



# REVISTA DE DERECHO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Universidad Católica de Santa María

Año 11, núm. 10 - 2016

***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**

**Director**

*Julio Armaza Galdos*

**Miembros del Consejo Editorial**

*Luis Vargas Fernández. Marco Bustinza Siu. Domingo García Belaunde. Eugenio Raúl Zaffaroni. José Luis Guzmán Dálbora. Alejandro Martínez Dhier. Ricardo Chueca Rodríguez*

**Evaluadores Externos**

*Jorge Luis Salas Arenas. José Palomino Manchego. Ayar Chaparro Guerra. Carlo Magno Cornejo Palomino. Ciro Alejo Manzano. Yeny S. Magallanes Rodríguez. Emilio José Armaza Armaza. Ronald Medina Tejada*

*Arequipa, 2016*

**REVISTA DE DERECHO**  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
*Universidad Católica de Santa María*

©Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Calle San José s/n. Distrito de Umacollo  
Edificio R.P. William D. Morris  
facultaddecienciasjuridicas@gmail.com  
RUC 20141637941

ISSN: 2077-0723  
HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA  
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ  
núm. 2016-17650  
Proyecto Editorial núm.  
31501211601437

**Adrus D&L Editores S.A.C.**  
Av. Brasil 1682 Pueblo Libre  
Lima - Perú  
Teléf. 01 - 777475 - 01- 6067880  
adrusdyleditores@gmail.com

Frecuencia con la que se publica la Revista: Anual  
Diciembre - 2016  
Año 11, Núm. 10.  
Se tiraron 500 ejemplares

Diseño de portada, diagramación y responsable de edición:  
Miriam Escobedo Santos

Reservados los derechos referidos a la  
*Revista de Derecho*

## *Autoridades universitarias*

*Dr. Manuel Alberto Briceño Ortega*  
*Rector*

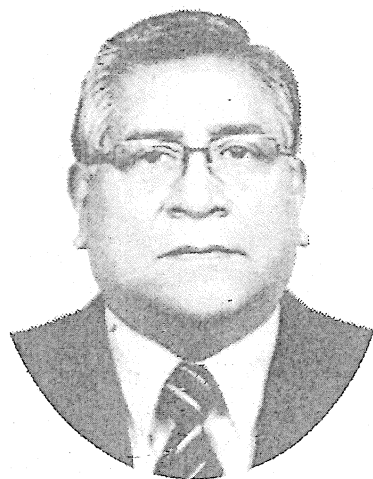
*Dr. César Cáceres Zárate*  
*Vicerector Académico*

*Dr. Gonzalo Dávila del Carpio*  
*Vicerector de Investigación*

*Dr. Jorge Luis Cáceres Arce*  
*Vicerector Administrativo*



*Manuel Alberto Briceño Ortega*  
*Rector*



*Dr. Luis Guillermo Vargas Fernández*  
*Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*

## INDICE

### *Presentación*

<i>Luis Guillermo Vargas Fernández</i> .....	17
--	----

### *Doctrina*

*La reforma electoral en el Perú*

<i>Francisco Távara Córdova</i> .....	21
---------------------------------------	----

*Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP Español: Referencia especial a la inhabilitación profesional médica*

<i>Javier de Vicente Remesal</i> .....	49
--	----

*El cálculo de intereses legales en ejecución de sentencias*

<i>Carlos Polanco Gutiérrez</i> .....	79
---------------------------------------	----

*Negociación colectiva y extensión del convenio arbitral laboral a partes no signatarias*

<i>Mauricio Matos Zegarra</i> .....	89
-------------------------------------	----

*Lagunas en la protección penal de la salud pública en el ordenamiento jurídico español: A propósito de las crisis biológicas*

<i>Emilio José Armaza Armaza</i> .....	105
--	-----

*Límite de edad para el ejercicio de la docencia universitaria*

<i>Renato Díaz Gonzáles</i> .....	121
-----------------------------------	-----

*La realidad de las cárceles y posibles métodos alternativos a la pena privativa de libertad para la ejecución de sentencias en el Perú*

<i>Manuel Armaza Armaza</i> .....	137
-----------------------------------	-----

*Aproximaciones generales respecto a la teoría general de las obligaciones de medios y de resultados*

<i>Patricio Fajardo Passano</i> .....	143
---------------------------------------	-----



<i>El romance jurídico de Sor Juana Inés de la Cruz: Símbolos con la obra de Cesare Beccaria</i>	
<i>Marianné Núñez Núñez</i> .....	153
<i>Más allá del veinte</i>	
<i>Walter Manrique Cervantes</i> .....	159
<b>Opiniones</b>	
<i>Una evaluación necesaria a la ley universitaria</i>	
<i>Jorge Luis Cáceres Arce</i> .....	187
<b>Reseñas bibliográficas y publicaciones recibidas</b>	
<i>Beccaria, Dei delitti e delle pene, facsímil de la edición príncipe de 1764, con unas Cartas de Cesare Beccaria a su hija Giulia</i> .....	193
<i>Edgar Morin, Los siete saberes necesarios para la educación del futuro</i> .....	194
<i>Andrés Trapiello, El final de Sancho Panza y otras suertes</i> .....	196
<i>Diego-Manuel Luzón Peña, Derecho penal, Parte general</i> .....	197
<i>Publicaciones recibidas</i> .....	211
<i>Información sobre la Facultad</i> .....	215
<i>Cartas al Director</i> .....	221
<i>Pautas para publicar</i> .....	227
<b>Afiliación institucional de los miembros del Consejo</b>	
<i>Editorial</i> .....	229
<i>Afiliación de los autores</i> .....	231
<i>Afiliación institucional de los Evaluadores Externos</i> .....	233
<i>Calificación de los trabajos</i> .....	235

## *Presentación*

## PRESENTACIÓN

Fácilmente se advertirá que se produjeron cambios sustanciales en la edición de la Revista, pues había que adecuarla a las exigencias oportunamente recibidas de la Sub Dirección de Gestión de la Información y Conocimiento del CONCYTEC; así las cosas, cumple en principio dejar determinados los objetivos básicos de nuestro órgano de difusión: 1) promueve el fortalecimiento del Estado de Derecho y, a su vez, el desarrollo crítico y plural del pensamiento; 2) crea un espacio adecuado del que pueden hacer uso los intelectuales de la región a fin de difundir sus investigaciones y, 3) auspicia la difusión de los estudios jurídicos más significativos de la localidad.

A lo dicho, cabe agregar que nuestra gaceta se halla indizada en [www.latindex.org/latindex/ficha?folio=25625](http://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=25625) y que acaso, en breve, se hará lo mismo con la versión digital correspondiente.

Ahora bien, puesto que sin la participación de los autores no habría sido posible dar a publicidad el presente volumen, hagamos propicia la ocasión para agradecer a los señores y señoritas Marianné Núñez Núñez, Jorge Cáceres Arce, Carlos Polanco Gutiérrez, Francisco Távara Córdova, Patricio Fajardo Passano, Javier de Vicente Remesal, Mauricio Matos Zegarra, Renato Díaz Gonzáles, Emilio José Armaza, y Walter Manrique Cervantes. No menos gratitud debemos al señor Rector Dr. Manuel Alberto Briceño Ortega que, con entusiasmo, apoya la publicación de la Revista.

Luis Vargas Fernández  
Decano

## *Doctrina*

## LA REFORMA ELECTORAL EN EL PERÚ

Francisco Távara Córdova

**Resumen** El presente artículo tiene como propósito hacer un recuento de las iniciativas de reforma que han sido aprobadas en el caso peruano, especialmente aquellas que han tenido impacto en el reciente proceso electoral, y, a partir de allí, plantear algunas reflexiones sobre los retos pendientes que existen en relación con la reforma electoral en el Perú, principalmente sobre las elecciones internas de los partidos políticos, el financiamiento que estos emplean, el cronograma electoral y los impedimentos para la presentación de candidaturas. Esta reforma debe tener como meta u horizonte la consolidación de la integridad electoral y, en último término, de la democracia en nuestro país.

**Abstract** The main purpose of this article is to make a summary and review the last legislative changes approved by the Peruvian Congress related to the electoral system, with an special focus on those that have had an impact in the last Presidential and Congress elections. That review will allow us to introduce some thoughts and opinions about the pending challenges for electoral reform in Peru, especially in areas like internal democracy and funding of political parties, the timetable of electoral processes and legal impediments to be a candidate; all this while remembering that the main goal of an electoral reform is to reinforce electoral integrity and, in the end, democracy in our country.

**Palabras clave** Reforma electoral. Elecciones. Democracia. Voto. Financiamiento. Integridad electoral.

**Key words** Electoral reform. Elections. Democracy. Vote. Funding. Electoral integrity.

**Sumario** Introducción. La precaria situación de la legislación electoral y las iniciativas de reforma apro-

badas durante el 2015 y el 2016. La Ley núm. 30414: Necesidad de adoptar una reforma de la legislación electoral en forma integral y oportuna. La Reforma Pendiente. Reflexiones finales.

## 1 Introducción

Recientemente han concluido las Elecciones Generales 2016, a través de las cuales, los peruanos, en legítimo ejercicio de nuestros derechos constitucionales, hemos elegido a quienes tendrán la responsabilidad de gobernar el país durante los próximos cinco años. Este proceso electoral marca un hito histórico de suma importancia de cara al bicentenario de la independencia de nuestro país. Por primera vez en nuestra historia republicana se ha logrado una cuarta elección democrática consecutiva, sentando las bases para la consolidación definitiva de la democracia en el país.

En ese sentido, este es un momento oportuno para hacer un balance del régimen electoral peruano, verificar sus fortalezas y debilidades y plantear las reformas necesarias para garantizar su adecuado funcionamiento. Para efectos del presente artículo tomamos como referencia una concepción de sistema electoral en sentido amplio<sup>1</sup>, abarcando tanto las reglas a través de las cuales los ciudadanos ejercen su derecho de sufragio y los votos se convierten en cargos de gobierno o escaños parlamentarios como las competencias de los órganos electorales y el rol desempeñado por los partidos políticos, en tanto planteamos justamente que la reforma electoral debe tener como premisa una visión integral del problema que pretende resolver.

Por ello, considero que la principal lección a partir del reciente proceso electoral es la necesidad urgente de emprender una reforma de la legislación electoral en forma integral. Ello es indispensable para continuar con la realización de elecciones limpias, transparentes y democráticas y, por ende, garantizar el mantenimiento del Perú en la senda de la democracia. El objetivo es generar las condiciones idóneas para que los procesos electorales discurran y se desarrollen con mayor fluidez, disminuyendo las tensiones propias de su dinámica, así como su tratamiento mediático.

En esa línea, el presente artículo tiene como propósito hacer un recuento de las iniciativas de reforma que han sido aprobadas en el caso peruano, especialmente aquellas que han tenido impacto en el reciente proceso electoral, y, a partir de

<sup>1</sup>Dieter Nohlen, *Gramática de los sistemas electorales, Una introducción a la ingeniería de la representación*, Lima: Fondo Editorial del Jurado Nacional de Elecciones, 2014, p. 3.

allí, plantear algunas reflexiones sobre los retos pendientes que existen en relación con la reforma electoral en el Perú, principalmente sobre las elecciones internas de los partidos políticos, el financiamiento que estos emplean, el cronograma electoral y los impedimentos para la presentación de candidaturas. Esta reforma debe tener como meta u horizonte la consolidación de la integridad electoral, es decir, garantizar no solamente el desarrollo de elecciones libres, transparentes y democráticas, sino la fortaleza del sistema democrático en su conjunto y el pleno respeto de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

## **2 La precaria situación de la legislación electoral y las iniciativas de reforma aprobadas durante el 2015 y el 2016**

Uno de los problemas que actualmente tiene nuestra legislación electoral es el carácter disperso y desarticulado de las distintas normas que la conforman, lo cual dificulta evidentemente su interpretación y aplicación por parte de los organismos electorales, en particular, y de los operadores jurídicos, en general.

En efecto, más allá de las normas constitucionales, como es el caso del art. 2, numeral 17, y de los arts. 30 a 35 de la Carta Magna, en las cuales se encuentran reconocidos los derechos de participación política y los principios que rigen nuestro sistema político, existen diversas normas legales especiales que no solo rigen los procesos electorales en sí, sino el desarrollo de la vida partidaria, y también los procesos de consulta popular de revocatoria, referéndum o la suspensión y vacancia de autoridades elegidas por voto popular.

Así tenemos, pues, cada una de las leyes orgánicas de los tres organismos electorales, la Ley Orgánica de Elecciones (Ley núm. 26859, 1997), la Ley de Partidos Políticos, ahora denominada Ley de Organizaciones Políticas (Ley núm. 28094, 2003), la Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos (Ley núm. 26300, 1994), la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley núm. 27867, 2002), la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley núm. 27972); además de otras normas que regulan procesos electorales específicos, como es el caso de la Ley de Elecciones de Representantes ante el Parlamento Andino (Ley núm. 28360, 2004), la Ley de Elecciones Regionales (Ley núm. 27683, 2002), la Ley de Elecciones Municipales (Ley núm. 26864, 1997) y la Ley de Elecciones de Autoridades de Municipalidades de Centros Poblados (Ley núm. 28440, 2004). Todas ellas han pasado además en mayor o menor medida por sucesivas modificaciones.

En resumen, el Derecho Electoral en el Perú se rige por aproximadamente doce leyes diferentes que han sido promulgadas en distintos espacios temporales, algunas con cerca de 20 años de antigüedad. Ello dificulta su aplicación no solo por los organismos electorales, sino también, y este es el principal problema, por las organizaciones políticas, los candidatos y aún más por abogados y ciudadanos.

Por ejemplo, si alguien quisiera constituir o fundar un partido o inscribir una candidatura, el ciudadano no tiene acceso con facilidad y precisión a cuáles son los requisitos o a qué ley debe acudir.

Además, la antigüedad de su aplicación hace necesario que estas normas sean actualizadas o sistematizadas para ser capaces de enfrentar los nuevos retos que la realidad nos presenta.

En los últimos años se han presentado, aprobado, promulgado y publicado diversas iniciativas legislativas, en aras de hacer frente a las dificultades planteadas por este complejo panorama.

Este cambio se inició con una ley de relativa trascendencia, la Ley núm. 30147, publicada el 4 de enero de 2014, por la cual se redujo la prohibición de expender bebidas alcohólicas de 72 a 48 horas anteriores a la jornada electoral.

Ya en la legislatura 2014-2015, se aprobó un grupo más significativo de reformas electorales, que son las siguientes:

1 Ley núm. 30305 (10 de marzo de 2015): Ley de reforma constitucional, que establece la prohibición de reelección inmediata de gobernadores regionales y alcaldes.

2 Resolución Legislativa núm. 002-2014-2015-CR (20 de marzo de 2015): Incorporación del art. 15-A al Reglamento del Congreso. Se establece el escaño vacío por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, trata de personas y lavado de activos proveniente de tales delitos.

3 Ley núm. 30315 (7 de abril de 2015): Modificación a la Ley núm. 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, respecto a las normas sobre revocatoria de autoridades.

4 Ley núm. 30322 (7 de mayo de 2015): Creación de la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral.

5 Ley núm. 30326 (19 de mayo de 2015): Se incluye mayor información obligatoria en la Declaración Jurada de Vida (bienes y rentas como declaración obligatoria).

6 Ley núm. 30338 (27 de agosto de 2015): Modificación de diversas leyes sobre el registro de la dirección domiciliaria, la certificación domiciliaria y el cierre del padrón electoral para evitar el denominado "voto golondrino".



7 Ley núm. 30353 (29 de octubre de 2015): Registro de Deudores por Reparaciones Civiles (REDERECI).

8 Ley núm. 30411 (12 de enero de 2016): Modificación de datos del padrón electoral.

9 Ley núm. 30414 (17 de enero de 2016): Modificación de la Ley núm. 28094, Ley de Partidos Políticos (ahora denominada, Ley de Organizaciones Políticas).

### **2.1 Reforma constitucional que establece la prohibición de reelección inmediata para gobernadores regionales y alcaldes**

En principio, en los arts. 191 y 194 de la Constitución no se establecía restricción alguna para que los entonces presidentes y vicepresidentes regionales y los alcaldes postularan a la reelección.

Ello fue modificado con la ley de reforma constitucional, Ley núm. 30305, publicada el 10 de marzo de 2015, por la que se establece la prohibición a nivel constitucional de reelección inmediata para los ahora gobernadores y vicegobernadores regionales y para los alcaldes.

Cabe resaltar que la prohibición de reelección inmediata ya se encontraba prevista en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 112 de la Constitución, pero no para cargos regionales y municipales, sino en relación con el Presidente de la República, en virtud de la reforma constitucional realizada a través de la Ley núm. 27635, en noviembre de 2000, en el marco del retorno a la democracia tras el fin de la dictadura fujimorista.

Esta norma legal (Ley núm. 30305) no fue una iniciativa planteada por los organismos electorales, sino por el propio Congreso de la República.

Se alegó como fundamento para esta iniciativa que la experiencia había demostrado que la reelección de los gobernadores regionales y de los alcaldes había permitido el enquistamiento en tales cargos casi con carácter vitalicio, así como una falta de equidad en las elecciones regionales y municipales, al tener al alcalde o gobernador regional en funciones compitiendo con los otros candidatos. En resumen, se señalaba que la experiencia había demostrado que la reelección inmediata de este tipo de autoridades incentivaba el mal uso de recursos públicos.

No obstante, la norma no ha tenido un impacto de gran envergadura dado que la tasa de reelección de autoridades regionales y municipales ha sido reducida en contraposición al porcentaje de pretensión de reelección, conforme puede

observarse a partir de los datos proporcionados por los últimos procesos electorales, conforme se expone a continuación:

### Reelección de gobernadores (antes presidentes) regionales

Procesos Electorales	Intentan reelección	Reelectos
Reelección en ERM2006	16 (64%)	2 (8%)
Reelección en ERM2010	11 (44%)	6 (24%)
Reelección en ERM2014	11 (44%)	4 (16%)

Fuente: JNE

Proceso	Autoridad	Intentan reelección	Reelectos
ERM 2006	Alcaldes provinciales	123 (63.08%)	27 (13.85%)
ERM 2006	Alcaldes distritales	1044 (63.78%)	357 (21.81%)
ERM 2010	Alcaldes provinciales	126 (64.62%)	34 (17.44%)
ERM 2010	Alcaldes distritales	995 (60.71%)	314 (19.16%)
ERM 2014	Alcaldes provinciales	106 (54.36%)	24 (12.31%)
ERM 2014	Alcaldes distritales	998 (60.60%)	291 (17.67%)

Fuente: JNE

Como puede observarse, a lo largo de los tres últimos procesos electorales de alcance regional y municipal, el porcentaje de autoridades regionales y municipales que han logrado la reelección, en líneas generales, no ha superado el veinte por ciento (20%)<sup>2</sup>.

Sin embargo, no hay que perder de vista que el porcentaje de quienes procuran la reelección es mayor. Se ha podido verificar también que se presenta una estrecha relación entre la violencia en el proceso electoral y la pretensión de reelección de autoridades, así como de las nulidades ocasionadas por actos de violencia motivados por el rechazo a la reelección de autoridades.

Por ejemplo, en las 31 circunscripciones en las que se produjeron las elecciones municipales complementarias en el año 2015, debido a la nulidad de elecciones en el proceso electoral del año 2014, se observa que al menos en 18 de ellas (58.06%) los alcaldes tentaron la reelección y en 5 de tales oportunidades se logró la reelección.

En 13 localidades en las que se declaró la nulidad de las Elecciones Regionales y Municipales 2014, los hechos de

<sup>2</sup>La única excepción es respecto de los alcaldes distritales en las Elecciones Regionales y Municipales 2006, en que el porcentaje alcanzó el 21.81%.

violencia registrados se generaron, precisamente, entre otras razones, a causa del rechazo de la población a la reelección de sus alcaldes.

## 2.2 Escaño vacío

Mediante Resolución Legislativa núm. 002-2015-CR, de fecha 20 de marzo de 2015, el Congreso de la República aprobó la inclusión en su Reglamento del art. 15-A, el cual dispone expresamente lo siguiente:

*Art. 15-A En caso de que el congresista haya sido condenado mediante sentencia judicial firme por la comisión de un delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, trata de personas y lavado de activos proveniente de estos ilícitos no será aplicable lo dispuesto en el art. 25 del Reglamento del Congreso de la República sobre el reemplazo por el accesitario<sup>3</sup>.*

Como puede observarse, se trata finalmente de una medida de sanción que recae directamente sobre las organizaciones políticas que cuentan con representación en el Parlamento.

Se busca que estas asuman la responsabilidad de verificar los antecedentes de los ciudadanos que postulan en sus listas, de modo tal que se desincentive la infiltración de las organizaciones políticas por intereses ligados a la corrupción o al narcotráfico.

No obstante, la implementación de esta iniciativa presenta diversos problemas, ligados en su mayoría a la forma en que funciona en el país la inmunidad parlamentaria. Si ya de por

<sup>3</sup>El artículo 25 del Reglamento del Congreso señala textualmente lo siguiente:

*"Art. 25. En caso de muerte, o enfermedad o accidente que lo inhabilite de manera permanente para el ejercicio de sus funciones; o que haya sido inhabilitado o destituido en juicio político por infracción constitucional; o que haya sido condenado mediante sentencia firme a pena privativa de la libertad efectiva por la comisión de delito doloso, el Congresista será reemplazado por el accesitario.*

En caso de proceso penal, si el Congresista ha sido suspendido en antejuicio político o se le ha impuesto mandato de detención, previo levantamiento de su inmunidad parlamentaria, y mientras estas situaciones duren, será reemplazado por el accesitario, previo acuerdo de la mitad más uno del número de miembros del Congreso. En tales casos, sus haberes serán depositados en una cuenta especial. Si es absuelto, le será entregada la suma acumulada y recobrará todos sus derechos. En caso de sentencia condenatoria por delito doloso, el monto revertirá al presupuesto del Congreso.

*En el caso de inhabilitación por enfermedad, el Congresista afectado no dejará de percibir sus haberes durante el período parlamentario correspondiente".*

sí los procesos penales en nuestro país toman en promedio más de cinco años en alcanzar una condena firme, lo cual equivale en la práctica a todo un periodo congresal, ello se agrava aún más en el caso de los parlamentarios, pues estos solamente pueden ser procesados en caso se apruebe el levantamiento de su inmunidad, lo cual requiere la aprobación de la comisión competente y del Pleno del Congreso.

Además, resulta cuestionable que la iniciativa se haya circunscrito a cuatro delitos y no a otros igualmente graves, como es el caso de violación o de corrupción, por citar solo algunos ejemplos.

Cabe recordar que esta es una iniciativa que se ha acogido de la experiencia colombiana. No obstante, no se ha tenido en cuenta que en aquel país se introdujo una iniciativa de esta naturaleza acompañada de la eliminación de la inmunidad parlamentaria, además de ser parte de una reforma integral, incluso desde la Constitución Política de dicho país.

### **2.3 Modificación a la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos**

Mediante Ley núm. 30315, de fecha 7 de abril de 2015, se realizaron varias modificaciones a la Ley núm. 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, especialmente en lo que respecta a las normas que regulan la revocatoria de autoridades, tomando en cuenta la experiencia acumulada desde su aplicación en 1997 y lo ocurrido en el proceso de revocatoria en Lima Metropolitana en el 2013.

Los cambios centrales que se han producido con esta iniciativa son los siguientes:

a) En primer lugar, en cuanto a la solicitud, esta debe ser fundamentada, aunque no requiere ser probada. Las causas de vacancia o suspensión, los ilícitos penales (delitos) no pueden ser sustento de la revocatoria.

b) Respecto a los requisitos de admisión de la solicitud, se ha establecido que los promotores de una revocatoria deberán reunir el veinticinco por ciento (25%) de las firmas de los electores inscritos en la circunscripción correspondiente. Se ha eliminado, entonces, el tope de cuatrocientas mil firmas (400,000) exigido anteriormente, que solo resultaba aplicable a Lima Metropolitana.

c) Se ha regulado la revocatoria como un proceso de calendario fijo: es decir, este solamente puede tener lugar una vez en el período de mandato y se lleva a cabo el segundo domingo de junio del tercer año correspondiente a dicho período.

d) Se ha eliminado la necesidad de convocar nuevas elecciones como consecuencia de la procedencia de la revocatoria.

En ese caso la autoridad revocada es reemplazada por el accesorio, quien asume el cargo por el período restante.

e) Se ha establecido la obligación de los promotores de la revocatoria y de las autoridades sometidas a consulta de rendir cuentas respecto a los fondos empleados en el marco del proceso de revocatoria.

f) La autoridad revocada se encuentra restringida por nuevos impedimentos, pues esta no solamente no puede postular a ningún cargo en la entidad de la que ha sido revocada en las elecciones siguientes sino que tampoco puede acceder a la función pública bajo ninguna modalidad de contratación en la entidad de la que ha sido revocada. Esta última restricción no se aplica si es que la autoridad revocada ya tenía un vínculo laboral a plazo indeterminado con la entidad con anterioridad a su elección como autoridad.

#### **2.4 Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral**

Mediante Ley núm. 30322, publicada el 7 de mayo de 2015, teniendo como base una iniciativa por parte del Congreso de la República con comentarios y apoyo del Jurado Nacional de Elecciones, se aprobó la creación de la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral.

El objetivo de esta norma es brindar información específica y relevante a las organizaciones políticas sobre aquellas personas que participarán en sus elecciones internas y que podrían eventualmente convertirse en candidatos en los procesos electorales respectivos así como sobre el porcentaje de candidatos designados, es decir, aquellos candidatos nombrados directamente por los dirigentes de las organizaciones políticas para representarlas como candidatos.

La Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral se encuentra a cargo del Jurado Nacional de Elecciones, de conformidad con las facultades de fiscalización y de verificación del cumplimiento de legalidad atribuidas a esta entidad por la Constitución y las leyes.

Para acceder a ella, las organizaciones políticas presentan solicitudes de información desde los diez (10) días hábiles antes de la convocatoria al proceso electoral respectivo hasta el cierre de la inscripción de candidatos.

Esta ley fue reglamentada, en coordinación con el Jurado Nacional de Elecciones, a través del Decreto Supremo núm. 069-2015-PCM, de fecha 7 de octubre de 2015, que regula tanto el procedimiento que debe seguir la tramitación de tales solicitudes de información como las características mínimas con las que debe contar la información remitida, entre otros temas centrales para su implementación y puesta en marcha,

así como los principios que deben regir su funcionamiento (como la reserva de parte de las organizaciones políticas).

La información que brinda la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral es la siguiente:

a) Sentencias condenatorias con calidad de cosa juzgada por delito doloso en el Perú y en el extranjero, precisando el año de la imposición de la condena, el delito incurrido y el órgano u órganos judiciales que dictaron la condena. En el caso del extranjero debe precisarse también el país en el cual se dictó la condena.

b) Órdenes de captura nacional e internacional, precisando los delitos, los años y el órgano u órganos judiciales que dictaron dichas órdenes.

c) Información sobre deudas originadas en tributos, precisando el monto y el período de la deuda contraída y no pagada antes del vencimiento del plazo, así como los datos de identificación del deudor y la entidad asociada a la deuda.

d) Deudas inscritas en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM), precisando los períodos y cuotas incumplidas por el posible candidato.

e) Información sobre bienes registrados en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), especialmente en el Registro de Predios y en el Registro Vehicular.

f) Deudas ante el Estado por reparaciones civiles fijadas por sentencia judicial, información que entrega el Poder Judicial a través del Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI).

Cabe resaltar que las entidades públicas están en la obligación de brindar la información señalada en la ley al Jurado Nacional de Elecciones. Asimismo, las organizaciones políticas tienen la obligación de mantener la reserva sobre la información que reciban a través de la Ventanilla. Durante las Elecciones Generales 2016 se realizaron 3712 consultas<sup>4</sup> a través del sistema, y se espera seguir ampliando la eficacia de esta herramienta<sup>5</sup>.

## **2.5 Nueva información obligatoria en Declaración Jurada de Vida**

La Declaración Jurada de Vida que deben presentar los candidatos se inició como una buena práctica, instituida y

<sup>4</sup>3529 consultas sobre candidatos al Congreso de la República, 139 sobre candidatos al Parlamento Andino y, 44 sobre integrantes de la fórmula presidencial.

<sup>5</sup>Fuente: Informe Final de la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral.

alentada por el Jurado Nacional de Elecciones, al igual que la presentación de los planes de gobierno; hasta que logró convertirse en ley.

Las últimas modificaciones legislativas a la Declaración Jurada de Vida de los candidatos han incrementado la información que obligatoriamente debe incluirse. Este proyecto partió de la iniciativa de múltiples congresistas, y también de los organismos electorales, a través del proyecto de Nueva Ley de Partidos Políticos.

La Ley núm. 30326, publicada el 19 de mayo de 2015, modificó el art. 23 de la Ley núm. 28094, ahora denominada Ley de Organizaciones Políticas. Esta norma obliga a los candidatos a elecciones internas e invitados a presentar su Declaración Jurada de Vida al momento de presentar o aceptar su candidatura.

Debemos destacar que en la Declaración Jurada de Vida se consideran como requisitos obligatorios los siguientes datos:

- a) Relación de sentencias condenatorias firmes por delitos dolosos, incluso aquellas con reserva de fallo condenatorio.
- b) Relación de sentencias firmes por incumplimiento de obligaciones familiares o alimentarias, contractuales, laborales, o por incurrir en violencia familiar.
- c) Declaración de bienes y rentas, de acuerdo a lo dispuesto para las declaraciones de funcionarios públicos.

Como ejemplo, en las últimas Elecciones Regionales y Municipales 2014, la declaración sobre bienes y rentas solo fue presentada por el 31% de los candidatos, muchas veces sin el llenado de toda la información requerida. En el caso de las elecciones en Lima Metropolitana solo 7 de los 13 candidatos entregaron la información solicitada.

La ley establece, además, que la omisión o la entrega de información falsa constituye causal de exclusión del candidato, sanción que puede ser aplicada hasta 10 días antes de las elecciones, pudiendo este ser reemplazado si aún no ha terminado el periodo de inscripción de candidatos.

Tanto la Declaración Jurada de Vida como la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral constituyen esfuerzos por parte del Jurado Nacional de Elecciones para garantizar el derecho a un voto consciente e informado por parte de los ciudadanos. Además, a mayor grado de transparencia con relación a los candidatos habrá una mejor fiscalización por parte de la ciudadanía.

## 2.6 El "voto golondrino"

A través de la Ley núm. 30338, publicada el 27 de agosto de 2015, se busca combatir el llamado "voto golondrino". Este fenómeno, llamado también voto o elector trashumante en Colombia, se entiende como el cambio de domicilio efectuado por algunos electores para votar en un lugar distinto al de su residencia, con la intención de beneficiar o perjudicar a un candidato u organización política.

Se modificó la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), incorporando el literal 'm' en el art. 32, señalando que el Documento Nacional de Identidad (DNI) debe contener, como mínimo, entre otra información, "la dirección domiciliaria que corresponde a la residencia habitual del titular".

Asimismo, se estableció como nueva infracción el no inscribir los cambios de la dirección domiciliaria o el estado civil del titular dentro de 30 días de producidos. Ello genera una multa equivalente al 0.3% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) (aproximadamente 11.85 soles) cobrada por el RENIEC. Sin embargo, la infracción no genera la invalidez del documento.

Esta modificación no ha tenido incidencia en el proceso de Elecciones Generales 2016, más allá de las dificultades para aquellos electores que tienen que votar en zonas alejadas a su domicilio como consecuencia de no haber actualizado la información en su DNI.

Sin embargo, es un tema a tomar en cuenta para las Elecciones Regionales y Municipales 2018, a efectos de evitar el factor de distorsión en la manifestación de la voluntad popular que representa el voto golondrino.

## 2.7 El Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI)

El 29 de octubre de 2015 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley núm. 30353, Ley que crea el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI).

Este nuevo registro incluye información actualizada de las personas que incumplan con cancelar el íntegro de las reparaciones civiles a favor de personas y del Estado que se establezcan en virtud de una sentencia con calidad de cosa juzgada.

Esta nueva norma tiene directa vinculación con la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral, dado que la información sobre reparaciones civiles a favor del Estado es parte de la información contenida en dicho programa. El REDERECI deviene entonces en la entidad encargada de



proporcionar tal información al Jurado Nacional de Elecciones.

Asimismo, esta norma establece, en su art. 5, que aquellas personas inscritas en el REDERECI están impedidas de ejercer función pública así como postular y acceder a cargos públicos que procedan de la elección popular, impedimento que se mantiene en el tiempo hasta la cancelación íntegra de la deuda.

Consideramos que este es un avance positivo y en la dirección correcta, pues impedirá que se confíe el poder a personas que aún tienen deudas pendientes con el Estado.

Sin embargo, aún está pendiente la reglamentación de esta norma, y el registro aún no se encuentra, entonces, plenamente implementado para desplegar plenos efectos (incluso como impedimento para las candidaturas).

## **2.8 Modificación de datos del padrón electoral**

Con la Ley núm. 30411, publicada el 12 de enero de 2016, se modificaron los arts. 197 y 203 de la Ley Orgánica de Elecciones (LOE). Fue una iniciativa propia del Congreso de la República.

Con la modificación del art. 203 de la LOE, que regula la información que se incluye dentro del padrón electoral, se añadió un segundo párrafo, en el cual se precisó que el padrón electoral contiene también los datos de los domicilios de los electores y la información de la impresión dactilar, la cual debe ser entregada en formato JPEG con una resolución de 500 píxeles por pulgada (dpi). Esta información no es pública y la RENIEC debe garantizar su confidencialidad.

Con la modificación del art. 197 de la LOE se añadió una excepción a la regla establecida respecto de la publicidad del padrón electoral, excepción de reserva aplicable a los datos ahora agregados al padrón, esto es, la dirección domiciliaria y la huella.

## **3 La Ley núm. 30414: Necesidad de adoptar una reforma de la legislación electoral en forma íntegra y oportuna**

Como puede observarse, si bien la mayoría de estas iniciativas han constituido medidas positivas, la legislación electoral peruana carece todavía de un tratamiento sistemático y coherente.

