos en parte importante del concepto de Constitución que asuman los magistrados constitucionales.

Es mediante el análisis de diversas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, que podremos determinar los criterios asumidos en el llamado “Test de Ponderación” que utiliza el dicho órgano del Estado, siendo esto aplicado a casos concretos, en los cuales pondera la preponderancia de un derecho fundamental frente a otro, siendo que en algunos casos dichos criterios constitucionales han adquirido la condición de precedente vinculante, siendo de estricto cumplimiento.

### III. REVISANDO UN POCO LA DOCTRINA

#### 3.1. La difícil conceptualización de los Derechos Fundamentales.

Al revisar la doctrina podemos avizorar la existencia de un consenso en la sociedad para reconocer la existencia de un grupo de derechos que todo ser humano posee y cuyo ejercicio se encuentra en contraposición a los poderes del Estado<sup>3</sup>, tampoco podemos negar la gran dificultad que existe para la delimitación del contenido de los mismos –que conlleva a su definición- como en la determinación de su denominación.

Ante la falta de una definición consensuada, creemos necesario desarrollar el tema en base a una noción que nos sirve de guía, una definición que tenga efectos operativos. En la doctrina española, Antonio Enrique Pérez Luño esboza una definición que a saber de muchos juristas como Javier Murguena y Gregorio Peces-Barba<sup>4</sup>, reúne los elementos más importantes.

La definición que Pérez Luño propone establece que los Derechos Fundamentales son: *“Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”*<sup>5</sup>.

igualdad, pues no resuelve la pregunta relevante: ¿Cuándo dos situaciones deben considerarse iguales o desiguales?, en “El Juicio de Igualdad en la Corte Constitucional Colombiana”, Comisión Andina de Juristas, <http://www.cajpe.org.pe/trij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>, p. 1.

<sup>3</sup> NIKKEN, Pedro, El concepto de Derechos Humanos, NOVAK, Fabián y Sandra NAMIHAS, Los Derechos Humanos en instrumentos internacionales y su desarrollo en la doctrina, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 9.

<sup>4</sup> Debemos destacar el enjundioso trabajo del profesor Peces Barba, quien desarrolla en forma clara y precisa el concepto y fundamento de los derechos, estableciendo una correcta acepción a los derechos fundamentales ello en: PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Teoría General, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1999, pp. 21-38

<sup>5</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 6ta. Ed., 1992, p. 22.

Podemos señalar que en esta definición, se reconoce el carácter evolutivo de los derechos fundamentales, puesto que en la historia los derechos fundamentales no han tenido la misma tratativa; por otro lado, se reconoce el carácter primigenio de los derechos naturales los cuales son propios de la dignidad humana y por último reconoce la necesidad de consagrar estos derechos en normas positivas, que no solo fijan las conductas socialmente deseables sino que también establecen responsabilidades y mecanismos de sanción a quienes infrinjan o violen estas normas.

Nuestro magno Tribunal Constitucional, ha reconocido los derechos fundamentales de la siguiente forma:

(...) Los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica. En ese orden de ideas, permiten la consagración práctica del postulado previsto en el artículo 1° del referido texto que concibe a la persona humana como “el fin supremo de la sociedad y del Estado”. De este modo, la garantía de su vigencia dentro de nuestra comunidad política no puede limitarse solamente a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los diversos individuos, sino que también debe ser asumida por el Estado como una responsabilidad teleológica<sup>6</sup>.

El concepto de derechos fundamentales comprende<sup>7</sup>:

“tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.” (Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37).

<sup>6</sup> Exp. N° 1042-2002-AA, 06/12/02, fundamento 2.2.

<sup>7</sup> Exp. N° 1417-2005-AA, 08/07/05, fundamento 2.

### 3.2. El Test de Ponderación

El termino ponderación deriva de la loción latina “*pondus*” que significa peso, la misma que obtiene sentido, porque cuando el juez o el fiscal ponderan, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. Inicialmente podemos señalar que la ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario

Por otro lado, Carlos Bernal Pullido<sup>8</sup> define la ponderación como “(...) la forma como se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan *que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”.

### 3.3. La estructura de la ponderación

Como bien señala Carlos Bernal Pullido<sup>9</sup>, ha sido Robert Alexy quien con mayor precisión ha expuesto la estructuración de la ponderación, es por ello, que para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

#### 3.3.1. La Ley de Ponderación

La ley de ponderación propone que en “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. En cumplimiento de estos preceptos, y como bien señala Robert Alexy, debe seguirse tres pasos: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de la afectación de uno de los principios.

Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio de juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> BERNAL PULLIDO, Carlos, La Ponderación como procedimiento para interpretar los Derechos Fundamentales, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/5.pdf>, citando a ROBERT, Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 86 y 87.

<sup>9</sup> BERNAL PULLIDO, Carlos, Ob. Cit. pp. 21-27.

<sup>10</sup> Cfr. ALEXY, Robert, Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Carlos Bernal Pullido, REDC, N° 66, 2002, p. 32.

### 3.3.2. La formula del Peso

Dentro de la formula que Robert Alexy propone, señala que a las variables de la afectación de los principios, al peso abstracto que tiene cada principio y a la seguridad de la premisa de ponderación, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica que propone:

- a) Para materializar el grado de afectación de los principios en balance (APB) y para determinar el peso abstracto de los mismos (PA), se puede utilizar la siguiente escala: Leve:1, Medio:2 y Grave:4, y;
- b) Para determinar el grado de seguridad de las premisas fácticas (SPF), -resultado abstracto del balance entre principios-, se puede utilizar la siguiente escala: Seguro:1, Plausible:  $\frac{1}{2}$  y No evidentemente falso  $\frac{1}{4}$ .

Con los elementos señalados resulta una formula estructural, que podemos representar de la siguiente forma:

$$\frac{\text{Principio 1}^\circ \text{ APB} \cdot \text{PA} \cdot \text{SPF}}{\text{Principio 2}^\circ \text{ APB} \cdot \text{PA} \cdot \text{SPF}} = \text{PD}$$

Al reemplazar cada uno de los elementos de la formula propuesta por números, deberá de multiplicarse los valores asignados para posteriormente dividirlos entre si, siendo el resultado el valor del principio sobrepuesto, (debe entenderse que el ejercicio debe realizarse dos veces, sobreponiendo un principio sobre el otro y viceversa), el resultado es la ponderación (PD).

### 3.3.3. Las cargas de la argumentación

Las cargas de argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resulta de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos. En este caso Robert Alexy sostiene dos posiciones: a) Una carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, que coincidiría con la máxima "*in dubio pro libertate*"<sup>11</sup>, es por ello que ningún principio opuesto a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen a su favor "*razones más*

<sup>11</sup> ALEXY, Robert, Teoría de los derechos..., Ob. Cit. p. 549.

*fuertes*”, b) En los casos de empate, la decisión que se enjuicia aparece como “no desproporcionada” y, por tanto, debe ser declarada constitucional, los empates no jugarían a favor de la libertad y la igualdad jurídica, sino a favor del legislador, ello en razón a haberse producido dentro del margen de acción que la Constitución depara al legislador<sup>12</sup>.

#### IV. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Como lo señalamos anteriormente, el principio de igualdad, se va a considerar en forma distinta de acuerdo al mandato del cual provenga, como derecho a la igualdad atribuido al individuo (sujeto activo) el derecho de exigir del Estado (sujeto pasivo), será distinto el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad<sup>13</sup>. En todo caso, el principio y el derecho a la igualdad se proyectan en dos niveles distintos: *la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley*. El primer nivel se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa de la ley y en las relaciones entre particulares (Art. 2º de la Constitución), mientras que el segundo nivel, alude al carácter definitorio de la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al legislador<sup>14</sup> (Art. 103 de la Constitución).

##### 4.1. Indeterminación del Principio de Igualdad

La prohibición de discriminación y el deber de promoción y de protección son normativamente indeterminados<sup>15</sup>. Esta indeterminación se presenta, porque en las disposiciones constitucionales que los establecen, no aparece en forma precisa *a priori* cuándo un trato es discriminatorio, y vulnera por tanto el inciso segundo del Artículo 2º<sup>16</sup>, y cuándo una omisión o una acción del Estado vulnera el deber de promoción y de protección, tipificado en el

<sup>12</sup> ALEXY, Robert, Epilogo a la Teoría..., Ob. Cit., pp. 44 y ss.

<sup>13</sup> Véase sobre la estructura del derecho a la igualdad y de sus distintas concreciones: Robert Alexy, “Teoría de los derechos...”, Ob. Cit., p. 415 y ss.

<sup>14</sup> Véase sobre la eficacia vinculante frente al Legislador, como característica definitoria de los derechos fundamentales de una Constitución: CRUZ VILLALON, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 25, 1989, p. 35 y ss.

<sup>15</sup> Véase sobre el concepto y las clases de indeterminación normativa: BERNAL PULLIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 324.

<sup>16</sup> En el caso del inciso 2º del Artículo 2º de la Constitución, creemos que es impreciso en razón a que no considera algunas formas de discriminación existentes, “discapacidad”, “salud”, “opción sexual”, etc., siendo el término “y de otra índole” demasiado genérico sujeto a una interpretación que pueda desnaturalizar el sentido del mismo.

artículo 113°. En este sentido, debe reconocerse que las formulaciones contenidas en estos incisos son vagas cuando se observan en conjunto, pues no definen *a priori* para todos los casos: a) cuándo un trato diferenciado se convierte en discriminatorio, b) cuándo un trato semejante es constitucional, por haberse producido en ejercicio de la competencia legislativa para configurar la Constitución, y c) cuándo un trato diferenciado es un trato promocional o de protección. En síntesis, la vaguedad se presenta porque no es claro cuándo un trato diferente de varios destinatarios está prohibido, es posible o es obligatorio, desde el punto de vista constitucional.

En nuestro medio, para la interpretación de una norma indeterminada se exige no sólo racionalidad y corrección del TC, debe ser objeto de una fundamentación correcta, ello no sólo por su carácter vinculante, sino también, por la imposibilidad de ser cuestionada ante una instancia superior, debemos destacar que el TC no está legitimado para atribuir a estas tipo de normas cualquier contenido, sino aquél que resulte de una fundamentación correcta, basada en la Constitución y en concordancia con el ordenamiento jurídico.

Frente a lo expuesto podemos preguntarnos, ¿cómo es posible establecer de manera correcta, si un criterio de diferenciación, utilizado por el Legislador o por la Administración, es constitucionalmente admisible?, siendo ello, uno de los problemas claves de la interpretación del principio de igualdad. Frente a este cuestionamiento la doctrina y jurisprudencia de los países cuyas constituciones tipifican este principio, han desarrollado diversos criterios para interpretarlo y aplicarlo.

En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal acogió durante muchos años la solución propuesta por Leibholz y Triepel en la época de Weimar, según la cual, *“se vulnera el principio de igualdad (...) cuando la disposición (que se enjuicia) debe ser catalogada como arbitraria”*. Según esta “antigua fórmula”, la interdicción de la arbitrariedad debía ser considerada como el criterio para determinar el contenido del principio de igualdad en los casos concretos. No obstante, a partir de la Sentencia del Primer Senado del Tribunal Constitucional Federal, de 7 de octubre de 1980, esta antigua fórmula fue remplazada por una nueva, según la cual, se vulnera el principio y el derecho a la igualdad, *“cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso, que*

*puedan justificar el trato diferente*”<sup>17</sup>.

. En esta nueva fórmula, el principio de proporcionalidad es el criterio para determinar el principio de igualdad. Mediante dicho principio se determina si el tipo y el peso de las diferencias que existen entre los grupos de destinatarios implicados en el caso, justifican el trato diferente de unos en comparación con el de los otros.

#### **4.2. La necesidad de la Ponderación en la protección de la Igualdad**

Puede suceder (ciertamente, ocurre a menudo) que dos principios –al igual que acontece con las normas– entren en conflicto. Algunos entienden que es un rasgo definitorio de los principios, el que cada uno de ellos se encuentre en conflicto con otro, de manera que, dado un supuesto de hecho al que sea de aplicación un principio P1, hay siempre al menos otro principio P2 igualmente aplicable al mismo supuesto de hecho e incompatible con el P1<sup>18</sup>.

Como bien señala Jaime Araujo Rentería, los conflictos entre principios presentan tres características que merecen ser señaladas:

1. En primer lugar, los conflictos entre principios –en particular, entre principios constitucionales– son antinomias entre normas coetáneas y de idéntico rango en la jerarquía de fuentes.
2. En segundo lugar, los conflictos entre principios son, por lo general, antinomias *en concreto*<sup>19</sup>.
3. En tercer lugar, los conflictos entre principios son normalmente antinomias de tipo eventual o parcial.

#### **4.3. La Igualdad en la concepción del Tribunal Constitucional**

El principio de igualdad está orientada esencialmente a que todos tengan las mismas oportunidades hasta donde sea posible, y eso es lo que alienta al Estado hacia la acción positiva, que, como decimos al desarrollarla, debe usarse con mucha mesura y solo cuando se compruebe su indispensable necesidad, por ello el Tribunal a dicho:

*El principio de igualdad se concretiza en el plano formal mediante el deber*

<sup>17</sup> Cfr. BERNAL PULLIDO, Carlos, *El Juicio de Igualdad...*, Ob. Cit. p.4.

<sup>18</sup> Cfr. ARAUJO RENTERIA, Jaime, *Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, www.juridicas.unam.mx, p.863.

<sup>19</sup> A diferencia de las antinomias en abstracto, que pueden ser identificadas sin la necesidad de la materialización de la contradicción, las antinomias en concreto, en la cual, la contradicción puede ser materializadas o aplicadas, surgirá la necesidad de ponderar un principio sobre otro para su aplicación.

*estatal de abstenerse de la producción legal de diferencias arbitrarias o caprichosas; y en el plano material apareja la responsabilidad del cuerpo político de proveer las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidades para todos los seres humanos*<sup>20</sup>.

EL TC señala algunos aspectos fundamentales para la igualdad en sus sentencias. A continuación reseñamos aquellos que nos parecen más relevantes:

- Cuando existen dos regímenes jurídicos distintos referidos al mismo ámbito de la vida social y se modifican las normas de uno solo de ellos, no se viola el principio de igualdad si los regímenes parten de una desigualdad básica que se haya considerado pertinente al establecer las dos normatividades distintas<sup>21</sup>.
- El Estado es una persona más y está incluido en la igualdad cuando sus actos pueden compararse con los de las personas. En tal sentido, es contrario a la igualdad que las leyes fijen un plazo estrecho a las personas para interponer la acción contenciosa administrativa, al tiempo que dan al Estado plazos extensos para lo mismo<sup>22</sup>.
- La igualdad no se ve afectada cuando las reglas dictadas para un sector incentivado por el Estado son más favorables que las dictadas para un sector que no es especialmente incentivado<sup>23</sup>.
- Se afecta la igualdad cuando el juzgador resuelve de manera distinta dos procesos sustantivamente similares<sup>24</sup>.
- El argumento *a pari* de integración jurídica –según el cual donde hay la misma razón hay el mismo derecho– constituye una regla de contenido totalmente compatible con el principio de igualdad. Por consiguiente, este argumento debe usarse para preservar la igualdad de las personas<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Exp. N° 0261-2003-AA/TC. Fundamento 3.1.

<sup>21</sup> “(...) no se vulnera el derecho constitucional a la igualdad ante la ley y a la no discriminación cuando el legislador, en uso de sus facultades, expide una norma que solamente afecta a uno de éstos, siendo la vocación de tal norma la de aplicarse a todos los comprendidos en ésta, en la misma forma y sin distinción”. Exp. N° 008-1996-PI/TC.

<sup>22</sup> (...) Los tratadistas de Derecho Constitucional consideran que el Estado tiene una doble personalidad jurídica, cuando ejerce el *ius imperium*, actúa como persona de derecho público, y cuando contrata o administra sus bienes patrimoniales privados actúa como persona de derecho privado. En consecuencia, cuando contrata y se obliga ante particulares, ambas partes deben someterse a las mismas reglas y no puede el Estado tener un nivel de preeminencia, lo contrario sería ir contra el principio constitucional de igualdad ante la ley. Exp. N° 006-1996-PI/TC.

<sup>23</sup> Exp. N° 009-2001-AI/TC.

<sup>24</sup> “(...) en el caso de autos queda claro que la Sala emplazada, no obstante tramitar dos procesos en forma simultánea, donde el petitorio es el mismo, al igual que la naturaleza de las partes que en ellos participan, no ha debido adoptar fórmulas diferenciadas, pues tal proceder lesiona el principio de igualdad, el cual queda sometido a una discrecionalidad judicial donde los principios constitucionales no tienen ningún referente objetivo”. Exp. N° 1975-2002-AA/TC.

## V. REVISANDO LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha venido resolviendo mediante sus sentencias algunos casos de conflictos de derechos fundamentales, utilizando la ponderación como mecanismo de solución, teniendo siempre como premisa principal el respeto al derecho a la igualdad entre las partes procesales.

### 5.1. El Caso Luciano Rosado Adanaque<sup>26</sup>

El recurrente médico de profesión interpone una acción de amparo contra ESSALUD, con el objeto que no se le obligue a prestar servicios los días sábados, puesto que al ser adventista, por convicción religiosa no puede laborar dicho día, más aún, la alta dirección del hospital conocía de ello y no lo programaba para trabajar dicho día, ello con anterioridad a la demanda, pero es con la nueva administración que se rompe dicha excepción programando sus días de trabajo aún los días sábados, con lo cual se le estaría obligando a incumplir sus preceptos doctrinarios o a generar una serie de inasistencias injustificadas que podrían generar su despido.

Para algunos, no era constitucionalmente aceptable que un trabajador, cualquiera que sea su credo religioso, se ampare en éste, para pedir ser exceptuado de su obligación de laborar un determinado día de la semana por estar proscrito el trabajo en cualquiera de sus formas dentro de su religión, lo cual crearía diferencias laborales con sus demás compañeros de trabajo, no pudiendo aducirse la excepción de no trabajar los sábados como “costumbre”, pues al ser esta, al margen de la ley no genera derechos, más aún por “razones de necesidad institucional”, era necesario contar con el médico los sábados.

Frente a los argumentos antes señalados podemos notar un enfrentamiento entre el derecho a la libertad de credo y la igualdad laboral ó trato igualitario en la prestación de servicios, puesto que claramente se marcaría una distinción entre la tratativa laboral de los médicos de la institución. Conflictos similares se ha visto en la legislación comparada, donde el Estado Constitucional promueve la formación de los individuos en sus propias convicciones y la

<sup>25</sup>“(…) La persona que acude, en busca de justicia, a la función jurisdiccional, sea quien fuera, recurre pidiendo solución a un conflicto de intereses intersubjetivos y no puede hacerlo con más privilegios que la otra parte o contrario, así sea éste el Estado quien con mayor obligación debe acudir sin otro privilegio que la razón o el derecho; es decir, que ambos recurrentes deben hacerlo en igualdad de condiciones y con la plena confianza de que van a obtener justicia en forma igualitaria, de tal suerte que no se merme la seguridad jurídica. Exp. N° 006-1996-PI/TC.

<sup>26</sup> Exp. N° 0895-2001-AA/TC.

formación de una jerarquía de valores y principios<sup>27</sup>, la cual, no puede dejar de reconocerse que existen determinadas circunstancias que pueden importar el dictado de una obligación cuya exigencia de cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa. Dichas obligaciones pueden provenir, incluso, de un mandato legal o constitucional. Así, mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y luego de una razonable ponderación de los intereses que están en juego, puede eximirse al objetor del cumplimiento de tales obligaciones.

En este razonamiento, el TC considera que la Constitución carece de un reconocimiento explícito del derecho de "objeción de conciencia", razón por la que resulta imperioso preguntarse si la objeción de conciencia se trataría de un derecho "constitucional" y, por ende, si es susceptible de ser protegido por la vía del amparo. Si bien existe el artículo 3º que establece una "enumeración abierta" de derechos, esta es recurrible solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita.

Frente al caso en autos el TC ha señalado:

(...) toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3º de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia (...)<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Un ejemplo similar se vio en la aplicación de la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española (ésta, en referencia al servicio militar obligatorio), que lo ha denominado "objeción de conciencia".

<sup>28</sup> Exp. N° 0895-2001-AA, fundamento 6.

El derecho constitucional a la objeción de conciencia, permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa. Así, la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos. En atención a lo dicho, la procedencia de la eximencia solicitada por el objetor debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza ipso facto al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber. Y por ello, también, la comprobación de la alegada causa de exención debe ser fehaciente<sup>29</sup>.

El TC ha resuelto considerando las circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encontrando fundamentos en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que las "razones de necesidad institucional" son desde todo punto de vista, ambiguas e insuficientes, tampoco puede considerarse una afectación al derecho de igualdad de los demás médicos, toda vez que el demandado ha demostrado que cumple durante los días lunes a viernes con las horas mensuales promedio que los médicos asistentes están obligados a laborar.

## **5.2. El caso Taj Mahal Discoteque<sup>30</sup>**

El recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Provincial de Huancayo, por amenaza de sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa, alegando que se configura tal amenaza con la emisión de la Ordenanza Municipal N.º 039-MPH-CM, que impide el funcionamiento de su establecimiento comercial durante la denominada "Semana Santa", puesto que

<sup>29</sup> Exp. N.º 0895-2001-AA, fundamento 7.

<sup>30</sup> Exp. N.º 3283-2003-AA.

el artículo 1° de la citada norma prohíbe la venta y consumo de licor en los bares, video pubs, discotecas, clubes nocturnos y similares desde la 00:00 horas del Viernes Santo hasta las 06:00 horas del Sábado Santo. Asimismo sostienen que, conforme a lo establecido en su artículo 3°, el incumplimiento de lo dispuesto motiva la imposición de sanciones equivalentes al 50% del costo de la Unidad Impositiva Tributaria.

En el presente caso, podríamos ver que la denominada “Ley seca” por razones religiosas no obstante que el inciso 3) del artículo 2° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de culto, pretendiéndose así anteponer los dogmas y costumbres de la Iglesia Católica sobre todas las personas, creyentes, o no, restringiéndose así la libertad de trabajo y de empresa de quienes se ven obligados a acatar la ordenanza, por no ser pasibles de la multa frente a su incumplimiento. El reconocimiento de la profesión religiosa genera diversos derechos, como también de acuerdo con dichas facultades se generan los principios de inmunidad de coacción y de no discriminación.

Pero aún cuando existiesen costumbres religiosas arraigadas en nuestra colectividad, ello no significa que el Estado, en sentido lato, esté facultado para establecer prohibiciones a conductas no compatibles con los dogmas y ritos católicos; claro está, siempre que tales comportamientos no ofendan a la moral pública ni transgredan el orden público. Por ello, si algún organismo del Estado prohibiera a las personas que actúen según las exigencias derivadas de sus costumbres religiosas, estaría violentando el principio de inmunidad de coacción y, por ende, transgrediendo el derecho a la libertad de conciencia y de religión.

En el presente caso, el TC entiende (...) que ni en la parte considerativa, ni en la parte resolutive de la Ordenanza Municipal (...) se aprecia como fundamento de la prohibición del consumo de licor durante la denominada Semana Santa, la invocación o justificación de las costumbres religiosas del lugar. Por el contrario, la ratio juris de dicha disposición se sustenta en la defensa del orden público.

En ese contexto, el Estado puede establecer medidas limitativas o restrictivas de la libertad de los ciudadanos con el objeto que, en el caso específico de la defensa de valores como la paz o de principios como la seguridad, se evite la consumación de actos que puedan producir perturbaciones o conflictos. De allí que en resguardo del denominado orden material –elemento conformante del orden público– el Estado procure la verificación de conductas que coadyuven al sostenimiento de la

tranquilidad pública, el sosiego ciudadano, etc.

Por tales razones, el TC estima que la Ordenanza cuestionada tiene como finalidad contribuir a que las celebraciones de la Semana Santa –que involucra a cientos de miles de fieles, y en donde se conjuga la costumbre religiosa y el fervor popular– se lleven a cabo en armonía con el deseado orden material. De allí que la prohibición de consumo de alcohol en esa particular circunstancia obtenga justificación jurídica. Al respecto, no debe olvidarse que acontecimientos con numerosa participación ciudadana (tales los casos de los censos nacionales, la celebración de comicios electorales, etc.), pueden ser objeto de perturbaciones en su desarrollo cuando, como consecuencia de la acción individual o grupal de personas con signos de intoxicación alcohólica, se pudieran generar actos de violencia callejera, desasosiego social, y cuyas consecuencias atenten contra la vida o la integridad física de los participantes en dichos actos<sup>31</sup>.

En consecuencia, la referida prohibición tiene como elemento justificante la conservación del orden y la preservación de la seguridad ciudadana durante la celebración de un culto religioso que moviliza por las calles a miles de personas, en suma, el interés público subyacente guarda relación con el mantenimiento del orden público, mas no con una exigencia de conducta impuesta por una determinada confesión religiosa. Es por ello, que se requiere de la preservación de un orden; y que el Estado puede y debe adoptar las medidas que estime menester para este propósito, conforme a las reglas de razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad.

### **5.3. El caso José Álvarez Rojas<sup>32</sup>**

El recurrente fue sancionado por haber cometido falta contra el decoro y falta contra la obediencia, y contra el espíritu policial, siendo sancionado con el pase a la situación de disponibilidad y posteriormente al retiro por medida disciplinaria, dado que el recurrente se casó con Óscar Miguel Rojas Minchola, (...) “quien, para tal efecto, asumió la identidad de Kelly Migueli Rojas Minchola, previamente adulterando sus documentos personales, manteniendo el mencionado efectivo PNP relaciones de convivencia en forma sospechosa con el referido civil, (...) demostrando, con estos hechos, total desconocimiento de las cualidades morales y éticas como miembro de la PNP, incurriendo, de esta

<sup>31</sup> Exp. N° 3283-2003-AA. Fundamentos 27–30.

<sup>32</sup> Exp. N° 2868-2004-AA.

manera, en graves faltas contra el decoro y el espíritu policial, con el consiguiente desprestigio institucional (...)<sup>33</sup>.

A criterio del TC se vislumbran un doble orden de problemas. Por un lado, si la convivencia con un transexual puede o no ser considerada ilícita desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador, y por otro, si ello tiene coherencia para un acto administrativo sancionador. Respecto al primer asunto, el artículo 1º de la Constitución, señala la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado. En ese sentido, el respeto por la persona se convierte en el *leit motiv* que debe informar toda actuación estatal. Para tales efectos, la Constitución no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona<sup>34</sup>.

En el presente caso podemos ver que el Estado, a través de uno de sus órganos, sanciona a un servidor por tener determinado tipo de relaciones con homosexuales o, como en el presente caso, con un transexual, con independencia de la presencia de determinados factores que puedan resultar lesivos a la moral o al orden público, se está asumiendo que la opción y preferencia sexual de esa persona resulta ilegítima por antijurídica.

Es decir, se está condenando una opción o una preferencia cuya elección solo corresponde adoptar al individuo como ser libre y racional. Asimismo, considerando ilegítima la opción y determinada preferencia sexual de una persona, con la consecuencia de sancionarla administrativamente, si es un servidor público, simultáneamente el Estado, de modo subrepticio, está imponiendo como jurídicamente obligatorio lo que él, autoritariamente, o una mayoría, juzga como moralmente bueno<sup>35</sup>.

Evidentemente, en un Estado Constitucional de Derecho, que se sustenta en una comunidad de hombres libres y racionales, las relaciones entre moral y derecho no se resuelven en el ámbito de los deberes, sino de las facultades.

33 Ídem. Fundamento 19.

34 Como lo ha sostenido la Corte Suprema Norteamericana, “Estos asuntos, relativos a las más íntimas y personales decisiones que una persona puede hacer en su vida, decisiones centrales para la autonomía y dignidad personal, son esenciales para la libertad [...]. En la esencia de la libertad se encuentra el derecho a definir el propio concepto de la existencia, el significado del universo y el misterio de la vida humana. La creencia sobre estos asuntos o la definición de los atributos de la personalidad no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado” *Planned Parenthood of Southeastern v. Casey*, 505 US 833 (1992).

35 En tales casos, el asunto es, como nuevamente lo ha expresado la Corte Suprema Norteamericana *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), “si la mayoría puede usar el poder del Estado para reforzar estos puntos de vista en la sociedad entera a través de operaciones en la ley [...]”. Es decir, si el Estado puede declarar ilegal la elección de una persona, conforme a sus propios criterios, sobre qué es lo bueno o lo moralmente aceptable para él.

Como lo afirma Gustavo Radbruch, “El derecho sirve a la moral no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza; está vuelto hacia la moral por el lado de los derechos y no por el lado de los deberes. Garantiza derechos a los individuos, para que puedan cumplir mejor sus deberes morales. (...) El orgullo moral, que siempre va unido a lo que el hombre se da a sí mismo, va ligado en los derechos subjetivos a lo que uno aporta a los demás; el impulso y el interés, encadenados siempre por la norma, quedan ahora libertados por la misma norma. Mi derecho es, en el fondo, el derecho a cumplir con mi deber moral. En sus derechos lucha el hombre por sus deberes, por su personalidad” (Gustavo Radbruch, *Filosofía del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1952, p. 63)<sup>36</sup>.

Con las afirmaciones mencionadas, el TC no alienta que al interior de las instalaciones de la Policía Nacional del Perú, sus miembros puedan efectuar prácticas homosexuales; tampoco, por cierto, heterosexuales. Lo que juzga inconstitucional es que, inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, susceptible de sanción la relación que establezca con uno de sus miembros.

Por tanto, este Tribunal considera que es inconstitucional que el recurrente haya sido sancionado por sus supuestas relaciones “sospechosas” con un transexual, como también se ha acreditado que la emplazada violó el derecho al debido proceso sustantivo en sede administrativa del recurrente.

#### **5.4. Asociación Unidos Centenarios y otros de Huaral<sup>37</sup>**

El petitorio de la demanda de la Asociación recurrente es que “(...) se les permita expender sus productos pacíficamente, (...) en los lugares que ya tienen establecido por costumbre y continuidad”. El origen de la prohibición del ejercicio de la actividad ambulatoria reclamada por la recurrente tiene su origen en una Ordenanza Municipal, expedida por la Municipalidad Provincial de Huaral, buscando con el amparo que se declare inaplicable la citada norma municipal. La Ordenanza Municipal establece en su artículo 1º lo siguiente:

“Declárese zona rígida las 24 horas del día el área monumental denominada Centro Histórico del Distrito de Huaral que comprende el perímetro que encierra las calles y avenidas siguientes: Circunvalación Sur,

<sup>36</sup> Exp. N° 2868-2004-AA. Fundamento 24.

<sup>37</sup> Exp. N° 8726-2005-AA.

Circunvalación Este, Camal Viejo, Av. Los Naturales, Circunvalación Norte, Av. De Los Héroes, Av. Andrés Mármol y Av. Estación, asimismo prohibase en las mismas condiciones el comercio ambulatorio bajo pena de decomiso”.

La libertad de trabajo, en cuanto derecho fundamental, detenta una doble faz. Por un lado, constituye derecho de defensa y, por otro, derecho de protección. En cuanto derecho de defensa, proyecta su vinculatoriedad típica, clásica, oponible al Estado y a particulares, como esfera de actuación libre, esta faz de la libertad de trabajo es de suma relevancia para el comercio ambulatorio. Por otro lado, es imperativo su protección, las Municipalidades, en cuanto entes titulares de competencias normativas en materia de comercio ambulatorio, deben adoptar normas que lo regulen de manera completa y exhaustiva y, en especial, que garanticen a las personas la facultad de ejercer dicha actividad en condiciones dignas, por imperativo del principio de dignidad (artículos 1º y 3º de la Constitución).

Dado que el comercio ambulatorio representa un supuesto de ejercicio de la libertad de trabajo, corresponde ahora examinar si la prohibición establecida por la Ordenanza impugnada puede considerarse como una intervención válida o justificada constitucionalmente. Para tal efecto se empleará el principio de proporcionalidad, de modo que si tal intervención supera este examen se concluirá en la validez constitucional de la citada intervención o, en caso contrario, en su invalidez.

Dentro del análisis de intervención de TC, se advierte que *el objetivo* de la ordenanza impugnada se justifica en la prosecución de *fin*es que tienen cobertura constitucional<sup>38</sup>:

La finalidad de la intervención, (...) encuentra su razón en dos aspectos: el *objetivo* y el *fin*. El *objetivo* es el estado de cosas que pretende lograrse con la medida (intervención) normativa. El *fin* es el derecho, principio o valor constitucional que justifica dicha intervención.

El *objetivo* de la Ordenanza impugnada advierte que ha sido expedida “en resguardo del orden y el ornato de la ciudad” de Huaral (segundo considerando), orden que, si atendemos a los problemas que la Municipalidad pretende resolver con la norma (la *ocassio legis* de la Ordenanza), sería un *orden* donde no se dificulte el tránsito de las personas y

<sup>38</sup> Exp. N° 2868-2004-AA. Fundamento 11 a 17.

el vehicular y evite riesgos de la vida y la salud de la población. La Ordenanza tiene, además, el propósito de proteger el Centro Histórico de Huaral, considerado como “patrimonio de la ciudad” (sexto considerando). El “ornato público” de la ciudad es otro propósito que se advierte en la norma cuando recuerda la petición de la ciudadanía del retiro de comercio ambulatorio.

Ahora bien, este objetivo se justifica con la prosecución de determinados principios constitucionales. La conservación del orden se justifica en el principio de orden público en el sentido clásico de orden de las calles. Por otra parte, la protección del centro histórico obedece al principio de protección del patrimonio cultural de la nación que subyace al artículo 21º de la Constitución.

Corresponde ahora examinar la medida conforme al test de ponderación, si se cumple con todos los elementos del mismo, la intervención en la libertad de trabajo habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional, teniendo distinta suerte en caso contrario. Podemos señalar que la intervención en la libertad de trabajo es leve mientras que el grado de optimización o realización del fin constitucional (orden público, protección del patrimonio cultural de la nación) es elevado. Es decir, en la intervención examinada, mientras el grado de optimización del orden público y el patrimonio cultural es elevado, la intensidad de la intervención en la libertad de trabajo es leve.

Lo anterior puede también ser formulado negativamente. En efecto, la intensidad de la intervención en la libertad de trabajo es leve porque los miembros de la asociación recurrente pueden ejercer su libertad de trabajo en forma regular en los lugares y centros que al efecto establece la Municipalidad. Por el contrario, la no realización de los fines constitucionales es de elevada intensidad debido a que: a) el desorden puede afectar un tránsito ordenado, seguro, sin peligro para los transeúntes y los propios vendedores ambulantes, y b) el deterioro del ornato puede comprometer el patrimonio cultural histórico de la ciudad de Huaral, conformada justamente por el centro histórico de dicha ciudad.

## VI. A MANERA DE CONCLUSION

Al igual que en todos los ordenamientos jurídicos, en el nuestro

Encontraremos antinomias o contradicciones normativas, esto es cuando se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden observarse simultáneamente.

La ponderación parte, pues, de la igualdad de las normas en conflicto, lado que, si no fuese así, si existiera un orden jerárquico o de prelación que se pudiera deducir del propio documento normativo, la antinomia podría resolverse con el criterio jerárquico o de especialidad. Por ello, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de referencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino para determinados supuestos y sólo en casos individualizados, puesto que en el ejercicio de la ponderación, las premisas fácticas, no siempre serán iguales, evitando así caer en una monotonía deliberativa.

## VII. BIBLIOGRAFIA

- ARAUJO RENTERIA, Jaime, Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- BERNAL PULLIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- BERNAL PULLIDO, Carlos, El Juicio de Igualdad en la Corte Constitucional Colombiana, Comisión Andina de Juristas, <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>,
- BERNAL PULLIDO, Carlos, La Ponderación como procedimiento para interpretar los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.
- CRUZ VILLALON, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en Revista Española de Derecho Constitucional, No. 25, 1989.

- NOGUEIRA ALCALA, Humberto, Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur, Ius Et Praxis, V. 10, N° 1, Talca, 2004.
- NOVAK, Fabián y Sandra NAMIHAS, Los Derechos Humanos en instrumentos internacionales y su desarrollo en la doctrina, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1999.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, Tecnos, 6ta. Ed., 1992.
- ROBERT, Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997
- ROBERT, Alexy, Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Carlos Bernal Pullido, REDC, N° 66, 2002.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)

# LESIONES AL FETO

Por: Julio Armaza Galdos\*

**SUMARIO:** Se comenta el art. 124-A del CP que regula el delito de lesiones al concebido.

En la medida en que incrementemos nuestros conocimientos en torno a la composición y estructura del feto en sus primeros estadios, nos será más fácil asumir una posición jurídica que tienda a criminalizar con más o menos urgencia o retardo las conductas lesivas de carácter doloso o imprudente que puedan recaer sobre el mismo.

Lo cierto es que ni en España ni en la América decimonónica hispanoparlante, se imaginó posible sancionar las lesiones al concebido, acaso porque el "*nasciturus*" era algo enteramente desconocido, tanto para la ciencia médica, como para y con mayor razón la jurídica. Resulta curioso, empero, que en pleno siglo XXI siga estimándose, por un sector de la doctrina, que es "del todo improbable" que pueda una persona incurrir en tal modalidad delictiva; en efecto, a Francisco CHIRINOS SOTO, autor de una obra que lleva por título *Código Penal. Comentado, Concordado, Anotado*, pertenece el siguiente párrafo: "Resulta difícil imaginar cómo una acción humana pueda dirigirse a causar un daño en la salud o en el cuerpo de un feto"<sup>1</sup>.

Pero es durante el último tercio del siglo XX, luego de haberse desarrollado algunos métodos y técnicas tendientes a aproximarnos de un modo insospechado con el concebido, que los juristas comenzaron a preocuparse por

\*Profesor de Derecho penal.

<sup>1</sup> P. 270.

recoger en el catálogo de delitos de los códigos las llamadas lesiones al feto, básicamente, según es de entenderse, porque sólo entonces nos dimos cuenta que se encontraba en franca desprotección frente a un número considerable de agresiones. En ese contexto, conforme hemos podido rastrear, resultó pionera la propuesta efectuada por el profesor Carlos María ROMEO CASABONA en su ya clásica obra *El médico y el Derecho penal. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, pues en lo que atañe a las lesiones intencionales sobre el nasciturus llegó a sostener lo siguiente: “Parece [...] que las agresiones dolosas de esta índole merecen, por el grave desvalor que comportan, ser sancionadas”<sup>2</sup>. Sea como fuere, España reprime hoy y, más concretamente, desde el año de 1995, las lesiones dolosas (art. 157) e imprudentes (art. 158) ocasionadas al concebido, siendo acaso uno de los pocos países que ha introducido en su Código penal más de una figura autónoma para hacerlo (seguido, a corta distancia de tiempo, por el Código penal del Perú que, a través de la Ley núm. 27716 del 8 de mayo del 2002, dispuso se adicione al texto del Código el art. 124-A que, literalmente, estipula lo siguiente: “El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de tres”).

Resultaría provechoso, a efectos de delimitar el período de tiempo dentro del que se extiende la tutela jurídico penal, que echemos una mirada a los pareceres que podrían aducir los estudiosos con base, claro está, en el contenido de las disposiciones pertinentes de los Códigos español y peruano que, por cierto, tenemos a la vista. Se precisa, para el efecto, transcribir el primero de los artículos del Código español del que se hizo referencia en el párrafo anterior: “El que se indica en el núm. 157, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro 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 dos a ocho años”. No es de extrañar, conforme a la lectura del texto hispánico acabado de reproducir, si algún sector de la doctrina de ese país estimamos que con razón ve como “objeto” material del delito al *feto*, entendiéndose por tal al óvulo fecundado que anidó en el útero y que, por ello mismo, pasó a tener la

<sup>2</sup> P. 279.

condición de embrión postimplantatorio y que, poco después, alcanzará la "categoría" de feto; no podría reputarse como "objeto" de tal infracción, en cambio, al embrión obtenido a través de la fecundación artificial extracorpórea que no se implantó en el útero ni, tampoco, al óvulo fecundado que todavía no enraizó en el claustro materno. Pese a todo, Luis GRACIA MARTÍN toma partido por un criterio distinto al sostenido por nosotros en esta la Enciclopedia Romeo al anotar: "[...] también el embrión preimplantatorio puede ser agredido y lesionado en la forma típica y con los resultados cuya evitación es precisamente el fin de protección del tipo"<sup>3</sup>. Ahora bien, como el período embrionario según los más autorizados estudiosos es distinto al fetal, no faltará quien piense que el objeto del delito lo es únicamente el que evolucionó hasta adquirir, más o menos al tercer mes de producido el embarazo, el estatus de feto<sup>4</sup>. El CP peruano, que en lugar de feto utiliza la voz *concebido* en el ya citado transcrito artículo 124-A, puede a su vez permitir se repute "objeto" del delito tanto al embrión postimplantatorio como al feto; no faltando quien piense<sup>5</sup>, incluso, que la redacción utilizada por el legislador da pábulo para sostener que también se configura el delito si el menoscabo recae sobre el óvulo apenas fecundado (o, que es lo mismo decir, sobre el embrión preimplantatorio).

Existe cierta unanimidad, por el contrario, si se trata de concretar el momento en que concluye la tutela, pues este quedará delimitado por el nacimiento; así las cosas, todas las lesiones producidas al feto hasta antes que se verifique el alumbramiento, sin duda, serán constitutivas del delito de que se trata en la presente glosa. Pero las cosas se complican considerablemente si ha de precisarse el momento mismo en que acaece el nacimiento, pues al ser el concepto de nacimiento uno de carácter normativo o sea graduable, no faltará quien sostenga que se produce inmediatamente luego de haber sido expulsado el feto del claustro materno, al tiempo que otros, en cambio, darán por hecho que acontece en el instante mismo en que la gestante comienza a sentir las primeras contracciones uterinas que, inequívocamente, desencadenarán el parto.

No menos necesario, por cierto, es determinar el bien jurídico tutelado;

<sup>3</sup> Comentarios al Código Penal, Parte especial, I, p. 621.

<sup>4</sup> Como en efecto sostiene Juan José GONZÁLEZ RUS en la obra colectiva Curso de Derecho penal español, Parte especial, tomo I, p. 134, donde aparece suscribiendo los siguientes párrafos: "A mi juicio, el propósito legal es excluir la fase preembrionaria y la embrionaria y prestar protección únicamente al feto en sentido estricto; esto es, desde que el producto de la concepción adquiere la forma característica de la especie humana": "el límite mínimo del delito viene dado, pues, por el fin de la fase embrionaria; es decir, a partir del tercer mes de vida".

<sup>5</sup> Ramiro SALINAS SICCHA, Derecho penal, Parte especial, p. 237.

con tal propósito, ha de dejarse establecido que tanto la protección a la integridad, como la salud (física y psicológica), son la razón de la existencia de la figura delictiva en los textos punitivos que la recogen y que toda merma a las mismas podría constituir delito, ya si dicho menoscabo es descubierto antes de producido el alumbramiento, ya, como las más de las veces ocurrirá, si lo es después. Ahora bien, si con anterioridad a la realización de la acción lesiva sobre el feto éste padecía alguna anomalía grave que, por ejemplo, le fue ocasionada tras el accidente automovilístico sufrido por la gestante, la conducta ulterior del agente de todos modos será delictuosa; dicho de otra manera: es irrelevante, a efectos de tipificar el delito, si el *nasciturus*, con anterioridad a la realización de la conducta del agente, se hallaba clínicamente desmejorado o, por decirlo con más precisión, enfermo. (En sentido contrario se han manifestado, en cambio, *CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC en Derecho penal, Parte especial*<sup>6</sup>. Exigen los sobredichos autores que el feto se halle sano antes de la realización de la acción típica de que trata el art. 157 del Código penal español"). Sea como fuere, el bien jurídico tutelado tiene que ver, pensamos, con el reconocimiento de derechos a los seres "prepersonales" que tal condición tiene el feto de que hace referencia Eugenio Raúl ZAFFARONI en una de las obras más importantes del penalismo iberoamericano que compuso con la colaboración de sus discípulos A. ALAGIA y A. SLOKAR<sup>7</sup> y que está siendo vertida al portugués, con adiciones de subido interés dogmático, por el profesor Nilo BATISTA.

Con todo, acaso deban reputarse como elementos objetivos y subjetivos de lo injusto los siguientes: *sujeto activo* de este delito, a no dudarlo, lo es cualquier persona; ahora bien, en los países en los que se sancionan las lesiones al concebido a través de la acción imprudente, no suele, con razón, admitirse como agente activo a la propia gestante; lo será, sin embargo, cuando la agresión sea dolosa. Ha de tenerse como *sujeto pasivo*, por otra parte, al embrión o al feto o, por decirlo con más concreción, a la persona nacida con el menoscabo físico o psicológico ocasionado por el agente. Nada justifica, en cambio, se atribuya la calidad de sujeto pasivo a la gestante, aunque casi siempre, como es de suponerse, también resulte lesionada (pues es común que a través suyo se perjudique al ser que amadriga en su seno). *Los medios* de que puede valerse el autor del delito, es de entenderse, pueden ser violentos o no; entre aquéllos,

<sup>6</sup> P. 158.

<sup>7</sup> Derecho penal, Parte general, p. 493 y 494.

tienen cabida los golpes o el uso de instrumentos quirúrgicos; entre éstos, la exposición prolongada a ondas electromagnéticas (rayos X) con la finalidad, hartamente alevosa, de producir ceguera al ser en formación; lo dicho, da pábulo para sostener que tanto puede perpetrarse el delito por *acción* (cuando, *verbi gratia*, se acomete a la embarazada con el firme propósito de menoscabar la integridad física del feto) como por *comisión por omisión* (si el médico, por ejemplo, sabe que el enfermero que trabaja bajo su mando está exponiendo el vientre de la gestante a rayos X por un tiempo excesivamente prolongado y, a pesar de ello, no hace nada por impedir que se produzca dolosamente una lesión irreversible en los ojos del *nasciturus*). En lo tocante al *resultado*, urge dejarse anotadas las dos especificaciones siguientes: hay códigos, como el peruano, que no exigen que la lesión sea grave en tanto que otros, como el hispanico, que si lo hacen. En este último caso, tal vez deba tenerse como base, a fin de apreciarse la gravedad, lo estipulado por la ley al regular el delito de lesiones sobre personas o sujetos ya nacidos (arts. 149 y 150 del CP español); no resultando ocioso, finalmente, que se deje anotado que la gravedad de las sobredichas lesiones deben ser apreciadas y acreditadas por peritos designados en la etapa correspondiente a través de la resolución judicial respectiva.

Mención aparte merecen los llamados elementos subjetivos de lo injusto. Si el delito de lesiones al concebido no es realizado imprudentemente, ha de probarse la concurrencia de dolo directo o eventual y, presumiblemente, además, de *animus vulnerandi* (pues si obra con el propósito de matar al feto *animus necandi* y, finalmente, únicamente resulta lesionado, se sancionará el hecho como tentativa de aborto). Cuando la lesión sea imprudente, en cambio, únicamente habrá tipicidad si el agente pudo prever la merma o el menoscabo a la salud del ente intrauterino.

Como estado de necesidad justificante debe apreciarse la circunstancia en la que no quede otra alternativa que intervenir quirúrgicamente a la mujer embarazada para salvarle la vida, cuando tal vicisitud ocasionaría al propio tiempo lesiones al concebido; no importará, en tal caso, si el médico se representó o no dicho daño como probable o, incluso, como seguro.

Si bien ha de resolverse a través del concurso ideal el supuesto en el que simultáneamente se ocasionen lesiones al *nasciturus* y a la mujer embarazada, preciso es exigir que las sobredichas lesiones hayan sido producidas sin el consentimiento de ésta.

El criterio que predomina en los códigos de la América de habla castellana y portuguesa es casi enteramente opuesto al observado por las legislaciones de Perú y España, pues en la mayoría de países iberoamericanos son atípicas las lesiones dolosas e imprudentes que, en la práctica, suele ocasionarse al feto. Aunque debería introducirse en Perú el delito de lesiones imprudentes al ser las que más comúnmente se cometen y, aunque, a un tiempo, debería distinguirse entre las que tienen la naturaleza de graves y leves como lo hace el texto hispánico de 1995 cree cierto sector de la doctrina<sup>8</sup> que carece de sentido tal distinción desde que siempre es más grave atentar contra un ser indefenso, como lo es en efecto el nasciturus, que, contra uno de tiene la posibilidad de repeler el ataque.

## BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, Derecho penal, Parte especial, Valencia, 2004.
- CHIRINOS SOTO, Francisco, Código Penal. Comentado. Concordado. Anotado, Editorial Rodhas, Lima, 2004.
- FLOREZ MENDOZA, Fátima, El delito de lesiones al feto en el Código Penal español de 1995, en la Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 5, Bilbao, 1996.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, Curso de Derecho penal español, Parte especial, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GRACIA MARTIN, Luis, Comentarios al Código Penal, Parte especial, I, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- HUGO VIZCARDO, Wilfredo, Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, Pro Derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima, 2006.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo, El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud, Editorial Comares, Granada, 2002.

<sup>8</sup> Wilfredo HUGO VIZCARDO, Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, p. 358.

- ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal), Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1981.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, Editorial Comares, Granada, 2004.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho penal, Parte especial, Idemsa, Lima, 2004.
- ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, Derecho penal, Parte general, segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.

# MAGALY MEDINA: ¿CULPABLE O INOCENTE?

Por: Martín Rodríguez Salazar\*

**SUMARIO:** Sobre el delito de difamación

Antes de entrar en materia, dejo constancia que no le deseo la cárcel ni a mi peor enemigo.

El caso de la sentencia que condena a cinco meses de prisión efectiva, más el pago de una reparación civil de S/. 80 000 nuevos soles y una multa a favor del Estado equivalente al 25% de sus remuneraciones a la discutida Magaly Medina Vela, nos ha traído, deseemos o no, los comentarios más diversos y encontrados; unos a favor y otros en contra.

Habría que empezar diciendo que la Sra. Medina es condenada por el delito de difamación mediante la prensa, que es una de las formas agravadas de difamación, en mérito al Artículo 132° del Código Penal vigente, que a la letra dice:

**“El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con 30 a 120 días multa.**

**Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131°, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con 90 a 120 días multa.**

\* Abogado por la Universidad Católica de Santa María. Ex – Vocal (s) de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Periodista, Columnista del Diario Correo

**Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de 120 a 365 días multa”.**

Si bien no hemos tenido acceso al expediente, disponemos de infinidad de artículos y comentarios que nos permiten señalar que por lo informado, en efecto la polémica Magaly Medina habría cometido el delito y ha sido incluso benévolamente sentenciada, pues el mínimo de la pena (que puede ser efectiva o suspendida), es un año. En este caso, la jueza ha estimado prudente bajar el tiempo de la prisión por debajo del mínimo legal, a cinco meses que ya es una muestra a favor de la procesada.

¿Porqué se trata de una difamación agravada?

En nuestro concepto, porque una cosa es difamar a una persona en un círculo o pequeño grupo de amigos y/o personas y otra es hacerlo en un medio de prensa, donde es mayor el universo de personas que conocen la noticia difamatoria.

A simple vista podría decirse en defensa de Magaly, que no difamó calumniosamente (que es también una forma agravada de difamación), pero al atribuirle al jugador Paolo Guerrero una conducta irresponsable, al abandonar la concentración (cosa que en pureza de verdad no habría ocurrido, puesto que tuvo permiso de DT José del Solar para salir un par de horas de 6 a 8 de la noche) perjudicó económicamente al jugador que a consecuencia del escándalo comentado por la “periodista”, ha perdido jugosos contratos publicitarios y ha visto truncado probables contratos con equipos de mayor envergadura que el que finalmente logró concretar, con el consiguiente detrimento para su economía.

Para ilustración de nuestros amables lectores, la difamación se agrava cuando es calumniosa, si es que se atribuye a una persona una conducta delictiva, que no es el caso que nos ocupa. Es distinto atribuirle una conducta deshonrosa en cuyo caso la difamación es simple.

El bien jurídico protegido por el Artículo 132° del Código Penal, es el honor, que es objetivo y subjetivo, pero que en general como todo en la vida, es difícil definir.

**HONOR, según el diccionario enciclopédico usual, “es la cualidad moral que lleva al más severo cumplimiento de los deberes, respecto del prójimo y de uno mismo”;** según lo citado por el penalista Juan

### **Portocarrero Hidalgo en su obra “Delitos contra el Honor”.**

Para comprender más didácticamente el concepto del honor, siempre les he explicado a mis alumnos universitarios del curso de Legislación de Prensa, que el honor es:

**Subjetivo.-** Es la autoestima, es la autovaloración que uno tiene de sí mismo y de sus cualidades, de sus atributos, de lo que uno mismo se valora. Un poco en broma, les digo siempre: Si yo no me quiero ¿quién me va a querer? Ellos deben acordarse.

**Objetivo.-** Es el concepto generalizado que los demás tienen de una persona. Lo que la valoran, lo que piensan de ella. Es lo que también se llama la reputación, que no es otra cosa que la fama o el prestigio que uno se labra en la sociedad en la que vive.

Los delitos contra el honor, son a saber tres: injuria, calumnia y difamación. Espacio nos gustaría tener para por lo menos definirlos, pero ahora nos ocupa la dichosa Magaly que, en nuestro concepto, no ha hecho en los 10 años y algo más que está en la televisión, verdadero periodismo. Porque una cosa es la libertad de expresión que por lo demás nunca ha usado ella responsablemente y otra cosa muy distinta es el libertinaje, que no es otra cosa que el exceso doloso (con mala intención) de esta libertad, la misma que por mandato de la propia Constitución, en su artículo 2º, inciso 4) debe usarse con absoluta responsabilidad: lo transcribimos:

**Artículo 2º Inciso 4).- Toda persona tiene derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen por cualquier medio de comunicación social sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.**

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común...

Volviendo a la difamación, nuestro antiguo maestro universitario Francisco Chirinos Soto, señala entre otras cosas, al comentar el Artículo 132º en su obra “Comentarios al Código Penal”: “La difamación es capaz de atacar distintos aspectos o facetas del honor en sentido objetivo: el prestigio intelectual o profesional (en el caso del futbolista es evidente que la Sra. Medina lo muestra

como un irresponsable al atribuirle haber abandonado la concentración y regresar de madrugada a pocas horas de jugar nada menos que contra Brasil).