De hecho, las Elecciones Generales 2016 nos han dado una muestra de los efectos perniciosos que puede tener una reforma electoral realizada en forma parcial y tardía.

Me refiero en concreto a la Ley núm. 30414, cuyas modificaciones se erigieron en el principal elemento distorsionador

del proceso electoral. A través de esta ley, publicada el 17 de enero de 2016, se modificó la Ley núm. 28094, entonces Ley de Partidos Políticos, ahora denominada Ley de Organizaciones Políticas.

A pesar de sus buenas intenciones, esta norma se convirtió en el principal elemento distorsionador del proceso electoral dado su tardía entrada en vigencia y la previsión en forma desproporcionada de la exclusión como sanción a la entrega de dádivas en el contexto de la campaña electoral, además de la amplitud de conductas susceptibles de ser interpretadas como infracción.

La Ley núm. 30414 modificó, principalmente, los siguientes aspectos de la Ley de Organizaciones Políticas:

a) En relación a los requisitos de inscripción de las organizaciones políticas, se incrementó el porcentaje mínimo de adherentes requerido al cuatro por ciento (4%) de los ciudadanos que sufragaron en las últimas elecciones de carácter nacional. Asimismo, se exigió que el ideario de la organización política consignado en su acta de fundación no contravenga las normas constitucionales, el Estado Constitucional de Derecho y el sistema democrático.

b) En el caso de las alianzas entre organizaciones políticas, se dispuso el incremento de la barrera electoral en uno por ciento (1%) por cada integrante adicional de la alianza.

c) Se incrementó el plazo mínimo de renuncia, de 5 meses a 1 año, exigido para que un afiliado a un partido político pueda postular como candidato por una organización política distinta en un proceso electoral.

d) En relación a la democracia interna de las organizaciones políticas, se dispuso que las listas de candidatos al Congreso de la República, al Parlamento, a Consejos Regionales o a Concejos Municipales deben estar conformadas por lo menos en sus tres cuartas partes por candidatos elegidos en el marco de procesos electorales internos. Es decir, se elevó el porcentaje de candidatos designados (colocados por la dirigencia de la organización política), los cuales pueden ahora conformar el 25% de la lista (antes solamente podían hacerlo con el 20%).

e) Se estableció el inicio de la entrega del financiamiento público directo a partir del 2017, tomando en cuenta para ello los resultados de las Elecciones Generales 2016.

f) Se prohibió la entrega de dádivas en el contexto de la campaña electoral. Esta nueva infracción tiene como sanción no solamente la imposición de una multa para la organización política, sino la exclusión de la contienda electoral del candidato infractor.

La Ley núm. 30414, sin embargo, presentaba diversos problemas, dentro de los cuales cabe destacar los siguientes:

a) **La Ley núm. 30414 introdujo modificaciones a la legislación electoral, específicamente a la entonces denominada Ley de Partidos Políticos, con posterioridad al inicio del proceso electoral**

La ley fue aprobada por el Pleno del Congreso y remitida para su promulgación el 22 de octubre de 2015.

Sin embargo, el 12 de noviembre de 2015 el Poder Ejecutivo remitió observaciones a esta norma.

No obstante, fue recién después de aproximadamente mes y medio, el 23 de diciembre de 2015, que el Presidente del Congreso, en ejercicio de la competencia establecida en el art. 108 de la Constitución Política e insistiendo en el proyecto aprobado originalmente por el Pleno del Congreso, promulgó la norma aprobada y dispuso su publicación, la cual finalmente se materializó el 17 de enero de 2016.

Así, a pesar de que las Elecciones Generales 2016 habían sido convocadas por el Presidente de la República el 14 de noviembre de 2015, mediante Decreto Supremo núm. 080-2015-PCM, esta ley, que introduce importantes modificaciones a la Ley de Partidos Políticos, ahora denominada Ley de Organizaciones Políticas, recién fue publicada el 17 de enero de 2016. Es decir, esta norma entró en vigencia cuando el proceso electoral ya se había iniciado.

Ello dio lugar a que el Jurado Nacional de Elecciones solicitara al Presidente del Congreso la convocatoria a una legislatura extraordinaria para definir los alcances temporales de esta norma. Sin embargo, se hizo caso omiso a tal recomendación y se indicó que correspondería al organismo electoral, en ejercicio de sus competencias constitucionales, determinar el ámbito de aplicación de la nueva ley aprobada.

b) **La Ley núm. 30414 dispuso el incremento de la valla electoral para las alianzas electorales sin incluir normas claras respecto a su aplicación**

Se modificó el art. 13 de la Ley de Organizaciones Políticas, precisándose que la valla o barrera electoral se incrementa en uno por ciento para aquellos partidos que integren alianzas electorales. Es decir, bajo esta nueva norma, estos requieren para mantener su inscripción que la alianza obtenga más del 5% de los votos válidos, incrementándose en 1% por cada integrante adicional de la alianza.

La potencial aplicación de esta norma generó controversia en el presente proceso electoral ya que las alianzas electorales ya habían quedado constituidas antes de que esta entrara en

vigencia. En efecto, la nueva norma había sido publicada el 17 de enero de 2016 y la fecha límite para la inscripción de alianzas había sido el 12 de diciembre de 2015.

Atendiendo a ello, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, considerando que según el art. 103 de la Constitución el criterio que rige la aplicación de normas en el tiempo en nuestro ordenamiento jurídico es la irretroactividad de las leyes y la aplicación de las normas a partir del día siguiente de su publicación (art. 109 de la Constitución Política), mediante Resolución núm. 0371-2016-JNE, precisó que dicha norma no resultaba aplicable al presente proceso electoral, en tanto se trataba de una situación jurídica anterior a la publicación de la Ley núm. 30414 y de aplicarse se hubiera violado el principio de irretroactividad de las normas.

**c) La Ley núm. 30414 permitió el retiro de la contienda electoral de varias agrupaciones políticas con el objeto de salvar su inscripción**

Se realizó otra modificación al art. 13 de la Ley de Organizaciones Políticas especialmente referida a las causales de cancelación de la inscripción de un partido político, precisándose que la pérdida de la inscripción se produce por la no participación en dos elecciones generales sucesivas. Al amparo de esta norma, un partido puede decidir no participar en las elecciones generales y, no obstante, conservar su inscripción ya que esta recién será cancelada en caso el partido tampoco participe en las siguientes elecciones generales.

Mediante Resolución núm. 0106-2016-JNE, de fecha 22 de febrero de 2016, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones precisó, atendiendo nuevamente a la teoría de los hechos cumplidos contenida en el art. 103 de la Constitución, que la citada norma resultaba aplicable al presente proceso electoral.

Ello fue materia de controversia en el presente proceso ya que varias agrupaciones políticas, tras haber inscrito candidaturas presidenciales y listas parlamentarias que no contaban con respaldo de la población según lo indicado por las encuestas de opinión, decidieron retirarse de la contienda con el propósito de salvar su inscripción.

Dado que los partidos políticos tienen precisamente como una de sus finalidades la participación en los procesos electorales y que es además su responsabilidad constitucional servir de canales de formación y manifestación de la voluntad popular, resulta incoherente que se les permita conservar su inscripción cuando no participan en los procesos electorales.

• Tal incoherencia es aún mayor en el caso de aquellos partidos que, habiendo decidido participar en la contienda electo-

ral, optan posteriormente por retirar sus candidaturas en aras de salvar su inscripción. Podría considerarse inclusive que tal actitud califica como un "fraude a la ley", en tanto se pretende utilizar la nueva norma como norma de cobertura para evadir la aplicación de la barrera electoral, norma imperativa a los que los partidos se han sometido al decidir aceptar participar en el proceso electoral, cuando resulta evidente que no cuentan con el respaldo popular suficiente como para superarla.

Además, en el presente proceso se han producido retiros de tal naturaleza faltando pocos días para la jornada electoral, lo que ha generado que varias agrupaciones terminen apareciendo en la cédula electoral a pesar de ya no formar parte del proceso. Este ha sido un factor que ha generado distorsión en el último proceso electoral al contribuir al aumento de votos nulos y a que se aduzca pérdida de cierto grado de representatividad de los comicios.

Tal ha sido el caso, por ejemplo, de la Alianza Electoral Solidaridad Nacional - UPP, cuyo retiro se produjo el 30 de marzo de 2016 (1 semana y media antes de las elecciones); del partido Perú Libertario, cuyo retiro se produjo el 29 de marzo de 2016 (1 semana y media antes de las elecciones); del partido Perú Nación, cuyo retiro se produjo el 25 de marzo de 2016 (2 semanas antes de las elecciones); y del Partido Humanista Peruano, cuyo retiro se produjo el 28 de marzo de 2016 (2 semanas antes de las elecciones).

d) La Ley núm. 30414 modificó el plazo límite para que un candidato afiliado a un partido político pueda postular por otra agrupación y generó incertidumbre respecto a la inscripción de candidatos

Otro cambio sustancial introducido por la nueva legislación es en relación con el plazo de la renuncia por parte de un afiliado a un partido político para posteriormente postular por otro. Se exige que, en caso una persona desee participar en un nuevo proceso electoral por otro partido político, renuncie a su partido de origen con un año de anticipación a la fecha del cierre de las inscripciones de candidatos. Anteriormente dicho plazo era con una anterioridad de cinco meses al vencimiento del plazo para la inscripción de candidaturas.

Dicha norma no fue aplicada al presente proceso electoral toda vez que ello representaba una restricción ilegítima al derecho a la participación política ya que había sido introducida una vez que estaba casi cumplido el plazo establecido en el cronograma electoral con relación a las elecciones internas de designación de candidatos al Congreso de la República y al Parlamento Andino, inclusive cuando tales elecciones ya habían sido convocadas. En ese sentido, tal requisito no podía

ser tomado en cuenta en la elaboración de las listas por parte de los partidos políticos.

Además, la aplicación de dicha norma resultaba desproporcionada para los actuales participantes de la contienda electoral en tanto que para muchos de ellos implicaba la exclusión automática sin margen alguno de adecuación a las nuevas reglas.

**e) La Ley núm. 30414 estableció la entrega de dádivas como nueva infracción a las normas sobre propaganda electoral y la sancionó en forma desproporcionada con la exclusión de la contienda electoral**

Finalmente, tenemos la introducción de una nueva infracción en nuestro sistema electoral, la cual se resume en la prohibición de entrega u ofrecimiento de dádivas por parte de los candidatos.

Con esta modificación se buscaba desincentivar el clientelismo político y sancionar una conducta que finalmente introduce una distorsión en la expresión de la voluntad popular, en tanto implica un aprovechamiento de las condiciones de pobreza de determinado sector de la población para condicionar el sentido de su voto.

Sin embargo, a pesar de sus buenas intenciones, esta norma, como ya se adelantaba, se convirtió en el principal elemento distorsionador del proceso electoral dado su tardía entrada en vigencia y lo desproporcionado de la sanción contenida en ella (exclusión) y la amplitud de conductas susceptibles de ser interpretadas como infracción así como la falta de precisión respecto al límite temporal para su aplicación. Tal norma determinó no solamente la exclusión de una candidatura presidencial (Alianza para el Progreso del Perú), sino la generación de una sensación de incertidumbre respecto a la conservación del resto de las candidaturas (tanto la candidata Keiko Fujimori Higuchi como el ahora Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski Godard, afrontaron también procedimientos administrativos por supuesta entrega de dádivas) precisamente por la ambigüedad de la conducta tipificada como infracción.

El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, con la expedición de la Resolución núm. 0196-2016-JNE y de la Resolución núm. 0310-2016-JNE, procuró dar una interpretación razonable al art. 42 de la Ley de Organizaciones Políticas precisando los elementos necesarios para su aplicación, teniendo en cuenta los principios propios del Derecho Administrativo Sancionador, como es el caso del principio de culpabilidad. Tales elementos fueron los siguientes:

- Acreditación de la conducta prohibida (entrega de dádivas) con medios probatorios idóneos.
- Valoración del contexto en el que se realiza la conducta, debiendo catalogarse el mismo como evento proselitista o de amplia difusión.
- Participación directa o indirecta del candidato en la conducta prohibida (entrega de dádivas). En el caso de la participación indirecta tiene que acreditarse que la entrega ha sido efectuada por orden o influencia directa del candidato.
- Valoración del monto pecuniario de lo ofrecido y entregado para identificar si se supera el límite legal (0.5% de la UIT).

Los problemas suscitados a raíz de la Ley núm. 30414 revelan la necesidad de una reforma integral del sistema electoral, en tanto las modificaciones parciales pueden generar conflicto o controversias con otras secciones de la legislación electoral. También es un ejemplo de lo perjudicial que puede resultar introducir modificaciones a la legislación electoral en el marco de un proceso ya iniciado. En ese sentido, tan importante como la calidad de la modificación normativa a realizar, lo es también el momento en que esta se produce, pues se deben evitar cambios que distorsionen el desarrollo del proceso electoral.

#### 4 La Reforma Pendiente

A pesar de lo avanzado, considero que es necesario profundizar en la reforma electoral, pues aún no se resuelven íntegramente, o al menos estructuralmente, los desafíos pendientes más urgentes del sistema político y electoral peruano. Para generar un verdadero cambio a favor del fortalecimiento de la democracia en el Perú es necesario mantener el debate y continuar con la reforma electoral. Un reto sumamente importante, en ese sentido, es lograr una reforma de carácter integral; es decir, una reforma que atienda en forma comprehensiva los distintos problemas y desafíos pendientes. Es por eso que, desde el Jurado Nacional de Elecciones, venimos impulsando la expedición de un Código Electoral, en el cual se sistematice la legislación electoral.

Insisto en que una clara lección del proceso electoral que ha concluido es que la introducción de reformas parciales, sobre todo cuando son realizadas en forma tardía e improvisada, como ocurrió en el caso de la Ley núm. 30414, puede resultar más bien contraproducente, en tanto se resta coherencia al sistema electoral y se trata en muchos casos de reformas meramente superficiales que no atienden los problemas de fondo.

Están pendientes de reforma, en ese sentido, temas cruciales para el adecuado funcionamiento de los partidos políticos, como son la democracia interna, el financiamiento público y los impedimentos para ser candidato. Otros temas que ameritan también ser tratados en la reforma son: la ampliación de los plazos del cronograma electoral y la prohibición de realizar modificaciones a la legislación electoral durante el desarrollo del mismo.

Es necesario llegar a un consenso respecto a la aplicación de las nuevas reglas de juego, en aras de contar con procesos electorales, libres, transparentes y democráticos cuya legitimidad resulte a todas luces incuestionable. Esta es una labor que no solamente compete a los órganos electorales sino que requiere de la colaboración del resto de autoridades y de la ciudadanía en su conjunto.

#### 4.1 La meta: consolidar la integridad electoral

Que nuestro país recorra la senda de la consolidación definitiva de la democracia requiere que la reforma electoral no se circunscriba meramente a tener elecciones libres, transparentes y democráticas, sino apuntar más bien a la llamada integridad electoral, que es un concepto más amplio y que trasciende al anterior.

En efecto, la integridad electoral es un concepto que presenta múltiples alcances en correlato con la complejidad de los diversos fenómenos que tienen lugar con ocasión de un proceso electoral. Así, Garrido y Martínez (2014)<sup>6</sup> resaltan distinciones entre el nivel o grado de democracia, la integridad o la calidad electoral<sup>7</sup>.

Pippa Norris (2014)<sup>8</sup> define a la integridad electoral como los valores, principios y estándares que debe poseer una elección para que sea considerada como legítima, la cual comprende un periodo pre-electoral, un periodo de campaña,

<sup>6</sup>Antonio Garrido; y Antonia Martínez, *Integridad de las elecciones y de las campañas electorales en América Latina: conceptos, índices y evidencia empírica*, Ponencia presentada al III Congreso Internacional de Alice, Santiago de Compostela, pp. 24-27.

<sup>7</sup>Por su parte, Londoño y Hoyos (2014), presentan diversas aproximaciones como tendencias en el estudio de la calidad electoral: (a) legalistas, (b) desde la administración pública, (c) desde la teoría democrática, y (d) la integridad electoral.

<sup>8</sup>Pippa Norris, *Why electoral integrity matters* (Nueva York: Cambridge University Press).



el día de la elección y lo acontecido posteriormente.

Sin embargo, otros autores, como Garrido y Martínez (2014)<sup>9</sup>, añaden otros elementos al concepto, para adaptarlo al campo electoral, pero también parlamentario, judicial y mediático. Estudios como los de Sheldler (2006)<sup>10</sup>, Diamond (2002 y 2008)<sup>11</sup> y Stepan y Linz (2013)<sup>12</sup> apoyan dicha idea. Por su parte, la ACE (Red de Conocimientos Electorales) vincula el concepto de integridad electoral con el de transparencia, rendición de cuentas (accountability horizontal y vertical), precisión en la gestión electoral y el comportamiento ético de los actores involucrados (ACE 2015<sup>13</sup>).

También es posible definir la integridad electoral por lo que no debería presentarse en una elección, tanto en la propia jornada electoral como en etapas anteriores, tales como: irregularidades en los registros electorales (padrón electoral), restricciones (irrazonables o injustificadas) a los partidos y actores políticos para poder participar de forma óptima, fraude electoral y elecciones con altos indicios de manipulación de la voluntad popular (Norris 2014<sup>14</sup>).

Así, es posible sostener que el poseer una integridad electoral alta contribuye en gran medida a tener unas elecciones que reflejen la voluntad política de la población, la credibilidad en los comicios y la transparencia de los mismos lo que generará, a su vez, la confianza de la población en el sistema político.

La integridad electoral es clave para la legitimidad de las elecciones. Pero, como señala el Director Adjunto de la Oficina de Políticas de Desarrollo del PNUD, Magda Martínez-Solimán (2013), este concepto es más que la ausencia de manipulación política o fraude electoral: "*(...) exige una completa dedicación a la transparencia, la inclusión, el profesionalismo, la honestidad y el compromiso pleno y genuino con los interesados electorales clave (los participantes, el poder legislativo, los*

<sup>9</sup>Antonio Garrido y Antonia Martínez, Ob. Cit., Loc. Cit.

<sup>10</sup>Andreas Schedler, *Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition* (Boulder: Lynne Rienner).

<sup>11</sup>Larry Jay Diamond, *Thinking About Hybrid Regimes*, Journal of Democracy, núms. 2 y 13, abril, 2002, pp. 21-35.

<sup>12</sup>Alfred Stepan y Juan J Linz, "Democratization Theory and the Arab Spring", Journal of Democracy núms. 2 y 24, abril, 2013, pp. 15-30.

<sup>13</sup>Concepto desarrollado en la Enciclopedia de la Red de Conocimientos Electorales, Acceso el 10 de agosto de 2016, Ver: <http://aceproject.org/main/espanol/ei/default>.

<sup>14</sup>Pippa Norris, Ob. Cit., Loc. Cit.

votantes, los medios de comunicación, la sociedad civil, el sector de la seguridad, etc.) con el fin de llegar a un resultado electoral aceptable para todos"<sup>15</sup>.

De esta forma, la integridad electoral puede ser entendida como un concepto o expresión multívoca y omnicomprensiva que, en su visión más completa, se orienta a alcanzar el más alto nivel de democracia. Puesto que, un sistema electoral íntegro tiene como efecto inmediato la legitimidad del sistema democrático y la confianza y fortalecimiento de las instituciones.

Desde la ciencia política, el tema de integridad electoral puede ser analizado utilizando dos perspectivas: una minimalista y otra de visión amplia. El concepto de integridad electoral minimalista tiene como característica la simplificación del proceso electoral en donde solo se contempla el día de elección como objeto de estudio. Mientras que, en el concepto más amplio las fases que involucra la integridad electoral van más allá de los comicios realizados.

Es necesario considerar que la primera perspectiva resulta ineficiente para un análisis extendido y profundo del concepto de integridad electoral ya que termina excluyendo temas como la legislación electoral, la campaña electoral y el periodo post-elección (en donde se realiza el anuncio de los resultados y el posterior reconocimiento al ganador). Por ello, es necesario tomar en cuenta la segunda propuesta metodológica, debido al alcance y profundidad del análisis que permite realizar.

Consideramos que contemplar el tema de la integridad electoral como un concepto amplio permite un análisis más profundo de todo el proceso electoral y, a su vez, la generación de nuevas políticas que se orienten a la búsqueda de un sistema electoral íntegro. Limitarnos a analizar el día de elección acorta el marco de estudio e ignora variables significativas como el financiamiento de la campaña electoral o el periodo post electoral, los cuales también tienen una influencia relevante en el tema.

Así, la integridad electoral como concepto involucra el estudio de la participación ciudadana, la participación electoral, la gestión electoral y la democracia. No debe perderse de vista que la participación de los ciudadanos se encuentra determinada por el grado de confianza que estos poseen para con el sistema político y, en consecuencia, una integridad

<sup>15</sup>Magdy Martínez-Solimán, *La integridad electoral legítima la gobernanza*. Acceso el 10 de agosto de 2016. Ver: <http://www.undp.org/content/undp/es/home/ourperspective/ourperspectivearticles/2013/10/21/sustainable-electoral-processes-for-strengthened-democracy-.html>

electoral alta afectará positivamente en la participación<sup>16</sup>. Muchos limitan la participación electoral<sup>17</sup> al ejercicio o no del voto. Desde una perspectiva más amplia, la participación electoral abarca todo el proceso: pre campaña, campaña, día de la elección y post campaña y como el ciudadano se involucra y vincula con el proceso; por ello el tema de participación electoral incluye temas como ser miembro de mesa de sufragio, personero, afiliado a una organización política, entre otros.

Por su parte, la gestión electoral se refiere a la administración de todo el proceso electoral, donde las instituciones a cargo desempeñan un rol fundamental en el proceso de elección y en la legitimación de autoridades políticas; bajo los principios de autonomía, independencia e imparcialidad. Todo ello en el marco de un sistema democrático que garantice el Estado de Derecho, las libertades fundamentales y elecciones periódicas.

Por lo tanto, estimo que la meta de esta reforma electoral debe ser la construcción y puesta en funcionamiento de un sistema electoral íntegro. Ello supondrá el fortalecimiento del sistema democrático y, a su vez, la formación de ciudadanos que confíen y participen en el gobierno, debido a que lo legitimaron con su voto.

#### 4.2 Democracia interna

Uno de los temas principales que debería ser parte de la nueva legislación electoral es el reforzamiento de la democracia interna de las organizaciones políticas.

La propuesta que viene siendo planteada y discutida por los órganos electorales consiste en que las elecciones internas de los partidos se realicen en simultáneo y con un calendario fijo para cada tipo de proceso electoral. Se trata de un esquema que es aplicado en otros países, como tengo entendido que ocurre por ejemplo en países como Argentina o Uruguay.

La idea, como propuesta central, es la participación obligatoria de los organismos electorales en la elección de candidatos, cada

<sup>16</sup>Juan Londoño y Carlos Hoyos, *Integridad Electoral: Una nueva perspectiva sobre las elecciones en Colombia*, Bogotá, Centros de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales, 2013.

<sup>17</sup>Según Nohlen, la participación electoral es la más importantes dentro de la participación política por tres razones: (a) razones de tipo sociológico, (b) razones de índole política, y (c) razones de vinculación tipo entrada (*input*), toda sociedad se vincula o está afectada de forma vinculante por el resultado (*output*). Ver: Dieter Nohlen, *La participación electoral como objeto de estudio*, Elecciones núm. 3, Lima, ONPE, 2004, pp. 137-157.

uno en el ámbito de su competencia; es decir, el Jurado Nacional de Elecciones, fiscalizando y resolviendo controversias; la Oficina Nacional de Procesos Electorales, organizando el proceso electoral; y el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil, con la elaboración del padrón electoral.

Otras medidas que apuntan también a reforzar la democracia al interior de los partidos políticos son la eliminación del voto preferencial, cuya aplicación en los últimos procesos electorales ha contribuido a dividir a los partidos y a debilitarlos, dado los conflictos que se presentan entre los candidatos de un mismo partido por obtener el respaldo popular y el fomento del voto por la persona antes que por la idea o convicción que el partido representa; y la alternancia en la aplicación de las cuotas de género, a fin de fortalecer la representación política de las mujeres.

Todo ello conllevaría a elevar la calidad de la democracia en el país y coadyuvar con su gobernabilidad, la cual requiere de organizaciones políticas que sean realmente instituciones fuertes y no meramente maquinarias electorales.

#### 4.3 Financiamiento

Otra materia central es aquella que versa sobre el financiamiento de las organizaciones políticas y de las campañas. La propuesta desde los organismos electorales incide en la entrega efectiva de un monto en dinero (financiamiento público directo), que tiene la finalidad de evitar que las organizaciones políticas se vean corrompidas por el ingreso proveniente de actividades delictivas o por otros intereses subalternos. Esto ya se materializaría desde el año 2017, pero aún debe reforzarse más la regulación del financiamiento político.

No obstante, el otorgamiento de financiamiento público directo debe ir acompañado de medidas de fiscalización y control adecuadas, de modo tal que se garantice que los recursos públicos están siendo bien utilizados por las organizaciones políticas. En ese sentido, se plantea la imposición no solamente de sanciones económicas (imposición de multas) sino también de sanciones políticas (suspensión y cancelación de la inscripción de la organización política), siempre teniendo en cuenta cánones de razonabilidad y proporcionalidad.

Otro tema que debe ser tenido en cuenta es la necesidad de que los ingresos recibidos por los partidos políticos sean canalizados obligatoriamente a través del sistema financiero, a efectos de que, con el apoyo de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), exista un mayor grado de fiscalización y se pueda evitar el ingreso de dinero de fuentes ilícitas. Proponemos, en ese sentido, que todo aporte cuyo valor sea superior a 1 UIT, deba realizarse a través del sistema bancario nacional.

Entonces, se plantea un mayor y mejor control tanto del financiamiento público como del privado, con sanciones que se podrían aplicar a las organizaciones políticas que no respeten las reglas impuestas (como superar los topes prohibidos o no entregar su rendición de cuentas).

En relación con las sanciones, reitero que la idea debería ser comenzar con la multa, pero si persiste el incumplimiento con la presentación de la información o si se utiliza el financiamiento para fines diferentes, debería eliminarse la posibilidad de recibir financiamiento público directo el siguiente año e incluso durante todo el periodo congresal (según la gravedad de la falta). Se trata de fondos públicos, finalmente.

No solo cabría aplicar sanciones pecuniarias (poco efectivas frente a la imposibilidad de cobrarlas coactivamente o a la ausencia de patrimonio de las organizaciones políticas), sino incluso sanciones de índole político, como la suspensión o cancelación de la inscripción a aquellas organizaciones políticas que incurran en conductas prohibidas o no cumplan con aquello que resulta obligatorio.

#### 4.4 Impedimentos

El Proyecto de Ley núm. 4722-2015/JNE, presentado el 06 de agosto del 2015 por el Jurado Nacional de Elecciones en el marco de la reforma electoral, tiene como objetivo central, generar filtros para que aquellos quienes participen en el proceso electoral sean personas idóneas, capaces de enfrentar los retos de la gestión pública sin cuestionamientos sobre su integridad ética, moral y su compromiso para con la democracia.

Esta propuesta tiene como principales ideas las siguientes:

a) Que se vean impedidos de postular aquellas personas que tengan una sentencia condenatoria en segunda instancia, independientemente de la presentación de recursos ordinarios, extraordinarios o el inicio de procesos constitucionales.

b) El impedimento es aplicable a todo delito doloso.

c) El impedimento tiene naturaleza permanente, incluso si ya ha mediado la rehabilitación.

d) El impedimento resulta aplicable a todo proceso electoral, incluyendo cargos de alcances nacional, regional y local.

Con esta propuesta esperamos cambiar una tendencia que lamentablemente se presenta en la realidad: la existencia de numerosos candidatos que presentan cuestionamientos en sus antecedentes penales y judiciales, pero que continúan participando de la contienda electoral.

Esta es una realidad que se ha puesto de manifiesto en los últimos procesos electorales. Tal fue el caso, por ejemplo, en las Elecciones Regionales y Municipales 2014. De los 106,058 candidatos inscritos, 2181 habían tenido algún tipo de condena. Parece un tema menor en términos cuantitativos, pero no debe perderse de vista que ellos podían ser elegidos como autoridades en un gobierno regional o local y, con ello, administrar fondos públicos.

Solo 362 tenían condenas firmes y vigentes y todos los demás podían postular y ser elegidos. Quienes han purgado condena por terrorismo hoy no pueden ser maestros, ni jueces, ni fiscales, pero sí pueden ser candidatos a un cargo de elección popular, tomando en cuenta lo establecido en leyes tales como la Ley de Carrera Judicial, la Ley de Carrera Fiscal, la Ley del Notariado, y la Ley de Carrera Pública Magisterial.

Son temas que creemos el Congreso debe abordar, debatir y aprobar en los términos que considere, pero sin dejar de ponerlos al debate nacional.

#### 4.5 Cronograma electoral

También es necesario repensar el propio cronograma electoral para que refleje el tiempo que realmente se requiere para cada acto y etapa preclusiva, sobre todo para resolver las controversias producto de las solicitudes, apelaciones y recursos que presentan las organizaciones políticas. Ello permitirá evitar situaciones de incertidumbre en torno a la habilitación de las candidaturas participantes en el proceso electoral, problema que se presentó en el marco de las Elecciones Generales 2016.

En efecto, una clara muestra de la incoherencia en los plazos que presenta la actual legislación electoral la encontramos en las diferencias que se establecen en relación a los plazos de convocatoria entre las elecciones generales y las elecciones regionales y municipales. Mientras que las primeras, las de mayor relevancia en tanto de ellas depende la determinación de quiénes estarán a cargo del gobierno nacional, son convocadas entre ciento veinte (120) y ciento cincuenta (150) días antes de la jornada electoral, conforme a lo previsto en el art. 82 de la Ley Orgánica de Elecciones; las segundas, en las cuales se determina quiénes estarán a cargo de los gobiernos regionales y locales, son convocadas doscientos cuarenta (240) días antes de la jornada electoral, conforme a lo previsto en el art. 4 de la Ley de Elecciones Regionales y en el art. 3 de la Ley de Elecciones Municipales.

A efectos de que el cronograma electoral se desarrolle con normalidad y de que el proceso electoral en su conjunto no se vea distorsionado, no deben admitirse modificaciones a la

legislación electoral en el transcurso del proceso. Tal situación de incertidumbre en torno a la habilitación de candidaturas suscitada en el marco de las Elecciones Generales 2016 tuvo su origen en la expedición de una modificación legislativa, la ya comentada Ley núm. 30414, que estableció un nuevo supuesto de infracción con sanción de exclusión en relación a las actividades proselitistas de los candidatos, cuando ya la campaña electoral había iniciado.

En ese sentido, creo que debe establecerse a nivel constitucional una prohibición en ese sentido, como en efecto ocurre en el caso de Ecuador, país en el cual la legislación electoral es intangible durante el año anterior a la celebración de elecciones, conforme se reconoce en el art. 117 de su Constitución.

### 5 Reflexiones finales

En el Perú, tenemos esperanza en que, ya concluido el proceso electoral, el Congreso de la República ponga especial énfasis en llevar a cabo la tan necesaria reforma integral de la legislación electoral, sobre todo de cara a las Elecciones Regionales y Municipales 2018.

Como organismos electorales, mantenemos la disposición para a seguir trabajando en pos del fortalecimiento de la democracia.

La reforma electoral no es la panacea, no es la solución mágica que resolverá todos los problemas del país, pero representa un primer paso para adaptar al sistema electoral peruano a los constantes cambios que la realidad impone, para generar incentivos que tengan una repercusión directa en la representación política y en la participación ciudadana, que se manifiesta en el derecho a elegir y ser elegido.

La democracia como sistema debe ser entendida siempre como un proceso inacabado, susceptible de ser mejorado permanentemente.

En el país, tenemos, además, la esperanza de una nueva legislatura que empiece, lo que nos motiva una reflexión que, formulada hacia fines del siglo XIX por un político peruano, considero podría aplicar a todos nuestros Congresos:

"En nuestros países jóvenes, en que estamos acostumbrados a hacer en pocos años la tarea de siglos, un periodo de paz significa siempre progresos realizados; y una nueva Legislatura, grande esperanza de satisfacción de nuevas necesidades y de fuerzas para hacer nuevas conquistas en el camino de nuestro perfeccionamiento"<sup>18</sup>.

<sup>18</sup>Manuel Pardo y Lavalle, Discurso del 28 de julio de 1874.

Esperamos que las nuevas legislaturas o los nuevos debates nos permitan proponer e impulsar las reformas electorales que en cada contexto resulten necesarias.

### Referencias bibliográficas

Larry Jay Diamond, *Thinking About Hybrid Regimes*, Journal of Democracy, núms. 2 y 13, abril, 2002, pp. 21-35.

Antonio Garrido; y Antonia Martínez, *Integridad de las elecciones y de las campañas electorales en América Latina: conceptos, índices y evidencia empírica*, Ponencia presentada al III Congreso Internacional de ALICE, Santiago de Compostela, pp. 24-27.

Juan Londoño; y Carlos Hoyos, *Integridad Electoral: Una nueva perspectiva sobre las elecciones en Colombia*, Bogotá, Centros de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales, 2013.

Dieter Nohlen, *La participación electoral como objeto de estudio*, Elecciones, núm. 3, Lima, ONPE, 2004, pp. 137-157.

Dieter Nohlen, *Gramática de los sistemas electorales, Una introducción a la ingeniería de la representación*, Lima, Fondo Editorial del Jurado Nacional de Elecciones, 2014.

Pippa Norris, *Why electoral integrity matters*, Nueva York, Cambridge University Press.

Andreas Schedler, *Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition*, Boulder, Lynne Rienner.

Alfred Stephan; y Juan J Linz, *Democratization Theory and the Arab Spring*, Journal of Democracy, núms. 2 y 24, abril, 2013, pp. 15-30



# REVISIÓN CRÍTICA DE LOS PRESUPUESTOS, CARÁCTER Y ALCANCE DE LA PENA DE INHABILITACIÓN PROFESIONAL EN EL CP ESPAÑOL: REFERENCIA ESPECIAL A LA INHABILITACIÓN PROFESIONAL MÉDICA<sup>1</sup>

Javier de Vicente Remesal

**Sumario** I. Introducción. La regulación legal. Planteamiento de los problemas. II. El concepto imprudencia profesional y el carácter preceptivo o potestativo de la inhabilitación profesional como pena principal. El concepto imprudencia profesional en la doctrina y en la jurisprudencia. Toma de posición sobre la imprudencia profesional: el concepto imprudencia grave como referencia más adecuada y suficiente. Toma de posición sobre el carácter preceptivo o potestativo de la inhabilitación profesional como pena principal. III. El problema del alcance de la pena de inhabilitación profesional médica. La incuestionabilidad del alcance de la pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico para la doctrina y la jurisprudencia. Toma de posición: la posibilidad y, según los casos, procedencia de restringir la pena de inhabilitación profesional médica al ejercicio de una especialidad o actividad. IV. Propuesta lege ferenda y conclusiones: la teoría aplicada a los casos y ejemplos de referencia.

## I. Introducción

### 1. La regulación legal

El Código Penal español prevé la pena de inhabilitación

<sup>1</sup>Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Responsabilidad de personas físicas y jurídicas en el ámbito médico-sanitario: estrategias para la prevención de errores médicos y eventos adversos", DER2011-22934, del Ministerio de Ciencia e Innovación (España). Investigador principal: Javier de Vicente Remesal.

profesional como pena principal en un gran número de delitos, algunos de los cuales son de posible y especial comisión en el ejercicio de la profesión médico-sanitaria.

La práctica totalidad de los hechos que se cometen y en su caso enjuician en dicho ejercicio son imprudentes, para los cuales, cuando se considera que encajan en la referencia típica imprudencia profesional, el tipo prevé la pena de inhabilitación profesional con la expresión genérica de *inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo*. Así, el homicidio (142.1 pfo.4º), aborto (146 en relación con 144-145 bis), lesiones (152.1 etc. 147-151) y lesiones al feto (158 etc. 157). A ellos me referiré fundamentalmente en este trabajo.

Por el contrario, en los correspondientes delitos dolosos, mientras en algunos casos no se contempla en el tipo la inhabilitación profesional como pena principal (homicidio, lesiones), en otros se contempla, o bien extendiéndola expresamente al ejercicio de la profesión médica en general (así, en determinadas modalidades de aborto y en las lesiones dolosas al feto), o bien con la mencionada referencia genérica a la inhabilitación profesional<sup>2</sup>.

Volviendo a los mencionados delitos imprudentes, resulta excluida la previsión de la inhabilitación profesional como pena principal en los casos de imprudencia menos grave<sup>3</sup> (en el aborto, porque con dicha imprudencia ya no constituye delito; en el homicidio, porque da lugar a la pena de multa de tres meses a dieciocho meses, y en las lesiones a una pena de multa de tres meses a doce meses), y por supuesto en los de imprudencia leve, que sólo puede dar lugar a responsabilidad extrapenal. Pero también queda excluida en los casos de imprudencia grave no constitutiva de imprudencia profesional.

Por otra parte, el CP también prevé la inhabilitación profesional como pena accesoria<sup>4</sup>, pues a tenor del art. 56 es una

<sup>2</sup>Por lo demás, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes dicha pena de inhabilitación profesional se contempla conjuntamente con otras, privativas de libertad o multa.

<sup>3</sup>Dejo ahora de lado cualquier cuestionamiento al respecto. Cfr. P. Lanzarote Martínez (2015), *El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma del Código Penal de 2015*, Diario La Ley, núm. 8600, Sección Doctrina, 8 de Septiembre de 2015, Ed. La Ley, pp. 1-19; Fiscalía General del Estado (2015), *Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*.

<sup>4</sup>Cuando, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo (art. 54), en cuyo caso tendrá la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código (33. 6).

de las que llevan consigo las penas de prisión inferiores a diez años. Y en relación con los delitos imprudentes mencionados, esto se produce cuando concurre imprudencia grave.

Así, en el homicidio (pena de prisión de uno a cuatro años), en el aborto (pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses), en las lesiones (pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del art. 147; pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149; pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del art. 150) y en las lesiones al feto (pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses).

Finalmente, el CP también contempla la posibilidad de imponer la inhabilitación profesional como medida de seguridad (96.3.1) bajo determinadas condiciones y previa concurrencia de ciertos requisitos (95 y 107). Pero esta alternativa será excepcional en el marco del ejercicio de la profesión médica, habida cuenta de que sólo puede recurrirse a ella cuando no sea posible imponer la inhabilitación como pena por encontrarse el sujeto en alguna de las situaciones previstas en los números 1, 2 y 3 del art. 20 —esto es, de exención de responsabilidad criminal por enajenación mental o trastorno mental transitorio, intoxicación y alteraciones en la percepción—, lo cual es afortunadamente extraño que concurra en el ejercicio de la profesión médica.

La situación es claramente distinta en aquellos ordenamientos jurídicos que prevén la inhabilitación profesional sólo como medida de seguridad, aplicable también a los sujetos culpables. Así, por ejemplo, en los §§ 70, 70 a) y 70 b) del StGB alemán, o en los arts. 100-103 del CP portugués.

En el StGB la inhabilitación profesional (*Berufsverbot*) se regula como medida de seguridad en los §§ 70 (imposición de la inhabilitación profesional), 70a (suspensión de la inhabilitación profesional) y 70b (revocación de la suspensión y terminación o conclusión de la inhabilitación profesional).

Los presupuestos esenciales para la imposición de la inhabilitación profesional se contemplan del siguiente modo en el § 70 (1) StGB: si alguien ha sido condenado por un hecho antijurídico cometido con abuso de su profesión u oficio, o infringiendo gravemente los deberes relativos a los mismos, o si no lo ha sido porque fue probada o no puede excluirse su inimputabilidad, entonces el tribunal puede prohibirle el ejercicio de la profesión, de la especialidad, del oficio o de la

rama industrial por un tiempo de uno a cinco años<sup>5</sup>, cuando la valoración conjunta del autor y del hecho permita reconocer que el autor cometerá hechos punibles relevantes de la clase de los señalados en caso de un ulterior ejercicio de la profesión, especialidad, oficio o rama industrial. La inhabilitación profesional puede ordenarse para siempre cuando se cuenta con que el plazo máximo legal no sea suficiente para la defensa del peligro que emane del autor. Mientras la prohibición sea efectiva, el autor tampoco puede ejercer la profesión, la especialidad, el oficio o la rama industrial, para otra persona distinta de aquella para la que la había ejercido, así como tampoco a través de una persona dependiente de sus instrucciones<sup>6</sup>.

En el § 70a StGB se regula la suspensión de la inhabilitación profesional. Si tras la imposición de la inhabilitación profesional hay razones suficientes para aceptar que ya no existe el peligro de que el autor cometa hechos antijurídicos relevantes de los señalados en el § 70 inciso primero, entonces el tribunal puede suspender la prohibición por libertad condicional<sup>7</sup> (entendida ésta aquí no como recuperación de libertad de movimientos, sino de ejercicio profesional). Para ello es preciso que la prohibición haya durado como mínimo un año, teniéndose en cuenta a estos efectos, en su caso, el tiempo de prohibición provisional del ejercicio de la profesión<sup>8</sup>.

Finalmente, el § 70b StGB regula la revocación de la suspensión y la terminación o conclusión de la inhabilitación profesional.

El tribunal revocará la suspensión de la inhabilitación profesional en los siguientes supuestos: cuando el condenado cometa un hecho antijurídico durante el periodo de libertad condicional, abusando de su profesión o de su oficio o infringiendo gravemente los deberes relativos a los mismos; cuando incumpla gravemente o de forma constante una orden; y cuando se sustraiga reiteradamente a la vigilancia y dirección del asistente de libertad condicional y de ello resulte que el fin de la inhabilitación profesional requiera una aplicación

<sup>5</sup>Según el § 70 (2) StGB el tiempo de la inhabilitación profesional provisional reducirá el mínimo del periodo de por el que se impone la inhabilitación profesional definitiva, pero no se permite que sea inferior a tres meses.

<sup>6</sup>§ 70 (3) StGB.

<sup>7</sup>§ 70a (1) StGB.

<sup>8</sup>§ 70a (2) StGB. Pero no se tendrá en cuenta el tiempo que el autor ha estado custodiado por una orden oficial en un establecimiento.

posterior<sup>9</sup>. Asimismo, el tribunal también revocará la suspensión de la inhabilitación profesional cuando circunstancias del autor, que sólo han llegado a conocerse durante el periodo de libertad condicional y que habrían conducido a la negación de la suspensión, muestren que el fin de la medida requiere una continuación de la prohibición de ejercer la profesión<sup>10</sup>. Concluido el periodo de libertad condicional el tribunal declarará cumplida la inhabilitación profesional<sup>11</sup>. Según el § 70 (2) StGB el tiempo de la inhabilitación provisional reducirá el mínimo del periodo de por el que se impone la inhabilitación profesional definitiva, pero no se permite que sea inferior a tres meses.

En términos semejantes, el art. 100 CP portugués, relativo a la interdicción de actividades, dispone que quien fuere condenado por un delito cometido con grave abuso de la profesión, comercio o industria que ejerza, o con grosera violación de los deberes inherentes, o fuere absuelto de dicho delito por falta de imputabilidad, será inhabilitado para el ejercicio de la respectiva actividad cuando, en atención al hecho realizado y a la personalidad del sujeto, hubiera fundado recelo de que podría cometer otros hechos de la misma clase. El periodo de inhabilitación o interdicción se fija entre 1 y 5 años, pero puede ser prorrogado por otro periodo de hasta tres años si, finalizado el plazo fijado en la sentencia, el tribunal considera que aquél no fue suficiente para remover el peligro que fundamentó la medida. El decurso del periodo de interdicción se suspende durante el tiempo en que el agente estuviese privado de libertad a consecuencia de una medida coercitiva procesal, pena o medida de seguridad. Si la suspensión dura 2 años o más, el tribunal reexamina la situación que fundamentó la aplicación de la medida, confirmándola o revocándola.

## 2. Planteamiento de los problemas

Las cuestiones centrales que voy a tratar aquí son, por una parte, la exigencia de imprudencia profesional (por su referencia expresa en el tipo) y el carácter preceptivo de la pena de inhabilitación profesional como pena principal, y, por otra parte, el alcance de la misma, que habitualmente se

<sup>9</sup>§ 70b (1) StGB.

<sup>10</sup>§ 70b (2) StGB.

<sup>11</sup>§ 70b (5) StGB. Por otra parte, dispone el § 70b (3) que el periodo de suspensión de la inhabilitación profesional no se tendrá en cuenta en el plazo de prohibición. Y el § 70b (4), que los servicios prestados por el condenado para el cumplimiento de las ordenes o compromisos no se restituirán.

entiende como inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en general.

### 2.1 La exigencia de imprudencia profesional y el carácter preceptivo de la pena de inhabilitación profesional como pena principal

En lo que se refiere a la imprudencia profesional y al carácter de la pena, sobre la base de la regulación vigente, en los hechos imprudentes, que son la práctica totalidad de los hechos punibles cometidos en el ejercicio de la profesión médica, el factor determinante para la imposición de la pena de inhabilitación profesional como pena principal es —como se ha indicado— que la imprudencia grave cometida por el facultativo sea calificada de imprudencia profesional.

Cuando la imprudencia se califica de grave —pero sin considerarla imprudencia profesional— la pena de inhabilitación profesional puede aplicarse —sola o conjuntamente con otra u otras— como pena accesoria por el tiempo de la condena.

En todos los casos de responsabilidad penal médica en que la jurisprudencia ha apreciado imprudencia profesional se ha impuesto como pena principal, aparte de otras, de forma ineludible la de inhabilitación profesional, por tener ésta en tales casos, de acuerdo con la regulación vigente, carácter preceptivo en el tipo.

Frente a esto resulta cuando menos significativo que al propio tiempo el CP contemple asimismo, como veremos, tipos penales que incluso siendo dolosos prevén la imposición de dicha pena, como principal, con carácter facultativo o potestativo.

Sabemos igualmente que el art. 56, referido a las penas accesorias, aunque contempla también dicha pena con carácter preceptivo, no implica sin embargo su ineludible imposición ("impondrán... alguna o algunas"), pues para ello es preciso que el juez o tribunal, aparte de atender a la *gravedad del delito*, determine expresamente en la sentencia la vinculación y *relación directa del hecho con la profesión*.

Por otra parte —en consonancia con la lógica de que si hay que motivar la pena de inhabilitación profesional cuando se impone como accesoria, con igual o mayor motivo habrá que motivarla cuando se impone como principal—, el art. 45, que rige tanto para las penas principales como para las accesorias, establece que la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el

tiempo de la condena, *ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia.*

Lo que dejamos planteado en este momento es:

a) si se considera adecuado que la pena de inhabilitación profesional como pena principal haya de tener carácter preceptivo y que la referencia a la imprudencia profesional (que es un criterio difuso por asentarse en un concepto artificioso) tenga que ser el presupuesto determinante de dicha pena;

b) o, por el contrario, si sería más acertado suprimir dicho concepto y otorgar a aquella pena en el tipo carácter facultativo o potestativo, como ocurre en otros tipos penales, y además dolosos, (y como prevé el citado § 70 StGB, aunque no como pena, sino como medida de seguridad).

Son muy significativos los datos que se extraen de la jurisprudencia sobre la dimensión y el tratamiento de esta cuestión<sup>12</sup>. Una aproximación estadística sobre la cuantificación de los casos en que se apreció imprudencia profesional en el ámbito médico es la siguiente:

- de un total de 140 casos de errores médicos que llegaron a los tribunales en el periodo 2003-2014, se apreció imprudencia profesional en 21 casos, distribuidos de la siguiente forma: 7 (de 40 casos de resultado muerte), 10 (de 46 casos con resultado de lesiones físicas o psíquicas), y 4 (de 24 casos con resultado de secuelas físicas o psíquicas).

- incluso en casos muy semejantes —como son los de errores debidos a aplicación de cirugía en lugar equivocado— el tipo de imprudencia apreciada fue muy dispar. Por ejemplo, del referido total de 140 casos de errores médicos se incurrió en 9 de ellos en dicho error, en los cuales, sin embargo, la calificación de la imprudencia apreciada fue la siguiente: imprudencia profesional: 4 (algunos de ellos calificados de imprudencia grave o leve en 1ª instancia); imprudencia grave: 3; imprudencia leve: 2.

- por otra parte, se produjeron asimismo significativas discrepancias de calificación sobre un mismo caso en diferentes instancias. Tomando como referencia sólo las sentencias

<sup>12</sup>Los datos estadísticos que aquí se recogen son fruto del Proyecto de Investigación Responsabilidad de personas físicas y jurídicas en el ámbito médico-sanitario: *Estrategias para la prevención de errores médicos y eventos adversos*, DER2011-22934, del Ministerio de Ciencia e Innovación (España), referido en la nota 1. La relevancia de estos datos es sólo orientativa, pues aparte de la horquilla temporal a la que se limitan se restringen a casos en los que se denunciaron errores médicos, y además circunscritos a las especialidades de Cirugía, Obstetricia y Ginecología y Anestesia.

más recientes, de los años 2013 y 2014, llegaron en ese periodo a los tribunales penales 35 casos relativos a errores médicos (en cirugía, anestesia y obstetricia/ginecología). En 12 de ellos se planteó en el recurso la apreciación de imprudencia profesional, y el resultado es el siguiente: a) coincidencia en la calificación de imprudencia profesional tanto en 1ª como en 2ª instancia: 3/12. b) calificaciones discrepantes sobre la calificación de imprudencia profesional: 9/12. En 7 de esos 9 casos se apreció imprudencia profesional en 1ª instancia (de ellos, en apelación, se calificó de imprudencia leve en 1 caso; y se absolvió en los 6 restantes). Por el contrario, en los 2 casos restantes de los 9, en los que se apreció imprudencia profesional en segunda instancia, en ninguno de ellos se había apreciado imprudencia grave en primera instancia, sino imprudencia leve en ambos.

## **2.2. El alcance de la pena de inhabilitación profesional médica**

En lo que se refiere al alcance de la pena, en el marco de los delitos más susceptibles de comisión en el ejercicio de la profesión médica, la referencia legal habitual —de "inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo"— se entiende, salvo en muy pocas excepciones, como inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en general, y no, por lo tanto, restringida al ejercicio de una especialidad o a la realización de una actividad o cometido concreto.

Lo que corresponde analizar es:

a) si en atención a los criterios que se consideren adecuados y de acuerdo a los fines de la pena es necesario que la inhabilitación profesional afecte en todo caso al ejercicio de la profesión médica en general,

b) o si, por el contrario, dichos fines pueden considerarse, según los casos, suficientemente cumplidos con la inhabilitación profesional restringida a una especialidad o actividad médica concreta, en cuyo caso la prohibición general sería una extralimitación inaceptable desde el punto de vista de los fines de la pena y en particular contradictorio con el principio de proporcionalidad.

Otra cuestión importante en el ámbito médico y en el marco de la ejecución de la pena de inhabilitación profesional —que sólo dejo planteada— es la de las posibles consecuencias contraproducentes de la pena de inhabilitación profesional médica después de su cumplimiento, es decir, la idoneidad de dicha pena para la prevención de una mala praxis en el futuro. Pues si bien es cierto que la previsión y aplicación de dicha pena responde a su finalidad preventiva, no lo es menos



que la forma de ejecución asociada a su carácter de pena puede dar lugar, tras su cumplimiento, a efectos contrarios a los pretendidos, en cuanto la actividad médica (a diferencia de otras actividades, o en mayor medida) requiere una actualización constante de conocimientos y habilidades, impedido o dificultado por el cumplimiento de la pena de inhabilitación profesional. Permitir que un médico vuelva a ejercer después de varios años inhabilitado es, aparte de peligroso, una contradicción con la exigencia de actualización de conocimientos —teóricos y prácticos— en cuyos déficits radica con frecuencia la infracción del deber objetivo de cuidado.

Para el análisis de estas cuestiones vamos a servirnos de los siguientes ejemplos:

Ejemplo 1: El cirujano uno practica a la paciente, en contra de su consentimiento, una ligadura de trompas (*salpingectomía*) porque considera que es el método más eficaz para evitar los muy probables y graves peligros que se derivarían de futuros embarazos.

Ejemplo 2: A pesar de ser consciente de que la cirugía laparoscópica del cáncer nasofaríngeo o de *cavum* es extremadamente complicada y requiere una demostrada experiencia, el temerario médico dos, a pesar de su aún corta vida profesional, decide llevar a cabo dicha cirugía por primera vez. Por la mala ejecución de la intervención la paciente muere un mes más tarde, durante el cual quedó además ciega por haberle dañado el médico el nervio óptico.

Ejemplo 3: Por una interpretación errónea de las radiografías, el médico tres hace un diagnóstico equivocado, que da lugar a un tratamiento que causa la muerte del paciente.

Ejemplo 4: El médico cuatro es procesado por abusos sexuales a menores cometidos durante los reconocimientos médicos efectuados en un colegio de enseñanza primaria. O un médico es procesado por haber abusado sexualmente de algunas de sus pacientes durante la consulta médica.

Ejemplo 5: El ginecólogo cinco, de reconocidísimo prestigio por sus certeros diagnósticos y gran habilidad en las intervenciones quirúrgicas, empieza a notar que está afectado de Parkinson. A pesar de ello sigue actuando como cirujano y en una de sus intervenciones causa graves lesiones a una paciente por el impreciso uso del bisturí debido al Parkinson.

**II. El concepto imprudencia profesional y el carácter preceptivo o potestativo de la inhabilitación profesional como pena principal**

## 1. El concepto imprudencia profesional en la doctrina y en la jurisprudencia

El significado del concepto imprudencia profesional es discutido desde el punto de vista teórico en la doctrina y de imposible comprensión en la jurisprudencia a la vista de los argumentos que ésta esgrime para tratar de fundamentarlo.

La discusión doctrinal —que tiene su origen en el CP 1944, que preveía en el art. 565 subtipos cualificados de los delitos de homicidio o lesiones graves cuando se hubiesen producido *a consecuencia de impericia o negligencia profesional*— se centra, al igual que las posiciones de la jurisprudencia (y en gran medida como consecuencia de éstas), fundamentalmente en si la impericia y la negligencia profesional son conceptos coincidentes o distintos y en si por eso es necesario (pero a la vez posible y justificado) distinguir entre imprudencia profesional e imprudencia del profesional.

Mientras un sector considera que la imprudencia profesional es una cualificación de la imprudencia grave por impericia profesional<sup>13</sup>, otro sector introduce en esa cualificación no sólo la impericia profesional, sino también la negligencia profesional<sup>14</sup>. Esta segunda línea interpretativa es la correcta.

La imprudencia profesional no puede restringirse a la impericia del profesional, sino que comprende tanto la mala praxis derivada de los déficits en conocimientos teóricos y/o prácticos, como la mala praxis en sí misma aun concurriendo los adecuados conocimientos para realizarla de acuerdo con la *lex artis*. La impericia es una modalidad de la imprudencia o negligencia profesional<sup>15</sup>. Como veremos en los ejemplos de referencia, existen casos de negligencia profesional que nada tienen que ver con déficits de conocimientos.

Por otra parte, la doctrina se ocupado de forma amplia y prolija en la delimitación entre imprudencia profesional e imprudencia del profesional, coincidiendo en muchos casos en dicha diferenciación es muy difícil y casi impracticable.

<sup>13</sup>En este sentido, S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, décima Ed., segunda reimpression corregida, Ed. Reppertor, Barcelona, agosto 2016, p. 11/30-31.

<sup>14</sup>En este sentido, Diego Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, segunda edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 18/73-75.

<sup>15</sup>En el mismo sentido, J. M. Silvia Sánchez, *Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo*. Derecho y Salud, Vol. 2, enero-diciembre 1994, pp. 41-58: "La impericia de un profesional es, pues, una modalidad evidente de negligencia profesional" (55).

Sin embargo, desde la posición que mantengo, esa diferenciación no sólo es discutible desde el punto de vista político criminal, sino que además carece de relevancia. La imprudencia profesional es sencillamente la que se comete en el ejercicio de la profesión y por tanto no diferenciable de la imprudencia del profesional. Lo verdaderamente decisivo —y suficiente— a los efectos de la imposición de la pena de inhabilitación profesional no es que el sujeto que realiza el hecho haya de ser un profesional, sino el grado de gravedad (o temeridad) del hecho que comete y, en atención a las circunstancias concurrentes, el significado del mismo como fundamento para la imposición de la pena de inhabilitación profesional. Si el hecho en el que ha concurrido imprudencia grave se ha realizado en el ejercicio de la profesión, el problema de la imposición de inhabilitación profesional habrá que resolverlo desde la perspectiva de la pena, desde su merecimiento y necesidad, tanto en relación con la imposición en sí misma como en su extensión a la profesión en general o restringida a una especialidad o actividad concretas. Por eso y para eso considero necesario la eliminación del concepto imprudencia profesional de los tipos que la contemplan y asimismo la previsión facultativa —y no preceptiva— de la pena de inhabilitación profesional en dichos tipos imprudentes.

El significado del concepto imprudencia profesional es sencillamente de imposible comprensión a partir de la jurisprudencia. Quizá se deba a que se trata, como ella misma advierte acertadamente<sup>16</sup>, de una distinción artificial. La imprudencia profesional resulta indiferenciable de la imprudencia grave a tenor de lo que sobre ésta entiende en muchos casos la jurisprudencia<sup>17</sup>. Asimismo, aunque pretende convertir el concepto impericia profesional en el elemento diferenciador de la imprudencia profesional frente a la imprudencia del profesional, no consigue sin embargo definirlo ni tampoco delimitar ambos artificiosos tipos de imprudencia. Poco ayuda a aclarar el problema el afirmar que la imprudencia profesional no se aplica a cualquier persona que realice actos específicos de una determinada profesión, sino que es preciso e imprescindible que el autor del hecho imprudente sea un profesional de la actividad, que desarrollaba en el momento de incurrir en la infracción punible. Otro tanto cabe decir respecto de la afirmación de que imprudencia profesional es la impericia profesional, de forma que la imprudencia sin impe-

<sup>16</sup>SAP Castellón, 4-12-2013, ARP\2013\1462.

<sup>17</sup>Cfr. SAP Sevilla, 10-12-2008, ARP\2009\723, SAP Castellón, 4-12-2013, ARP\2013\1462.

ricia no es imprudencia profesional<sup>18</sup>. Prueba de ello es que muchas otras sentencias rechazan esta idea<sup>19</sup>.

O, por poner un ejemplo, la jurisprudencia suele apreciar siempre imprudencia profesional en los casos de errores consistentes en equivocación de órgano o miembro (rodilla, riñón, etc.), cuando lo cierto es que dichos errores no radican prácticamente nunca en la impericia del médico.

Finalmente, en otros casos se comprueba que la jurisprudencia es contradictoria a la hora de aplicar sus propios criterios para distinguir la imprudencia profesional de la imprudencia del profesional<sup>20</sup>. No es de extrañar, por consiguiente, que en este campo de sutilezas y artificios, muchas sentencias acaben reconociendo, acertadamente, que es preciso recurrir a diversos criterios conjuntamente con (o aparte de) la impericia o ineptitud para calificar de profesional la imprudencia.

En conclusión, es imposible extraer de la jurisprudencia una mínimamente clara y satisfactoria diferenciación no sólo entre la imprudencia profesional y la imprudencia del profesional, sino incluso ya respecto de la imprudencia grave. Y por tanto se cae de suyo que la imprudencia profesional no puede constituir el concepto típico de referencia para la previsión y aplicación de la pena de inhabilitación profesional.

## **2. Toma de posición sobre la imprudencia profesional: el concepto imprudencia grave —en lugar de imprudencia profesional— como referencia más adecuada y suficiente**

La imprudencia grave es referencia adecuada y suficiente a los efectos de previsión e imposición de la inhabilitación profesional como pena principal cuando aquélla se comete en el ejercicio de la profesión.

<sup>18</sup>Así, SAP Zaragoza, 7-3-2013, JUR\2013\114624.

<sup>19</sup>Entre otras, Cfr. SAP Madrid, 28-5-2013, JUR\2013\209832.

<sup>20</sup>Así, siguiendo los ejemplos expuestos por J. M. Silvia Sánchez, *Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo*, Derecho y Salud, Vol. 2, enero-diciembre, 1994, p. 56. La STS de 26 de junio de 1980 rechaza la calificación de imprudencia profesional a pesar de que reconoce que el anestesista, entendiéndolo erróneamente que el enfermo se había recuperado del paro cardíaco debido a la excesiva difusión del agente anestésico, y pese a presentar signos o síntomas de lesión cerebral por amnesia, indicó al cirujano que podía iniciar la operación quirúrgica. E igualmente rechaza también dicha calificación la STS de 7 de julio de 1993, a pesar de sostenerse expresamente en la sentencia que con su conducta el anestesista revelaba una patente falta a las normas de cuidado inherentes a su especialización que exigían un control y vigilancia, siempre efectiva, sobre la situación del operado y sus constantes biológicas.

La referencia legal a la imprudencia profesional no sólo es —como se ha indicado— demostradamente perturbadora e inadecuada a esos efectos, sino también legalmente innecesaria. A la vista de lo que dispone el CP no es necesaria ni determinante porque dicha pena con tal carácter también se prevé no sólo en muchos delitos dolosos (ya sea tipificados como delitos comunes, ya sea restringiendo el círculo de posibles autores), sino también en algunos delitos imprudentes, que, por así decirlo, para ello se conforman, con la imprudencia grave, sin calificarla de imprudencia profesional<sup>21</sup>.

Pero al hecho de que desde el punto de vista legal nada se oponga a la supresión de la imprudencia profesional se suman también otros argumentos que ponen de manifiesto que a dichos efectos el concepto imprudencia grave es la referencia más adecuada y a la vez suficiente.

El concepto imprudencia profesional pretende ser un filtro para restringir la aplicación de la pena de inhabilitación profesional. Pero si lo que se trata de tipificar (y de penar con la pena de inhabilitación profesional) no es toda imprudencia cometida en el ejercicio de la profesión, sino —desde una valoración político criminal— sólo la que alcanza cierta gravedad o temeridad, el concepto más adecuado y suficiente como presupuesto de la inhabilitación profesional como pena principal debe ser el de imprudencia grave, el cual habrá de complementarse con los requisitos que se consideren adecuados para decidir la aplicación de la pena de inhabilitación profesional y su alcance cuando la imprudencia grave se comete en el ejercicio de la profesión.

Ciertamente, la previsión típica de la pena de inhabilitación profesional como pena principal debe requerir (como asimismo requiere la accesoria) que la imprudencia cometida tenga relación con la profesión. Es decir, que sea imprudencia profesional. Pero la calificación de imprudencia profesional no precisa como requisito previo la calificación de imprudencia grave. Tanto ésta como la menos grave (e incluso la leve, aunque ya no sea típica) pueden ser imprudencia profesional o no profesional<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Así, en el delito de alteración imprudente del genotipo (art. 159.2), en los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (art. 332) y en los delitos contra la salud pública (art. 367).

<sup>22</sup> Cuestión distinta es que, como sucedía antes de la reforma de 2015 del CP, no se previese dicha pena para los casos de imprudencia leve (o no se prevea ahora para la menos grave). Sobre esta cuestión ya me he pronunciado en trabajos anteriores. Cfr. J de Vicente Remesal, *La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico*, Revipronunciado en trabajos anteriores. Cfr. I.

Para que el tipo prevea la pena de inhabilitación profesional como pena principal únicamente es preciso, como presupuesto (si se acepta la exclusión a estos efectos de la imprudencia menos grave), que la imprudencia cometida en el ejercicio de la profesión sea calificada de grave, para cuya imposición y determinación, eso sí, deberán tomarse en consideración, razonadamente, otros criterios o requisitos añadidos como, por ejemplo, la gravedad del hecho y las circunstancias concurrentes en dicho ejercicio de la profesión. Por otra parte, de esta forma el juez no puede eludir la motivación de la imposición de la pena de inhabilitación profesional también cuando se impone como pena principal, correspondiendo a los fines de la pena un papel esencial en dicha motivación.

Entender la imprudencia profesional sencillamente como la que se comete en el ejercicio de la profesión, sustituyendo aquella por la imprudencia grave en el sentido expuesto, resuelve además la discusión, antes resaltada, sobre la impericia y la negligencia profesionales.

Al hilo de los ejemplos expuestos puede comprobarse que la imprudencia profesional no se restringe a la impericia del profesional, sino que comprende tanto la *mala praxis* derivada de los déficits en conocimientos teóricos y/o prácticos, como la que acontece aun concurriendo los adecuados conocimientos para realizarla de acuerdo con la *lex artis* (sea deontológica o técnica).

Ni sólo ni siempre la impericia, inepticia o ineptitud dan lugar a un grado tal de imprudencia (se contemple o no en el tipo como imprudencia profesional) que deba fundamentar la imposición —y con carácter preceptivo— de la pena de inhabilitación profesional. La impericia es falta de sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte; la ineptitud significa inhabilidad, falta de aptitud o de capacidad; y la inepticia es la cualidad de necio, ignorante y que no sabe lo que podía o debía saber<sup>23</sup>.

---

de Vicente Remesal, *La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico*, Revista Aranzadi TSJ y AP, Vol. 12, 2000, pp. 9 ss.; J. de Vicente Remesal/ V. Rodríguez Vásquez, (2007), *El médico ante el Derecho penal. Consideraciones sobre la imprudencia profesional y el trabajo en equipo*, Universitas vitae, libro homenaje a Ruperto Núñez Barbero (Coord. por Fernando Pérez Álvarez, Miguel Ángel Núñez Paz, Isabel García Alfaraz), 2007, pp. 177 ss.; J. de Vicente Remesal, *La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 113, II, Época II, septiembre, 2014, pp. 45-104.

<sup>23</sup>Según la definición del diccionario de la RAE.

En el primer ejemplo de referencia es indudable que el cirujano uno (que interviene a la paciente en contra de su consentimiento y en consecuencia actúa en contra de la *lex artis*) no adolece de déficits en conocimientos, pero su conducta es lo suficientemente grave como para fundamentar la imposición de (aparte de otras) la pena de inhabilitación profesional. Y sin embargo, según el criterio jurisprudencial habría que negar la calificación de imprudencia profesional y con ello la imposición de dicha pena como principal. Desde esta perspectiva cabría extender esta consecuencia a todos los casos de vicios en el consentimiento informado.

Por el contrario, en el tercer ejemplo, aunque la lectura errónea de las radiografías por parte del médico tres pudiera radicar en su falta de preparación, en su impericia (que llevaría según el criterio jurisprudencial a apreciar imprudencia profesional y con ello imponer la pena de inhabilitación profesional), para la imposición de esta pena (o incluso para decidir la inexistencia de imprudencia) habrá que valorar, entre otras cosas, si de ello era o debía ser consciente dicho médico y el grado de gravedad de la infracción del deber de conducta.

Esta grave infracción concurre sin duda en el segundo ejemplo, por la conducta claramente temeraria del médico dos que aborda la complicada cirugía laparoscópica del cáncer nasofaríngeo o de *cavum* siendo consciente de su falta de conocimientos y experiencia (provocación culpable por emprendimiento o asunción).

Por otra parte, si la imprudencia profesional comprende tanto la impericia como la negligencia profesional —lo cual es correcto—, entonces, más que de crear un nuevo y perturbador concepto (el de imprudencia profesional), de lo que se trata es de determinar —excluidos los casos en que procediera apreciar dolo— el grado de gravedad requerido a la infracción del deber de conducta en el ejercicio de una profesión (que viene a corresponderse con una mayor gravedad de la imprudencia grave, se denomine o no temeridad) para que el mismo pueda fundamentar la imposición de la pena de inhabilitación profesional.

Claramente concurren estos requisitos en el ejemplo 1 (conducta gravemente imprudente, e incluso dolosa) y en el ejemplo 2 (imprudencia muy grave-temeridad: provocación culpable por emprendimiento o asunción). Pero es muy discutible que concorra en el ejemplo 3.