Ahora, la normatividad requiere que para que haya difamación debe haber dolo, es decir, inequívoco propósito de hacer daño: ¿Acaso no evidenció este propósito la Sra. Medina al romper la carta notarial del futbolista frente a cámaras, cuando le pedía una rectificación y haciéndolo con su irónica y burlona sonrisa?

El jugador Guerrero usó el inciso 7 del Artículo 2° de la Constitución al enviarle la carta rectificatoria para pedirse se rectificase. Magaly no lo hizo y eso constituye a nuestro entender una forma de evidenciar el dolo del que hablamos líneas arriba con lo cual agravó su situación jurídica, porque de haberse rectificado ahí quedaba todo.

Inc. 7 del Art. 2 de la Constitución Política del Estado

Toda persona tiene derecho:

**Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y la imagen propia.**

**Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.**

No quisiéramos entrar en el complicado terreno del derecho procesal penal, porque la tiranía del espacio no lo permite. Sin embargo, preguntamos:

1. ¿Si Paolo Guerrero se desiste de la acción, o sea retira su denuncia, la Sra. Medina queda libre de toda culpa? Nuestro amigo ex magistrado y calificado penalista, Berly Cano Suárez, dice que sí, porque se trata de una acción privada y porque la sentencia no está consentida y ejecutoriada, vale decir, terminada.
2. La querrela es el procedimiento que se sigue para juzgar los delitos contra el honor, es sumarísimo (rápido) y no interviene el Ministerio Público. ¿Puede prescindir de la preventiva, que es la declaración que hace el agraviado ante el juez? Nuestro distinguido colega, Edgar Zúñiga Alvarez, penalista y docente universitario; señala que no. Agrega incluso, que durante la preventiva, el

presunto inculpado, puede preguntar al denunciante, pues considera que esto forma parte de lo que se denomina el debido proceso, es decir, un proceso bien llevado y que incluso forma parte del derecho de defensa que le asiste a la procesada, conforme lo señala el artículo 139° de la Constitución Política del Estado (Derecho a la legítima defensa).

**Es menester, ya acercándonos a la parte final de este artículo, poner en la balanza: ¿Qué es preferible, el derecho a informar o el honor y la intimidad de las personas?. Creemos que hay que sopesar cada caso. Nos inclinamos porque prevalezca el derecho de la población a estar informada cuando se trata de asuntos de interés colectivo o nacional, pero que prevalezca el honor y la intimidad cuando ello no ocurra.**

Hay pues un conflicto entre el honor y la intimidad y el derecho a la información que el periodista responsable debe saber sopesar, evitando dejarse atrapar por esa codiciada presa que es el rating, como dice nuestro maestro Francisco Chirinos Soto.

No debe olvidarse finalmente, que el propio Código Penal, en su artículo 134°, refiere que el periodista que atribuye a una autoridad una conducta delictiva (más no deshonrosa), puede probar lo que sostiene y por la figura de la excepción de la verdad, está libre de ser sentenciado. Es decir, cuando “ataca”, con pruebas. De no tenerlas, habrá cometido difamación mediante la prensa. Este artículo en buena cuenta ampara la función fiscalizadora de la prensa.

Obsérvese en los casos en la que la difamación se refiere a la honra (prostitución u homosexualismo, por ejemplo) no hay derecho a probar lo afirmado.

No es verdad, por lo demás, como dicen algunos medios de comunicación, que es raro que se dicte prisión efectiva en un proceso de querrela como el que es materia de este artículo. Ya Correo refirió casos en los que periodistas de Tacna, hace poco, fueron a parar a la cárcel por este delito y de eso no hacen 30 años como señalan algunos colegas. Hace apenas unos meses.

Que esto – que no creemos sea cortina de humo ni amenaza para la libertad de expresión – nos sirva a los periodistas para ejercer con responsabilidad la profesión, porque de lo que digamos y escribamos somos responsables ante la ley y ante Dios. Y porque nadie puede decir como periodista

lo que no puede sostener como persona.

### **LO QUE SIGUE.-**

Se ha interpuesto un recurso de Habeas Corpus, con el propósito de lograr la inmediata libertad de Magaly Medina. Este recurso constitucional procede cuando en el proceso no se han advertido los procedimientos que precisa la ley y que busca la libertad de la procesada, lo que no significa que si es liberada ya está absuelta.

En ese caso (de ser liberada) el proceso volverá a retomar su cauce y a superar las deficiencias encontradas.

Es bueno señalar que Magaly Medina mantiene su condición de inocente hasta que no concluya el proceso en forma definitiva, es decir en última y definitiva instancia, para lo cual quedan aún muchas cosas por suceder.

### **SEGUNDA INSTANCIA.-**

El fallo emitido por la jueza en primera instancia ha sido apelado a la instancia superior que en este caso es la Sala Penal correspondiente de acuerdo al turno. Esta Sala, integrada por tres vocales superiores, tiene varias opciones, pero no nos enredemos:

3. Confirmar la sentencia condenatoria;
4. Absolver a la acusada si es que no encuentra pruebas suficientes para condenarla;
5. Declarar la nulidad de lo actuado, por algún vicio procesal es decir que no se haya respetado el debido proceso y disponer que el caso vaya a otro juez para que retome la causa.

### **RECURSO DE NULIDAD.-**

Por tratarse de una difamación mediante la prensa, este caso, excepcionalmente tiene recurso de nulidad. Quiere decir que cualquiera de las partes que no este satisfecha con lo que resuelva la segunda instancia, puede irse hasta la sala penal de la Corte Suprema, donde 5 vocales supremos revisarán el caso y resolverán en última y definitiva instancia.

Tenemos pues “caso Magaly Medina” para rato.

# ¿ABORTO TERAPÉUTICO?

Por: Manuel Alejandro Ruiz Paredes\*

**SUMARIO:** Sobre el estado de necesidad justificante y aborto terapéutico.

El análisis que propone este ensayo se centra en el estudio del “aborto terapéutico” regulado en el artículo 119° del Código Penal vigente. Se intentará demostrar lo innecesario de su regulación y los verdaderos intereses que encubre.

A través de estas breves notas críticas se llegará a proponer la aplicación del artículo 20°, inciso 4, del mismo cuerpo legal, dejando abierta la discusión en otros aspectos, en consideración de la naturaleza siempre complicada y polémica del tema en cuestión.

El artículo 119° no sólo es un dato de deficiencia legislativa es, además, una norma jurídica que deja abierta la posibilidad de practicar abortos exentos de pena en nuestro país, hecho que genera la necesidad de investigar y criticar este tipo penal.

-I-

El término “aborto terapéutico”, en sí mismo, es incorrecto y lleva necesariamente a una contradicción. Si por aborto se entiende, según el Diccionario de la Lengua Española, a la acción de interrumpir en forma natural o provocada, el desarrollo del feto durante el embarazo y; por terapéutico, a parte

\* Abogado (UCSM) y Licenciado en Administración (UNSA).

de la medicina que enseña los preceptos y remedios para el tratamiento de las enfermedades; entonces se desprende que el aborto terapéutico está referido a un aborto curativo, a un aborto que sana. Esa posibilidad es insostenible.

La acción de abortar quita la vida al concebido y, en la madre, que supuestamente es la parte que se beneficia, produce un daño psicológico y espiritual que puede manifestarse muchos años después. Se conoce como el síndrome post-aborto. También, existe un mayor riesgo de infecciones, hemorragias, cáncer y subfertilidad<sup>1</sup>. Entonces: ¿a quién cura o sana un aborto terapéutico? Por lo que se intenta regular en el artículo 119° del Código Penal peruano, resultaría más acertado llamarlo “interrupción del embarazo en presencia de peligro para la vida o la salud de la madre”<sup>2</sup> aunque, como se verá más adelante, no se trata de un aborto, sino de la consecuencia indirecta de un procedimiento médico que intenta salvar a la madre de un peligro actual.

## -II-

### - Análisis del Tipo Penal

El artículo 119° del Código Penal vigente establece: “No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave o permanente”.

En concreto, el aborto terapéutico se configura en circunstancias en las que necesariamente hay que quitarle la vida al concebido para que la madre pueda ser salvada o para evitarle un mal grave y permanente, procedimiento que es guiado siempre por un médico.

Entendido el tipo penal, caben las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son esas circunstancias?. ¿Existen?. ¿Por qué se plantea la correspondencia directa entre la muerte del concebido y la vida de la madre?.

Estos cuestionamientos permiten ingresar al fondo del asunto. Se presentan dos eventos que hay que diferenciar:

<sup>1</sup> TANTALEÁN, Martín. Síndrome post aborto. Consulta en Internet: <http://travesiaporlavida.blogspot.com/2007/01/sndrome-post-aborto.html>. Para un mejor análisis consultar: ROONEY, Brent. El aborto Procurado. ¿Es saludable para la mujer y para un futuro recién nacido? ARS Médica. Revista de Estudios Médicos Humanísticos. Consulta en Internet: <http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/AsMedica6/Art09.html>. Es de destacar que en la investigación de ROONEY se identifica que el riesgo de muerte de mujeres que han abortado es mayor al de mujeres que dan a luz.

<sup>2</sup> Término acuñado por P. CUADROS, John SDB. El aborto Terapéutico. Consulta en Internet: [http://www.boletin.salesianosperu.org/pages/art\\_det.php?art\\_id=876&art\\_mostrar=1](http://www.boletin.salesianosperu.org/pages/art_det.php?art_id=876&art_mostrar=1)

- a) El primero se refiere al establecido en el artículo 119º, que relaciona directamente la muerte del concebido con la vida de la madre. No encontramos ante un aborto en todo el sentido de la palabra. Se mata al concebido para supuestamente salvar a la madre.
- b) El segundo evento, trata de aquellas circunstancias en las que el concebido muere como consecuencia indirecta de un procedimiento médico que intenta salvar a la madre ante un peligro actual. Algunos lo llaman “aborto indirecto”, término que no debe ser utilizado porque en realidad no se practica un aborto, la muerte del concebido resulta ser la consecuencia indirecta, no querida de otra acción, que busca salvar la vida de la madre. La situación es tal que el médico no puede esperar a que el concebido fuera viable (momento en el cual puede vivir ex - útero) para poder salvar a la madre. No tiene otra posibilidad. Si espera, con la intención de salvar a la criatura morirían ambos ya que antes del momento de la viabilidad moriría la madre, lo que desencadenaría también la muerte del concebido. El médico y la madre actúan bajo lo que se conoce como “estado de necesidad justificante”<sup>3</sup>, regulado en el artículo 20, inciso 4 del Código Penal<sup>4</sup>.

La distinción entre ambos eventos no es sólo en cuanto a su denominación. Podría interpretarse hasta aquí que únicamente se está sugiriendo reemplazar el enunciado “aborto terapéutico” por el de “estado de necesidad justificante”. Y no es así. Entre el tipo penal del artículo 119º y el artículo 20, inciso 4º del Código Penal, existen diferencias que deben advertirse. En primer lugar, como se tiene mencionado, la intención es distinta. En el aborto terapéutico se procede bajo la sola creencia que truncando la vida del feto se salvará la vida de la madre; mientras que, bajo la causa justificante, la muerte del no nacido no es querida, ni causada por el médico ni por la madre, es consecuencia del único procedimiento disponible en un determinado momento para salvar a la madre y hasta cuando sea posible al concebido. Entonces, no se

<sup>3</sup> En concreto, el estado de necesidad justificante se puede definir como aquella causa que permite validar una conducta típica por la prevalencia de un interés sobre otro. Excluye la antijuricidad por lo que no se comete delito alguno. Su aspecto subjetivo está dado por el conocimiento y la voluntad de actuar en este estado de necesidad.

<sup>4</sup> Código Penal, artículo 20, inciso 4: Esta exento de responsabilidad penal: “El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinando a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado y; b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”.

tiene que culpar a nadie. Indiscutiblemente de trata de una tragedia que no es legal, ni moralmente condenable<sup>5</sup>. Otro factor que los diferencia lo constituye el peligro. Para actuar bajo un estado de necesidad justificante que exime de responsabilidad penal se requiere de un peligro actual (este requisito no es necesario en el tipo penal del artículo 119º). Estar bajo un peligro actual significa que se ha desencadenado la situación de riesgo, pudiendo salvarse alguno de los bienes jurídicos afectados, pero no ambos. Es en esta circunstancia que la madre, el concebido y el médico se desenvuelven. En cambio, en el aborto terapéutico el peligro es inminente y no actual, el médico mata al no nacido bajo la creencia que es el único medio para salvar a la madre pero sin una situación de riesgo existente al momento de cometer el aborto, sino inminente, amenazante en el corto plazo.

### -III-

¿Por qué entonces se ha creado un tipo penal específico (aborto terapéutico) si ya existía en el código penal vigente una causa de estado de necesidad justificante?

No encontramos una respuesta exacta. Lo cierto es que el tipo penal conocido como aborto terapéutico es innecesario en el Código Penal, a tal punto que su derogación no provocaría situación de desprotección alguna. El médico y la madre, ante el escenario descrito, actuarían bajo un estado de necesidad justificante. Sin embargo, la suspicacia nos permite interpretar que el aborto terapéutico tal y como está regulado actualmente, es una manera encubierta de consentir abortos sin que ello represente una condena legal (moralmente siempre será reprochable).

Otra muestra preocupante, aunque fallida, de la incursión de ideas abortistas se desprende del protocolo abortista, hoy felizmente derogado: “Manejo integral de la interrupción terapéutica de la gestación menor de 22 semanas en el Instituto Nacional Materno Perinatal”<sup>6</sup>. Resulta curioso observar en un Estado que sanciona y pune el delito de aborto, un documento tan abortista como el mencionado, redactado por autoridades de “salud”. Aquí, se contempla como legal el aborto hasta en 17 cuadros clínicos o enfermedades que puede padecer la paciente gestante. El aborto terapéutico se puede utilizar en

<sup>5</sup> Sobre el particular: MORALES, Concepción y CASTAÑEDA, Adolfo. Aborto Terapéutico. ¿Qué pasa cuando peligra la vida de la madre?. Consulta en Internet: <http://www.aciprensa.com/aborto/aterapeutico.htm>

<sup>6</sup> Aprobado por Resolución Directoral N.º 031-DG-INMP-07 del Instituto Materno Perinatal, Maternidad de Lima, del 07 de Febrero de 2007.

situaciones como: cáncer de cerviz invasivo, el lupus eritematoso, insuficiencia renal crónica, neoplasia maligna del aparato gastrointestinal, insuficiencia cardíaca, hipertensión arterial crónica, cánceres ginecológicos que requiera quimioterapia, entre otras. Obsérvese como amparados en el aborto terapéutico se intenta hacer creer que la madre que padece de insuficiencia cardíaca deb interrumpir su embarazo necesariamente para poder salvar su vida. Hoy en día la insuficiencia cardíaca es compensada médicamente y el embarazo es asistido por métodos de regulación que permiten eliminar la posibilidad de invocar un “aborto terapéutico”.

En la actualidad, con el avance de la ciencia, cada vez se logra salvar más madres y a más concebidos al mismo tiempo en circunstancias que, años atrás, eran consideradas imposibles. En general, los procedimientos médicos que más han evolucionado son los que permiten lograr la supervivencia fuera del útero materno de los nacidos con menos tiempo de edad gestacional y aquellos que posibilitan que la madre pueda permanecer con vida hasta el momento del alumbramiento. Por lo tanto, invocar la posibilidad del estado de necesidad justificante se torna cada vez más remota. Sin embargo, los factores varían de un lugar a otro<sup>7</sup>. En escenarios donde se cuenta con materiales y recursos suficientes para atender a la gestante que pone en riesgo su vida a raíz del embarazo es poco probable que el concebido muera. La situación cambia en lugares alejados y pobres que carecen de medios para evitar el evento peligroso.

Entre las situaciones que más peligro causan en la vida de la madre y del concebido se pueden mencionar: embarazo ectópico tubárico (siempre y cuando no se disponga de los medios tecnológicos y humanos adecuados) e infección ovular<sup>8</sup>, acompañada de los siguientes síntomas: fiebre alta, a veces shock séptico y útero grávido. En este último caso, el riesgo se ha desencadenado y la vida de madre se define en minutos. Resulta complicado determinar las causas que provocarían el uso del estado de necesidad justificante, dependerá de cada

<sup>7</sup> Carlos y Valenzuela médico y profesor chileno recomienda considerar las siguientes variables críticas tomando en cuenta la probabilidad del riesgo (a mi juicio permiten establecer si, en un caso concreto, es procedente aplicar el estado de necesidad justificante): I) El compromiso vital y la calidad de vida actual de la embarazada y la proyección de estas variables en los distintos escenarios posibles, con o sin intervención (vaciamiento parcial o total uterino, intervención selectiva de fetos, etc.). II) El compromiso vital y la calidad de vida actual del(los) embrión(es) o feto(s) afectado(s) y proyección de estas variables en los escenarios posibles, con o sin intervención. III) Los recursos que se tienen para atender a la embarazada y al feto, con o sin intervención, y para proseguir el cuidado de la vida de un feto prematuro. IV) Las particularidades del caso. VALENZUELA, Carlos Y. Ética Científica del Aborto Terapéutico. Revista Médica de Chile. Consulta en Internet: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872003000500013&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872003000500013&script=sci_arttext)

<sup>8</sup> En concordancia con la opinión del doctor ROSSELOT JARAMILLO, Eduardo. Presidente de la Comisión de Ética de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile. Aborto Terapéutico. Consulta en Internet: <http://www.med.uchile.cl/noticias/2003/enero/aborto.html>

caso en concreto (cada evento difiere de otro) y, como se tiene mencionado, de los recursos disponibles. Inclusive, con el avance de la ciencia y de acuerdo a las características con que la paciente se presente, los casos citados pueden dejar de ser cuadros clínicos que provocan la muerte del concebido. Estas situaciones extremas, dramáticas y afortunadamente poco usuales, son muy distintas a las causales en las que se basa el protocolo abortista aludido, puesto que bajo los supuestos allí establecidos se pueden salvar ambas vidas con los recursos disponibles en casi todas las partes del mundo, por consiguiente, resultaría imposible bajo esas condiciones argumentar lícitamente la interrupción del embarazo.

#### -IV-

Tanto el Protocolo Abortista del Instituto Nacional Materno Perinatal y el artículo 119° del Código Penal muestran como el ser humano (en este caso con facultades legislativas-normativas) intenta desconocer la naturaleza de la dignidad para promover campañas abortistas. Para que una norma positiva sea beneficiosa, necesariamente, no debe dañar ni negar la naturaleza humana y debe estar en orden al bien común; contrariar estas condiciones ocasiona profundas heridas que dañan y destruyen a la sociedad en su conjunto. El Estado no puede modificar a través leyes consensuadas el estatuto natural del hombre. La dignidad humana se debe sobreponer a la prepotencia de algunos que, como se ha observado, buscan promover el aborto en nuestro país.

En ese sentido, tanto la Constitución Política de 1993 (artículo 1°)<sup>9</sup> como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 1°)<sup>10</sup> reconocen, en primer lugar, a la dignidad como máximo valor. La dignidad es el fundamento de todo derecho, obviamente incluido el de la vida. Así que, si el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, le corresponde el respeto a su dignidad a través del respeto a la vida. Por lo tanto, la norma jurídica que contradiga lo anterior es inconstitucional y vulnera los derechos humanos y cualquier persona que viole aquel derecho comete un delito. Son estos argumentos básicos, sustento de todo el ordenamiento jurídico, los que

<sup>9</sup> Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 1: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

<sup>10</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 1: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

pretenden ser desconocidos por campañas abortistas que confunden sutilmente a la opinión pública con el objeto de ganar más adeptos.

Así que nadie le otorga derechos al concebido, él los tiene, en título y medida, en sí mismo. Al respecto ILVA, HOYOS CASTAÑEDA prologando la obra de Javier HERVADA afirma: “En razón de la dignidad humana, a toda persona le son adecuados o proporcionados un conjunto de bienes que le están atribuidos por un título natural, que le son debidos por naturaleza”<sup>11</sup>.

Hay derechos que están atribuidos al ser humano en virtud de la misma naturaleza del hombre, es decir, provienen del mismo hombre (derecho natural) y; otros, que son atribuidos por decisiones o por el consenso de los hombres (derecho positivo). El derecho a la vida, por ejemplo, es un derecho natural, inherente o unido al hombre por el solo hecho de ser tal. El derecho a la vida no se tiene porque los hombres por acuerdo así lo decidieron en un determinado momento. El episodio de Caín y Abel trasciende porque un hermano le quitó al otro algo que no era suyo: la vida. Sin embargo, el hecho fue y es reprochable sin necesidad de una ley positiva (consensuada) que así lo estableciera. No era preciso que exista, ya que se trata de un bien natural que corresponde a cada hombre sin necesidad que otro u otros se lo reconozcan.

Entonces, si lo anterior ha quedado claro, la pregunta sería: por qué en el caso del concebido el razonamiento tendría que ser diferente. Por qué los hombres por acuerdo o consenso pueden decidir sobre el derecho de una vida que no es suya - y no hay forma que lo sea - sino del concebido, si se trata de un derecho natural que le corresponde por el hecho de ser sujeto de derechos en sentido ontológico y, por ende, en sentido jurídico.

Recuérdese que nunca podrá considerarse justo un hecho que dañe y menoscabe la dignidad de alguien, incluido el concebido. Para que algo sea justo hay que dar a cada cual lo suyo (y el concebido también tiene lo suyo). Esa será siempre una regla de interpretación válida que permite demostrar la inconsistencia de los fundamentos expuestos por grupos abortistas, que invocan como justas, campañas y propuestas que dañan la dignidad del no nacido. ¿Será justo algo que niegue dar al concebido su derecho a la vida? Para que la respuesta deje de ser siempre negativa habría que cambiar la naturaleza del ser humano y eso, como todos sabemos, es imposible para cualquier hombre.

<sup>11</sup> HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. HERVADA, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural (Prólogo p. XXXI). Santa de Fe de Bogotá: TEMIS S.A., 2000.

-V-

En resumen, el artículo 119° del Código Penal es innecesario. Su vigencia provoca que falsas situaciones de peligro, que en realidad son abortos, sean eximidas de penalidad. El estado de necesidad justificante libra de responsabilidad penal al médico y a la madre que actúan bajo un peligro actual en situaciones que, felizmente, cada vez son menos probables, gracias al avance de la ciencia. Los hombres, a través de normas positivas, no pueden lesionar ni privar al concebido de derechos que son suyos en razón a su naturaleza, entre ellos y el primero de todos, el derecho a la vida.

### **BIBLIOGRAFIA Y FUENTES CONSULTADAS**

- BELAUNDE, José. La vida y la palabra - El aborto: Algunas consideraciones adicionales  
<http://www.sexualidadsana.com.pe/site/content/view/181/33/>
- Código Penal Peruano. Decreto Legislativo N° 635 y sus modificatorias.
- (P) CUADROS, John SDB. El aborto Terapéutico.  
[http://www.boletin.salesianosperu.org/pages/art\\_det.php?art\\_id=876&art\\_mostrar=1](http://www.boletin.salesianosperu.org/pages/art_det.php?art_id=876&art_mostrar=1)
- HERVADA, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural (Prólogo). Santa de Fe de Bogotá: TEMIS S.A., 2000.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Lima: sin precisión de editorial, 2002.
- MORALES, Concepción y CASTAÑEDA, Adolfo. Aborto Terapéutico. ¿Qué pasa cuando peligra la vida de la madre?  
<http://www.aciprensa.com/aborto/aterapeutico.htm>
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal: Parte General. Sexta Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- ROONEY, Brent. El aborto Procurado. ¿Es saludable para la mujer y para un futuro recién nacido? ARS Médica. Revista de Estudios Médicos Humanísticos.

- <http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/AsMedica6/Art09.html>.
- TANTALEÁN, Martín. Síndrome post aborto  
<http://travesiaporlavida.blogspot.com/2007/01/sndrome-post-aborto.html>.
  - ROSSELOT JARAMILLO, Eduardo. Presidente de la Comisión de Ética de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile. Aborto Terapéutico.  
<http://www.med.uchile.cl/noticias/2003/enero/aborto.html>
  - RPP Noticias. Polémico protocolo de "aborto terapéutico"  
[http://www.rpp.com.pe/portada/nacional/68477\\_1.php](http://www.rpp.com.pe/portada/nacional/68477_1.php)
  - RUBIO CORREA, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993. Tercera edición. Lima: Desco, 1994.
  - VALENZUELA, Carlos Y. Ética Científica del Aborto Terapéutico. Revista Médica de Chile.  
[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872003000500013&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872003000500013&script=sci_arttext)
  - VILLA STAEIN, Javier. Derecho Penal. Parte General. Segunda edición. Lima: Aníbal Galván Paredes – Galván Editor, 2001.
  - \_\_\_\_\_ *.Derecho Penal. Parte Especial.* Lima: San Marcos, 1997.

# LA INFLUENCIA DEL MODELO DE AUTONOMÍA EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES DE LA MEDICINA

Por: Paula E. Siverino Bavio\*

**SUMARIO:** Sobre el Derecho de daños y el principio de autonomía.

## 1. Introducción

En el presente trabajo vamos a hablar sobre la relación médico paciente, situación que es generadora de particulares obligaciones y derechos que han dado lugar a una frondosa bibliografía sobre responsabilidad médica especialmente en los últimos años.

Vamos a tomar la relación médico paciente en abstracto, sin tomar en cuenta los múltiples factores que inciden en ella tales como el marco institucional, el problema del reparto de recursos escasos, la introducción de nuevas tecnologías, los intereses de terceros involucrados, equipo médico, régimen de seguros, de medicinas prepagas u obras sociales, etcétera. Respecto de la persona que entra en relación con el médico en un marco institucional contractual (paciente), en los supuestos a los que haremos referencia, no se analizarán conflictos respecto de personas con capacidad disminuida para tomar decisiones; así que será un presupuesto la plena capacidad.

No ha sido citada bibliografía específica sobre responsabilidad médica porque se intenta construir un enfoque original para ver la génesis de esta responsabilidad desde la tesis que nos ocupa: el cambio de paradigma del modelo de beneficencia al de autonomía y su traducción legislativa y jurisprudencial.

\*Abogada y candidata al Doctorado por la Universidad de Buenos Aires. Profesora titular de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú e Inca Garcilaso de la Vega.

Así, se parte del análisis de los dos modelos de responsabilidad ética y de cómo cada uno de ellos va a determinar posturas disímiles de toma de decisión que tendrán como consecuencia la distinta responsabilidad del profesional en casos concretos según el modelo al que se adhiera.

## 2. ¿Por qué la importancia del modelo?

¿Por qué es importante partir desde los modelos éticos de toma de decisiones si pretendemos hacer un análisis jurídico? Múltiples razones nos motivan, pero por lo pronto recordemos que el médico tiene obligación de realizar su práctica "*de acuerdo a las reglas del arte*" parámetro judicial que es central para determinar la responsabilidad frente a un acto médico cuestionado. Y entendemos que estas '*reglas del arte*' van a estar dadas no sólo por el procedimiento técnico científico recomendado, sino y muy especialmente por los principios del modelo ético de toma de decisiones que se tome como parámetro: una conducta que es ilícita bajo un modelo puede ser lícita en el otro y viceversa.

Debemos aclarar que estos 'modelos' de relación están tomados desde el enfoque principialista en bioética, ya que esta metodología permite ver con mayor claridad la tesis planteada, lo que no implica adoptarla en su totalidad como la única posibilidad metodológica, ni pretender establecer de este modo el sistema de justificación moral a nivel de los principios como el único valedero. Nuestra formación responde a la corriente de la escuela latinoamericana de Bioética, que entiende como esencial la relación estrechísima entre Bioética y derechos humanos, lo cual se evidenciará en el desarrollo del trabajo.

Lo primero que planteamos es el cambio de paradigma, la transición del modelo de beneficencia al modelo de autonomía; dado que si bien este fenómeno dista de ser novedoso, es bajo el modelo de beneficencia (por cuestiones históricas) que están redactadas muchas de las leyes que todavía regulan la actividad médica en Argentina y muchos países de Latinoamérica. Qué tratamiento han dado los tribunales argentinos a esta cuestión y cómo se generaron los primeros espacios para dar lugar al cambio de paradigma es lo que nos ocupa en este artículo<sup>1</sup>.

Tal como hemos adelantado, nos interesa en esta ocasión rescatar un estudio desde el modelo ético de toma de decisiones y no desde el planteo clásico

de la responsabilidad civil, ya que entendemos al Derecho como instrumento que plasma demandas sociales y necesidades de los distintos grupos que conforman la sociedad. El cuestionar la norma supone cuestionar los motivos que le dieron origen, que están llamados a evolucionar con el paso del tiempo y necesitan ser redefinidos.

En el caso que nos ocupan ésta responde a dos exigencias: una interna, el cambio de modelo propiamente dicho, y una 'externa' de los nuevos marcos constitucionales aportados tanto por los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por los Tratados de Derechos Humanos, y la lectura que de éstos hacen sus intérpretes vinculantes, que la Argentina reconoce como integrantes del bloque de constitucionalidad luego de la reforma constitucional de 1994. Pasemos entonces al desarrollo de estos ítems.

### **3. Los dilemas éticos y la relación médico - paciente**

La práctica médica, tanto diagnóstica como terapéutica consiste en una continua toma de decisiones en condiciones de incertidumbre, decisiones que merecerán el calificativo de racionales siempre y cuando se hayan realizado conforme a los criterios de la lógica. Educar al médico en los métodos de toma de decisiones es una de las máximas responsabilidades de las instituciones médica docentes. Pero los pacientes no presentan problemas sólo biológicos sino también morales. Los problemas humanos no son nunca exclusivamente biológicos son también morales. El proceso de toma de decisiones morales en el área sanitaria es enormemente complejo y necesita un tratamiento específico.

La Bioética<sup>2</sup> desafió la creencia que aquellos bien entrenados en medicina y ciencia estaban igualmente capacitados para tomar decisiones

<sup>1</sup> Para un tratamiento específico de estos temas ver SIVERINO BAVIO, Paula. "Consideraciones ético jurídicas sobre la esterilización en la Argentina" en la Revista Jurídica del Perú, N° 64, Trujillo, Perú, 2005, pp. 261-315; "Influencia del principio de beneficencia en el derecho de daños" Revista Crítica de Derecho Privado Nro. 1. Montevideo, Uruguay, 2004; "El problema de la esterilización en la Argentina" Revista Jurídica del Perú, Trujillo, (Perú) Normas Legales, Año LII N° 38, noviembre de 2002; "Ligadura de Trompas: ¿delito o derecho?" Revista Bibliotecal N° 3, Gráfica Horizonte, Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Lima, 2001. Sección Doctrina Internacional, págs. 469 a 519 y en la Revista Persona <http://revistapersona4t.com/1Siverino.htm>. ; "Derechos humanos y ligadura de trompas" Revista Jurídica La Ley, suplemento del 15 de noviembre 2006. LL-2007-I. "Ligadura de trompas. Claves para entender el debate". [www.microjuris.com/MJAR](http://www.microjuris.com/MJAR) 30 de Agosto 2006.

<sup>2</sup> Ha sido definida como "el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias biológicas y atención de la salud, en la medida en que esta conducta se examine a la luz de los valores y principios morales" en Warren Reich (ed.), Encyclopaedia of Bioethics, New York, Simon&Shuster Macmillan, 1995, Vol 1 "el estudio sistemático de las decisiones morales incluyendo la visión moral, decisiones, conductas y políticas, de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud, empleando una variedad de metodología éticas en el espacio interdisciplinario" REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Diccionario de la lengua española, 21a.ed., Madrid, 1992, p.293.

morales; lo que pretende es resolver los problemas prácticos que plantea el ejercicio de la biología y la medicina en una sociedad secularizada y pluralista. Se da por supuesto que cada uno de los agentes que intervienen en la relación médico - sanitaria tiene ya formada su propia conciencia moral, y lo que intenta enseñársele es cómo tomar decisiones concretas, que sean razonables y puedan ser aceptadas por la mayoría. La experiencia demuestra que cuando no se toman estas precauciones, los conflictos entre médicos y pacientes aumentan en número y gravedad, haciendo en muchos casos necesaria la intervención de la justicia. Cuando por el contrario, se actúa conforme a los criterios de razonabilidad y buen sentido, las relaciones humanas mejoran, produciendo mayor satisfacción tanto en profesionales como pacientes. Lo cual es un excelente índice de calidad de vida, razón de ser y objetivo último de todo el sistema sanitario<sup>3</sup>.

Entre especialistas en ética aplicada existe consenso en considerar a la Bioética como distinta, más no separada de la ética tradicionalmente entendida, por tratarse no solamente de una disciplina filosófica preocupada en analizar desde el punto de vista de la tradición filosófica las cuestiones sobre lo que es correcto, bueno y justo sino además en una práctica consistente en aplicar los procesos del razonamiento práctico a conflictos y dilemas morales que surgen del campo de las investigaciones médicas y biológicas<sup>4</sup>.

Denota no solo un campo particular de investigación, la intersección de la ética y las ciencias de la vida, sino también una disciplina académica, una fuerza política en los estudios de medicina, biología y medio ambiente y una perspectiva cultural<sup>5</sup>. Expresa, de alguna manera, el dilema moderno entre la libertad individual y la responsabilidad social.

Como todo acto verdaderamente humano, la relación entre médico y enfermo tiene para ambos un constitutivo carácter ético<sup>6</sup>; los problemas éticos clínicos en la relación entre profesional y paciente referidos al diagnóstico y tratamiento de sujetos particulares comienzan con la revisión de las reglas éticas

<sup>3</sup> GRACIA, Diego. Prólogo a la edición castellana de "Ética médica" BEAUCHAMP, Tom ; Mc CULLOGH ; Laurence , Labor Universitaria, 1984 ,p.3.

<sup>4</sup> SCHRAMAN Roland Fermin "Algunas controversias semánticas e morais acerca do acceso e do uso do genoma humano" en Rev.Limite, A Ética e o Debate Jurídico sobre acceso y uso do Genoma Humano, Fernanda CARNEIRO e Maria Celeste EMERIK organizadoras ; Rio de Janeiro, FIOCRUZ, 2000, pág. 130.

<sup>5</sup> CALLAHAN, Daniel; ' Bioethics', En Warren Reich (ed.), Encyclopaedia of Bioethics, New York, Simon&Shuster Macmillan, 1995, Vol.1 págs. 247-58

<sup>6</sup> LAIN ENTRALGO, Pedro El médico y el enfermo, Madrid, Guadarrama S.A., 1969, p. 208

que fundamentan esa relación y que son las de confidencialidad, veracidad y consentimiento informado<sup>7</sup>.

La relación médico - 'paciente' es una situación que despliega un amplio abanico de variable desde las cuales son posibles tantas clases de análisis como perspectivas individualizadas, ilustrando claramente tanto la vocación transdisciplinaria de la Bioética como su carácter dilemático; dentro de esta situación ubicamos al acto médico.

En sentido estricto se ha entendido al acto médico como toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de su profesión médica, entendiendo por tal los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico; sus características son profesionalidad, ejecución regular o típica y licitud<sup>8</sup>.

Los dilemas que surgen en la relación médico - paciente pueden ser analizados tradicionalmente desde dos modelos o patrones de responsabilidad moral que comparten un origen común: procurar los mejores intereses del enfermo.

Cada modelo se origina a partir de dos puntos de vista fundamentales desde los que pueden interpretarse dichos intereses: *el modelo de beneficencia y el modelo de autonomía*. Estos modelos ayudan al médico analizar y justificar actitudes y comportamientos moralmente apropiados por su parte en el cuidado de los pacientes.

La preeminencia o no de ciertos valores define el tipo de relación médico - paciente, aunque no hay que olvidarse que tanto médicos como pacientes están insertos en una sociedad, una cultura particular y generalmente en instituciones y éstas influyen y atraviesan la relación<sup>9</sup>.

Cada modelo engloba cuatro elementos interrelacionados:

- *El fin moral* de la medicina ; procurar los mejores intereses del paciente.
- *Un principio* que estipule la significación moral de puntos de vista distintos sobre los mejores intereses del paciente.

<sup>7</sup> TEALDI, Juan Carlos Transegénicos, documento s/referencia bibliográfica facilitado por el autor.

<sup>8</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique Derecho médico peruano, Lima, Fondo de desarrollo editorial, Universidad de Lima, 2001.

<sup>9</sup> LUNA, Florencia y SALLES, Arleens. "Decisiones de Vida y Muerte", Sudamericana, Buenos Aires, 1995, p.42

- *Obligaciones* (o deberes) que derivan de este principio.
- *Virtudes* que derivan de este principio.

#### 4. El modelo de beneficencia

La pregunta fundamental sobre la beneficencia en el contexto de la relación médico - paciente es: ¿Qué quiere decir, para el médico, buscar el mayor predominio del bien sobre el mal en la asistencia a los pacientes ? El modelo de beneficencia responde a esta pregunta desde lo que piensa la medicina que son los mejores intereses del paciente.

Las fuentes históricas primarias del modelo de beneficencia se encuentra en la ética médica desarrollada en Occidente a lo largo de los últimos dos mil quinientos años, pudiendo sistematizarse dos períodos, el primero en la antigua Grecia y los médicos hipocráticos ; el segundo en la Gran Bretaña del s. XVIII, en concreto la ética médica del médico escocés John Gregory<sup>10</sup>.

Los eruditos escritos de Ludwing Edelstein sobre el juramento y otros escritos hipocráticos han demostrado que tiene sus raíces en una secta religiosa de la antigua Grecia conocida como pitagorismo. El fin moral de la medicina aparece en un párrafo central del juramento *“Utilizaré el régimen dietético para bien de los enfermos, de acuerdo a mi capacidad y juicio ; alejaré de ellos el mal y la injusticia”*. En el escrito *“Sobre el arte”* dice : *“Voy a definir lo que considero que es la medicina : el apartar por completo los padecimientos de los que están enfermos y mitigar los rigores de sus enfermedades y el no tratar a los ya dominados por las enfermedades, consciente de que en tales casos ya no tiene poder la medicina”*

Diversos elementos del modelo de beneficencia proceden de la ética médica de Grecia : primero, el modelo construye su esquema de responsabilidades morales de los médicos en términos del objetivo o fin de la medicina , procurar los mejores intereses del paciente tal y como los entiende la medicina ; sobre esa base aporta significados clave del principio de beneficencia, en tercer lugar utiliza este principio para demostrar que la obligación primaria, aunque prima facie, del médico, es beneficiar al paciente, siendo la condición limitante la prevención del mal innecesario.

<sup>10</sup>BEAUCHAMP, Tom y MCCULLOGH, Laurence. *“Ética Médica”*, Labor Universitaria, Madrid, 1984, p. 31 y ss.

Este concepto de obligaciones o deberes *prima facie*, procede de una calificación que hace Ross de las fuentes y tipos de deberes morales. De acuerdo con Ross en cada circunstancia debemos hallar el “mayor deber” encontrando el “mayor equilibrio” entre lo justo sobre lo injusto en cada contexto concreto. Introduce entonces su distinción central entre deberes *prima facie* y deberes *actuales*; el deber *prima facie* es un deber que siempre hay que cumplir a no ser que entre en conflicto en un determinado caso con un deber igual o más fuerte.

Las raíces de la ética hipocrática tienen un carácter parcialmente religioso. En la era moderna las influencias religiosas sobre la ética médica empezaron a ser reemplazadas por las influencias laicas, entre ellas, filosóficas. En esta época, esencialmente en el s. XVIII tiene sus raíces más firmes el espíritu filosófico de la ética médica. Entre las figuras más importantes en esta transición se encuentra J Gregory, profesor de práctica médica en Edimburgo, sus *Lectures on the Duties and Qualifications of a Physician* (1772) influyó en la ética médica hasta bien entrado el s. XIX.

Gregory comienza su tratado definiendo a la medicina como “ el arte de conservar la salud, prolongar la vida y curar las enfermedades” Sostiene que la medicina tiene un fin moral intrínseco: el médico no es una persona cuyos intereses y valores estén sencillamente suplementados por responsabilidades adicionales con los pacientes. El mismo papel moral del médico se entiende en términos de beneficencia. Además pone un énfasis especial en las virtudes; afirma que en todos los casos de conflicto entre los intereses personales del médico y sus obligaciones con los pacientes, la virtud requiere que se de prioridad a éstas últimas.

En la historia de la medicina el médico ha desempeñado principalmente funciones de asistencia y consuelo, siendo la beneficencia la base moral de estas funciones. Cuando eclosionó la ciencia médica en el s. XX, la medicina se convirtió en una materia más técnica y científica.

La transformación de la medicina iniciada unas dos décadas atrás, donde los conflictos éticos de una práctica profesional cada vez más emplazada por el imperativo tecnológico y la creciente conciencia de los derechos humanos llevados al campo de la salud bajo la forma jurídica de los derechos de los enfermos pusieron en crisis los cimientos institucionales de la profesión médica basada hasta entonces en la potestad del médico sobre el enfermo<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> BRUSSINO, Silvia, “Bioética, racionalidad y principio de la realidad”. Cuadernos de Bioética Año 1 N° 0. Ad Hoc, Buenos Aires. Octubre 1996, p. 39-52.

#### 4.1 Los elementos del modelo de beneficencia

Los elementos del modelo de beneficencia se apoyan unos sobre otros aportando una visión integrada de las dimensiones morales del papel del médico. Estos son:

1. El fin moral de la medicina: es fomentar los mejores intereses del paciente, tal y como se entiende desde el punto de vista de la medicina.
2. Principio moral básico: el principio de beneficencia es fundamental; dispone que el médico busque el bien del paciente (salud, prevención, eliminación o control de enfermedades y lesiones; alivio de dolores y sufrimientos innecesarios, mejora de minusvalías, vida prolongada, etc.) y evite los males, tales como la medicina los entiende.
3. Obligaciones morales derivadas: las relacionadas con su rol que derivan del principio de beneficencia: comunicación sincera, confidencialidad, fidelidad...
4. Virtudes derivadas: las que derivan del principio mencionado: sinceridad, confianza, fidelidad<sup>12</sup>.

Esta tradicional forma de ejercer la medicina, la que considera al principio de beneficencia como el fundamental y resta importancia a la autonomía de la persona, ha producido muchas veces un exacerbado paternalismo médico. Esta actitud no parece muy acertada en nuestra época dado que, generalmente, los intereses de los pacientes son definidos por él mismo.

En lo macrosocial, ciertas modificaciones en las estructuras políticas y sociales han hecho desestimar los procesos absolutistas y totalitarios dando lugar a los procesos democráticos.

Este cambio de mentalidad influye en la relación médico - paciente, la cual empieza a ser cuestionada. La 'revolución bioética' de la medicina ha transformado al enfermo en un sujeto moralmente competente, capaz en principio de tomar decisiones sobre su propia vida y bajo ciertas circunstancias sobre su propia muerte<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> BEUCHAMP y MCCULLAUGH. Op. Cit. pág. 42.

<sup>13</sup> BRUSSINO; Silvia. Op. Cit.

Existe finalmente otra exigencia ética que se ha derivado de los cambios producidos por la medicina moderna. En épocas anteriores, los servicios sanitarios se prestaban como un gesto de altruismo y generosidad, cuando no se daban las condiciones económicas para ofrecerlos a los ciudadanos como una función social. La entrega en manos del médico era absoluta para que él determinara lo que considerara más conveniente. Se daba por ello una actitud de superioridad y paternalismo hacia el que todo lo espera en medio de su impotencia.

Lo que antes era un gesto de beneficencia o un prestación remunerada por los particulares, ahora se ha convertido en un servicio público al que todo el mundo, al menos en teoría, tiene derecho. El principio de beneficencia deja de ser el único criterio, para completarse ahora con el principio de justicia.

A partir de ese momento se comienzan a desarrollar los derechos de los enfermos como una exigencia de la justicia que brota, entre otros, de su condición de consumidor. Ya no será una persona que intenta obtener su salud su salud por simple beneficencia, sino que ahora podrá pedirla como un derecho que afecta también la responsabilidad de los médicos. El enfermo como ser autónomo, ha perdido su condición de menor de edad y participará en las decisiones sobre su salud<sup>14</sup>.

Hemos nombrado reiteradamente al paternalismo médico y esbozamos que el choque entre el médico benefactor y el paciente autónomo constituye la esencia del problema del paternalismo médico; pero ¿qué se entiende por paternalismo? Seguiremos aquí también la propuesta de Beauchamp y Mc Cullogh.

En el texto hipocrático "*Sobre la decencia*", se le ordena al médico que oculte "*la mayoría de las cosas*". Es ilustrativo el punto de vista del primer Código Ético de la American Medical Association: "*El paciente siempre debe cumplir, de forma inmediata y absoluta lo que prescriba su médico. Nunca debe permitir que sus propias opiniones, que son toscas, influyan sobre el cumplimiento de dichas prescripciones.*"

Algunos autores recientes apoyan el paternalismo, al sostener que adherir al modelo de autonomía en medicina puede ser peligroso para la salud

<sup>14</sup> LOPEZ AZPITARTE, Eduardo. "Los Hospitales : la técnica frente al humanismo" Revista Jurisprudencia Argentina , Octubre 28, 1998 n° 6113. Pág. 44.

del paciente y puede conducir a prácticas clínicas cuestionables, comprometiendo la responsabilidad del médico.

La palabra 'paternalismo' se ha utilizado tradicionalmente para referirse a la práctica de tratar a las personas como un padre trataría a sus hijos, en su aplicación a los médicos, esta analogía alude a dos rasgos: la beneficencia del padre, su actuación en defensa de los mejores intereses de sus hijos ; y la legítima autoridad del padre. En filosofía moral el término 'paternalismo' se ha usado en un sentido más limitado, para referirse a las prácticas que restringen o prohíben los actos autónomos de personas sin su consentimiento directo.

Podrá definirse entonces como a) limitación intencionada de la autonomía de una persona por parte de otra, b) cuando la persona que limita la autonomía apela exclusivamente a motivos de beneficencia hacia la persona cuya autonomía está limitada<sup>15</sup>.

Una postura extrema, sostenida H. L. Hart mantiene que los múltiples factores que inhiben el comportamiento voluntario (el miedo a morir, al dolor, a la carga económica que un tratamiento representaría, etcétera.) convierten al paternalismo en una práctica perfectamente aceptable. No todos los paternalistas llegan sin embargo, tan lejos; en lugar de ello se centran en un número limitado de casos en los que se encuentra disminuida la capacidad del paciente de tomar decisiones..

Algunos autores introducen aquí una distinción, entre un paternalismo *fuerte*, y un paternalismo *débil*.

El paternalismo fuerte apela al derecho de no tener en cuenta o prevenir tanto los actos autónomos como los no autónomos de las personas. El paternalismo débil sostiene que la conducta de una persona que sólo la afecta a ella únicamente podría ser limitada si básicamente no es autónoma, sólo cabría intervenir si la autonomía es cuestionable y no por el mero hecho de que sus acciones sean 'peligrosas' o 'irrazonables.' Este desplazamiento de la mira desde el paternalismo per se a la autonomía reducida obliga a preguntarse si hay alguna diferencia entre los antipaternalistas y los paternalistas débiles.

Generalmente se ha considerado como fuente filosófica clásica del antipaternalismo a "*Sobre la libertad*" de John Stuart Mill (1859). Mill llega a la

<sup>15</sup> BEAUCHAMP, MC CULLOGH, Op. Cit., p. 98.

conclusión de que el único fundamento válido para interferir en las opciones y decisiones autónomas de una persona es el daño producido a otro y no el daño producido a sí mismo. El interferir para proteger a un individuo autónomo de daños autoinflingidos es paternalista y está estrictamente prohibido.

Un segundo argumento que surgió con posterioridad es el escepticismo ante la suposición de que los médicos, y las autoridades, tienen la capacidad de conocer los mejores intereses del paciente y sus familias, mejor que ellos mismos.

Tanto el paternalismo 'débil' como el antipaternalismo confluyen en los siguientes extremos: a) es justificable la interferencia para proteger al paciente de males producidos de forma no autónoma y b) no es justificable la interferencia para proteger a un paciente de males producidos en forma autónoma. Por lo tanto parecería que el paternalismo débil no es un tipo de paternalismo que pueda ser diferenciado por algo destacable del antipaternalismo.

Aparentemente solo el paternalismo fuerte justificaría intervenciones en contra de la autonomía aunque la práctica demuestra que no en todos los casos, ya que muchas veces lo que se cuestiona es la capacidad de tomar decisiones del paciente, su autonomía (auto - nomos, capacidad de dictarse sus propias normas).

Los parámetros que se han tenido en cuenta para realizar esta evaluación determinarán la pertenencia a uno u otro sistema; así no es lo mismo considerar que una persona tiene su autonomía reducida en virtud de padecer una patología psiquiátrica que le impide hacer una composición de situación, padece algún tipo de retraso mental, etc. a considerar que, porque el paciente no tiene el nivel de instrucción equiparable al del médico y está enfermo, el temor y la 'ignorancia' le impiden tomar una decisión tan acertada como la del profesional.

Este breve pantallazo entre antipaternalistas y paternalistas permite servir de introducción para incursionar en el otro modelo de responsabilidad moral: el modelo de autonomía.

## **5. El modelo de autonomía**

A diferencia del modelo anterior, el modelo de autonomía considera los valores y creencias del paciente como la principal consideración moral en la determinación de las responsabilidades morales del médico en la asistencia del

paciente: si los valores del paciente se enfrentan directamente con los de la medicina, la responsabilidad fundamental de los médicos consiste en respetar y facilitar una autodeterminación del paciente en la toma de decisiones sobre su destino médico. Las obligaciones y virtudes del médico brotan por lo tanto del principio de autonomía.

### **5.1 Las fuentes filosóficas del modelo**

Sus formulaciones más destacables se encuentran en la ética filosófica del s XVII y XVIII; en concreto en las obras de Locke y Kant; a Locke le preocupaba el poder del Estado y la protección de los derechos individuales, del derecho a la vida, a la salud, a la libertad y a la propiedad formaban parte de un sistema básico de derechos no interferibles: el Estado no podía interferir sin autorización del individuo. Kant estaba interesado en las condiciones necesarias para establecer una comunidad moral cuyo rasgo distintivo fuera el mutuo respeto: para él es fundamental el requisito de ser libres para poder elegir; por lo tanto al evaluar las decisiones y acciones de los demás tenemos el deber de concederles el mismo derecho a emitir sus juicios que tenemos nosotros.

No obstante, el respeto a la autonomía es un deber *prima facie* y por lo tanto puede ser superado por otros principios morales que permitan limitar la autonomía.

Podemos dar una definición de autonomía diciendo que la decisión de una determinada persona es autónoma si procede de los valores y creencias propias de dicha persona se basa en una información y comprensión adecuadas y no viene impuestas por coacciones internas o externas. La autonomía de la persona puede verse reducida si alguna de estas condiciones no se cumplen o se cumplen sólo en parte.

Son elementos del modelo:

1. El fin moral de la medicina: es promover los mejores intereses del paciente tal y como vienen determinados por las decisiones autónomas de cada uno de ellos.
2. Principio moral básico: el de respeto a la autonomía es el púnico principio fundamental. Dispone que el médico respete las decisiones y acciones autónomas del paciente concerniente a la asistencia médica.
3. Obligaciones morales: las derivadas del respeto a la autonomía:

revelación de la información médica, confidencialidad, fidelidad, etcétera.

4. Virtudes morales: veracidad, ecuanimidad, fidelidad.

Pasemos entonces a ver como se entiende la influencia de los modelos de toma de decisiones morales en medicina con la responsabilidad profesional.

Ejemplificaremos con un artículo de la ley 17.132 que hasta hace muy poco tiempo era considerada como aquella que regulaba el ejercicio de la medicina en la Argentina. Los cuestionamientos sobre su constitucionalidad y el surgimiento de leyes provinciales más permisivas y acordes al respeto de la autonomía individual en los temas de anticoncepción quirúrgica voluntaria, llevaron a preguntarse también sobre su aplicación territorial, que hasta entonces no había sido discutida. Compartimos la opinión de que se trata de una ley local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que así lo dice el artículo 1 de la misma ley, si bien hay doctrina que sigue sosteniendo el carácter federal de todas sus disposiciones.

**6. Las responsabilidades profesionales: deber de asistencia, objeción de conciencia y autonomía.**

Es profesional quien realiza una tarea con habitualidad y afán de lucro, puesto que vive del producido de su haber. La mayoría, casi la totalidad del quehacer profesional se brinda a través de una situación contractual. El profesional y el cliente celebran un contrato por el cual el primero se compromete, contra un pago en dinero, a brindar su servicio profesional, la actividad específica que le compete y para la cual se encuentra habilitado su título. Los servicios extracontractuales son escasos, así por ejemplo el médico que atiende a un peatón desvanecido en la vía pública, en tales hipótesis suele hablarse de función a cargo del profesional<sup>16</sup>.

Una de las ramas de la ciencia que ha tenido mayor desarrollo en lo que va de este siglo es, justamente, la medicina, lo que implica un acrecentamiento de la actividad médica y por ende de los riesgos de la misma, con la consiguiente responsabilidad profesional. El médico está sujeto a un deber de humanismo médico que consiste en la obligación de prestar la asistencia debida y técnicamente adecuada, lo que en la primera parte del trabajo describíamos

<sup>16</sup> BUERES, ITURRASPE Y OTROS "Responsabilidad Civil" Hamurabbi, Buenos Aires, 1992 p. 452.

como el deber de beneficencia y no maleficencia.

El artículo 3 inciso 2 de la ley 17.132 de ejercicio de la medicina dispone la obligación del médico de asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo dispone y hasta tanto, en caso de decidir la no prestación de asistencia, sea posible delegarla en otro profesional.

Ello significa que el médico tiene el deber legal de asistir a los enfermos, la omisión de la asistencia debida puede generar su responsabilidad en los términos del artículo 1074 del Código Civil, si las circunstancias demuestran que el paciente sufrió un daño por la agravación de sus dolencias y aun la muerte por falta de intervención médica, que de haberse producido, hubiese evitado la consecuencia dañosa, o que el paciente hubiese tenido razonables posibilidades de sobrevivir o mejorara su salud. La negativa injustificada puede dar lugar a una responsabilidad directa y personal de carácter extracontractual, pues de lo que se trata es de la negativa del médico a prestar su servicio profesional fuera de todo contrato<sup>17</sup>.