Todo ello deriva, como veremos a continuación, en la consecuencia de que la pena de inhabilitación profesional

deba contemplarse en el tipo correspondiente con carácter facultativo o potestativo.

### 3. Toma de posición sobre el carácter preceptivo o potestativo de la inhabilitación profesional como pena principal

Si, como se ha expuesto, toda imprudencia cometida en el ejercicio de la profesión médica es imprudencia profesional, pero ésta, aunque constituya imprudencia grave, no debe derivar en todo caso en la imposición de la pena de inhabilitación profesional como pena principal, hay que colegir que dicha pena debe contemplarse en el tipo correspondiente con carácter facultativo o potestativo, y no preceptivo o imperativo. Para decidir su imposición habrá que atender a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes en el ejercicio de la profesión, para su valoración desde los fines de la pena.

Al igual que hemos visto sucede con la supresión del concepto imprudencia profesional, nada se opone desde el punto de vista legal para la previsión de dicha pena con carácter facultativo porque ésta también así se prevé en algunos tipos del CP, especificándose además, en algunos casos, como criterios de imposición, la gravedad del hecho y las circunstancias del delincuente<sup>24</sup>.

Por otra parte, que el CP prevea la imposición de la pena de inhabilitación profesional con carácter potestativo en determinados delitos —y además dolosos— constituye un relevante punto de apoyo para deducir que con mucho mayor motivo haya de tener tal carácter potestativo en los hechos imprudentes realizados en el ejercicio de una profesión.

Otra cuestión, discutible, estrechamente relacionada o derivada de lo anterior (aunque no restringida sólo al carácter, sino referida también al alcance de la pena de inhabilitación profesional como pena principal, pero que en cualquier caso requiere un estudio a fondo que sobrepasa el objeto de este trabajo, pues habría que analizar, entre otras cosas, lo que ello supondría para la posibilidad de previsión de esa pena como accesoria, o incluso reflexionar sobre si la inhabilitación profesional no debería contemplarse como pena, sino al igual que en el § 70 StGB como medida de seguridad), es si la propuesta *lege ferenda*, que aquí se hará, resulta procedente aplicarla también a los delitos dolosos cometidos en el

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual (art. 192.3) y en los relativos a la receptación y al blanqueo de capitales (arts. 298, 301).



ejercicio de la profesión médica (e incluso a todos los delitos cometidos en el ejercicio de una profesión).

En lo que se refiere al carácter, el potestativo aquí propuesto para los delitos imprudentes frente a los dolosos no se basa exclusiva ni fundamentalmente en el hecho de que el CP prevea esa pena con el mismo carácter en algunos delitos dolosos, pues éste es un argumento rebatible. Del mismo modo que considero criticable que el CP prevea la inhabilitación profesional como pena principal en los delitos dolosos configurados como delitos comunes, también es discutible que dicha pena tenga carácter potestativo en esos referidos casos de delitos dolosos que se han cometido en el ejercicio de una profesión, oficio o cargo. Pues si se han cumplido las exigencias requeridas para que esa comisión lo sea en tal ejercicio, deberían —por tratarse además de un delito doloso— prever la pena de inhabilitación profesional con carácter preceptivo. Y en este aspecto requieren un tratamiento distinto a los delitos imprudentes. En cualquier caso, la aplicación con carácter obligatorio de la pena de inhabilitación profesional en los hechos dolosos tendría una repercusión mínima en el ámbito médico, pues los mismos son, como se ha reiterado, muy excepcionales en el ejercicio de la profesión médica propiamente dicha.

Por el contrario, en lo que se refiere al alcance de la pena de inhabilitación profesional, el tratamiento debe ser semejante en los delitos dolosos y en los imprudentes. Pues —como veremos posteriormente— tampoco en los delitos dolosos la imposición de esa pena, aun preceptiva, debe derivar necesariamente siempre (aunque probablemente sí en mayor medida que en los imprudentes) en la inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en general.

### III. El problema del alcance de la pena de inhabilitación profesional médica

#### 1. La incuestionabilidad del alcance de la pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico para la doctrina y la jurisprudencia

Si la referencia legal más habitual a la inhabilitación profesional como pena principal es —tanto en los delitos más estrechamente vinculados al ejercicio de la profesión médica como fuera de ella— la de *inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo*, parece razonable que dicha expresión suscite problemas de concreción sobre el posible alcance de la inhabilitación profesional a la hora de su imposición. Pero esto muy pocas veces se plantea en el ámbito médico, pues tanto la muy escasa doctrina que se ha ocupado de ello

como la jurisprudencia parten del principio de incuestionabilidad del alcance de la pena de inhabilitación profesional médica, dando por supuesto que la misma debe entenderse aplicada al ejercicio de la profesión médica en general. Esta postura es rechazable o, cuando menos, cuestionable.

## 2. Toma de posición: la posibilidad y, según los casos, procedencia de restringir la pena de inhabilitación profesional médica al ejercicio de una especialidad o actividad

También en el ámbito médico, al igual que fuera de él, existen argumentos para fundamentar la posibilidad y, según los casos, procedencia de restringir la pena de inhabilitación profesional médica al ejercicio de una especialidad o actividad. Dichos argumentos son, entre otros, los siguientes.

*Primero: la exigencia de motivación que el art. 45 requiere para la inhabilitación profesional, tanto si se impone como pena principal como accesoria.* Dicha exigencia no sólo afecta a la aplicación, o no, de la pena —lo cual se cumpliría sobre la base de la regulación vigente con la fundamentación de imprudencia profesional—, sino también al alcance de aquélla. Y lo cierto es que esta falta de motivación sobre el alcance concreto de la inhabilitación profesional ha dado lugar a la presentación y admisión de múltiples recursos, pero sólo fuera del ámbito médico<sup>25</sup>. La diversidad de denominaciones de profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho —que contempla el art. 45— significa no sólo que no quede excluida de posible aplicación ninguna clase de ocupación laboral, sea cual sea ésta y requiera o no permiso, habilitación o licencia<sup>26</sup>, sino también y al propio tiempo la limitación de esa posible aplicación a la concreta ocupación laboral o actividad que constituya el ejercicio de una profesión. Cuestión distinta será la decisión que corresponda adoptar en el caso concreto sobre el alcance que deba otorgarse a la inhabilitación profesional en atención al fundamento de dicha pena, pues con la formulación legal el juez no está obligado ni a aplicar la pena a la profesión médica en general ni a restringirla a la especialidad.

*Segundo: la existencia de abundantes referencias legales que mencionan, posibilitan o disponen expresamente la limitación*

<sup>25</sup>Cfr. entre otras muchas, STS 5-12-1981 (Sala de lo Penal), RJ\1981\4979, por no concretar, en este caso, que la inhabilitación sólo debe alcanzar a la actividad de dirección de determinadas publicaciones.

<sup>26</sup>Cfr. J. L. Manzanares Samaniego, *Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español*, ADPCP, 1975, pp. 175-228 (194 s.); S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, Décima edición, segunda reimpresión corregida, Ed. Reppertor, Barcelona, agosto, 2016, 11/30-31.

*del alcance de la pena de inhabilitación profesional, así como la existencia de tipos penales, tanto en el ámbito médico como fuera de él, que contemplan la concreción de dicho alcance.* Por ejemplo, respectivamente, en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP; y en los arts. 33.3; 33.4 y 39; en los arts. 144, 145, 157 y 221; y en los arts. 271, 276, 334 y 372. Nada se opone desde el punto de vista legal a la posibilidad de restricción del alcance de la pena de inhabilitación profesional médica a los delitos para cuya comisión el CP requiere la concurrencia de imprudencia profesional. Y si el hecho se ha realizado en el ejercicio de la profesión médica, las circunstancias personales del delincuente, que junto con la gravedad del hecho se prevén (por ejemplo en los arts. 298 y 301) como criterios a estos efectos, deben sustituirse por las circunstancias concurrentes en dicho ejercicio profesional, como se contempla en la propuesta *lege ferenda*.

*Tercero: la existencia de numerosas resoluciones jurisprudenciales del TS, ajenas al ámbito médico, restrictivas de la pena de inhabilitación profesional.* Por ejemplo, entre otras muchas, la STS 25-5-1992<sup>27</sup>, que restringe la pena de inhabilitación profesional a la actividad de regentar establecimientos de hostelería con dependencia femenina o donde se ejerzan actividades de alterne; la STS 9-10-1981<sup>28</sup>, que la restringe al ejercicio de la profesión de director de publicaciones periódicas de carácter pornográfico o erótico; el Auto 6-11-1981<sup>29</sup>, que partiendo de la base de que la inhabilitación profesional debe restringirse a la actividad profesional que fue la plataforma para delinquir la limita, en este caso, a la prohibición para desempeñar la profesión de visitador-médico; o, finalmente, y en estrecha relación con el ejemplo de referencia núm. 4, la STS 14-9-1990<sup>30</sup>, que limita la inhabilitación especial a la profesión de maestro o encargado en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud. El argumento base y fundamental de las restricciones concretas anteriormente expuestas, radica en que la inhabilitación profesional debe aplicarse —como acertadamente observa la STS 18-2-1983<sup>31</sup>— sólo en la medida

<sup>27</sup>STS 25-5-1992 (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1178/1992 de 25 mayo, RJ\1992\4338.

<sup>28</sup>STS 9-10-1981 (Sala de lo Criminal), RJ\1981\3626.

<sup>29</sup>Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) Auto de 6 noviembre 1981, RJ\1981\4300.

<sup>30</sup>STS 14-9-1990 (Sala de lo Penal), RJ\1990\6938.

<sup>31</sup>STS 18-2-1983 (Sala de lo Criminal), RJ\1983\1696.

de lo imprescindible para evitar que la profesión u oficio que fue plataforma para delinquir ofrezca al cuerpo social un mal precedente de conducta profesional y sea ocasión para nuevas infracciones penales.

*Cuarto: la posibilidad de entender el ejercicio de la especialidad médica como ejercicio de la profesión médica y, como prueba de ello, las resoluciones jurisprudenciales en el ámbito médico, restrictivas de la pena de inhabilitación profesional.* De acuerdo con las normas básicas o fundamentales, tanto comunitarias como nacionales, que regulan las profesiones sanitarias, cabe entender el ejercicio de la especialidad médica —por ejemplo, cirugía, obstetricia y ginecología, anestesia, etc.— como ejercicio de la profesión u oficio<sup>32</sup>. Prueba de ello son las sentencias que han restringido la inhabilitación profesional médica al ejercicio de una especialidad. Incluso remitiéndome aquí únicamente a la jurisprudencia más reciente, se encuentra ejemplos en este sentido. Así, inhabilitación para el ejercicio de la profesión de médico especialista en Obstetricia y Ginecología (SAP Coruña 30-9-2009<sup>33</sup>, SAP Teruel 29-7-2014<sup>34</sup>, SAP Coruña 21-1-2014<sup>35</sup>), inhabilitación para el ejercicio de la profesión de odontólogo (SAP Albacete 20-2-2014<sup>36</sup>), o inhabilitación para ejercer la cirugía (SAP Sevilla 10-12-200<sup>37</sup>).

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, es compatible con lo que dispone la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) núm. 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior ("Reglamento IMI"). E igualmente con la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, con el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada, y con el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

<sup>33</sup> SAP Coruña 30-9-2009, núm. 00082/2009.

<sup>34</sup> SAP Teruel 29-7-2014, (Sección primera) Sentencia núm. 30/2014, ARP\2014\1249.

<sup>35</sup> SAP Coruña 21-1-2014, (Sección segunda) Sentencia núm. 7/2014, ARP\2014\37.

<sup>36</sup> SAP Albacete 20-2-2014 (Sección primera) Sentencia núm. 55/2014, JUR\2014\72061.

<sup>37</sup> SAP Sevilla 10-12-2008 (Sección tercera) Sentencia núm. 623/2008, ARP\2009\723.

Quinto: *La generalizada ausencia argumentos de la jurisprudencia para justificar el alcance de la inhabilitación profesional médica y la crítica que procede realizar contra los excepcionalmente manifestados a favor de la extensión al ejercicio de la medicina en general (y como ejemplo paradigmático, por la STS 15-11-2001<sup>38</sup>)*. Tanto en los casos de restricción como en los de aplicación de la inhabilitación al ejercicio de la medicina, es una tónica general la ausencia argumentos de la jurisprudencia para justificar el alcance de la inhabilitación profesional médica. La inexistencia de argumentos expresos referidos específicamente a la pena de inhabilitación profesional se debe a que se da por supuesta dicha extensión y a que se consideran innecesarios (por implícitos) dichos argumentos una vez que se ha fundamentado la calificación de imprudencia profesional.

Sólo en contadísimas ocasiones se encuentran en la jurisprudencia argumentos específicamente vinculados a la pena de inhabilitación profesional. Los más amplios y detallados (y, por lo que alcanzo a ver, prácticamente únicos) se encuentran, en la STS 15-11-2001<sup>39</sup>. Se trata de un caso en el cual el TS confirma en casación la SAP de Vizcaya, que había condenado a la procesada, médico especialista en ginecología, como autora de un delito de lesiones al feto imprudentes, a la pena de siete fines de semana de arresto y seis meses de inhabilitación especial para el desempeño de su profesión médica.

Pero tanto los argumentos formales que esgrime como los materiales y de política criminal son rechazables.

No convence el argumento formal de que "dicha profesión está conectada con el oficio (en sentido amplio de actividad retribuida) en cuyo ámbito se comete el delito, para cuyo ejercicio, cuando se trata de una profesión, en el caso médica, se requiere la oportuna titulación facultativa, la cual a su vez es habilitante para la obtención de las posteriores especialidades dentro del ejercicio de su profesión". Ello indica más bien todo lo contrario: que el ejercicio de la profesión —de acuerdo asimismo, por otra parte, con las normas básicas o fundamentales, tanto comunitarias como nacionales, que regulan las profesiones sanitarias— se refiere a aquello para lo que se está habilitado; para el ejercicio de la profesión médico-quirúrgica de obstetricia y ginecología, y no, por ejemplo, para otras especialidades médico-quirúrgicas (oftalmología, otorri-

<sup>38</sup>STS 15-11-2001(Sala de lo Penal) Sentencia núm. 2139/2001, RJ\2001\9704.

<sup>39</sup>STS 15-11-2001(Sala de lo Penal) Sentencia núm. 2139/2001, RJ\2001\9704.

nolaringología, etc.), de laboratorio o diagnósticas (análisis clínicos, inmunología, etc.) o clínicas (alergología, dermatología, etc.). Tampoco es aceptable el argumento de que el delito imprudente debe tener el mismo tratamiento que el doloso. Según dicha STS "el delito doloso previsto en el art. 157 del CP, individualiza la inhabilitación especial con el ejercicio de "cualquier profesión sanitaria", sin perjuicio de acotar en otros términos referida inhabilitación para la prestación de servicios en clínicas ginecológicas, con relación a otros partícipes no sanitarios, siendo evidente que el delito culposo descrito en el art. 158 debe tener idéntico tratamiento en este particular aspecto penológico relacionado con la inhabilitación especial que también concreta para la imprudencia profesional en inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión". Con independencia de las razones materiales, según las cuales lo que resulta evidente en cuanto aceptado en general por la doctrina y la jurisprudencia es que el delito imprudente tiene un tratamiento distinto del doloso, el argumento formal alegado aquí por la sentencia tampoco conduce a la evidencia de que el alcance de la pena de inhabilitación profesional prevista por el art. 157 (delito doloso) deba ser el mismo para el art. 158 (delito imprudente). El art. 158 dispone que "se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo", lo cual no equivale a decir (y podría haber dicho el legislador) que se impondrá —aunque con menor duración— la misma pena del art 157; esto es, la de "inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados". Esta especificación del delito doloso significa precisamente que la referencia, en el delito imprudente, a la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo no debe entenderse necesariamente como inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en general, sino más bien su posibilidad de restricción a una especialidad o incluso a una actividad dentro de aquélla.

Asimismo tampoco son convincentes los argumentos materiales y de política criminal esgrimidos en la sentencia. Si, como en ella se afirma, el delito se cometió en el ejercicio de la actividad de obstetra, como una de las múltiples facetas o especialidades de la profesión médica, resulta contradictorio afirmar —como en ella se hace— que el hecho no tenga que estar necesariamente conectado con la específica y concreta actividad, sino con la actividad médica en general, y deducir de ello, como mera petición de principio, que "tal delimitación podría conducir a resultados absurdos, permitiendo entonces al penado ejercer su profesión en otros ámbitos diferentes,

pero no por ello dejar, mediante su apartamiento, de ejercer su profesión, que es la razón de la pena". Si la razón de la pena es, como dice la sentencia, la de actuar en un doble sentido, "como sanción individual y como mecanismo de protección social", habrá que fundamentar desde el punto de vista de los fines de la pena —en atención, entre otros posibles, a los criterios expuestos en la propuesta *lege ferenda*— si la inhabilitación profesional debe extenderse a la profesión médica en general o limitarse al ejercicio de la especialidad, pues, según los casos, como veremos finalmente en los últimos ejemplos de referencia, ambas opciones son posibles. Pero en dicho análisis no se detiene la sentencia.

*Sexto: la necesidad de que exista una relación del delito con la profesión y su correspondencia con la relación de la pena con la profesión, y asimismo, la necesidad de contemplar la relevancia del cumplimiento de los fines de la pena para la determinación del alcance de la inhabilitación profesional médica.* Es necesario que el sujeto haya cometido el delito aprovechándose de la posibilidad que a tal efecto le ofrece el ejercicio profesional, abusando de su profesión u oficio, bien dolosamente o bien por imprudencia, infringiendo gravemente sus deberes profesionales. Y asimismo se requiere que entre el hecho cometido y el ejercicio de la profesión exista una relación estrecha, específica o interna<sup>40</sup>. Es decir, no basta con que se realice en su contexto, sino que debe entenderse como resultado de la actividad profesional misma. Estos requisitos se cumplen claramente en todos los ejemplos de referencia; y las peculiaridades de dichos requisitos, relativas a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes en el ejercicio de la profesión, son esenciales no sólo para decidir la aplicación (potestativa) de la pena de inhabilitación profesional médica, sino también para determinar la concreción de su alcance en el marco de la profesión médica.

Por ejemplo, sobre la base de los casos expuestos: el carácter doloso (ejemplos 1 y 4) o imprudente (ejemplos 2, 3, y 5) del hecho; la distinta gravedad de la imprudencia (en unos casos claramente temeraria —ejemplo 2—, en otros grave, o incluso menos grave —probablemente en el ejemplo 3; el ejercicio profesional directamente relacionado con la comisión del hecho, o la actividad concreta (atención primaria, especialidad médica, enfermero o enfermera instrumentista, intervención quirúrgica); el tipo de infracción o error come-

<sup>40</sup>Cfr. V. E. Wedekind, *Die Reform des strafrechtlichen Berufsverbots (§§ 70-70b StGB)*, Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Druckerei Hans-Joachim Köhler Tübingen, 2006, p. 41.

tidos y su causa (vicios en el consentimiento informado, mala praxis por falta de preparación o experiencia suficientes, por mermas en las aptitudes físicas); la posible reconducción del error al ejercicio médico en general (sin duda en el ejemplo 1), o circunscrible únicamente a la especialidad o actividad (ejemplo 5); la confluencia de errores sistémicos aparte de personales; la relevancia de las características del paciente (cualquier paciente en general o circunscripción a un grupo concreto de pacientes: así, como en el ejemplo 4, menores o mujeres<sup>41</sup>).

Entre acción y reacción debe existir una adecuada correspondencia, en la cual juegan un papel esencial los fines de la pena. La consideración de los factores que concurren en el hecho (diferentes, según hemos visto, en los ejemplos de referencia) es lo que debe determinar la imposición y el alcance de la pena de inhabilitación profesional como respuesta a la comisión de hechos en el ejercicio de la profesión médica en atención a los fines de prevención general y especial de dicha pena. La justificación del recurso a la pena de inhabilitación profesional requiere —para evitar excesos injustificados— respetar los principios de estricta necesidad, proporcionalidad y culpabilidad.

Donde dicha pena puede ser objeto de mayores objeciones —y particularmente cuando se impone, sin más, aplicada al ejercicio de la profesión médica en general— es respecto del principio de proporcionalidad. Si desde esta perspectiva de la prevención general la restricción de la pena a la especialidad concreta, o incluso a una actividad dentro de la misma, cumple el principio de efectividad, eficacia o idoneidad, aquella extensión a la profesión médica en general constituirá una extralimitación inadmisibles.

Por otra parte, dentro de los límites marcados por la relevancia preeminente que corresponde a la prevención general, el alcance de la pena de inhabilitación profesional médica debe determinarse también en función de los criterios de prevención especial. Mediante ésta se pretende que el delincuente concreto que ha cometido un hecho delictivo no vuel-

<sup>41</sup>En relación con casos semejantes a éstos, expuestos en los ejemplos de referencia Cfr. V. E. Wedekind, *Die Reform des strafrechtlichen Berufsverbots (§§ 70-70b StGB)*, Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Druckerei Hans-Joachim Köhler Tübingen, 2006, p. 56: profesor de música que abusó sexualmente de algunos de los alumnos de su grupo de menores, se le podría permitir seguir dando clases de música sólo a grupos de adultos: o limitar la atención médica a pacientes varones al médico que hizo lo mismo con una paciente.



va a cometer delitos en el futuro; en principio de cualquier clase, pero con la pena de inhabilitación profesional se trata sobre todo de que el sujeto no vuelva a cometer hechos delictivos semejantes o de la misma clase a los cometidos en el contexto del ejercicio de su profesión. A esos efectos no sólo debe tomarse en cuenta la eficacia inocuizadora (indudable) de dicha pena, sino también la prácticamente nula eficacia de reeducación y reinserción social. Por eso es fundamental que si las exigencias de prevención general lo permiten, la inhabilitación (tanto si es pena principal como accesoria) se circunscriba de la forma más ajustada posible al ejercicio de la profesión, de la especialidad o del oficio con cuyo abuso el sujeto cometió el delito.

#### IV. Propuesta *lege ferenda* y conclusiones: la teoría aplicada a los casos y ejemplos de referencia

La imposición de la pena de inhabilitación profesional como pena principal se sustenta por la doctrina y la jurisprudencia, sobre la base de la regulación vigente, en la fundamentación de la existencia de dicha clase de imprudencia —la denominada imprudencia profesional— como plus de gravedad de la imprudencia grave, derivando de ello y sólo por ello, la aplicación siempre de la inhabilitación profesional y en la práctica totalidad de los casos extendida al ejercicio de la profesión médica en general.

Aparte de que, según hemos visto, este punto de referencia —la imprudencia profesional como concepto diferenciado de la imprudencia grave— no es de recibo y que como tal expresión debería desaparecer por tanto del CP, siendo reemplazada a esos efectos por la imprudencia grave —pues la imprudencia profesional no es más que la imprudencia cometida en el ejercicio de la profesión, sea grave o menos grave—, tampoco las argumentaciones jurisprudenciales que fundamentan la existencia de imprudencia profesional o, en su caso, grave tienen que derivar necesariamente en la aplicación de la inhabilitación profesional al ejercicio de la profesión médica en general. Para ello es preciso una motivación referida concreta y expresamente a la pena de inhabilitación profesional, y que fundamente si la misma debe aplicarse al ejercicio de la profesión médica en general o, por el contrario, sólo a un aspecto, especialidad o actividad de la misma. Dicha motivación no debe restringirse exclusivamente al caso en que la pena de inhabilitación se imponga como accesoria, sino que debe alcanzar también a su imposición como pena principal, pues la expresión genérica de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo no implica necesariamente aquella extensión.

En los tipos penales que contemplan la imprudencia profesional, y a los efectos de conseguir de una forma más eficaz que el juez o tribunal fundamenten la imposición de la pena de inhabilitación profesional y que esta fundamentación deban basarla directamente en criterios referidos fundamentalmente a los fines de la pena, son esenciales tres modificaciones en la normativa vigente, que he tratado en el texto, y que se contemplan en la propuesta *lege ferenda* que seguidamente se hará. En primer lugar, suprimir la referencia típica al concepto imprudencia profesional. En segundo lugar, que la previsión de la pena de inhabilitación profesional como pena principal no tenga carácter preceptivo, sino facultativo en atención a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes en el ejercicio de la profesión, oficio o cargo. Y finalmente, y no por ello menos importante, que la formulación del tipo incorpore la necesidad de motivar no sólo la imposición (o no imposición) de la pena de inhabilitación profesional, sino también, aparte naturalmente de la duración, la extensión o alcance de la misma. La forma de plasmar esto puede ser diversa. En la propuesta se hace referencia, de modo genérico, al "alcance", porque se considera lo más correcto. Pero podría ser de otra manera: haciendo referencia a otros conceptos, como hemos visto hace el CP en diversos tipos penales (por ejemplo, a la profesión o actividad, en el art. 285), o contemplando más especificaciones, como el § 70 StGB alemán (ejercicio de la profesión, de la especialidad, del oficio o de la rama industrial). Sea como fuere, es muy probable que si los tipos recogiesen dichas referencias o especificaciones serían mucho más numerosas las sentencias que motivaran el alcance de la inhabilitación profesional, y quizá también —aunque esto es secundario, como he indicado— las que la restringirían a la especialidad médica correspondiente.

Ejemplificado lo anterior en uno de esos delitos<sup>42</sup>, la propuesta *lege ferenda* en el delito de homicidio imprudente sobre la base de la regulación vigente del art. 142 CP, es la siguiente:

"1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años.

<sup>42</sup>Y también, de forma similar, en el aborto (146), lesiones (152 1. 3) y lesiones al feto (158).

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

*Si el homicidio imprudente se hubiera cometido en el ejercicio de una profesión, oficio o cargo, el juez o tribunal podrá imponer, además, razonadamente, en atención a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes en dicho ejercicio, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años. En caso de imponerse la pena, corresponde al juez o tribunal concretar asimismo, razonadamente, el alcance de la inhabilitación en la profesión, oficio o cargo.*

2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal".

Veamos, finalmente, la aplicación de la teoría expuesta a los casos y ejemplos de referencia.

Los ejemplos 1 y 4 nos llevan de nuevo al tratamiento de los hechos dolosos. Aunque la propuesta *lege ferenda* se centra fundamentalmente en los hechos imprudentes —que son prácticamente todos los que se cometen en el ejercicio de la profesión médica— también cabe plantear su aplicación a los hechos dolosos, excepcionales en dicho ámbito, como he expuesto en el texto. En dichos ejemplos 1 y 4, los graves hechos dolosos cometidos con abuso de su profesión médica tanto por el cirujano uno (ligadura de trompas realizada contra del consentimiento expreso de la paciente) como por el médico cuatro (abusos sexuales de los pacientes) deben dar lugar a la imposición de la pena de inhabilitación profesional. Sin embargo su alcance no debe ser el mismo en ambos casos.

En el ejemplo 1, realizar la ligadura de trompas contra el consentimiento expreso de la paciente constituye un grave incumplimiento de la *lex artis* respecto de un requisito esencial del ejercicio de la actividad médica en general, que trasciende, por tanto, al ejercicio de la especialidad concreta y a las peculiaridades o características del paciente. La gravedad del hecho tampoco parece resultar mermada por circunstancias concurrentes en el ejercicio de la profesión. La inhabili-

tación profesional aplicada al ejercicio de la profesión médica en general (en este caso, *lege lata*, como pena accesoria, si es inferior a 10 años, pues en el hecho doloso no se prevé como principal, si bien *lege ferenda* cabe plantear su previsión como pena principal, al menos con carácter potestativo) sería explicable desde el punto de vista de los fines de la pena, tanto desde la prevención general como especial.

Por el contrario, en el ejemplo 4, —en que el médico cuatro abusa sexualmente de algunos colegiales menores de edad o de alguna de las pacientes mujeres— como he anticipado en otro momento, dichos criterios pueden permitir (e incluso implicar o significar) la restricción de la inhabilitación profesional al ejercicio de la profesión médica respecto de pacientes menores, en el primer supuesto<sup>43</sup>, o de pacientes mujeres, en el segundo<sup>44</sup>. Aplicar la inhabilitación profesional al ejercicio de la profesión médica en general podría ser innecesario desde el punto de la prevención general (sobrepasando las exigencias del principio de proporcionalidad) y especial (en cuanto, en principio, no cupiera contar con la realización de dichos abusos frente a sujetos adultos o varones). En la literatura alemana se cita también en esta misma línea el caso del médico que estafó con sus facturas a la compañía de seguros, a quien se le restringió el ejercicio de la profesión como médico autónomo, pero no para poder seguir actuando como médico<sup>45</sup>.

Los ejemplos 2, 3 y 5 son casos paradigmáticos de la mayoría de las infracciones cometidas en el ejercicio de la profesión

<sup>43</sup>En la jurisprudencia alemana se encuentra un supuesto semejante, en el cual se considera que al profesor de música que abusó sexualmente de algunos de los alumnos de su grupo de menores se le podría permitir seguir dando clases de música sólo a grupos de adultos. Cfr. A. Sinn, § 70: *Anordnung des Berufsverbots*; § 70 a: *Aussetzung des Berufsverbots*. En: J. Wolter, (ed.) *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, SK-StGB*, Carl Heimanns Ed., 1996, § 70, núm. 11, nota 45, BGH NStZ (M) 1996, pp.122 ss.; NStZ-RR 2014, 177. Cfr., asimismo, V. E. Wedekind, *Die Reform des strafrechtlichen Berufsverbots (§§ 70-70b StGB)*. *Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen*, Druckerei Hans-Joachim Köhler Tübingen, 2006, p. 56.

<sup>44</sup>En este ejemplo, tomado de la jurisprudencia alemana, se apreció que al médico que abusó sexualmente de una paciente se le restringiera la atención médica a pacientes varones. Cfr. A. Sinn, *Systematischer Kommentar (cit.)* § 70, núm. 11, nota 46, BGH StV 2004, pp. 653 s.

<sup>45</sup>Cfr. V. E. Wedekind, *Die Reform (cit.)*, 56, nota 228, quien a su vez cita sobre este particular a Lang- Hinrichsen, *Festschrift für Heinitz*, 1972, S. 493; y a Stree, Schönke/Schröder, StGB, 26, Ed. 2001, § 70 Rn. 15".

médica: las imprudentes. Aun partiendo de la base de que en todos ellos cupiera apreciar imprudencia grave, la aplicación de los criterios expuestos en la propuesta *lege ferenda* no derivaría en la imposición de la pena de inhabilitación profesional en todo caso ni en la extensión de la misma al ejercicio de la profesión médica en general. Antes al contrario, el carácter potestativo de la pena de inhabilitación profesional permitiría no imponerla en algún supuesto y, decidida la imposición, según los casos, extenderla al ejercicio de la profesión médica en general o restringirla a una especialidad o actividad concretas. Y todo ello con independencia de que en cualquiera de esos casos concurre imprudencia profesional, tal y como aquí se ha entendido.

En lo que se refiere al ejemplo 2, no cabe duda en calificar de temeraria la actuación del médico dos que, consciente de su ineptitud, realiza la complicada cirugía laparoscópica del cáncer nasofaríngeo o de *cavum*, con las peores consecuencias para la paciente. La gravedad de la imprudencia justificaría la imposición de la pena de inhabilitación profesional aunque ésta se previera con carácter potestativo en el tipo y asimismo que se extendiera al ejercicio de la profesión médica en general. Dicha extensión respondería también a los fines de la pena de inhabilitación profesional, tanto desde el punto de vista de la prevención general como especial. La conducta del médico y su necesidad de prevención no se circunscribe únicamente al ejercicio de la cirugía, en la que la ha materializado, sino a su profesión como médico en general, respecto de la cual la pena debe desplegar sus efectos preventivos.

Por el contrario, en el tercer ejemplo, aunque la interpretación errónea de la radiografía y como consecuencia de ello el tratamiento equivocado con resultado mortal constituye una imprudencia profesional (por haberse cometido en el ejercicio de la profesión), habrá que analizar, en un primer paso —pues aquí es más cuestionable que en los casos anteriores—, si dicha imprudencia profesional alcanza la gravedad que el tipo debe requerir para prever, con carácter potestativo, la pena de inhabilitación profesional —imprudencia grave—, o si, por el contrario, constituye un grado de imprudencia para el que el tipo no prevé dicha pena. Según la regulación vigente bastará para ello que sea una imprudencia menos grave. El carácter potestativo de la pena hace posible que ya en este primer momento, aun calificado el hecho de imprudencia grave, se decida la no imposición de la pena inhabilitación profesional en atención a los fines de prevención general y especial de la misma. Estos criterios no son los mismos que determinan el grado de imprudencia, aunque se pueda llegar al mismo resultado con la no apreciación de imprudencia

grave (o, según el requisito vigente, imprudencia profesional). Y ciertamente, como lo demuestra una amplia jurisprudencia, en la mayoría de los casos de errores de diagnóstico (los más numerosos con diferencia frente a los demás tipos de errores médicos) sólo excepcionalmente suele apreciarse imprudencia profesional. En un segundo paso, una vez decidida la imposición de la pena de inhabilitación profesional, habrá que decidir la extensión de su ámbito profesional en atención a los criterios indicados en la propuesta *lege ferenda*. La solución concreta a este ejemplo no es lo más importante, pues, según sean los pormenores del caso, puede derivar en uno u otro sentido de los expuestos. Lo verdaderamente relevante es, a mi entender, que la propuesta que aquí se hace permite llegar a una solución más diversificada y justa que la que suele aplicarse sobre la base de la regulación actual, a la vez que obliga a una adecuada motivación centrada en la propia pena de inhabilitación.

Finalmente, el quinto y último ejemplo, el del afamado cirujano cinco afectado de Parkinson, es un caso claro en que (salvo que concurrieran otras circunstancias que indicaran la necesidad de extender la inhabilitación profesional al ejercicio de la medicina en general) aun apreciando la imposición de la pena de inhabilitación profesional, ésta, sobre la base de que la causa de la imprudencia radica en una merma, infravalorada por el médico, de las condiciones físicas para la práctica de la cirugía, debería restringirse al ejercicio de dicha actividad, sin que el médico cinco resultara privado, por ejemplo, de la posibilidad de seguir atendiendo en consulta a los pacientes o de actuar como tutor cualificado en las primeras intervenciones quirúrgicas realizadas por otros ginecólogos noveles.