Creo necesario en este punto hacer una aclaración: si bien el médico está vinculado por un deber legal y ético a la atención de un paciente, no es menos cierto que el médico está facultado para negarse a realizar una intervención o tratamiento determinado a un paciente, aún a pedido de éste, ejerciendo su derecho a la objeción de conciencia, sin que le quepa por esto reproche legal, siempre y cuando la objeción de conciencia se ejerciera en ciertas circunstancias y cumpliendo los requisitos requeridos por cada legislación.

Tal es el caso de un paciente que deseara someterse a un tratamiento en fase de experimentación y solicita ser controlado por su médico habitual, quien desapruueba el método por encontrarlo demasiado riesgoso, o con pocas probabilidades de éxito, o porque tiene características que le resultan inaceptables éticamente, por ejemplo la celuloterapia con embriones para regenerar tejidos, etcétera; o el médico que ante un diagnóstico de un embarazo de alto riesgo debiera realizar un aborto terapéutico y esto fuera contrario a sus principios morales o religiosos, puede válidamente negarse a intervenir.

### **6.1 Apuntes jurisprudenciales**

Así se consideró en la causa "A.K.", sentencia del 5 de septiembre de 1997, donde frente a la presencia de un feto con gravísimas malformaciones y

<sup>17</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Teoría General de la Responsabilidad Civil". Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993 P.493.

una madre con un cuadro de insulino dependencia aguda, el juez de primera instancia, al resolver el recurso de amparo que solicitaba la autorización para proceder a la inducción al parto, y la posterior lisis tubaria, a fin de salvaguardar la vida de la mujer (inducción que acarrearía con seguridad la muerte del feto), estableció en el punto 3 de la sentencia que de mediar objeción de conciencia fundada de algún profesional, ésta debía ser respetada<sup>18</sup>.

Sin embargo, no podría ejercer este derecho si se viera en una situación de emergencia y no hubiera otro médico capaz de atender al paciente, ya que comportaría un ejercicio abusivo de su derecho y una clara desatención a su obligación legal. Cabría preguntarse, por ejemplo en el caso del médico que debe realizar un aborto para salvar la vida de la madre, si de negarse e intentar otra técnica, la mujer muriera como consecuencia de la alternativa elegida, le cabría al médico responsabilidad.

La objeción de conciencia tiene como presupuesto que existe una obligación legal<sup>19</sup>, originando una suerte de tensión entre dos normas, aquella que establece la obligación legal, en este caso la de asistencia y el derecho constitucional que le asiste a negarse a realizar prácticas que repugnen a sus convicciones personales<sup>20</sup>. En una democracia constitucional la dignidad de la persona humana exige que se respeten las decisiones de la persona y el propio plan o proyecto de vida que cada uno elige para sí, en la medida en que no perjudiquen a terceros no afecten el bien común<sup>21</sup>.

El deber de prestar asistencia técnicamente adecuada supone que el médico fue requerido y aceptó intervenir, lo cual significa que asumió su deber de prestación médica. Sería el caso del médico ginecólogo que ha atendido el embarazo de la mujer, pero que ante una complicación, como el caso de la sentencia comentada, que se desencadenó en el último trimestre, se niega a realizar un procedimiento como el que allí se recomienda ya que implicaría la muerte del no nacido.

Si se trata de una operación programada, donde el profesional puede derivar la cirugía a otro colega, informando previamente de esta circunstancia y los hechos que motivan a la paciente, no habría, en principio, impedimento

<sup>18</sup> Juzgado Criminal y Correccional de Mar del Plata, Nro.3, sentencia del 5/9/97, juez Pedro Hooft..

<sup>19</sup> COLAUTTI, Carlos "Acerca de la obligación de someterse a tratamiento médico" LL.1996- C, p. 340.

<sup>20</sup> CSJN, sentencia del 18 de abril de 1989, Portillo, Alfredo. Publicado en LL 1989-C, p. 485 y ss.

<sup>21</sup> Juzg Nac. Crim y Corr. N° 3 Mar del Plata, sentencia del diciembre de 1995. -" P. A. F". publicado en LL 1997-F pág. 601 y ss.

alguno. Pero si la complicación se manifestara al momento de realizar la intervención y en vez de optar por la opción más segura y recomendada por el saber médico, elige otra para salvar al feto, la omisión en este caso de prestar la asistencia conforme a los principios de la técnica y el arte de curar da lugar a responsabilidad, porque el profesional se comprometió a satisfacer la natural expectativa del paciente de recuperar su salud o mejorar su estado; de tratarse de un inadecuado procedimiento quirúrgico, negligencia en la intervención o inobservancia de las reglas técnicas aconsejables, quedaría configurada su responsabilidad culpable.

También debe distinguirse cuál es la postura del paciente, ya que si esta negativa a realizar el aborto terapéutico en una situación de emergencia se da, como en el caso que comentamos, mediando expreso deseo de la paciente y su esposo de llevar adelante el procedimiento para resguardar la vida de la madre, es claro que prima el deber de asistencia, ya que lo contrario produciría un grave perjuicio a los involucrados; pero si el médico opta por otra técnica, aunque no fuera tan segura, con el fin de resguardar también la vida del no nacido, aún a costa de la de la madre, porque esto es lo que deliberada y conscientemente ha solicitado la paciente, no incurre en responsabilidad, ya que la conducta opuesta, actuar de acuerdo a las mejores indicaciones de la técnica pero contrariando la expresa voluntad de la paciente, sería una inaceptable vulneración de su dignidad personal.

De lo dicho se desprende que la negativa a someterse a un determinado tratamiento médico implica el ejercicio de un derecho de soberanía sobre el propio cuerpo, este derecho no puede ser negado, entre otras razones porque implicaría la necesidad de someter al paciente a violencia o engaño, es decir, quebrar su voluntad lo que está jurídicamente prohibido ya que sería una situación esencial de indignidad<sup>22</sup>.

Vemos aquí la influencia del modelo de beneficencia y del modelo de autonomía en la determinación de la responsabilidad del médico; el respeto a la autonomía del paciente, quien decide a qué tratamiento someterse y a cuál no, establece un ámbito de privacidad que no puede ser violentado por la decisión médica, por lo tanto, las consecuencias dañosas que de su determinación se deriven no le serán imputables al profesional. Y no es necesario realizar

CNCIV, sala G, sentencia del 11 de agosto del año 1995, LL 1996 - C, pág. 390 y ss.

artificiosas elucubraciones acerca de si se configuran o no los presupuestos de la responsabilidad civil, porque sencillamente la obligación legal de prestar la asistencia debida termina frente a la capacidad del enfermo en condiciones de realizar verdaderas opciones informadas, y disponer de su cuerpo y su salud.

Bajo el modelo de beneficencia que considera que los mejores intereses del paciente deben ser evaluados desde el ámbito de la medicina, la obligación del médico es procurar el tratamiento más idóneo, entendiendo la jurisprudencia que care de poder determinante la opinión del enfermo, dado que éste carecería de los elementos de juicio necesarios para evaluar qué es lo que más le conviene. Y adoptar cualquier otra conducta lo haría responsable por negligencia, imprudencia o impericia en el ejercicio de su profesión, ya que debe actuar conforme a las reglas del arte; y reiteramos, esta regla indica que debe hacerse lo que la medicina establezca que es lo mejor para preservar la salud del paciente en el caso concreto

Así, en un caso de 1976 ante el peligro de una mujer internada en una clínica, donde había dado a luz una criatura, el padre de la moribunda invocando su interés legítimo y la incapacidad temporaria de la paciente compareció ante la justicia para solicitar que se dispusiera como medida cautelar destinada a preservar 'el supremo valor de la vida *"y con la urgencia del caso, una orden para que en el establecimiento donde se hallaba la enferma se cumpliera con todo tratamiento aconsejado por la técnica médica a fin de salvarle la vida, aún cuando mediare oposición de ésta para su cumplimiento"*.

El juez de turno ordenó al responsable de la clínica aplicar todos los tratamientos necesarios, inclusive la transfusión de sangre, aun cuando mediare oposición de cualquier otra persona. Dos días después de ordenada la medida, la enferma y su esposo hicieron una declaración ante escribano público manifestando su oposición a ser transfundida, aun cuando mediare riesgo de muerte y haciéndose responsable por su decisión.

El magistrado hizo comparecer al médico forense quien informó que debido a una aguda anemia eran necesarias transfusiones de sangre, lo que no había sido cumplido por la clínica. Un par de días más tarde el marido de la paciente pidió se levantara la cautelar por pertenecer él y su esposa a los Testigos de Jehová; el padre de la mujer insistió en sus planteos, y manifestó que su incumplimiento podía dar lugar a los delitos de lesiones graves y desacato. El juez ordenó se mantuvieran las medidas cautelares

En un muy conocido comentario a este caso, el Dr. Guastavino sostuvo que vivir es el primer derecho de las personas, necesario para que esta exista y sea titular de los restantes derechos, pero no es un derecho absoluto, y suponiendo que el paciente conserve su plena lucidez psíquica y se niegue a un tratamiento quirúrgico, el médico puede intentar persuadirlo pero no ir más allá. Pero esta consideración que hace respecto de las intervenciones quirúrgicas peligrosas cambia al tratar el tema de las transfusiones 'y otras medidas sencillas', donde opina que *“siendo segura la terapia, si no ocasiona molestias o dolores, y fundamentalmente si resulta imprescindible para prolongar la vida y conservar la salud, cabe su imposición a la persona aún en contra de la voluntad de la misma. Corrobora esta posición la ilicitud del suicidio. Negarse, en las condiciones que se indican al tratamiento terapéutico seguro, indoloro, y necesario configura un suicidio indirecto o al menos se aproxima gravemente a ello”*<sup>23 24</sup>.

El derecho o el deber de un médico parece entrar en conflicto con dos cosas: 1) la libertad religiosa del Testigo de Jehová, 2) la autonomía del paciente en cuanto persona y su derecho a decidir respecto de los temas que afectan su vida y su muerte.

El valor de la vida humana y el deber de preservarla son considerados valores morales de suma importancia en nuestra cultura, valores que invocan los que consideran el derecho a imponer un tratamiento médico. Se pueden construir argumentos basados en principios morales válidos para apoyar cualquiera de las dos posturas, y de hecho, tales posturas han aparecido en muchos casos legales en los últimos años.

En el caso R., N.E. quien también se opuso a la transfusión sanguínea, el juez Cárdenas evalúa la postura de Guastavino y la del Profesor Bidart Campos, quien entiende que una persona mayor y en condiciones de escoger su religión debe ser respetada en sus decisiones cuando no involucra bienes o derechos de terceros, y si dicha persona se resiste a una transfusión cuya omisión puede perjudicarla a ella solamente su objeción de conciencia merece ser acogida y respetada<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> GUASTAVINO, Elías. “Negativa a aceptar una transfusión de sangre” Revista La Ley, 1976, A, pág. 9.

<sup>24</sup> La opinión de Guastavino, que es compartido por otros prestigiosos comentaristas como José Tobías y Alberto Bueres para quienes la solución radica en hacer prevalecer el derecho del médico a cumplir su deber sanitario en los casos que el tratamiento es seguro y sencillo, sería muy difícil de sustentar en la actualidad, ya que implicaría desconocer el derecho a la autodeterminación que tiene su basamento en la dignidad de la persona.

<sup>25</sup> BIDART CAMPOS ; Germán ED t 114, pág. 113.

El juez Cárdenas considera que la vida, la integridad personal y la salud están consideradas en la conciencia social y en el derecho positivo como bienes que revisten interés público y no como derechos subjetivos privados solamente; pero que por encima del derecho a la vida está el derecho a la dignidad, y dentro de éste tiene un primer rango el respeto a las íntimas convicciones religiosas, que puede llevar incluso a la muerte. Y deniega el pedido de los hijos de R., N.E.. a que se transfunda a su padre<sup>26</sup>.

## 7. Recepción del principio de autonomía en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina

En Argentina, el modelo de autonomía entra en escena con la posibilidad de negarse a recibir tratamiento médico y el reconocimiento del principio de autonomía en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Mencionamos aquí algunas de las sentencias más notables.

Así, mientras que sentencias anteriores a 1984 declaraban la sacralidad de la vida humana, “*sin la cual los otros derechos no son posibles*”<sup>27</sup>, y los jueces facultaban a los médicos a proceder según el criterio de la ciencia en contra de la voluntad expresa del paciente, si el tratamiento era “*seguro, indoloro, y necesario para prolongar la vida y mantener la salud*”; con el advenimiento de la democracia se centra el foco en el valor de la persona y así, en 1986 la Suprema Corte en el caso “**Bazterrica**”<sup>28</sup> establece la “*prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, que responde al hecho de que el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles la libertad para que ellos elijan*”.

En “**Portillo**”<sup>29</sup>, de 1989, la Corte advierte sobre el peligro de la violencia estatal respecto del fuero íntimo abarcando un sistema de valores, no necesariamente religiosos, en los que el sujeto podía basar su propio plan de vida, que debían ser protegidos.

El caso “**Ponzetti de Balbín**”<sup>30</sup> analiza de cerca los aspectos del derecho a la intimidad.. “el derecho a la privacidad ...comprende otros aspectos...

<sup>26</sup> Sentencia de 1ra. instancia Civil, Juzgado N° 9, Capital Federal, diciembre, 4, 1986- R., N. E. La Ley, t 1987-

<sup>27</sup> es clásica la cita al caso resuelto en 1976 con el comentario aprobatorio del Dr. Guastavino que comentamos precedentemente

<sup>28</sup> CSJN; “Bazterrica, Gustavo” sentencia del 29 de Agosto de 1986; publicado en LL 1986-D, pág. 547 y ss.

<sup>29</sup> CSJN; “Portillo, Alfredo” sentencia del 18 de abril de 1989, publicado en LL, 1989-C, pág. 401 y ss.

<sup>30</sup> CSJN Fallos 306:1892

tales como la intangibilidad corporal ... y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona.” En el año 1993, en la causa “Bahamondez”<sup>31</sup> declara enfáticamente la inviolabilidad, y “el respeto por la persona humana, valor jurídicamente protegido, con respeto de los cuales los demás tienen carácter instrumental”. En el caso “Tanus”<sup>32</sup> del año 2001, la Corte reconoce la dimensión psíquica de la salud.

A este reconocimiento del más alto tribunal, así como los numerosos pronunciamientos de jueces de primera y segunda instancia, se suma la doctrina especializada que es conteste en admitir la preeminencia y raigambre constitucional del principio de autonomía en nuestro ordenamiento jurídico<sup>33</sup>.

Es posible observar una íntima relación entre el derecho a la privacidad, el derecho a la dignidad personal, el derecho a la integridad somática, psíquica y moral; el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y el derecho a la objeción de conciencia.

El precepto constitucional se completa con una enfática declaración de que nadie se encuentra obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, lo que consagra para el derecho positivo argentino el dogma de la permisión, por lo cual todo está permitido mientras no esté prohibido (principio de clausura).

En lo relativo al desarrollo del proyecto de vida (autonomía personal o libre desarrollo de la personalidad) debe tenerse presente que el plan de vida de cada ser humano, en la medida en que se traduce en conductas autorreferentes e implica la construcción de la identidad del sujeto al hacer patente su libertad ontológica, no es limitable por terceros, y es también un derecho fundamental<sup>34</sup>. Por otro lado, el derecho a la integridad psicosomática, contempla el derecho a rechazar tratamientos médicos. Lo que nos permite sostener que no existe, en principio, un deber de curarse<sup>35</sup>.

En estas cuestiones debatidas no está involucrado ningún derecho de los

<sup>31</sup> CSJN, “Bahamondez, Marcelo” sentencia de abril, 1993 ; publicado en LL 1993-D, pág. 130 y ss.

<sup>32</sup> Exp 715/00 “Tanus Silvia c/ Gobierno de la Ciudad s/ amparo” CSJN sentencia del 11/1/01.

<sup>33</sup> Claramente en este sentido el fallo “T.S” CSJN, marzo de 2001 cfr. fundamentos del Superior Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Cabe destacar además el pronunciamiento de la Corte en el fallo “B.A. s/ autorización judicial” sentencia del 7/12/01

<sup>34</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. *Algunas precisiones en torno al derecho a la identidad personal y la identidad sexual*. Ponencias desarrolladas en el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Tomo I, Adreus, Arequipa, Perú, 2008. p 229.

<sup>35</sup> BIDART CAMPOS, Germán. ED 165, pág. 360.

profesionales médicos, como afirma Bidart Campos: la medicina y el auxilio médico no son ni pueden ser algo distinto a un auxilio para la salud y la vida. Vida y salud son bienes o valores a los que el derecho presta cobertura y a los que define como derechos personales: derecho a la vida, derecho a la salud; también en concordancia con el derecho a la integridad física, psíquica y moral. Pero como en todos los derechos, es su titular o sujeto activo el que dispone su ejercicio<sup>36</sup>.

Este derecho personalísimos a veces impone deberes en sujetos pasivos como los profesionales de la medicina, y otros sujetos obligados, pero ello nunca puede obstaculizar la vigencia de la disponibilidad del derecho para su titular.

## **7. La lectura desde el modelo de autonomía**

Este cambio de paradigma además de conformar, y proteger, una órbita de intimidad donde no es admisible la ingerencia de terceros - incluido el médico - lejos de significar una exclusión del ámbito de la responsabilidad, lo que hace es redefinir las obligaciones del médico frente al paciente, que es la relación en análisis.

Así, el médico está obligado a prestar la debida asistencia, pero ésta deberá ser evaluada desde el modelo contractual (la noción contrato no debe sobrecargarse con implicaciones legales, sino tomarse en su forma más simbólica como concertación o acuerdo).

Aquí, dos individuos o grupos interactúan de forma tal que hay obligaciones y se esperan beneficios para ambas partes, las normas básicas de libertad, dignidad, veracidad, mantenimiento de promesas y justicia son esenciales para una relación contractual. La premisa es fe y confianza, aún cuando se reconozca que no hay una reciprocidad completa de intereses.

Sólo en este modelo puede haber un verdadero compartir de autoridad ética y profesional. Con esta relación hay un reparto, porque el médico reconoce que el paciente debe mantener su libertad de control sobre su propia vida y destino cuando tiene que hacer decisiones significativas. Si el médico no es capaz de sobrellevar su conciencia bajo estos términos, el contrato no se hace o se rompe. Con el modelo contractual hay un compartir por el cual el paciente

<sup>36</sup> BIDART CAMPOS, Germán. "Derechos y valores convergentes en la objeción de conciencia a la transfusión de sangre" ED del 25/10/95.

posee legítimos motivos para confiar en que, una vez establecida la estructura de valor para tomar las decisiones médicas instantáneas que deben tomarse a diario para su atención, serán ejecutadas por el profesional dentro ese marco de referencia<sup>37</sup>.

### **8. La obligación de brindar opciones informadas: cómo se configura el consentimiento informado**

Mucho se ha escrito sobre el consentimiento informado. Por cuestiones de espacio y oportunidad no es nuestra intención hacer aquí un exhaustivo estudio del tema. Baste señalar algunos puntos que consideramos son relevantes para este artículo.

Partimos de definir al consentimiento informado como un proceso de comunicación entre el médico y el paciente. Este proceso, donde se intercambia veracidad, información, confidencialidad y colaboración, no debe ser confundido con el formulario donde queda plasmado este proceso, y que, siendo oportunamente firmado por el paciente, es llamado "consentimiento informado".

Hablando de servicios médicos, se sostiene que el modelo prevalente es el contrato de adhesión. Si bien en este trabajo analizamos en abstracto la relación médico paciente, sin entrar en los terceros que influyen esa relación, tales como la institución hospitalaria o privada, la obra social o prepaga, el equipo que acompaña al cirujano, los seguros, ni las personas con capacidad de discernimiento reducida, me parece interesante dejar planteados algunos conceptos que pueden después incidir en lo analizado.

Se ha dicho que el contrato de adhesión individual es típico de los contratos celebrados por profesionales, que reposa fundamentalmente en la desigual posición jurídica en que las partes quedan situadas en el contrato, una posición asimétrica propia de la relación profesional. Desaparece así la libertad de configurar el contenido del contrato y aparece la figura del 'asentimiento': el profesional propone y el paciente se limita a aceptar la decisión. Habría inconvenientes de comprensión, de aptitud del paciente para procesar y valorar la información que recibe, de sus posibilidades científicas y psicológicas para

<sup>37</sup> VEATCH, Robert "Modelos para una medicina ética revolucionaria" "An ethical Framework for Hospital Ethical Comittes" en Contemporary Issues on Bioethic, comp. Beauchamp & Walters. Walswoth Publishing Company, California, 1982.

comprender y formular elecciones.

Estos factores comprometerían la libre determinación del paciente, reduciendo su capacidad de tomar decisiones razonadas. Se ha dicho que en este cuadro de situación, al no estar presentes los requerimientos mínimos del consentimiento informado, el instrumento donde debería plasmarse el proceso de comunicación entre médico y paciente, carecería de la fuerza vinculante de los contratos negociados individualmente, encontrándose sujetos a revisión judicial.

Por este motivo es fundamental el entender que el cómo se brinda la información es una obligación elemental, derivada - además del actuar ético y por tanto conforme a la reglas de la profesión - , del principio de la interpretación y actuación de buena fe de los contratos, por lo que la violación de este precepto entraña, además de una falta ética susceptible de ser evaluada en un procedimiento disciplinario, un grave incumplimiento contractual.

Hay consenso en entender que los médicos deben ofrecer una información completa, suficiente y clara, adaptada a la comprensión y nivel cultural de cada paciente ,a fin de que se comprendan los riesgos, secuelas físicas y psíquicas, ciertas y posibles, evolución previsible y limitaciones que se pueda producir, así como las posibilidades de mejoría.

Entendemos que esto disipa en buena parte las dudas que suscita el alcance del deber de veracidad; si bien es claro que los deberes y derechos deber ser estudiados dentro de la relación individualizada y que respecto de la responsabilidad moral del médico, las zonas grises seguirán presentando dificultades.

Adicionalmente a lo dicho, la expansión de los derechos fundamentales ha puesto de relieve y ahondado la necesidad de contar con la voluntad informada del paciente, el cual no hace otra cosa que ejercitar las facultades que nacen de su dignidad, en la expresión de su derecho a la integridad psicosomática y al libre desarrollo de su personalidad.

En tal sentido la medicina va perdiendo una característica que era propia de las anteriores concepciones, las que no daban todo su lugar y respeto al ser humano, sobreponiendo a ella aspectos éticos, religiosos, o sociales que en alguna medida, la avasallaban. Durante mucho tiempo se estimó que no era necesario el consentimiento del paciente, considerando que éste debe

presumirse de la actuación en beneficio del operado y aún se exigió la actuación quirúrgica del médico en oposición del paciente, para no incurrir en delito de omisión del deber de socorro<sup>38</sup>.

Puede decirse que la nueva concepción, más propia de un Estado Constitucional y democrático de Derecho, respetuosa y reconocedora de la voluntad del paciente capaz y apto para tomar decisiones sobre su salud, encuentra un origen en la jurisprudencia norteamericana, la cual se apartó del paternalismo médico, exigiendo el respeto de la voluntad del paciente y la necesidad de que éste sea informado de todo lo que concierne a la intervención que se le aconseja.

Sin embargo, no puede soslayarse la asimetría jurídica, psicológica y científica de los 'contratantes' en la relación médico - paciente. Estos factores desequilibrantes de la relación, lejos de ser interpretados como se hacía bajo el modelo de beneficencia, negando de plano la capacidad del enfermo de tomar decisiones válidas sobre su salud, son fundamentales para resguardar su derecho a las opciones informadas y valorar la eficacia jurídica del consentimiento informado.

Se ha entendido así que la falta de información aún sin que exista mala praxis en sentido estricto, constituye fuente de responsabilidad jurídica, dado que ha impedido al paciente poder efectuar una libre elección en cuanto a tratarse o rehusar el tratamiento, o entre distintas alternativas terapéuticas<sup>39</sup>.

En la jurisprudencia norteamericana, donde se gestó la doctrina del consentimiento informado y el vuelco al modelo de autonomía, se sentaron principios que fueron luego considerados en torno al núcleo de obligaciones fundamentales de los médicos. Mencionaremos brevemente un par de casos emblemáticos.

En el leading case '*Salgo v. Leland Stanford, Jr University Board of Trustees*', el tribunal sostuvo que cualquier reserva de datos "*necesarios para formar la base de un consentimiento inteligente por parte del paciente,*" constituye una violación del deber del médico para con el paciente. El tribunal sugiere que un médico incumple un deber he invita a ser demandado por mala praxis si omite aportar información suficiente como para basar en ella una

<sup>38</sup> CIFUENTES, Santos. Derechos Personalísimos. Astrea, Buenos Aires, 1995.

<sup>39</sup> HOOFT, Pedro. Bioética y Derecho. Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 111.

elección inteligente<sup>40</sup>. Sin embargo el tribunal también opinó que *“la situación mental y emocional del paciente es importante y en algunos casos, crucial... y al hablar sobre el objeto de riesgo debe usarse una cierta dosis de discreción, compatible con la revelación completa que precisa el consentimiento informado”*.

Esta postura, si bien avanza sobre la calificación del deber y alcance de información dada al paciente como un derecho de éste y un deber principal del facultativo, ilustra la reticencia por salir del modelo de beneficencia, ya que en definitiva el *quantum* de la información va a ser establecido por el médico, es decir, se reconoce que el enfermo tiene un derecho a recibir información, pero es el profesional el que decide cómo, donde y cuando va a tener derecho el paciente a ejercer su derecho. Alguien podría objetar que este esquema corresponde más a una liberalidad del médico, que a un derecho en el total sentido de la palabra, que trae implícita la posibilidad de su exigibilidad.

En la línea de lo dicho se sitúa el caso *Berkley*. Aquí, el tribunal se alineó con el planteo del señor Berkley y dictaminó que *“el deber de revelar de un médico no depende de la práctica habitual de la comunidad médica.. sino que viene impuesto por ley... sostener lo contrario permitiría que la profesión médica determinara sus propias responsabilidades con los pacientes en una cuestión de considerable interés público”*. Al fallar como lo hizo, el colegiado rechazó el criterio de que el nivel de revelación de la información coherente con los mejores intereses del paciente debe venir determinado íntegramente por la perspectiva de la medicina<sup>41</sup>.

## **9. Las responsabilidades que entrañan la violación al modelo de autonomía**

Así, la violación del deber de respeto a la autonomía puede tener origen: en el incumplimiento de la información necesaria para que el paciente ejerza sus opciones informadas, violaciones al deber de veracidad, violación al deber de confidencialidad (en relación al derecho a la intimidad). De igual manera, el llevar adelante tratamientos que son expresamente rechazados por el paciente, y en el uso indiscriminado de terapias extraordinarias, que dan lugar al exceso

<sup>40</sup> BEAUCHAMP Y MC CULLOGH, Op. Cit. pág. 81 y ss.

<sup>41</sup> BEAUCHAMP Y MC CULLOGH, Op. Cit. pág. 67 y ss.

terapéutico.

Este último supuesto es muy interesante, ya que entre otras cosas, permite considerar conductas que ataño hubiesen sido encuadradas sin duda como mala praxis, abandono de persona y hasta homicidio por omisión, como el legítimo ejercicio de un derecho del paciente por sí o por medio de sus representantes legales. Así la posibilidad de redactar directivas anticipadas de tratamiento médico, también llamado "living will", o testamento de vida, donde la persona en uso de sus facultades puede establecer que en caso de sufrir un accidente o una patología sobreviniente, se niega a aceptar tratamientos extraordinarios o de soporte vital, o no desea ser sometida a maniobras de reanimación, y puede nombrar un representante para que tome en su lugar las decisiones médicas necesarias en caso de inconciencia. Se busca evitar el exceso terapéutico (distanasia) e instaurar el criterio de la dignidad en el proceso del tramo final de la vida.

Este cambio de paradigma, que no implica descartar elementos valiosos del modelo de beneficencia, que de hecho continua rigiendo en sus esquemas tradicionales para todas aquellas situaciones de capacidad disminuida para conformar un verdadero consentimiento informado, trajo consigo un cambio en los bienes jurídicos tutelados y de la manera en la cual se aprecian y ponderan estos bienes, tal como pudimos observar en los fallos reseñados.

Esto conlleva lógicamente un giro en la óptica de la responsabilidad: dado que el deber de reparar va a estar determinado por la lesión a un interés merecedor de tutela se ha hecho necesario redefinir los intereses merecedores de tutela en la relación médico - paciente para precisar los alcances de la responsabilidad del profesional<sup>42</sup>.

Es claro entonces que incurre en responsabilidad el médico que por impericia, imprudencia o negligencia, omite dar una información completa, suficiente y clara, adaptada a la comprensión y nivel cultural de cada paciente a fin de que se enteren los riesgos, secuelas físicas y psíquicas, ciertas y posibles, evolución previsible y limitaciones que se pueda producir, así como las posibilidades de mejoría. La doctrina parece evolucionar en el sentido de entender que cabe la reparación por daños y perjuicios (comprendiendo de ser el

<sup>42</sup> Este tema lo hemos analizado en concreto en relación con los dilemas planteados por la anticoncepción quirúrgica de emergencia y las intervenciones de adecuación sexual, por cuestiones de brevedad remitimos entonces a esos trabajos.

caso el daño al proyecto de vida como rubro específico distinto del daño moral). De igual modo que si un médico somete a un paciente a un tratamiento en contra de su voluntad comete un ilícito, y el paciente podrá reclamar una indemnización fundado en la violación de su derecho a realizar conductas autorreferentes, a disponer de su propio cuerpo y por haber visto avasallada su dignidad.

El fundamento de la indemnización es la realización misma de la noción de justicia. No debe circunscribirse el concepto de justicia al “dar a cada uno lo suyo”, a restablecer al damnificado del bien menoscabado por quien infringió el deber de no dañar, las condiciones particulares de la relación médico paciente - de donde van a nacer las obligaciones del profesional, y que de violarlas le harán pasible de responsabilidad - requieren un concepto más íntegro de justicia, a fin de determinar si en cada caso particular se originó o no un daño, teniendo en miras el interés merecedor de tutela, no siempre jurídicamente protegido.

Todo el ámbito del Derecho está signado por los requerimientos de la justicia; el principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona, o sea para *desarrollarse* en plenitud. Un régimen justo ha de amparar a los individuos contra todas las amenazas que puedan agredirlos, ha de resguardarlos respecto de los demás individuos, como tales y como régimen, frente a sí mismos y frente a 'todo' (enfermedades, muerte, miseria, ignorancia, etcétera.)<sup>43</sup>

## 10. Colofón

En este breve trabajo hemos intentado llamar la atención sobre los modelos éticos de toma de decisiones morales en medicina y su repercusión en el derecho; un elemento vital que no es tenido en cuenta por los operadores jurídicos al momento de resolver los casos que involucran cuestiones de índole médica, particularmente aquellos relacionada a la integridad psicosomática de los individuos: planteos por mala praxis médica y daños y perjuicios, pero que entendemos también debe considerarse en todas las situaciones que involucran el derecho a la vida o la integridad de las personas.

<sup>43</sup> CIURO CALDANI, Miguel, “La elaboración de normas en bioderecho”. *Jurisprudencia Argentina*, ejemplar del 28 de Octubre de 1998.

Como hemos intentado mostrar, de la aplicación de uno u otro modelo se desprenden consecuencias concretas y muy diversas para los individuos involucrados. Esperamos entonces, haber logrado aportar algunas ideas a debate de un tema novedoso y abierto a la discusión.

# LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN ESPAÑA: UN PANORAMA DESOLADOR.

Por: Jesús Gómez Taboada\*

**SUMARIO:** I.Introducción. II.La dispersión legislativa en España: las uniones de hecho un buen ejemplo. III.Nudo del asunto: la aplicación ex lege - sin consentimientos de los miembros de la pareja. IV.Última vuelta de tuerca: la ley gallega de 14 de junio de 2006. V.Conclusiones adicionales.

## **I. Introducción: Valores constitucionales y primeros pasos.**

La regulación contemporánea de las uniones de hecho en España arranca de la Constitución de 1.978, toda vez que en ella se recogen una serie de principios y valores que, según una interpretación mayoritaria, suponen una protección de la familia en sentido muy amplio, comprensiva, por tanto, no sólo de la familia matrimonial sino también de la no matrimonial; y, dentro de ambas, la posibilidad de que las parejas estén constituidas por personas de diferente o igual sexo.

El apoyo de esta visión amplia se encuentra en diferentes preceptos del texto constitucional: el artículo 14, que consagra el principio, genérico, de igualdad; el artículo 32, que nos dice que “el hombre y la mujer tiene derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” (de lo cual se derivaría, en buena lógica, el derecho a no contraerlo); y el artículo 39 que acoge, como principio inspirador de la política social y económica, la protección de la familia.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha hecho una interpretación amplia de estos preceptos en relación a las uniones de hecho. Así, por todas,

\* Notario de Tordera, Barcelona (España). Profesor de Derecho Civil y Notarial de la Universidad Internacional de Cataluña. Miembro del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña. Miembro correspondiente de la Academia Peruana de Derecho Notarial y Registral.

podemos traer a colación la STC de 11 de diciembre de 1992, entre cuyos argumentos de nos dice que “*La familia que la constitución manda proteger no es sólo la que tiene su origen en el matrimonio...*”

Desde el punto de vista legislativo<sup>1</sup>, dos de las primeras leyes que tuvieron presente las uniones de hecho, para atribuirles efectos análogos al matrimonio, fueron:

- a) la de Adopción de 11 de noviembre de 1987, que concedía al unido de hecho la posibilidad de adoptar al hijo de su pareja; y
- b) la del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas, de 6 de junio de 1991, que permitía a los unidos de hecho presentar una declaración conjunta.

En ambas, como vemos, los efectos análogos al matrimonio (posibilidad de adoptar; sufragar los impuestos conjuntamente) se producían cuando voluntariamente ambos miembros deseaban esas consecuencias. Como después veremos, eso ha cambiado.

## II. La dispersión legislativa en España: Las uniones de hecho, un buen ejemplo.

No obstante lo anterior, el legislador estatal, quizá no convencido de la bondad de dar cobertura legal a las parejas de hecho, se limitó a ensayar tímidos intentos; pero sin afrontar la regulación de una manera general y sistemática. Esta opción, inacción legislativa, es, a mi juicio, la adecuada. La que debe ser elegida por un legislador cabal y típico de un país libre y democrático.

Desgraciadamente, no ha sido éste el criterio seguido por los parlamentos autonómicos, los cuáles iniciaron –y continúan- una frenética carrera en la regulación de las parejas de hecho.

Se ha planteado cuál es el título competencial en el que se apoyan las Comunidades Autónomas para proceder a esta regulación<sup>2</sup>. En principio parece

<sup>1</sup> El fenómeno de juridificar estas uniones no era exclusivamente legislativo. De hecho, se generó una tendencia municipal por atribuirles efectos similares al matrimonio, mediante la creación de registros administrativos: los que accedían a los mismos podían gozar de ciertas ventajas reservadas, en principio, a las parejas casadas.

<sup>2</sup> El Estado Español se estructura en un total de diecisiete Comunidades Autónomas, además de las ciudades autónomas norteafricanas de Ceuta y Melilla. Todas ellas están dotadas de potestad legislativa, con sus correspondientes parlamentos. La distribución de competencias entre el “Estado Central” y las Comunidades Autónomas está dibujada en el título VIII de la Constitución, y completada por los estatutos de autonomía (máxima norma de cada Comunidad, y con rango de Ley Orgánica estatal –es decir, sujeta a mayoría cualificada para su aprobación y modificación-). Las colisiones entre las leyes autonómicas y estatales no se resuelve por el principio de jerarquía, sino por el de competencia.

tratarse de legislación civil, materia reservada por la Constitución al Estado central, aunque “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan” (Artículo 149.1.8). Por lo que las “nacionalidades o regiones” con ese derecho civil propio lo apoyan ahí. En las demás, el fundamento de derecho privado no existe, por lo que se inclinan hacia aquéllas materias en las que predomina el ámbito público<sup>3</sup>.

En la actualidad, son doce las Comunidades que disponen de leyes especiales reguladoras de las parejas de hecho, que son las siguientes:

- Cataluña: Ley 10/1.998 de 15 de julio de Uniones estables.
- Aragón: Ley 6/1.999 de 26 de marzo de Parejas estables no casadas.
- Navarra: Ley 6/2.000 de 3 de julio de Parejas estables.
- Valencia: Ley 1/2.001 de 6 de abril de Convivencia y uniones de hecho.
- Madrid: Ley 11/2.001 de 19 de diciembre de Uniones de hecho.
- Islas Baleares: Ley 18/2.001 de 19 de diciembre de Parejas estables.
- Asturias: Ley 4/2.002 de 23 de mayo de Parejas estables.
- Andalucía: Ley 5/2.002 de 16 de diciembre de Parejas de hecho.
- País Vasco: Ley 2/2.003 de 7 de mayo reguladora de las Parejas de hecho.
- Canarias: Ley 5/2.003 de 6 de marzo.
- Extremadura: Ley 5/2.003 de 20 de marzo, de Parejas de hecho de la CC. AA. de Extremadura.
- Cantabria: Ley 1/2005 de 16 de mayo de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

No es difícil que esta pluralidad de leyes pueda dar pie a una considerable inseguridad jurídica<sup>4</sup>. Para el caso de que las personas involucradas en una pareja de hecho tengan diferente vecindad civil, el juzgador debe acudir a las normas de Derecho Interregional (un trasunto, para el derecho interno, del

<sup>3</sup> Como ejemplo, podemos traer a colación el artículo 21 de la ley 5/2002 de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma Andaluza que bajo el epígrafe “Equiparación al matrimonio” nos dice que “En las materias no reguladas expresamente en esta Ley, las parejas de hecho quedarán equiparadas al matrimonio en las relaciones jurídicas que puedan establecer con las diversas Administraciones Públicas de Andalucía en su propio ámbito de competencias, con las únicas limitaciones que puedan resultar impuestas por la aplicación de la normativa estatal”.

<sup>4</sup> Frente a la solemne manifestación del artículo 9 de la Constitución, en cuya virtud, la misma garantiza la seguridad jurídica

Derecho Internacional Privado) para determinar qué ley es aplicable: el artículo 149.1.8º de la Constitución reserva al estado la competencia exclusiva sobre “las normas para resolver los conflictos de leyes”. Aunque, como sabemos, esto no suele ser tenido muy en cuenta por el legislador autonómico, que con frecuencia establece los puntos de conexión para la aplicación de su ley particular. Teniendo presente que una figura que se pretende cercana –cuando no idéntica-, como es el matrimonio, tiene una mención especial en el cuadro de distribución competencial previsto en la Constitución, atribuyendo, “en todo caso” al Estado central, “las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”.

En términos generales, los denominadores comunes de estas leyes son los siguientes:

1. Exigencia, para estar sometido a la norma, de una convivencia que oscila entre uno y dos años; no siendo necesario ningún plazo, aunque sí la convivencia, en aquellos supuestos en los que la pareja tiene un hijo en común.
2. Los efectos se concentran tanto en la vida en común (gastos a cargo de los convivientes; necesidad del consentimiento de ambos para la enajenación de la vivienda habitual, aún perteneciendo a uno sólo) como en el momento de la extinción de la unión (compensaciones económicas, atribuciones de uso de la vivienda habitual).
3. Aunque existe la posibilidad de someterse voluntariamente a la ley, ésta se aplica sin necesidad –e incluso contra- el consentimiento de los interesados. Como ejemplo, podemos citar el artículo 2 de la Ley catalana de Uniones Estables de Pareja: “La acreditación de las uniones estables no formalizadas en escritura pública y el transcurso de los dos años de referencia se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente...”. Pero, en ningún caso, se exige el consentimiento de las dos partes<sup>5</sup>. Esta pauta es general, sin apenas excepciones.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Cuando no ha habido, que también es posible, como indicábamos, una sujeción expresa a las leyes de uniones de hecho, lo normal es que la demostración de su existencia se pretenda por la parte que pueda resultar más favorecida por haber existido esa unión. Pero también es posible que sea un tercero el que lo pueda intentar: imaginemos que fallece uno de los miembros de la pareja; y, horas después, el otro. Los herederos de este último podrán tener un razonable interés en acreditar que ha habido esa convivencia, de la cual han podido derivarse derechos sucesorios del primeramente fallecido a favor del segundo (y, después, de éste a sus herederos).

### III. Nudo del asunto: La aplicación ex lege –sin consentimiento de los miembros de la pareja.

Éste es, en mi opinión, el núcleo de la cuestión en esta materia: la aplicación de una normativa semi-matrimonial sin necesidad de que los interesados presten su explícito consentimiento. Es decir: para quedar sujeto al régimen jurídico matrimonial se exige cumplir con un procedimiento formal y reglado (expediente previo, autorización por juez o funcionario, presencia de dos testigos, lectura obligada de preceptos del Código Civil) que incluye, como elemento principal, que los interesados respondan “ambos afirmativamente” a la pregunta de “si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto”; es, al fin y al cabo, la esencia del negocio jurídico: la prestación libre y voluntaria de un consentimiento. Y, sin embargo, para estar sometido a la correspondiente ley de uniones de hecho, en tantas cosas paralela a la normativa matrimonial, no se necesita tal consentimiento. Es suficiente probar la convivencia –prueba que podrá ser instada o aportada por uno de los convivientes o por un tercero que pueda resultar beneficiado-.

El problema, con todo, se agrava en el momento de la aplicación práctica de estas leyes. Porque allí donde no llegan los efectos de las uniones de hecho, aparece la analogía como amenaza real: no habiendo norma concreta que regule qué solución dar a un problema entre los unidos de hecho, el juzgador recurre a la aplicación analógica<sup>6</sup>. Nuestro código Civil prevé este mecanismo, con sus requisitos tradicionales, en el artículo 4: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”. Atención a esta última exigencia: identidad de razón; o, como se dice habitualmente, igualdad jurídica esencial. ¿Hay igualdad jurídica esencial entre una pareja que, cumpliendo todas las condiciones previstas por la ley, presta formal y solemnemente el consentimiento a la aplicación de un régimen jurídico; y otra que no lo ha hecho (muy probablemente porque no ha querido)? No, claro

<sup>6</sup> Esta regla tiene alguna excepción para el caso de las parejas de personas del mismo sexo: la ley catalana, por ejemplo, exige el consentimiento explícito de ambos miembros de la unión estable; y, además, solemnizado de una manera formal: en escritura pública. Es ésta una de las pocas zonas en las que está presente el sentido común en esta materia. En primer lugar, porque no aplica ex lege el régimen jurídico de la propia ley, sino que es respetuoso con la autonomía de la voluntad; y, en segundo lugar, porque suplía, cuando se aprobó (año 1998) una ausencia del Derecho español: el matrimonio entre personas del mismo sexo. En la actualidad, existiendo esta posibilidad, la ratio legis de la pareja estable homosexual ha quedado muy desvirtuada.

<sup>7</sup> Un ejemplo es la resolución 2005/19465 de 19 de noviembre, de la Dirección General de Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña en la que se considera aplicable, por vía analógica, a las uniones de hecho, la normativa referente a un contrato sucesorio, el pacto de sobrevivencia.

que no. Sería como permitir el voto en unas elecciones al extranjero que está de vacaciones en otro país; o convertir en diputado al visitante que asiste al parlamento en una jornada de puertas abiertas... Es decir: la sujeción a un determinado estatus jurídico requiere, casi siempre (evidentemente, la pena de cárcel, no) la voluntad de sujetarse a él, ¿o es que no lo requiere el matrimonio?

Esta situación es tan anómala como poco respetuosa con la libertad individual, porque, al no exigirse el consentimiento, el derecho a no contraer matrimonio queda cercenado: ¿cómo eludir la aplicación de una normativa cuasi-matrimonial? Con la ley actual no es posible.

Por eso no han faltado críticas muy agudas, nacidas del sentido común. Así, el sociólogo Enrique Gil Calvo (Emparejamiento y derechos familiares, El País, 27 de enero de 2.004, página 11) se compadece de los “cohabitantes...que reivindican explícitamente su derecho a convivir sin casarse, a sabiendas de que así pierden multitud de derechos civiles y sociales”. Y se compadece, precisamente, porque no pueden. El notario Rodrigo Tena, por su parte (Las uniones de hecho en FAES, en “Escritura Pública”, noviembre-diciembre 2.003) avisa de que “si el legislador quiere respetar la libre voluntad de los interesados de eludir la aplicación de la normativa matrimonial, tendrá que empezar a meditar la necesidad de proceder a una regulación que tienda, no a reconocer efectos específicos a estas uniones, sino más bien a negárselos”. En efecto: que, al menos, puedan eludir su aplicación (aunque suponga el absurdo de compeler a los que quieren vivir sin efectos matrimoniales a manifestar esa voluntad; lo lógico sería al revés; pero, al menos, respeta la libertad individual).

#### **IV Última vuelta de tuerca: La ley gallega de 14 de junio de 2006.**

Sin embargo, algún legislador autonómico no se ha quedado en el punto que acabamos de explicar. La Ley de Derecho Civil de Galicia, de 14 de junio de 2006 establece, en su Disposición Adicional III, lo siguiente: “A los efectos de aplicación de la presente ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo cual se extienden, por tanto, a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges.

Tendrá la consideración de relación marital análoga al matrimonio la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año, pudiéndose

acreditar tal circunstancia por medio de la inscripción en el registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho. En caso de tener hijos en común será suficiente con acreditar la convivencia”.

Como decían los romanos, *in claris non fit interpretatio*. Es decir, se ha procedido, sin más, y de manera plena, a la equiparación de ambas figuras.

Así, de momento, las consecuencias de esta norma, son las siguientes:

1. Supongo que, por coherencia –aunque de momento, sólo para Galicia- se suprimirá todo el entramado formal propio de la celebración del matrimonio: expediente previo, juez o alcalde autorizante, testigos... Porque, ¿para qué? ¿para qué tantos requisitos si, no observándolos, las consecuencias son idénticas? Muy en especial, olvidémonos del artículo 45 del Código Civil: “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”. Vaya si lo hay.
2. Se ha volatilizado el derecho a no casarse; y, en lógica correlación, la facultad de casarse se ha convertido en un curioso derecho de obligatorio ejercicio: sí o sí. Si el artículo 32 de la Constitución Española proclama que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”<sup>8</sup>, es natural pensar que, correlativamente, tendrán derecho a no hacerlo. Pues no, toda vez que una pareja, lo diga o no, podrá quedar sometida a este régimen jurídico.
3. No olvidemos, como nos recordaba González Palomino, que “el derecho son efectos, y todo lo demás, literatura”. Pues bien, si dos instituciones producen los mismos efectos, mucho me temo que una de ellas, sobra.
4. La norma es tan descabellada que no se sabe si es una medida progresista (que da cumplimiento a la demanda de otorgar cobertura legal a nuevas formas de convivencia) o conservadora (casando a todos los convivientes, no hay más familia que la matrimonial). Huelga decir que fue aprobada por unanimidad.

<sup>8</sup> Y, en términos muy parecidos, el artículo 44 del Código Civil: “El hombre y la mujer tiene derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código”

## V. Conclusiones adicionales

### A. Despiste generalizado.

Algunos avalaban la regulación genérica de las parejas de hecho en la circunstancia de que el matrimonio no podía ser contraído por personas del mismo sexo. Sin embargo, esta razón ha dejado de existir, desde el momento en que la Ley de 1 de julio de 2005 ha extendido el concepto de matrimonio, también, a las parejas integradas por personas del mismo sexo.

Desde el punto de vista sociológico, estas equiparaciones no se ajustan a la realidad: las parejas pasan a vivir juntas, con frecuencia, al poco tiempo de conocerse —a veces, semanas—. Aplicar ese cuerpo normativo, el matrimonial, a estas parejas no se adecuaba a la realidad de sus intenciones. Sobre todo porque si hubiesen querido hacerlo, a través del matrimonio, lo hubiesen podido hacer: ¿cómo? Casándose.

No obstante todas las consideraciones anteriores, falta conciencia acerca de lo que este tipo de leyes representa. Así, a título de ejemplo, el catedrático de Sociología Ignacio Sotelo nos decía recientemente (diario El País, 27 de septiembre de 2006, página 15: “Disolución de la Familia”) que, en la actualidad “el matrimonio pasa de ser una imposición social a ser una opción entre otras”. Estoy de acuerdo con su consideración desde el punto de vista social; pero no desde el punto de vista jurídico: como he intentado demostrar, el margen de maniobra que se otorga a los convivientes que no desean casarse es estrechísimo (por lo pronto, más les vale no vivir juntos: la espada de Damocles del matrimonio se cerniría sobre ellos enseguida). Pero continuemos con el artículo de Ignacio Sotelo: “No se persiguen ya socialmente las uniones libres...”. Vuelvo a darle la razón en el matiz que hace: “socialmente”. Pero la no persecución social ha sido sustituida por otra, que me parece peor: la jurídica, porque, como sabemos, se caracteriza por la coercibilidad.

No niego que, aparentemente, puedan parecer las cosas de otro modo; pero, conforme se vayan percibiendo los efectos de las leyes de uniones estables de pareja, mucho me temo que la percepción social del asunto dé un giro radical: unirse en pareja ya no será demostración

de querer vivir al margen del matrimonio. Será una situación de vacilante inseguridad jurídica –siempre pendientes de que el otro miembro de la pareja, o un tercero, decida probar la convivencia-consistente en no saber (¡nada menos!) si esa pareja se regirá por las normas del matrimonio o no. Aviso para navegantes, muy en especial a los que se les pueda aplicar algún régimen de comunidad (que es el más extendido en toda España).

### **B. Distorsión de derecho y perversión del lenguaje.**

Pese a esta falta de percepción de las consecuencias de estas leyes, sí ha habido alguna voz discrepante. Desde el campo del Derecho Civil, Domingo Bello Janeiro nos dice que “si las instituciones se caracterizan, en gran parte, por sus efectos, la conclusión es que en Galicia ha surgido una nueva forma de matrimonio en que no es necesario el elemento esencial del mismo, el libre consentimiento expreso matrimonial en forma solemne, que es suplido por la existencia de descendencia o la convivencia de un año para que se desencadenen todas las consecuencias previstas en el Código Civil para el régimen económico de gananciales”<sup>9</sup>.

También el escritor Juan Manuel DE PRADA nos advierte de que “el Derecho ha dejado de ser un instrumento que encauza las relaciones humanas a través de instituciones fundadas en la existencia de derechos y deberes recíprocos, para convertirse en una carcasa puramente formalista que las instancias de poder manipulan y tergiversan a su antojo, siempre so capa de la “extensión de los derechos de los ciudadanos”<sup>10</sup>. Éste último es otro de los núcleos de la cuestión: la pretendida extensión de los derechos de las personas; sin percatarse que la atribución de un derecho implica, al mismo tiempo, el nacimiento de una obligación o restricción para otra persona. Si se exige (por ejemplo: artículo 11 de la Ley catalana de 15 de julio de 1998) para enajenar o gravar la vivienda habitual de la pareja el consentimiento de ambos, el miembro de la misma que sea dueño exclusivo (caso de que pertenezca a uno solo, situación relativamente frecuente), éste sufre una importante restricción<sup>11</sup>. O si se atribuyen

<sup>9</sup> Diario La Voz de Galicia, 20 de julio de 2006.

<sup>10</sup> Diario ABC, lunes 18 de agosto de 2006.

derechos intestados al unido de hecho (así, el artículo 11 de la Ley navarra de 3 de julio de 2000, que los equipara al matrimonio) se le están negando a aquél que los disfrutará en el caso de que no existiera tal reconocimiento. Y lo mismo en el supuesto de beneficios fiscales en la Seguridad Social.

En el fondo lo que subyace a este planteamiento es una visión distorsionada –consciente o no- del Derecho. Y, como ariete de la misma, una adulteración del lenguaje. Ya apuntaba Marañón que en el discurso político es más importante lo que no se dice que lo que se dice. Pues bien, como argumenta el lingüista Eduardo CID SÁNCHEZ, estas regulaciones tiene como factor común “la negativa del legislador a insinuar siquiera que toda regulación del poder es un juego de suma cero, esto es, que todo aquello que que ganan algunos es equivalente a lo que pierden otros, que al final la suma de las pérdidas de los unos con las ganancias de los otros da necesariamente cero. Claro está que ningún legislador creará nunca una ley titulada "Ley de reducción de derechos sobre la libre disposición de sus bienes aplicable a los miembros de las parejas de hechos" , pues destruiría la ficción de que se pueden mejorar las expectativas de algunos sin empeorar las de otros”<sup>12</sup>.

En definitiva: estas leyes no sólo atribuyen facultades, sino que también las niegan o las limitan; y no olvidemos que la pareja no se ha sometido ni la régimen del matrimonio ni al de la unión de hecho...¿Es que cabe mayor restricción de la libertad?<sup>13</sup> Libertad que, por cierto, figura en el artículo primero de la Constitución Española como “valor superior”, y, precisamente, en primer lugar.

<sup>11</sup> Idéntica a la que se impone al cónyuge en el artículo 1.320.1 del Código Civil: “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial”. Pero, claro, esta restricción, en el ámbito del matrimonio, forma parte del estatuto jurídico del mismo, al que uno se somete voluntariamente.

<sup>12</sup> Eduardo Cid Sánchez. Correspondencia particular con el autor. Octubre de 2006.

<sup>13</sup> El creciente intervencionismo estatal no se limita, como es lógico, al tema que tratamos; éste no es más que un síntoma entre muchos. Así, por ejemplo, en el campo del Derecho Público no debe sorprendernos que el reciente Estatuto de Cataluña garantice al ciudadano el “derecho a gozar...del paisaje en condiciones de igualdad (...)” (artículo 27). Idéntico criterio sigue el artículo 28 de la propuesta de reforma del Estatuto de Andalucía ( Boletín Oficial de las Cortes Generales, 12 de mayo de 2006, número 246) ¿Hasta dónde van a llegar los poderes públicos en su sofocante penetración en la vida de las personas?¿Regularán cómo debemos disfrutar del paisaje?

# LAS AMENAZAS DEL MATRIMONIO: ENTRE EL DINERO Y EL AMOR

Por: Ana María Amado Mendoza\*

*“La idea que el amor lleva a la felicidad es una invención moderna de finales del siglo XVII. A partir de entonces la gente aprendió a creer que el amor debía de durar para siempre y que el matrimonio era el mejor lugar para ejercerlo. En el pasado no había tanto optimismo en cuanto a la longevidad de la pasión, Romeo y Julieta no es una historia feliz, es una tragedia. En las últimas décadas la expectativa en cuanto al matrimonio como el camino para la realización personal ha crecido mucho. La decepción y la insatisfacción han crecido con ella.”*

Anónimo

## SUMARIO: Sobre el matrimonio.

Siempre hemos escuchado que el matrimonio es la base de la sociedad; premisa que resulta aceptable. Igualmente, somos testigos de las duras críticas que recibió el matrimonio en siglos pasados, en razón que éste era conformado por personas que, hasta en ciertos casos, se conocían en el momento de la celebración del mismo y simplemente unían sus vidas por mandato imperativo de sus padres, quienes decidían por ellos y cuya selección no tenía como uno de sus requisitos el “amor”, sino más bien el asegurar un futuro económico a sus hijos, sobretodo a las mujeres, quienes eran consideradas incapaces de poder generar recurso alguno, por lo que pasaban del yugo de sus padres al del marido. En la actualidad, la concepción del matrimonio ha variado notablemente en razón que cada persona, hombre y mujer, utilizan otros métodos de selección de la pareja que lo acompañará “hasta que la muerte los separe”, totalmente distintos a los de hace dos siglos, cuyo fundamental requisito es el “amor” que se prodiguen. Definitivamente, el modelo actual del matrimonio no proviene de nuestros ancestros, como solemos pensar, situación que quizá demuestre el porqué de las múltiples rupturas matrimoniales. Si los matrimonios arreglados no garantizaban la felicidad; los matrimonios desarreglados de nuestros días, tampoco; quizá allí radique la razón de las múltiples rupturas matrimoniales, que no es una cuestión “moderna”. El matrimonio, durante nuestra historia, ha tenido y tiene amenazas que hacen desestabilizar esta institución, que en todo

\* Doctora en Derecho. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de santa María.

momento ha tratado de ser protegida por el Derecho, a través de sus codificaciones.

El matrimonio ha existido como unión del hombre y de la mujer, desde el sexto día de la creación, desde el día en que aparecieron Adán y Eva, que han dado existencia al género humano. En esa época, primitiva, la unión del hombre y de la mujer constituyó una simple función biológica. Después, cuando la unión del hombre y de la mujer no tuvo por único objeto cumplir el precepto del Creador: “creced y multiplicaos”, sino, también, establecer relación permanente entre el hombre y la mujer por mutua voluntad y sujetándose a recíprocas obligaciones; así surgió el convenio conyugal, cuya fórmula sirvió de base para la regulación de la Institución del Matrimonio. En último término, cuando la voluntad de los esposos, consagrada por sus personeros legales, se sometió a rituales legales y religiosos, el matrimonio pasó a ser contrato y sacramento. De manera que el matrimonio ha revestido, en la sociedad humana, tres formas natural, civil y religiosa. La simple unión del hombre y de la mujer, por mutuo consentimiento, constituyó un acto natural. Cuando surgieron la familia, el patriarcado y el mutuo acuerdo de los esposos, el contrato matrimonial, cayó bajo la sanción del jefe de la tribu o de la sociedad, que establecieron reglas bajo las cuáles debían efectuarse esas uniones.

La conceptualización del matrimonio, ha tenido características similares en su contenido así tenemos que Escriche lo define como “la sociedad legítima de hombre y de la mujer, que se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida, y participar de una misma suerte”.<sup>2</sup>

“La unión del hombre y de la mujer contraída solemnemente y de conformidad con la ley civil”.<sup>3</sup>

“Matrimonio es la unión perpetua del hombre y de la mujer, en una sociedad legítima, para hacer vida en común, concurriendo a la conservación de la especie humana”.<sup>4</sup>

La Iglesia predicaba que el sacramento del matrimonio era un pacto en el cual ambas partes tenían responsabilidades particulares: la mujer le debía a su marido los servicios domésticos, la obediencia y la fidelidad; mientras que el

<sup>2</sup> ESCRICHE, Joaquín, (1855) Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Eugenio Mallifert y Cia, París, p. 1254

<sup>3</sup> JOSSERAND, Louis, (1952), Derecho Civil, La Familia, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, p. 15

<sup>4</sup> Código Civil 1984, Artículo 132

esposo tenía que mantenerla y protegerla. Regulado por el Código Canónico, el matrimonio religioso fue recepcionado por los Códigos Civiles, especialmente el de 1852, como matrimonio único, celebrado de acuerdo a las formalidades del Concilio de Trento, con efectos no sólo religiosos, sino también civiles, que se ponía de manifiesto en su doble inscripción en el Registro Parroquial y en los Registros del Estado Civil.

*(...) reconocido por el Derecho Natural como un acto de seres morales, libres e inteligentes, se halla consagrado por la religión, como sacramento, y por la ley civil, como una sociedad especial, como un contrato que produce diferentes efectos y sujeto como tal, a las reglas comunes de los contratos, en cuanto a la capacidad y a la libertad de los contratantes y en cuanto a la manera de celebrarlos.<sup>5</sup>*

En el Concilio de Trento se discutió largamente si el contrato y el sacramento eran independientes o inseparables. La Encíclica “Arcanum Dinae Sapientiae” del Sumo Pontífice León XIII acerca de la Familia, de 1880, también puede citarse al respecto<sup>6</sup>. La tesis oficialmente adoptada por la Iglesia Católica fue la de que el matrimonio fue un contrato sui generis, hasta que Cristo hizo de él un sacramento. La interpretación contractualista no fue, pues, inventada por el laicismo. No porque se hable de Matrimonio Contrato se contradice a la Iglesia, El Matrimonio Sacramento perdió fuerza, quedando el Matrimonio Contrato.

A partir del siglo XVII y, especialmente, durante el siglo XVIII, la Iglesia sufrió una pérdida gradual de independencia en función de un incremento del poder del Estado como regulador social. Más aún, en una afirmación que le ha sido largamente cuestionada, Diana Marre<sup>7</sup> señala que durante la mayor parte del período colonial fue la Iglesia, con una casi total independencia de las autoridades civiles, la institución que aseguró la perduración de un conjunto de tradiciones eclesásticas españolas con respecto al matrimonio y a los conflictos de él derivados, notablemente permisivas si se las compara con sus idénticas protestantes.

La pérdida creciente del poder de la Iglesia en función del Estado a partir de fines de siglo XVII se evidenció, además de en la legislación que quita

<sup>5</sup> PACHECO, Toribio, (1869) Tratado de Derecho Civil, Establecimiento Tipográfico de Aurelio Alfaro, Lima, p. 153

<sup>6</sup> Si bien es cierto se hace la diferencia entre los matrimonios que se denominan naturales y los que el hombre creó a través de sus legislaciones, en esta encíclica se rechaza toda forma de matrimonio que no conlleve el matrimonio como un Sacramento, rechazando el adulterio aún de los varones y hasta el repudio instituido por la Ley de Moisés.

<sup>7</sup> SCRIPTA VETERA Edición Electrónica de Trabajos Publicados sobre Geografía y Ciencias Sociales: La Aplicación de la Pragmática, Sanción de Carlos III, en América Latina, publicación en Internet, www.ub.es, consulta realizada en octubre del 2008

de la esfera de decisión de la Iglesia los asuntos concernientes al orden social - proceso de secularización de América Latina-, en que el Estado afianza la autoridad de los padres en detrimento de la voluntad individual de los jóvenes proceso de instauración del patriarcalismo en América<sup>8</sup>. Asunción Lavrin, por su parte, ha señalado que, muy tempranamente, ambas instituciones comprendieron la necesidad de un control convenido en beneficio del orden social. Tal conveniencia las llevó a mantener un delicado equilibrio entre sus respectivas esferas de influencia.

*“El estado se interesaba básicamente en dar (...) un carácter legal a la unión marital para asegurar la herencia y la división de bienes entre los cónyuges y los hijos (...). La iglesia estableció una cohesión sacramental para vincular lo material con lo espiritual. Su finalidad era enmarcar todas las manifestaciones de la sexualidad en un objetivo teológico: la salvación del alma. Por lo tanto el control eclesiástico era más amplio que el del estado, y se inmiscuía más en la vida íntima de los individuos”<sup>9</sup>*

En el mismo sentido agrega que “el Concilio de Trento no modificó la idea sobre la necesidad del consentimiento mutuo, que permaneció como uno de los pilares del matrimonio cristiano en la iglesia católica romana. Sin embargo, en la práctica, las leyes civiles seguían reconociendo los intereses de la familia y el estado”.<sup>10</sup>

El siglo XVIII vio el endurecimiento de esa política dentro de la Iglesia, que comenzó a mostrarse a favor de una mayor intervención paterna en el matrimonio de los hijos. Esta nueva posición puede advertirse en la encíclica emitida en 1741 por Benedicto XIV<sup>11</sup>, en la que, entre otras cosas estipulaba la omisión de algunos aspectos del ritual matrimonial cuando existía la oposición paterna; pero igualmente los padres tenían la potestad de contraer compromiso de matrimonio por los hijos, posición que fue asumida por nuestro ordenamiento, dando lugar posteriormente a la solicitud de nulidades de matrimonio por haberse llevado a cabo “en contra de la voluntad” de los contrayentes.

Aunque con matices, lo cierto es que la mayor parte de los autores coinciden en que es posible afirmar que la segunda parte del siglo XVIII estuvo signada por un conjunto significativo de disposiciones reales tendentes a

<sup>8</sup> Id

<sup>9</sup> LAVRIN, Asunción, Procesos Históricos, Revista de Historia y Ciencias Sociales, p. 8

<sup>10</sup> Id.

<sup>11</sup> Benedicto PP. XIV, Constitución Sacramentum Poenitentiae, de junio de 1741, en Código de Derecho Canónico, compilado por mandato de Pío X Máximo Pontífice, promulgado por autoridad de Benedicto PP. XV

reforzar el poder de los padres sobre la decisión de los hijos y, también y básicamente, a expandir los ámbitos de decisión del poder civil sobre los del poder eclesiástico.

El modelo de conducta impuesto a la mujer era severo y muy exigente; partía de la idea de que el varón era más perfecto que la mujer, y que ésta era una criatura inferior. A partir de esta concepción se desarrolló una literatura misógina que identificaba la mujer con el mal, las fuerzas de lo desconocido, el desorden de la noche... el diablo. Para los moralistas, la mujer era frágil, mudable, flaca, inconstante, ignorante; incapaz de conservar un secreto, "parlera" y con menor resistencia a la tentación. Su fragilidad hacía que fuese necesario que el hombre la protegiera, vigilara y controlara. Siguiendo la teoría de los humores de Aristóteles, se consideraba a las mujeres, húmedas y frías y, por lo tanto, irracionales, ya que sólo el calor y sequedad aumentaban y perfeccionaban la parte racional.

Ya el siglo XVIII había sometido a la más severa crítica todas las instituciones sociales. Los vínculos matrimoniales "por amor" se conciertan en interés de la especie y no en provecho del individuo. En los vínculos de "conveniencia" concertados por elección de los padres, sucede lo contrario. La conservación de los bienes de fortuna era vista como imprescindible, no sólo para el mantenimiento del prestigio, sino para asegurar la comodidad "y con ella la seguridad y quietud de los ánimos".

La noción del matrimonio tiene mucho de empresarial, teniendo en cuenta "intereses familiares más que individuales", como lo advierte Rípodas<sup>12</sup>. Se puede dejar a salvo la posibilidad de que una mujer, incluso una niña, haya rehusado a contraer matrimonio que no era de su elección. Sin embargo, esta posibilidad, por demás hipotética, habría sido una excepción a la regla.

Lawrence Stone, nos habla de cuatro opciones básicas como disponibles en una sociedad en términos de poder hacer una alianza matrimonial. La primera, cuando la elección es hecha enteramente por los padres, parientes y otros relacionados de la familia, sin consejo o aprobación del novio o la novia. La segunda opción es que la elección es hecha como la anterior, pero a los hijos se les concede el derecho de veto, sobre la base de una o dos entrevistas formales

<sup>12</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daysi, (1977) Matrimonio en las Indias: realidad social y Seguridad Jurídica, Fundación para la educación, la ciencia y la cultura, Buenos Aires, p. 245

luego que padres y parientes han acordado el vínculo (...). La tercera opción (...) es que la elección la hacen los propios hijos, con el entendimiento que será dentro de una familia de similar status y posición económica, siendo los padres quienes esta vez retienen el derecho a veto. La cuarta opción, recién surgida en este siglo, es que los hijos hacen su propia elección y meramente informan a sus padres sobre lo ya decidido”.<sup>13</sup>

En el caso de la sociedad peruana virreinal, la primera era la forma más generalizada, permitiéndose la segunda en casos de extrema flexibilidad. La tercera y la cuarta fueron ejercidas por los propios cabezas de familia ya mayores de edad, sin dependencia de tutores o curadores, o por los pocos que estarían dispuestos a enfrentar las consecuencias de su libertad de criterio. En el caso de las mujeres hubieran tenido que ser viudas, para verse en las últimas opciones.

“El colonialismo, especialmente porque supone el fortalecimiento de las jerarquías sociales, tiende a jerarquizar también las relaciones entre hombres y mujeres y, consiguientemente, a deteriorar la condición de las mujeres. La verticalidad en las relaciones sociales afectó particularmente las relaciones entre los hombres y las mujeres (...) generándose así una particular forma de jerarquización entre los géneros”.<sup>14</sup>

Definitivamente se puede colegir que, cuanta más rica era la familia, mayor era el poder de los padres, especialmente en relación a los primogénitos y las hijas. Se trató de disimular el objetivo económico del matrimonio, estuvo siempre presente (incluso se puede afirmar que en la actualidad). Sin embargo, la Pragmática Real del último cuarto del siglo XVIII, aún no admitía impedimento en matrimonios con desigualdad económica, ni siquiera de condición social, pero sí de raza. No sería en 1803 cuando la corona admitiría razones de desigualdad social y económica, además de la racial, para que los padres impidiesen el matrimonio de los hijos menores de 25 años y las hijas menores de 23 años, permitiéndose a cambio que las personas mayores se casen con quien deseen.<sup>15</sup>

En la actualidad, el matrimonio va perdiendo adeptos, incluso Groucho Marx afirma que la principal causa de los divorcios es el matrimonio, no

<sup>13</sup> STONE, Lawrence, (1990), Familia sexo y matrimonio en Inglaterra 1500-1800, Fondo de cultura Económica, México, p. 123

<sup>14</sup> MANNARELLI, Emma, (1993), Pecados Públicos, Editorial Flora Tristán, Lima, p. 63

<sup>15</sup> SEED, Patricia, (1991) Amar y honrar y obedecer en el México Colonial. Conflictos en torno a la elección matrimonial Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Alianza Editorial pp.252-274

faltándole mayor razón; agregando que uno de las principales amenazas de la institución matrimonial es la cada vez más generalizada costumbre de casarse por amor. A ello agregamos la inminente “amenaza” del incremento de las uniones de hecho, las cuáles han pasado del año 1993 del 16.3% al 24.3% en el año 2007, mientras que el número de matrimonios se ha reducido del 35% al 28.6%; y ni que decir de los que ostentan la calidad de separados, los mismos que han incrementado su número 1.8% al 3.4%.<sup>16</sup>

Estos indicadores no hacen sino demostrar que la institución del matrimonio, basada en la libertad de elección de la pareja, hace que se espere demasiado de éste, cuando antes ni siquiera la monogamia era parte del proyecto, ahora no paramos de alimentar expectativas suprahumanas, como vida plena y felicidad absoluta. Y luego nos sorprendemos de que una de cada dos parejas se divorcie.

## BIBLIOGRAFÍA

- CENSOS NACIONALES 2007, XI de Población y VI de vivienda, Perfil Sociodemográfico del Perú, segunda Edición, Lima, 1998
- ESCRICHE, Joaquín, (1855) Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Eugenio Mallifert y Cía, París
- JOSSERAND, Louis, (1952), Derecho Civil, La Familia, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires
- LAVRIN, Asunción, Procesos Históricos, Revista de Historia y Ciencias Sociales. Volumen 2, N° 1, agosto, 2005
- MANNARELLI, Emma, (1993), Pecados Públicos, Editorial Flora Tristán, Lima.
- ACHECO, Toribio, (1869) Tratado de Derecho Civil, Establecimiento Tipográfico de Aurelio Alfaro, Lima.

<sup>16</sup> CENSOS NACIONALES 2007, XI de Población y VI de vivienda, Perfil Sociodemográfico del Perú, segunda Edición, Lima, 1998

- RÍPODAS ARDANAZ, Daysi, (1977) Matrimonio en las Indias: realidad social y Seguridad Jurídica, Fundación para la educación, la ciencia y la cultura, Buenos Aires.
- CRIPTA VETERA Edición Electrónica de Trabajos Publicados sobre Geografía y Ciencias Sociales: La Aplicación de la Pragmática Sanción de Carlos III, en América Latina, publicación en Internet [www.ub.es](http://www.ub.es), consulta realizada en octubre del 2008
- SEED, Patricia, (1991) Amar y honrar y obedecer en el México Colonial. Conflictos en torno a la elección matrimonial, Consejo Nacional para la Cultura y las artes, Alianza Editorial, México
- STONE, Lawrence, (1990), Familia sexo y matrimonio en Inglaterra: 1500-1800, Fondo de cultura Económica, México.

# “LIMITACIONES PROBATORIAS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO”

Por: José Alfredo Lovón Sánchez\*

**SUMARIO:** 1.El Derecho de prueba en el Perú. 2.Limitaciones del Derecho de prueba. 2.1.Límites intrínsecos o inherentes del Derecho a la prueba: 2.1.1.Pertinencia. 2.1.2.Licitud. 2.2.Límites extrínsecos o límites debidos a requisitos legales. 2.2.1. Límites genéricos. A)Requisitos de la legitimación B)Requisitos temporales. 3.Las limitaciones probatorias del Código Procesal Civil Peruano. 3.1.Limitaciones en cuanto al ofrecimiento – admisión. 3.1.1.Obligación de presentar medios probatorios en la demanda y contestación de la demanda. 3.1.2. Admisión de medios probatorios. A) Medios probatorios en segunda instancia. 3.1.3. Preclusión probatoria. 3.2.Limitaciones en cuanto a la actuación. 3.2.1.La validez de un medio probatorio en otro proceso. 3.3.Limitaciones en cuanto a la valoración. 3.4.Limitaciones probatorias en distintos medios probatorios. 3.4.1.Declaración de parte. 3.4.2.Prueba testimonial. 4.Resumen.

El Código Procesal Civil peruano de 1993, ha sido considerado en nuestro país, como la obra legislativa más importante del siglo XX. Muchos lo han considerado como el Código Procesal Civil del nuevo milenio; sin embargo, algunos doctrinarios extranjeros<sup>1</sup> y otros peruanos<sup>2</sup>, han advertido que diversos artículos del código lesionan garantías básicas del derecho de defensa en el proceso. Es objeto del presente trabajo de investigación demostrar el evidente

\*Docente Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Programa Profesional de Derecho, de la Universidad Católica de Santa María

<sup>1</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El Debido Proceso de la Garantía Constitucional. Editorial Zeus S.R.L. Rosaro 2003.

<sup>2</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. Problemas el Proceso Civil. Jurista editores E.I.R.L. Lima 2003.

perjuicio de los litigantes respecto a las limitaciones probatorias que en el Código Procesal Civil se establecen y que a su vez colisionan con las garantías constitucionales del debido proceso, ocasionándole una dura crítica que se acrecienta cada día más a medida que transcurre el tiempo en su aplicación

## 1.- EL DERECHO DE PRUEBA EN EL PERÚ

La Constitución Política del Perú de 1993, no consagra de forma explícita el derecho a la prueba, la derogada Constitución de 1979 tampoco lo tenía positivado, lo que no quiere decir que la actual Constitución desconozca o que no lo proteja, ya que se encuentra implícitamente reconocido dentro de otros derechos y principios consagrados.

En este sentido coincido con el parecer de la Dra. Ariano Deho<sup>3</sup>, quien afirma que “nuestro ordenamiento constitucional no ha previsto expresamente como derecho de orden constitucional el derecho a la prueba, pero su existencia se desprende de los incisos 3 y 14 del artículo 139° de la Constitución, que son normas que consagran como principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, y la de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”.

Extrayendo el contenido y conjugando aquellos derechos que sí se encuentran reconocidos explícitamente, podemos afirmar que el derecho a la prueba se encuentra dentro de los derechos que tienen rango constitucional, como lo afirma la citada autora<sup>4</sup> “debemos considerar que el derecho a la prueba se coloca entre los derechos procesales fundamentales, cual componente esencial del más amplio derecho a la tutela jurisdiccional”.

Si se considera que los medios probatorios, entre otras, tienen por finalidad formar la convicción judicial (artículo 188° del CPC) y subsecuentemente determinan el contenido de la sentencia, entonces es indudable que privar de la oportunidad probatoria es afectar el derecho a un debido proceso y, en términos generales, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El código establece la oportunidad en que deben ofrecerse, admitirse y actuarse los medios de prueba. Esta faceta del debido proceso comprende cinco

<sup>3</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. Op. cit. p. 93.

<sup>4</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. Op. cit. p. 93.

derechos específicos: a) derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente del proceso; b) derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; c) derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos de las partes; d) derecho a controlar e impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria; y e) el derecho a una correcta valoración de los medios probatorios en la sentencia.

Con acierto, Arturo Hoyos<sup>5</sup> afirma que el derecho de prueba comprende la facultad de aportar pruebas lícitas al proceso y de contradecir las que ofrezca la otra parte: Nos dice el juez de la Corte Suprema de la Corte de Panamá “éste es un elemento esencial en la garantía constitucional que estudiamos —el debido proceso— ya que, en última instancia, la posibilidad de las personas de defender sus derechos en un proceso pasa sobre la posibilidad de aportar pruebas al proceso y de contradecir las que la otra parte ofrezca.”

El derecho a probar emana del derecho a un debido proceso, aunque algunos sostienen que emana directamente del derecho de defensa. Así como las partes tienen igual derecho a proponer sus pretensiones y sus medios de defensa, también tienen igual derecho a probar los hechos que las sustentan.

En este tema también cabe distinguir el debido proceso formal. Si arbitrariamente existen normas procesales que restringen el derecho a probar que tiene todo litigante, sea parte o tercero legitimado, se estará lesionando el debido proceso sustantivo, empero, si por una errónea interpretación o aplicación se restringe o elimina la posibilidad de ofrecer, de ser admitido o de actuarse un medio probatorio, se estará vulnerando el debido proceso formal.

En la doctrina y la jurisprudencia italiana se ha establecido la íntima vinculación entre el derecho a la prueba y el derecho constitucional de defensa consagrado en el artículo 24º de la Constitución italiana de 1947, destacándose que la negación del derecho a la defensa, en su manifestación del derecho a la prueba, supone vulnerar, en última instancia, la garantía constitucional de la tutela judicial reconocida en el apartado primero del artículo 24º C.I.<sup>6</sup>

El hecho de que un derecho sea reconocido en la Constitución como derecho fundamental de las personas trae consigo varias consecuencias para su

<sup>5</sup> HOYOS, Arturo citado por TICONA POSTIGO, Víctor. El debido proceso y la demanda civil, Tomo I., Editorial Rodhas, 1998, p. 92.

<sup>6</sup> TICONA POSTIGO, Víctor, El debido proceso y la demanda civil, Tomo I., Editorial Rodhas, 1998, p. 93-96.

ulterior protección y reconocimiento, entre las principales, aplicables al presente caso, tenemos: a) Su aplicación directa e inmediata, esto es, su alcance jurídico-positivo; b) Su regulación por leyes ordinarias, que en todo caso deberán respetar su contenido esencia, en especial las normas procesales y dentro de estas los medios de impugnación; y c) Posibilidad de pedir la tutela del Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, en caso de violación. Consecuentemente, el derecho a la prueba debe ser respetado y ejercido de manera eficaz en todo proceso, ya que la Constitución tiene plena vigencia en la realidad jurídica de todo país.

Por otro lado, dicho derecho debe estar reglado más detalladamente por norma de rango de ley, y lo está, evidentemente, en el Código Procesal Civil, cosa distinta y que analizaremos posteriormente es determinar si se encuentra regulado en forma acertada y afortunada o si por el contrario, limita o inclusive vulnera los derechos de los justiciables.

Resultaría legalmente procedente una acción de amparo si se ha vulnerado el derecho a la prueba dentro de un proceso judicial y si con ello se ha producido indefensión.

Otro punto importante es el referido al recurso de casación. Sucede que en el Perú ante una evidente violación del derecho a la prueba, ya sea por una errónea valoración de los medios probatorios o por una limitación de los mismos, no es procedente un recurso de casación, de este modo sí considero que se limita el derecho a la prueba.

A pesar de que el artículo 386° del Código Procesal Civil contempla en su inciso 3 como causal para interponer el recurso de casación: “La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales” y como se vio anteriormente, el derecho a la prueba es un componente del amplísimo derecho al debido proceso, los tribunales peruanos no permiten acceder a la casación por la contravención del derecho a la prueba. Esto debido al concepto predominante de que en la casación sólo se deben ventilar cuestiones de derecho y no fácticas como sería lo referido a la prueba.

Creemos que dicho criterio es erróneo porque, como se dijo anteriormente, el derecho a la prueba es un componente importantísimo e insustituible de todo debido proceso que haga honor a dicho nombre. Por ello, y

para evitar interpretaciones restrictivas y erróneas creemos necesario modificar dicho artículo haciéndolo más explícito o de forma tal que abarque a cada uno de los derechos integrantes del debido proceso.

En el punto anterior dejamos sentado el carácter constitucional del derecho a la prueba, esto es, que se trata de un derecho fundamental consagrado en la Carta Magna. Ahora bien, ¿el derecho a la prueba es absoluto?, es decir, ¿los derechos fundamentales no admiten limitaciones o restricciones de ningún tipo? La respuesta lógica y predominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional es que todo derecho fundamental sí admite limitaciones en algunos supuestos.

## **2.- LIMITACIONES DEL DERECHO DE PRUEBA**

Al respecto, nos remitimos al criterio del Tribunal Constitucional peruano, máximo intérprete de la Constitución, quien en reiteradas jurisprudencias, como la sentencia del 21 de septiembre de 2004, recaída sobre el expediente 004-2004-AI/TC, establece lo siguiente: “Conforme al criterio uniforme de este Colegiado, ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) Cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de los valores constitucionales; y b) Cuando la limitación del elemento “no esencial” del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)”.

En ese mismo sentido, creemos natural que el derecho a la prueba tenga límites que ayuden a que dicho derecho logre sus objetivos y sea eficaz dentro del proceso, dichos límites son: a) los intrínsecos o inherentes a la actividad probatoria y b) los debidos a requisitos legales, los mismos que serán analizados con mayor detenimiento en el punto siguiente.

Claro está que los límites en ningún caso pueden volver ilusorio el derecho a la prueba. Si los límites se exceden de los márgenes permitidos, dejan de ser límites para convertirse en violación o clara trasgresión al derecho constitucional protegido.

El derecho a la prueba tiene dos tipos de límites<sup>7</sup>: los límites intrínsecos

<sup>7</sup> PICO IJUNOY, Joan. ob. cit. p. 39.

que se deducen de diversos preceptos legales, y que se concretan en aquellos presupuestos o condiciones que, por su propia naturaleza, debe cumplir toda prueba, siendo estos la pertinencia y la licitud. Mientras que los límites extrínsecos se deben al carácter procesal del derecho objeto de estudio, y hacen referencia a las formalidades y cauces procedimentales imprescindibles para ejercitarlo válidamente.

## **2.1. LÍMITES INTRÍNSECOS O INHERENTES DEL DERECHO A LA PRUEBA:**

### **2.1.1. Pertinencia:**

El concepto de pertinencia resulta de gran importancia para el entendimiento de los llamados límites del derecho a la prueba, por tanto no debe confundirse pertinencia del medio probatorio entendido como la relación que debe guardar el medio probatorio con los hechos que constituyen el fundamento de la pretensión ejercitada *causa petendi*, con la pertinencia del hecho alegado, entendido como fundamento de determinada pretensión que guarda relación con el objeto de la controversia, tales como los hechos intrascendentes o extraños para la configuración del objeto litigioso.

En suma, la pertinencia del medio de prueba está o determinada por lo que se pretende acreditar con tal medio y aquello que es el denominado tema de prueba *thema probandum*. En tal sentido el derecho a la prueba implica la admisión de un determinado medio probatorio pertinente dirigido a demostrar un hecho pertinente, por tanto no debe entenderse que es aquél en el que se admitan todos los medios de prueba ofrecidos por las partes sino sólo los que tengan relación con el tema de prueba previamente establecido por el juez. Sin embargo este juicio siempre debe ser amplio, favoreciendo el derecho de probar de las partes.

Ahora bien el juicio sobre pertinencia y relevancia de la prueba no implica una anticipación de los resultados de la prueba, sino sólo de la admisión de todas las pruebas idóneas para aportar elementos de conocimiento.

El Código Procesal Civil peruano establece en el primer párrafo del artículo 190° que los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad serán declarados improcedentes por el juez.

Deberán pues, in admitirse por impertinentes los medios de prueba que se dirijan a probar hechos no alegados, no controvertidos, no relevantes. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental autónomo y, por lo tanto distinto y no incluido, en el de tutela judicial efectiva<sup>8</sup>.

### **2.1.2. Licitud**

Otro límite al derecho a la prueba es la licitud de la prueba. Concebida como el resultado de la influencia de los valores constitucionales, por tanto un medio probatorio es ilícito cuando es obtenido en desmedro de derechos fundamentales de la persona. El Código Procesal Civil peruano establece en el numeral 199º que carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno. En relación a este punto sólo toca mencionarlo, pues el tema a tratar es la limitación probatoria en casos particulares, de la normatividad procesal peruana.

## **2.2 LÍMITES EXTRÍNSECOS O LÍMITES DEBIDOS A REQUISITOS LEGALES**

Siguiendo el criterio clasificatorio de Joan Pico I Junoy<sup>9</sup>, en este punto, referido a los límites debidos a requisitos legales, vamos a diferenciar entre aquellos genéricos, es decir, aplicables a todos los medios probatorios existentes y aquellos específicos, o sea, aquellos requisitos exigidos para cada medio probatorio en particular.

### **2.2.1. Límites genéricos**

Son dos los límites aplicables a todos los medios probatorios: los de legitimación y los límites temporales.

#### **A) Requisitos de la legitimación:**

Para que todo medio probatorio sea válidamente admitido al proceso se requiere que haya sido incorporado al mismo por una persona legitimada para ello, esta cualidad la tiene toda persona que sea parte del proceso desde su inicio o con posterioridad, como los casos del sucesor y del interviniente procesal.

Para Devis Echandía<sup>10</sup> el principio de la legitimación para la prueba

<sup>8</sup> SANCHÍS CRESPO, Carolina. *El derecho a la prueba en España: una perspectiva constitucional*. En revista peruana de Derecho Procesal. Estudio de Belaunde & Monroy. Abril, 1999. p. 285, 288.

<sup>9</sup> PICO I JUNOY. Op. cit. p. 61.

exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para aducirla, es decir, el juez cuando tiene facultades inquisitivas, y las partes principales y secundarias, e inclusive transitorias o intervinientes incidentales; por último, respecto de la cuestión que motiva su intervención, requieren que el funcionario que la reciba o practique tenga facultad procesal para ello.

Como observa atinadamente Micheli,<sup>11</sup> no siempre el sujeto legitimado para la prueba es el legitimado para la causa, pues ocurre muchas veces que quien podría obrar en el proceso con debida legitimación para aducir pruebas mientras no sea recibido como inventor, y el segundo la tiene perfecta, no obstante la ineficacia sustancial de su demanda, que conducirá a una sentencia inhibitoria. Puede decirse que la legitimación para la prueba es común, en cuanto la comunidad de la prueba exige que cada parte pueda solicitar y aducir las que sirvan para acreditar los hechos que interesan al proceso, quienquiera que los haya alegado, pues ya vimos que cualquiera puede aprovecharse de las pedidas o presentadas por su adversario. No importa el interés personal que haya originado la prueba, sino que quien la aduzca tenga legitimación abstracta para intervenir en la actividad probatoria del proceso y que ella se haya practicado en tiempo oportuno, en la forma y en el lugar adecuado.

#### B) Requisitos temporales:

La presentación, admisión y actuación de las pruebas deben darse en un tiempo oportuno y determinado, todo ello para garantizar el derecho a obtener la tutela judicial en un plazo prudente.

Cabe mencionar que dichos plazos difieren en cada uno de los tipos procedimentales.

En el Código Procesal Civil peruano ha regulado tres tipos procedimentales, el denominado proceso de conocimiento, el abreviado y el sumarísimo. Sin embargo en cualquiera de los tres tipos de procesos, los medios probatorios deben ofrecerse en los actos postulatorios, es decir en el escrito de demanda, o de contestación o en la reconvencción o contestación a la reconvencción. Los plazos para contestar la demanda y a su vez para deducir reconvencción son de treinta días para el proceso de conocimiento, diez días para el proceso abreviado y de cinco días para el proceso sumarísimo, en este último

<sup>10</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, editor Victor P. de Zabalia, Buenos Aires, 1981, p. 126.

<sup>11</sup> MICHELLI, Gian Antonio. La carga de la Prueba. Editorial Temis, Bogotá, 1989. p. 133-134.

tipo procedimental es improcedente la reconvención.

### **3.- LAS LIMITACIONES PROBATORIAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO**

El Código Procesal Civil peruano de 1993 consagra un sistema innovador al del Código de Procedimientos Civiles de 1912 (en el que se establecía el sistema de *numerus clausus*), esto es el sistema de *numerus apertus* de medios probatorios, de inmediatez en la actividad probatoria y de valoración conjunta y razonada de los medios probatorios aportados y una ordenada actuación, todo esto se ha establecido, según sus propulsores en el “intento de la búsqueda de la verdad”.

Aparentemente se regula el derecho a la prueba en forma muy amplia y garantizando al litigante el derecho irrestricto a la prueba judicial, sin embargo, como bien afirma la Dra. Ariano Deho<sup>12</sup>, aún se encuentran importantes y variados casos de rezagos de exclusión, limitación o prohibición probatoria, de imposición de medios probatorios, de formalismos excesivos en la proposición de la prueba, de sumariedad cuantitativa de cognición en ciertos procesos, falta de contradictorio en la actuación probatoria y normas con criterio de apreciación legal de la prueba; todo lo que constituye un atentado al amplio derecho a la prueba del cual deben gozar las partes, derecho que no conoce de las referidas limitaciones.

En este orden de ideas podemos considerar algunas de las limitaciones que existen en nuestro Código Procesal Civil:

#### **3.1. LIMITACIONES EN CUANTO AL OFRECIMIENTO – ADMISIÓN**

En este punto analizaremos las limitaciones del derecho a la prueba existentes en los casos de: presentación de la demanda, contestación y admisión de los medios probatorios.

##### **3.1.1. Obligación de presentar medios probatorios en la demanda y contestación de la demanda**

El Código Procesal Civil peruano en sus artículos 424°, 425° y 442°

<sup>12</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil. Ob. cit. p. 96.

exige que todos los medios de prueba sean obligatoriamente ofrecidos en los actos postulatorios, esto es en el escrito de demanda y en el de contestación de la misma. Esta exigencia conlleva graves perjuicios al derecho de defensa de las partes. Enunciaré algunos:

- a) Incrementa el costo del proceso, pues obliga a los justiciables a demandar con el necesario acopio de pruebas desde el inicio. De otro modo se tiene que, no se puede demandar si no se ofrece la prueba necesaria de la totalidad de los hechos alegados, y no sólo de los contradichos o negados por la parte contraria.
- b) Desnaturaliza la lógica natural del proceso. El debate judicial se produce siempre con una necesaria afirmación, una eventual negación, y en función de los hechos afirmados y negados, se ofrecerá luego la prueba estrictamente necesaria, sólo de los hechos controvertidos.
- c) En este orden de ideas no se debe imponer ofrecer toda la prueba con la demanda y con la contestación
- d) Causa perjuicio al derecho de los litigantes, particularmente al derecho del demandante, pues el demandado conoce de antemano, “todas las armas” del actor y en ese sentido se halla en cierta posición de ventaja, afectando el principio de igualdad de las partes
- e) Con la fijación de los puntos controvertidos, que se realiza en audiencia posterior a la contestación a la demanda, quedan excluidos, por “improcedentes” todos los medios de prueba no referidos a hechos controvertidos, los que sin embargo y paradójicamente fueron obligatorios al momento de demandar con el consecuente perjuicio de tiempo y de gasto
- f) Si se declara rebelde al demandado, el juez puede dictar sentencia asumiendo como ciertos los hechos afirmados por el actor y sin necesidad de valorar los medios probatorios. Por esta razón no es lógico ni necesario el ofrecimiento de medios probatorios en los actos postulatorios
- g) Si el conflicto se concilia, se da por concluído el proceso, habiendo sido innecesario ofrecer medios probatorios, pues no serán tomados

en cuenta, para la conciliación que solo requiere de la voluntad de las partes

- h) La preclusión probatoria es sumamente rígida. Esto es que se pierde el derecho a ofrecer medios probatorios si no son ofrecidos en los actos postulatorios

Como podemos apreciar, todos estos “inconvenientes” se producen por la obligatoriedad del ofrecimiento de medios probatorios conjuntamente con la demanda o la contestación, hecho que analizaré con más amplitud en los siguientes puntos del presente trabajo.

### **3.1.2. Admisión de medios probatorios**

El artículo 426° establece las causas por las cuales el juez debe declarar inadmisibile la demanda, entre ellas se encuentra el, “No acompañar los anexos exigidos por ley”. Y entre los anexos exigidos por ley están obligatoriamente todos los recaudos referidos a los medios probatorios.

Por su parte el artículo 471° prescribe lo siguiente: “De no haber conciliación, el Juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos si los hubiera. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, de haberlas. Al final de la audiencia, el Juez comunicará a las partes el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria.”

La facultad del juez de dirección del proceso con la prerrogativa del poder-deber de determinar las pruebas que admite y cuales declarará improcedentes determinan que en la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio el derecho a la prueba de las partes puede encontrar su consagración o su violación, como bien opina la Dra. Ariano Deho<sup>13</sup>, ya que es éste momento en el que el juez admite las pruebas en razón de su pertinencia con el objeto del proceso, o las rechaza.

Por un lado puede ser que el juez deseche criterios restrictivos,

<sup>13</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil. ob.cit. p. 103.

limitativos o prohibitivos que establece la ley respecto de las pruebas, admitiéndolas pese a criterios apriorísticos contenidas en ella, lo que sería conveniente pues no limitaría el derecho de las partes; pero puede también, no admitir los medios probatorios por considerarlos impertinentes aplicando obviamente los criterios restrictivos de la ley.

El supuesto del artículo objeto de análisis es un caso muy delicado, pues el derecho de las partes a probar puede verse severamente restringido. No cabe duda que el litigante perjudicado puede interponer apelación del auto que rechaza sus medios probatorios, pero he aquí algo muy particular, el régimen de apelaciones varía según el tipo de procedimiento a que la pretensión está sujeta. Si se trata de proceso abreviado o proceso sumarísimo se concederá la apelación sin efecto suspensivo y además tendrán la calidad de “diferida”. Por tanto el medio probatorio declarado impertinente no será actuado. Deberá expedirse la sentencia, deberá apelarse de la misma y el superior revisar primero la apelación diferida y revocar la resolución que declaró impertinente el medio probatorio y ordenar la actuación del medio probatorio. Esto es grave para la tutela de los derechos y el derecho de defensa. La prueba actuada tardíamente puede haber perdido eficacia.

Por el contrario la apelación que no tiene la calidad de “diferida” se tramita en forma inmediata con la formación de un cuadernillo con copias pertinentes. Esto es posible sólo si se trata de un proceso de conocimiento.

Así, nuestra legislación ha admitido de modo idóneo la apelación del auto que declara improcedente la prueba ofrecida sólo en el proceso de conocimiento, no siendo de igual tratamiento el auto que no admite algún medio probatorio, en los procesos abreviado o sumarísimo, por las razones expuestas

#### A) Medios probatorios en segunda instancia

En segunda instancia también se encuentra limitado el derecho a la prueba pues el último párrafo del artículo 374° del C.P.C. establece que es inimpugnable la resolución por la que el superior declara inadmisibles los medios probatorios ofrecidos. Por tanto, este caso es otra “perla más” del código peruano que limita y restringe el derecho de prueba. En segunda instancia sólo es posible ofrecer medios probatorios si se trata de procesos de conocimiento o abreviados. El derecho está vedado para el proceso sumarísimo, siendo por tanto manifiesta la restricción al derecho a la prueba.

### 3.1.3. Preclusión probatoria

El artículo 189° del Código Procesal Civil peruano establece: “Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código.”

El artículo 189° del código contiene, lo que bien se ha dado en llamar “preclusiones probatorias”. Bien definidas por el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, como el agotamiento del derecho o facultad procesal por el transcurso del tiempo o algún acto incompatible<sup>14</sup>. También es entendido como el principio por el cual el proceso se divide en etapas, donde cada una de las cuales supone la clausura de la anterior, sin posibilidad de renovarla.

Según la “filosofía” de nuestro código la prueba judicial debe ser ofrecida necesariamente, en los actos postulatorios, esto es que el demandante debe ofrecer necesariamente todo su material probatorio —sin reservarse nada— en el escrito de demanda, lo propio debe hacer el demandado. Como bien precisa la Dra. Ariano Deho, la razón fue expuesta oportunamente por el Dr. Monroy Gálvez, para evitar que las partes, reservaran para el final del proceso, “la prueba determinante” con el consecuente perjuicio de dilación del mismo. Por tanto la razón de esta modificación en relación con el anterior código procesal civil del Perú, que permitía que la prueba se pudiera ofrecer, si era instrumental y la confesión “en cualquier estado del proceso”, fue de orden ético y no por técnica procesal.

La obligatoriedad de ofrecer la prueba en los actos postulatorios y la consecuente imposibilidad de ofrecerla en otro momento no sólo es aplicable a la demanda y contestación sino a todo acto procesal en que esté de por medio la prueba, es el caso de las excepciones, de las defensas previas, de las tachas y oposiciones y por supuesto que esto se aplicará a cualquier otro pedido que implique la necesidad de probar algún hecho.

¿Cuáles son los inconvenientes de la preclusión probatoria? Son muchos, y no sólo porque, “el litigante quiera reservar la prueba fundamental”; pueden darse muchos casos de no ofrecer todos los medios probatorios en la única oportunidad, por razones distintas a la mala fe procesal, veamos: a) El olvido natural de algún medio de prueba a pesar que sea fundamental. El abogado del demandante o del demandado, deben redactar la demanda y

<sup>14</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo VI, editorial Heliasta, Buenos Aires, 1982, p. 352.

necesariamente ofrecer toda la prueba; este enorme esfuerzo implica no pocas veces el olvido del letrado o litigante de presentar algún medio probatorio. Quiero decir que no sólo por mala fe se deja de ofrecer un medio probatorio; b) El plazo excesivamente breve con que se cuenta para contestar, es el caso del proceso sumarísimo. En sólo cinco días debe prepararse la defensa de forma y la de fondo que se materializa con la contestación de la demanda y además el acopio de prueba respectivo. Este plazo excesivamente breve puede provocar que medios probatorios y hechos fundamentales sean omitidos; c) Otro caso es el desconocimiento del derecho o de la pertinencia de ofrecer algún medio de prueba, que puede afectar al propio litigante como al letrado y por lo tanto se trata de una omisión involuntaria.

Además, surge la pregunta inevitable. ¿Cuál sería la razón por la que, un litigante, omita el ofrecimiento de algún medio probatorio, que conviene a su derecho? No es lógico ni razonable pensar que el litigante actúe siempre de mala fe. Por tanto la razón basada en el criterio ético no es contundente, y además que la mala fe procesal debe ser sancionada directamente como tal y no mediante la restricción de los medios de defensa.

En el mismo orden de ideas, considero que la preclusión probatoria afecta al derecho a la prueba y a la propia tutela jurisdiccional efectiva, por lo siguiente: El demandante tiene que ofrecer toda su prueba al momento de demandar y lo propio el demandado al contestar; sin embargo en el inciso 1° del art. 190° establece que sólo se admitirá la prueba de los hechos controvertidos. Por tanto existe un dispendio de esfuerzo, gasto y tiempo en ofrecer todo el material probatorio, que luego será inútil, por la fijación de puntos controvertidos, que convierte en innecesarios muchos medios probatorios, especialmente para la parte demandante.

El ofrecer toda la prueba al momento de la demanda implica en la mayoría de las veces un enorme esfuerzo económico y de tiempo, esfuerzo que no sirve de nada, si el demandado no contesta la demanda, es declarado rebelde y como consecuencia de ello se asumen como ciertos los hechos de la demanda —sin necesidad de actuar medio probatorio alguno— si se trata de derechos disponibles<sup>15</sup>. \* Igualmente el Código Procesal peruano ha previsto la figura de la conciliación obligatoria; la audiencia conciliatoria se produce luego de la

<sup>15</sup> El artículo 460° del CPC. Establece que “declarada la rebeldía, el Juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia, salvo excepciones”

contestación de la demanda y antes de la audiencia de pruebas. Pues bien, si las partes concilian lo hacen sobre la base del acuerdo, pero no sobre lo que está o no probado. Es más toda referencia a los medios probatorios es impertinente. Por tanto bajo este supuesto la prueba aportada en la etapa postulatoria y antes de la audiencia conciliatoria deviene en inútil. Se debe tener presente que el código peruano regula la conciliación en forma precedente a la audiencia de pruebas.

Además de estos aspectos, la preclusión probatoria es excesivamente rígida. El Código de Procedimientos Civiles de Perú de 1912, establecía que la prueba puede presentarse durante los veinte primeros días del término probatorio, y la prueba documental, así como la “confesión” en cualquier estado del proceso; de este modo se podía ofrecer prueba aún cuando estuviera con llamada de autos para sentenciar. Pero dejando de lado tal exceso, el poder ofrecer prueba en un plazo razonable sería la solución más conveniente para evitar la indefensión que causa una preclusión rígida. Se añade que la prueba debe ser ofrecida, luego de haberse decidido cuál es el “tema de la prueba”, esto luego de haberse fijado cuáles son los puntos controvertidos. Fijados los puntos controvertidos y teniendo la oportunidad de contar con un plazo razonable, que podría ser de diez días, puede contribuir a asegurar el derecho de defensa y disminuir al mínimo las posibilidades de indefensión de las partes. La regulación actual considero lesiona el derecho a la prueba.

### **3.2. LIMITACIONES EN CUANTO A LA ACTUACIÓN**

El Código peruano también presenta, limitaciones probatorias en la etapa de actuación de medios probatorios, veamos el caso de la validez de un medio probatorio actuado en otro proceso.

#### **3.2.1. La validez de un medio probatorio en otro proceso**

En la doctrina se ha denominado prueba trasladada. Para el autor Devis Echandía, “prueba trasladada es aquélla que se practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante el desglose del original, si la ley lo permite”.<sup>16</sup>

También expresa que hay que distinguir las pruebas practicadas en procesos entre las mismas partes de los procesos entre partes parcial o totalmente distintas, porque en la primera hipótesis basta llevar la copia auténtica o el

<sup>16</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Editor Víctor P. de Zabala, Buenos Aires 1981. p. 367.

desglose del original con las constancias necesarias para que se pueda conocer si fue practicada con las formalidades procesales, sin que sea indispensable ratificarla en el proceso a donde se lleva; en la segunda hipótesis debe distinguirse si la parte contra quien se opone la prueba es o fue parte en el proceso en el que se practicó o admitió, o si, por el contrario estuvo ausente de él, en este caso como la prueba no puede producir efectos contra quien no fue parte en el proceso donde se admite o practica, es indispensable proceder a su ratificación.

La ratificación procede en realidad solamente para testimonios y consiste en llamar al testigo que declaró antes para que bajo juramento manifieste si es cierto lo que entonces dijo. Los hechos observados por el juez en una inspección judicial y relacionados en el acta hacen fe, pero entre las partes del proceso en que se practica; la practicada en otro proceso tiene la misma calidad para quien fue parte en él. La ratificación de estas diligencias no es posible porque, equivale a practicarlas de nuevo por el juez de la causa y por tanto lo procedente es solicitar nueva inspección. La confesión no necesita ratificación en ningún caso puesto que proviene de la parte contra quien se aduce<sup>17</sup>.

En cuanto a la eficacia de la prueba actuada en un proceso, para otro proceso, está referida a todos los medios de prueba obtenidos siguiendo las normas procesales; en tal sentido carece de eficacia la prueba obtenida no sólo por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno, sino en la que no intervino la parte contra quien pretende ser invocada, o sea si no se respetó el principio del contradictorio en su actuación.

El problema radica precisamente en este aspecto, previsto en el segundo párrafo del artículo objeto de análisis, en tanto establece que puede prescindirse de poner en conocimiento de la parte contra quien se invocan las pruebas actuadas en todo proceso por “decisión motivada del juez”.

Al respecto considero que el legislador no ha tomado en cuenta que una de las garantías básicas del proceso, en lo que respecta al derecho a la prueba, es que no es susceptible de valoración de un medio probatorio por el juez, si no se puso en conocimiento en forma oportuna del medio probatorio al litigante contrario a efecto de que pudiera ejercitar su derecho de defensa, esto es la posibilidad de controlar su actuación, impugnar o tachar, haciendo efectiva la

<sup>17</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, ob. cit. p. 367-368.

ineludible bilateralidad del proceso.

Sin embargo, el Código Procesal Civil peruano permite, inconstitucionalmente a mi modo de ver, que la prueba sin contradictorio sea tomada en cuenta, dejando además al libre criterio del juez para limitar el derecho a la prueba, derecho de defensa y derecho a la igualdad de las partes en el proceso. Este caso es realmente inverosímil, y atenta directamente a las garantías básicas del proceso en materia de pruebas judiciales.

### **3.3. LIMITACIONES EN CUANTO A LA VALORACIÓN**

El Código Procesal peruano también contiene normas que lesionan la obligación constitucional de la debida motivación de las resoluciones.

El artículo 197° del Código Procesal Civil peruano establece lo siguiente:

“Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”.

La legislación peruana ha consagrado como sistema de valoración de la prueba el de valoración conjunta de todo el material probatorio basándose en la sana crítica del juez. Bien entendida la valoración conjunta significa que eliminando todo criterio de prueba legal ningún medio probatorio prevalece a priori sobre otro, por lo que el valor probatorio atribuible a cada uno de los medios probatorios es sobre la base de su experiencia, ciencia y conciencia, y en especial en función a la naturaleza del hecho por probar, que deberá ser analizado en cada caso en particular.

Por tanto al permitir que sólo se expresen en las resoluciones la “valoración esencial y determinante” que realiza el juez se viola el derecho a la debida motivación en materia de prueba de las partes y además la garantía constitucional de motivación completa de las resoluciones si el juez aprecia el material probatorio en forma conjunta y no especifica en cual medio probatorio se basa para amparar o rechazar una pretensión, lo que se conoce como valoración genérica; si no explica cómo ha valorado unos y cómo otros medios probatorios, porqué algunos le han provocado convicción y otros no. O sea no se trata de conocer que ocurrió en la mente del juez, sino lo que objetivamente se

aprecia en los argumentos de su resolución en forma explícita para conocimiento y control de las partes, sobre el mérito concreto que el juez atribuye a cada medio probatorio.

Así expuesto, el derecho a la prueba sólo puede ser garantizado si el juez desarrolla una motivación con justificación expresa y completa de todas las pruebas deducidas y ofrecidas por las partes; en tal sentido, considero que todo el material probatorio debe ser apreciado por el juez y debe dar cuenta expresa y completa en su motivación de cómo han sido valorados todos los medios probatorios para formar su criterio de certeza.

De otro lado, el litigante agraviado con la resolución desfavorable a sus intereses, no podría fundamentar la existencia de error en la valoración de la prueba o en su caso omisión de valoración de los medios probatorios, debido a la facultad del juez de pronunciarse “sólo sobre las pruebas esenciales y determinantes” que han causado su convicción, sin fundamentar porqué no se han considerado como determinantes a las otras pruebas actuadas de las que no se pronuncia en la referida resolución. Lo que evidentemente es una limitación inaceptable.

Al respecto, el autor peruano Bustamante Alarcón<sup>18</sup> nos dice que, “la valoración del material probatorio debe estar reflejada apropiadamente en la resolución que se emita al respecto, pues, al ser una operación mental del juzgador, la motivación aparece como el único mecanismo con que cuentan los justiciables y los órganos de revisión para comprobar si la valoración ha sido realmente efectuada y si resulta adecuada”.

En este sentido, el legislador no ha tomado en cuenta que la ausencia de valoración de un medio probatorio produce la nulidad de la resolución, y que el vicio de la sentencia por defectuosa motivación, produce un error in iudicando de hecho; esta situación resulta incongruente con la permisión legal que tiene el juez para no considerar en la motivación de la sentencia todas las pruebas actuadas, expresando solo “valoraciones esenciales”. Siendo así, es conveniente desde todo punto de vista y se condice con el mandato constitucional que la motivación de la prueba sea amplia y no limitada o inexistente, a efecto de evitar nulidades procesales, y peor aún si tal omisión afecta el derecho de defensa de las partes provocando decisiones injustas.

<sup>18</sup> BUSTAMANTEALARCÓN, Reynaldo.. Op. cit. p. 104.

Teniendo en cuenta la redacción del artículo 197°; muchas veces se omite una valoración expresa y se recurre a generalidades, en el sentido de indicar que se han valorado todos los medios probatorios en forma conjunta. El famoso procesalista español Montero Aroca, afirma que esta práctica forense debe “estimarse inconstitucional”, indica además que este uso viciado debe desaparecer del quehacer de nuestros Tribunales, pues sólo de este modo se logra garantizar la plena eficacia del derecho a la prueba, así como el correcto cumplimiento de la obligación constitucional de motivar las sentencias<sup>19</sup>.