## EL CALCULO DE INTERESES LEGALES EN EJECUCION DE SENTENCIAS

Carlos Polanco Gutiérrez

**Resumen** El presente trabajo pretende ser una guía para jueces que tienen que aprobar o desaprobar pericias que liquidan intereses sobre deudas pensionarias, teniendo presente el precedente vinculante contenido en la Casación núm. 5128-2013-Lima, que establece la prohibición de capitalizar intereses (anatocismo), en las deudas previsionales a cargo del Estado.

**Abstract** This current document aims to be a guide for judges who have to approve or disapprove expertises that settle interest regarding on pension debt, keeping in mind the binding precedent contained in Case núm. 5128-2013-Lima, which establishes the prohibition of capitalizing interests (anatocism) in the pension government's debts.

**Palabras clave** Cálculo. Pericia. Intereses. Anatocismo.

**Key words** Calculation. Expertise. Interests. Anatocismo.

**Sumario** Introducción. De la prohibición del anatocismo. Del cálculo de intereses. Conclusiones.

### Introducción

Pese a que existen críticas contra lo resuelto en la Casación núm. 5128-2013-Lima, expedida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, se trata de un precedente judicial vinculante, que conforme al art. 37 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (Decreto Supremo 003-2008-JUS), debe ser observado por los jueces de todas las instancias.

Las críticas se deben a la no plena justificación del  *Holding*  (regla-precedente), a través de la  *ratio decidendi*  (razones) que

lo sustentan. En efecto, el precedente, que obra en el considerando décimo, ha quedado sumillado de la siguiente manera:

*"El interés por adeudo de carácter previsional, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, de acuerdo a los arts. 1242 y siguientes del Código Civil. En consecuencia debe observarse la limitación prevista en el art. 1249 de dicho Código, en atención a la naturaleza jurídica de la materia previsional, y de las funciones asignadas a la entidad encargada de su cumplimiento".*

Esta regla es una proscripción del anatocismo de la deuda previsional, a través de la aplicación del art. 1249 del Código Civil. La *ratio decidendi* de la decisión, sin embargo, se sustenta, en esencia, en la aplicación de la Ley núm. 29951, Ley del Presupuesto Público para el Año Fiscal 2013, que en la nonagésima séptima disposición complementaria final ha establecido que:

*"... a partir de la vigencia de la presente Ley, que el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter previsional es el interés fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. El referido interés no es capitalizable de conformidad con el art. 1249 del Código Civil y se devenga a partir de día siguiente de aquel en que se produjo el incumplimiento hasta el día de su pago efectivo, sin que sea necesario que el acreedor afectado exija judicial o extrajudicialmente el incumplimiento de la obligación o pruebe haber sufrido daño alguno..."*

Se aprecia que el holding referido, no es, como lo afirma la Suprema, consecuencia de sucesivos fallos, sino la vigencia de una nueva ley. Este error, sobre la razón de la prohibición del anatocismo, ha llevado a que el propio Tribunal Constitucional establezca como doctrina jurisprudencial vinculante (fundamento 20) en la Resolución dictada en el expediente núm. 02214-2014-PA/TC (conocido como el caso Puluche), que el interés legal en materia pensionable no es capitalizable, conforme al art. 1249 del Código Civil; sustentando este holding, en lo establecido por la Casación núm. 5128-2013-Lima, mencionada; ergo, en la Ley núm. 29951. Distinción que es importante, puesto que en una primera lectura, la prohibición del art. 1249 del Código Civil, tiene una limitación a la autonomía privada de la voluntad de las partes, es decir de origen convencional, en tanto que el interés previsional tiene origen legal.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional, dictada en el expediente 03864-2014-PA/TC, publicada con fecha 22 de marzo del 2016, en voto singular del Magistrado Espinoza Saldaña, se indica que:



Fundamento 2. "(...) en aquel caso la respuesta de este órgano colegiado no solo se basó en lo dispuesto por el art. 1249 del Código Civil, que prohíbe pactar el anatocismo, sino que, además, estábamos ante un asunto que fue en su momento regulado por ley (Ley 29951)". Además, allí se contaba con pronunciamientos de la Corte Suprema que habían resuelto en el sentido de proscribir la capitalización de intereses en materia previsional. (...) Fundamento 3. "En este contexto, soy de la idea de que este Tribunal no debería resolver de una vez por todas, como parece hacerlo, que "el propósito de la regla contenida en el art. 1249 del [Código Civil] es proscribir la capitalización de intereses con carácter absolutamente general" (fi j. 20), no solo porque un pronunciamiento de esa naturaleza es innecesario para resolver el presente caso, sino también porque ello requeriría de un mayor debate, en el que debería tenerse en cuenta los efectos de dicha decisión, así como la legitimidad o constitucionalidad de que esta cláusula que proscribire la "usura" (fi j. 21) se considere razonable y garantista cuando se entiende proscribida en la mayoría de actos contractuales, pero que ello no es necesariamente valorado así cuando se trata del ámbito mercantil o bancario".

En realidad, el problema de la capitalización de intereses, se originó con las Circulares que a partir del año 1991, viene dictando el Banco Central de Reserva del Perú, estableciendo que las deudas dinerarias, podían originar intereses capitalizables (efectivos), desde el primer momento en que se contraía la obligación; es decir que permitía el anatocismo de los intereses. El cambio del cálculo de tasa interés nominal a efectiva, se debió al cambio de las finanzas mundiales, de las que cualquier país no puede ser ajeno. La Circular núm. 021-2007-BCRP, es la norma autoritativa para capitalizar los intereses de cualquier deuda, al establecer que los intereses se expresan en términos efectivos.

Ante este panorama, el Juez de temas previsionales, debe resolver teniendo presente lo indicado tanto por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

### I. De la prohibición del anatocismo

El art. 1249 del Código Civil de 1984 (CC 84), prohíbe a los contratantes, el anatocismo de una obligación, al momento de ser contraída. El anatocismo es la operación de capitalización de intereses, que se deriva de la aplicación de la fórmula del interés compuesto. Capitalizar una obligación, es añadir al capital adeudado, los intereses que se han originado en un periodo dado (sean compensatorios o moratorios) y así establecer un nuevo monto total, del cual se seguirán devengando intereses, en tanto no se extinga la obligación que lo origina.

Como se indicó, la Circular núm. 021-2007-BCRP, permite el anatocismo en una obligación dineraria, al establecer que los intereses que pueden utilizarse son efectivos.

Si bien, se puede considerar que la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional, ha expectorado el anatocismo en el derecho peruano, se trata de una discusión a nivel doctrinario no resuelta; que a nivel de un proceso judicial, se aprecia en las dificultades que tienen los jueces y/o abogados de liquidar los intereses de una obligación dineraria, puesto que los intereses a ser aplicados, según jurisprudencia son en términos nominales (no capitalizables), en tanto que los intereses que se publican diariamente, son en términos efectivos (capitalizables), lo que puede suponer una dificultad.

El art. 1244 del Código Civil, establece que los intereses legales aplicables a una obligación no pagada oportunamente, los fija el Banco Central de Reserva del Perú. De las tasas de interés que se publican diariamente, se aprecia la existencia de dos tasas, entre otras, dos tasas: a) la primera la tasa de interés legal efectiva y la segunda, b) la tasa de interés legal laboral (que no capitaliza intereses<sup>1</sup>, también llamada tasa de interés nominal). Se puede afirmar, entonces, que *"Cuando el dinero produce intereses y estos intereses a su vez producen nuevos intereses, se está hablando de una tasa de interés efectiva, que sobre la base del interés compuesto, hace que un capital aumente de manera constante, pues los intereses que se producen en un periodo de tiempo, se capitalizan y se incorporan al capital al final de cada periodo para que de esta manera se generen nuevos intereses"*<sup>2</sup>. *"La tasa de interés nominal, no capitaliza los intereses que se generan en su aplicación.... El interés nominal es fácil de calcular al derivarse de la fórmula del interés simple"*<sup>3</sup>.

En las siguientes renglones, se proponen algunas líneas que los jueces y/o abogados, deben considerar en dicha liquidación de intereses; no olvidando, que son los órganos de auxilio judicial (peritos), los encargados de elaborar un dictamen, que luego de explicado y cuestionado por las partes, es aprobado o desaprobado por el Juez.

<sup>1</sup>Si como lo señala el Decreto Ley 25920, la tasa de interés legal laboral, no capitaliza los intereses, es preciso señalar que es similar, en monto y aplicación que la tasa de interés nominal.

<sup>2</sup>Carlos Polanco Gutiérrez, *"Notas de interés y anatocismo: No estaba muerta andaba descansando"*, en Derecho Civil Patrimonial, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 217.

<sup>3</sup>Manuel Chu, *Fundamentos de Finanzas, un enfoque peruano*, Segunda Edición, Colegio de Economistas de Lima, Lima, 2003, p. 114.

## II. Del cálculo de intereses

Se ha tomado como referencia, el expediente núm. 05481-2005<sup>4</sup>, que en segunda instancia, fue resuelto por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

### 1.1 Antecedentes

a) Fue materia de análisis en la Primera Sala Civil, la Resolución núm. 47-2014, de fecha siete de enero del 2014, que declaró infundadas las observaciones efectuadas por las partes del proceso y, procedió a aprobar el informe pericial que estableció un devengado por pagar neto ascendente a la suma de S/. 13,514.30, como deuda de capital y, como intereses, la suma de S/. 2,765.28; es decir, se estableció una deuda total pensionaria de S/. 16,279.58, que debía pagar la Oficina de Normalización Previsional a favor del pensionista don Eduardo Leonidas Luna Alpaca (demandante).

b) En la apelación, interpuesta por el apoderado de la demandada Oficina de Normalización Previsional, se solicitó la revocación de la Resolución núm. 47, sosteniendo, entre otros, que se habían aplicado "factores acumulados" y no tasas de interés como lo disponer el art. 1244 del Código Civil; además que el uso de factores acumulados, evidencian la omisión a la prohibición del anatocismo prevista en el art. 1249 del Código Civil.

### 4.2 Del análisis y propuesta

a) Diferencia entre tasa de interés legal efectiva y tasa de interés legal laboral

Como se ha señalado, la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional antes mencionada, establecen que los intereses legales de las deudas pensionarias, deben ser calculados en términos no capitalizables; sin embargo la Superintendencia de Banca y Seguros publicita, dos tipos de tasa de interés legal:

Cuadro núm. 1 – Tasa de interés legal efectiva (al 03-10-2016)

Moneda Nacional	2.75%	Anual	Factor Diario	0.00008
			*Factor Acumulado <sup>1</sup>	7.07401
Moneda Extranjera	0.33%	Anual	Factor Diario	0.00001

<sup>4</sup>Nótese que son más de 11 años la duración de este proceso judicial, que no es la excepción en la demora.

*Factor Acumulado1	2.04168
* Acumulado desde el 16 de septiembre de 1992	

**Cuadro núm. 2 – Tasa de interés legal Laboral (al 03-10-2016)<sup>5</sup>**

Moneda Nacional	2.75%	Anual	Factor Diario	0.00008
			*Factor Acumulado1	1.88183
Moneda Extranjera	0.33%	Anual	Factor Diario	0.00001
			*Factor Acumulado1	0.69099
* Acumulado desde el 03 de diciembre de 1992				

Ambos cuadros, revelan dos hechos, el primero que la tasa de interés legal anual, tanto efectiva como laboral, en moneda nacional o extranjera, son idénticas (2.75% - 0.33%); el segundo hecho que el factor diario en ambas tasas es igual, pero es diferente en por el factor acumulado, lo que lleva a formularse tres preguntas:

¿Se puede afirmar que la tasa de interés legal laboral es igual a la tasa de interés legal nominal o tasa de interés legal no capitalizable? Sí, teniendo presente que el Decreto Ley núm. 25920 señaló que los intereses que generen los intereses laborales no son capitalizables, es decir que se puede utilizar la expresión tasa de interés legal laboral como sinónimo de tasa de interés legal no capitalizable o tasa de interés legal nominal o tasa de interés legal simple.

Saber que la tasa nominal y sus factores acumulados, son iguales a la tasa de interés legal laboral y sus factores acumulados, permite un cálculo más rápido, sobre todo con la utilización de los factores acumulados a partir del día 03 de diciembre de 1992. Si bien, el Decreto Supremo 070-98-EF, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 817, establece en su Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final, que "*Precísese que los aspectos relativos a los regímenes previsionales en general, no son de naturaleza laboral, sino de seguridad social*"; no significa de manera alguna que los intereses de deuda previsional y los intereses de deuda laboral, se calculen de diferente manera, utilizando una misma tasa de interés (que publica diariamente la Superintendencia de Banca y Seguros).

<sup>5</sup><http://www.sbs.gob.pe/app/pp/EstadisticasSAEEPortal/Paginas/TILegalLaboral.aspx>

¿Qué es el factor diario y el factor acumulado y cuál es su diferencia con la tasa de interés legal? Una pregunta y observación recurrente a las pericias es que, se han elaborado utilizando factores y "*supuestamente, no la tasa de interés legal que debe fijar el Banco Central de Reserva del Perú*". Ello es un error, porque los factores son solamente una derivación de la tasa de interés. En el caso del interés legal, debe tenerse presente cuatro elementos para su cálculo: VP (valor presente); VF (Valor futuro); t (tasa de interés) y n (número de periodos).

Para el cálculo del monto del interés legal nominal, se utiliza la siguiente fórmula financiera:  $VF = VP \times (1+i)$ .

Para el cálculo del monto de interés legal efectivo, se utiliza la siguiente la fórmula financiera:  $VF = VP \times (1+i)^n$ , que como se aprecia requiere del uso de exponenciales<sup>6</sup>.

#### a) Relación entre tasas de interés y factores acumulados

Ambas tasas de interés (nominal o efectiva), a su vez, pueden ser convertidas en factores, entre otros, diarios y acumulados. Utilizar factores, simplifica el trabajo de quien realiza los cálculos. En la publicación de líneas arriba, se aprecia que la tasa de interés legal es 2.75% anual en moneda nacional, pero la demora en el pago de una obligación, no siempre un año, sino que son fechas diferentes. Una deuda de S/. 1,000.00 a la tasa del 2.75%, equivale a S/. 27.5, ello dividido entre 360 días del año (financiero), es igual a S/. 0.08 de interés diario. El factor diario que se aprecia en los cuadros superiores, es 0.00008 y si uno lo multiplica por el capital, da como resultado S/. 0.07. Es claro, que el factor, es una conversión de la tasa de interés que debe llevarnos a un mismo resultado.

La fórmula para determinar el factor diario (FD) en una tasa de interés legal efectivo es:

$$FD_t = \sqrt[360]{(1 + i_t)} - 1$$

<sup>6</sup>La fórmula:  $VF = VP \times (1+i)^n$  leída, significa que el valor futuro de un capital (VF) es igual a su valor presente (VP) multiplicado por la sumatoria de uno más la tasa de interés nominal (i) elevado al número de periodos en que se pactó la obligación (n). Esta fórmula se debe a lo siguiente:

- Al terminar el año 1 la deuda es  $VF = VP(1+i)$
- Al terminar el año 2 la deuda es  $VF = VP(1+i) \times (1+i) = P(1+i)^2$
- Al terminar el año 3 la deuda es  $VF = VP(1+i)^2 \times (1+i) = P(1+i)^3$
- Al terminar el año 4 la deuda es  $VF = VP(1+i)^3 \times (1+i) = P(1+i)^4$ .... Etc.,

En el caso del factor acumulado, su fórmula se deriva del factor diario:

$$FA_t = (1 + FD_t) \times FA_{t-1}$$

En el caso de las tasas de interés legal no capitalizables, el factor diario se calcula de la misma manera que en el caso de interés legal capitalizable; lo que varía es el cálculo del factor acumulado:

$$FA = FD + FA_{t-1}$$

Una vez que se tienen los factores, se procede a su aplicación.

En la parte final de la Circular núm. 007-99-EF/90, se hace mención que para el cálculo de las tasas de interés aplicables a las diferentes operaciones, se utilizarán los factores acumulados que corresponda, al periodo computable que publica la Superintendencia de Banca y Seguros.

**En conclusión, toda observación a pericias por utilizar factores acumulados, en lugar de tasas de interés legal, ambas publicadas por la Superintendencia de Banca y Seguros por indicación del Banco Central de Reserva, carece de sentido y debe ser desestimada.**

Diferente sería que se observe que el perito no utilizó los factores acumulados que se publican, lo que el juez puede verificar con una revisión a la página web de la Superintendencia de Banca y Seguros.

**b) Razón de la diferencia entre el factor acumulado de una tasa efectiva y el factor acumulado de una tasa nominal**

Es válido preguntarse ¿Por qué si la tasa de interés *legal efectiva o nominal, son iguales, los factores acumulados son diferentes?* Como se ha señalado, en la tasa efectiva el interés es capitalizado, por ello el factor acumulado es mayor que en la tasa nominal; es decir, que allí, con el paso del tiempo, se aprecia el efecto de la capitalización de intereses. El factor diario es igual, la tasa es igual, pero es el tiempo el que evidencia las diferencias, cuando se vaya añadiendo los intereses al capital adeudado para generar nuevo interés (efectiva) o simplemente se van sumando sin capitalizar (nominal).

**c) La labor del perito cuando se le pide la liquidación de una obligación pensionaria o deuda laboral**

La función del perito en estos casos, es determinar la deuda (principal e intereses legales no capitalizables), para lo cual debe efectuar dos tareas: Efectuar el cálculo de la remuneración de referencia, para lo cual tendrán que hacer, muchas

veces, labor de campo; la segunda tarea consiste en averiguar las tasas de interés legal no capitalizable aplicable (a través de los factores acumulados no capitalizables), para lo cual revisará la información que publica la Superintendencia de Banca y Seguros.

**d) Conocimiento del Juez sobre la aplicación correcta de los peritos de los factores acumulados**

Lo que todo juez debe realizar, en principio es verificar qué tasa de interés legal está utilizando el perito y relacionarla con el factor. En deudas previsionales posteriores al mes de diciembre del año 1992, a la fecha, el factor acumulado de interés legal no capitalizable, en moneda nacional, es 1.88183 (al 03 de octubre del 2016); en tanto que en el factor acumulado de interés legal efectiva es, 7.07401 (al 03 de octubre de 2016). El otro factor que se debe tener presente, es el factor inicial; que es el del día de la contingencia (Nacimiento de la obligación).

Ejemplo: Determinar el interés de una deuda pensionaria de 1000 Soles, desde el día 8 de febrero de 2002 hasta el día 03 de octubre de 2016.

Deuda (C):	S/. 1,000
Factor Inicial (FI):	1.48952
Factor a la fecha de pago (FP):	1.88183
Fórmula para cálculo de interés (I):	$C \times (FA-FP)$
Aplicando la fórmula:	
$I = S/. 1,000 \times (1.88183 - 1.48952)$	
$I = S/. 392.31$	

Evidentemente, en una hoja Excel, se efectúa el cálculo de varios montos de deudas, lo que se aprecia en los cuadros de pericia que calculan deudas mes en pos de mes.

**e) Conversión de un factor acumulado de tasa de interés legal efectiva, en un factor acumulado de tasa de interés legal nominal (no capitalizable)**

Suele suceder que los peritos al momento de calcular los intereses de una deuda de naturaleza previsional, no apliquen de manera automática de interés legal laboral, si no la tasa de interés legal efectiva, convertida en términos nominales. En estos casos, se tendrá que aplicar la siguiente fórmula adicional:

$$FIS = \left[ \left( \frac{FA2}{FA1} \right)^{\frac{1}{n}} - 1 \right] \times n$$

Donde:

- FIS : Factor de interés simple  
FA1 : Factor acumulado con tasa efectiva de la fecha Inicial  
FA2 : Factor acumulado con tasa efectiva de la fecha final  
n : Número de días entre ambas fechas.

#### 4.3 Resolución del caso

Respecto a los dos extremos de la apelación, la Sala Civil, los desestimó, puesto que la aplicación de tasas de interés o factores acumulados, llevan al mismo resultado, siendo que el factor acumulado tiene una metodología de cálculo más simple; y con relación al fundamento de la aplicación de tasas de interés efectiva por el uso de factores acumulados, también fue rechazado el argumento, puesto que también las tasas nominales (no capitalizables) originan factores acumulados.

#### III. A manera de conclusión

El cálculo de intereses en una obligación dineraria de naturaleza previsional o laboral, se efectúa a tasas de interés nominal, resultando la aplicación de factores, la forma más simple de su determinación. Esta sencillez deben tenerla presente los jueces que resuelven estos casos, para que puedan concluir de manera pronta procesos judiciales, que como en el caso de autos, toman más de 10 años de litigio sin resultados concretos.

#### IV. Bibliografía consultada

Esteban Avelino Sánchez, *Manual de Cálculo de Intereses*, Editorial San Marcos, Sexta Edición, Lima, 2011.

Gabriel Baca Urbina, *Fundamentos de Ingeniería Económica*, Editorial McGraw-Hill, Interamericana de México, México, 1994.

Manuel Chu Rubio, *Fundamentos de Finanzas, un enfoque peruano*, Segunda Edición, Colegio de Economistas de Lima, Lima, 2003.

Eduardo Court, *Teoría del interés—Métodos cuantitativos para finanzas*, Tomo I, Editorial Cengage Learning, Buenos Aires, 2013.

Carlos Polanco Gutiérrez, *Notas de interés y Prohibición del anatocismo ¡No estaba muerta, andaba descansando!*, en el libro colectivo *Derecho Civil Patrimonial*, editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2015.

Carlos Polanco Gutiérrez, *Un precedente de interés y confusiones*, en *Revista Jurídica Thomson Reuters—La Ley*, años II, núm. 68, abril, 2014.



## NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL LABORAL A PARTES NO SIGNATARIAS

Mauricio Matos Zegarra

**Resumen** La negociación colectiva y el arbitraje laboral deben adoptarse a las nuevas y complejas formas de organización empresarial, así como a los fenómenos de descentralización productiva, por lo que la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en materia laboral puede resultar una eficiente herramienta para extender los efectos de la participación en un arbitraje a partes vinculadas.

**Palabras clave** Derecho laboral. Negociación colectiva. Arbitraje.

**Key words** Labour law. Collective bargain. Arbitration.

**Sumario** Introducción. I. La negociación colectiva y el arbitraje laboral. El arbitraje y la solución del conflicto colectivo de trabajo. El arbitraje laboral voluntario. II. El convenio arbitral laboral. III. Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el arbitraje laboral. La libertad sindical y el arbitraje laboral. La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. ¿Pueden existir partes no signatarias en el arbitraje laboral? IV. Conclusiones.

### Introducción

Las nuevas formas de organización del trabajo marcadas por organizaciones cada vez más complejas de trabajadores y empleadores, suponen un reto para la negociación colectiva y para el arbitraje en materia laboral, por lo que a través del presente trabajo nos proponemos analizar una de las figuras arbitrales de mayor discusión, la extensión del convenio arbi-

tral a partes no signatarias y su aplicación en el arbitraje laboral voluntario.

Con este objeto hemos dividido nuestro análisis en tres partes. En la primera desarrollamos las características y particularidades del arbitraje como forma de solución del conflicto colectivo de trabajo, determinando además qué partes estarían legitimadas a solicitar la solución de la controversia a través de esta forma especial de jurisdicción.

La segunda parte tiene por objeto revisar todos los aspectos relacionados al convenio o compromiso arbitral laboral, así como los alcances y obligaciones emanadas de este acuerdo, analizando a su vez qué debe entenderse por tercero y por parte no signataria de un convenio arbitral.

En la última parte de nuestro trabajo nos abocamos a analizar la figura arbitral de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias regulada por el art. 14 de la Ley General de Arbitraje peruana (LGA) y su aplicabilidad a los arbitrajes en materia laboral.

Finalmente desarrollamos algunos supuestos en los que consideramos que la extensión del convenio arbitral laboral podría ser particularmente beneficiosa para la negociación colectiva, como son los casos de descentralización productiva y los de empresas vinculadas y grupos económicos.

## **I. La negociación colectiva y el arbitraje laboral**

### **1. El arbitraje y la solución del conflicto colectivo de trabajo**

En el tránsito que se da entre la negociación previa a la celebración de un convenio colectivo de trabajo y su efectiva suscripción, suelen presentarse situaciones que determinan, en muchos casos, la imposibilidad de que ambas partes puedan arribar a un acuerdo rápido y satisfactorio.

La negociación colectiva y su producto más importante, el convenio colectivo de trabajo, son dos de los instrumentos que mejor expresan la naturaleza concertada del derecho del trabajo, asegurando una convivencia pacífica entre el empleador y la organización sindical que lo suscribe. No obstante, en la búsqueda de una solución beneficiosa para ambas partes pueden existir entrapamientos que requerirán muchas veces de la ayuda o intervención de un tercero.

En esta línea, la Recomendación núm. 92 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios de 1951, estableció la necesidad de establecer organismos de conciliación y arbitraje voluntarios, con el objeto de contribuir a la prevención y solución de los

conflictos de trabajo entre empleadores y trabajadores<sup>1</sup>. Mientras la conciliación supone la intervención de un tercero que coadyuve a solucionar el conflicto suscitado entre las partes, el arbitraje implica a un tercero denominado árbitro con la finalidad de que ponga fin al conflicto de manera a través de un laudo arbitral.

El arbitraje en materia laboral, salvo por las materias que son objeto de tratamiento, no es muy distinto al arbitraje en otras ramas del derecho. Recordemos que el arbitraje en general, tiene regulación legislativa en nuestro país desde el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852 cuyo art. 2 establecía que "*ejercen también jurisdicción las personas que los interesados nombran, conforme a éste código, para que como árbitros conozcan en algún negocio en particular*"<sup>2</sup>.

En este mismo sentido, en su Diccionario de la Legislación Peruana, García Calderón Landa, refiriéndose al arbitraje tal como estaba regulado en el citado Código de Enjuiciamientos Civiles, señalaba que "*(...) los árbitros sólo tienen jurisdicción voluntaria; esto es conferida por la voluntad de las partes; y sólo pueden fallar en la forma y sobre los puntos expresados en la escritura de compromiso (...)*"<sup>3</sup>.

Hoy en día el arbitraje está considerado como una forma válida de ejercicio de la función jurisdiccional. Así lo ha reconocido la Constitución Política del Estado en su art. 138, y así lo ha ratificado el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en la STC recaída en el expediente núm. 0142-2011-PA/TC (Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia). Asimismo, en la STC recaída en el expediente núm. 06167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry), el TC estableció que "*(...) el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias*" (F10), (...).

Por otro lado y a nivel legislativo, el arbitraje se encuentra regulado por el Decreto Legislativo núm. 1071 del año 2008, que reemplazó a la Ley núm. 26572 del año 1996 y ésta a su vez al Decreto Ley núm. 25935 de 1992, que no sólo

<sup>1</sup>Recomendación núm. 92 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:P12100-ILO-CODE-R092>, consultada el 27 de agosto de 2016.

<sup>2</sup>*Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852*, Imprenta del Gobierno por Eusebio Aranda, Lima, 1852.

<sup>3</sup>Francisco García Calderón Landa, *Diccionario de la Legislación Peruana*, Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, Lima, 1860. pp. 183 v ss.

fue la primera norma que reguló de manera independiente el arbitraje, que hasta ese momento había sido regulado en el Código de Procedimientos Civiles de 1911 y en el Código Civil de 1984 bajo el título de "cláusula compromisoria y compromiso arbitral"<sup>4</sup>, sino que además constituye la norma que en su momento utilizó el Decreto Ley núm. 25593 -Ley de relaciones colectivas de trabajo (en adelante LRCL) para regular el arbitraje en materia laboral.

Pese a que la utilización del arbitraje se encuentra mayormente difundida como una herramienta para la solución de controversias de tipo comercial, no es menos cierto que su utilización ha sido frecuente en el campo laboral. Recordemos que en nuestro país la primera regulación del arbitraje como forma de resolución del conflicto laboral data de 1913 con la promulgación del D.S. de 24 de enero de dicho año y que la Constitución Política del Estado de 1920 señaló en su art. 48 que (...) *los conflictos entre el Capital y el Trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio* (...) disposición que fue desarrollada por el D.S. del 12 de mayo de 1920.

## 2. El arbitraje laboral voluntario

La actual regulación del arbitraje laboral, se encuentra plasmada en el Decreto Ley núm. 25593 (LRCL), en su T.U.O. aprobado mediante D.S. 010-2003-TR y su reglamento aprobado mediante D.S. 011-92-TR. Dicha regulación prevé la existencia de tres tipos de arbitraje, uno de carácter voluntario que requiere por tanto la existencia de un convenio arbitral entre las partes, uno obligatorio cuya regulación se desprende del art. 68 de la norma, y que permite que la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) intervenga y ponga fin a un conflicto laboral en caso una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, y finalmente, el arbitraje potestativo, cuya creación y diseño fue producto de la STC del TC recaída en el expediente núm. 03561-2009-PA/TC (Caso Sutramporpc) luego en la STC 02342-2012-PA/TC (Caso Fetratel).

Respecto a la institución arbitral, la OIT a través de la citada Recomendación núm. 92 muestra su abierta preferencia por el arbitraje voluntario en la medida que sólo una decisión adoptada de manera soberana por las partes, mediante la cual con absoluta libertad deciden someter una controversia para que un tercero la resuelva, permitiría afir-

<sup>4</sup>Para mayor detalle se pueden consultar los arts. 1906 a 1922 de la Edición Oficial del Código Civil de 1984, publicado por el Ministerio de Justicia por R. Ministerial núm. 325-84-JUS de fecha 25 de setiembre de 1984.

mar que el arbitraje no limita el ejercicio regular del derecho de huelga. Es más, sobre este punto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT (en adelante CLS) ha establecido que *"no puede considerarse como atentatoria a la libertad sindical una legislación que prevé procedimientos de conciliación y arbitraje (voluntario) en los conflictos colectivos como condición previa a la declaración de una huelga siempre y cuando el recurso al arbitraje no tenga carácter obligatorio y no impida en el práctica el recurso a la huelga"*<sup>5</sup>.

De la misma forma, la LRCT peruana, ha implementado el arbitraje voluntario como un mecanismo válido de solución del conflicto laboral con las características básicas siguientes:

a) En primer lugar, la decisión de someter el conflicto laboral a arbitraje debe de partir de la voluntad de las partes; es decir debe existir un acuerdo o convenio arbitral; aunque de acuerdo a la LRCT, la petición inicial debe provenir de los trabajadores y no del empleador.

b) En segundo lugar, en el arbitraje laboral voluntario, las partes no pueden celebrar un convenio arbitral respecto a conflictos futuros o de realización incierta.

La decisión de someter la controversia a arbitraje se adopta como una medida de solución en la oportunidad en que las partes consideren que no pueden resolver su controversia de otra forma, es decir cuando la etapa de trato directo ha fracasado;

c) El arbitraje no reemplaza a la negociación colectiva, pues de acuerdo a la LRCT, el acuerdo de las partes de someter su controversia a arbitraje exige en principio que la etapa de trato directo o la de conciliación no haya tenido éxito y es más, el desarrollo del proceso arbitral no excluye la posibilidad de que los trabajadores ejerzan de manera regular su derecho a huelga.

d) Las partes pueden decidir en el compromiso o convenio arbitral celebrado, las características del desarrollo del proceso arbitral; sin embargo en la emisión del laudo arbitral, el o los árbitros elegidos por las partes sólo pueden acoger en su integridad una de las propuestas finales planteadas por estas, atenuándolas sin desvirtuarlas, en caso lo consideren necesario.

<sup>5</sup>Recopilación de 1996, párrafo 500; 307, informe, caso núm. 1899, párrafo 83, caso núm. 1898, párrafo 324; 309, informe, caso núm. 1912, párrafo 364; 324, informe, casos núms. 2292 y 2101, párrafos 731 y 336, informe, caso núm. 2369, párrafo 212, en Oficina Internacional del Trabajo (OIT), *La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Quinta Edición, revisada, Ginebra, 2006, p. 120.

Lo cierto es, que aún con las particularidades del arbitraje regulado por la ley laboral, la piedra angular sobre la que se construye este método de solución de controversias es el acuerdo entre las partes, en este caso, las partes que participaron en el proceso de negociación colectiva previo al arbitraje, siendo este convenio el que delimitará a su vez los alcances de las materias que serán resueltas por los árbitros nombrados por las partes.

En las siguientes líneas nos ocuparemos de delimitar las principales características del convenio o compromiso arbitral laboral; y también a analizar si es posible que bajo determinadas circunstancias atendiendo a las nuevas formas de organización empresarial el convenio arbitral laboral pueda ser extendido a actores vinculados a la negociación colectiva.

## II. El convenio arbitral laboral

La LRCT no define lo que debe entenderse por convenio arbitral; sin embargo el art. 13 de la Ley General de Arbitraje (en adelante LGA) señala que se trata del "*el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza*".

Para Llopis-Llombart<sup>6</sup>, nos encontramos frente a un auténtico contrato, aunque en nuestra opinión, y atendiendo a los alcances de la definición de contenida en el art. 1351 del Código Civil, el convenio arbitral carecería de una de sus características básicas, la vocación de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. El convenio arbitral no tiene por objeto crear una relación jurídica patrimonial, pues el contenido de las obligaciones que emanan de este negocio jurídico, es el deseo común de ambas partes de que sea un tercero el que resuelva una controversia surgida entre éstas, aun cuando esta controversia si tenga un carácter patrimonial.

Empero, aunque exista controversia respecto a la naturaleza contractual del convenio arbitral, hay consenso general respecto a los alcances del mismo. Así, el convenio arbitral como todo contrato sólo es obligatorio para las partes que lo suscribieron. Recordemos que el art. 1363 del Código Civil establece que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos.

<sup>6</sup>Marco de Benito Llopis Llombart, *El Convenio Arbitral: Su eficacia obligatoria*, CIVITAS-Thomson Reuters, Primera Edición, Navarra, 2010, pp. 38 y ss.

Refiriéndose a la teoría de la relatividad de los contratos, De La Puente y Lavalle citando a su vez a Diez-Picazo señala que "[E]l contrato es un acto de ejercicio de un poder de autonomía privada y la autonomía privada consiste en la posibilidad de dictar la ley –el precepto– por el cual se ha de regir la propia esfera jurídica. Un contrato con una eficacia en la esfera jurídica de terceras personas, no sería un acto de autonomía, sino que constituiría una invasión de la esfera jurídica ajena"<sup>7</sup>.

En el campo del convenio arbitral, Caivano también señala que el acuerdo arbitral tiene naturaleza convencional, por lo que resulta aplicable lo dispuesto en materia de contratos, señalando además, que el principio de la relatividad de los contratos, tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje<sup>8</sup>.

En materia de arbitraje laboral, la regla del consentimiento y del carácter obligatorio del convenio arbitral es sin lugar a dudas similar. El convenio arbitral vinculará a los trabajadores y empleadores que se encuentran participando en el proceso de negociación colectiva, no pudiendo extender sus efectos a un tercero ajeno a esta relación. Esta regla se ve además reforzada por el hecho que el arbitraje en materia laboral presupone necesariamente que la etapa de trato de directo no haya tenido éxito, y por tanto que sólo estén habilitadas a celebrar un convenio arbitral y eventualmente a participar en un proceso arbitral las partes que participaron activamente en el proceso de negociación colectiva.

Nos queda claro que un tercero, denominado por De La Puente y Lavalle como *petitus extranei*<sup>9</sup> no puede introducirse, ni tampoco ser introducido en contra de su voluntad dentro de los alcances de un convenio arbitral, más aún si este tercero no ha participado en el proceso de negociación colectiva previo a la celebración del acuerdo arbitral; sin embargo, cabría preguntarse si el concepto de "parte" en una negociación colectiva, se refiere estrictamente al conjunto de trabajadores que presentaron el pliego de reclamos frente a un empleador o un conjunto de empleadores, o si por el contrario a la luz de los cambios operados en las relaciones de trabajo y

<sup>7</sup>Luis Diez Picazo citado por Manuel De La Puente y Lavalle, *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 392 y ss.

<sup>8</sup>Caivano, Roque, *Arbitraje y grupos de sociedades, Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*, Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje núm. 01-2006, Lima, pp. 121 y ss.

<sup>9</sup>De La Puente y Lavalle, *Ob. Cit.*, p. 405.

las complejas formas de organización que hoy ostentan tanto las organizaciones sindicales como los empleadores, podríamos evaluar la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral laboral a partes que indirectamente han participado en el proceso de negociación colectiva que antecedió al acuerdo arbitral.

### III. Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el arbitraje laboral

#### 1. La libertad sindical y el arbitraje laboral

Como habíamos mencionado, el arbitraje en materia laboral presupone que la negociación colectiva, al menos en su etapa de trato directo, no haya tenido resultados satisfactorios para las partes y por ende que no se haya podido concluir un convenio colectivo de trabajo.

En este escenario, las partes - empleadores y trabajadores - que han formado parte de la negociación colectiva son los que eventualmente podrán manifestar su voluntad de someter la controversia a arbitraje y establecer los límites de la participación de los árbitros; sin embargo, tal como lo ha señalado el Ministerio de Trabajo a través de la Resolución Directoral General núm. 021-2011/MTPE/2/14 y la Resolución Directoral General núm. 06-2012/MTPE/2/12, la negociación colectiva, que comprende el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical, supone un redimensionamiento de lo que entendemos por "parte" en un contexto de negociación colectiva marcado por los procesos de "descentralización productiva".

En dicha ocasión, el MTPE concluyó que el listado de tipos sindicales previsto en el art. 5 de la LRCT<sup>10</sup> había quedado completamente desfasado y que atendiendo además a las recomendaciones del CLS de la OIT, el listado era ejemplifica-

<sup>10</sup>Art. 5.- Los sindicatos pueden ser:

a) De empresa, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades, que presten servicios para un mismo empleador.

b) De actividad, formados por trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos (2) o más empresas de la misma rama de actividad.

c) De gremio, formados por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad.

d) De oficios varios, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad, cuando en determinado lugar, provincia o región el número de trabajadores no alcance el mínimo legal necesario para constituir sindicatos de otro tipo.



tivo y no taxativo. Sobre el redimensionamiento de los alcances de la libertad sindical, es particularmente interesante el estudio que realizó Ermida y Colotuzzo, sobre la "*Descentralización, Tercerización y Subcontratación*"<sup>11</sup>, donde los autores dedicaron varios pasajes a entender el redimensionamiento del concepto típico de organización sindical y el nuevo rol de la negociación colectiva, frente a las nuevas formas de organización empresarial y sobre todo de cara a los procesos de descentralización productiva.

Por el lado de los empleadores se presenta una situación similar. Tal como lo afirma, Morín, en una economía mundializada, las exigencias de competitividad y de flexibilidad de las empresas han causado una profunda transformación de su organización social, económica y financiera. El despliegue de los grupos financieros a escala mundial, los fenómenos de "externización" más la constitución de redes de empresas, han tenido múltiples consecuencias en las relaciones laborales y las condiciones de aplicación del derecho del trabajo<sup>12</sup>.

En el mismo sentido, Tosca, precisa que "el concepto de empleador se ha vuelto ciertamente más complejo ante las varias formas de organización empresarial (sic), la localización del empleo se ha diversificado, las prácticas relativas al tiempo de trabajo se han individualizado, han surgido nuevos criterios para las remuneraciones que tienden a sustituir los pagos basados en el tiempo de trabajo"<sup>13</sup>.

Por su parte, Supiot nos recuerda que en este contexto de profundos cambios en la forma de organización empresarial, "la negociación colectiva constituye la institución más dinámica y el instrumento apropiado para la asimilación y la adaptación permanente a las mutaciones, de cara a la heterogeneidad de las formas de organización del trabajo"<sup>14</sup>.

<sup>11</sup>Oscar Ermida Uriarte y Natalia Colotuzzo, *Descentralización, Tercerización y Subcontratación*, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Lima, Proyecto FSAL, 2009.

<sup>12</sup>Marie-Laure Morín, *El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa*, en Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 124, 2005, núm. 01, pp. 05 y ss.

<sup>13</sup>Diego M. Tosca, *la representación sindical y las nuevas formas de organización empresarial*, en *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, José Luis Monereo Pérez, Dirección, Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 116 y ss.

<sup>14</sup>Alain Supiot, *Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999. pp. 134 v ss.

En la medida que el concepto de "parte" en la negociación colectiva vaya cambiando y se adapte a las nuevas formas de organización del trabajo, el convenio arbitral también admitirá la participación de formas más complejas de organización empresarial que puedan extraer beneficios o asumir obligaciones del proceso arbitral que permitirá la solución del conflicto colectivo de trabajo.

En conclusión, si la negociación colectiva admite un concepto amplio de lo que debemos entender por "parte", el arbitraje y sobretodo el convenio arbitral debe admitirlo también.

## 2. La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias

Si existe una innovación legislativa destacable en la actual regulación arbitral peruana, es sin duda alguna la figura de la extensión del convenio arbitral a "partes no signatarias".

Así, el art. 14 de la LGA establece que "*El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos*".

Sobre el particular, Caivano precisa que "el arbitraje nace de fuente convencional y, como tal, sólo están obligados quienes hayan firmado la cláusula que otorga jurisdicción a los árbitros"; sin embargo -continúa el autor- "es pacíficamente reconocido que la mera circunstancia de no haber sido parte en el acuerdo arbitral no significa un impedimento para ser llevado al arbitraje"<sup>15</sup>.

La regulación normativa de la extensión de los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias es sin duda una novedad legislativa, pero no jurisprudencial. Si bien, nuestro país sea quizás el primer país en el mundo que regula taxativamente la posibilidad de extender el convenio arbitral a una parte no signataria, a nivel de la jurisprudencia arbitral internacional ya se habían presentado varios casos desde los años ochenta. Así, por ejemplo, en el caso "*Dow Chemical c/. Isover Saint Gobain*"<sup>16</sup> el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) aceptó la participación de dos sociedades

<sup>15</sup>Caivano Roque, Ob. Cit, pp. 124.

<sup>16</sup>Cámara de Comercio Internacional, Caso núm. 4131, Ica, 1984, citado por Caivano Roque, Ob. Cit, pp. 124.

del Grupo Dow no signatarias del acuerdo arbitral, bajo el argumento de que la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral parecen haber sido verdaderas partes en los contratos.

Sobre el particular, Bullard nos recuerda que "*muchos equivocadamente, han señalado que el art. 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje*". El autor agrega que "*ese es un error conceptual y escapa al contenido del artículo*"<sup>17</sup>. El autor tiene razón, la extensión de los alcances del convenio arbitral no está garantizada, ni puede ser invocada por cualquier tercero ajeno a la relación contractual o al negocio jurídico que es objeto de la controversia a ser dilucidada a través del arbitraje. Por el contrario, la figura está garantizada, siendo consecuente con la extensión de los efectos obligatorios del contrato, a aquellas partes que habiendo tenido una participación activa en el contrato, no suscribieron el convenio arbitral, convirtiéndose de esta forma en "partes no signatarias" y no en terceros ajenos a la relación contractual.

Sobre el mismo tema, Conejero Roos e Irra de la Cruz, han señalado que "cuando se habla de extensión, en realidad se quiere hablar de alcance. En estricto rigor, no se está extendiendo una cláusula arbitral a quien no es parte de la misma, sino que se está determinando, más allá de la forma del contrato y de quienes lo han firmado, quiénes son realmente las partes vinculadas por el convenio arbitral, delimitando así el alcance *rationae personae* o subjetivo de dicho convenio"<sup>18</sup>

No cabe duda de que la figura de la extensión de los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias es ciertamente una novedad que pretende llenar un vacío legal generado a partir de las nuevas y cada vez más complejas formas de organización empresarial. En la misma línea y como ya lo hemos

<sup>17</sup>Alfredo Bullard, *¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el art. 14 de la Ley de Arbitraje Peruana*, En Latin Arbitration Law, Consultado en:

<http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/> el 28 de agosto de 2016.

<sup>18</sup>Cristián Conejero Roos y René Irra De La Cruz, *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado*, en Lima, Arbitration, núm. 05-2012/2013, consultado en: <http://limaarbitration.net/LAR5/Cristian-Conejero-Roos-Rene-Irra-de-la-Cruz.pdf> el 28 de agosto de 2016, pp. 56 y ss.

analizado, estas nuevas formas de organización empresarial tienen un impacto directo en las relaciones de trabajo y claro está en el proceso de negociación colectiva, que nos llevan a pensar si en el marco del arbitraje laboral sería posible extender los efectos de un convenio arbitral a partes no signatarias.

3. ¿Pueden existir partes no signatarias en el arbitraje laboral?

Tal como lo señalamos en el párrafo precedente, en la medida que el arbitraje laboral regulado por la LRCT ha sido diseñado tomando en consideración el marco regulatorio arbitral general, cabría preguntarse si en determinadas circunstancias o presupuestos sería posible extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias en el arbitraje laboral.

Sobre este punto es importante precisar que no postulamos en este trabajo la posibilidad de extender los efectos del laudo arbitral a terceros ajenos a la negociación colectiva o a partes no signatarias del convenio arbitral. Lo que nos proponemos analizar es si bajo determinadas circunstancias una parte no signataria del convenio arbitral puede ver extendidos los alcances de este. Para dar respuesta a esta interrogante conviene analizar en principio, qué supuestos permiten extender los efectos de un convenio arbitral.

El art. 14 de la LGA permite la invocación de la extensión del convenio arbitral a una parte no signataria en 2 circunstancias:

a) En los casos en que alguien haya tenido una participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado.

b) En los casos en que alguien pretenda derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos.

En ambos casos, la intervención debe darse de acuerdo al principio de la buena fe.

Para el caso específico del arbitraje laboral, los supuestos antes descritos podrían presentarse sobre todo en aquellos casos donde la negociación colectiva se desarrolla en un escenario de descentralización productiva o también en los casos de vinculación o grupos de empresas, sin que estas dos posibilidades resulten las únicas.

Tal como lo señalan Aylwin y Rojas, "la legislación laboral prácticamente ignora el fenómeno de los grupos y otras formas de descentralización productiva, que en la actualidad,

constituyen paradójicamente el marco empresarial donde usualmente se desarrolla el contrato de trabajo"<sup>19</sup>.

Analícemos entonces los supuestos en que podría ser válido invocar la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el arbitraje laboral.

En nuestro país, la problemática de los grupos de empresa, y los supuestos de vinculación económica ha sido tímidamente desarrollada por la legislación y jurisprudencia laboral. En efecto quizá el antecedente de referencia obligatoria, sea el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de 2008, cuya conclusión plenaria núm. 02 estableció la solidaridad en las obligaciones laborales en los casos en los que exista vinculación económica o grupo de empresas<sup>20</sup>.

Por su parte, la Superintendencia de Banca y Seguros, a través de la Resolución SBS núm. 5780-2015 de fecha 24 de setiembre de 2015, definió en su artículo 08° al grupo económico como "al conjunto de personas jurídicas y/o entes jurídicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos integrantes, cuando alguno de ellos ejerce control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas y/o entes jurídicos corresponde a una o varias personas naturales que actúan de manera conjunta como una unidad de decisión".

A nuestro criterio, la negociación colectiva desarrollada por un grupo económico, o en los casos en que existan supuestos de vinculación económica, podrían permitirnos –como ha sucedido en el campo comercial– extender los efectos del convenio arbitral a una parte no signataria; no obstante compartimos la posición desarrollada por Bullard<sup>21</sup> respecto a que en estos casos la aplicación de este supuesto no puede realizarse de manera generalizada y sin limitaciones, pues para que esto suceda, deberían presentarse dos elementos: a) uno objetivo, esto es, la presencia de empresas vinculadas que formen parte de un mismo grupo económico; y b) uno subjetivo, representado por una voluntad de querer negociar de manera colectiva a través de una de las empresas del grupo, por una voluntad de fraude y de no reconocimiento de los

<sup>19</sup>Andrés Aylwin Chiorrinis e Irene Rojas Miño, *Los Grupos de Empresas y sus efectos jurídico laborales en el Derecho Comparado*, en Revista IUS ET PRAXIS, núms. 11 y 2, 2005, pp. 197-225.

<sup>20</sup>Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de 2008, en: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s-corte-suprema-utilitarios/as\\_home/as-cij/as-plenos-jurisdiccionales/as-materiales-lectura/as-plenos-nacionales/as-plenos-nacionales-29112012](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s-corte-suprema-utilitarios/as_home/as-cij/as-plenos-jurisdiccionales/as-materiales-lectura/as-plenos-nacionales/as-plenos-nacionales-29112012), consultado el día 28 de agosto de 2016.

<sup>21</sup>Alfredo Bullard, Ob. Cit.

derechos laborales que pueden estar en discusión en la negociación colectiva<sup>22</sup>.

Otro supuesto en el que podría invocarse la extensión del convenio arbitral laboral es el de la **descentralización productiva**. En efecto, los procesos de intermediación y tercerización laboral, caracterizados por la presencia relaciones triangulares, no sólo vienen suponiendo un reto para el ejercicio de la libertad sindical, donde ya se ha discutido la posibilidad de que las empresas de servicios y las contratistas puedan afiliarse a organizaciones de rama de actividad del sector profesional de la empresa principal o usuaria<sup>23</sup>, sino que a su vez esto se traduce en un rol más activo en el proceso de negociación colectiva y por ende en un eventual proceso arbitral, en el que la empresa de servicios o la contratista quiera constituirse como una parte no signataria.

Si bien y sólo a manera de ejemplo, nos hemos limitado a desarrollar dos supuestos en los que consideramos, podría invocarse la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, creemos que la casuística permitirá constatar la existencia de otros supuestos, siempre y cuando se configuren los requisitos previstos por el art. 14 de la LGA peruana, es decir que en el marco de la negociación colectiva se pueda determinar objetivamente:

a) La participación activa de un empleador o una organización sindical en el proceso de negociación colectiva, al que podría hacer referencia el convenio arbitral suscrito.

b) El interés de un empleador o de una organización sindical en derivar derechos o beneficios de la negociación colectiva en aquellos casos en que exista vinculación entre las partes que suscriben el convenio arbitral, y las que pretendan obtener los referidos beneficios.

#### IV. Conclusiones

1. El arbitraje en materia de relaciones colectivas de trabajo es un instrumento que coadyuva de manera eficaz al desarrollo y consolidación de una negociación colectiva compleja marcada por las nuevas formas de organización empresarial.

<sup>22</sup>En el caso en específico Bullard hacía referencia a uno de los supuestos más comunes en que procede la aplicación de la figura de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, que es la teoría del "Levantamiento del velo societario".

<sup>23</sup>Sobre el particular puede analizarse la Resolución Directoral General núm. 06-2012/MTPE/2/14.

2. El arbitraje voluntario en materia laboral supone la existencia de un convenio o acuerdo arbitral que resulta obligatorio en principio, sólo a las partes que lo han suscrito.

3. En el panorama actual, los alcances de los que se entiende por "parte" de un acuerdo arbitral laboral, no se limita sólo a quienes han suscrito un convenio arbitral, sino a quienes han participado activamente en la negociación colectiva o a quienes pretenden obtener beneficios de esta.

4. La figura de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, puede ser especialmente aplicable en los casos de negociación colectiva donde existan grupos de empresas, vinculación económica, o relaciones laborales de descentralización productiva.

## V. Bibliografía

Andrés Aylwin Chiorrini e Irene Rojas Miño, *Los Grupos de Empresas y sus efectos jurídicos laborales en el Derecho Comparado*, en Revista IUS ET PRAXIS, 11 (2), 2005, consultado en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci-arttext&pid=S071800122005000200006>

Alain Supiot, *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999, pp. 134 y ss.

Alfredo Bullard, ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? *La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana*, en Latin Arbitration Law, Consultado en: <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quiénes-están-invitados-a-la-fiesta/>

Caivano Roque, *Arbitraje y grupos de sociedades, Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*, en Lima, Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, núm. 01, 2006.

Cristián Conejero Roos y René Irra De La Cruz, *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado*, en Lima, Arbitration, núm. 05, 2012/2013, consultado en: <http://limaarbitration.net/LAR5/Cristian-Conejero-Roos-Rene-Irra-de-la-Cruz.pdf>

Diego M. Tosca, *La representación sindical y las nuevas formas de organización empresarial*, En Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada, José Luis Monereo Pérez, Dirección, Ed. Comares, Granada, 2011.

Francisco García Calderón Landa, *Diccionario de la Legislación Peruana*, Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, Lima, 1860.

Manuel De La Puente y Lavalle, *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2007.

Marco de Benito Llopis-Llombart, *El Convenio Arbitral: Su eficacia obligatoria*, Civitas-Thomson Reuters, primera edición, Navarra, 2010.

Marie-Laure Morin, *El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa*, en Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 01, Vol. 124, 2005.

Oscar Ermida Uriarte y Natalia Colotuzzo, *Descentralización, Tercerización Subcontratación*, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Lima, Proyecto FSAL, 2009.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Quinta Edición, revisada, Ginebra, 2006.



## LAGUNAS EN LA PROTECCIÓN PENAL DE LA SALUD PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: A PROPÓSITO DE LAS CRISIS BIOLÓGICAS\*

Emilio José Armaza Armaza

**Resumen** En el presente trabajo se analiza la idoneidad de nuestro ordenamiento jurídico-penal para hacer frente al hipotético supuesto en el que una persona sometida a un régimen de aislamiento por razones de bioseguridad (es decir, a una "cuarentena" debido a que es portadora de una enfermedad grave) decida hacer caso omiso a las indicaciones de las autoridades sanitarias (o, en su caso, al Juez), fugándose de las instalaciones hospitalarias en las que se encuentra privado de su libertad. Además de la identificación y análisis de los derechos o intereses en juego (salud individual, salud pública, libertad ambulatoria, etc.), propondremos la creación de un nuevo tipo penal para superar la laguna legislativa que identificaremos.

**Abstract** This paper analyzes the suitability of our legal-criminal system to deal with the hypothetical case in which a person subjected to a biosecurity isolation regime (that is, to a "quarantine" because he is a carrier of a serious illness) decides to ignore the advice of the health authorities (or, if applicable, the Judge), escaping from the hospital facilities in which he is deprived of his liberty. In addition to the identification and analysis of rights or interests at stake (individual health, public health, freedom of movement, etc.), we will propose the

\*El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto "Bioterrorismo y Bioseguridad: Bases para la estructuración de nuevos instrumentos jurídico-penales para enfrentar las amenazas biológicas" [www.bioterr.eu], Ref. DER2014-56634-JIN, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO) y desarrollado en la Universidad del País Vasco UPV/EHU.

creation of a new criminal offense to overcome the legislative gap that we will identify.

**Palabras clave** Derecho penal. Cuarentena. Delitos contra la salud pública. Bioseguridad.

**Key words** Criminal Law. Quarantine. Crimes against public health. Biosecurity.

**Sumario** 1. Introducción. 2. El internamiento por razones de bioseguridad. 3. El Derecho Penal ante la quiebra de una medida de cuarentena. 3.1. La salud pública como bien jurídico afectado. 3.2. La protección penal de la salud pública. 3.3. Las herramientas penales para la protección frente a las armas biológicas. 3.4. El quebrantamiento de condena y la desobediencia grave a la autoridad. 4. Reflexiones finales. 5. Referencias bibliográficas.

## 1 Introducción

Hace poco más de dos años, concretamente el 20 de Julio de 2014, un abogado liberiano (el Sr. P. Sawyer) que trabajaba como alto funcionario del Ministerio de Economía de su país, viajó hacia el vecino país de Nigeria, concretamente a su capital, la ciudad de Lagos. En aquellos momentos diversos países de África occidental (entre ellos Liberia, Guinea y Sierra Leona) se enfrentaban a una dura lucha en contra del brote de Ébola más grande de su historia reciente. Por el contrario, y este dato ha de ser resaltado, para cuando se produjeron los hechos que vamos a relatar, todavía no se había reportado ni un solo caso de contagio de Ébola en Nigeria (al menos en dicho periodo de años).

Ahora bien, comentábamos que un alto funcionario del Ministerio de Economía de Liberia (país azotado por la crisis biológica que acabamos de mencionar) viajó a la capital de Nigeria; y este hecho no tendría por qué ser significativo, de no haber sido porque el funcionario en cuestión fue posteriormente conocido como el "paciente cero" (index case) de la introducción del virus del Ébola en Nigeria. En efecto, las primeras alarmas, que saltaron cuando el personal sanitario del aeropuerto de Lagos fue requerido para atender a un pasajero que se había desplomado en el momento del desembarque, fueron confirmadas unas horas después cuando, ya en el hospital, se realizaron las pruebas respectivas y fue ratificado el hecho de que el funcionario liberiano padecía y, desde luego, era portador del mortal virus.

A pesar de lo dicho, y poco después de que el sujeto en cuestión recuperase momentáneamente las fuerzas y el ánimo, y a pesar de haber sido pormenorizadamente informado de

su delicada situación, el funcionario manifestó al personal sanitario que le atendía su enérgico rechazo a los cuidados y tratamientos que le fueron ofrecidos en el centro de de salud, así como su deseo de abandonar el hospital en ese mismo momento. Desde luego, las autoridades del hospital, teniendo en cuenta el tipo de enfermedad a la que expondría eventualmente a los habitantes de la ciudad de Lagos y, por supuesto, a los habitantes de toda Nigeria<sup>1</sup>, decidieron hacer caso omiso a las peticiones del funcionario liberiano y, todo lo contrario, ordenaron su aislamiento en los espacios adecuados para tal fin. Ahora bien, la respuesta del funcionario en cuestión no se hizo esperar. Sumamente exacerbado y enfurecido, extrajo las cánulas que le habían sido conectadas al cuerpo, se desnudó y comenzó a miccionar dirigiendo los fluidos que expulsaba hacia la zona donde se encontraban los miembros del equipo de sanitarios que en ese momento le atendían, con el fin de provocar que se apartasen de su camino y así poder huir del centro de salud en el que se encontraba detenido.

Debemos indicar que el incidente en cuestión no acabó allí. Después de todo este altercado, el funcionario consiguió contactar con el Embajador liberiano que dirigía la embajada de dicho país en Nigeria, con el fin de poner en su conocimiento los pormenores de su delicada situación. La respuesta del Embajador fue asombrosa: Se puso en contacto con las autoridades del hospital donde estaba aislado su conciudadano con el fin de comunicarles que iba a presentar una denuncia por el delito de detención ilegal dado que con su comportamiento estaban restringiendo la libertad ambulatoria de una persona que gozaba de "inmunidad diplomática". Desde luego no dejó de hacer referencia a las gravísimas consecuencias que este incidente traería para las relaciones políticas, económicas y sociales establecidas entre ambos países.

Para terminar con este breve relato, debemos indicar que a pesar de la enorme presión política a la que fueron sometidas las autoridades hospitalarias donde se encontraba aislado el paciente en cuestión, la respuesta fue siempre la misma. Dicha persona debía ser sometida a un régimen de cuarentena hasta que se descarten los riesgos para la salud pública derivados de un eventual contagio del Ebolavirus. En las horas siguientes, para hacer efectiva la contención del portador de esta mortal enfermedad, varios trabajadores del hospital tuvieron que hacer uso de la fuerza física para poder evitar que la fuga del

<sup>1</sup>A ello se puede añadir, por qué no decirlo, que con dicha conducta se ponía también en peligro de contagio a los habitantes de los países con los que Nigeria mantiene conexiones terrestres o aéreas.

paciente ponga en riesgo la salud y la vida no sólo de los habitantes de la ciudad de Lagos, sino de toda Nigeria, así como de los países vecinos en los que aun no se habían reportado casos de Ébola.

El señor P. Sawyer, es decir, el paciente infectado, murió cuatro días después de estos incidentes (concretamente el 24 de julio). No fue la única persona que falleció ese año en Lagos a causa de esta terrible enfermedad; también murieron cuatro de los miembros del personal sanitario que retuvieron físicamente al funcionario liberiano, así como otros cuatro civiles que adquirieron el virus de forma indirecta. Cabe indicar que otras once personas fueron aisladas y puestas en cuarentena por haber estado directamente expuestas al virus, aunque afortunadamente, ninguna de ellas padeció finalmente la enfermedad.

Ahora bien, debemos recordar que, aunque con grandes diferencias, en España hemos vivido un incidente que, si bien no ha pasado desapercibido, sumió a nuestra población en una situación de peligro que, quizás, no debería ser relativizada. En efecto, Dña. T. Romero, la hoy famosa enfermera que consiguió vencer al Ebolavirus, acudió a un centro de belleza situado en Alcorcón con el fin de depilarse ciertas partes del rostro y se presentó, además, a una oposición que se desarrolló en la Universidad Complutense (estando muy próxima a cientos de personas) cuando ya era portadora del mortal virus. En este sentido, resultan difíciles de identificar, así como de explicar las razones por las cuales dicha enfermera no tuvo ningún reparo para realizar las actividades enumeradas en este párrafo, aun cuando conscientemente decidió adoptar ciertas medidas de precaución en el interior de su domicilio con el fin de evitar que la enfermedad se transmita a su marido (recordemos que ambos decidieron dormir en camas distintas, así como usar baños diferentes).

Estos ejemplos, uno extraído de la experiencia internacional y el otro del incidente biológico más conocido en nuestro país, quizás puedan enseñarnos que, en el contexto de una crisis biológica, nuestra sociedad podría tener que hacer frente al comportamiento de ciertas personas que rechazan y se niegan a ser sometidas a un régimen de aislamiento por razones sanitarias o de bioseguridad (es decir, a lo que coloquialmente conocemos con el nombre de cuarentena) o que, sin negarse a acatar una medida de esta naturaleza, adoptan conscientemente comportamientos que pueden poner en peligro la salud pública. La motivación de este tipo de conductas, desde luego, podría ser de lo más diversa. Algunas personas, sumamente asustadas, simplemente querrán volver a casa; por el contrario, otras tal vez actúen en el marco de una acti-

vidad terrorista<sup>2</sup>, o bien deseen transmitir la enfermedad a más personas con el fin de presionar al Estado para conseguir financiación para investigaciones o tratamientos para dicha.

En cualquier caso, lo que a nosotros nos interesa resaltar en esta oportunidad es que, con independencia de la motivación, nos encontramos frente a un tipo de conductas que ponen en peligro la vida y salud individual de las personas que finalmente resultan contagiadas, así como la salud pública del colectivo de ciudadanos expuestos (de forma concreta o abstracta) a una enfermedad determinada. Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho Penal nos interesa analizar la idoneidad de nuestra legislación penal para prevenir y, en su caso, sancionar este tipo de conductas.

## 2 El internamiento por razones de bioseguridad

Antes de empezar con el análisis del papel que juega el Derecho Penal ante la quiebra de una orden cuarentena, procede preguntarnos si existe en nuestro ordenamiento jurídico una base legal que permita a la Administración restringir la libertad ambulatoria de una persona, con el argumento de que existe el riesgo de que sea portador de una enfermedad que pueda poner en peligro la vida o la salud de los demás ciudadanos.

Una primera aproximación a esta cuestión nos ha de llevar, necesariamente, al examen de lo dispuesto en el art. 25.3 de la Constitución (CE78) que, recordemos, establece con claridad que "La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad". Como sabemos, este precepto tiene su origen en la necesidad de dibujar los límites de las competencias de los órganos penales y de los de la Administración, límites que, con anterioridad a la CE78 eran sumamente difusos y que daban lugar a que, en no pocas ocasiones, la sanción administrativa, además de consistir en la privación de la libertad, fuese incluso más rigurosa que la sanción penal. En cualquier caso, hemos de resaltar que el precepto constitucional aludido hace referencia, única y exclusivamente, a la prohibición que tiene la Administración para imponer "sanciones" que, de forma directa o indirecta, impliquen la privación de libertad. Ahora bien, como sabemos, la noción de "sanción", desde luego, ha sido profundamente estudiada tanto en el marco del Derecho

<sup>2</sup>Manuel Sánchez Moreno/Gustavo García Estévez, La amenaza bioterrorista procedente del yihadismo, en Bioseguridad, Derecho y Defensa, María Ángeles Cuadrado Ruiz/Antonio Peña Freire (Eds.), Editorial Universidad de Granada, Granada, 2013, pp. 166-170.

Penal como en sede del Derecho Administrativo Sancionador. Sin ánimo de realizar un análisis pormenorizado de esta cuestión, sí que conviene poner de manifiesto que en los estudios desarrollados en el marco de ambas esferas del saber jurídico, es constante la idea de que una de las principales características de las sanciones administrativas y penales, está constituida precisamente por la idea de "retribución". De esta manera, ambos tipos de consecuencias jurídicas se configuran como mecanismos de clara naturaleza retributiva, en el sentido de que posibilitan la reafirmación del ordenamiento jurídico que ha sido previamente quebrantado, así como la expiación de la culpabilidad por parte de aquellos infractores que aceptan voluntariamente la sanción como una consecuencia justa por la infracción que han cometido.

En cualquier caso, lo que sí debe quedar sumamente claro es que la eventual restricción de la libertad ambulatoria de un individuo con el argumento de que existe el riesgo de que sea portador de una enfermedad que pueda poner en peligro la vida o la salud de los demás ciudadanos no constituye, en modo alguno, una sanción. La constatación de que dicha persona sea portadora de una enfermedad contagiosa y muy grave (como el Ébola) no forma parte del catálogo de supuestos (delitos o infracciones administrativas) que habilitan, bien al Derecho Penal, o bien al Derecho Administrativo Sancionador, para imponer una sanción determinada. Nos encontramos, por lo tanto, frente a una medida administrativa que restringe o limita el derecho a la libertad ambulatoria, pero que al carecer por completo de cualquier tipo de contenido de naturaleza retributiva (lo cual nos lleva a la conclusión de que no puede ser considerada como una sanción), podría ser perfectamente impuesta por la Administración, sin que por ello se vulnere el mandato constitucional anteriormente reseñado.

Son dos las fuentes legislativas que, en nuestro ordenamiento jurídico, regulan los supuestos en los que se puede adoptar una medida de aislamiento por razones de bioseguridad. La primera de ellas se encuentra en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. En efecto, el art. 2 de dicha norma establece que "Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad". Asimismo, conforme a lo dispuesto por el art. 3 de la misma LO "Con el fin de controlar las enferme-

dades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible". De otro lado, resulta interesante destacar que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece en su artículo 8.6 que "(...) corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental".

Nos encontramos, por lo tanto, frente a una medida prevista en nuestro ordenamiento jurídico cuya justificación se encuentra, como no podía ser de otra manera, la necesidad de evitar la producción de un mal mayor (partiéndose por lo tanto, de un análisis "consecuencialista" de las hipotéticas variantes de la situación)<sup>3</sup>. Se configura, pues, una situación análoga a la figura penal conocida con el nombre de "estado de necesidad justificante" por medio de la cual, recordemos, el Estado permite a un actor determinado sacrificar un bien jurídico de menor valor —la libertad ambulatoria de una persona concreta, por ejemplo— con el fin de salvaguardar otro u otros de mayor valor —la vida o la integridad personal de varios ciudadanos—).

Ahora bien, lo dicho hasta aquí nos lleva a la conclusión de que, conforme a nuestra tradición dogmática y, desde luego, a lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico, resulta claramente aceptable y, por supuesto, viable imponer, incluso coactivamente, una restricción a la libertad ambulatoria de una persona que presumiblemente sea portadora de una enfermedad grave y que, por ello, pueda poner en peligro la vida o la salud de sus conciudadanos. En otras palabras, hemos previsto la posibilidad de sacrificar ciertos derechos (entre ellos, concretamente, el derecho a la libertad ambulatoria) en aras de brindar protección a la salud pública frente a situaciones de alto riesgo.