Debe tenerse en cuenta, además, el artículo 122° del C.P.C. pues este artículo indica el contenido de las resoluciones judiciales y precisa en el inciso 3, que la sentencia debe contener, la mención sucesiva de los puntos sobre los cuales versa la resolución con las consideraciones en orden numérico correlativo de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión y los aspectos de derecho que la respaldan, que debe ser en forma expresa y amplia.

Por tanto, el juez sí está obligado a consignar los fundamentos en que sustenta su decisión con expresa mención de todos los medios probatorios. En relación ha este punto se han alzado voces que indican que esta sería una labor muy profusa y que sólo se justifica la enumeración de los principales aspectos. No es nuestra posición, pues todo medio de prueba debe ser valorado; si el medio probatorio resulta innecesario o inútil, debe ser expuesto en ese sentido, también, por el juez.

El artículo 197° del Código Procesal Civil peruano permite al juez justificarse ante una omisión o equivocación en la valoración de determinado medio probatorio, lo que resulta ser en realidad una salida facilista que es adoptada incluso por la Corte Suprema, siendo el justiciable el perjudicado.

La doctrina puede variar en las diversas formas sobre como valorar los medios probatorios, pero ningún autor expresa que la valoración debe ser genérica o sólo expresar cuestiones determinantes, por tanto, reitero mi opinión, que el contenido del numeral 197° del C.P.C. peruano lesiona el derecho esencial a una valoración completa y explícita de los medios probatorios.

### **3.4. LIMITACIONES PROBATORIAS EN DISTINTOS MEDIOS PROBATORIOS**

<sup>19</sup> Citado por PICO IJUNOY, Joan. Op. cit. p. 28-29.

### 3.4.1. DECLARACIÓN DE PARTE

La limitación se encuentra contenida en el artículo 217º, que establece que ningún pliego interrogatorio tendrá más de veinte preguntas por cada pretensión, las que deberán ser formuladas de manera concreta, clara y precisa cuyas respuestas deben ser “categóricas”. Esta situación no se condice con un sistema probatorio que se afirma “orientado a la búsqueda de la verdad real” pues limita el derecho de las partes a probar sus alegaciones, a pesar que una vez terminado el interrogatorio formal las partes pueden hacerse nuevas preguntas, solicitar aclaraciones, pero sin exceder el número tope aludido, por tanto surge la pregunta ¿Qué razones justifican este limitado número de preguntas?.

En este sentido, el legislador peruano no ha considerado que el número de preguntas está en relación a la complejidad de las pretensiones y a los variados hechos que contengan, de este modo pueden ser necesarias sólo ocho o doce preguntas o de la misma forma treinta o cuarenta. Considero además que a nadie puede ocurrírsele pensar que solo pueden ofrecerse “veinte” documentos o mencionar que la demanda verse sólo sobre veinte hechos o tal vez que pueda ofrecerse nada más que “dos” pericias o cualquier otro tipo de limitación numérica, pues ello implica imponer un límite cuantitativo inaceptable y lesivo al derecho de defensa, contrario al sentido común, y al amplio derecho de prueba del que deben gozar las partes.

Ahora bien, el abuso y la mala fe procesal, manifestado en un número exagerado como injustificado de preguntas, puede ser perfectamente impedido y sancionado con las facultades disciplinarias que goza el juzgador, pues el Código Procesal Civil ha investido al Juez del poder de dirección del proceso, lo que implica, adoptar las medidas convenientes para velar por su rápida solución; asimismo tiene la facultad de sancionar conductas temerarias que obstruyan la actuación de medios probatorios con relación a la finalidad del proceso.

Por esta razón, considero que el límite al número de preguntas es inaceptable por la clara limitación al derecho de prueba y de defensa.

### 3.4.2. PRUEBA TESTIMONIAL

El artículo 226º limita el número de testigos, y debido a ello muchos testigos no podrán declarar, aún cuando su testimonio resulte pertinente y necesario para la resolución del litigio, es una restricción que no encuentra fundamento constitucional, por ello como menciona la Dra. Ariano Deho, la

limitación al número de testigos establecido por la ley procesal resulta, de por sí, un verdadero atentado al derecho fundamental de la prueba<sup>20</sup>.

Además nos remitimos a las conclusiones expuestas al comentar el artículo 217° del Código Procesal Civil peruano que se refiere al número de preguntas. Ahora bien, no hay razón para limitar el número de testigos sólo a tres por cada hecho y seis en total, pues los medios de prueba están en función a la naturaleza de los hechos por probar, por tanto desde ninguna óptica puede asumirse que “sólo seis testigos” son suficientes para probar varios hechos. Es claro que un proceso con muchos hechos puede requerir de un número mayor de testigos.

Resulta a veces fatigoso reiterar las mismas razones para apoyar nuestra tesis, pero debemos hacerlo, debido al surgimiento de la siguiente interrogante: ¿Qué sucede si la prueba testimonial es la única prueba con que las partes cuentan para probar sus alegaciones? La experiencia del abogado litigante muestra que muchas veces los testigos que se ofrecen no se presentan, otros son objeto de amenazas y presiones; muchos yerran en sus respuestas, y en casos excepcionales mueren. La situación expuesta apunta a ser prevenidos y a ofrecer siempre un mayor número de testigos de los estrictamente necesarios y la limitación a sólo seis es evidentemente lesiva al derecho de la prueba y por tanto al derecho de defensa.

Concluyo señalando que el derecho a la defensa consiste en llevar al proceso todos los medios destinados a demostrar o desvirtuar la veracidad de las afirmaciones de las partes, por ello es inseparable del derecho a la prueba. Podemos asumir que la normatividad constitucional-peruana consagra al derecho a la prueba como una garantía constitucional. Los medios probatorios están sujetos únicamente a limitaciones relativas a su pertinencia, licitud, además de los límites debidos a requisitos legales.

#### 4.- RESUMEN

Como hemos concluido el derecho a la prueba se encuentra dentro de los derechos que tienen rango constitucional, cual componente esencial del más amplio derecho se encuentra en la tutela jurisdiccional y el debido proceso a pesar de que algunos sostienen

<sup>20</sup> Idem. p. 96

que emana directamente del derecho de defensa.

- Uno de los ejemplos más evidentes de violación del derecho a la prueba, se encuentra en los recursos casación, al no poderse alegar como causal la errónea valoración de los medios probatorios o por una limitación de los mismos. Lo expuesto es reflejo del concepto predominante de que en la casación sólo se deben ventilar cuestiones de derecho y no fácticas como sería lo referido a la prueba.
- Si bien la legislación nacional y el tribunal Constitucional han señalado que ningún derecho es absoluto, las limitaciones que se presenten a cualquier derecho deben responder a fundamentos objetivos, ello atendiendo a que los límites en ningún caso pueden volver ilusorio el derecho a la prueba. Si los límites se exceden de los márgenes permitidos, dejan de ser límites para convertirse en violación o clara trasgresión al derecho constitucional protegido.
- El derecho a la prueba tiene dos tipos de límites, los límites intrínsecos que se deducen de diversos preceptos legales, y que se concretan en aquellos presupuestos o condiciones que, por su propia naturaleza, debe cumplir toda prueba, siendo estos la pertinencia y la licitud. Mientras que los límites extrínsecos se deben al carácter procesal del derecho objeto de estudio, y hacen referencia a las formalidades y cauces procedimentales imprescindibles para ejercitarlo válidamente.
- El Código Procesal Civil, consagra un sistema innovador de *numerus apertus* de medios probatorios, intermediación y valoración conjunta; sin embargo aún se encuentran importantes y variados rezagos de limitación e imposiciones probatorias, que determinan a priori que pruebas son pertinentes para formar convicción en el juez, atentando contra el derecho de defensa de la parte que no cuenta con esos medios probatorios que el legislador ha considerado los únicos que pueden demostrar su derecho, e impidiendo a su vez, que ofrezcan los medios probatorios que juzguen pertinentes e idóneos.
- El ordenamiento procesal peruano permite al juez la valoración conjunta de los medios probatorios actuados, sin desarrollar una

justificación expresa y detallada de las pruebas deducidas y actuadas en el proceso, respeto a como es que los ha valorado y en que medida le han formado convicción. Ésta permisión de que sólo se exprese las “valoraciones determinantes”, atenta contra el derecho a la prueba de las partes y contra la garantía constitucional de la motivación completa y amplia de resoluciones judiciales.

Existen varios casos de limitaciones, restricciones y prohibiciones probatorias, nos referimos a los artículos 197°, 217°, 226°, 471°, 505°, 535°, 591° y 695°. Y al mismo tiempo, no existe una “exposición oficial de motivos” del C.P.C. que explique las razones que se tuvieron para legislar en este sentido. Considero que las limitaciones, restricciones y prohibiciones enunciadas, limitan el derecho constitucional a la prueba.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El Debido Proceso de la Garantía Constitucional. Editorial Zeus S.R.L. Rosario 2003.
- ARIANO DEHO, Eugenia. Problemas el Proceso Civil. Jurista editores E.I.R.L. Lima 2003.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo VI, editorial Heliasta, Buenos Aires.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, editor Víctor P. de Zabalia, Buenos Aires.
- HOYOS, Arturo citado por TICONA POSTIGO, Víctor. El debido proceso y la demanda civil, Tomo I,. Editorial Rodhas, 1998.
- MICHELLI, Gian Antonio. La carga de la Prueba. Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- SANCHÍS CRESPO, Carolina. El derecho a la prueba en España: una perspectiva constitucional. En revista peruana de Derecho Procesal. Estudio de Belaunde & Monroy. Abril, 1999.
- TICONA POSTIGO, Víctor. El debido proceso y la demanda civil, Tomo I,. Editorial Rodhas, 1998.

# **LAS MICROFINANZAS: MECANISMO FINANCIERO FUNDAMENTAL PARA DISMINUIR LA POBREZA**

Por: Marco Falconí Picardo\*

*El dinero hace el dinero. Cuando tienes un poco, es por lo general fácil conseguir más. La gran dificultad estriba en conseguir un poco.  
Adam Smith. "La riqueza de las naciones"*

**SUMARIO:** El crédito. Microcrédito. Características del Microcrédito. Microfinanzas. Rasgos distintivos de las microfinanzas. Principios clave de las Microfinanzas. Regulación y Supervisión de las Microfinanzas.

## **I.- EL CRÉDITO.**

Existen muchas definiciones sobre el crédito, pero para efectos de éste artículo consignaremos solamente algunas, de tal forma que luego entremos al tema central de las microfinanzas.

### **Concepto de Crédito.**

Desde el punto de vista económico, Schumpeter considera que el crédito es "esencialmente la creación de poder de compra con el propósito de transferirlo al empresario, pero no simplemente de transferencia del poder de compra existente. La creación del poder de compra caracteriza, en principio, el método por el cual se realiza el desenvolvimiento en un sistema de propiedad privada y división de trabajo. Por el crédito los empresarios obtienen acceso a la corriente social de bienes, antes de adquirir sus derechos normales a dicha

\*Doctor en Derecho. Magíster en Ciencias Sociales y Derecho de la Integración. Magister en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Bancario y MARCs de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.

corriente”<sup>1</sup>.

“La operación de crédito es el préstamo para obtener financiamiento de terceros bajo compromiso de reembolso futuro”<sup>2</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, reproducimos la definición del profesor Villegas, que afirma que “el crédito es la transferencia temporal de poder adquisitivo a cambio de la promesa de reembolsar éste mas sus intereses en un plazo determinado y en la unidad monetaria convenida”<sup>3</sup>.

Derecho que tiene el acreedor para exigir del deudor la cantidad prestada y los intereses convenidos”<sup>4</sup>.

Existen diferentes modalidades o clasificaciones clásicas de crédito. Dentro de las más importantes y conocidas tenemos las siguientes:

- a) Por su instrumentación: crédito cambiario, crédito en cuenta, sobregiro o descubierto.
- b) Por su plazo: corto, mediano y largo plazo, rotatorio.
- c) Por sus garantías: personal, prendario, hipotecario, anticrético, fiduciario.
- d) Por su destino: de consumo, producción, habilitación o avío y refaccionario.

### **Microcrédito**

Resulta muy importante tener presente que en la década de los años 70, se comenzó a utilizar en forma globalizada el término de economía informal, mercados emergentes, caracterizado por el uso de la mano de obra familiar, escasez de capital, escasa calificación de los trabajadores, alto grado de competencia, ausencia de tributación, etc .

Dentro de éstas características, aparece el crédito informal, que es otorgado por razones de confianza, amistad, parentesco y estos créditos no son otorgados por instituciones crediticias reconocidas por los gobiernos.

“De acuerdo con la Cumbre de Microcrédito, realizada en Washington

<sup>1</sup> SCHUMPETER, Joseph. Teoría del desenvolvimiento económico. F.C.E. México. 4ta. Ed., 197, p. 115

<sup>2</sup> AMBROSINI, David. Introducción a la Banca. Universidad del Pacífico. Perú. 2da. Ed. 2001. p.204.

<sup>3</sup> VILLEGAS, Carlos. El crédito bancario. Ed. Depalma. Argentina. 1988. p. 3

<sup>4</sup> FALCONI, Marco. Diccionario de Banca, Finanzas y Empresa. Editorial Grijley. Lima, Perú. 2003, p. 80.

en el mes de febrero de 1997, con la participación de gobiernos, organismos multilaterales, Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo (ONGD) y representantes empresariales, la definición del mismo es la siguiente: se trata de programas que proporcionan pequeños préstamos a personas muy pobres para proyectos de autoempleo generadores de renta”<sup>5</sup>.

Resulta importante anotar que las Naciones Unidas designaron el año 2005 como el Año Internacional del Microcrédito.

Dentro de las características más importantes del microcrédito, tenemos las siguientes:

- a) Importes. En algunos casos los importes oscilan entre cincuenta y cinco mil dólares. Normalmente son muy pequeños y en los países pobres, en algunos casos solamente asciende al 50% del ingreso per capita.
- b) Los destinos. Las personas a las cuales están dirigidos son personas de muy escasos recursos, pobres y están destinados a financiar actividades productivas en el sector informal.
- c) Ausencia de garantías reales. Estas garantías han sido sustituidas por diferentes mecanismos de aval social, entre las cuales podemos citar los grupos de garantía o solidaridad, aval en pares, aval testimonial, cuotas fijas de ahorro mínimas.
- d) La confianza. Resulta fundamental, te otorgo éste crédito porque confío en ti, sé que eres una persona digna y vas a saber honrar tu compromiso.  
No es casualidad, que estos sectores, entre comillas informales, los índices de morosidad son muy bajos.
- e) La mujer. El 60% de prestatarios son mujeres. Se ha sostenido que la pobreza tiene cara de mujer, porque experimentan el hambre y la miseria más intensamente que los hombres, porque lamentablemente no tienen acceso a la educación, independencia económica y son discriminadas.
- f) Intereses: Lamentablemente son muy onerosos, debido a su elevado número y bajo monto.

<sup>5</sup> BEGOÑA GUTIERREZ NIETO. Microcréditos y reducción de la pobreza. La experiencia de la AOD española.

- g) Plazos: Los plazos normalmente son a corto plazo. El que está determinado por la estabilidad económica del país.
- h) Calidad de la cartera. Excelente en líneas generales, donde la tasa de morosidad fluctúa entre el 1% y el 3%.; y
- i) Oficial de préstamo: Este trabajador realiza una labor de campo y se traslada a los lugares donde se encuentran los prestatarios y hace la evaluación de la persona in situ, como única due diligence.

Es importante saber diferenciar entre el crédito de consumo y el microcrédito. Hoy en día que la banca tradicional está haciendo grandes inversiones para tener una participación importante en el sector de microcrédito y microfinanzas, basado en el principio de que a falta de grandes prestatarios, buenos son los chicos.

En el cuadro que a continuación presentamos, fácilmente se pueden ver las diferencias.

	<b>Préstamo de Consumo</b>	<b>Microcrédito</b>
<b>Origen del préstamo</b>	En base al salario	En base a la evolución del negocio y el entorno
<b>Destino del préstamo</b>	Endeudamiento para gasto	Inversión para crear activos e ingreso
<b>Gestión</b>	De escritorio	En campo con visita al negocio- hogar
<b>El perfil del solicitante</b>	Asalariado	Auto-empleado
<b>Administración del Crédito</b>	Estandarizado	Flexible y personalizado
<b>Objeto del préstamo</b>	Consumo	Empresa familiar
<b>Garantías</b>	Podrían tener	No tradicionales
<b>Plazo</b>	Mediano y largo	Corto y mediano
<b>Escalonamiento</b>	No	Si

**Fuente:** Bancarización para la Mayoría: Microfinanzas Rentables y Responsables, Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) Women's World Banking (WWB), 2005

## Microfinanzas

Se entiende por microfinanzas, a los servicios financieros de créditos, depósitos, ahorros, seguros y otras formas de servicios financieros.

Dentro de las características más comunes de las microfinanzas, tenemos que los usuarios son personas autoempleadas de bajos ingresos, sin garantías reales, asesores de créditos que administran gran cantidad de cuentas.

Las microfinanzas son el género y el microcrédito la especie.

Hay una diferencia sustancial entre la finanza tradicional y las microfinanzas y en la siguiente tabla observemos los rasgos distintivos de cada una.

Tabla 1: Rasgos Distintivos de la Microfinanza

AREA	Finanza Tradicional	Microfinanza
Metodología Crediticia	<ul style="list-style-type: none"> <li>(1) basada en una garantía</li> <li>(2) más documentación</li> <li>(3) menos intensiva en uso de mano de obra</li> <li>(4) los préstamos por lo general son pagados mensual, trimestral o anualmente.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>(1) basada en el carácter</li> <li>(2) menos documentación</li> <li>(3) más intensiva en uso de mano de obra</li> <li>(4) los préstamos por lo general son pagados/ amortizados con pagos semanales o bimensuales</li> </ul>
Cartera de Préstamos	<ul style="list-style-type: none"> <li>(1) préstamos por montos mayores</li> <li>(2) con garantías</li> <li>(3) vencimiento a más largo plazo</li> <li>(4) más diversificación</li> <li>(5) mora más estable</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>(1) préstamos por montos menores</li> <li>(2) sin garantías</li> <li>(3) vencimiento a más corto plazo</li> <li>(4) menos diversificación</li> <li>(5) mora más volátil</li> </ul>
Estructura y Gobierno Institucional (de instituciones financieras reguladas)	<ul style="list-style-type: none"> <li>(1) Maximización de beneficios para accionistas institucionales e individuales</li> <li>(2) Creación derivada de una institución regulada existente</li> <li>(3) Organización centralizada con sucursales en las ciudades</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>(1) Fundamentalmente accionistas institucionales sin fines de lucro</li> <li>(2) Creación por conversión de una ONG</li> <li>(3) Serie descentralizada de pequeñas unidades en áreas con infraestructura débil</li> </ul>

Fuente: Rock y Otero 1996; Berenbach y Churchill 1997

Es importante tener en cuenta el resumen de los principios clave de las microfinanzas, que fueron formulados y aprobados por CGAP y sus 28 miembros cooperantes y adicionalmente fueron aprobados por el Grupo de los Ocho (G8) Jefes de Estado durante la Cumbre G8 el 10 de junio del 2004.

- 
1. **Las personas de escasos recursos necesitan una variedad de servicios financieros, no sólo préstamos.** Además de crédito, la gente pobre desea contar con servicios de depósito, seguros y servicios de transferencia de dinero.

---

  2. **Las microfinanzas representan una herramienta poderosa en la lucha contra la pobreza.** Los hogares pobres utilizan los servicios financieros para aumentar sus ingresos, invertir en bienes y reducir su vulnerabilidad a choques externos.

---

  3. **Las microfinanzas se refieren a la creación de sistemas financieros que atiendan las necesidades de las personas pobres.** Las microfinanzas podrán alcanzar su máximo potencial, solamente si son integradas al sistema financiero ya establecido de un país.

---

  4. **Las microfinanzas pueden y deben ser sostenibles si se espera alcanzar a un gran número de personas pobres.** A menos que los proveedores de microfinanzas cobren lo suficiente para cubrir sus costos, siempre estarán limitados por la escasa e incierta oferta de subsidios por parte de cooperantes y gobiernos.

---

  5. **Las microfinanzas requieren la construcción de instituciones financieras locales y permanentes** que puedan atraer depósitos domésticos, reciclarlos en forma de préstamos, y ofrecer otros servicios financieros

---

  6. **El microcrédito no es siempre la solución.** Otros tipos de ayuda son ideales para aquellas personas tan pobres que no tienen ingresos ni medios de repago.

---

  7. **Los techos a las tasas de interés pueden perjudicar el acceso de las personas pobres a créditos.** Cuesta mucho más hacer varios préstamos pequeños que hacer pocos préstamos grandes. La fijación de tasas de interés máximas impide que las instituciones

microfinancieras cubran sus costos, y por ello corten la oferta de crédito para las personas pobres

---

**8. El papel del gobierno es uno de facilitador, no el de un proveedor directo de servicios financieros.** Los gobiernos casi nunca pueden desempeñar un buen papel como prestamistas, sin embargo estos pueden establecer un marco político de apoyo.

---

**9. Los fondos de los cooperantes deben complementar en vez de competir con el capital del sector privado.** Los subsidios que ofrecen los cooperantes deben ser una ayuda temporal de arranque y están diseñados a apoyar a una institución hasta que ésta pueda explotar fuentes de fondos privadas, tales como depósitos.

---

**10. La limitación crucial es la insuficiencia de instituciones sólidas y de gerentes calificados.** Los cooperantes deberán centrar su ayuda en la construcción de capacidad institucional

---

**11. Las microfinanzas funcionan mejor cuando se revela y mide su desempeño.** La revelación de datos no sólo ayuda a los accionistas a juzgar los costos y las ganancias, sino también a mejorar el desempeño. Las IMFs necesitan reportar información exacta y comparable sobre su desempeño financiero (p. ej. repago de préstamos y recuperación de costos) al igual que sobre su desempeño social (p. ej. número y nivel de pobreza de los clientes).

---

Fuente: Apoyando el Desarrollo de Sistemas Financieros Incluyentes, Diciembre de 2004

### **Regulación y Supervisión de las Microfinanzas.**

El principal problema que se tiene hoy en la regulación y supervisión de las microfinanzas, está referido a los parámetros que se pretenden estandarizar o igualar para actores desiguales, como es el caso del Perú, donde tenemos regulaciones especiales para bancos, financieras, edpymes, cajas municipales de ahora y crédito, cajas municipales de ahorro popular, cajas rurales, cooperativas de ahorro, etc.

Sobre este particular, resulta importante anotar las recomendaciones efectuadas por Antonio Vives, en su condición de Sub-Gerente del Subdepartamento de Empresa Privada y Mercados Financieros.

1. Supervisar solamente a las entidades microfinancieras que movilizan depósitos del público. Si la entidad no moviliza depósitos, no hay una razón de peso por la cual involucrar a las autoridades de supervisión.
2. Permitir que sólo entidades microfinancieras incorporadas con accionistas (no fundaciones sin fines de lucro) movilicen depósitos del público. Las fundaciones sin fines de lucro no poseen propietarios con intereses monetarios (de hecho, carecen de propietarios) y, por lo tanto, están caracterizadas por debilidades importantes en términos de gobernabilidad y estabilidad institucional.
3. No crear una forma institucional nueva y diferenciada para las microfinanzas, a menos (a) que haya varias fundaciones sin fines de lucro maduras y manejadas adecuadamente que estén dispuestas a transformarse en este tipo de intermediarios financieros, y (b) que las formas institucionales existentes—tales como bancos o financieras—no sean alternativas viables (debido a los elevados requisitos mínimos de capital, por ejemplo) o impliquen importantes restricciones de operación que no puedan modificarse fácilmente (tal como la incapacidad para movilizar depósitos).
4. Exigir la participación de inversionistas estratégicos privados en aquellas entidades microfinancieras que acepten depósitos y que se hayan formado a partir de la transformación de fundaciones sin fines de lucro. Estas entidades suelen ser dominadas por la fundación no lucrativa que les dio origen y, por lo tanto, necesitan de inversiones orientadas hacia las ganancias, a manera de contrapeso.
5. Definir el microcrédito como una nueva forma de concesión de préstamos que se diferencia de los préstamos de consumo, comerciales e hipotecarios. Esto, a su vez, permitirá la simplificación de las normas para los préstamos microempresariales.
6. Crear estándares específicos para las operaciones definidas como micropréstamos en las áreas de clasificación de riesgos, documentación de los clientes, previsiones para pérdidas de

préstamos y cuentas incobrables. En algunas áreas los estándares deben ser más estrictos que en la práctica actual, y en otras deben ser más flexibles; sin embargo, siempre deberían ser simples.

7. Enfocar la supervisión en los aspectos siguientes de las entidades microfinancieras: (a) su gobernabilidad y propiedad, (b) su metodología crediticia, y (c) sus mecanismos y procedimientos de control interno.
8. Promover el desarrollo y el uso de burós de créditos (centrales de riesgos) para que las instituciones microfinancieras puedan evaluar con mayor facilidad la solvencia de los clientes potenciales y los clientes puedan comparar condiciones entre instituciones financieras con el historial de crédito en mano.

Finalmente, hay que tener presente que el microcrédito y las microfinanzas están teniendo un auge extraordinario, teniendo sumo interés en éste sector no solamente los grandes grupos económicos, sino especialmente los gobiernos, dentro de sus políticas para disminuir la pobreza y conseguir el desarrollo local.

## **BIBLIOGRAFIA**

- AMBROSINI, David. Introducción a la Banca. Universidad del Pacífico. Lima. 2001.
- BANCO MUNDIAL. Directrices para los cooperantes internacionales sobre buenas practicas en microfinanzas. EEUU. 2004
- COPEME-USAID/PERU. Microfinanzas en el Perú. Editores. COPEME-USAID/ERU. Lima-Perú. 2006.
- FALCONI, Marco. Diccionario de Banca, Finanzas y Empresa. Ed. Grijley. 2002.
- FOSCHIATTO Paola y STUMPO Giovanni –Compiladores- Políticas municipales de crédito. Ed. CEPAL. Santiago de Chile. 2006.
- RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Felaban.

Bogotá-Colombia. 1990.

- VILLEGAS, Carlos. El crédito bancario. Desalma. Bs. As. Argentina. 1988.
- TOR JANSSON, Ramón Rosales; Glenn Westley. Principios y prácticas para la regulación y supervisión de las microfinanzas. BID. New Cork. 2003.
- TOR JANSSON. La Regulación Financiera y su importancia para la microfinanza en América Latina y el Caribe. BID. 2007.

# EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Por: J. David Espinoza Riega\*

**SUMARIO:** 1.Dogma y política jurídica vs. Análisis económico. 2.El Análisis Económico del Derecho. 3.Conceptos y principales teóricos. 4.Notas características del AED. 5.Observaciones contra el AED. 6.La eficiencia como justicia. Richard Posner. 7.Algunas cuestiones básicas.

Indiscutiblemente en este concepto se abarcan diferentes aproximaciones al fenómeno económico y jurídico, unas de carácter descriptivo y otras de carácter normativo. Antes de entrar a analizar con precisión el significado del Análisis Económico del Derecho, creo que sería bueno realizar unas puntualizaciones previas acerca de la necesidad de superar, y como dice Jesús González Amuchástegui en su tema "*El análisis económico del derecho: Algunas cuestiones sobre su justificación*", algunas de las insuficiencias tradicionales de la ciencia jurídica dominante en la cultura continental.

Según Postner<sup>1</sup>, el Análisis Económico del Derecho tiene aspectos heurísticos, descriptivos y normativos. En el aspecto heurístico, busca mostrar coherencias subyacentes en las doctrinas e instituciones legales. En su modo descriptivo, busca identificar la lógica económica y los efectos de las doctrinas e instituciones y las causas económicas del cambio legal; y en su aspecto normativo, asesora a los especialistas en leyes fundamentalmente con respecto a los métodos más eficientes de regular las conductas a través del Derecho. El espectro que abarca indudablemente se ha vuelto amplio.

\* Profesor de Principios de Economía. Universidad Católica de Santa María.

<sup>1</sup> Juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos, señor lecturer, University of Chicago Law School. Sacado de la exposición plenaria dada en el XXI Congreso Mundial de la Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) en Lund, Suecia, el 14 de agosto de 2003.

## 1. DOGMA Y POLÍTICA JURÍDICA VS. ANÁLISIS ECONÓMICO

Quizá la insuficiencia fundamental de la Dogmática jurídica haya consistido en su incapacidad para plantear cuestiones cruciales que pueden servir de guía; con otras palabras, en su radical separación de la política jurídica. En efecto, la Dogmática Jurídica ha consistido en una actividad reflexiva sobre un objeto dado, el Derecho positivo; se trata de una actividad lógico-formal o deductiva preocupada por organizar lógica y sistemáticamente un determinado material -las normas jurídicas- de cara a facilitar su aplicación.

Puede, en este sentido, decirse que los problemas más relevantes que se han planteado los juristas dogmáticos son de carácter intrasistemático; analizaban -y analizan- si en el interior de los sistemas jurídicos existen normas incompatibles o ambiguas, o lagunas o conceptos jurídicos indeterminados, en definitiva, su actividad descansa en un determinado concepto de racionalidad, la denominada *racionalidad jurídico-formal*.

No es de mi especial interés adentrar mi análisis y crítica en ciencias que no manejo como especialista; sino, aportar al conocimiento de una cadena de conceptos innovadores que nos ayudarán considerablemente a relacionar la ciencia económica con el derecho.

Precisamente por ello y tal y como lo indica Germán Coloma (Universidad del CEMA, Argentina), la Dogmática jurídica se ha manifestado incapaz de ofrecer pautas de actuación salvo los citados requisitos lógico-formales- para los agentes sociales encargados de legislar. Y por ello resulta plenamente justificada la crítica que apunta a los juristas (dogmáticos) como seres poco sensibles al análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de su justicia o injusticia, de sus consecuencias sociales o de sus costes y su eficiencia.

Proclamar hoy la necesidad de tomar en consideración las previsibles consecuencias sociales de una norma antes de su elaboración, o de analizar su justicia o injusticia, es un asunto pacífico. Sin embargo, proclamar la necesidad de analizar la eficiencia o ineficiencia de dicha norma puede originar alguna controversia. Probablemente el origen de la misma se encuentre en una idea que se encuentra muy generalizada y que George Stigler<sup>2</sup> ha sabido resumir:

En su libro "Economía de la Información", vol. XXXV, oct. 1992, págs. 455-468.

“La diferencia entre una disciplina que persigue explicar la vida económica (y también todo comportamiento racional) y una disciplina que persigue alcanzar la justicia regulando todos los aspectos del comportamiento humano es profunda. Esta diferencia significa básicamente que pareciera, que el economista y el jurista viven en diferentes mundos y hablan diferentes lenguajes”.

Aun asumiendo los diferentes objetivos de ambas disciplinas, ¿podemos seguir aceptando pacíficamente que juristas y economistas sigan viviendo en dos mundos diferentes y hablando dos lenguajes mutuamente ininteligibles? ¿No podrán ofrecer los economistas algunas herramientas útiles de cara a conseguir el objetivo de los juristas, a saber, alcanzar la justicia regulando todos los aspectos del comportamiento humano? ¿No estarán, por su parte, los juristas en condiciones de ofrecer a los economistas, en su intento de explicar la vida económica y en general todo comportamiento racional, algunas claves acerca de la existencia de algunos bienes valiosos, difíciles de valorar desde los presupuestos del análisis económico? Creo que la primera respuesta negativa, debe ir acompañada de dos respuestas afirmativas.

Centrándonos ahora en aquellas aportaciones del análisis económico que pueden resultarnos de utilidad en nuestro intento de superar las deficiencias de la Dogmática jurídica antes apuntadas, podemos sugerir las siguientes:

- Es sabido que el análisis económico concibe al individuo como hombre económico, es decir, como agente racional que busca maximizar de su bienestar, en un contexto caracterizado por la escasez de recursos. Creo que sería un error -aunque no es éste el lugar para argumentarlo- reducir el hombre jurídico al hombre económico<sup>3</sup>, pero esa salvedad no debe ser óbice para que reconozcamos que, en muchas ocasiones, los individuos en relación con el Derecho se comportan como agentes racionales maximizadores de su bienestar; lo cual va a querer decir que el comportamiento jurídicamente relevante de los individuos en ocasiones vendrá determinado no tanto por razones morales, como

<sup>3</sup> Posner, sin embargo, se manifiesta a favor de la aplicabilidad a todas las esferas de la vida humana del supuesto de los individuos como agentes racionales maximizadores de su bienestar. Sus palabras son elocuentes: «Considero contraintuitiva e implausible una concepción rigidamente compartimentalizada de los procesos de toma de decisión de los individuos, de tal manera que éstos actuarán racionalmente a la hora de hacer una adquisición trivial y lo harán irracionalmente a la hora de decidir si estudiarán o no Derecho, si se casarán, evadirán impuestos, o tendrán tres hijos mejor que dos...», “Economía y Justicia”, Universidad de Harvard, 1983, pág. 2.

por razones prudenciales; asimismo, implicará que los individuos responden a incentivos; es decir, que si su entorno cambia de tal modo que pueden mejorar su nivel de bienestar modificando sus pautas de conducta, éstos lo harán. En tanto en cuanto las normas jurídicas supongan variaciones del entorno, los individuos variarán su comportamiento, obedeciendo o desobedeciendo las normas, en función de lo que requiera la maximización de su bienestar.

Desde esta perspectiva, Albert Calsamiglia<sup>4</sup> ha propuesto retomar una distinción formulada desde el análisis económico entre *racionalidad paramétrica* y *racionalidad estratégica*<sup>5</sup> para analizar el comportamiento de los individuos ante el Derecho. Su idea es que la noción de racionalidad estratégica es relevante para la toma de decisiones sociales y que muchas situaciones jurídicas no suponen racionalidades paramétricas, sino estratégicas, en el sentido de que los individuos reaccionan ante las leyes, y por eso hay que prever cuál va a ser la reacción de éstos a la hora de elaborar la ley. En definitiva, en muchas ocasiones -pero no siempre, ni todos- los destinatarios de las normas reaccionan estratégicamente frente a ellas; toman las normas como un dato, y no como la conducta a seguir obligatoriamente; como ya hemos apuntado, las normas crean incentivos, y si no están bien formuladas, puede ocurrir que esos incentivos lo sean a su incumplimiento.

Los economistas suelen poner mucho énfasis en que las normas jurídicas sean eficientes. Qué es lo que con ello quieren decir es cuestión controvertida. Asumamos de momento que tan sólo significa que deben contribuir a alcanzar los objetivos socialmente deseados de la manera menos costosa<sup>6</sup>. En este sentido no parece descartable que las normas deban ser eficientes, entre otras razones porque, dada la escasez de recursos existentes, derrocharlos parecería injusto.

<sup>4</sup>Justicia, eficiencia y optimización de la legislación”, en Documentación Administrativa, N.º.218-219, abril-septiembre 1989, págs. 113-151.

Mientras que la racionalidad paramétrica opera en aquellas situaciones en las que las preferencias de un individuo son las únicas variables, no tomándose en cuenta las preferencias de los demás, la racionalidad estratégica opera cuando las elecciones de los agentes están determinadas por las elecciones de otros sujetos, y por ello a la hora de tomar una decisión hay que considerar las elecciones de los demás y la conducta esperada de ellos.

Éste es el concepto de eficiencia que propone Stigler al tiempo que critica el de Posner, en “Law or Economics”.

Manuel Atienza, en sus trabajos sobre Ciencia de la Legislación<sup>7</sup>, a la hora de determinar cuáles son los requisitos que deben satisfacer las buenas leyes, ha apuntado que éstas deben satisfacer cinco racionalidades: comunicativa, jurídico-formal, ética, pragmática y teleológica.

Creo necesario detenerse en las dos últimas, pues son las que tienen alguna conexión con los problemas que aquí estamos abordando. Por racionalidad pragmática Atienza entiende que las normas deben ser formuladas de tal modo que logren que las conductas de los individuos se ajusten a lo prescrito en la ley, o lo que es lo mismo, que sean *eficaces*; si asumimos con Calsamiglia, que muchas situaciones jurídicas son estratégicas, y que las normas modifican el entorno de incentivos de los individuos, elaborar normas eficaces no es una tarea trivial.

Cuando Atienza señala que las normas jurídicas deben satisfacer las exigencias de *racionalidad teleológica*, está apuntando que, en la medida en que las normas son instrumentos para conseguir determinados objetivos sociales, deben contribuir a alcanzarlos, deben ser eficientes. Calsamiglia, por su parte, subdivide este requisito de eficiencia social en dos: por un lado, dirá, las normas deben ser *efectivas* (es decir, deben ayudar a alcanzar los fines que persiguen) y por otro, deben ser *eficientes* (deben alcanzar tales fines con los medios e instrumentos más adecuados y menos costosos).

Debe quedar claro que este concepto de eficiencia que estamos asumiendo presupone dos elementos valiosos con los que alcanzar tal objetivo; en este sentido, la eficiencia consiste en alcanzar un máximo valor de output -en nuestro caso el objetivo socialmente deseado- con un valor dado de inputs.

El análisis económico, sin lugar a dudas, puede ofrecer instrumental de gran utilidad de cara a alcanzar ese objetivo de elaborar leyes racionales no sólo desde un punto de vista comunicativo, jurídico-formal y ético, sino también con palabras de Atienza, pragmático y teleológico. La política jurídica requiere de una pluralidad de saberes, y entre ellos el económico ciertamente ocupa un lugar destacado.

## 2. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

<sup>7</sup> Véase "Sociología jurídica y ciencia de la legislación", en Bergalli, R. (coordinador), El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica, PPU, Barcelona, 1989, y "Contribución para una teoría de la legislación", en Doxa, N° 6, 1989, págs. 385-403.

El Análisis económico del derecho (AED), a pesar de su escasa divulgación en Hispanoamérica, menos aún en nuestro país, es una de las especialidades con mayor crecimiento en el mundo anglosajón, en donde cuenta con numerosas facultades especializadas, revistas de gran difusión en el medio y asociaciones gremiales que comprenden todos los continentes.

En el medio jurídico ha cobrado especial importancia el Análisis Económico del Derecho<sup>8</sup> promocionado por Richard A. Posner en "*Economic Analysis of Law*" y Guido Calabresi con "*The Cost of Accidents*" sobretodo en el campo del Derecho Patrimonial y recientemente en el Derecho Extrapatrimonial. Uno de sus mentores el citado Posner ha apuntado que muchas áreas del Derecho tienen el sello del razonamiento económico, así la teoría de la eficiencia del Derecho se explica mejor como un sistema para maximizar la riqueza de la sociedad y proclama a la teoría económica del Derecho como la teoría positiva del Derecho más prometedor que existe en la actualidad<sup>9</sup>.

Por su parte Atienza dice que el Análisis Económico tiene como objetivo la utilización de categorías, métodos y técnicas de la economía en la tarea de explicar e interpretar el Derecho; aunque el mismo Atienza considera que la novedad de esta corriente es relativa<sup>10</sup>. En efecto la interdisciplinariedad propuesta por el Análisis Económico del Derecho prácticamente propone la aplicación hasta las últimas consecuencias de los métodos de la Economía, sin discriminar factores éticos, ni cuestiones sociológicas; lo que en última instancia convertiría al Derecho en una mera rama de la Ciencia Económica. La apuesta del Análisis Económico no apela propiamente a una Interdisciplinariedad, sino a una Pluridisciplinariedad *in extremis* que no pretende ninguna función conciliadora y se desarrolla a pesar y a veces en contra del discurso dogmático del Derecho.

Esta tendencia del Análisis Económico del Derecho ha motivado la crítica reacción de varios teóricos que como Ghersi han denunciado su carácter sesgado y muy por el contrario han propuesto "representar el derecho como un fenómeno de la sociedad y hacerlo desde espacios de saber distintos, como referentes reflexivos y comunicativos"<sup>11</sup> y en el entendido de que el derecho está

<sup>8</sup> POSNER, Richard A. *Economic Analysis of law*. New York, Aspen Law & Business, 1998, y CALABRESSI, Guido. *The cost of accidents, a legal and economic analysis*. New Haven, Yale University Press, 1970

<sup>9</sup> POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 29-31.

<sup>10</sup> ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona, Barcanova S.A., 1985, p. 294

<sup>11</sup> GHERSI, Carlos Alberto. *Manual de Postmodernidad y Tercera Vía*. Buenos Aires, GOWA Ediciones Profesionales, 2001, p. 250.

dentro y no fuera del fenómeno social.

### 3. CONCEPTOS Y PRINCIPALES TEÓRICOS

Creo sin temor a equivocarme que el AED es una (relativamente) nueva escuela del pensamiento jurídico, que ha aparecido en los países anglosajones con base en la evolución del pensamiento económico, en especial entre 1930 y 1970.

Se trata de una metodología que aplica, a problemas de carácter jurídico, principios y conceptos de orden económico. Los principales conceptos de la economía que se utilizan son los costos de transacción (costos por utilizar el mecanismo de precios), los rendimientos marginales de gerencia, las estructuras de gobernación de relaciones interpersonales (figuras societarias y estructuras contractuales de diversos tipos), la relevancia de los derechos de propiedad en la eficiencia de la asignación de los recursos, la función de eficiencia de las normas y la aplicabilidad del análisis económico a toda clase de transacciones, incluso las que no se realicen en un contexto de mercado. Otro concepto es el intercambio voluntario como forma eficiente de transacción (según distintos criterios), tanto en su versión real como en su versión presunta o ficta.

Los principales aportes que el AED toma de la economía fueron formulados por la llamada economía institucionalista. Los principales teóricos de esta disciplina en sus varias fases fueron:

#### • **John R. COMMONS (1862-1945)**

Commons fue un destacado miembro de la escuela institucionalista americana. Nacido en Ohio (USA), fue profesor de economía en las universidades de Wesleyan, Oberlin, Indiana, Syracuse y Wisconsin. Presidente de la American Economic Association.

Su influencia no se debe tanto a sus escritos teóricos como a la legislación que promovió y consiguió hacer aprobar en las cámaras legislativas americanas. Su amistad con Robert LaFollette y otros senadores progresistas impulsó una profunda reforma de la legislación laboral, especialmente en lo referente a las condiciones de seguridad e higiene en el puesto de trabajo, seguros de desempleo y programas de seguridad social para la jubilación. ¡Todo esto antes de

la primera guerra mundial!

John Commons investigó el papel del Estado y propuso el desarrollo de una "Economía Institucional" como síntesis de la Economía Política, el Derecho y la Ética.

• **Kenneth J. ARROW (1921-)**

Premio Nobel 1972. Economista estadounidense, neoyorkino, estudió en el City College y en Columbia. Su tesis doctoral "Social Choice and Individual Values" supuso una revolución teórica. Utilizando el sistema de notación de la lógica simbólica planteó el problema de la intransitividad de las preferencias sociales. El "Teorema de la imposibilidad de Arrow" afirma que no existe una forma democrática de votación que permita una elección social transitiva y racional. La única constitución que permitiría adoptar decisiones estables y no ambiguas sería la de una dictadura unipersonal o cuando las posibilidades de elección se reducen a dos.

Obtuvo el Premio Nobel de Economía en 1972, compartido con el británico John R. Hicks, por sus contribuciones pioneras a **la teoría del equilibrio económico general y la teoría del bienestar.**

• **Ronald H. COASE (1910-)**

Premio Nobel 1991. Economista británico, obtuvo el Premio Nobel de Economía en 1991 por su descubrimiento y clarificación del significado de los costes de transacción y los derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía. Es considerado el iniciador del campo de estudio del Análisis Económico del Derecho con su publicación en 1960 de lo que se ha dado en llamar el Teorema de Coase.

Estudió en la London School of Economics y empezó a trabajar como profesor en la Dundee School of Economics and Commerce (1932-1934), en la University of Liverpool (1934 -1935) y en la London School of Economics (1935-1939 y 1946-1951). Emigró a Estados Unidos, trabajando en la University of Buffalo, en el Center for Advanced Study in the Behavioral Sciences, en la University of Virginia y, desde 1964, en la University of Chicago. Fue editor de la revista "Law and Economics" de 1964 a 1982.

El artículo de 1960 "The problem of Social Cost" es considerado el

artículo más citado en la literatura económica de todos los tiempos y países, pero sus ideas seminales ya estaban explícitas en el artículo "The Nature of the Firm" de 1937: que cualquier sistema de asignación de precios tiene un coste y que es posible hacer un análisis económico de las reglas, las formas organizativas y los métodos de pago.

Ronald Coase es considerado el fundador del Análisis Económico del Derecho y de la "Nueva Economía Institucional".

· **Dougllass C. NORTH (1920-)**

Premio Nobel 1993. Economista estadounidense, profesor en la Washington University de St. Louis, Missouri. Obtiene el Premio Nobel de Economía en 1993, compartido con Robert W. Fogel por haber renovado la investigación de la historia económica aplicando la teoría económica y métodos cuantitativos para explicar el cambio económico e institucional.

En los años cincuenta inicia North su análisis histórico dentro del marco teórico neoclásico. Critica las concepciones etapistas del crecimiento que conducen a sobrevalorar el papel de la industrialización en el desarrollo económico. Observa la importancia que tuvo en los Estados Unidos la agricultura y la producción para la exportación.

En los años sesenta trata de generalizar sus estudios de forma que comprendan el crecimiento económico de Europa y todo el "Western World" pero pronto descubre las limitaciones del análisis y la metodología neoclásica. Hace una profunda crítica de los supuestos simplificadores de la realidad al uso en la ciencia económica y propone adoptar supuestos más realistas como los que manejan los evolucionistas económicos Sidney Winter y Jack Hirshleifer.

En todo el proceso de su pensamiento va adquiriendo cada vez más trascendencia el concepto de institución que finalmente se convierte en la clave explicativa de la evolución y el desarrollo económico. Douglass North se convierte así en uno de los pioneros del neoinstitucionalismo al que aporta su esquema teórico más comprehensivo y coherente.

· **Richard A. POSNER (1939-)**

El Juez Posner, es Economista y Magistrado desde 1981 de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que presidió de 1993 a 2000.

Graduado en 1959 en Yale, se licenció en Derecho en la Harvard Law School en 1962. Entró como profesor en 1968 en Stanford University de donde pasó a la Law School de la Universidad de Chicago (1969-1981) en cuyas actividades académicas y docentes continúa participando regularmente.

Richard Posner ha investigado sobre la aplicación de la teoría económica a diversos campos jurídicos como la legislación antimonopolista, la regulación de los contratos mercantiles y el procedimiento judicial. Propuso y defendió la idea de que la ley puede ser explicada mejor bajo el supuesto de que los jueces tratan de promover la eficiencia económica y la maximización de la riqueza como objetivo de la política legal y social. Se convirtió así en uno de los más destacados líderes de la corriente del Análisis Económico del Derecho (Law and Economics), aplicando el análisis económico al derecho de familia, la discriminación racial, la jurisprudencia y la privacidad.

Es fundador del Journal of Legal Studies. Presidió la American Law and Economics Association (1995-96) y es coeditor de la American Law and Economics Review. Es doctor honorífico por las universidades de Syracuse (1986), Duquesne (1987), Georgetown (1993), Gante (1995), Yale (1996), Pennsylvania (1997), Brooklyn (2000) y Northwestern (2001)... por ahora.

• **Oliver E. WILLIAMSON (1932-)**

Es un destacado teórico del nuevo institucionalismo. Doctorado por la Carnegie-Mellon University en 1963 es actualmente profesor de "Economics and Law" en la Universidad de California en Berkeley.

Es el autor del concepto de "mecanismos de gobierno" para referirse a los sistemas de control del riesgo asociado a cualquier transacción. Sus campos principales de investigación son la economía de las instituciones, la estrategia de las organizaciones, la burocracia, la política y los costes de transacción.

• **Gary S. Becker (1930-)**

Premio Nobel 1992. Economista estadounidense, estudia en Princeton y en Chicago. Profesor de Economía en Columbia (1960-70) y en la Universidad de Chicago.

Becker es un "imperialista" de la ciencia económica, es decir, utiliza los instrumentos teóricos de la economía para explorar y "conquistar" nuevos territorios. En su tesis doctoral analizó las razones de la discriminación racial y sexual en la contratación laboral. En "Crimen y castigo" analiza la racionalidad del delincuente mediante el cálculo de probabilidades de los beneficios y costes del crimen.

Obtiene el Premio Nobel de Economía en 1992 "por haber extendido el dominio del análisis microeconómico a un amplio campo del comportamiento y la interacción humanos, incluyendo comportamientos no mercantiles".

#### 4. NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL AED

Tenemos las siguientes:

- Es la aplicación de las teorías y métodos de la economía al sistema legal. Se basa en la triada Maximización-Mercado-Eficiencia (bajo un enfoque costo-beneficio social.<sup>12</sup>), busca maximizar (Eficiencia de) los recursos en un mundo de bienes y servicios escasos, brindándonos un argumento económico para reforzar, corregir o completar el argumento legal (pero, no lo excluye).
- Se inicia con el convencimiento que hay que tener en cuenta que no es posible entender las instituciones jurídicas únicamente con argumentos legales, es esencial considerar los efectos (económicos) que tales instituciones tienen sobre la sociedad y que resultados generan para los ciudadanos.
- Es fundamentalmente social, el principio básico consiste en que el costo de diluir los daños económicos del accidente debe pasar a formar parte del costo de determinado bien o servicio que pudiera ser ofrecido con menos riesgo<sup>13</sup>.
- Se fundamenta que entre el derecho y la economía existe un elemento central: la eficiencia. Al enfrentar, tanto la economía como el derecho el problema de la escasez de recursos y como asignarlos,

<sup>12</sup> ALFARO P., Roberto. Análisis Económico del Derecho. Revista Jurídica Magistri Et Doctores, Unidad de PostGrado de Derecho de la UNMSM, Lima, Año I N° 01, Setiembre – 1995, p. 193.

<sup>13</sup> TRAZEGNIES G., Fernando de. La Responsabilidad Extracontractual. 5ª ed., Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1995, T.I., pp. 79 y 61.

se busca siempre una solución eficaz socialmente<sup>14</sup>.

- Se diseña una imagen del derecho y de la práctica jurídica que toma el principio económico como único estándar, de esta manera se integra la economía del comportamiento social, en especial, la participación de las instituciones jurídicas y sus funcionarios<sup>15</sup>.
- Se opera una importante reducción ideológica y finalística. Los nuevos conceptos jurídicos son admisibles únicamente en la medida que satisfacen el objetivo de la eficiencia de la práctica jurídica<sup>16</sup>.
- Consiste en la aplicación del análisis económico al estudio del funcionamiento del sistema jurídico. Es un método o un enfoque que se aplica a un objeto distinto de aquel para el cual fue concebido (el sistema económico) sustituyéndolo por el sistema jurídico.
- La función principal de la responsabilidad civil bajo la concepción del AED es la de reducir la suma de costes de los accidentes y de los costes de evitarlos.
- El primer coste (“primario”) es la reducción del número y de la gravedad de los accidentes, lográndose mediante la prevención general o método de mercado y la prevención específica o método colectivo.
- El segundo coste (“secundario”) que no afecta ni al número de los accidentes ni a su gravedad, sino a los costes sociales derivados de los mismos, lográndose a través del método del riesgo y el método de la buena bolsa.
- El tercer coste (“terciario”) de administrar el tratamiento de los accidentes, cuyo objetivo es el de reducir los costes primario y secundario.
- Se trata en suma de la aplicación del método de razonamiento económico al derecho. No reemplaza al razonamiento jurídico sino lo complementa. El método aplicado es una mezcla de lógica deductiva y empirismo.

<sup>14</sup> CHANAMÉ ORBE, Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. Lima, San Marcos, 1995, p. 63.

<sup>15</sup> BROEKMAN, Jan M. Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho. Temis S.A., Santa Fé de Bogotá, 1997, p. 121.

<sup>16</sup> Ambos postulados ponen de manifiesto la limitación inherente a la teoría del derecho y la economía.

- Allí donde haya alternativas, escasez y en su virtud, elección, allí serán aplicables los métodos del Análisis Económico, llegándose a la conclusión que no hay aspecto de la vida humana que no pueda ser incluido del análisis económico<sup>17</sup>.
- Este enfoque económico gira en base a tres premisas: el análisis de los efectos de las leyes, el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y la estabilidad de las preferencias de los individuos.
- Sobre el análisis de los efectos de las leyes no es posible entender las instituciones únicamente con argumentos legales, es esencial considerar los efectos que tales instituciones tienen sobre la sociedad y que resultado generan crear modelos tendientes a evaluar rigurosamente los efectos de todo tipo producido por las leyes.
- El Derecho debe limitarse exclusivamente a garantizar la seguridad y la libertad del mercado y no debe, por lo tanto, realizar más función de regulación o intervención.
- El comportamiento maximizador y el análisis del derecho es uno de los elementos esenciales del enfoque económico en que se basa el análisis económico del derecho, puesto que los sujetos tienden a maximizar algo, ya sea riqueza o utilidad en condiciones que deben corresponderse con los parámetros establecidos de racionalidad en sus elecciones.
- El derecho y el equilibrio en el mercado se refieren a la finalidad de alcanzar la eficacia social mediante la búsqueda de la máxima eficacia a través del intercambio homogéneo, libre y confiable de todos los agentes en relación al uso de bienes y factores productivos.
- El derecho en caso de observar errores que corregir en el tráfico del libre mercado de la economía, de ser útil lo enmendará por medio de procedimientos sancionadores, asimismo, si existen factores que alcancen la eficacia en el mercado deberá ser el derecho quien establezca las condiciones en que pueda efectivamente alcanzarse; buscando su accionar llevar el equilibrio al mercado.

<sup>17</sup> TORRES LÓPEZ, Juan. Análisis Económico del Derecho: Panorama doctrinal. Madrid, Tecnos, 1987, p. 26.

- Para cumplir con los objetivos primordiales del Bien Común y Paz Social a que aspira el Derecho, tiene que velar por el intercambio confiable y ético en relación al uso de bienes y factores productivos; “por lo que el derecho debe garantizar la seguridad y la libertad del mercado, y si la inconsistencia de este, muestra “fallos” que enmendar, el Estado tendrá que corregirlos a través del mecanismo coercitivo del Derecho”.