### 3 El Derecho Penal ante la quiebra de una medida de cuarentena

Una vez que hemos identificado a la "salud pública" como el valor iusfundamental que justifica el sacrificio de la libertad ambulatoria por razones de bioseguridad, mediante la imposi-

<sup>3</sup>Peter Singer, *Ética práctica*, Segunda edición, Rafael Herrera Bonet (Trad.), Cambridge University Press, Madrid, 2003, pp. 6-11.

ción de una medida de cuarentena, procede formular la siguiente pregunta: ¿Dispone nuestro ordenamiento jurídico-penal de ciertas herramientas destinadas a sancionar a aquellas personas que consiguen evadir la medida de aislamiento que les ha sido legítimamente impuesta, bien huyendo del sitio donde se encontraban ya reclusos, o bien evitando ser detenidos antes de haber sido aislados?

### 3.1 La salud pública como bien jurídico afectado

La respuesta a la pregunta planteada en el párrafo anterior esta condicionada, nuevamente, a la identificación del bien jurídico penalmente relevante que ha sido lesionado o que, en su caso, ha sido puesto en peligro (concreto o abstracto) de lesión mediante la conducta de quiebra de la medida de cuarentena. Ello, desde luego, en aras de garantizar el respeto al Principio de lesividad u ofensividad (fundamental para el Derecho Penal) por medio del cual, recordemos, se condiciona la habilitación de la intervención penal a la previa lesión o, al menos, puesta en peligro de lesión de uno de los bienes jurídicos penalmente relevantes<sup>4</sup>.

Entonces, ¿cuál es el bien jurídico que se intentaría proteger en este tipo de situaciones? Recordemos que nos encontramos frente a la hipotética situación en la que una persona portadora de una enfermedad grave e infecciosa quebranta la orden de aislamiento que recae sobre ella. En este sentido, debemos deslindar, en primer lugar, las respuestas penales aplicables al sujeto activo cuando se haya configurado un delito de resultado (por haberse, desde luego, producido un resultado material determinado —como la muerte o la lesión de una o varias personas—). En tales supuestos, como es lógico, serán de aplicación los tipos penales de homicidio o, en su caso, de lesiones (cualificadas por el resultado probablemente) dado que ambos protegen dos bienes jurídicos de naturaleza individual (la vida y la integridad de las personas que han sufrido, efectivamente, la lesión de tales bienes jurídicos).

No obstante, este camino no es, en absoluto, el idóneo para brindar protección al valor iusfundamental que, como hemos visto con anterioridad, ha servido de fundamento para la legitimación ética y jurídica de la aplicación de la medida de aislamiento o cuarentena. Nos referimos, concretamente, a la idea de "salud pública", entendida como la salud de la colectividad, más allá de la salud individual —o de la suma de las

<sup>4</sup>Miguel Ángel Boldova Pasamar, Los principios del Derecho Penal, en Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del Delito, Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coords.), Editorial Comares, Granada, 2016, pp. 47 y 48.



saludes individuales—<sup>5</sup>. En efecto, no cabe duda que la conducta desplegada en la hipotética situación planteada como supuesto de hecho en esta intervención, resulta particularmente idónea para sumir en un efectivo y real peligro de lesión a dicho bien jurídico; en este sentido, basta un rápido análisis empírico de los casos más emblemáticos de crisis biológicas recientes causadas por enfermedades mortales para darnos cuenta que incluso aunque ninguna persona resulte efectivamente lesionada, son múltiples e incluso inimaginables los riesgos que existen para la salud de la colectividad.

### 3.2 La protección penal de la salud pública

Por las razones anteriormente expuestas, consideramos apropiado realizar una lectura panorámica de los artículos del CP que contienen los delitos contra la salud pública<sup>6</sup>, con el fin de identificar el tipo penal que permita sancionar a quien pone en peligro la salud de la colectividad mediante la quiebra de una medida de cuarentena. En este sentido, podemos indicar que los artículos incorporados en el apartado del CP consagrados a la sanción de los delitos que ponen el peligro la salud pública pueden ser agrupados en los siguientes bloques: 1º Delitos relativos a las sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos. 2º Delitos farmacológicos. 3º Delito de dopaje deportivo. 4º Delitos relativos a productos de consumo masivo. Y, 5º Delitos relativos al tráfico de drogas.

El primero de estos grupos de infracciones está conformado por los preceptos penales incorporados en los arts. 359 y 360 del CP, por medio de los cuales se sanciona, bajo determinadas condiciones, la elaboración, despacho, suministro o comercio de las sustancias o productos químicos indicados. El segundo grupo, conformado por los delitos recogidos en los arts. 361, 362, 362 bis, 362 ter y 362 quáter del CP, está consagrado a la sanción de los llamados "delitos farmacológicos", por medio de los cuales se sanciona, también en determinados

<sup>5</sup>Sergio Romeo Malanda, *Delitos contra la seguridad colectiva II. Delitos contra la salud pública*, en *Derecho Penal. Parte Especial*. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coords.), Editorial Comares, Granada, 2016, p. 594. Cabe indicar, asimismo, que la protección penal del bien jurídico aludido, no es sino un reflejo de la tutela constitucional que ha sido dispuesta para tal fin (en efecto, el artículo 43.2 CE señala que "Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto").

<sup>6</sup>Todos ellos incorporados, como sabemos, en el Capítulo III del Título XVII del Libro II del CP.

supuestos, una serie de conductas de diversa naturaleza (elaboración, producción, fabricación, importación, exportación, comercialización, etc.) que tienen en común el objeto material del delito (medicamentos y otros productos sanitarios). Por su parte, el tercer grupo está conformado por la modalidad básica, así como por los supuestos agravados del delito de dopaje en el ámbito deportivo (art. 362 quinquies del CP) castigándose, entre otros comportamientos, la prescripción, dispensa, suministro, ofrecimiento, etc. de sustancias o métodos prohibidos a deportistas (profesionales o no) que deseen aumentar sus capacidades físicas o modificar los resultados de las competiciones en las que participan<sup>7</sup>. En el cuarto grupo de delitos (arts. 363, 364 y 365 del CP) se encuentran tipificadas una serie de conductas por medio de las cuales se afecta la calidad de los productos dirigidos al consumo y que, en términos generales y con la excepción de figuras concretas, tienen en común el objeto material del delito (productos alimentarios). Por último, en el quinto grupo de infracciones (tipificadas en los arts. 368 y ss.) se sanciona el tipo básico y atenuado, así como las modalidades agravadas del tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, incluyéndose además un precepto por medio del cual se castiga de forma específica la tenencia y tráfico de materiales que pueden ser empleados para la elaboración de las sustancias anteriormente mencionadas (precursores).

En definitiva, esta rápida revisión de la redacción actual de nuestro Código Penal nos permite afirmar que teniendo como base nuestro sistema protección penal de la salud pública (y, desde luego, el principio de legalidad), no podríamos sancionar a quien, siendo conscientemente portador de una enfermedad pandémica y sumamente letal, pone en peligro la salud de la colectividad mediante la quiebra de una medida de cuarentena. La conducta resulta atípica (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*<sup>8</sup>) incluso en aquellos supuestos —más reprochables aún— en los que el autor tuviera la intención de propagar y transmitir la enfermedad a los demás habitantes de la localidad. Parece, desde luego, una gran paradoja el hecho de que nuestro legislador penal no se haya preocupado por el desarrollo de herramientas, en sede de los delitos contra la salud pública, que permitan prevenir el tipo de comporta-

<sup>7</sup>Elena Atienza Macías/Emilio José Armaza Armaza, *El dopaje en el Derecho Deportivo actual: análisis y revisión bibliográfica*, Editorial Reus, Madrid, 2016, pp. 195 y ss.

<sup>8</sup>Francisco Muñoz Conde/Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*. 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 109.

mientos analizados, a pesar de que sí ha puesto especial interés en la represión de conductas que podrían llegar a tener una escasa (o, incluso, nula) idoneidad para poner en peligro de lesión el bien jurídico en cuestión (por ejemplo, en la SAP Valencia 306/2015, de 20 de abril, se castiga la venta de 1,9 gramos de hachís, con una pureza del 12,5 %, como un delito contra la salud pública, con una pena de 7 meses de prisión).

### 3.3 Las herramientas penales para la protección frente a las armas biológicas

Ahora bien, sin perjuicio de la falta de protección de la salud de la colectividad ante estas particulares formas de amenazas, es preciso indicar que en nuestro Código penal podemos encontrar otros preceptos penales que, en mayor o menor medida, guardan relación con el fenómeno de las crisis biológicas. En efecto, este es el caso de los delitos de: 1º Producción de armas biológicas (tipificado en el art. 160.1 del CP y que, según la doctrina mayoritaria, se encuentra orientado a brindar protección a la supervivencia de la especie humana)<sup>9</sup>. 2º Desarrollo, fabricación, comercialización, tráfico, depósito o empleo de armas biológicas, de guerra, químicas, nucleares o radiológicas o de minas antipersonas o municiones en racimo (cuyas modalidades se encuentran tipificadas en los arts. 566.1.1º y 566.2 del CP, que, según opinión mayoritaria, se encuentran orientados a brindar protección al orden público —entendido, bien como la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida comunitaria, o bien como la seguridad colectiva o comunitaria—)<sup>10</sup>. 3º Inicio de preparación militar para el empleo de armas biológicas, así como la no destrucción de dichas armas con infracción de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte (modalidades delictivas tipificadas en el art. 566.2 del CP y que también se encuentran orientadas a la protección del orden público).

<sup>9</sup> Carlos María Romeo Casabona, *Genética, Biotecnología y Ciencias Penales*, Ediciones de la Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2009, p. 354; Emilio José Armaza Armaza, *Los instrumentos jurídico-penales para lucha contra el bioterrorismo*, en *Bioterrorismo y Bioseguridad*, Carlos María Romeo Casabona (Ed.), Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 2015, p. 205.

<sup>10</sup> Asier Urruela Mora, *Delitos contra el orden público I. Sedición. Atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia y desobediencia. Desordenes públicos. Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*, en *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coords.), Editorial Comares, Granada, 2016, p. 811.

En cualquier caso, debemos resaltar el hecho de que todos los delitos enumerados en el párrafo anterior se encuentran orientados hacia la protección de bienes jurídicos que no se identifican claramente con el valor iusfundamental que sirve de base para la legitimación de la imposición de una medida de aislamiento por razones de bioseguridad, es decir, que no se identifican nítidamente con la protección de la salud de la colectividad.

### **3.4 El quebrantamiento de condena y la desobediencia grave a la autoridad**

Por último, cabe indicar que podría discutirse la configuración de alguno de los delitos de quebrantamiento de condena (tipificados en los arts. 468 y ss. del CP), pero hemos de tener en cuenta que tales preceptos únicamente sancionan a quien quebranta una consecuencia jurídica de naturaleza penal<sup>11</sup>; así las cosas, la conducta de quien quebranta de una medida de aislamiento por riesgo biológico (que, recordemos, carece de connotaciones de naturaleza penal) no podría ser subsumida en ninguno de los tipos penales enunciados sin sacrificar el mandato penal (del art. 4.1 del CP) que prohíbe la aplicación de preceptos penales a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellos (prohibición de la analogía in malam partem)<sup>12</sup>. No obstante, resulta interesante mencionar que, al parecer, la única vía que podría, eventualmente, conducir a la sanción de las conductas analizadas se abre por medio del delito de desobediencia grave a la autoridad, a sus agentes o, incluso, al personal de seguridad privada que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (tipificado en el art. 556.1 del CP)<sup>13</sup>.

Ahora bien, cabe resaltar que tanto en el primero (delito de quebrantamiento de condena), como en el segundo de estos supuestos (desobediencia a la autoridad) el bien jurídico protegido tampoco guarda relación alguna con la protección de la salud pública, dado que en el primer caso se protege el interés del Estado en el correcto cumplimiento de las

<sup>11</sup>Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 837 y 838.

<sup>12</sup>Miguel Ángel Boldova Pasamar, ob. Cit., p. 44; Francisco Muñoz Conde/Mercedes García Arán, ob. Cit., p. 118.

<sup>13</sup>Fátima Flores Mendoza, *Delitos contra la administración de justicia*, en *Derecho Penal. Parte Especial*. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coords.), Editorial Comares, Granada, 2016, p. 752.

resoluciones judiciales que impongan penas, medidas de seguridad o medidas cautelares<sup>14</sup>; mientras que en el segundo se tutela el llamado "principio de autoridad", entendido como el correcto ejercicio de las funciones que poderes públicos ejercen al servicio de la colectividad<sup>15</sup>.

#### 4 Reflexiones finales

Llegados a este punto, la primera cuestión que hemos de resaltar está relacionada con el hecho de que en la actualidad no contamos con una herramienta penal destinada a sancionar a quien, siendo conscientemente portador de una enfermedad grave (y, claro está, contagiosa), no adopta las medidas apropiadas para evitar la puesta en peligro de la salud pública, o bien quebranta las medidas previamente impuestas por la administración (orden de cuarentena). A la luz de los gravísimos peligros que pueden derivar de las crisis biológicas y, concretamente, del peligro para la salud de la colectividad que puede desencadenarse en el marco de una conducta de quiebra de una medida de cuarentena, a primera vista no parece haber grandes inconvenientes para afirmar que es necesaria la inclusión de un nuevo tipo penal que sancione a quienes adopten este tipo de comportamientos.

Ahora bien, resulta sumamente importante manifestar que una nueva propuesta de "expansión del Derecho Penal" ha de venir acompañada de un profundo debate en relación con la justificación y, desde luego, legitimación, de este eventual proceso de criminalización primaria debido, fundamentalmente a que, como sabemos, la aplicación del Derecho Penal supone, para quien padece sus consecuencias jurídicas, la privación o menoscabo de importantísimos derechos e intereses. En este sentido, creemos que no sólo es conveniente, sino que es sumamente necesario, el análisis de este eventual proceso de criminalización a la luz de los principios fundamentales del Derecho Penal, con el fin de evitar la inclusión de un precepto incompatible con las garantías del Estado de Derecho.

Así las cosas, resulta indispensable analizar las implicaciones que pueden tener para esta materia los principios de esencialidad o fragmentariedad (en efecto, si este hipotético conflicto "jurídico-penal" puede ser resuelto eficazmente por medio de otras formas de control social formal —formas menos costosas en el plano iusfundamental— es probable que debamos decantarnos por el uso de éstas, en lugar de recurrir a la herramienta más cruenta de la que disponemos),

<sup>14</sup>Fátima Flores Mendoza, ob. Cit., p. 752.

<sup>15</sup>Asier Urruela Mora, ob. cit., p. 797.

de lesividad (en efecto se han de determinar, cualitativa y cuantitativamente, los límites que deben dibujar la línea que separa una lesión —o puesta en peligro de lesión— con relevancia penal, de una lesión —o puesta en peligro de lesión— que carece de ella), de interés público y correspondencia con la realidad (a fin de desarrollar un sistema penal que, aunque pueda llevar la etiqueta de "simbólico", sea eficaz cuando se presenten ciertas oportunidades para su aplicación), de certeza y taxatividad (con el fin de desarrollar herramientas que no afecten la seguridad jurídica), de culpabilidad (a efectos de prevenir la represión de personas a las que quizás no se les debería reprochar su conducta —respetando, por ello, el principio de inexigibilidad de obediencia al derecho—) y, en fin, los principios relacionados con la orientación de los fines de la pena (establecimiento de penas proporcionales y humanas).

### 5 Referencias bibliográficas

Emilio José Armaza Armaza, *Los instrumentos jurídico-penales para lucha contra el bioterrorismo*, en *Bioterrorismo y Bioseguridad*, Carlos María Romeo Casabona, (Ed.), Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 2015.

Elena Atienza Macías/Emilio José Armaza Armaza, *El dopaje en el Derecho Deportivo actual: análisis y revisión bibliográfica*, Editorial Reus, Madrid, 2016.

Miguel Ángel Boldova Pasamar, *Los principios del Derecho Penal, en Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del Delito*, Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coords.), Editorial Comares, Granada, 2016.

Fátima Flores Mendoza, *Delitos contra la administración de justicia, en Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coords.), Editorial Comares, Granada, 2016.

Francisco Muñoz Conde/Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Carlos María Romeo Casabona, *Genética, Biotecnología y Ciencias Penales*, Ediciones de la Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2009.

Sergio Romeo Malanda, *Delitos contra la seguridad colectiva II. Delitos contra la salud pública, en Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coords.), Editorial Comares, Granada, 2016.

Manuel Sánchez Moreno/Gustavo García Estévez, *La amenaza bioterrorista procedente del yihadismo, en Bioseguridad, Derecho y Defensa*, M<sup>a</sup> Ángeles Cuadrado Ruiz/Antonio Peña Freire (Eds.), Editorial Universidad de Granada, Granada, 2013.

Peter Singer, *Ética práctica*, Segunda edición, Rafael Herrera Bonet (Trad.), Cambridge University Press, Madrid, 2003,

Asier Urruela Mora, *Delitos contra el orden público I. Sedición. Atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia y desobediencia. Desordenes públicos. Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, en Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coords.), Editorial Comares, Granada, 2016.

## LÍMITE DE EDAD PARA EL EJERCICIO DE LA DOCENCIA UNIVERSITARIA

Renato Díaz Gonzáles

**Resumen** El presente artículo es una reflexión acerca de la Ley Universitaria núm. 30220 en cuanto establece como edad límite para el ejercicio de la docencia universitaria 70 años, cuáles son las implicancias de esta disposición? Más allá del cumplimiento de la ley, en qué medida se afecta al sistema educativo universitario pero sobre todo los derechos fundamentales de los docentes.

**Abstract** This article is a reflection about de University Law number 30220 which establishes 70 years old as the limit to university teaching, Which are the implicances of this law? Further than de laws obligation, how does it affects the university educational system, but at principal de fundamental rights of the university teachers?

**Palabras clave** Universidad. Educación. Ley. Docentes. Límite. Edad. Objetivos de la enseñanza universitaria. Derechos fundamentales.

**Key words** University. Education. Daw. Teachers. Limit. Age. University teaching goals. Human rights.

**Sumario** Introducción. La Universidad. Docencia Universitaria. La edad límite para la Docencia Universitaria. Debate. Conclusiones.

### Introducción

La Educación, en cualquiera de sus etapas es uno de los elementos más importantes sino vitales de la vida en sociedad, porque es a través de ella que se busca la formación integral desde la más temprana edad de los ciudadanos que son los actores y forjadores del destino de sus comunidades, con mayor o menor éxito según sea su grado de educación.



Y es que la pobreza intelectual de un pueblo es uno de los peores males que lo puede afectar pues la ignorancia es terreno fértil para los gobiernos dictatoriales y la corrupción, un pueblo sin educación no es libre de regir sus destinos, es por ello que el tema de la educación siempre ha estado presente en la historia de la humanidad atravesando por varias etapas tanto de oscuridad como de brillantez y con el objeto de lograr su excelencia y los más óptimos resultados se han ensayado y se siguen ensayando una serie de métodos y teorías y en su nombre se han llevado a cabo reformas de toda índole, con sustentos sociales, legales, pero las más de las veces políticos.

Pero hallar el método o la fórmula más idónea para lograr la excelencia de la educación no es tarea fácil, nunca lo fue ni lo será, por lo tanto, los intentos continúan, uno de éstos últimos específicamente en el caso de la educación superior universitaria, lo ha sido en nuestro país la promulgación de la Ley núm. 30220, conocida como la Ley Universitaria, norma por demás controversial pues ha polarizado la opinión de especialistas, educadores, estudiantes y a la opinión pública en general sobre diversos aspectos regulados como la creación de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria ( SUNEDU ); la dependencia de todo el sistema de la Educación Superior Universitaria del Ministerio de Educación; nuevos lineamientos para la creación y licenciamiento de universidades; mayores niveles de exigencia académica; requisitos mínimos para el ejercicio de la docencia; mayor promoción a la investigación, entre otros.

Pero de todas las disposiciones contenidas en esta Ley Universitaria, quizá la que ha generado mayor controversia y hasta resistencia a darle cumplimiento, es la referida a la edad máxima para el ejercicio de la docencia, estableciendo como tal la edad de 70 años cumplidos los cuáles determina el cese inmediato del docente.

Analizar cuál es el sustento de dicha disposición, la validez y constitucionalidad de los argumentos que la avalan, teniendo en cuenta el pronunciamiento escueto al respecto ya emitido por el Tribunal Constitucional, pero sobre todo analizar esta decisión legislativa desde una óptica humana que se centre en la realidad del docente y los derechos fundamentales que se pudieren afectar, es el contenido de este trabajo que presento a su consideración.

### **La Universidad**

En primer lugar he considerado necesario presentar una visión histórica de la Universidad como institución presente en el desarrollo de la humanidad y también en el caso específico de nuestro país, con el objeto de remarcar la impor-

tancia que ha tenido y tiene hasta la fecha la educación superior universitaria y al mismo tiempo para enmarcar el tema de análisis dentro de dicho contexto, sin el cual, toda opinión que se pueda suscitar podría caer dentro del plano de la subjetividad.

Mucho tiempo ha transcurrido desde el origen de la Universidad como tal en el continente europeo durante los siglos XII -XIII, siendo una de las instituciones con más antigüedad y sin duda alguna la única que ha perdurado durante siglos a lo largo de la historia<sup>1</sup>.

El término *universitas* aludía a cualquier comunidad organizada con cualquier fin, pero es a partir del siglo XII cuando los profesores empiezan a agruparse en defensa de la disciplina escolar, preocupados por la calidad de la enseñanza; del mismo modo empiezan los alumnos a crear comunidades para protegerse del profesorado. Al ir evolucionando acaban naciendo las Universidades<sup>2</sup>.

Es así como en la Edad Media aparecen las dos primeras universidades como producto de dos modelos organizativos distintos, sea a partir de comunidades de estudiantes como de maestros, es el caso de la Universidad de Bolonia que nace en el siglo XI como comunidad o gremio de estudiantes, que contrataban a maestros para les impartieran lo que en ese momento se consideraba una formación básica, las siete artes liberales: gramática, retórica y dialéctica (*trivium*) y aritmética, geometría, astronomía y música (*cuadrivium*); los estudiantes gobernaban las universidades y el rector era un estudiante. Mientras que la Universidad de París nace a mediados del siglo XII pero originada como comunidad o gremio de maestros, estando el gobierno de la *universitas* en manos de los docentes y siendo el rector un maestro.

La evolución de las universidades medievales a las de la edad moderna se debió a las importantes transformaciones sociales, políticas y económicas que se producen a finales del siglo XII que hicieron posible la aparición de un nuevo modelo social, así se crea el campo propicio para llevar a cabo la actividad científica, técnica e investigadora, donde se va dejando atrás el objetivo inicial de formar buenos cristianos y se orienta en cambio a la formación de buenos ciudadanos, preparando al hombre para la acción, así se alcanza el convencimiento de que no basta conocer los textos, sino la realidad, es ahí donde se produce un cambio profundo en la orienta-

<sup>1</sup>Alejandra Hurtado Mazeyra, *Educación Superior Comparada*, Escuela de Postgrado Universidad Católica de Santa María.

<sup>2</sup>Ibidem

ción de la universidad, sustentado en tres aspectos básicos: 1. Finalidad: educar buenos ciudadanos, lo que exige unos contenidos nuevos, más amplios; 2. Saber enciclopédico: los ciudadanos deben estar preparados para actuar; 3. Metodología: de acuerdo a estas nuevas exigencias<sup>3</sup>.

Lo que se inició siendo una educación de élite, reservada para ciertos grupos de poder económico-político, se transformó a raíz del fenómeno de crecimiento de las clases medias y de la búsqueda de la igualdad de oportunidades, la expansión de los sistemas educativos entonces convirtió en el objetivo de las clases medias que a través de la Universidad aspiran a una oportunidad de promoción y movilidad social.

En el Perú el inicio de la Universidad se remonta a la época colonial, con la creación de la primera en América llamada la Real y Pontificia Universidad Mayor de los Reyes, fundada el 2 de mayo de 1551, de origen religioso, su organización, el fundador y los estudiantes pertenecían a una institución religiosa, tanto así que empezó a funcionar en el claustro de Santo Domingo, retirándose posteriormente al de San Marcelo donde recibe el nombre de San Marcos, universidad que dada la época de su fundación no fue ajena a una visión elitista reservada para aquellos con alguna vinculación con el poder político.

Al inaugurarse esta Universidad sus asignaturas iniciales correspondían a las Facultades de Teología y Arte, lo que se condice claramente con su origen religioso, posteriormente durante la época virreinal las facultades fueron cinco, en el periodo Republicano fueron diez y en la actualidad cuenta con 62 carreras, correspondientes a cinco áreas académicas distribuidas en 20 Facultades<sup>4</sup>.

Con posterioridad a la fundación de la Universidad de San Marcos, tuvieron lugar, sucesivamente, la fundación de otras universidades ya no sólo en Lima, sino en distintas ciudades del país, tales como la Universidad San Cristóbal de Huamanga, que fue fundada con la categoría de Real y Pontificia el 3 de julio de 1677 por el ilustre Obispo de la Diócesis de Huamanga, refrendada por el Rey de España Don Carlos II y confirmada por el Papa Inocencio XI mediante Bula Pontificia, después de casi 200 años de funcionamiento fue clausurada en 1886 y reabierta 80 años después con el nombre de Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, por mandato de la Ley 12828 del 24 de abril de 1957. Su accionar

<sup>3</sup>Ibidem

<sup>4</sup><http://www.unmsm.edu.pe/home/inicio/historia>

se da principalmente en los campos agropecuarios, educativos, comerciales artísticos, industriales y culturales<sup>5</sup>.

La Universidad Nacional de Trujillo fue fundada en la época Republicana por el General Simón Bolívar, quien expide el Decreto de Fundación el 10 de mayo de 1824 y su instalación fue el 12 de octubre de 1831<sup>6</sup>.

La Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, respecto de esta universidad se debe tener en cuenta que existen dos periodos históricos claramente diferenciados. En la primera etapa fueron los padres dominicos que lograron que el Rey Felipe V concediera Licencia de Universidad Real y Pontificia "*Intra Claustra*" en el Convento de Santo Domingo, quedando inaugurada solemnemente en 1719, pero luego paralizó sus actividades al no poder el Convento sostenerla. La segunda etapa corresponde a las gestiones y esfuerzos realizados por las instituciones y comunidad toda en los años inmediatos a la proclamación de la independencia política; dicho esfuerzos encontraron eco en el libertador Simón Bolívar quien hizo llegar al entonces prefecto de Arequipa una ordenanza para la constitución de los establecimientos de ciencias y artes, salubridad pública y demás en mérito del cual y con el apoyo en pleno de los miembros de la Academia Lauretana, así como del Gran Mariscal Santa Cruz quien como Presidente del Consejo de Gobierno expidió los decretos más favorables al objeto, con fecha 11 de noviembre de 1828 se efectúa la fundación mediante la cual se declaró instalada la Universidad Nacional del Gran Padre San Agustín del Departamento de Arequipa<sup>7</sup>.

Dentro de las primeras Universidades creadas en nuestro país, no puede dejar de considerarse a la Pontificia Universidad Católica del Perú, la misma que fue fundada el 24 de marzo de 1917, mediante una Resolución Suprema firmada por el Presidente José Pardo y Barreda; sus primeras facultades fueron la de Letras y la de Jurisprudencia, posteriormente se fueron creando nuevas unidades de estudio; al cumplir 25 años de creación recibió el título de "Pontificia" otorgado por el Papa Pío XII<sup>8</sup>.

<sup>5</sup><http://www.unsch.edu.pe/resena/>

<sup>6</sup><http://www.unitru.edu.pe/index/.php/universidad/organizacio/historia-de-la-unt>

<sup>7</sup><http://www.unsa.edu.pe/index.php/la-universidad/reseña-historia>

<sup>8</sup>[http://www.es.wikipedia.orh/wiki/pontificia-universidad-cat%c3%lica-delPer%\\$C3%BA](http://www.es.wikipedia.orh/wiki/pontificia-universidad-cat%c3%lica-delPer%$C3%BA)

Desde la fecha de sus fundaciones estas Universidades hasta los tiempos actuales, han pasado por crisis institucionales, conflictos, convulsiones, marchas y contramarchas, fracasos, éxitos, intervenciones estatales y permanente lucha por su autonomía, todas estas vicisitudes se ven reflejadas en los distintos procesos de reforma universitaria que han tenido lugar en nuestro país, procesos que no han sido ajenos a los que también han tenido lugar en países del continente en procura sobre todo de la autonomía universitaria, el co gobierno, la extensión universitaria, la libertad de cátedra, la inserción de la sociedad y la universidad entre otros que constituyen a la vez los principios de la reforma universitaria.

En el caso del Perú, los intentos de reforma no han sido pocos, tanto por decisiones gubernamentales como por efecto de las revueltas estudiantiles, sin embargo, los antecedentes de la normatividad universitaria se encuentran marcados por criterios verticales y antidemocráticos, lo que ocasionó que la universidad peruana se encuentre en una permanente crisis interna y desadaptación educativa frente a la realidad nacional, en la mayoría de los casos las leyes universitarias fueron el resultado de la injerencia política y de los intereses particulares de determinados grupos de poder, tanto así que bien se puede afirmar que lo que marcó la vida universitaria en los últimos años fue : Politización y mercantilización de la universidad, siendo que el último intento legislativo de reformar y ordenar la Universidad peruana está constituido por la Ley Universitaria 30220 que ha introducido importantes cambios con el propósito de una vez más reformar el sistema de educación superior universitaria, cambios de mayor exigencia y control que en su mayoría no resultaron de pacífica aceptación y que han generado distintas posiciones tanto a favor como en contra, especialmente de las últimas y claro resulta esto lógico si se verifica que provienen de los grupos que hasta antes de esta norma ostentaron poder ilimitado; cada una de ellas dada su trascendencia merecería bien ser objeto de un ensayo o investigación particular, el presente por razones de interés personal, conocimiento y tiempo se avoca a una de ellas, la referida a la edad límite para el ejercicio de la docencia universitaria.

### **Docencia universitaria**

Es innegable el valor e importancia de los profesores como actores protagonistas en la historia de la universidad, nadie podrá dudar entonces que los maestros, docentes, doctores, regentes o bajo cualquier otra denominación con los que se les ha conocido y conoce, constituyen uno de los elementos, sino el más importante de la Universidad, porque sin perju-

cio de la normatividad o del sistema que la regule son finalmente ellos los encargados de ejecutarlas imprimiéndoles el sello personal que determinará el logro de los objetivos del aprendizaje o no.

Es así que a lo largo del tiempo, las características del desempeño del profesor universitario han ido cambiando, pero al mismo tiempo se han dado importantes continuidades. Estos cambios y continuidades no se han dado de una manera lineal, y a veces lo que parecen cambios en realidad son continuidades pero que han saltado ciertas etapas y aparecen después de la misma manera pero con diferentes inversiones, respondiendo a los diferentes contextos históricos<sup>9</sup>.

Pero para poder analizar hoy cuál es el rol que le corresponde al maestro universitario y poder al mismo tiempo analizar objetivamente si el límite de edad impuesto al ejercicio de la docencia en la edad de 70 años es razonable, tenemos que partir de verificar cuál es el contexto en el que se ejerce dicha docencia, y éste no puede ser otro que el de nuestra Constitución.

En efecto, el Tribunal Constitucional al resolver mediante sentencia los expedientes acumulados 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC<sup>10</sup> en el fundamento 25 ha reiterado que como ya ha sostenido en anteriores ocasiones, la educación no es solo un derecho, sino un auténtico servicio público que explica una de las funciones-fines del Estado, cuya ejecución puede operar directamente o a través de terceros (entidades privadas) aunque siempre bajo fiscalización estatal. Resalta igualmente la importancia que la educación representa para la persona, así como las de las condiciones que debe promover el mismo Estado para cumplir con dicha misión de manera efectiva, a la par de eficiente<sup>11</sup>.

Si esto es así, entonces cabe preguntarse cuáles son las características con las cuales debe prestarse ese servicio público, lo mínimo a lo que se puede aspirar es a que éste sea de calidad, un servicio que satisfaga las expectativas actuales acorde con los avances del conocimiento y de la tecnología, esto quiere decir que los docentes universitarios deben encontrarse a ese

<sup>9</sup>Prólogo del libro de María Cristina Parra Sandoval, *Las intimidades de la Academia*, Colección Textos Universitarios Universidad de Zulia, Merida, 2008.

<sup>10</sup>Caso Ley Universitaria, Colegio de Abogados de Lima Norte, Congresistas de la República y 6453 ciudadanos contra el Congreso de la República, de fecha 10 de noviembre del 2015.

<sup>11</sup>STC 04646-2007-PA/TC, p. 25.

nivel de calidad, actualizados, capacitados y aún en proceso de mayor capacitación, para desempeñar con eficacia el rol de ejemplo, facilitador o conductor del proceso de aprendizaje según sea el método o métodos que corresponda aplicar para lograr la obtención de los objetivos de la educación a este nivel que no sólo son suficientes al cubrir el aspecto científico o tecnológico sino principalmente el humanístico de acuerdo con los requerimientos de los tiempos actuales.

En tal medida el docente en general pero el universitario en particular y con un mayor grado de exigencia debe ser titular de las destrezas y técnicas de enseñanzas más actualizadas, debe saber utilizar las estrategias adecuadas, superando la vieja y desfasada clase magistral; debe ser sujeto activo de las innovaciones en las mallas curriculares, en las sumillas y competencias de los cursos en definitiva debe ser notorio protagonista del proceso de aprendizaje y para ello debe contar con las características personales adecuadas.

Es por eso que la propia Ley Universitaria vigente, dentro de los importantes cambios que propone exige también mayores niveles de exigencia académica no sólo a alumnos sino también a las propias universidades y a los docentes, por ello se ha establecido por ejemplo un porcentaje mínimo de docentes a tiempo completo (25%) como condición para operar en el servicio de educación superior universitaria. De esta manera se promueve que exista un cuerpo docente permanente, que desarrolle actividades relacionadas a la investigación, a la asesoría académica, a los alumnos y a la innovación institucional, además dispone que todos los docentes universitarios de pre grado ostenten el grado de Maestro.