Un primer planteamiento que se presenta en la concepción económica del derecho es el aparente conflicto entre eficiencia y equidad, pudiéndose presumir que en la concepción citada, el mismo se dirime en favor de la eficiencia con indiferencia respecto de la "inequidad" que sus soluciones puedan importar. Al respecto, y siguiendo a Mitchell Polinsky<sup>18</sup>, cuando se trate de conceptualizar las nociones del análisis económico del derecho (AED), la eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma, mientras que la equidad se refiere a la distribución de la renta -los beneficios- entre los individuos<sup>19</sup>. Así en principio, podríamos decir que una acción es eficiente cuando aumenta los beneficios totales y disminuye los costos totales de una determinada situación, mientras que será equitativa en la medida en que disminuya la diferencia entre los beneficios distribuidos a cada miembro de la comunidad.

El conflicto entre ambas nociones se plantea en aquellos casos en los cuales el aumento de beneficios totales trae aparejado que los mismos sean distribuidos de manera inequitativa, es decir que habrá una importante diferencia entre la porción de beneficios que se asignará a cada individuo. Si se quisiera privilegiar la eficiencia por sobre la equidad, se decidirán acciones que aumenten la suma total de beneficios aunque ello acreciente la diferencia numérica entre los distribuido a los individuos -los que reciben más beneficios los verán aumentados y los que reciben menos los verán disminuidos-, en caso contrario se preferirá no aumentar e incluso reducir la suma total de beneficios en pos de lograr un reparto más equitativo. El conflicto se produce cuando la redistribución de la renta genera costos, ya que si la misma no los produjera siempre sería preferible la opción más eficiente, por cuanto siempre sería preferible aumentar los beneficios totales dado que quienes menos reciben en la

<sup>18</sup> Véase POLINSKY A., Mitchell. Introducción al análisis económico del derecho. Ariel, Barcelona, 1983.

<sup>19</sup> POLINSKY. op. cit., p. 19.

anterior situación al menos tienen asegurada la misma asignación de renta en la nueva. Los partidarios del análisis económico del derecho, entienden que la redistribución de la renta debe ser un objetivo del sistema fiscal, es decir, del sector público del derecho, porque de esa manera se logra en forma más barata y precisa, mientras que el derecho privado debe buscar la solución más eficiente, esto es, aquella que genere el aumento de la suma total de beneficios.

## 5. OBSERVACIONES CONTRA EL AED

Deriva del carácter restrictivo de las hipótesis que pueden ser incorporadas en los modelos. Pues, éstos no siempre pueden acoger toda la gama de variables (no necesariamente económicas, sino también sociales o incluso psicológicas) que de hecho, condicionan la efectividad de mandatos legales<sup>20</sup>.

- Es un sustituto mecánico del sentido común. Al respecto, es importante hacer notar que el análisis costo-beneficio es un marco metodológico para ordenar todos los argumentos a favor (beneficios) y en contra (costos) de una determinada medida de política, incluyendo tanto los factores medibles o factibles de ser traducidos a unidades monetarias como aquéllos inconmensurables desde el punto de vista económico<sup>21</sup>.
- Su metodología es criticable desde el punto de vista moral y ético, puesto que en determinados casos se estima una determinada valoración monetaria de la vida o la salud humana.
- La función de la justicia “resulta ser más bien insignificante”, se reclama entonces el principio de soberanía del consumidor para afirmar, en su virtud, que si la gente no demanda un determinado servicio es porque no lo considera suficientemente valioso y no deben deducirse de ahí soluciones que alteren su elección soberana<sup>22</sup>.
- El conservadurismo científico y político.
- En el derecho penal<sup>23</sup>, el AED considera la conducta del delincuente

<sup>20</sup> ALFARO. op. cit., p. 195.

<sup>21</sup> GUERRA-GARCÍA P, Gustavo. Entre Costos y Beneficios. Revista Cathedra, UNMSM, Lima, Año I N° 01 Noviembre – 1997, p. 37.

<sup>22</sup> TORRES LÓPEZ. op. cit., pp. 76-77.

como racional en el sentido económico, en la medida que toma en consideración los beneficios y los costes que su acción le reporta llevando a cabo la comisión del delito en función de ellos, buscando maximizar su función de utilidad.

- De lo anterior, aplicando el AED, se podría predecir las consecuencias del comportamiento del potencial delincuente a efectos de la creación de una nueva ley, en la cual deberá tenerse en cuenta el costo beneficio de la misma.
- Otro ejemplo son las consecuencias que se derivan de la asignación de recursos, realizada en la administración de justicia para alcanzar el beneficio de eficacia que persiguen las diversas penas establecidas, etc.

## 6. LA EFICIENCIA COMO JUSTICIA. RICHARD POSNER

Los títulos de las dos obras fundamentales de Posner, *Economic Analysis of Law* y *The Economics of Justice* reflejan perfectamente el objetivo de sus trabajos, demostrar la capacidad del análisis económico para explicar y ordenar áreas del comportamiento social que no suelen ser concebidas como económicas. No es, en este sentido, exagerado afirmar que Posner no sólo se ha aventurado a proponer una Teoría Económica del Derecho, sino también una Teoría Económica de la Justicia, que establezca los contenidos que el Derecho debe respetar, y que señale las pautas que los jueces deben seguir en la aplicación del Derecho<sup>23</sup>. Es consciente, sin embargo, de que una aplicación estricta de la misma produciría resultados inaceptables, y por eso, quizá, señala que sus propuestas éticas deben ser consideradas más como materia de especulación que como un conjunto de fórmulas para la acción social.

En todo caso, Posner quiere sentar las bases de una teoría ética alternativa tanto al utilitarismo como a las éticas kantianas. Parte de la necesidad de diferenciar el utilitarismo de los principios éticos subyacentes en el análisis económico, para posteriormente criticar las concepciones utilitaristas,

<sup>23</sup> Un ejemplo, es los delitos contra el patrimonio, el Robo Agravado art. 189º, modificado por ley 27472, sanciona con pena privativa de libertad perpetua (cadena perpetua), si el agente como consecuencia de la comisión de este delito produce la muerte de la víctima o le produce lesiones graves a su integridad física o mental; en este caso al autor no le importaría matar a su víctima con tal de conseguir su objetivo, toda vez que la sanción será la misma; esto es, pena privativa de libertad perpetua.

<sup>24</sup> Una crítica del papel que Posner atribuye a los jueces, en Dworkin, "Why efficiency?", citada, págs. 275 y ss., y en Coleman, "Efficiency. Utility and Wealth Maximization", en Markets, Morals..., citada, págs. 130-132.

fundamentalmente por la imposibilidad de comparar y agregar utilidades de gentes diferentes. Propone la idea de “maximización de la riqueza” como alternativa a la idea utilitarista de maximizar la utilidad, creyendo que de ese modo se pueden eludir las deficiencias del utilitarismo. Cuando Posner habla de riqueza está haciendo referencia a la suma de todos los bienes y servicios existentes en la sociedad medidos por su valor, y aunque dice expresamente que valor no es lo mismo que precio (y nos recuerda la noción de excedente del consumidor y del productor), su concepción de la “maximización de la riqueza” puede plantear algunas dudas:

“La idea más importante que tenemos que tener presente en relación al concepto de valor es que está basado en lo que la gente está deseando pagar por algo, más que en la felicidad que derivarán de su tenencia. Pero mientras el valor necesariamente implica utilidad, la utilidad no implica necesariamente valor. El individuo que desearía enormemente tener un bien pero no quiere o es incapaz de pagar por él quizá porque es indigente no valora el bien en el sentido en el que se use el término 'valor’”.

En todo caso, Postner propone como objetivo ético último del sistema social maximizar la riqueza, objetivo que sitúa en estrecha relación con el de respetar el funcionamiento de los mercados y con el de imitarlos cuando el libre funcionamiento de los mismos no sea posible. Posner asume las críticas dirigidas al utilitarismo por justificar invasiones a la libertad individual y por sacrificar a individuos inocentes en el altar de la necesidad social; pero cree que una insistencia excesiva en la libertad o autonomía individuales, con independencia de sus consecuencias para la felicidad o utilidad del conjunto de la sociedad, es igualmente inaceptable. Por eso, persigue distanciarse tanto de la “monstruosidad moral” del utilitarismo como del “fanatismo moral” kantiano, y propone una teoría ética alternativa a ambas, o mejor, combinación de ambas. Con sus propias palabras:

“La ética de la maximización de la riqueza puede ser entendida como una mezcla de estas dos tradiciones filosóficas rivales. La riqueza está positivamente correlacionada, aunque de manera imperfecta, con la utilidad; pero la persecución de la riqueza, al descansar en el modelo de las transacciones voluntarias del mercado, implica un mayor respeto a la libre elección individual que el utilitarismo clásico”.

A una conclusión semejante llega cuando da un repaso a los diferentes

conceptos de eficiencia para defender el criterio de Kaldor Hicks; en su opinión, esta es la manera de conciliar la exigencia de maximizar la riqueza con el respeto a la autonomía individual que reclaman las teorías morales consensualistas.

Posner encuentra cinco grandes ventajas en su propuesta:

- Explica satisfactoriamente el porqué de la crítica moral a los delitos contra la propiedad.
- Fundamenta más sólidamente que el utilitarismo la libertad económica.
- Fundamenta la mayoría de las virtudes convencionales: mantenimiento de las promesas, decir la verdad, e incluso el altruismo.
- Proporciona una sólida justificación a una teoría distributiva de la justicia.
- Ofrece un aceptable concepto de Derecho.

## 7. ALGUNAS CUESTIONES BÁSICAS

No querría concluir esta visión panorámica sobre el análisis económico del Derecho sin llamar de nuevo la atención sobre la necesidad de plantearnos la corrección de los supuestos en los que descansa y de los objetivos que persigue. Como Coleman ha señalado cuatro cuestiones fundamentales que los analistas económicos del Derecho deben responder:

- ¿Qué es la eficiencia económica?; ¿qué significa proclamar que los recursos son asignados de un modo económicamente eficiente?; ¿qué significa proclamar que un cuerpo legal es eficiente? No descubrimos nada si apuntamos que estas preguntas no tienen una única respuesta<sup>25</sup>.
- ¿Tiene el principio de eficiencia alguna virtud explicativa?; pueden un conjunto de reglas y principios jurídicos ser racionalizados y explicados por una teoría económica de la legislación o de la adjudicación?<sup>26</sup>.

<sup>25</sup>En un buen análisis de los distintos conceptos de eficiencia en Coleman, "Efficiency, Auction and Exchange", citada.

<sup>26</sup>Una contundente respuesta negativa, y por tanto una abierta crítica a los planteamientos de Posner, en Owen Fiss, "¿La riqueza del Derecho?", en *Doxa*, N.º. 10, 1991, págs. 123 y ss. También Dworkin critica la dimensión descriptiva del análisis económico del Derecho en "Is wealth a value?", citada, págs. 263-266.

- ¿Cómo debe ser formulado el Derecho para promover la eficiencia?; ¿cómo deben ser asignados y protegidos los deberes y derechos legales de modo que las normas que los asignan y protegen sean eficientes?<sup>27</sup>.
- ¿Debe el Derecho perseguir la eficiencia económica?; ¿en qué medida es la eficiencia un valor jurídico deseable y un principio normativo atractivo?; incluso, tal y como se preguntaba Dworkin, ¿es la eficiencia -la entendamos como la entendamos- valiosa en sí misma, en tanto que componente (único o uno junto a otros) del valor social, o lo es en la medida en que contribuya a alcanzar fines valiosos en sí mismos, es decir en tanto que instrumento del valor social?

Las cuestiones básicas que el analista económico del Derecho debe responder no se agotan en las cuatro anteriores. Dicho análisis descansa en una serie de supuestos que conviene explicitar y cuestionarse:

¿Es razonable hacer descansar el análisis -descriptivo y normativo- del Derecho en el supuesto de que los individuos son siempre agentes racionales maximizadores de su bienestar? ¿No obviamos importantes dimensiones del ser humano? ¿No oscurecemos de ese modo el papel del diálogo y de la relación con otros en la adopción de la conciencia de nosotros mismos? ¿Cabe seguir asumiendo acríticamente el supuesto de la soberanía del consumidor, rechazando radicalmente cualquier política paternalista?

¿Son todos los bienes “bienes económicos”? Elizabeth Anderson ha definido los bienes económicos en función de dos características: en primer lugar, su valor puede ser plenamente realizado con el uso, siendo el uso un modo de valoración bajo e impersonal que consiste en subordinar el bien en cuestión a los fines del sujeto sin considerar su valor intrínseco; en segundo lugar, su producción, distribución y disfrute están gobernados por las reglas constitutivas

<sup>27</sup> Quizá uno de los temas más controvertidos del análisis económico del Derecho sea, precisamente, el concepto de derecho subjetivo que proponen, y que como ha criticado Charles Fried, “resulta contraintuitivo, en la medida en que sugiere que todos los derechos, incluso derechos básicos como la libertad de conciencia, derechos políticos, o el derecho a no ser sometido a malos tratos, no son derechos morales sino derivaciones contingentes de un mecanismo optimizador”. (“Difficulties in the Economic Analysis of Rights”, citada, pág. 181). Sobre el análisis económico de los derechos, la propuesta más ortodoxa es la de Posner, *Economic Analysis of law*, citada, concretamente la parte II, “The common law”, y también en “Utilitarianism, Economics and social theory”, citada, págs. 69-74; un planteamiento diferente en Calabresi y Melamed, “Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral”, citada. Un análisis crítico con la propuesta de Calabresi y Melamed en Coleman, “Rethinking the theory of legal rights”, en *Markets, morals...*, citada, págs. 28-63.

del mercado<sup>28</sup>. Podemos preguntarnos también: ¿son todos los bienes intercambiables con la misma moneda?<sup>29</sup> ¿Es el sistema de precios universal? ¿Existen bienes inconmensurables?

¿Puede discutirse racionalmente de valores morales?, o ¿deben ser éstos absolutamente relativizados?; ¿son los valores equiparables a las preferencias individuales, no pudiendo, por tanto, establecerse ninguna jerarquía entre ellos, gozando todos de igual título a ser satisfechos? ¿Puede aceptarse pacíficamente que el valor de un bien viene dado por la cantidad que estamos dispuestos a pagar por él (o a recibir a cambio de desprendernos de él, aunque ambas cantidades no sean coincidentes)? ¿No tiene sentido distinguir, como, basándose en Kant, ha sugerido recientemente Anderson, entre aquellos bienes que son meramente instrumentales y cuyo valor vendría dado por su precio relativo, y aquellos bienes que son fines en sí mismos y que gozarían de un valor intrínseco, que tienen en sí una dignidad?

No se pretende con estas preguntas y observaciones críticas desechar la necesidad de aproximarnos al estudio del Derecho siendo conscientes de la relevancia económica de muchas cuestiones; ni tampoco rechazar las importantes contribuciones que el análisis económico ha realizado al desarrollo de las ciencias sociales y que los especialistas en Derecho deben apreciar y aprender a usar.

Todo lo contrario. Sin embargo, sí es cierto que he pretendido poner de relieve algunas deficiencias y algunos peligros de las versiones más ortodoxas del análisis económico del Derecho, y alertar contra un peligro que ya Mill denunció en Bentham, y que puede estar presente en algunos analistas económicos. Decía Mill que se hallaba Bentham tan orgulloso de su modelo basado en la noción de utilidad, que se aproximaba a todas las ideas como si fueran extrañas, como si fueran conceptos raros, nuevos; y si no conseguían

<sup>28</sup> Estas reglas se caracterizan por cinco rasgos: impersonalidad (es la renta y no el status social, las características personales, o las relaciones sociales, la que determina el acceso a los bienes); egoísmo (las partes en el mercado persiguen la satisfacción de sus objetivos, definidos con absoluta independencia de los objetivos de la otra parte); exclusividad (el acceso a los beneficios está limitado al propietario); «want-regarding» (los bienes se intercambian sin tener en consideración las razones por las que la gente los quiere: el mercado no establece diferencias entre necesidades urgentes y meros caprichos); «exit not voice» (los bienes en el mercado se toman o se dejan).

<sup>29</sup> Calabresi señala que ésta es precisamente una crítica acertada dirigida al análisis económico del Derecho desde lo que él llama el «método filosófico», cuyos más ilustres representantes serían Bruce Ackerman y Ronald Dworkin. Las palabras de Calabresi son esclarecedoras: Si n embargo hemos de admitir que el método filosófico contiene una crítica acertada al análisis económico del Derecho cuando señala que este último tiende a tratar las cosas como si todas fuesen intercambiables con la misma moneda, ignorando que el intercambio de derechos, de bienes jurídicos es muy complejo, ignorando que muchas veces hay que convertir dólares en otro tipo de moneda o realizar el intercambio en el mercado negro, en «Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho», pág. 225.

pasar el examen de su modelo, las rechazaba como generalizaciones vagas y, por tanto, inútiles. Mill criticaba a Bentham por ignorar que en esas generalizaciones estaba contenida toda la sabiduría histórica de la especie humana; y por ello, aunque el modelo fuera incapaz de explicar esas ideas extrañas, era preciso permanecer atentos a ellas antes que despreciarlas.

El AED tiene por objeto final dotar a la sociedad de instituciones jurídicas que permitan desarrollar las inmensas necesidades humanas de la mejor manera posible. Es indiscutible que el respeto por la vida humana implica que los recursos escasos de los cuales dispone la humanidad para satisfacer sus necesidades no se desperdicien, sino que se asignen a los mejores usos y con la mayor efectividad posible.

Así, en la perspectiva de una filosofía plural, teniendo en cuenta que el AED, es más bien una metodología o un conjunto de metodologías, que pueden aplicarse sin importar las opiniones personales de quien las utilice. El AED carece de contenido religioso o político, y puede ser aplicado en cualquier contexto.

El AED está fundado en la premisa de que los seres humanos son racionales y que, utilizando esta racionalidad de manera metódica, es posible mejorar las instituciones en las cuales vivimos para hacerlas más eficientes y productivas.

El AED, en cuanto disciplina practicada a nivel mundial, brinda abundantes oportunidades de interacción de todo el mundo, como se demuestra en la gran variedad de catedráticos que la Especialización y Derecho Económico cuentan. El AED basa su metodología en las premisas conductistas de la ciencia económica que supone que los hombres son seres racionales que pueden establecer sus propias prioridades y buscar alcanzarlas de manera libre y soberana, según sus preferencias.

El AED traslada sus premisas conductistas del nivel individual al nivel social y, por tanto, afirma y supone que la eficiencia en la asignación de los recursos disponibles a los fines sociales está directamente relacionada con el grado de democracia de las sociedades, y concluye en que entre menos democrática sea una sociedad más ineficiente e inequitativa será la asignación de tales recursos.

Al tratarse de una materia interdisciplinaria, con elementos no sólo

irídicos y económicos, sino también estadísticos, antropológicos, sociológicos, losóficos e históricos, tiene un carácter mucho más integral que otras materias ue tienen por objeto una sola disciplina.

Finalmente, cabe recordar que el AED, entre muchos de los beneficios ue conlleva su aplicación, sirve para orientar el contenido en la redacción de ormas o de quienes las aplicarán, logrando así el objetivo de buscar su eficiencia; asimismo, ayuda en la anticipación del resultado que las diversas ormas producirán en el mundo real, toda vez que vivimos en una sociedad con recursos escasos y necesidades humanas ilimitadas; así, el derecho sólo servirá si os permite alcanzar los objetivos deseados, al menor costo posible, evitando el desperdicio de recursos

Bajo este título no hay que englobar cualquier tipo de aproximación onómica al fenómeno jurídico, ni cualquier tipo de reivindicación de la mportancia del análisis económico de cara a una cabal comprensión del Derecho. Probablemente tampoco sea correcto concebir el Análisis Económico el Derecho como una determinada escuela o corriente filosófico-jurídica, pues ealmente no presenta una gran homogeneidad.

# NATURALEZA JURÍDICA Y PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE INTEGRAN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

Por: Gattas Abugattas\*

**SUMARIO:** 1.- Naturaleza jurídica de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. 2.- Principios de aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. 2.1.- Principios de aplicación referidos exclusivamente a las normas de naturaleza jurídica convencional. 2.1.1.- Primacía del Derecho Internacional (artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados). 2.1.2.- Pacta sunt servanda (artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados). 2.1.3.- Buena fe (artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados). 2.2.- Principios de aplicación referidos tanto a normas de naturaleza jurídica convencional como no convencional que forman el Derecho Comunitario Europeo. 2.2.1.- Autonomía del Derecho Comunitario. 2.2.2.- Eficacia Directa del Derecho Comunitario. 2.2.3.- Primacía del Derecho Comunitario. 3.- A modo de conclusión.

En los últimos años el Derecho Internacional Público clásico ha visto trastocadas sus reglas y se enfrenta a la necesidad de actualizarse y acomodarse a los cambios. La única forma de lograr ese acomodo es asegurando que los operadores del Derecho conozcan plenamente y elijan adecuadamente las normas a aplicar, tanto en las relaciones de sus patrocinados, como al momento de resolver los conflictos que se les puedan presentar.

\* Abogado internacionalista. Magíster en Diplomacia y Relaciones Internacionales. Profesor de pregrado y posgrado en Derecho y Secretario Académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Este trabajo se me presenta como una opción para contribuir con esos operadores del Derecho, desde la reflexión académica, en el estudio de la aplicación del Derecho Comunitario Europeo, teniendo en la mira las negociaciones comerciales que se están emprendiendo con la Unión Europea y el gran impacto económico que se produciría si éstas se concretan. Esto puede contribuir, también, a generar un mayor nivel de seguridad jurídica y a que se encuentren las herramientas necesarias para responder a los retos que plantea la actual organización de la sociedad internacional.

### **1.- Naturaleza jurídica de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.-**

Si se tuviera que destacar una característica del Derecho Comunitario Europeo, tendría que ser la de su complejidad<sup>1</sup>. Sin embargo, el objetivo de este trabajo no es entrar a una descripción exhaustiva del contenido concreto del mismo, sino dejar sentada la naturaleza jurídica de las distintas normas que lo componen, para luego analizar los principios que rigen la aplicación de aquellas.

Para poder hacer lo dicho en el párrafo anterior, es necesario clasificar las normas de la Unión en grupos. Sin embargo, antes será indispensable dejar sentado que el Derecho Comunitario Europeo es un ordenamiento jurídico distinto de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados y distinto, también, del ordenamiento internacional, algo que ya es poco discutido hoy en día.

En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia Van Gend en Loos del 5 de febrero de 1963, reconoce esta diferencia al señalar que: “hay que concluir que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional”. Las razones para sostener esto, también citadas en aquella sentencia, se encuentran en las características especiales de las normas comunitarias por el hecho mismo de estar en el marco de acuerdos de integración, en la vinculación clara y directa de sujetos como los pueblos y los individuos, en la estructura orgánica internacional (conjunto de instituciones) que se crea como consecuencia y respaldo de este ordenamiento, entre otras.

<sup>1</sup> Mangas y Liñán señalan como rasgos del Derecho Comunitario Europeo “la singularidad, permanente evolución y complejidad del mismo” (MANGAS, A. y D., LINÁN. Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Madrid: Tecnos, 2005, p. 331).

En la misma línea, “en la célebre sentencia *Costa c. ENEL* de 15 de julio de 1964, el Tribunal califica el Derecho Comunitario como un ordenamiento jurídico propio, excluyendo la mención al Derecho Internacional”<sup>2</sup>. Así, a decir de Mangas y Liñán:

“Todo ello reconduce la comprensión de las normas y actos jurídicos de la Unión Europea a un tratamiento de conjunto referido a un sistema normativo, específico y particular, pero que constituye un verdadero ordenamiento y cuya esencia jurídica emerge de su profunda y compleja interrelación con los ordenamientos jurídicos internos”<sup>3</sup>.

En este orden de ideas, habiendo recordado que el Derecho Comunitario Europeo constituye un ordenamiento jurídico distinto al internacional y a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión, corresponde ahora hacer la clasificación de sus normas en grupos, en función a su naturaleza jurídica.

Así, se puede encontrar que el Derecho Comunitario Europeo se divide, en función a la naturaleza jurídica de sus normas, en dos grandes grupos: el conjunto de normas que forman el Derecho Originario de la Unión Europea y aquel conjunto que forma el Derecho Derivado.

#### El Derecho Originario de la Unión Europea:

“se identifica sustancialmente con los Tratados constitutivos y las normas convencionales que los han modificado a lo largo del tiempo, y cuyo último exponente general, mientras no entre en vigor el Tratado Constitucional, es el Tratado de Niza, que entró en vigor el 1 de febrero de 2003, y que modifica el Tratado de la Unión Europea y los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas”<sup>4</sup>.

Así, el Derecho Originario, al estar formado por Tratados constitutivos, es lógico que tenga alcance constitucional. Además, dado ese carácter, será consecuente también que las normas que forman el Derecho Originario sean susceptibles de desarrollo y/o regulación posterior por normas comunitarias que, como es lógico también, ya no formarán parte del Derecho Originario sino del

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 332.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 333.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 334.

Derecho Derivado y quedarán sometidas a la supremacía del primero.

Finalmente, cabe destacar algo fundamental del Derecho Originario: “Tanto material como formalmente se trata de normas jurídico-internacionales y, en consecuencia, regidas por las normas de Derecho Internacional general aplicables a los Tratados internacionales”<sup>5</sup>. Así, en cuanto al Derecho Originario se refiere, son de aplicación las normas de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados o, en su caso, la costumbre internacional que las respalda.

En cuanto al Derecho Derivado, se puede definir como:

“un conjunto de modos de instrumentación jurídica con fundamento en la norma constitutiva. El grueso de estas normas proviene del sistema de atribución de competencias que, constituyendo la esencia misma del modelo comunitario, otorga al sistema institucional los poderes jurídicos necesarios para la consecución de los fines y objetivos establecidos en la norma originaria”<sup>6</sup>.

De esta manera, el Derecho Derivado, como ocurre en las Organizaciones Internacionales<sup>7</sup>, responde a las competencias que las instituciones comunitarias que lo crean tienen en función del Derecho Originario<sup>8</sup>. Este es un rasgo fundamental que debe tomarse en cuenta al momento de analizar los principios que rigen la aplicación del Derecho Comunitario Europeo, ya que el Derecho Derivado está, en este sentido, sometido a la supremacía del Derecho Originario en el que encuentra su razón de validez.

Ahora bien, el Derecho Derivado puede ser, a su vez, subdividido. En primer lugar, podemos distinguir instrumentos de naturaleza normativa de actos jurídicos de naturaleza no normativa. Es necesario señalar en este punto, que el presente trabajo tiene por objeto estudiar, más adelante, los principios de aplicación de los instrumentos jurídicos de naturaleza normativa.

Siguiendo con las subdivisiones posibles, se pueden encontrar normas

<sup>5</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 335.

<sup>7</sup> En este punto no pretendo afirmar que la Unión Europea sea una Organización Internacional; la doctrina discute la naturaleza de la Unión, siendo, para muchos, algo más que una Organización Internacional. Esta interesante discusión no es abordada en este trabajo por escaparse de los objetivos que se persiguen con él.

<sup>8</sup> Cabe recordar que esas competencias pueden ser explícitas o implícitas, exclusivas o compartidas, entre otras clasificaciones.

de Derecho Derivado de carácter vinculante e instrumentos normativos de carácter no vinculante. También, puede encontrarse una división entre lo que Mangas y Liñán llaman “actos típicos” (reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes), que se diferenciarían de los actos atípicos que serían el “conjunto de instrumentos jurídicos a los que las Instituciones han recurrido en la práctica por razones diversas”<sup>9</sup> (dichos autores consideran ejemplos de instrumentos atípicos: las Decisiones del Consejo o las Declaraciones Interinstitucionales).

Por otro lado, dentro del marco de la Unión Europea se encontrarán también un conjunto de normas de naturaleza convencional; así por ejemplo: los acuerdos internacionales producto de la actividad convencional de las Comunidades en función de la competencia que para ello le otorga el Derecho Originario, o los convenios complementarios celebrados entre Estados miembros de la Unión en el marco del artículo 293 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, entre otros.

Finalmente, también forman el conjunto de normas aplicables en el ámbito de la Unión Europea, los actos emanados de las estructuras de cooperación. “Son actos subordinados al Tratado de la Unión Europea, adoptados por las Instituciones de la Unión Europea o por acuerdo de sus Estados miembros para cumplir fines u objetivos previstos en el Tratado de la Unión Europea y destinados a producir efectos jurídicos”<sup>10</sup> (estrategias comunes, acciones comunes, posiciones comunes, entre otros).

Como se señaló al inicio de este punto, el objetivo del trabajo no es entrar al detalle de la composición del ordenamiento jurídico comunitario, describiendo cada una de las normas y actos jurídicos que lo componen, así como el resto de normas que se aplican dentro del ámbito de la Unión Europea, lo que nos desviaría del tema central. Basta con la limitación hecha del objeto de estudio de este trabajo, que se centrará en instrumentos jurídicos de carácter normativo, y con la clasificación hecha de las normas comunitarias en función a su naturaleza jurídica, distinguiendo normas originarias de naturaleza convencional; normas derivadas que, si bien son distintas entre sí, comparten como rasgo fundamental, para los objetivos de este trabajo, el hecho de que son producto de las competencias otorgadas a las instituciones comunitarias por las

<sup>9</sup> MANGAS, A. y D., LIÑÁN, op. cit., p. 335.

<sup>10</sup> Ibid., p. 336.

normas originarias, lo que quizá pueda considerarse como una “naturaleza jurídica comunitaria” común a ellas; y el resto de normas que se aplican en el ámbito de la Unión.

## **2.- Principios de aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.-**

La obligación de aplicar las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se basa precisamente en los principios que se estudiarán. El análisis de este punto será dividido en dos partes; se estudiarán primero los principios de aplicación referidos exclusivamente a las normas de naturaleza jurídica convencional y, luego, aquellos referidos tanto a estas últimas como al resto de normas que forman el Derecho Comunitario Europeo.

### **2.1.- Principios de aplicación referidos exclusivamente a las normas de naturaleza jurídica convencional:**

#### **2.1.1.- Primacía del Derecho Internacional (artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados):**

César Moyano Bonilla, sobre el Derecho Internacional, dice que: “a ninguna otra rama del Derecho se le plantea normalmente, como requisito, previo a su estudio, el tener que explicar: 1.- el problema de su existencia como ordenamiento jurídico y 2.- el problema de su fundamentación u obligatoriedad jurídica”<sup>11</sup>. En efecto, no se puede entender la importancia y utilidad del principio de la primacía del Derecho Internacional, que tiene que ver con las relaciones entre el ordenamiento interno de un país y el ordenamiento internacional, si no se tiene claro el motivo que lleva a la necesidad de tener un ordenamiento internacional.

Sin pretender hacer un estudio de las diferentes escuelas sobre la existencia y fundamentación del Derecho Internacional<sup>12</sup>, se puede llegar a algunas conclusiones. Desde mi concepción del Derecho, basada en la Teoría Tridimensional<sup>13</sup>, todo ordenamiento jurídico

<sup>11</sup> MOYANO BONILLA, C. “Principio de la Primacía del Derecho Internacional”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, n° 23, 1995, p. 311.

<sup>12</sup> Dicho estudio se puede encontrar, entre otros, en: NOVAK, F. y L., GARCÍA-CORROCHANO. *Derecho Internacional Público*, Tomo I: Introducción y Fuentes. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, pp. 44 y ss.

responde a una necesidad; si no hay tal necesidad, aquel no tendría sentido. En el campo internacional, existen principalmente las necesidades de convivencia pacífica y de cooperación, que podría considerarse que abarcan otras menores y particulares.

En ese orden de ideas, son estas necesidades las que motivan la existencia de un ordenamiento que las promueva y garantice, y que sancione a quienes no siguen sus pautas. Así, siguiendo una vez más la Teoría Tridimensional del Derecho, se puede concluir que el Derecho Internacional existe y es obligatorio porque es valorado, entre otras formas, como necesario. Esa valoración se expresa muchas veces a través de los pactos que realizan los sujetos de Derecho Internacional (Tratados) o a través de sus conductas (costumbres).

Entonces, dada la existencia del ordenamiento internacional, con los objetivos señalados, se verá que éste se relaciona con los ordenamientos internos de cada Estado. Cuando hay coordinación entre ellos, no habrá problema; pero cuando ésta no exista, habrá que hacer frente a una colisión entre las normas que conforman cada orden.

El principio de primacía del Derecho Internacional pretende resolver esa colisión, de modo tal que el Derecho Internacional sea el que regule las necesidades que se han señalado. Si el Derecho Internacional cediera cada vez que se enfrente a los ordenamientos internos que hay en el mundo, su existencia quedaría sin sentido y sus objetivos quedarían frustrados. Como precisa Arellano: “Es la única manera de mantener la armonía en la comunidad internacional, a base de una sumisión de los Estados a la norma jurídica internacional”<sup>14</sup>.

Dicho principio, según Moyano, “tiene dos acepciones

<sup>13</sup> Según esta teoría, en resumen bastante permisivo, el Derecho es vida humana (conductas intersubjetivas) valorada y luego normada. Así, el Derecho es un producto social y es, además, histórico como el ser humano que lo crea; proviene de un proceso de creación que se inicia en la vida misma y que termina, luego de valorar aquella, en una norma que usualmente, mas no necesariamente, será escrita.

Sobre la Teoría Tridimensional del Derecho, se pueden revisar las obras completas de: FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. El Derecho como libertad: preliminares para una filosofía del Derecho. Lima: Universidad de Lima, 1994; y, Derecho y Persona. Introducción a la Teoría del Derecho. Lima: GRIJLEY, 2001. Además, sobre la aplicación de esta Teoría al Derecho de los Tratados se puede revisar: ABUGATTAS GIADALAH, G. “Hacia una Visión Tridimensional de los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”, Revista Jurídica del Perú, año LIII, n° 46, 2003, pp. 81 - 91.

<sup>14</sup> ARELLANO GARCÍA, C. Primer Curso de Derecho Internacional Público. México DF: Porrúa, 2002, p. 89.

fundamentales: a) el deber de los Estados de adecuar su legislación interna a sus obligaciones internacionales y b) la prevalencia del ordenamiento internacional sobre el interno”<sup>15</sup>. Tanto este autor como Arellano y Pastor Ridruejo citan jurisprudencia y doctrina, a la que me remito, para llegar a afirmar que, en efecto, la primacía del Derecho Internacional –en sus dos acepciones– es un principio recogido por la costumbre, la jurisprudencia y está consagrado en algunas convenciones, dentro de las que resalta la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados<sup>16</sup>.

En cuanto al contenido del principio, cuando se mencionó, en la Conferencia de Viena que discutía sobre Derecho de Tratados, el “deber de adecuar la legislación interna a las obligaciones internacionales”, como cuenta Moyano: “La mayoría de las delegaciones estuvieron de acuerdo con la utilidad práctica de la codificación de la norma propuesta, pero consideraron que ya estaba consagrada en el artículo 23 del proyecto, que enunciaba la norma *pacta sunt servanda*”<sup>17</sup>.

Entonces, quedó demostrado que cuando los Estados consideran el principio del *pacta sunt servanda*, entienden no sólo que “todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe” sino que también obliga a los Estados a adecuar su legislación interna conforme los compromisos internacionales que contraen. Se contribuye así, a precisar el contenido y alcance del *pacta sunt servanda*, con el respaldo dado por los Estados en dicha conferencia

<sup>15</sup> MOYANO BONILLA, C., op. cit., p. 315.

<sup>16</sup> Al respecto se puede revisar: MOYANO BONILLA, C., op. cit., pp. 315 y ss.; ARELLANO GARCÍA, C., op. cit., pp. 85 y ss.; y PASTOR RIDRUEJO, J. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Madrid: Tecnos, 2001, pp. 170 y ss. Moyano, al respecto, resumirá que: “El principio de primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, es una norma de Derecho Internacional Consuetudinario, reconocida tanto por la jurisprudencia internacional, como por la práctica de los Estados y, además, convencionalmente por aquellos que son parte de la Convención sobre el Derecho de los Tratados, de 1969. (...) El reconocimiento de este deber se remonta a 1872, cuando un tribunal arbitral decidió el asunto Alabama. Posteriormente ha sido reiterado no sólo por la CPJI y por la actual CIJ, sino también por la Comisión Europea de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estos últimos tres organismos, con ocasión, principalmente, de la obligación para los Estados de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos. También los tribunales internos han reconocido esta obligación estatal, como ha sido el caso, por ejemplo, del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania” (MOYANO BONILLA, C., op. cit., p. 335). Por su parte, Díez de Velasco dice que: “En cuanto tal norma internacional, su primacía sobre el Derecho Interno se sustenta en el propio Derecho Internacional y no depende de un reconocimiento al efecto por parte de la Constitución. Todo Estado, independientemente de los preceptos de su ordenamiento interno, como miembro de la Comunidad Internacional, está obligado a respetar sus compromisos internacionales” (DÍEZ DE VELASCO, M. Instituciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos, 2001, p. 200).

<sup>17</sup> MOYANO BONILLA, C., op. cit., p. 317. Moyano recuerda que existen dos formas de adecuar la legislación interna: siguiendo pautas determinadas por un acuerdo u obligándose simplemente al resultado esperado de la adecuación; así como en el Derecho Interno existen las obligaciones de medios y de resultados (pp. 321 y ss).

(con lo que esto implica en la consideración del contenido de la opinión iuris que existe al respecto).

En cuanto a que este principio implica la “prevalencia del Derecho Internacional sobre el Interno”, se deben aclarar algunos puntos. Un primer tema es que los dos ordenamientos, el nacional y el internacional, muchas veces son incompatibles al regular ambos y de modo diverso, un mismo tema. En estos casos, lo que el principio ordena es que deberá preferirse lo normado en el ordenamiento internacional.

Ahora bien, la prevalencia o preferencia que se hace de ese Derecho Internacional, que muchas veces es entendida como supremacía del Derecho Internacional frente a las soberanías nacionales que previamente se sometían al mismo (de ser el caso, por ejemplo, en los Tratados), no debe entenderse necesariamente como una relación de jerarquía entre los ordenamientos.

Lo anterior se explica porque, si bien prevalecer implica tener superioridad frente a algo, no se puede equiparar dicha idea de “superioridad” a lo que, en el Derecho, se entiende como “jerarquía”. La jerarquía implica una serie de efectos: como el que una norma superior derogue las normas anteriores, inferiores y opuestas, o la imposibilidad de que una norma inferior derogue a una norma superior y anterior; efectos que en el ámbito internacional, y sobre todo en el marco de la Unión Europea, no siempre se cumplen.

Si se compara esto último con lo que ocurre en el Derecho Internacional, se verá que la existencia de normas internacionales no impide que existan normas internas opuestas que, pese a ser “inferiores”, sean válidas, teniendo esto como consecuencia única la responsabilidad internacional del Estado al aplicarlas y no así la invalidez de la norma interna<sup>18</sup>. Además, una decisión soberana, sustentada quizá en una norma interna, puede llevar al Estado a denunciar un Tratado, impidiendo que éste, por más “superior” que sea, se pueda aplicar.

<sup>18</sup> Pastor Ridruejo dice: “como señala el profesor Diez de Velasco, «ello no quiere decir que las normas internas contrarias al Derecho Internacional y las decisiones judiciales que en ellas se basen incurran en vicio de nulidad automático. En la mayoría de los casos, y salvo disposición expresa en contrario, son plenamente eficaces y aplicables por los tribunales y autoridades internos, aunque engendren responsabilidad internacional»” (PASTOR RIDRUEJO, J., op. cit., p. 173).

Esta segunda acepción debe ser entendida de un modo más simple como, por ejemplo, lo hace la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 27 que señala que:

“Artículo 27: El Derecho Interno y la observancia de los tratados:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”<sup>19</sup>.

Como se ve, este artículo que codifica la costumbre, sólo señala que el Derecho Interno no es pretexto para incumplir un Tratado (Derecho Internacional). En ningún momento se habla de relación de jerarquía alguna. Se denotará, así, una superioridad (primacía) del Derecho Internacional, pero no una mayor jerarquía del mismo.

Me gustaría terminar con una interrogante: ¿cómo es posible que, si existe la obligación de adecuar el Derecho Interno en base a la primacía del Derecho Internacional y al *pacta sunt servanda*, existan luego conflictos entre ambos ordenamientos? La respuesta aquí es clara: en el Derecho, el “deber ser” y el “ser” no son lo mismo. Además, esta interrogante muestra como los principios de primacía del Derecho Internacional, *pacta sunt servanda* y buena fe funcionan juntos en su objetivo de garantizar que el Derecho Internacional se aplique preferentemente.

2.1.2.- *Pacta sunt servanda* (artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados):

El principio de *pacta sunt servanda* es entendido en el sentido de que un contrato o pacto es ley entre las partes. Este principio tiene su origen en el Derecho Interno, en el ámbito contractual, pero se aplica también a nivel internacional, sustentado tanto por la costumbre como por normas convencionales que lo recogen<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> El mencionado artículo 46 de la Convención señala:

“Artículo 46: Disposiciones de Derecho Interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho Interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho Interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

<sup>20</sup> NOVAK, F. y L., GARCÍA-CORROCHANO, op. cit., Tomo I, pp. 192 y 193.

Sin embargo, antes que entenderlo en el sentido señalado en el párrafo anterior, prefiero describir su contenido en los términos que lo hace la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en cuyo artículo 26 se establece que: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Lo primero que hay que notar es la relación entre el *pacta sunt servanda* y la buena fe, tan estrecha como la relación que el primero tiene con el principio de la primacía del Derecho Internacional<sup>21</sup>.

Como señalé en el punto anterior, el *pacta sunt servanda* implicará, además, que el Estado adecúe su legislación interna a sus obligaciones internacionales. Así como en el Derecho Interno, cuando un particular se compromete involucra no sólo aquello que pactó, sino que todos sus actos deben ir en el sentido de no perjudicar aquello prometido; en el Derecho Internacional, cuando un sujeto de Derecho con capacidad para celebrar Tratados lo hace, no sólo se obliga a aquello acordado, sino que compromete todos sus actos en el sentido de no perjudicar con ellos la materia prometida<sup>22</sup>.

Por ello, cuando un Estado o una Organización Internacional celebra un Tratado, no sólo se obliga en los términos del mismo (*pacta sunt servanda*), sino que sus actos internos y externos deben quedar limitados en el sentido de no perjudicar aquello acordado internacionalmente. Esto implica que su ordenamiento interno (el del Estado o el de la Organización Internacional) no deberá contrariar aquello pactado (primacía del Derecho Internacional).

Cuando un Estado llega a un acuerdo internacional, el mismo afecta toda su existencia como ente soberano, ya que compromete su honor, sus futuros actos soberanos y, derivado de lo último, su ordenamiento interno. Esto será una consecuencia del *pacta sunt servanda*<sup>23</sup>. Es decir, la fuerza de la obligación de adecuar el Derecho Interno al Derecho Internacional (efecto de la primacía), se puede ver

<sup>21</sup> Carrillo Salcedo señala que: “la regla *pacta sunt servanda* se fundamenta en la obligación de comportarse de buena fe” (CARRILLO SALCEDO, J. Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y fuentes. Madrid: Tecnos, 1996, p. 109).

<sup>22</sup> Nótese que esto está en la línea del artículo 18 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que impide actos que perjudiquen la entrada en vigor de un Tratado.

<sup>23</sup> Por eso, como ya se dijo, en la Conferencia de Viena de 1969 se pensó que la norma *pacta sunt servanda* ya incluía el deber de adecuar el Derecho Interno al Internacional.

justificada por el principio de *pacta sunt servanda*. Entiendo, además, que este tipo de compromiso es el que corresponde a la confianza mutua que esperan tenerse los Estados, también llamada buena fe. Así, se puede notar que estos tres principios están muy relacionados entre sí.

En este orden de ideas, el *pacta sunt servanda* resulta de carácter esencial en las relaciones internacionales, como lo reconocen la doctrina y los Tratados que enfocan el tema de la convivencia pacífica internacional<sup>24</sup>. Como señala Puffendorf: “Es una de las máximas más inviolables del Derecho Nacional, y de su observancia depende todo el orden”<sup>25</sup>; lo mismo pasará en el Derecho Internacional.

Novak y García-Corrochano dirán, reconociendo la importancia de este principio fundamental, que “las relaciones internacionales serían imposibles entre los Estados si estos no estuviesen profundamente convencidos de que es un deber sagrado el de respetar los pactos”<sup>26</sup>. Arellano sigue esta línea y lleva a entender que, por ello, el *pacta sunt servanda* se consagró a través del Derecho Internacional Consuetudinario<sup>27</sup>. Ya Ulloa en 1929 decía: “Una tradición arraigada en el espíritu de los pueblos consagra el respeto y la inviolabilidad de los pactos internacionales”<sup>28</sup>.

Así, sobre el fundamento de la norma de *pacta sunt servanda*, Novak y García-Corrochano citan a Scelle, señalando que: “el fundamento sociológico de la norma *pacta sunt servanda* radica en que proporciona seguridad jurídica a las relaciones internacionales y asegura relaciones pacíficas entre los pueblos; mientras su fundamento jurídico radica en la costumbre o en los principios generales del Derecho”<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Así, dicho principio está recogido no sólo en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y en la Convención de 1986, que amplía el ámbito de aplicación a los Tratados vinculados con Organizaciones Internacionales, sino que además está recogido en el preámbulo y en el artículo 2, inciso 2, de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Por su parte, Novak y García-Corrochano, citando a Kelsen, dicen que: “Se trata de un principio fundamental reiteradamente afirmado en la práctica y en la jurisprudencia internacional (...) de una norma internacionalmente reconocida que constituye el fundamento moderno de la obligatoriedad de los Tratados internacionales” (NOVAK, F. y L., GARCÍA-CORROCHANO, op. cit., Tomo I, p. 193).

<sup>25</sup> Citado por NOVAK, F. y L., GARCÍA-CORROCHANO, op. cit., Tomo I, p. 193.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>27</sup> ARELLANO GARCÍA, C., op. cit., pp. 642 y 643.

<sup>28</sup> ULLOA, A. Derecho Internacional Público. Tomo II. Lima: Talleres Gráficos Sanmarti, 1929, p. 121.

<sup>29</sup> NOVAK, F. y L., GARCÍA-CORROCHANO, op. cit., Tomo I, p. 195.

La importancia de esta norma lleva a considerar que es imposible dejarla de lado en las relaciones internacionales<sup>30</sup>. Sin embargo, Kelsen reconoce que ella no es la norma fundante del Derecho Internacional, ya que la misma no puede fundamentar el Derecho Consuetudinario, siendo ella misma un principio que debe su fundamento de obligatoriedad a la costumbre<sup>31</sup>.

Recuérdese, finalmente, que el *pacta sunt servanda* no es rígido en el sentido de que lo pactado no podrá cambiar jamás, tal cambio sí puede existir<sup>32</sup>. Un Tratado, como se sabe, puede contener normas que permitan su modificación o denuncia y, siempre que estos procedimientos se apeguen a dicho Tratado, se estará respetando el principio del *pacta sunt servanda*. Carrillo Salcedo dice que: “La regla *pacta sunt servanda*, sin embargo, no debe ser entendida de modo mecanicista ya que no puede ser desligada de los factores de cambio capaces de alterar el contenido de una regla internacional”<sup>33</sup>.

#### 2.1.3.- Buena fe (artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados):

Cuando Kelsen busca la norma fundamental del Derecho Internacional, llega a afirmar que la regla del *pacta sunt servanda* es una norma general de Derecho Internacional Consuetudinario. Sin embargo, reconoce que esa regla no puede ser la norma fundamental ya que se sustenta a su vez en la costumbre, siendo ésta última la norma fundamental del Derecho Internacional. Además, cuando trata de explicar esa conclusión, llega a afirmar que esa costumbre debe presuponerse que se refiere a la regla que señala que “los Estados deben comportarse tal como los Estados consuetudinariamente se comportaban”<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Autores como Starke y Henkin, han llegado a considerar que se trata de una norma de *ius cogens*. Sobre el tema se puede revisar el texto de Novak y García-Corrochano (Ibíd., loc. cit.); autores que también comparten esa idea (Ibíd., p. 428). Yo no comparto esa idea ya que, sobre la base de las normas de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados referidas a la nulidad y terminación de Tratados por contradecir las normas de *ius cogens* existentes y emergentes –respectivamente–, se puede constatar que los efectos que produce la violación de la norma *pacta sunt servanda* son distintos a los que produce la violación de una norma de *ius cogens*. En efecto, la violación por un Tratado de la norma *pacta sunt servanda* no produce ni la nulidad ni la terminación del mismo, sino que sólo generaría, según el caso, responsabilidad internacional.

<sup>31</sup> KELSEN, H. Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario. Lima: Cultural Cuzco, 1996, p. 83.

<sup>32</sup> CARRILLO SALCEDO, J., op. cit., p. 109.

<sup>33</sup> Ibíd., loc. cit. El autor hace referencia a la influencia de la regla del *rebus sic stantibus* sobre el *pacta sunt servanda*.

<sup>34</sup> KELSEN, H. Introducción a la Teoría Pura del Derecho. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2001, p. 89.

Siguiendo esta línea, desde mi punto de vista, creo que el principio de buena fe puede entenderse así: comportarse de buena fe, es hacerlo del modo en que los demás esperan, dentro de un marco de posibilidades. Es decir, habrá buena fe cuando los sujetos de Derecho se comporten como consuetudinariamente se podrían comportar. Esto implicará que, si el marco de posibilidades cambia consuetudinariamente, la concepción que se tenga de la buena fe podrá cambiar también; de modo que se está ante una regla básica pero a la vez flexible. Como se ve, la buena fe estaría muy ligada a la costumbre entendida como norma fundante del Derecho Internacional.

El principio de la buena fe es, por excelencia, una idea que se refiere a un tipo determinado de conducta intersubjetiva esperada. La conducta esperada por los sujetos de Derecho Internacional, en este caso, es aquella que no esconde malicia, aquella honesta, aquella que finalmente se ajusta a las pautas que por costumbre han guiado el comportamiento de dichos sujetos de Derecho, de modo que se realice dentro del marco de posibilidades esperadas<sup>35</sup>.

Por otro lado, si se entiende que actuar de buena fe es hacerlo como consuetudinariamente se espera, de modo que se garantice que las relaciones internacionales sean pacíficas, y si se entiende además que el *pacta sunt servanda* implica actuar de buena fe, pero con el objetivo de garantizar el cumplimiento de lo pactado, se tiene que ambos principios están extremadamente vinculados, si no inmerso el primero en el segundo<sup>36</sup>. Como dicen Novak y García-Corrochano: “En la jurisprudencia de los tribunales internacionales, hay muchos

<sup>35</sup> Como dicen Novak y García-Corrochano: “La buena fe en las relaciones contractuales implica la observancia por las partes de determinado patrón de comportamiento razonable, sinceridad, honestidad, lealtad, en resumen, de ética a través de sus conductas. Todas estas cualidades pueden escaparse a una definición precisa, pero pueden considerarse como inherentes o al menos perceptibles para el hombre común” (NOVAK, F. y L., GARCÍA-CORROCHANO, op. cit., Tomo I, p. 190). Los mismos autores, citando a Planiol, precisan que la doctrina francesa entiende que para actuar de buena fe “es preciso «no atenerse únicamente a la letra del acuerdo», sino ejecutar las convenciones «conforme a la intención de las partes y a los fines en vista de los cuales ella se formó»” (p. 396). Esto ya que, muchas veces, actuar “al pie de la letra” siguiendo una convención, en la consecución de un derecho legítimo, tiene como única intención afectar a otro sujeto; se actuaría, así, de mala fe y se incurriría en lo que se conoce como abuso del derecho (pp. 398 y ss); sobre esto último se puede revisar: NOVAK, F. “Los principios generales del Derecho: la buena fe y el abuso del derecho”, *Agenda Internacional*, año 4, n° 9, 1997, pp. 128 y ss. En este último artículo, Novak señala que: “la doctrina del abuso del derecho ha sido incorporada al Derecho Internacional como una de sus normas, como Principio General del Derecho de las Naciones Civilizadas, entendiéndose como elemento configurante, el elemento subjetivo o de buena fe, que a su vez constituye un Principio General del Derecho Internacional en sí mismo” (p. 134).

<sup>36</sup> Carrillo Salcedo dice que “la regla del *pacta sunt servanda* se fundamenta en la obligación de comportarse de buena fe” (CARRILLO SALCEDO, J., op. cit., p. 109).

precedentes para sostener que, en el presente contexto, el principio de la buena fe es un principio jurídico que forma parte integrante de la norma *pacta sunt servanda*<sup>37</sup>.

En efecto, son varias las convenciones que, codificando la costumbre, recogen en su articulado el principio de la buena fe, relacionándolo con la norma de *pacta sunt servanda*. La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, señala: “Artículo 26: *Pacta sunt servanda*: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe”<sup>38</sup>.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia señala:

“Uno de los principios básicos que rigen la creación y la ejecución de obligaciones jurídicas, cualquiera que sea la fuente para ello, es aquel de la buena fe. La confianza recíproca es una condición inherente a la cooperación internacional (...) Tanto como en la regla misma del Derecho de los Tratados: *pacta sunt servanda*, el carácter obligatorio de un compromiso internacional (...) reposa sobre la buena fe”<sup>39</sup>.

Cabe mencionar que tanto este principio como los dos anteriormente señalados, son los más claramente aceptados a nivel internacional. En el caso de la buena fe, muchos autores coinciden en lo que Novak y García-Corrochano señalan: “la buena fe constituye actualmente un principio general del Derecho plenamente reconocido por el Derecho Internacional no sólo a nivel de convenios internacionales y doctrina de los publicistas, sino también a nivel de la jurisprudencia judicial y arbitral internacional”<sup>40</sup>.

En conclusión, se puede ver en el análisis hecho hasta este punto, como los principios de primacía del Derecho Internacional, *pacta*

<sup>37</sup> NOVAK, F. y L., GARCÍA-CORROCHANO, op. cit., Tomo I, p. 191.

<sup>38</sup> “Referencia a la buena fe que es operativa, como lo demuestra la jurisprudencia internacional” (PASTOR RIDRUEJO, J., op. cit., p. 113). Esta relación entre el *pacta sunt servanda* y la buena fe también se puede observar en la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (AG/2625), del 24 de octubre de 1970, que señala que: “Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de Derecho Internacional generalmente reconocidos”. Esta declaración, dada luego de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, pero antes de que ésta entrara en vigor (lo que se produjo el 27 de enero de 1980), como señalan Novak y García-Corrochano: “extendería (...) esta obligación a todos los Estados” (NOVAK, F. y L., GARCÍA-CORROCHANO, op. cit., Tomo I, p. 397).

<sup>39</sup> Caso relativo a los Ensayos Nucleares (Australia contra Francia), 1974 (tomado de: ZICCARDI CAPALDO, G. Répertoire de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice (1947 – 1992), Volumen I. Londres: Martinus Nijhoff, 1995, p. 80 [traducción propia]).

<sup>40</sup> NOVAK, F. y L., GARCÍA-CORROCHANO, op. cit., Tomo I, p. 397.

*sunt servanda* y buena fe se conjugan para garantizar que el Derecho Internacional se aplique correctamente. Dichos principios son de suma importancia al momento de entender la fuerza obligatoria de los Tratados y los tres tienen su sustento, además del convencional, en la costumbre internacional.

2.2.- Principios de aplicación referidos tanto a normas de naturaleza jurídica convencional como no convencional que forman el Derecho Comunitario Europeo:

Como se señaló antes, en el ámbito de la Unión Europea se aplican normas originarias de naturaleza convencional, normas derivadas que podríamos considerar de naturaleza institucional o comunitaria (emitidas por las instituciones) y un conjunto de normas adicionales que, como se analizó, en muchos casos tienen también naturaleza convencional. Así, en cuanto al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, junto a los tres principios ya estudiados, se consideran otros tres referidos tanto a normas de naturaleza jurídica convencional como al resto de normas de naturaleza jurídica distinta, que se analizarán a continuación.

2.2.1.- Autonomía del Derecho Comunitario:

Este principio trae consigo un tema muy complejo y difícil de estudiar, que tiene que ver con la naturaleza misma de la Unión Europea. Si se pudiera afirmar que la Unión es una Organización Internacional, no cabría duda de que el Derecho que dentro de ella se genere, lo que se llamaría el “Derecho Interno de la Organización”, “podría” llegar a formar un ordenamiento propio y distinto del ordenamiento interno de los Estados y del ordenamiento internacional clásico.

Sin embargo, el problema está en que la Unión Europea no puede calificarse como una mera Organización Internacional. La doctrina aún discute su naturaleza<sup>41</sup>. Para algunos, puede considerarse como Organizaciones Internacionales relacionadas de forma compleja y

<sup>41</sup> Al respecto se puede revisar: BORCHARDT, K. El ABC del Derecho Comunitario, Serie: Documentación Europea. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000; DIEZ DE VELASCO, M. Las Organizaciones Internacionales. Madrid: Tecnos, 1999; FONTAINE, P. Una Nueva Idea para Europa. La Declaración Schuman, 1950 – 2000, Serie: Documentación Europea. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000; entre otros.

por medio de una amplia gama de instituciones comunitarias. Para otros, la Unión se presenta sólo como una forma de organización distinta de las que han existido antes en la historia de la humanidad, “algo más que unas organizaciones internacionales: son una Comunidad de pueblos y una Comunidad de Estados”<sup>42</sup>.

Sin pretender participar de esta discusión, lo claro es que el Derecho Comunitario, por más que no estemos, propiamente hablando, ante una Organización Internacional, se presenta como un ordenamiento distinto del ordenamiento de los Estados miembros de la Unión y distinto también del ordenamiento internacional clásico; y este rasgo es el que se conoce como principio de autonomía del Derecho Comunitario.

Si bien el Derecho Comunitario tiene su origen en normas de carácter convencional, esas normas han dado origen a un desarrollo normativo posterior que escapa al clásico Derecho Internacional. No se puede afirmar pues, que los mecanismos de producción del Derecho Comunitario son los mismos que los del Derecho Internacional; tampoco se puede negar la existencia de principios de interpretación de normas que son característicos del ordenamiento jurídico comunitario; ni se puede negar que las formas de aplicación de las normas comunitarias son, en muchos casos, distintas a las que clásicamente funcionan con respecto a las normas del Derecho Internacional.

Lo mismo ocurre frente a los ordenamientos internos. Como dicen Mangas y Liñán: “el Derecho Comunitario no se somete a los principios, ni a los modos de producción normativa, ni a los efectos jurídicos establecidos en la Constitución y restantes normas internas de los Estados miembros”<sup>43</sup>. De lo que se deduce que el Derecho Interno de un Estado y el Derecho Comunitario no son lo mismo.

En suma, la autonomía del Derecho Comunitario nos lleva a afirmar que dicho Derecho es un ordenamiento distinto de los ordenamientos internos de los Estados y distinto también del ordenamiento internacional clásico. Esa diferencia se expresa en los distintos

<sup>42</sup> MANGAS, A. y D., LIÑÁN, op. cit., p. 393.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 391.

modos de producción normativa, criterios interpretativos, destinatarios de esas normas, mecanismos de aplicación y control, entre otras.

#### 2.2.2.- Eficacia Directa del Derecho Comunitario:

El principio de la eficacia directa del Derecho Comunitario constituye hoy un elemento fundamental dentro del sistema de la Unión Europea, aunque en un primer momento haya sido difícil de aceptar, sobre todo para Estados que tradicionalmente se han basado en un sistema de incorporación dualista de normas de Derecho Internacional.

Mangas y Liñán precisan que:

“Eficacia directa de las normas comunitarias significa que éstas pueden desplegar por sí mismas plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez. En consecuencia, crean derechos y obligaciones para todos aquellos que puedan verse afectados por su ámbito de aplicación, pudiendo ser invocadas ante las autoridades públicas (administrativas y judiciales), las cuales tienen la obligación de salvaguardar esos derechos y obligaciones”<sup>44</sup>.

En este sentido, no se necesitará de ningún acto estatal interno para que las normas comunitarias puedan ser aplicadas por las autoridades estatales o sus contenidos exigidos por los particulares. La puesta en práctica de esto, sin embargo, no está alejada de los problemas. Es muy complicado, en términos políticos, aceptar este principio. Además, en las relaciones entre particulares es muy difícil, respecto de determinadas normas comunitarias, como las directivas, el respeto de este principio<sup>45</sup>.

#### 2.2.3.- Primacía del Derecho Comunitario:

Este principio está muy ligado al principio de primacía del Derecho Internacional y, de acuerdo a él, las normas comunitarias prevalecen sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros de la Unión. Así, las normas internas anteriores o posteriores

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 392.

<sup>45</sup> Una explicación detallada de este último punto la dan Mangas y Liñán: *Ibíd.*, pp. 410 y ss.

incompatibles con una norma comunitaria no deben ser aplicadas ni por los jueces nacionales ni por las administraciones estatales ni por los mismos particulares, que deberán aplicar la norma comunitaria.

Es importante destacar que la norma interna será inaplicada, pero no afectada en su validez, por las razones ya explicadas en el análisis del principio de primacía del Derecho Internacional (al que me remito). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia IN.GO.GE'90 y otros del 22 de octubre de 1998 ha señalado que: "no puede deducirse que la incompatibilidad con el Derecho Comunitario de una norma de Derecho nacional posterior produzca el efecto de determinar la inexistencia de ésta".

Otro tema que hay que destacar es que cuando se dice que el Derecho Comunitario prevalece sobre el Derecho Interno, no se hace distinción entre la jerarquía de la norma interna sobre la que se prevalece. Así, el Derecho Comunitario prevalecerá incluso sobre las disposiciones constitucionales de los Estados miembros, quienes tendrán la obligación de adecuar sus Constituciones antes de su ingreso a la Unión Europea.

El fundamento de este principio no sólo está en las razones esgrimidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia *Costa c. ENEL*, referidas: a la naturaleza y características específicas de las Comunidades Europeas y de su ordenamiento; al carácter vinculante de las normas comunitarias, señalado en el artículo 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; al compromiso de cooperación leal para el cumplimiento de Tratados asumido por los Estados para abstenerse de medidas que puedan afectar la consecución de los objetivos de los Tratados, recogido en el artículo 10 del citado Tratado Constitutivo; y al principio de no discriminación en la aplicación de los Tratados<sup>46</sup>.

El fundamento de este principio se puede encontrar, también, en las mismas razones que fundamentan el principio de primacía del Derecho Internacional y que, al haberse estudiado ya, me remito a ellas. Esto, ya que el principio de primacía del Derecho Internacional

<sup>46</sup> Al respecto se puede revisar la obra de Mangas y Liñán: *Ibid.*, pp. 425 y ss.

está íntimamente ligado al principio de primacía del Derecho Comunitario, al punto que si se analizan con detalle las razones esgrimidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, antes señaladas, se verá que subyace en ellas esta relación.

En efecto, el Derecho Comunitario tiene su razón de validez en una serie de Tratados internacionales que forman el Derecho Originario de la Unión y que, de acuerdo al principio de primacía del Derecho Internacional recogido en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, prevalecen sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros.

Así, si esos Tratados que forman el Derecho Originario y, por tanto, dan validez al Derecho Comunitario Derivado, señalan que este último se debe aplicar, entonces estas normas se deberán aplicar en función a la primacía del Derecho Internacional que respalda al Derecho Originario. De esta manera, la orden de aplicación del Derecho Derivado, al prevalecer sobre el Derecho Interno, hace que las normas del Derecho Derivado prevalezcan también sobre el Derecho Interno.

Es decir, el Derecho Comunitario prevalece porque su aplicación se ampara en los Tratados constitutivos que, a su vez, prevalecen sobre el Derecho Interno en función al principio de primacía del Derecho Internacional. En este sentido, se ve claramente la relación ya señalada entre el principio de primacía del Derecho Internacional y el de primacía del Derecho Comunitario.

### **3.- A modo de conclusión.-**

Desde que apareciera el Derecho Comunitario Europeo se han planteado una serie de interpretaciones de sus normas que buscan establecer, doctrinariamente, las reglas de articulación de este ordenamiento con los Tratados internacionales y el Derecho Interno de los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, estos planteamientos no siempre se han ajustado a una correcta comprensión de los principios de primacía del Derecho Internacional, *pacta sunt servanda* y buena fe, ni con los principios de autonomía, eficacia directa y primacía del Derecho Comunitario. A esto se suma la condición

rápidamente cambiante del Derecho Internacional y, sobre todo, del Derecho Comunitario, que generan también cambios en la doctrina y, desde luego, en la jurisprudencia sobre estos temas.

El desconocimiento de las reglas referidas a la articulación de estos ordenamientos, tanto por algunas autoridades estatales, administrativas o judiciales, como por los particulares, puede generar la aplicación inadecuada de las mismas y, así, la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional. No cabe duda de las graves repercusiones que puede tener este problema tanto a nivel de seguridad jurídica como, también, desde el punto de vista económico y social.

Es pues fundamental que los operadores del Derecho y los encargados de las negociaciones que actualmente se llevan a cabo con la Unión Europea profundicen sus estudios sobre el ordenamiento jurídico comunitario, ya que tarde o temprano se verán en la necesidad de aplicarlo en las relaciones que se puedan generar y en la solución de los conflictos que se puedan producir.

#### 4.- Bibliografía.-

##### *Libros:*

- ARELLANO GARCÍA, C. Primer Curso de Derecho Internacional Público. México DF: Porrúa, 2002.
- BORCHARDT, K. El ABC del Derecho Comunitario, Serie: Documentación Europea. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000.
- CARRILLO SALCEDO, J. Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su Estructura, Dinámica y Fuentes. Madrid: Tecnos, 1996.
- DIEZ DE VELASCO, M.
- Instituciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos, 2001.
- Las Organizaciones Internacionales. Madrid: Tecnos, 1999.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.

- Derecho y Persona. Introducción a la Teoría del Derecho. Lima: GRIJLEY, 2001.
- El Derecho como Libertad: Preliminares para una Filosofía del Derecho. Lima: Universidad de Lima, 1994.
- FONTAINE, P. Una Nueva Idea para Europa. La Declaración Schuman, 1950 – 2000, Serie: Documentación Europea. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000.
- KELSEN, H.
- Introducción a la Teoría Pura del Derecho. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2001.
- Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario. Lima: Cultural Cuzco, 1996.
- MANGAS, A. y D., LIÑÁN. Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Madrid: Tecnos, 2005.
- NOVAK, F. y L., GARCÍA-CORROCHANO. Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y Fuentes. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003.
- PASTOR RIDRUEJO, J. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Madrid: Tecnos, 2001.
- ULLOA, A. Derecho Internacional Público. Tomo II. Lima: Talleres Gráficos Sanmarti, 1929.
- ZICCARDI CAPALDO, G. Répertoire de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice (1947 – 1992), Volumen I. Londres: Martinus Nijhoff, 1995.

*Artículos:*

- ABUGATTAS GIADALAH, G. “Hacia una visión tridimensional de los Derechos Humanos y los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos”, Revista Jurídica del Perú, año LIII, n° 46, 2003, pp. 81 - 91.

- MOYANO BONILLA, C. “Principio de la primacía del Derecho Internacional”, Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, nº 23, 1995, pp. 311 - 337.
- NOVAK, F. “Los principios generales del Derecho: la buena fe y el abuso del derecho”, Agenda Internacional, año 4, nº 9, 1997, pp. 109 - 134.

*Instrumentos Jurídicos:*

- Carta de las Naciones Unidas.
- Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.
- Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.
- Resolución de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas N° 2625, del 24 de octubre de 1970: Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.
- Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:
  - 05/02/1963: Van Gend en Loos, 26/62.
  - 15/07/1964: Costa c. ENEL, 6/64.
  - 2/10/1998: IN.GO.GE'90 y otros, C-10 y 22/97.

# ENCUENTRO CON UN JURISTA INTEMPESTIVO

Por: Juan Carlos Valdivia Cano\*

*“...Se trata entonces de un esfuerzo de provocación: los textos aquí reunidos no pretenden enseñar sino hostigar, no quieren alimentar ni satisfacer intelectualmente sino producir hambre e inquietud, no quieren dar seguridad sino intranquilizar, no quieren afirmar verdades sino desestabilizar aquellas que pasaban como tales...”*

*Fernando de Trazegnies Granda<sup>1</sup>*

**SUMARIO:** Introducción. Cine y educación. Humanismo. Ciriaco de Urtecho, precursor. Modernización tradicionalista. Microcosmos. Contrareforma. El falso nosotros.

## INTRODUCCIÓN

En esta remembranza que es también una re-flexión, una doble flexión como diría Fernando de Trazegnies Granda, no voy a repasar sistemáticamente toda su obra sino sólo recordar los puntos de mi encuentro inicial con ella. Primero, un artículo suyo que se comenta inmediatamente después de esta Introducción: “¿Se entretiene usted en el cine?”, (Reflexiones en torno a “Una mujer casada”, de Jean Luc Godard, en la revista “Hablemos De Cine”). Y muchos años después, tres libros: “Ciriaco de Urtecho, litigante por amor”, “La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX” y un libro de cuentos: “Imágenes rotas”

Años después de haber leído y releído, ese artículo mencionado me

\* Abogado. Magister en Derecho Civil. Doctor en Derecho. Profesor en la UCSM y en la UNSA.

<sup>1</sup> “Pensando insolentemente”, Pág. 17, Fondo Editorial PUCP, Año 2000.

permitió conocer personalmente a su intempestivo autor, a quien tuve la suerte de presentar en un evento académico a nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Esa noche de 1992 conté al público mi encuentro con nuestro intempestivo jurista a través de su artículo sobre cine. Me sorprendió mucho enterarme por él que durante esos años (setenta, ochenta y comienzos de los noventa) en los cuales ese artículo tanto afectó mi magra formación cinematográfica, su autor lo había olvidado completamente. Con razón cita a Barthes y a Eco, a propósito de “la muerte del autor”, aplicándola al Derecho muy creativamente en su conferencia de ingreso a la Academia Peruana de Derecho: “La muerte del legislador”, (que ahora aparece en “Pensando insolentemente”). Una vez publicada la obra deja de pertenecer a su autor. Pasa a ser del lector, quien al leerla la recrea y se recrea en ella. Esta ha sido una de las muchas virtudes de la obra de Fernando de Trazegnies Granda de las que he podido beneficiarme como lector: ser muy re-creativa en todos los sentidos de esta gaya palabra. Pero no es la única, por supuesto.

Debo recordar que en los dos años previos de humanidades (ahora lamentablemente casi desaparecidos de todas las universidades) sabía muy bien lo que me gustaba, lo que me generaba pasión: el básquet y el cine por ejemplo. Lo que no sabía en absoluto era a qué iba a dedicarme en la vida o, dicho más llanamente, cómo iba a ganarme los porotos una vez concluida la cómoda vida de estudiante. El derecho no era una disciplina que pasara por mi cabeza en esa época aunque ya era hora de escoger una carrera. Había que elegir una “especialidad”. Pero para mi provinciana cosmovisión el cine no era una “especialidad”, una forma de ganarse los porotos, no participaba en el juego de posibilidades laborales en mi fuero interno.

Sin embargo, gracias a un amigo providencial, Miguel Guevara, en esa época accedí a la revista “Hablemos de Cine”. Y fue en uno de sus primeros números, en formato pequeño todavía, que leí por primera vez algo del más estimulante y sugestivo jurista que he conocido en mi desconcertada vida. “Es un abogado”, me dijo Miguel Guevara, aludiendo al autor de uno de los artículos de la excelente revista, “se llama Fernando de Trazegnies”. Eran los últimos años del sesenta. Esto tuvo que ver mucho con mi elección de carrera seguramente, porque mi razonamiento formal parece haber sido: si los abogados escriben así sobre cine, entonces quiero ser abogado.

Ahora pienso que no fue un azar haberlo conocido a través de un artículo sobre cine y no sobre derecho, (para mi el derecho en esos años era una carga que sobrellevar). Primero, porque el derecho es para este genuino humanista algo mucho más extenso e intenso de lo que nuestros profesores positivistas creen. Y, segundo, porque la de Fernando de Trazegnies es, a mi modo de ver, una especie de obra jurídico-cinematográfica, si cabe el término. En este ensayo voy a tratar de expresar, más que explicar, lo que entiendo por "obra cinematográfica" y por qué creo que dicha obra, —hasta ahora suficientemente reconocida— lo es en el sentido más espectacular. Y expresar también algo de esa extensión y de esa intensidad.

En consecuencia, para ocuparme de esta obra tengo que elegir modestamente como nexo metódico, explícito o no, el cine (herramienta privilegiada de educación jurídica, sobre todo para cachimbos sin humanidades) un equivalente del cine en imagen y movimiento. Su autor presenta el derecho en su conjunto, en su contexto íntegro, a partir de un asunto que nos envuelve y nos emociona, inseparable de una visión muy rica y estimulante de la vida (tan vitalista como el agua de Socosani de la provincia desde donde escribo esta memoria). Creo que el otro tema que puede anudar, como el cine, esta brillante obra, es la educación jurídica. Una obra tan amena y bien expresada, tan clara y novedosa por el fondo y la forma, la temática y el enfoque, no puede ser sino una maravilla pedagógica para la enseñanza del derecho. Y ésta lo es por su potente fuerza motivadora y enriquecedora, por su carácter "tentador".

Muchos años después volví al derecho (luego de dejarlo definitivamente) también de la mano de nuestro admirado jurista. Primero con "Ciriaco de Urtecho, litigante por amor" y después con "La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX", como anuncié. Por estas y otras razones me parece justo que en reconocimiento a la obra de Fernando de Trazegnies, pueda expresar por qué el encuentro con ella, me parece una maravillosa "magia menor".

## CINE Y EDUCACIÓN

*"La educación es un asunto de medios y fines"*  
Nietzsche.<sup>2</sup>

"Se entretiene usted en el cine" es el artículo que me permitió leer

El crepúsculo de los ídolos", Editorial Distribuidora "Alexis", 2005, Pág. 84, Arequipa, Perú.

primero y conocer después a nuestro gran jurista. En su comentario a “Una mujer casada” de Godard nos da una maestra lección de educación. También es un nietzscheano e implícito llamado a aprender a ver, —prepararse para ver— que, en la obra del filósofo alemán, acompaña muy bien a ese aprender a pensar de la enseñanza jurídica medieval (de la que habla el jurista peruano). Y aprender a hablar y escribir. Así, en “El Crepúsculo de los ídolos”, Nietzsche propone “...las tareas para las cuales son menester educadores. Hay que aprender a ver, hay que aprender a pensar, hay que aprender a hablar y escribir (...) ¿Qué significa para Nietzsche “aprender a ver”? : “.. habituar la vista a la calma, la paciencia, la espera serena; demorar el juicio, aprender a enfocar desde todos los lados y abarcar el caso particular. He aquí el adiestramiento preliminar primordial para la espiritualidad; no reaccionar instantáneamente a los estímulos, sino llegar a dominar los instintos inhibitorios, aisladores”<sup>3</sup>.

El espectador ingenuo de Godard se molesta con él porque no entiende nada. Como si Godard fuera responsable de su paupérrima preparación cinematográfica. Como si Godard estuviera obligado a hacer sus películas pensando en el espectador bisoño, y no en expresarse con toda libertad y franqueza como artista. Lo que ocurre, según nuestro jurista, es que existe “en forma generalizada, un infantilismo artístico que se caracteriza no solamente por su falta de educación en este sentido sino por su incapacidad de comprender la necesidad de la educación (...) En realidad, en muchos casos la actitud del que sostiene que tiene bastantes complicaciones en la vida para complicarse más con el cine, no constituye sino una forma inconsciente de encubrir su falta de formación cinematográfica a que nos hemos referido”<sup>4</sup>.

Lo que me conmovió de ese artículo fue enterarme, con el valor de la novedad absoluta para un novato, que la dificultad (que yo tenía por imposibilidad) para entender las películas de autores como Godard, tenía remedio; remedio que probablemente buscaba instintivamente en la citada revista y en el “cine de autor”. Era algo para lo que había que prepararse nada más (y nada menos). Hasta ahí había creído fatalistamente que unos nacen para entender y otros para no entender. Y por mis notas de exámenes y rendimiento académico yo estaba seguro que no pertenecía a ese primer grupo privilegiado sino al segundo.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> “Hablemos de cine”, “Reflexiones en torno a una mujer casada”, Nro. 39, Lima 1968, Pág. 59.

Pero el enterarme que no era un asunto de naturaleza sino de preparación tuvo en mí un efecto liberador. Entender a esos cineastas geniales dependía de mí ahora. Y no es el dato o la idea solamente lo que hay que agradecer a ese artículo evocado, sino el envase formal en el que viene, la sencillez y la claridad de expresión, la perfección que es elegancia en el sentido profundo. Quiero decir en sentido orteguiano, asociado a la paradoja: “La elegancia, dice Ortega y Gasset, es la sobriedad en la plenitud. Obtener un logro máximo con un *minimum* de medios es lo elegante en matemáticas, en guerra, en política, en arte y en indumentaria”<sup>5</sup>.

Esa elegancia sitúa a nuestro jurista entre los grandes escritores, entre los grandes prosistas de nuestra patria. Para confirmarlo, si fuera necesario, hay que observar los afectos que puede producir su lectura entre los principiantes. Para mí es una experiencia personal vivida. Por ese artículo pude entender de qué trataba “Una mujer casada”, gracias a quien puede decir claramente lo que uno siente a veces confusa y remotamente cuando “no entiende” una película que, sin embargo, no puede decir que lo haya aburrido a pesar de “no entender”.

¿Qué podía ser más entretenido que entender un film de Jean Luc Godard a los veinte años? Siempre estaré agradecido a ese artículo tan democrático y cortés con el lector, cuyo autor puso al alcance de un mediocre estudiante veinteañero. Y en esa época Godard, Trauffaut, Buñuel, Pasolini, Antonioni, Bergman, Fellini, Visconti, etc, eran frecuentes en los cines del centro de Arequipa, lo cual hoy, en su devenir-porno, parece un milagro. En realidad toda esa experiencia a partir de “Se entretiene usted en el cine” también me ha parecido siempre un “milagro menor”, para seguir parafraseando a Borges. Pero milagro al fin.

## HUMANISMO

He dicho “humanista” a propósito de nuestro homenajeado. ¿Qué entiendo por humanista? Empezaré por lo que, a mi modo de ver, no lo es. Humanista no es, por supuesto, un mero lector, un simple ratón de biblioteca, por más abundante que sea su lectura, en la hipótesis negada que se tratara de cantidad. El humanista es culto y no sólo informado. Y es culto porque practica el (auto) cultivo. Si lee, es para enriquecer los medios, los instrumentos que le

<sup>5</sup> José Ortega y Gasset, (“Elegancia y paradoja”, en “Viajes y países”, Pág. 109 Revista de Occidente).

deben servir para esculpirse él mismo.

Y ya dentro de nuestro terreno jurídico podemos decir que humanista es el que concibe el Derecho en sentido clásico, greco-romanamente, como algo indiscernible de la vida y a favor de ella. Heidegger decía en su “Carta sobre el humanismo”: “en Roma nos encontramos con el primer humanismo. Y, por eso, se trata en su esencia de un fenómeno específicamente romano que nace del encuentro de la romanidad con la cultura de la Grecia tardía”<sup>6</sup>. ¿No definían tan distinto el Derecho los romanos en relación a nuestras definiciones legalistas de hoy? “Conocimiento de las cosas divinas y humanas y arte de lo bueno y de lo equitativo”. Así era para los romanos, de Ulpiano a Justiniano y de Justiniano hasta hoy durante largos siglos, eso que ahora llamamos. Ingredientes relevantes de esta visión integral y concreta del derecho eran los principios, la equidad y una ética pre-cristiana que no se tiene muy en cuenta: la ética pagana basada en la *potentia* y no en la idea de pecado..

Por eso cuando renace el Derecho romano por tercera vez, en los claustros boloñeses del siglo XI, el estudiante de Derecho no se dedicaba a esta materia para obtener un título sino para convertirse en un ser humano cabal aprendiendo a pensar, a razonar para “adecuarse a la tonalidad y a la potencia de su tiempo”<sup>7</sup>. Siempre se requiere ciudadanos con visiones globales de la realidad que vean el conjunto.

En ese entonces aprender a razonar jurídicamente equivalía a aprender a razonar, tout court. “Es interesante notar que también en la Europa del siglo XI, las primeras universidades se fundan para enseñar Derecho: Bolonia, la primera Universidad del mundo occidental, nace para enseñar Derecho. Y, evidentemente, esto no es una casualidad, no es un simple azar cultural: las universidades nacen con miras al Derecho porque a su vez el Derecho era visto entonces como modelo de pensamiento riguroso (...)”<sup>8</sup>. Lo cual no quiere decir ni rígido ni dogmático sino consistente.

En nuestro medio académico regional la concepción positivista “pop” ha hecho perder de vista esa cualidad humanista del Derecho. El Derecho romano de las Universidades, en la Edad Media, no servía para litigar sino para devenir-humano. Y quien dice humano alude a lo humano integral. Esto no es

<sup>6</sup> “Carta sobre el humanismo”, Heidegger, Pág. 22, Editorial Alianza, Año 1995.

<sup>7</sup> “La anomalie sauvage” (Puissance et pouvoir chez Spinoza), Pág. 45, Presses Universitaires de France, 1984.

<sup>8</sup> Discurso del Dr. Fernando de Trazagnies, por el 75 aniversario de la PUCP. Revista Themis, 30, Pág. 21, 1994.

posible desde el punto de vista de la especialidad. No es posible, por ejemplo, sólo desde el punto de vista de la composición de la sangre. Por más humana que sea la sangre no agota lo humano. “El verdadero fin del hombre, dice W. Von Humboldt, —no el que le señala la inclinación pasajera, sino el que le prescribe la razón eternamente inmutable— es el mayor y más proporcionado desarrollo de todas sus fuerzas y la integración de las mismas en un todo”<sup>9</sup>.

Humanismo es admiración por lo humano, “por encima de la naturaleza y de los dioses”. Lo humano como lo más admirable de la existencia. El positivismo “pop” limita demasiado la visión humanista del Derecho que es indesligable de una cosmovisión; y por eso hay que ver las relaciones entre ellas. Porque no es sólo cuestión de concepción jurídica. Además y salvo pocas excepciones, ese concepto se ha empobrecido en el medio, se ha vuelto burdamente pragmático —condición mental favorable a la corrupción.

### CIRIACO DE URTECHO, PRECURSOR

*“E porende dixieron los Sabios, que amor vence todas las cosas”*

*Las 7 Partidas, Alfonso el Sabio*<sup>10</sup>.

Como se sabe, “Ciriaco de Urtecho, litigante por amor” contiene una historia judicial que es una historia de amor. A fines del siglo XVIII en Cajamarca, un español pobre —Ciriaco de Urtecho— esposo de una mulata, Dionisia Masferrer, esclava de otro español —Juan de Dios Cáceres— demanda a la justicia la libertad de aquélla contra el derecho de propiedad de este último; demanda que es concedida al final del proceso, en un acto que subvierte el orden esclavista de la época gracias a la amorosa y subversiva actitud de Ciriaco. ¿Qué más cinematográfico que una historia de amor? ¿Qué más subversivo que el amor?

Fue el primer libro de nuestro jurista que tuve la suerte de leer. Había vuelto al Derecho y al Perú como profesor en la Universidad Privada de Tacna, después de muchos años. Hasta esa fecha debo haber tenido una imagen inconscientemente positivista (y jusnaturalista) del derecho. Pero el contraste con la concepción jurídica explícita o implícita de “Ciriaco...”, hizo añicos lo que yo entendía por Derecho hasta ese momento. Y ya no era un adolescente, aunque conservaba muy vivamente los afectos de “¿Se entretiene usted en el

<sup>9</sup> William Humboldt, “Breve lectura liberal”, El fin del Hombre, pág 35. Fundación Friedrich Naumann, Bogotá, DC, 1995.

<sup>10</sup> “Ciriaco de Urtecho, litigante por amor” Fernando de Trazegnies Granda, Fondo Editorial 1989, Pág. 11 PUCP.

cine?” de los años de humanidades. Por esta razón presentía lo que podía encontrar en “Ciriaco...”, cuyo índice-guión nos da una idea de lo que contiene este “libro-film”, que se basa en los autos seguidos por Ciriaco, la escritura de libertad a favor de Dionisia, “el paisaje social de la esclavitud, el material normativo, los hechos del caso, el proceso”, la lógica del amor y la lógica del amo, los cirujanos, los tasadores, los abogados, el Corregidor y, finalmente, la teoría dinámica del derecho.

Con esta nueva y rica versión pude ver que el derecho podía ser tan divertido como mis aficiones más queridas, entre ellas mi afición por la historia: historia de amor, amor por la historia. “Ciriaco...” presenta un Derecho lleno de vida concreta con todos sus matices, de carne, hueso y sangre. No hay manera de separar esa historia de amor de la historia del derecho, de la filosofía del derecho, de la lógica jurídica y de la legalidad “pura”. En este caso de la historia del derecho colonial que nos permite tomar conciencia más clara de nuestro derecho de hoy. Su puesta en escena histórica y jurídica es exaltante y conmovedora. De paso tenemos una idea concreta y global de ese periodo tan determinante de nuestra historia actual, en imagen y movimiento: la Colonia.

El conflicto de fondo entre el valor-familia (amor y libertad) y el valor-propiedad, se expresa mucho más que como un asunto meramente judicial; se plasma en una obra de arte como es toda disciplina que se basa en valoraciones o estimaciones a partir de puntos de vista que se escenifican maravillosamente, en este caso. Es literatura, —porque todos los elementos de la realidad permanecen inseparables y concretos a partir de una historia re-creada donde los personajes hablan por sí mismos, sin la tutela del autor— pero no ficción. ¿Qué más ficción que el amor de Ciriaco por Dionisia que consigue su libertad en plena Colonia? Lo cual nos habla del Derecho colonial realmente existente, contra el prejuicio mayoritariamente negativo respecto de ese período.

El autor no pierde oportunidad para hacer ver, con mucha pertinencia, cómo funciona el proceso por dentro y por fuera, especialmente en lo relativo al uso de las armas argumentativas y el carácter dialéctico, creativo, incierto, construido, de los avatares y resultados judiciales; contra el mito de una verdad a priori que hay que descubrir en cada proceso. Y vemos cómo, en la guerra de razones que es un litigio, hay también creación de soluciones, un tejido de palabras y cosas que es el eje de la vida jurídica: “El juicio no está constituido por un razonamiento lineal a través del cual la verdad va saliendo paso a paso a la

luz y queda manifiesta en la sentencia. Por el contrario, nos encontramos frente a un entrecruzamiento de discursos, de inspiración, organización y estilos diferentes. En un proceso hay muchas personas que hablan —básicamente dos, los litigantes, pero también habla el juez, el escribano, etc— y todas hablan de distinta forma. De manera que si descartamos la idea de un Derecho objetivo que resuelve todos los problemas desde lo alto de su majestad, si abandonamos la idea de un sentido oculto detrás de las manifestaciones multicolores de los interlocutores judiciales, si adoptamos la idea del Derecho como algo que se hace a cada instante a través de cada conflicto, entonces nuestra tarea debe ser no la de descubrir la “verdad” jurídica enturbiada por los litigantes en cada proceso sino detectar la dispersión de los discursos, poner de relieve las diferencias y las rupturas, individualizar los razonamientos y observar sus choques e interacciones”<sup>11</sup>.

Es evidente que no estamos tratando con una disciplina (básicamente) cognoscitiva, una especialidad científica, sino una disciplina interpretativa y creadora de soluciones jurídicas. No se ventila un escueto proceso judicial sino que al considerarlo en su complejo contexto integral —en las antípodas de una visión legalista— podemos comprender una época entera. El Derecho se entiende no sólo “en relación” con la sociedad sino como elemento intrínseco, inseparable o indiscernible de ella. “Ciriaco...” es una recreación de la realidad por la forma y el punto de vista, por la selección del material, por la magistral disposición de los actores y elementos.

Muestra cómo en el Derecho cuentan mucho los casos singulares, que implican muchos ámbitos de la realidad en su concreción y en su cualidad, más que en su cantidad generalizable. No siempre es necesario generalizar en la investigación jurídica. Es la época, el ambiente, el sistema económico social, los impulsos subjetivos, las ideas, las creencias, las costumbres, los valores, el sistema judicial y la concepción del derecho, sin separaciones analítico abstractas, en vivo y en directo a través de una dinámica historia de amor.

Sólo para entender a Dionisia, la mulata que es “objeto” de la disputa judicial, el autor nos sitúa en el contexto de las vicisitudes de la raza africana en nuestro continente, con una fuerza de concentración que nos persuade de que no falta nada esencial. Un lector distraído tal vez se engañe con la función adjetiva, o el número de páginas de este subtítulo. Sin embargo, no es frecuente un

<sup>11</sup> *Ibidem*.

trabajo histórico-jurídico con tanta potencia sintética. Una historia de la esclavitud que, por otra parte, se presenta con un título más pictórico que científico; lo que no parece en absoluto casual: “El Paisaje Social de la Esclavitud”, en nueve páginas. Y no había otra alternativa para entender la situación de Dionisia, que reconstruir esa historia tan dura como importante, tan dolorosa como hermosa: sus voces, sus silencios. En particular la situación jurídica de la raza africana en sus varios matices en el Perú. Estas páginas son completamente necesarias y tienen un valor autónomo. Es una pequeña gran historia de una cultura que enriquece nuestra identidad: la cultura afro peruana. Pero esto todavía está lejos de ser todo.

En realidad, así como se resaltan las invisibilidades y los silencios pertinentes, (“El corregidor carece de rostro humano en el expediente, está oculto tras de una rejilla de títulos pomposos y fórmulas estereotipadas, como el sacerdote tras el confesionario. Pero no sólo no tiene rostro sino que ni siquiera tiene voz. El juez no habla nunca a los litigantes...”) en esta obra también se escuchan todas las voces necesarias (¿Quién habla? ¿Por qué habla? ¿A quién habla?). Y aún cuando se trate de las voces de los “tasadores” y “cirujanos” —secundarias aunque necesarias en el juicio— y a pesar de la concentración sintética de la exposición, da la impresión de una prolija exhaustividad, (“es preciso comprender la ubicación del cirujano frente al problema y la naturaleza de su dictamen”)<sup>12</sup>.

Así también, para explicar el sentido de la sentencia final se hace una límpida comparación de nuestro derecho actual con el de la Colonia, mucho más abierto e “impuro”. Comparación que, como ocurre con todos los puntos temáticos de este libro, y a pesar de ser dichos como de pasada y complementariamente, constituyen un singular aporte, con su propio valor o peso específico. “¿Qué mueve entonces a este representante de las clases favorecidas con la esclavitud a aceptar la abolición privada que propone Ciriaco?”. Se trataba de hacer valer una promesa de venta hecha por el amo de Dionisia, que le sirvió al corregidor o juez para conceder la libertad y no sólo el cumplimiento de dicho contrato. Y quizá la heterodoxa idea jurídica de Las Partidas de Alfonso X: “*Servidumbre es la más vil e la más despreciable cosa, que entre los omes puede ser*”<sup>13</sup>. Y el mismo Ciriaco que decía: “*Esta piadosa*

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Ibidem.

*intención (de comprar la libertad de mi esposa) solo viene rebestida de la Caridad y amor conq' sedeuen mirar a las mugeres proprias”<sup>14</sup>. ¿Y qué puede haber más importante que el amor?*

La Colonia se basaba en un derecho no sistemático en el que se utilizaba el Derecho romano como derecho positivo, o fuentes tan antiguas y prestigiosas como alejadas de la pureza moderna del derecho, como las Partidas de Alfonso el Sabio. Allí podemos encontrar ideas como la del párrafo anterior, o esta otra tan elocuente: *“Aman e cobdician naturalmente todas las criaturas del mundo la libertad, quanto mas los omes, que han entendimiento sobre todas las otras, e mayormente en aquellos que son de noble corazón”<sup>15</sup>.*

Y culmina el autor proponiendo una nueva teoría del derecho que fluye naturalmente del caso colonial y se hace explícita en el último capítulo que cierra esta obra paradigmática: “Hacia una teoría dinámica del Derecho”. Para esto ya había preparado el terreno en la Introducción haciendo una crítica magistral de la concepción jurídica del marxismo vulgar, tan simplista y equívoca como estéril. “El Derecho no puede entonces ser concebido como un juego de espejos que reproducen hasta el infinito la Gran Dominación: no se trata de que, detrás de las formas terminales de poder (contratos, juicios, etc), exista un enfrentamiento primigenio definitivamente resuelto entre bastidores (al menos para una época histórica) cuyos resultados son repetidos minuciosamente en cascada a través de todas las relaciones sociales (...). El Derecho se presenta como un conjunto de campos de batalla a diferentes niveles, como una multiplicidad de relaciones de fuerzas, cada una de las cuales tiene pedestales móviles, locales inestables”<sup>16</sup>.

En fin, esta obra da mucho más de lo que cualquier lector sensato podría esperar de la historia de un juicio. Por eso, si hay una palabra que resume lo que es esta obra esa palabra es plenitud, “sobriedad en la plenitud”. No describe un juicio solamente sino que ofrece una nueva concepción del derecho y del poder. Esta concepción del poder si bien se inspira o coincide parcialmente con las ideas de la microfísica de Michel Foucault, va más allá de ellas cuando se trata del derecho, pues, parte de una crítica a la visión penalista del derecho de Foucault que es análoga a la visión tradicional del poder: invariable, piramidal y en cascada. “El panoptismo jurídico de Foucault parece inspirado en la evolución

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Ibidem.

del Derecho Penal (...) El Derecho —en cualquiera de sus formas (proceso civil, penal, solución arbitral, solución mediante negociación entre abogados o entre las partes directamente, etc)— parece más bien una guerra reglamentada antes que una imposición transparente y vertical de un Poder superior. Es básicamente un enfrentamiento de poderes —dentro de los marcos concéntricos establecidos por los enfrentamientos previos— por lo que la sentencia o el contrato serán verdades resultantes o construidas y no simples demostraciones de una “verdad primigenia” que se encontraba oculta por la pasión o el interés de los litigantes o contratantes...”<sup>17</sup>.

“Ciriaco...” es un asunto judicial concebido por un dramaturgo. Como aparece en la contratapa del libro: “Trazegnies descompone este proceso con el objeto de reconstruirlo en toda su intimidad: identifica a los personajes de la historia, desmonta los mecanismos argumentativos, analiza los discursos del esposo y del amo de la esclava, se introduce en la medicina de la época para comprender el peritaje realizado por un cirujano, trata de penetrar en los criterios de los tasadores, en la mente del juez y del escribano; en una palabra, pretende reencontrar el gesto, la expresión, el tono de la voz de los actores que se ocultan entre las líneas del expediente”<sup>18</sup> ¿No es todo esto completamente cinematográfico o teatral?

## MODERNIZACIÓN TRADICIONALISTA

*“...muchos de ellos combinaron perfectamente el positivismo con su fe católica y con la defensa de una sociedad en gran medida tradicional”*

*Fernando de Trazegnies*<sup>19</sup>.

Sin salir de la historia, aunque ya no la historia de un caso judicial en particular sino la del Derecho de todo un siglo, —decisivo para la historia peruana actual—, y siempre dentro de la historia del Derecho, en esta parte intento recordar (más que “escribir sobre”) “La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX”, el segundo libro de nuestro jurista que tuve el gusto de leer, con un asombro que aumenta con cada relectura porque se ve más claro el conjunto y también porque uno está en mejor condición para gozar con los múltiples y microscópicos aportes, (verdaderas “birguerías”, diría un amigo

<sup>17</sup> Ibidem

<sup>18</sup> Ibidem

<sup>19</sup> “La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX”, Fondo Editorial PUCP, Pág. 223

español). Por ejemplo cuando se ocupa en específico de los juristas peruanos más destacados que expresaron con su conducta y sus ideas jurídicas la “modernización tradicionalista” en el siglo XIX<sup>20</sup>.

En esta obra, de la cual extraigo todas las citas de este sub título, la historia del Derecho tampoco es asumida como una especialidad científica, como un coto cerrado sin comunicación con el contexto en el que se desarrolla. Es una obra abierta con una temática histórica. Pero historia supone la totalidad de lo que ocurre, aunque se elija un punto específico, lo cual hace del objeto histórico algo siempre concreto y complejo. En otras palabras, “La idea del Derecho en el Perú republicano” es un libro de filosofía del derecho. Y esto no se opone sino que se complementa con que sea a la vez historia del derecho, ya que no es posible separarlos. La filosofía del Derecho puede ser abordada, entendida y asumida de diversas formas, por distintas entradas y pasadisos.

En este caso, por ejemplo, para poner en práctica esa remembranza y por razones de método y gusto por el minimalismo, tomo el concepto de “modernización tradicionalista”, lo hago mío y me centro en él, (Lucien Sfez llama a esta práctica “robos y operaciones de rapiña”, aludiendo a las fuentes de su propia obra). Y a partir de él comento el succulento libro. “El presente trabajo, señala su autor, pretende situarse en esa actualmente tierra de nadie —y, al mismo tiempo, “tierra de todos”— que reúne la Filosofía del Derecho con la perspectiva jurídico social. Su objeto es estudiar las concepciones sobre el Derecho y sobre el papel que debía jugar el orden jurídico dentro del proceso de modernización en el Perú del S. XIX”.

La diferencia es que aquí el acento no se coloca en los sistemas jus filológicos y la vinculación teórico polémica entre ellos, sino “en el proceso social que engloba los aspectos filológicos, jurídicos, económicos, etc”. Eso quiere decir que los encasillamientos o compartimentos estancos, metódicos y epistemológicos, explotan antes de ser aplicados a esta obra heterodoxa. El asunto o tema no pierde, por supuesto, su carácter histórico por enfocarse filológicamente, por ser filosofía de la historia. Más bien ello es inevitable. Conciente o no, no hay historia sin filosofía de la historia. Lo cual se conjuga muy bien con una perspectiva histórica que se reconoce como tal. Filosofía original y en verdad intempestiva, no sólo en el sentido de inesperada, sin antecedentes, sin semejantes, “sin tradición o modelo normativo” (Derridà), sino

<sup>20</sup> Ibidem.

también “contra el tiempo, por un tiempo por venir” (Nietzsche).

Y como no hay historia sin filosofía de la historia, sin la perspectiva del historiador, siempre habrá una idea de historia implícita. En consecuencia, siempre habrá interpretación. Y con la interpretación la determinante participación del sujeto, de la subjetividad, lo cual hace los estudios históricos más complejos aún. No hay neutralidad óptica, no hay asepsia ideológica ni aquí ni en ninguna parte. En este caso la idea de historia no es solamente la de un recuento lineal de hechos o datos del pasado, fechas o nombres obligatorios, sino la conciencia del presente a través de la interpretación de dicho pasado: lo que se quiere no son datos sino el sentido, el logos, la razón, los vínculos del todo. El logos, el sentido, la razón de ser, se configura a posteriori y no excluye las discontinuidades y la historia “eventual” (Foucault). El presente es el resultado de la concatenación de los múltiples hechos del pasado olvidado u oculto especialmente. Historia como conciencia, conciencia como camino de libertad. Y libertad como conciencia de lo que se necesita.

En este caso, por ejemplo, se trata “de saber por qué fueron bien recibidas las ideas de tal o cual filósofo extranjero, con qué otros hechos sociales concuerda el desarrollo de tal tesis o el empobrecimiento de tal otra, de qué manera la totalidad del proceso de modernización puede explicar —al menos parcialmente— el tipo de síntesis filosóficas que los juristas peruanos efectuaron”. Como se ve, el objetivo es la “totalidad del proceso”. Un objeto así solo puede abarcarse mediante la filosofía. Y en este caso la filosofía del derecho.

¿Qué es “modernización tradicionalista”? “... En líneas muy generales, nos dice el autor, podría decirse que este proceso se identifica por una recepción de un cierto número de elementos capitalistas, ligada a una profunda resistencia a todo cambio en la estratificación social: se quiere devenir capitalista, es decir, moderno, pero al mismo tiempo se quiere conservar las jerarquías sociales tradicionales”. Así se da la paradoja de una formación social moderna y tradicional a la vez. Y de ahí la mentalidad de sus componentes. .

No creo que haya algo más peruano en el plano de los conceptos, que éste de “modernización tradicionalista”. Y Fernando de Trazegnies lo explica y ejemplifica con tan buenos ejemplos, (una veintena de juristas que influyeron fuertemente en el Perú, entre otros muchos) que sus hipótesis de trabajo, —como él llama con modestia a sus espléndidas ideas— son criterio imprescindible para contrastar con las nuestras y con eso que se llama

normalmente “la realidad”. La experiencia (y no sólo la experiencia) me ha llevado a reconfirmar las “hipótesis de trabajo” de “La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX”.

La categoría de “modernización tradicionalista” es válida, vigente y aplicable aún para el presente y quién sabe para cuánto futuro todavía. No se trata, sin embargo, sólo de un acierto general, sino también de aciertos “microscópicos” en el sentido que Foucault daba a estos términos cuando hablaba de “microfísica” y “microanálisis” aplicado al poder. Debo aclarar también, de paso, que no pretendo escribir aquí, a nombre de una especialidad científica o a partir de un encasillamiento académico, sino de la común experiencia de ser peruano y bajo mi propia cuenta. Lo que digo aquí también es interpretación y por tanto soy el único responsable de ella.

Tal vez pueda decir que no escribo sobre la obra de Fernando de Trazegnies Granda, sino a través de él y por él. En las múltiples afinidades electivas y en las diferencias, que también son fuente de curiosidad e inspiración y las que con más fuerza nos tiran para adelante, nos tientan a seguir preguntando, a seguir dudando, a seguir sospechando hasta de las cosas más sagradas en mi caso. Es comprensible, entonces, que el suscrito esté completamente involucrado en el concepto de “modernización tradicionalista”. Sabemos de las cosas de los peruanos no sólo gracias a una encuesta en pueblos jóvenes o a una brillante investigación sociológica, sino por propia experiencia subjetiva. Y a veces se hace abstracción de este ingrediente decisivo: el papel de la subjetividad en las disciplinas que abordan al ser humano integralmente: filosofía, historia, etc.

“La idea del Derecho...” organiza, da forma y sentido a los datos sueltos completamente inconexos que uno puede tener (y que yo tenía de la historia del derecho peruano) hasta que lee ese libro. Todo se coloca en su sitio y la filosofía del derecho revela su necesidad al revelar su función integradora y totalizante. Y no sólo en cuanto a las ideas jus filosóficas en el Perú sino en cuanto a los sistemas jurídicos enteros. Todo queda bastante claro, la visión general y los detalles.

Siempre suele haber alguien que llega antes que todos y no siempre es muy comprendido por sus contemporáneos. De ahí que las objeciones que se le pueden hacer a una obra como la comentada “son perfectamente válidas, como dice su autor, si nos mantenemos en los feudos metodológicos existentes”.

Pero nadie nos obliga a mantenernos dentro de los “feudos metodológicos existentes”, a los cuales —confiesa el autor— no rinde “mayor pleitesía”<sup>21</sup>. Categorías adecuadas y creativas a la medida de la realidad peruana son beneficiosas para la comunidad, aunque la comunidad no se entere de ello. Y tampoco hay que olvidar que no hay neutralidad ideológica, que no leemos la realidad en estado de beatitud sino desde una perspectiva y toda perspectiva está contaminada histórica e ideológicamente. La verdad es una especie de mentira, una mirada sin perspectiva. Lo que hay, sin embargo, son puras perspectivas, lo cual no es necesariamente equivalente al relativismo, que cae en el “absoluto” en el momento de rechazarlo (“todo es relativo”).

La “modernización tradicionalista”, la nuestra, la peruana, no es sólo un problema del macrocosmos nacional sino que, como señala el autor, éste se reproduce en el microcosmos que representa cada peruano. Y cada quién puede hacer las comparaciones, contrastes o relaciones entre los dos cosmos desde su propia perspectiva. Una forma específica de “nosce te ipsum”. En suma, los peruanos no somos ni modernos ni pre modernos. O dicho crudamente: como comunidad no somos aún ni chicha ni limonada, quiero decir ni nación ni proyecto coherente. Salvamos el día cada uno por su lado y mantenemos el status quo. Por eso lo que fastidia no es ni la tradición ni la modernidad sino el abigarramiento y la desarmonía, la inconsistencia, la inconsecuencia, que producen inestabilidad, inseguridad, pobreza, mala educación, etc.

Eso es más grave y notorio en el plano de los valores. Aunque esa falta de armonía y coherencia se pueda ver a cada paso en las más distintas actividades: en política, en educación, en economía, en deporte, etc. Lo que no significa que esos ingredientes (moderno y colonial) sean simétricamente influyentes. Predomina la tradición, la pre modernidad. Lo que hay de moderno sirve para mantener la tradición y cierto poder tradicional que se renueva en sus componentes pero que se mantiene como poder tradicional. Tal vez por eso los conceptos o categorías que se usaban, por ejemplo en la izquierda de los años setenta —aunque también antes y después— eran demasiado maniqueos o macroscópicos. Y eso los hacía inoperantes en la teoría y en la práctica. De allí se deducían programas políticos, caracterizaciones, etc. Pero como el Perú no es un país moderno ni pre moderno exactamente sino mixto, hay que analizar como se conjugan (histórica, axiológica, social, individualmente) esos ingredientes

<sup>21</sup> *Ibidem*.

en concreto (las “múltiples determinaciones”) como lo hace bellamente “La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX”. Es otro atractivo más de los muchos que tiene esta obra.

El hecho de que en la perspectiva de la “modernización tradicionalista” la modernidad sólo tiene sentido si sirve al poder tradicional, a los intereses tradicionales más poderosos, no encaja ni en la modernidad pura ni en la tradición pura (“sus características se contraponen tanto a un fondo tradicional como a un fondo capitalista...”) En mi especulación todo esto es crucial en el ámbito de los valores: se conservan los valores tradicionales que no se armonizan y compatibilizan con los valores en que se funda la Constitución republicana y democrática moderna desde 1821. No nos decidimos por ninguno de los dos, queremos los dos: un poco de modernidad y un poco (demasiado) de tradición. Pero la realidad peruana actual prueba que esa conciliación no sólo es imposible sino la causa mayor del problema del sub desarrollo.

Eso provoca una cadena de incompatibilidades y, en consecuencia, otras tantas incongruencias, etc. El concepto de “modernización tradicionalista” resulta muy fructífero porque en él nos encontramos cara a cara con nuestra realidad personal y social más radical, además de su matriz conceptual, su estructura esencial sin solución de continuidad. Sin pretensiones científicas, este concepto es más provechoso que muchos conceptos o categorías denominadas, con injustificado orgullo, científicas, aún en el caso que lo fueran. Uno también puede llamarse a sí mismo científico sin serlo. Lo que no significa que el derecho sea menos interesante o importante o complejo que una ciencia especializada, porque no es así, malgrado el cientificismo.

## MICROCOSMOS

Gilles Deleuze decía que la filosofía es creación de conceptos. Y los conceptos son herramientas, sólo tiene valor instrumental. En este caso, por ejemplo, el concepto de “modernización tradicionalista” es una herramienta que nos hace ver la imprescindible necesidad de la filosofía del derecho y de la filosofía en general. Y no es necesidad menor. La “modernización tradicionalista” es en el Perú la realidad cruda y en la realidad cruda no hay conciliación posible en relación a la contradicción entre valores tradicionales y valores modernos, por lo menos en nuestras circunstancias peruanas. Lo que hay no es sino el predominio de un elemento sobre el otro. Realidad que el autor de

“La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX” define y ejemplifica desde la forma más general (la categoría de “modernización tradicionalista”) hasta los ejemplos o casos más específicos y concretos, los seres humanos individualmente considerados, los juristas peruanos más destacados que a la vez fueron expresión de la aludida “modernización tradicionalista”.

Cuando se ocupa de Bartolomé Herrera, por ejemplo, pareciera hablar de muchos colegas del derecho de hoy: “Herrera descarta la monarquía absolutista y la democracia”<sup>22</sup>. Y hasta hoy la política peruana parece así, aunque muchos se declaren demócratas sin serlo, es decir, “ni esto ni lo otro”: ni demócrata ni absolutista, ni capitalista ni comunista, ni moderno ni pre moderno, etc. “Las ideas de Herrera representan la posición conservadora dentro de un proceso de modernización”. Sin embargo, aclara inmediatamente que de ninguna manera “Herrera pretende adoptar una línea irremediabilmente tradicional. Por el contrario, acepta —aunque con muchas reservas— que la situación del Perú no es la de España y que no se trata meramente de conservar un país colonial del pasado sino de sentar las bases de una nueva nación. Pero en este proceso de creación de algo nuevo —desde el punto de vista político— se hace necesario preservar ciertos valores que no son del pasado sino de siempre, valores que se derivan de la naturaleza del hombre y de la sociedad (...)”. Aquí podemos parafrasear a Octavio Paz: las leyes son nuevas pero viejos los valores sociales...de Herrera. Valores del pasado, a pesar de Herrera, pero no valores “de siempre”: ni universales, ni eternos, ni divinos, ni naturales sino históricos o humanos.

Luis Felipe Villarán también está “imbuido de ese eclecticismo que caracteriza los autores que venimos reseñando, en el que se combinan elementos del jusnaturalismo tradicional con los del jusnaturalismo liberal comentado (...) a pesar del liberalismo reseñado, Villarán tiene en mente un tipo de sociedad que no corresponde al ideal liberal y que requiere todavía elementos de un jusnaturalismo más tradicional para asegurarse. Es interesante advertir que el empresario —ese nuevo personaje que pretende precisamente desarrollar su iniciativa privada y vivir de acuerdo a los principios liberales— es visto con desconfianza por Villarán”<sup>23</sup>.

Y aunque hay muy claras diferencias de matiz y hasta de color, más o

<sup>22</sup> “La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX”, Fondo Editorial PUCP, Pág. 92 y ss.

<sup>23</sup> Op. Cit. Pág. 141 y ss.

menos liberales, más o menos conservadoras, todos son casos distintos del mismo fenómeno de “modernización tradicionalista” jusnatural—positivista. He aquí algunas otras pinceladas: aludiendo a José Silva Santisteban afirma que “suponer que el proceso de modernización está muy avanzado y que sólo se requieren ciertos ajustes es afirmar que el Derecho y el Estado no deben tocar las bases mismas de la sociedad que son correctas sino simplemente remozarlas y adaptarlas a las circunstancias presentes; recordemos cómo hemos tipificado precisamente la denominada “modernización tradicionalista” por constituir un sistema dinámico de estructura de adaptación (...) Silva Santisteban se opone tanto a un pensamiento jurídico tradicional como también a un pensamiento “demasiado” liberal que pretende crear un sistema de reglas altamente abstractas, formales y generales (...) Combina Dios y la razón”<sup>24</sup>. Lo que muestra además lo avanzado que estaba para su tiempo José Silva Santisteban, un racionalista liberal a la peruana. Hoy día se sigue funcionando mentalmente de la misma manera. Por ejemplo cuando se habla de la “la consolidación de la democracia”. Una consolidación que se hace eterna. Una consolidación que no termina nunca porque no comienza nunca. Para consolidar la democracia es necesario vivirla primero, tratar de ponerla en práctica.

Otro caso semejante es el de Toribio Pacheco, que según el autor “asume una posición progresista liberal y trata de desarrollar un Derecho adecuado a la modernización. Sin embargo, su posición de principio resulta abstracta y teórica porque no llega a darse cuenta en forma explícita que la modernización peruana no es auténticamente liberal y que lo fundamental en el Perú del siglo XIX es, en el fondo, conservar una estructura de poder que puede ser mejor servida muchas veces por el instrumentalismo que condena antes que por la racionalización teórico formal de la doctrina a la que aspira”. Un racionalista moderno que en el contexto peruano resulta un conservador, porque la ley en el Perú no representaba el interés general sino el de grupos sociales o partidos políticos hegemónicos.

Igual ocurre con Francisco García Calderón, “una de las mentes más brillantes de su tiempo”<sup>25</sup> y también, como Toribio Pacheco, gran defensor de la ley en un país donde la ley era expresión de los intereses de las clases poderosas, muy bien representadas en el Parlamento. Lo cual es típico de la “modernización

<sup>24</sup> Op. Cit. Pág. 101 y ss.

<sup>25</sup> Op. Cit. Pág. 110 y ss.

tradicionalista”: “el grupo dominante que la lleva a cabo tiene interés en no perder las riendas del proceso, la ley puede constituir el instrumento más eficaz para mantener el control; lo que establece las bases sociales del positivismo (...)”. Esto explica la vigencia del positivismo, y no sólo en el ámbito académico, habida cuenta del carácter determinante de este último ámbito en la vida jurídica.

Ocurre algo muy semejante con Miguel Antonio de la Lama. Por un lado se trata de un jurista más tradicional que García Calderón, pues “su modernización tradicionalista tiene bases religiosas”<sup>26</sup>, “coloca el orden social bajo la incontrovertible autoridad de Dios (...) el orden natural es un orden de voluntad no de razón (...) Sin embargo, Lama cree en el progreso, cree en las posibilidades del ser humano que la filosofía moderna enfatiza (...)”. Eclecticismo no es, sin embargo, creación, no es reconciliación, no es una fusión que crea una nueva realidad superando sus componentes opuestos. En el eclecticismo los elementos permanecen uno al lado de otro, yuxtapuestos. No se intenta la conciliación porque se topa con su imposibilidad, aunque se cree en ella en abstracto.. Y no se quiere elegir aunque siempre se elija inevitablemente: la defensa de la tradición, del status tradicional.

Y también ocurre algo análogo con Manuel Atanasio Fuentes: “Entre todos los teóricos del Derecho cuyas ideas estamos reseñando, quizás el más influenciado por las ideas modernas es Manuel Atanasio Fuentes, aún cuando asume una posición muy conservadora en política”<sup>27</sup>. Conservador en el fondo, aunque liberal en algunos aspectos parciales. Eclecticismo; no heterodoxia creadora.

Pero más adelante también hace lo propio con los representantes de la “modernización tradicionalista” positivista, como Manuel Vicente Villarán, Federico León y León, Javier Prado Ugarteche, Cesareo Chacaltana, Alberto A. Elmore y Ricardo Ortiz de Cevallos. Y estos son sólo dos capítulos de la parte II de “La idea del Derecho...”. Del primero de los nombrados dice nuestro jurista: “La filosofía jurídica que Villarán enseña a fines de siglo en la Universidad de San Marcos sigue la temática kantiana; y, dadas las dificultades del kantismo en las relaciones entre los principios de la Ética y la positividad de las normas jurídicas, Villarán se mece entre un jusnaturalismo formalista que a veces encuentra insuficiente y un positivismo que le atrae por su aspecto científico

<sup>26</sup> Op. Cit. Pág. 124 y ss.

<sup>27</sup> Op. Cit. Pág. 131 y ss.

<sup>28</sup> Op. Cit. Pág. 241.

pero al que parecería faltarle una brújula moral<sup>28</sup>. En suma: ni positivista ni jusnaturalista, pero bebiendo de ambos sin unidad ni consistencia.

Con relación a esta supuesta o real falta de brújula moral (que sería la limitación de un Derecho concebido positivístamente) que produce un conflicto en el espíritu de Villarán, mi modesta hipótesis es que el conflicto de Villarán no se produce en la realidad misma, por así decirlo, sino en el espíritu de Villarán, debido a unas ideas inadecuadas de ética y de moral y de una inadecuada relación de éstas con el derecho. Y si me atrevo a opinar con desfachatez, es sólo por estar motivado por una jocosa enseñanza de nuestro jurista, según la cual “no hay que caer en la castración por evitar la fornicación”. Es importante porque Villarán es el paradigma que muchos discípulos han seguido con razón, dadas sus dotes de gran jurista peruano. Que estemos de acuerdo o no con él es otro asunto.

En resumen, se trata de lo siguiente: los positivistas (y en este aspecto Villarán lo es) distinguen entre moral (que en nuestro caso particular sería la moral católica y la moral cristiana de las iglesias no católicas) y derecho, (que es un sistema que se crea y funda en valores modernos) y a ellos les parece una limitación, un vacío, un fallo del derecho que no pueda consustanciarse con la moral, que no tenga “brújula” principista o valorativa, que es lo que ellos equivocadamente creen o insinúan. De tal manera que para ellos la ética moderna (que aquí es distinta y distinguible de la moral) no existiría simplemente. Sin embargo existe y es la “brújula” del derecho o debe serlo. Una ética moderna se basa en valores modernos: los mismos que el derecho democrático y republicano que es el nuestro.

En consecuencia, si la ética moderna es un conjunto de valores consustanciales al derecho en sentido moderno, basada, como dijimos, en la libertad, la dignidad, la igualdad de derechos, la tolerancia, el pluralismo, etc, el derecho moderno no necesita entonces una brújula moral porque implica una ética que es parte del derecho moderno mismo, conformada por esos valores que le son propios. Es una ética que aparece históricamente como una crítica de la moral tradicional, como en el caso de los filósofos de la Ilustración y sus descendientes. Asumiendo en este caso una idea de derecho posible, como la de Julien Freund: “una mediación entre ética y política”.

## CONTRAREFORMA

Volviendo a las conjeturas, también creo que la idea de modernización

“tradicionalista” se corrobora con otras ideas. Por ejemplo en relación con la idea según la cual somos “hijos de la Contrarreforma” de Octavio Paz, quien consideraba como grandes obstáculos a la modernización de nuestros ex virreinos, los obstáculos político-ideológicos: la poderosa influencia del absolutismo monárquico y la teocracia precolombina. Pero especialmente la Contrarreforma católica: “Somos hijos de la Contra reforma, dice Paz. Esa circunstancia, así como la influencia de las culturas pre hispánicas, han sido determinantes en nuestra historia y explican las dificultades que hemos experimentado para penetrar en la modernidad. Creo que esto ha sido particularmente cierto en los casos de los grandes virreinos: Méjico y Perú. La inestabilidad, dolencia endémica de América Latina, ha sido el resultado de un hecho poco examinado: la independencia cambió nuestro régimen político, pero no cambió nuestras sociedades” (“El Alba de la libertad”. La Gaceta, UNAM, Mejico). Por eso mantenemos mucho de la ideología pre republicana, colonial o pre moderna..

En resumen, cuando adoptamos la Constitución republicana y democrática moderna, nuestras sociedades estaban demasiado lejos de ser modernas y democráticas. Esta contradicción que no se resuelve ni se quiere resolver hasta hoy, produce inestabilidad política, como dice Paz. Y esa inestabilidad política genera a su vez inseguridad jurídica. Esto trae como consecuencia un limitado desarrollo económico, lo cual, a su turno, genera pobreza y miseria, es decir, sub desarrollo. Y las cosas básicamente no han cambiado. El problema matriz sigue igual: se mantiene la “modernización tradicionalista”, los variados e inconsistentes cambios parciales, burocráticos y superficiales de acomodo. No se resuelve la contradicción básica: leyes nuevas y sociedades viejas. Todo cambia para que nadie cambie.

¿Qué relación hay entre Contrarreforma y modernización “tradicionalista”? Como su nombre lo indica, la Contrarreforma supone, en primer lugar, un movimiento religioso político contra la Reforma protestante luterana, que dio lugar al cisma de la res pública cristiana y que es uno de los gérmenes esenciales de la modernidad, como el Renacimiento, la Ilustración o el descubrimiento de América. En esencia la Reforma fue una respuesta frontal contra la autoridad más poderosa de Occidente en ese momento: el Papa. La crítica a la autoridad, como se sabe sobre todo después del psicoanálisis, estimula la inteligencia porque desarrolla la capacidad crítica, (crítica significa

conocimiento y no denostación) La Contrarreforma, por su parte, es (literalmente) lucha a muerte contra lo que representa ese germen de modernidad, la Reforma protestante: gusto por el cambio, sentido de individualidad, actitud crítica frente a la tradición y capacidad autocrítica: imprescindible medio de desarrollo personal y social moderno. La Reforma no es exactamente la modernidad —Lutero abominó lo que él mismo había desatado— sino uno de sus cimientos históricos más importantes.

¿No fueron 30 años de miedo y terror, odio e intolerancia implacables entre católicos y protestantes?. España y no Roma lideraba la Contrarreforma, más papista que el Papa desde los reyes católicos hasta la democratización post franquista. Y cuando digo España quiero decir también nosotros los hispano-americanos que éramos parte del Imperio español, por lo que además de hispanos, como seguimos siéndolo, éramos en ese entonces españoles. Y por eso ahora hemos terminado siendo más papistas que los españoles actuales que se han decidido por la democracia y el desarrollo integral, gracias a lo cual salieron del sub desarrollo franquista. “Es bien conocido el hecho de que a lo largo del siglo XVI, se fueron enconando cada vez más los ánimos de los diversos campos en los que se había dividido la cristiandad. Mientras los protestantes fomentaban entre sus secuaces el odio más vivo contra todo lo católico, y en particular contra el Papa, los católicos presentaban a los protestantes como síntesis de corrupción y como víctimas de las más innobles pasiones. Mientras los luteranos y los calvinistas condenaban a muerte a los católicos por defender su fe, los católicos en Roma, en Francia y en España enviaban a la hoguera a los protestantes fieles a sus creencias (...) Índice de esta posición de antagonismo y apasionamiento de los dos campos son, a lo largo del siglo XVI y primera mitad del XVII, ante todo, el hecho de que cada una de las partes procuraba eliminar por completo a la otra del territorio que había logrado dominar. Así se llegó a establecer oficialmente el principio “Cuius regio, eius et religio”, la religión deber ser la del soberano. Por este principio se colocaba a los de confesión contraria ante la alternativa de cambiar de confesión y abrazar la dominante o emigrar. Al colmo del apasionamiento se llegó cuando se persiguió a muerte a los de confesión contraria”<sup>29</sup>. Y esas experiencias no se van así no más del alma humana. De ahí nuestras fuertes dosis actuales de intolerancia, despotismo y corrupción en todos los niveles sociales y políticos.

<sup>29</sup> “Historia de la Iglesia Católica” edad nueva. B. Llorca, Y. r. g. Villalobos, BAC pág. 913 Ediciones Cristianas.

Es verdad que también dentro del movimiento de Contrarreforma hemos tenido grandes representantes de la mística española en América Latina, el lado sublime de ese movimiento que se pensaba como uno de renovación, es decir, como no-reactivo, razón por la que no aceptaba la denominación de “Contrarreforma”. En cuanto a la mística, fue una experiencia humana grandiosa. Creo que se puede colocar al lado de San Juan de la Cruz y Teresa de Ávila a San Martín de Porres: una misma generación, un mismo espíritu, cada quien en sus circunstancias particulares. En consecuencia, no se trata de adoptar actitudes iconoclastas frente al pasado sino más bien de una “heterodoxia de la tradición”, como llamaba José Carlos Mariátegui a una actitud que no es ni iconoclasta, ni tradicionalista, ni ecléctica. Y creo que coincide con nuestro jurista en esa actitud frente a la tradición jurídica (y no jurídica). El también se siente heterodoxo: “Es muy grave menospreciar la tradición, porque ello supone intentar levantar un edificio sin hacer primero un estudio de suelos y sin aprovechar los materiales que ya tenemos a la mano. Es muy grave también sacralizar la tradición al punto de no distinguir entre el nivel del suelo en el que estamos de pie y el nivel de las capas geológicas anteriores. De esta manera puede suceder que nos convirtamos en topos. Que se mueven debajo de la superficie por corredores de un pasado sin darnos cuenta que éste ya pasó”<sup>30</sup>.

Este último es nuestro caso: somos topos. Y no es el catolicismo en general sino la Contrarreforma en particular quien probablemente tiene que ver más con esa situación, porque parece haber ocasionado una suerte de internalización popular de la represión eclesiástico judicial, análoga al moderno terrorismo de Estado, pero válida para el derecho de la época. De ahí las dificultades ideológico educativas. Solemos adoptar una actitud sumisa al poder, pasadista, conformista, re-activa, mimética, etc. Apostamos esencialmente por el pasado, la tradición, el orden y la autoridad, aunque se haga esa apuesta adoptando formas modernas, lo cual no es un gran ejemplo en educación. A eso se puede llamar eficacia de la Contrarreforma. Pero de valores modernos o cívicos muy poco, o de manera inconsecuente y contradictoria, como ocurre en los colegios: horas de religión católica, ensayos para desfiles pre militares y horas de educación cívica (cuando no sólo de lo primero) ¿Quién hace la conciliación en la cabeza de los estudiantes?.

Sin embargo, proviniendo de una ciudad que según Basadre representa

<sup>30</sup> “La idea del Derecho...”

la República, es un deber recordar que una República es un sistema político laico, democrático y social. Y por eso hay derecho a preguntar: ¿qué puede representar toda esa simbología en el Te Deum, cada 28 de julio, sino la sumisión a la tradición? De ahí la importancia de la idea —tal vez poco científica— de “hijos de la Contrarreforma”, para entendernos como ex virreinos, o colonias supérstites. El espíritu contra reformado está bien vivo y se expresa en los diversos autoritarismos sociales que parecen haberse fijado a una época pasada con prolongación hasta la nuestra, —por falta de ruptura.

Toda esta herencia contra reformada va perfectamente bien con el concepto de “modernización tradicionalista”. Frente a la contradicción entre valores tradicionales y valores modernos que siempre sufrimos sin resolver, se intenta o se cree poder conciliar lo inconciliable. Y como eso no es posible, cuando colisionan esos valores hay que elegir uno u otro (tercio excluido) y siempre se eligen los valores tradicionales. Aún los elementos o ingredientes modernos, como ya se dijo, son medios para preservar el poder tradicional en el proceso de “modernización tradicionalista”. De ahí el eclecticismo teórico y la indiferencia frente a los valores modernos, la libertad, la tolerancia, la igualdad, la dignidad. Nadie logra conciliarlos con los valores tradicionales porque son incompatibles de principio.

Hay eclecticismo porque la contradicción de valores no se resuelve, es decir, no se elige uno de los términos sino que se “quiere todo”: tradición católica y democracia moderna. Se elige no elegir aunque se elija de hecho la tradición. De ahí que no se asume la modernidad integral o consistentemente (su política, su economía, su educación, etc) y por tanto como prioritaria frente a los valores tradicionales realmente existentes. Esto no quiere decir que postulemos descartar de plano la tradición, sino en la medida que dificulte, impida o bloquee la posibilidad de una modernización integral. Por lo demás, no se trata de mantener la tradición sino de renovarla y vivificarla. En educación, los valores cívicos frente a los tradicionales; en política la reforma del Estado, especialmente la del poder judicial, etc.

En nuestras sociedades contra reformadas muchos grupos de poder además de heredar ese carácter intolerante, autoritario y centralizante, que va de lo doméstico a lo político (al más alto nivel) son también expresión, a su modo, de la “modernización tradicionalista”. Por eso en sus discursos aparecen a la vez como muy católicos y muy demócratas. Pero teniendo en cuenta que la

democracia es un sistema —medio— o instrumento para la libertad, la igualdad, la dignidad, etc, uno se puede preguntar cómo se produce específicamente esa conciliación de valores demo liberales con el espíritu viviente de la Contrarreforma. El eclecticismo no es una solución sino el problema.

Lo cual no niega que la relación entre modernidad y tradición sea conciliable en otros contextos. Y será posible entre nosotros si renovamos nuestra cosmovisión predominantemente tradicionalista y pre moderna. Esto en el ámbito de la educación es fundamental. Un ejemplo de esa conciliación posible entre modernidad y tradición es el caso de Japón. Ellos decidieron abrirse a Occidente y al hacerlo asumieron, a su modo, una forma de modernización que iba bien con los valores del Japón tradicional, con ventaja. Lo cual, sin embargo, no fue sencillo ni pacífico, (el suicidio del escritor, actor, y experto en artes marciales, Yukio Mishima, mediante el rito del “seppuku”, es muy significativo) pero en Japón por lo menos era posible, los valores en juego eran conciliables.

En nuestro caso el problema es que uno de los elementos de la contradicción —el tradicional— es opuesto al elemento tradicional, es decir no conciliable. Ese elemento tradicional nuestro, por sus propias características intrínsecas, hace imposible la conciliación cuando colisiona con valores modernos, como ocurre con todas las verdades eternas, absolutas y únicas. Mientras que en la cosmovisión japonesa, en su concepción dialéctica, vacía o recipiente del mundo, se concilian el budismo Zen y el Shintoísmo o la ética samurai con la modernidad occidental. Y además el Japón es un país mucho más viejo que el Perú.

Como país, como Perú -dice Raúl Porras Barrenechea- entre otros, hemos nacido con la Conquista. Por tanto no tenemos ni quinientos años cumplidos, sin embargo muchos peruanos no piensan así, (hay algunos que hablan de 10,000 años, de “cultura milenaria”, etc). El asunto sigue siendo discutible todavía, sigue sin resolverse en el alma de muchos. ¿Desde cuándo existe el Perú y por qué? ¿Qué es el Perú? No está claro. Y esto nos lleva a los problemas de identidad; otro gran tema de la rica visión de nuestro jurista.

## EL FALSO NOSOTROS

*“Es sólo la combinación de los dos sueños que desvela el misterio y hace ricos a ambos”.*

*Fernando de Trazegnies Granda<sup>31</sup>.*

No creo que abunden los países en que, como el nuestro, sus gentes tengan vergüenza de una de sus dos señas principales de identidad (la andina) aunque no lo reconozcan o lo oculten; y simultáneamente desconozcan, nieguen o renieguen de la otra seña esencial (la hispana) en su propio idioma. En los años que enseñé he hecho muchas y variadas encuestas entre los alumnos. Lo que se ve a primera vista es que la gran mayoría no sabe claramente a qué cultura pertenece.

Los que no han sido demasiado ideologizados por el indigenismo reconocen que somos una cultura mestiza. Pero no parecen hacerse problemas respecto a reconocer lo particular en ese mestizaje específico: que la predominancia hispánica, es decir, europea u occidental, es apabullante: por la moral o religión (católico hispana) por la estructura mental aristotélico—platónica (griega), por el Derecho (romano) y por la lengua (greco latina) que es “la sangre del espíritu”, como decía Unamuno. Y también parecen ignorar esto mismo, que se trata del espíritu, de la cultura y de la historia, no de la raza; que para determinar la cultura a la que se pertenece no importa ni la sangre ni la etnia, ni el color de la piel, sino la lengua, la religión, la estructura mental, el sistema de organización político jurídico y otros detalles como esos.

El “falso nosotros” —otro concepto iluminador de la obra de Fernando de Trazegnies— emerge nuevamente al exterior en forma de hecho político social con el fenómeno nacionalista (que siempre está latente, que siempre está ahí): “nosotros” en este caso significa lo andino que excluye lo hispano, es decir, lo europeo u occidental, aunque se hable ambiguamente de “cobrizo” y se haga de este asunto una cuestión de color y se genere más racismo al revés: anti blanco, anti hispano, anti occidental, anti europeo.

Lo malo es que creerse ajeno a lo que uno es, hacerse ajeno a uno mismo, es propiamente la definición de la enajenación. No son sólo vocablos intelectuales “retro”, sino problemas irresueltos en el “yo” de muchos peruanos y no sólo de los indigenistas. Es importante porque además el indigenismo dejó de ser una ideología de elite hace varias décadas al penetrar en la cultura popular de la peor manera: por la vía del re-sentimiento.

Y he aquí que se hace necesario e ineludible estudiar el fenómeno y el concepto poco estudiado de re-sentimiento (a pesar de su clara pertinencia). El

<sup>31</sup> “El Perú y el nuevo mundo” Revista “Kuraq”, pag. 18. Arequipa. Octubre 1997. Año 1, No. 1

renegar de lo que uno es en gran parte —la parte fuerte— por identificación excluyente con la otra parte —la parte débil— no es un signo de salud. Somos conquistados y conquistadores, mestizos más allá de la raza y de la sangre, mestizos por algo que es más importante y decisivo: el espíritu. Lo cual no significa que proponga fijarnos como rígidas mariposas atravesadas por el cruel alfiler a nuestra “auténtica” identidad mestiza, —una vez descubierta o reconocida— sino de amplificar el mestizaje. La identidad no sirve de fijador sino de punto expansivo, al reconocerse se puede ir diluyendo en otros horizontes hasta hacerse irreconocible, ganando en riqueza y universalidad. Un peruano no puede estar 20 años en Japón tratando de evitar todo contagio para preservar su identidad. Tendrá que devenir necesariamente peruano-japonés si se queda allí. Esa será su auténtica identidad, su devenir peruano-japonés..

Borges o Vallejo no dejaron de ser profundamente sudamericanos, cada uno en su propio país y estilo, porque fueron profundamente hispanos, es decir, europeos y occidentales. El coincidir con el Surrealismo o el movimiento Dadà no hace menos andino a Vallejo. Ni qué decir de Borges, el más “europeo” de los escritores latinoamericanos. Y que no digan que los peruanos que viven más arriba de cuatro mil metros sobre el nivel del mar no son occidentales y mestizos, porque lo son de muchas maneras, pero sobre todo por su cristianismo, por más sincrético que sea, o por ello mismo. El caso del gran poeta puneño Carlos Oquendo de Amat es un gran ejemplo de identidad mestiza plenamente florecida. Un poeta cosmopolita de los años veinte, a orillas del Titicaca, a 3,800 metros sobre el nivel del mar.

Es curioso que sea un azangarino, (como el suscrito que firma este ensayo) el personaje de un cuento de “Imágenes rotas” de Fernando de Trazegnies: Manuel Choquehuanca, quien representa el mestizaje en dicha obra, si se puede decir, y formula su concepto con algunas bellas y precisas frases. Me sorprende no sólo porque compruebo con alegría mi común interés con el autor por este hondo problema peruano (el mestizaje y en particular el problema del “falso nosotros”) sino también porque lo siento y vivo de la misma manera: “Soy indio, pero también algo más; soy español, pero también algo más. Esta doble vinculación no me ata dos veces sino que me permite tomar distancia y liberarme de todas las sangres. Simplemente soy libre: los materiales que se me han dado son variados y estoy agradecido por ello; pero tengo que usarlos para inventarme a mi mismo”<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> “Imágenes rotas” Fernando de Trazegnies Granda, 1992 Edición el Dragón Lima pág 15 “Doble traición”.

## **BIBLIOGRAFIA**

- DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. “La idea del Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX”.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. “Ciriaco de Urtecho, litigante por amor”.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. “Imágenes rotas”.
- “Hablemos de cine” N° 8 (1969).

## **“NOTA BIBLIOGRÁFICA AL <DIREITO PENAL, PARTE GERAL> DE DANIEL ANDRÉS RAIZMAN”**

Por: Julio Armaza Galdos\*

“Nota bibliográfica al <Direito penal, Parte geral> de Daniel Andrés Raizman”, Editora Saraiva, São Paulo, 2008 (un volumen de 232 pp.).

El libro del que se da cuenta –por cierto elaborado por uno de los más jóvenes discípulos del profesor ZAFFARONI que, con brillo, ejerce la docencia universitaria en Río de Janeiro (Brasil)–, está integrado por 26 Capítulos y 30 cuadros sinópticos. Aunque el autor sigue muy de cerca las ideas de su maestro, lleva adosadas pertinentes referencias al Código penal del Brasil de las que, por lo pronto, carece el "Derecho penal, Parte general" de ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR.

La sólida formación de RAIZMAN, acusada en cada una de las páginas que integran el libro, hace prever que en contados años será reconocido como dogmático de nota más allá del ámbito académico carioca para, según deseamos, colocar su nombre allende cualquier frontera hispanohablante.

El contenido del trabajo reseñado, según es de verse, tiene la siguiente estructura: "PRIMERA PARTE: FUNDAMENTOS GENERALES. Capítulo 1. Concepto, caracteres y método del Derecho penal (pp. 1 a 7); Capítulo 2. La pena y la función del Derecho penal (pp. 9 a 20); Capítulo 3. Principios informadores del Derecho penal (pp. 22 a 30); Capítulo 4. La ley penal. Vigencia y condiciones de su aplicación (pp. 32 a 43). SEGUNDA PARTE: EL DELITO. Capítulo 5. Estructura de la teoría del delito. Principales modelos (pp. 45 a 52); Capítulo 6. La acción (pp. 54 a 57); Capítulo 7. La tipicidad (pp. 58 a 62); Capítulo 8. Tipo

\* Profesor de Derecho Penal.

activo doloso (pp. 64 a 88); Capítulo 9. Tipo activo imprudente (pp. 90 a 96); Capítulo 10. El tipo omisivo (pp. 98 a 102); Capítulo 11. La antijuridicidad (pp. 103 a 110); Capítulo 12. La culpabilidad (pp. 112 a 123); Capítulo 13. Problemas particulares de la tipicidad (pp. 125 a 127); Capítulo 14. Las etapas del delito (pp. 128 a 135); Capítulo 15. Concurso de delitos (pp. 137 a 144); Capítulo 16. Concurso de personas (pp. 146 a 155); TERCERA PARTE: LAS CONSECUENCIAS DEL DELITO. Capítulo 17. La respuesta punitiva (pp. 157 a 159); Capítulo 18. La pena privativa de libertad (pp. 160 a 167); Capítulo 19. Aplicación de la pena privativa de libertad (pp. 169 a 180); Capítulo 20. Pena restrictiva de derechos (pp. 182 a 185); Capítulo 21. La suspensión de la pena (pp. 186 a 191); Capítulo 22. La pena de multa (pp. 193 a 194); Capítulo 23. Medidas de seguridad (pp. 195 a 197); Capítulo 24. Efectos particulares de la condena (pp. 198 a 200); Capítulo 25. Liberación condicional (pp. 201 a 204); Capítulo 26. Rehabilitación (pp. 205 a 206); Capítulo 27. La punibilidad y sus causas extintivas (pp. 208 a 231)".

De la muy nutrida bibliografía utilizada por el autor, destacan los trabajos de Nilo BATISTA, Heleno Cláudio FRAGOSO, Nelson HUNGRÍA, Juarez TAVARES, C. R. BITENCOURT, Aníbal BRUNO, L. REGIS PRADO, y, por supuesto, J. H. PIERANGELLI.

El ejemplar que tuvo la gentileza de entregarnos el autor hace unos días –mismo que, en la carátula interior lleva una nota manuscrita referida a la circunstancia y fecha en que le conocimos– siempre ocupará un lugar preferente entre los libros de consulta que utilizamos para el cumplimiento cotidiano de nuestras labores universitarias y, como es de suponer, podrá libremente ser consultado por nuestros alumnos para que, con seguridad, puedan despejar sus dudas y aproximarse al estudio del Derecho penal de la hermana republica del Brasil.

# BIOMETRÍA INFORMÁTICA: EL IRISIDEN, UNA MIRADA VIGILANTE

Por: Ana Karin Chávez Valdivia\*

**SUMARIO:** 1.Biometría informática. 1.1.Tipos de biometrías. 2.Irisiden: identificación basada en el análisis del iris. 3.Implicancias actuales y futura del la biometría informática. 4.Enfrentando dos grandes disyuntivas.

La duda sobre si nos estaremos acercando cada vez más al universo de *Minority Report*; un espacio urbano dominado por los avances tecnológicos en el cual, la búsqueda de la seguridad más absoluta ha sacrificado nuestros derechos fundamentales permitiendo que la tecnología deshumanice y condicione al individuo debido a su intromisión y control constante de la existencia humana; parece ir encontrando una respuesta: Es el mundo que estamos creando.

El actual grado de invasión a la intimidad y limitación de la libertad, supera la utopía concebida por el propio George Orwell; por tanto, quizá *Minority Report*, sea una película, que intente hacernos reflexionar sobre hasta que punto estamos dispuestos a renunciar a la libertad con tal de controlar el caos. Un mundo libre exige que se produzcan sucesos que no podemos controlar y mucho menos prever, por tanto un “control total” implicaría un mundo cada vez menos libre.

La pregunta sería, ¿es posible utilizar las nuevas tecnologías de control respetando las exigencias fundamentales de la vida humana?. Sabemos bien, que hace mucho tiempo nos alejamos de la tradicional “cultura del papel”, lo que nos llevó a tratar temas nuevos- en ese entonces- como la desmaterialización del derecho en materia de contratación moderna, entre otros varios; sin embargo,

\*Docente Universidad Católica de Santa María. Doctora en Derecho. Magister en Derecho de la Empresa.

actualmente, la tecnología nos brinda otra posibilidad: la utilización de las técnicas biométricas para identificar “sin papeles”, sino a través de los rasgos fisiológicos o de conducta del individuo, las que se han convertido en un método internacional de identificación cuya “globalización” trae consigo un replanteamiento de cuestiones no solamente éticas sino también jurídicas, que nos enfrenta a dos grandes disyuntivas: “Seguridad de todos versus libertad de cada uno” y “Verificación de Datos personales o identificación de las personas”; cuestiones ambas, que nos llevan a adentrarnos en el tema de la Biometría Informática y el controvertido uso de sus técnicas.

## 1.- BIOMETRÍA INFORMÁTICA

El alto costo de las tecnologías, los dudosos niveles de éxito- dependiendo del tipo de técnica biométrica usada- y el riesgo de violar los derechos fundamentales de las personas, ha frenado durante años el crecimiento de la biometría. Sin embargo, la tensión en que la amenaza terrorista ha sumido a numerosos países ha propiciado que la biometría esté comenzando a vivir su edad de oro, hasta el punto que, dentro de pocos años será habitual la total convivencia con estos sistemas de control, entre los cuales encontramos el irisidén. La principal ventaja de esta tecnología es que es el sistema de seguridad más fiable en la actualidad.

La Biometría Informática ha sido definida como la aplicación de técnicas biométricas destinadas a la autenticación e identificación automática de personas en sistemas de seguridad informática. Las técnicas biométricas se basan en medir al usuario directa o indirectamente para reconocerlo automáticamente aplicando técnicas estadísticas y de Inteligencia Artificial.

Pero, ¿qué es la biometría?. La palabra biometría tiene dos significados:

- El concepto tradicional de biometría se refiere a la aplicación de las técnicas matemáticas y estadísticas al análisis de datos en las ciencias de los seres vivos, como la medicina o la biología<sup>1</sup>.
- El contexto tecnológico de la palabra biometría se refiere a la aplicación automatizada de técnicas biométricas a la certificación, autenticación e identificación de personas en sistemas de seguridad. Las técnicas biométricas se utilizan para medir

<sup>1</sup> Esta definición enmarca una disciplina que se inició a principios del siglo XX.

características corporales o de comportamiento de las personas con el objeto de establecer una identidad. Para diferenciar estos conceptos, organizaciones y autores han dado un nombre compuesto al contexto tecnológico como biometría informática y autenticación biométrica<sup>2</sup>.

En consecuencia, ésta tecnología permite establecer una relación entre una persona y un determinado patrón asociado a ella de forma segura e intransferible<sup>3</sup>. La diferencia principal de los métodos biométricos de identificación con los métodos clásicos radica en que la propia persona es la "llave". Dicha llave no puede ser perdida ni robada y su falsificación resulta cuanto menos costosa<sup>4</sup>.

### 1.1.- TIPOS DE BIOMETRIAS.-

- a) Biometría estática: mide la anatomía del usuario: Análisis del iris (irisiden)<sup>5</sup>, huellas digitales, geometría de la mano, termografía, venas de las manos<sup>6</sup>, reconocimiento facial<sup>7</sup>, patrones de la retina, etc.
- b) Biometría dinámica: mide el comportamiento del usuario: Patrón de voz, firma manuscrita, cadencia del paso<sup>8</sup>, análisis gestual, dinámica del tecleo, etc<sup>9</sup>.

No cualquier característica anatómica puede ser utilizada con éxito por

<sup>2</sup> Boletín Tress, julio 2005, Introducción a los biométricos, <http://www.tress.com.mx/boletin/julio2005/biometricos.htm>

<sup>3</sup> Desde la antigüedad, el hombre ha tratado de controlar el acceso a determinados lugares, o a determinada información. Los sobres lacrados con el sello real, el conocimiento de un santo y seña, la utilización de un determinado uniforme, la posesión de una determinada llave, han permitido desde siempre el acceso a lugares restringidos. En la sociedad digital, se han sustituido los objetos anteriores por contraseñas, números PIN, certificados digitales, firmas digitales; sin embargo, estos objetos o datos pueden ser robados, falsificados, filtrados o deducidos, por lo que se les tiene por no seguros.

<sup>4</sup> Robotiker, Técnicas biométricas para la identificación y verificación de las personas [http://revista.robotiker.com/revista/articulo.do?jsessionid=7F436FE61C1FB3C69821FD9208A3ACFC?method=de\\_talle&id=67](http://revista.robotiker.com/revista/articulo.do?jsessionid=7F436FE61C1FB3C69821FD9208A3ACFC?method=de_talle&id=67)

<sup>5</sup> En Emiratos Árabes, los pasajeros deben de fotografiar su iris para cruzar la frontera, un sistema que se emplea para impedir que oculten su identidad los cerca de 420.000 inmigrantes que han sido expulsados anteriormente del país y de los que se guarda una imagen de sus ojos en una base de datos. En cambio, en el aeropuerto israelí de Ben Gurion se utiliza la estructura de la mano como factor biométrico, pero para identificar de forma rápida a los viajeros frecuentes que, por ello, se benefician de diversos privilegios.

<sup>6</sup> Como precisó Ioannis Maghiros, investigador del IPTS que ha estudiado junto a Burgelman el posible impacto de los métodos biométricos en la sociedad, una de las soluciones más innovadoras inventadas en Japón consiste en mirar unos milímetros bajo la piel con un escáner fotográfico y comprobar el dibujo de las venas de la mano. "Se ha empezado a trabajar en sistemas que miden rasgos internos del cuerpo, como la temperatura o el flujo de sangre habitual de una persona, y que pueden resultar mucho más seguros", relató Maghiros. "En el caso de las venas, se evita que un delincuente corte la mano a una persona para suplantar su personalidad, pues se aprecia si circula o no la sangre".

<sup>7</sup> Australia desde hace tiempo utiliza en sus aeropuertos la llamada "puertas inteligentes", que usa la identificación facial para permitir el paso de la tripulación de la aerolínea Qantas.

un sistema biométrico ya que previamente debe cumplir con las siguientes características: *Universalidad, Unicidad, Permanencia y Cuantificación*

## **2.- IRISIDEN: IDENTIFICACIÓN BASADA EN EL ANÁLISIS DEL IRIS**

Como señalamos anteriormente, Las técnicas biométricas usan características o comportamientos fisiológicos propios de cada individuo para identificarlo. El reconocimiento del iris es una técnica muy reciente en el ámbito de la identificación personal y es considerada como uno de los medios más certeros y fiables dentro de la biometría<sup>10</sup>.

La importancia del iris radica principalmente en el carácter único e individual para cada persona, siendo esto una de las principales ventajas de su uso en el campo de la seguridad empresarial y valuarte de su éxito y propagación por numerosos países en el mundo. Del mismo modo destaca también su carácter no invasivo, entendido como la capacidad para capturar los rasgos biométricos (la imagen del iris) sin necesidad de usar un medio que entre físicamente en contacto con el sujeto analizado<sup>11</sup>.

Aun pareciendo un sistema relativamente moderno, el uso del iris como medio de reconocimiento de personas nace a finales del siglo XIX para la identificación de criminales. Sin embargo, no es hasta finales de los años 80 cuando se retoma el estudio del reconocimiento de iris como medio eficaz de identificación.

<sup>8</sup> La preocupación por la seguridad en la Unión Europea ha disparado el interés por los sistemas biométricos de reconocimiento electrónico de personas. Un individuo camina con prisa por el pasillo de un aeropuerto. Mientras avanza, una cámara sigue sus pasos y envía las imágenes a un ordenador que determina un patrón de movimiento de sus piernas para compararlo con los registrados en una base de datos. Antes de llegar al final del pasillo, el individuo es identificado y las puertas de acceso se abren, sin necesidad de mostrar documentación alguna: Su credencial es su propio cuerpo. El análisis del modo de caminar constituye uno de los últimos sistemas biométricos para el reconocimiento electrónico de las personas, unas tecnologías que no sólo se espera que sean aplicadas en breve en las fronteras europeas, sino que pueden irrumpir pronto en muchos ámbitos de la vida cotidiana. La identificación por el modo de caminar se puede efectuar a gran distancia, dado que basta con tomar imágenes con suficiente resolución como para distinguir el movimiento de las piernas y las articulaciones. Otra variante más complicada es por medio de un teléfono móvil, lo que permite deducir las secuencias de los pasos de una persona a partir del balanceo del aparato con el que habla. Véase <http://www.belt.es/noticias/2005/noviembre/28/biometria.asp>

<sup>9</sup> En Biometrics 2006, novena feria especializada en Biometría, que tuvo lugar en Londres en octubre del 2006, pudo observarse diferentes tecnologías exitosamente usada en diversos sectores, tales como la termografía, el análisis del iris, el análisis de la retina, entre otros. Véase <http://www.biometrics.elsevier.com/exhibition.htm>

<sup>10</sup> El iris humano, es un anillo entre la pupila (generalmente, aparece en negro en una imagen) y la esclera (parte blanca que compone el ojo). El iris contiene gran cantidad de características muy precisas como, bastoncillos, coronas, pliegues, etc. Estas características visibles que son conocidas como textura del iris, son únicas y propias de cada individuo.

<sup>11</sup> Un sistema neuronal para la identificación basado en el iris Identificación persona mediante análisis del iris. Véase <http://www.lcc.uma.es/pfc/PFC403.doc>

En general, un sistema típico de reconocimiento del iris incluye: la captura de la imagen del iris, comprobar que el iris pertenece a una persona viva y el reconocimiento de dicho iris.

·*La captura de la imagen del iris* implica capturar una secuencia de imágenes del iris de un sujeto usando un sensor diseñado específicamente para dicha función.

·*Verificación* de la naturaleza viva de la imagen del iris, para evitar falsificaciones y comprobar que el iris pertenece a una persona viva y no es ningún video, o secuencia de imágenes, ojo de cristal o cualquier otro artefacto.

·*Reconocimiento del iris*, es la parte principal del sistema y se encarga de recoger las características más importantes de la imagen para su posterior comparación con los patrones almacenados en la base de datos.

Actualmente la investigación en el campo del reconocimiento del iris está desarrollando numerosas técnicas con el propósito de mejorar la eficiencia y la rapidez. John Daugman es el autor del algoritmo que actualmente usan la mayoría de sistemas<sup>12</sup>.

### 3.- IMPLICANCIAS ACTUALES Y FUTURAS DE LA BIOMETRIA INFORMATICA

Hoy en día, el uso más extendido de la biometría informática está orientado a la seguridad y al control de las personas y de sus acciones; es decir, a ser un “Sistema Vigilante”.

En este sentido, encontramos que esta tecnología se aplica tanto a sistemas de control de acceso a lugares de alta seguridad, zonas restringidas o control de fronteras, entre otros<sup>13</sup>; como a conseguir mayor seguridad en los

<sup>12</sup> La compañía inglesa xVista ha anunciado que acaba de poner apunto un escáner de iris para teléfono móvil destinado a sustituir al código PIN de los móviles, este escáner necesita menos de un segundo para comprobar la identidad del usuario. Se trata del primer escáner de iris que es suficientemente pequeño para integrarse a teléfonos móviles. En Física y Sociedad. Véase <http://www.fisicaysociedad.es/VIEW/default.asp?cat=812&id=2001100>

<sup>13</sup> El sistema funciona en el aeropuerto de Schiphol de Ámsterdam con el acuerdo de IBM, y Francfort, en Alemania. En Estados Unidos se está instalando en Charlotte, en Carolina del Norte, y está pensada su implementación para fin de año en el John Fitzgerald Kennedy de Nueva York y el Washington Dulles. Catorce aeropuertos internacionales canadienses también analizan adoptar el sistema. En el británico Heathrow, el método está en periodo de prueba desde febrero de este año. Véase <http://www.airportnewseize.com/publicaciones/seguridad.htm>. Por otro lado, en Inglaterra llevan probando desde hace años cajeros automáticos capaces de reconocer el iris de los usuarios.

sistemas de comercio electrónico, pago electrónico a través de Internet, banca electrónica, DNI electrónico (e-DNI), validación de firmas digitales por medio de una llave biométrica, marketing personalizado, autenticación de personas en aplicaciones de voto electrónico y de voto por Internet etc., e indiscutiblemente a la investigación criminal.

Sin embargo, su uso no sólo está limitado a éstas áreas, sino que también se está extendiendo a otro tipo de aplicaciones relacionadas con la interacción Hombre-Máquina, de esta forma un ordenador puede controlar el cansancio o el estado de ánimo de determinadas personas para verificar si están capacitadas para llevar a cabo alguna acción midiendo los marcadores biológicos correspondientes (por ejemplo el control de la frecuencia de parpadeo de un conductor de automóvil), facilitar la labor de "fichar" a los trabajadores de la empresa evitando posibles fraudes con el sistema tradicional de fotocheques<sup>14</sup> y en otros campos aún en desarrollo, estará sirviendo a otros fines<sup>15</sup>.

#### 4.- ENFRENTANDO DOS GRANDES DISYUNTIVAS

Nos preguntamos hasta que punto deviene en razonable sacrificar "la libertad de cada uno" en pro de "la seguridad de todos"- y paradójicamente y al mismo tiempo- "la inseguridad de cada uno".

El tema pasa por determinar si las políticas de seguridad están confrontadas por nuestro derecho a la libertad individual (seguridad vs. libertad), o si tal vez, tras un análisis de ponderación dentro de un nuevo contexto situacional, la seguridad se convierta en un derecho fundamental del cual derive el hasta ahora derecho inherente a la naturaleza del hombre: la libertad; ya que sería la única forma de preservar un derecho originario<sup>16</sup>.

Sin embargo, los que propugnan la existencia de un nivel de seguridad total, en perjuicio de "algo llamado libertad" parecen ser los más.

Al ser la libertad un derecho fundamental que ha acompañado al

<sup>14</sup> Actualmente, la compañía Coca Cola, viene utilizando el sistema de geometría de la mano para controlar a sus trabajadores

<sup>15</sup> En Francia una escuela primaria ha introducido un sistema de escaneo de iris con la capacidad de escanear a los niños de tal modo que al momento en que seleccionan artículos en el comedor del colegio se les carga el monto automáticamente a su cuenta. Véase: [http://www.biteproject.org/future\\_technologies.asp](http://www.biteproject.org/future_technologies.asp)

<sup>16</sup> No olvidemos que fueron precisamente los atentados terroristas que cobraron cientos de vidas, los que marcaron un punto de inflexión en las costumbres de la sociedad que al reclamar mayor seguridad, se obsesionaron con el tema, hecho que impulsó de manera exponencial en un lapso de tiempo relativamente corto, el desarrollo del irisidén y otras técnicas biométricas, encontrando en esta tecnología una respuesta a sus problemas.

hombre a lo largo de su vida, éste, parece no haber reparado en la existencia de posibles “restricciones” a dicho derecho, fuera de aquellas derivadas de la comisión de algún delito; sin embargo, la biometría informática nos enfrenta a estas “restricciones” derivadas de la tecnología que -sin excluir al sector público-, actualmente, se encuentra en gran porcentaje en manos del sector privado y sus consecuentes fines; y donde debe tenerse presente que mientras en la biometría activa el usuario es consciente de que le están tomando datos biométricos para ser registrado, en la biometría pasiva la persona no sabe que en ese momento preciso, hay un lector verificando que efectivamente es la persona que dice ser. En consecuencia; ¿se estarían vulnerando sus derechos?, ¿está constitucionalmente prohibido?.

En opinión de los mismos defensores de la biometría, el irisidén es una tecnología que nunca debe permitirse caiga en manos del gobierno ya que devendría en peligrosa para la privacidad y los derechos humanos.

Imaginemos una total intervención estatal en este contexto: seguridad y control de todos los ciudadanos por parte del estado con las consecuentes restricciones de los derechos por cualquier motivo que el estado considere necesario para el logro de sus fines, en otras palabras el irisidén realizaría una “función de rastreo de los ciudadanos”, a merced de las “necesidades” del aparato estatal, lo que implicaría que una base de datos pueda encontrarnos en cualquier lugar del país, en cualquier momento, haciendo referencia específica a los lugares en los que estamos, las cosas que compramos, los libros que consultamos en una biblioteca o las personas con las que estuvimos durante el día, ¿la materialización del estado orweliano?.

Por otro lado, en cuanto a la identificación o verificación (autenticación) se refiere, el irisidén cuando es empleado en los procesos de identificación, es decir cuando responde a la pregunta: “¿quién es esta persona?”, determina a un individuo comparando sus características biométricas con los datos registrados en una base de datos, por lo tanto, se compara “uno” a “muchos”; sin embargo, en los procesos de autenticación: “¿es seguro que es esta persona?”, se trata de una comparación “uno” a “uno” entre las medidas biométricas grabadas en la tarjeta de quien se presenta y las medidas conocidas del supuesto individuo.

Evidentemente, nos encontramos con otro derecho fundamental que podría ser objeto de vulneración: la privacidad de las personas, que a su vez,

implica la manipulación o alteración de los datos personales para fines diversos; el irisiden justificaría atentar contra este derecho en virtud de la existencia de un elemental estado de sospecha sobre el individuo, pero ¿hasta donde tenemos que extender el límite de la permisividad?, si recordamos que las nuevas tecnologías han creado al llamado “ciudadano de cristal” parecerían incompatibles los términos: privacidad y seguridad, dado que el irisiden permitiría que los datos circulen con independencia de las personas a los que les pertenece.

Finalmente, si no existe límite para las nuevas tecnologías, ¿debería la legislación prever la aparición continuada de nuevos métodos o técnicas a efecto de evitar actos atentatorios contra nuestros derechos fundamentales?, creemos que no; sin embargo, será la correcta regulación jurídica de la utilización de las técnicas biométricas, y no su disponibilidad tecnológica o comercial, la que deberá dar la medida final de su valor como elemento adecuado en la protección y salvaguarda de nuestros derechos y libertades, ya que esta claro, que la biometría informática avanza viento en popa; pero, ¿está claro a donde nos está conduciendo?.

## BIBLIOGRAFIA

- Biometric identification Technology Ethis, Future Technologies, [http://www.biteproject.org/future\\_technologies.asp](http://www.biteproject.org/future_technologies.asp)
- Boletín Tress, julio 2005, Introducción a los biométricos, <http://www.tress.com.mx/boletin/julio2005/biometricos.htm>
- DE TRAZEGNIES GRANDA Fernando, Pensando Insolentemente, PUCP. Fondo Editorial 2001
- El País, Nuevas tecnologías aplicadas a la seguridad, <http://www.belt.es/noticias/2005/noviembre/28/biometria.asp>
- Picón Ruiz, Artzai, Robotiker , Técnicas biométricas para la identificación y verificación de las personas <http://revista.robotiker.com/revista/articulo.do;jsessionid=7F436FE61C1FB3C69821FD9208A3ACFC?method=detalle&id=67>
- VERGE GONZÁLEZ, Luis, Un sistema neuronal para la identificación basado en el iris, <http://www.lcc.uma.es/pfc/PFC403.doc>

CUADRO DE HONOR DE LOS ALUMNOS DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLITICAS - 2008

**II SEMESTRE**

1. Nathalie Carolina Tejada Meza
2. Andrés Alonso Zúñiga Najarro
3. Deysi Alexandra Alfaro Marroquín
4. Maria Gracia La Torre Delgado
5. Zenaida Vilca Zúñiga
6. Maria Gracia Ortiz Palao
7. Carlos Jorge Manuel Villamarin Zuñiga
8. Jose Felix Villafuerte Mendoza
9. Luz Falcón Girón
10. Javier Iván Apaza Salas

**IV SEMESTRE**

1. Roxana Quispe Lovon
2. Manuel Eduardo Contreras Castillo
3. Cesar Fernando Pastor Briceño
4. Ángela Roxana Meléndez Lipa
5. Leyma Ruvaly Rivera Vargas
6. Katherine Justina Cáceres Miranda
7. Diana Raquel Huancollo Sucapuca
8. Ana Paula Rodríguez Calle
9. Lilian Trinidad Cusirramos Rodrigo
10. Flor Maria Gloria Quispe Cuevas

**VI SEMESTRE**

1. Marina Lourdes Tapia Málaga
2. Shirley Alexia Quintanilla Mork
3. Andrea Natalie Tejada Mendoza
4. Miller Gustavo Castro Lupa
5. Henry Pierre Bejarano Pérez
6. Maria Alejandra Núñez Gonzáles
7. Carla Verónica Zumarán Ramírez
8. Shila Valeria Mendoza Gamero
9. Claudia Alejandra Mejia Martínez
10. Vannia Stephanie Mendoza Cornejo

**VIII SEMESTRE**

1. Bany Lucinda Yakili Arista Benavente
2. Milagros Elvira Espejo Vera
3. Nelida Yanina Juarez Del Carpio
4. Roxana Elizabeth Marrón Veria
5. Elizabeth Cecilia Fernandez Cáceres
6. Maria Isabel Ochoa Núñez

7. Leyda Ysabel Muñoz Rivera
8. Gleny Karen Velarde Pinto
9. Claudia Victoria Torres Velásquez
10. Shirley Carolina Salas Zevallos

#### **X SEMESTRE**

1. Angela Elizabeth Juarez Núñez
2. Claudia Rivera Vera
3. Rosa Maria Velasquez Arenas
4. Laura Alejandra Indacochea Cusirramos
5. Alejandra Ximena Paz Ramos
6. Valeria Pretell Reveggino
7. Diego Alonso Chavez Ampuero
8. Rosmery Grimalda Cespedes Provincia
9. Katherin Grines Delgado Añamuro
10. Katherine Lourdes Lopez Núñez

#### **XII SEMESTRE**

1. Yamila Johanny Osorio Delgado
2. Lilia Lorena Valdivia Becerra
3. Rosa Maria Campana Palomino
4. Maria Angela Vasquez Paredes
5. Gabriela Alejandra Cabrera Jauregui
6. Natali Marquina Lima
7. Maria Alejandra Ampuero Retamoso
8. Gabriela Soto Bustamante
9. Sandra Lucia Campos Olivera
10. Fiorella Geraldine Del Carpio Condori

### PERSONAL ADMINISTRATIVO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

Eliana Del Pilar Laos Torres  
Juana Teresa Quicaño Manrique  
Samira Bejar Calderon  
Jessica Milagros Paccori Choquenaira



Imprenta  
**ELIGRAF E.I.R.L.**

Melgar 104-A, Teléfono: 289463  
Pizarro 306, Of. 106, Teléfono: 225836  
imp\_eligraf@hotmail.com  
Arequipa - Perú

Esta publicación  
se editó e imprimió  
en diciembre de 2008.