Es indudable que estamos en una época de mayores exigencias y retos, frente a las cuales cabe preguntarse si un hombre de 70 años o mayor estará en las condiciones de asumirlos con entusiasmo pero sobre todo con responsabilidad? Más allá de aferrarse a un puesto de trabajo alegando derechos adquiridos? Esta interrogante que viene siendo efectuada y respondida entre los propios docentes, autoridades universitarias, legisladores e incluso Jueces a través de distintos procesos interpuestos para pretender la no aplicación o exigir el cumplimiento del límite de los 70 años, sin embargo debería ser efectuada concediéndole el mayor peso a la respuesta que se obtenga a los alumnos que son los directos destinatarios de la labor del docente, razón de existir de la Universidad y con mayor razón la voz más legítima para opinar sobre el desempeño y la confiabilidad del ejercicio de la docencia por parte de septuagenarios;

Pero también, y con objeto de ser justos, no cabría que esa misma pregunta se la efectúen los propios docentes que

ya han alcanzado esa edad o están por alcanzarla? Acaso ellos mismos no perciben el cansancio natural de los años que los desanima a seguir capacitándose, a seguir el ritmo de los avances tecnológicos o el mismo hecho de que sólo se matriculan en su clase los alumnos resignados que no alcanzaron cupo en las de docentes más jóvenes y capacitados que ostentan más grados académicos y estudios de especialización y que continúan haciéndolo a diferencia de ellos que sienten que ya no están en edad para estudiar y se amparan en sus viejos conocimientos que repiten cual letanías como lo hacen hace ya tantos años.

La oponibilidad de exigencias de calidad educativa cada vez mayores al aspecto humano de tener que decirle automático adiós a un docente ya entrado de años, es fría y trae consigo un inocultable tufo a ingratitud, sin embargo, es preciso analizar si la Constitución y la ley validan este límite impuesto y que ha generado singulares debates pero más que ellos resistencia a su cumplimiento.

#### **Edad límite para la docencia universitaria**

Con la finalidad de una reforma urgente en la calidad educativa de las instituciones universitaria del país, la Ley Universitaria N° 30220 de fecha ocho de julio del 2014 y que entró en vigencia el 10 de julio del mismo año, en el cuarto párrafo del artículo 84 ha establecido:

"...La edad máxima para el ejercicio de la docencia universitaria es setenta años, pasada esta edad sólo podrán ejercer la docencia bajo la condición de docentes extraordinarios y no podrán ocupar cargos administrativos..."<sup>12</sup>.

Esta disposición en realidad no implica una innovación ni una creación de parte del legislador peruano ( para variar) lo único que ha hecho es sumar al Perú a una práctica general que ya existe en varios países, tanto de Europa como de América Latina, en los cuales ya existe fijada desde antes la edad máxima para el ejercicio de la docencia universitaria en las universidades públicas en 70 años, previéndose la excepción del caso de los docentes eméritos y honorarios que pueden ser mayores de la edad establecida.

En efecto, en Alemania la edad límite promedio se encuentra entre los 67 y 70 años, según los Lander; en España está fijada en 70 años; en Francia 65 años, prorrogables a 68; en Italia 70 años; en Argentina 70 años; Brasil 70 años y Uruguay 70 años.

<sup>12</sup>Ley Universitaria 30220, art. 84.



Tampoco resulta innovativo éste límite de edad si tenemos en cuenta que la edad máxima para los docentes de las universidades privadas es también 70 años, salvo pacto en contrario, según el Decreto Legislativo 728, art.21<sup>13</sup>.

En efecto una revisión de la legislación vigente con anterioridad a ésta última ley universitaria, nos permitirá ratificar que en realidad no introduce ninguna novedad ni cambio alguno en el tema materia de análisis, si tenemos en cuenta que : la edad máxima para los docentes universitarios desde la promulgación del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil del Estado, Ley 11377 de 1951 ( art. 35-B) ha sido 70 años, lo que continuó en el Decreto Legislativo 276 de 1984 (art. 35.a ) leyes que comprendían a los docentes de las universidades públicas como empleados del Estado. A mayor abundamiento, la Ley del Servicio Civil núm. 30057, de julio del 2013, dispone que los docentes de las universidades públicas se rigen por la Ley Universitaria núm. 23733, cuyo artículo 52-g disponía que los profesores ordinario tienen derecho a "los derechos y beneficios del servidor público" y si esto es así, también les eran aplicadas las obligaciones, requisitos y límites de los mismos.

Este mandato en particular al formar parte de una ley que se encuentra vigente es obligatorio desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano con fecha nueve de julio del dos mil catorce, conforme al texto que no se ha modificado, ni postergado su entrada en vigencia, ni ha sido dejado sin efecto por el legislador, no estando sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares dada la claridad de su contenido, manteniendo en consecuencia su plena vigencia, de conformidad con el artículo 109 de la Constitución Política<sup>14</sup>.

En consecuencia, el mandato contenido en el artículo 84 de la actual Ley Universitaria debe aplicarse a los profesores universitarios ordinarios que cesan al cumplir 70 años, disposición que se aplica a quienes lleguen a esa edad en el futuro y a quienes ya la hayan alcanzado, su aplicación se sustenta en el artículo 41 de la Constitución que dispone. "la ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de inhabilitación para la función pública". Los docentes de las universidades públicas ejercen función pública y son empleados públicos y si una ley específica para su caso dispone su cese a dicha edad, el despido por dicha causal no será arbitrario.

<sup>13</sup>D. Ley 728.

<sup>14</sup>Constitución Política del Perú.

Al respecto el Tribunal Constitucional ya ha efectuado pronunciamiento y valoración, mediante la Sentencia emitida en los expedientes acumulados 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 007-2015-PI/TC en virtud de la cual declaró Infundadas las demandas de inconstitucionalidad de la Ley núm. 30220.

Dentro de la línea argumentativa expuesta por el Tribunal, al pronunciarse en particular respecto del límite de edad para la docencia universitaria, es conveniente citar los principales fundamentos invocados para ratificar la constitucionalidad de esta disposición:

En el fundamento 133 el Tribunal Constitucional ratifica que la Ley núm. 30220 corresponde ser analizada en base a la teoría de los hechos cumplidos y no mediante la teoría de los derechos adquiridos<sup>15</sup>.

En los fundamentos 252 y 257 manifiesta que legalmente puede fijarse el límite de edad máxima para el ejercicio de la docencia universitaria<sup>16</sup>.

En los fundamentos 253 y 255 el Tribunal Constitucional justifica el límite de edad máxima para el ejercicio de la docencia universitaria ordinaria porque favorece el derecho de acceso a la función pública de nuevos cuadros, así como la movilidad y ascenso de los profesores ordinarios<sup>17</sup>.

En los fundamentos 256 y 259 el Tribunal Constitucional establece que el límite legal máximo de 70 años de edad está referido al ejercicio de la docencia universitaria ordinaria, permitiéndose excepcionalmente que pasada esa edad se continúe con el ejercicio de la docencia universitaria únicamente como docente extraordinario bajo los requisitos legales exigidos por el inciso 2) del artículo 80 de la propia ley<sup>18</sup>.

Si esto es así, queda claro que desde un punto de vista legal y constitucional, la disposición de límite de edad para el ejercicio de la docencia universitaria es inobjetable y en consecuencia de obligatorio cumplimiento.

### Debate

Las razones que podrían sustentar una disposición como la que nos ocupa por lógica podrían ser: a) cierta decadencia en la exposición de las clases y en la investigación a partir de los 70

<sup>15</sup>Sentencia Caso Ley Universitaria, Colegio de Abogados de Lima y otros, 10 de noviembre del 2015.

<sup>16</sup>Ibidem.

<sup>17</sup>Ibidem.

<sup>18</sup>Ibidem.

años, lo que no del todo es cierto porque ello se puede presentar inclusive antes e incluso en docentes jóvenes que carecen del manejo de métodos de enseñanza y no llegan a transmitir conocimiento ni menos estimulan que el alumno lo construya o experimente; b) permitir el acceso de los docentes de edad menor a la máxima a los niveles más elevados ocupados por docentes que cumplen la edad máxima; esto es bueno porque permite un mayor dinamismo al interior de la universidad, donde ya las personas no se eternizaran en los cargos ni menos se consideraran dueños de determinados cursos como actualmente ocurre; permitiendo la renovación de ideas y el compromiso con nuevos retos que por lo general son características de la juventud y no ya de la gente mayor que más tiende a conservar un estado de cosas como siempre fue sin asumir riesgos; c) promover una renovación en la enseñanza y la investigación, partiendo de la consideración de que es más probable que sea aportada por docentes más jóvenes. Esto es totalmente cierto, por experiencia personal, en un proceso de acreditación de una facultad, salvo la excepción justamente del Presidente de la Comisión de Acreditación que es mayor de 70 años, el resto ni se aparecieron a alguna de las sesiones de trabajo menos a las plenarios, porque sencillamente el tema les era totalmente ajeno, extraño y quienes si asumieron las obligaciones de reforma de sumillas, competencias etc. ( bastante pesado ) fueron los docentes por debajo de esa edad límite.

Como vemos estos fundamentos no son absolutos, pero en todo caso surgen de comprobaciones estadísticas de la realidad que todos los que somos parte de la vida universitaria, sea como docentes, alumnos o en ambas posiciones, caso de los docentes que siguen estudios de post grado o de especialización, conocemos a la perfección.

En líneas precedentes hemos establecido que ésta edad límite para la docencia universitaria de novedad no tiene nada, ya con anterioridad se encontraba normada, lo que pasa es que antes de ella el cese obligatorio de los docentes de las universidades públicas al llegar a los 70 años se cumplía regularmente, esta situación cambio cuando un docente se negó e interpuso una, entonces así denominada, acción de Amparo para seguir enseñando, el Tribunal de aquel entonces le dio la razón sin fundamentarla en ninguna disposición constitucional y valiéndose de una falacia, pero la razón principal fue que de los cuatro magistrados que resolvieron dos eran docentes de universidades públicas y habían pasado los 70 años. Como consecuencia de ello y de otras sentencias que siguieron cómodamente la misma línea y basándose en ellas ningún docente en adelante fue cesado al cumplir la referida edad, creándose un grave problema de eternización en cargos

y cátedras de docentes que impedía el ascenso y acceso de nuevos cuadros y de profesionales con mayores merecimientos académicos y profesionales, con las consecuencias harto conocidas en la realidad de las universidades públicas del país.

La sentencia del entonces Tribunal Constitucional es la correspondiente al Expediente 594-99-AA/TC, el Peruano 16-6-2000, cuyo fundamento principal para darle la razón al accionante que se resistió a cesar a los 70 años fue que si bien es cierto el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa en su artículo 35, inciso a) concordante con el artículo 186 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM que era el reglamento de la citada ley, establecía el cese de un servidor público a los 70 años de edad, sin embargo dicha disposición no era aplicable a los docentes universitarios, porque a ellos sólo se les aplicaba los derechos y beneficios de los servidores públicos sujetos al Decreto Legislativo 276, no los demás requisitos u obligaciones, por lo que no correspondía cesar unilateralmente al demandante por el solo hecho de haber alcanzado la edad de 70 años<sup>19</sup>.

Esta línea argumentativa no podría eximir de mayor comentario, sin embargo cabe precisar que si correspondía el cese al amparo del artículo 27 de la Constitución en el sentido que dispone "la ley concede al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario" esta protección para efectos de la Ley Universitaria sólo estaba vigente por elemental lógica hasta los 70 años, después no.

Otro tema discutible, aunque ya zanjado por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, a pesar de lo cual es alegado aún por determinadas Universidades que se resisten a dar cumplimiento a esta disposición es el referido a que el límite de edad así como las demás disposiciones de la Ley Universitaria vigente no resultan aplicables a los docentes que ingresaron a la carrera docente universitaria al amparo de la Ley 23733 y que en consecuencia la nueva ley debe ser aplicada sólo a quienes ingresen a la docencia bajo su vigencia, al respecto además de que el Tribunal Constitucional ya precisó que la interpretación de la Ley 30220 debe efectuarse a la luz de la teoría de los Hechos cumplidos, no de los derechos adquiridos, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil que establece: "La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes" y además que ya con anterioridad el artículo 103 de la Constitución fue modificado en el sentido siguiente "La ley desde su entrada en vigencia se

<sup>19</sup>Sentencia Exp. 594-99-AA/TC, 16-06, 2000.

aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes".

Analizar las razones médicas y psicológicas en las que también seguramente se apoya esta disposición y evaluar si un docente de 70 años o más se encuentra en aptitudes psicológicas y físicas de desempeñar óptimamente sus tareas debido a que es sabido que las funciones sensoriales disminuyen paulatinamente en cierto grado, pero que lo mismo no sucede exactamente con las funciones cognitivas las cuales se mantienen en gran medida, pero que también pueden disminuir ligeramente y en otros casos se incrementan debido al conocimiento acumulado, experiencia especializada, productividad profesional y sabiduría, es un campo al que prefiero no ingresar porque justamente no es el mío, sin embargo de la experiencia de la realidad, todos somos testigos de cómo los procesos de envejecimiento y sus consecuencias no son los mismos en todas las personas, existen algunas de brillantez de mente pero deterioro grave de sus facultades físicas o al revés, como aquellos casos de excepción en que conservan ambas a la perfección a diferencia de personas aún más jóvenes que se encuentran en total incapacidad tanto física como psicológica o por lo menos disminuidos notoriamente de las mismas.

### Conclusiones

Como consecuencia del presente trabajo podemos proponer las siguientes conclusiones:

1 El límite de edad para el ejercicio de la docencia universitaria, establecido por la Ley N°30220, en su artículo 84, no es arbitrario, ya que se encuentra con arreglo a ley y a la Constitución, en consecuencia no es violatorio de derecho fundamental alguno, pues estos al no ser absolutos están sujetos a límites tanto internos como externos, constituyendo justamente esta disposición un límite impuesto en armonía con el interés social común que prima sobre el interés particular.

2 No existe discriminación alguna, porque la citada ley no ha establecido régimen de excepción o dispensa alguna dentro del sistema de educación superior universitaria pública, a favor de algún grupo o universidad en evidente perjuicio de otro u otros, en consecuencia sólo pudiéndose invocar trato igual entre los iguales y siendo esta norma exigible para su aplicación dentro de todas las universidades públicas del país el derecho a la igualdad no se encuentra violentado.

3 La aplicación de la edad límite para la docencia universitaria es obligatoria desde la publicación de la Ley, y no se

encuentra sujeta a interpretaciones complejas o dispares, aplicación que se sujeta a la teoría de los hechos cumplidos.

4 No existe afectación al derecho al trabajo, en su contenido constitucionalmente relevante, pues habiendo previsto la propia Ley Universitaria, la continuidad de su labor docente, bajo las condiciones y exigencias de Docentes Extraordinarios, toda esa experiencia acumulada y sabiduría que se alega es desestimada e ignorada con esta disposición los habilitarán para ocupar dichos cargos y el no poder acceder a dicha categoría será la confirmación de que sus calidades no eran suficientes para las exigencias actuales de calidad en la enseñanza superior universitaria.

5 Una visión comparada de la normatividad internacional sobre el límite de edad para el ejercicio de la docencia universitaria nos ratifica la casi total uniformidad en la fijación de los 70 años para el cese de los docentes universitarios.

6 Más allá de la validez legal o constitucional de la norma que fija el cese por razón de edad y su consecuente obligatoriedad de cumplimiento, consideramos que éste es un tema de ética y dignidad, ámbitos dentro de los cuales, los docentes próximos a cumplir los setenta años, que ya los cumplieron o que tienen más edad deben preguntarse si se encuentran verdaderamente en condiciones físicas adecuadas para seguir ejerciendo la docencia, si conservan sus condiciones psicológicas cognitivas, emocionales, motivacionales; si se encuentran capacitados para enseñar en una sociedad con la tecnología del siglo XXI con estudiantes con requerimientos y exigencias propios de ésta época o si es momento de retirarse para dar paso a nuevas generaciones mejores preparadas y actualizadas. En resumen me refiero a un autoexamen y consciente de su situación como persona en una etapa de la adultez avanzada. La respuesta no es necesario que se la dé una Ley, como tampoco es digno esperar que una sentencia de Acción de Cumplimiento le obligue a retirarse.

Pienso que la verdadera sabiduría de un hombre es ser consciente de sus limitaciones.

### Bibliografía

Constitución Política del Perú.

Código Civil Peruano.

Antón Gil, *Académicos: un botón de muestra*, UNAM, México, 1992.

Alejandra Hurtado Mazeyra, *Educación Superior Comparada*, Escuela de Post Grado, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú.

María Cristina Parra Sandoval, *Las Intimidaciones de la Academia*, Colección Textos Universitarios, Universidad de Zulia, Mérida, 2008.

Rodríguez Cruz, *La Universidad en la América Hispánica*, Edit. Mapfre, Madrid, 1992.

Ley Universitaria núm. 30220, Texto Diario Oficial El Peruano, 09 de julio del 2014.

STC 594-99-AA/TC, Diario Oficial El Peruano, 16.06.2000

STC 04646-2007-PA/TC, f.25

Sentencia Tribunal Constitucional de fecha 10 de noviembre del 2015, caso Ley Universitaria, Demandas de Inconstitucionalidad Colegio de Abogados de Lima, Colegio de Abogados de Lima Norte, Congresistas de la República y 6453 ciudadanos contra Congreso de la República.

[http:// www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)

[http:// www.unmsm.edu.per/home/inicio/historia](http://www.unmsm.edu.per/home/inicio/historia)

[http:// unsch.edu.pe/reseña](http://unsch.edu.pe/reseña)

<http://www.unitru.edu.pe/index.php/universidad/organización/historia-de-la-unt>

[http:// www.unsa.edu.pe/index.php/la-universidad/reseña-histórica](http://www.unsa.edu.pe/index.php/la-universidad/reseña-histórica)

<http://es.wikipedia.org/wiki/Pontificia-universidad-cat%C3%BAlica-del-Per%C3%BA>.

**LA REALIDAD DE LAS CARCELES Y POSIBLES  
METODOS ALTERNATIVOS A LA PENA PRIVATIVA  
DE LIBERTAD PARA LA EJECUCION  
DE SENTENCIAS EN EL PERU**

Manuel Armaza Armaza

**Resumen** En el presente artículo, se abordará el tema de la verdadera cara de los establecimientos penitenciarios, la eficacia o ineficacia de la aplicación de la pena privativa de libertad en relación a la resocialización del reo, así como los posibles métodos alternativos a la aplicación de la misma.

Es necesario tener en cuenta que precisamente el régimen penitenciario tiene por objeto según la Constitución Política del Perú, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad, lo cual, como veremos a continuación, no se realiza.

**Abstract** In this paper we will study the current situation of penitentiary centers, the effectiveness or ineffectiveness of the application of prison sentences in relation to the rehabilitation of the convicted person, as well as some of the possible alternative methods to the application of such criminal sanction.

It is necessary to take into account that, precisely, penitentiary system has as a main objective, according to the Peruvian Political Constitution, the re-education, rehabilitation and reincorporation of the inmate to the society. As we will see, the aforementioned goal is not carried out.

**Palabras clave** Derechos humanos. Pena privativa de libertad. Resocialización. Cárceles. Alternativas.

**Key words** Human rights. Imprisonment. Resocialization. Jail. Alternatives.



Sumario I. La realidad de las cárceles en el Perú II. Eficacia de la pena privativa de libertad III. Medidas Alternativas IV. Conclusiones V. Bibliografía.

### **I. La realidad de las cárceles en el Peru**

El sistema carcelario en el Perú, es quizás uno de los mas inhumanos a nivel mundial, por ello es que se requiere un análisis exhaustivo acerca de su eficiencia para poder verificar si cumple o no con los fines establecidos en el art. 139 inc. 22 de nuestra carta magna, mismos que son de reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad; precisamente, uno de los medios utilizados por el legislador para lograr dicha rehabilitación es la denominada pena privativa de libertad, misma que debe ser cumplida dentro de un establecimiento penitenciario.

El cumplimiento de dicha condena, implica que el reo tenga que vivir el resto de su sentencia en un lugar no apto, en condiciones infrahumanas, además de encontrarse totalmente aislado de su familia, debiendo hacer mención también de la cálida bienvenida a la que es sometido durante los primeros días de su internamiento, a partir de allí, es cuando empieza la degradación como ser humano de cada reo, todo ello a través de tratos vejatorios e inhumanos producidos por los propios internos y también por los guardias de seguridad del establecimiento penitenciario, haciendo así, imposible la rehabilitación del interno desde el primer día

La realidad antes descrita, resume lo que ocurre con un sentenciado a una pena privativa de libertad, pero resulta aun mas preocupante que esa misma situación se repita con un reo sin condena (específicamente los internos recluidos a consecuencia de dictarse una medida de prisión preventiva), mismo que a pesar de vulnerarse el principio de presunción de inocencia, son recluidos a pedido de un Representante del Ministerio Publico por largos periodos de tiempo para posteriormente ser o no declarados inocentes, es decir deben éstos esperar sentencia dentro de un penal, siendo víctimas de todos los abusos antes narrados.

### **II. Eficacia de la pena privativa de libertad**

Como ya se mencionó líneas arriba y por los motivos expuestos es que la rehabilitación en una cárcel —por lo menos en una latinoamericana— resulta imposible

En nuestras universidades, donde los alumnos aun se encuentran en la etapa de formación, la mayoría de docentes del área penal, criminología y penitenciario, se preocupan en calificar a los reos como sujetos sin derechos, inspirando así el odio y la posterior estigmatización del interno para que éste

cuando por fin salga libre ya sea siendo declarado culpable o inocente, sufra señalamientos por parte de la sociedad.

Pasando a evaluar específicamente la eficacia de la pena privativa de libertad, es necesario cuestionar la misma, debido a que las condiciones infra humanas en las que los internos viven y al ser pupilos de delincuentes prontuariados, su rehabilitación resulta completamente irrealizable, siendo el establecimiento penitenciario una verdadera escuela del crimen causando daño no solo a la persona recluida sino a toda su familia; así también lo indica la Opinión Técnica Consultiva *ex officio* No. 006/2013, dirigida a los Estados de la región de América Latina "La privación de libertad altera las relaciones y debilita la cohesión social, ya que el mantenimiento de dicha cohesión se basa en relaciones de largo plazo. Cuando un miembro de una familia es encarcelado, la ruptura de la estructura familiar afecta a las relaciones entre los cónyuges, así como entre padres e hijos, remodelando la estructura de las familias y de las comunidades a las cuales pertenecen. Además, el encarcelamiento masivo produce una profunda transformación social en las familias y en las comunidades."<sup>1</sup>

### III. Medidas alternativas

Existen diversas formas mediante las cuales se podría sustituir una pena privativa de libertad sin afectar el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria y lo más importante, sin afectar la dignidad de la persona procesada.

En primer lugar, los magistrados podrían dar más uso a la denominada "Caución" y así evitar recluir al imputado en un establecimiento penitenciario; en el caso que la persona sometida a un proceso penal, no tenga los medios económicos para poder asumir el pago de la caución antes mencionada, se podría hacer uso de una "libertad vigilada" a través de brazaletes electrónicos implementados con GPS para así poder controlar al sentenciado satelitalmente; de la misma forma, podría utilizarse el denominado "arresto diverso a prisión" el cual consiste en "la obligación del reo de pasar el fin de semana recluido en la institución penitenciaria. Generalmente se aprovechan las celdas que quedan libres por los reclusos

<sup>1</sup>Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe-UNODC ROPAN; Equipo de Justicia Criminal y Reforma Penitenciaria, *Reforma penitenciaria y medidas alternativas al encarcelamiento en el contexto Latinoamericano, Opinión Técnica Consultiva ex officio N°. 006/2013, dirigida a los Estados de la región de América Latina*, Redactada en español en la sede de la Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe en Panamá (UNODC ROPAN), el 27 de agosto de 2013.p. 13.

que, en fase preliberacional, van los fines de semana a su casa. Esta modalidad evita los principales defectos de la prisión, permitiendo además el tratamiento y control del delincuente e impidiendo la pérdida del trabajo, la disolución de la familia, la estigmatización, la prisionalización, etc."<sup>2</sup>, por último, podría utilizarse la "despenalización", misma que consiste en la sustitución de la pena privativa de libertad por otro tipo de sanción de naturaleza no penal<sup>3</sup>.

#### IV. Conclusiones

La deshumanización a la cual son sometidos los reos dentro de un establecimiento penitenciario hace que el fin de la resocialización establecido en nuestra Constitución sea casi imposible de conseguir ya que estando en aquel lugar es donde aprenden a delinquir con mas brutalidad.

Las barbaries cometidas por los mismos internos y por los propios guardias de seguridad, ocasionan que el establecimiento penitenciario se vuelva un autentico averno; no debemos permitir que dichos lugares se asemejen a Gitarama (Ruanda) o Bang Kwang (Tailandia), lugares donde es poco probable que un reo salga con vida.

Es necesario realizar un estudio profundo sobre la efectividad de la imposición de una pena privativa de libertad y ponderar si es mejor que el reo sea una carga para el estado o hacer de éste una persona útil a la sociedad, dejando de lado los populismos utilizados por algunos políticos quienes se en lugar de tomar interés en los derechos humanos, se preocupan mucho mas en implementar la pena capital o la creación de nuevas cárceles a alturas elevadas poniendo así en riesgo la integridad de los internos.

#### V. Bibliografía

Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe-UNODC ROPAN; Equipo de Justicia Criminal y Reforma Penitenciaria, *Reforma penitenciaria y medidas alternativas al encarcelamiento en el contexto Latinoamericano, Opinión Técnica Consultiva ex officio núm. 006/2013, dirigida a los Estados de la región de América Latina*, Redactada en español en la sede de la

<sup>2</sup> Carranza, Elias/ Houed, Mario/ Liverpool J.O, Nicholas/ Mora, P. Luis/ Rodríguez Manzanera, Luis *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1992, ISBN 950-14-0630-X. p. 52.

<sup>3</sup>Solares, Orlando, *Criminología*, primera edición, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1986, p. 313.

La realidad de las cárceles y posibles métodos alternativos a la pena...

Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe en Panamá (UNODC ROPAN), el 27 de agosto de 2013.

Elias Carranza/Mario Houed/Nicholas Liverpool J.O/ P. Luis Mora/Luis Rodríguez Manzanera, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, ISBN 950-14-0630-X.

Solares, Orlando, *Criminología*, Primera Edición, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1986.

## APROXIMACIONES GENERALES RESPECTO A LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADOS

Patricio Fajardo Passano

**Resumen** El presente artículo pretende abordar la problemática doctrinal generada respecto de la teoría de las obligaciones de medios y de resultados, incidiendo en las posiciones a favor y en contra que actualmente existen y la posición de la doctrina nacional.

**Abstract** This article is intended to address the doctrinal problems generated with regard to the theory of obligations of means and results, focusing on positions in favor and against that currently exist and the position of the national doctrine.

**Palabra clave** Obligaciones.

**Key word** Obligation.

**Sumario** Antecedentes. Importancia de la teoría de las obligaciones de medios y de resultados. Obligaciones de medios. Obligaciones de resultados. Crítica a la distinción. Posiciones a favor de la distinción. Posiciones en contra de la distinción. Posición de la doctrina nacional. Aspectos vinculados a las obligaciones de medios y de resultados.

### Antecedentes

Se considera que la persona que elaboró y desarrolló la teoría respecto de las obligaciones de medios y de resultado fue el francés René Demogue en su obra de 1925 titulada *Traite de Obligations*.

En su formulación original, esta teoría tuvo las siguientes características:

- a. Fue una diferenciación realizada con carácter doctrinario.
- b. Posteriormente, su finalidad se extendió a un aspecto académico.
- c. Su aplicación trascendió a los contratos.

d. La regla general eran las obligaciones de resultado, siendo la excepción las obligaciones de medios.

Una segunda etapa en la conceptualización de las obligaciones de medios y de resultados se genera en el año 1935 cuando Henri Mazeud y André Tunc, indicaron que la denominación adecuada a la obligación de resultados era la de "obligación determinada" y respecto de la obligación de medios, era la de "obligaciones generales de prudencia y de diligencia". Además, indicaron:

a. La aplicación de la diferenciación se aplica a las obligaciones de dar, hacer y no hacer.

b. Resultan de aplicación en la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

c. Las obligaciones de resultado producen una presunción de culpa.

d. Siempre que exista un resultado hay una diligencia involucrada para obtenerlo.

Una tercera etapa respecto a esta teoría está vinculada al Dr. Alberto Bueres, quien indicó:

a. El objeto de toda obligación es un plan o conducta del acreedor para satisfacer el interés del acreedor.

b. El interés forma parte del objeto de la obligación puesto que la obligación es siempre un cauce de fines, un instrumento de cooperación social. En los deberes de medios, el interés definitivo perseguido es aleatorio, de donde el deudor cumple con la aportación del esfuerzo o actividad debida.

c. En las obligaciones de resultado se persigue un fin preciso y determinado, no hay posibilidad de eximirse mostrando la falta de la culpa, existe una imputación objetiva, con la sola exigente del caso fortuito.

d. En las obligaciones de medios se presupone una imputación subjetiva, con la exigente de falta de culpa.

### **Importancia de la teoría de obligaciones de medios y de resultados**

Según Olenka Woolcott Oyaque, la importancia de la distinción radica en:

1. Objeto de la obligación. Entendemos que el objeto de cada obligación es diferente, así en la obligación de medios el objeto es la conducta diligente y prudente del obligado, mientras que en una obligación de resultado el objeto es una conducta tendiente a obtener un resultado y ese resultado es el que necesariamente se debe obtener.

2. Determinación de los elementos del hecho del incumplimiento. Jordano Fraga señala que la relevancia de la distinción se coloca en el plano del cumplimiento, de esta manera la realización de la conducta diligente basta para que

la obligación de medios se considere cumplida aunque el interés primario, objeto de la obligación, no se realice.

3. La carga de la prueba. Cuando se trate de obligaciones de resultado el deudor tiene la carga de probar, ya sea que el resultado prometido se logró o, en su caso, que un obstáculo de fuerza mayor impidió conseguirlo. Contrariamente en las obligaciones de medios, el acreedor debe cargar con la prueba de la culpa del deudor.

### Obligaciones de medios

Definición. Es aquella obligación que solo impone aptitud o idoneidad para adoptar y complementar, con empeño y dedicación, aquellas diligencias o medidas que habitualmente conducen a un resultado, pero sin asegurarse la obtención del mismo.

Carlos López Fernández indica que en las obligaciones de medios, el deudor cumple actuando con la diligencia media que es la que normalmente requiere la ley (la diligencia del buen padre de familia) aun cuando no alcance con cumplir la prestación.

### Obligaciones de resultado

Definición. Es aquella obligación que pretende un resultado concreto. En esta obligación no basta que el deudor despliegue la actividad diligente encaminada al logro del resultado, sino que debe de obtener este último.

Asimismo, Carlos López Fernández indica que en estas obligaciones se requiere que el deudor obtenga el resultado perseguido para que se considere satisfecho el interés del acreedor, sin que el deudor pueda exonerarse de responsabilidad, al no lograrlo, probando que actuó con toda la diligencia del buen padre de familia; es decir, que no puede exonerarse de responsabilidad probando su ausencia de culpa.

### Crítica a la distinción

Desde la elaboración de la teoría de las obligaciones de medios y de resultados han surgido distintas posiciones de la doctrina. Tenemos así:

#### Posiciones a favor de la distinción

1. Massimo Franzoni señala que la distinción puede ser mantenida con utilidad si se emplea la categoría de las obligaciones de medios para la determinación del contenido de las prestaciones efectivamente comprometidas, es decir, a las que se encuentra obligado el deudor.

2. Alsina Atienza sostiene que la clasificación cobra vigencia cuando nos encontramos ante un mal cumplimiento del deber de cargo del deudor, entonces cabe afirmar que cuando la obligación es de medios el acreedor deberá demostrar que la

conducta del deudor no se ajustó a lo pactado, por cuanto si la obligación es de resultado únicamente interesará la prueba de obtención del mismo.

3. Alberto Bueres indica que toda obligación en general tiene por objeto un plan, un proyecto, o programa de prestación. Considera como programa de prestación a la programación ideal de un acontecimiento que se aspira sea realidad en lo posterior, esto es, el plan o proyecto de una conducta futura del deudor con miras a dar satisfacción a un interés definitivo o fin último del acreedor. El interés definitivo es la parte integrante de la obligación prestación y es de suma importancia en el objeto de la obligación. De esta forma, Bueres considera que en las obligaciones de medios, el interés definitivo es aleatorio donde el deudor cumple la obligación poniendo el esfuerzo debido, satisfaciéndose un interés primario; debemos de precisar que según este criterio el interés definitivo o fin último integra el objeto de la obligación de medios. Contrariamente en las obligaciones de resultado, la conducta diligente y prudente del deudor no interesa porque la obligación únicamente estará cumplida cuando se satisfaga en interés último o definitivo.

#### **Posiciones en contra de la distinción**

1. Osti, el crítico más asiduo de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, indica que en toda obligación debe de existir un resultado útil incluso cuando la prestación consista en una mera actividad, porque si bien se pueden distinguir las prestaciones dependiendo de si ellas consisten en una actividad del deudor, o bien, en la efectiva actuación de un fin determinado, la obligación siempre tiene por objeto un resultado, consistente en un aporte de utilidad, aun cuando dicho aporte consista en una mera actividad.

2. Guillermo Borda sostiene que toda obligación implica un resultado a obtener, y medios apropiados para procurarlo, considerando inaceptable el distingo cuando de ella se pretende hacer la base sobre la cual recaerá la problemática del onus probandi.

3. Luis Lorenzetti afirma que la clasificación entre obligaciones de medios y de resultados se trataría solo de interés de un sector de la doctrina que, tiende a proteger a los profesionales con total ilicitud axiológica, ya que la existencia de incumplimiento contractual genera una presunción de culpa y esta clasificación se utilizaría para invertir la carga de la prueba que es la regla en el incumplimiento obligacional.

#### **Posición de la doctrina nacional**

Entre las pocas opiniones que se han vertido en nuestro país encontramos a:

1. Mario Castillo Freyre y Felipe Osterling Parodi, quienes cuestionan uno a unos los 28 supuestos que Demogue



clasificó como obligaciones de medios, concluyendo que tal distinción es artificiosa, pues toda obligación implica necesariamente la existencia de un objeto denominado prestación, la misma que el deudor va a tener que ejecutar a favor del acreedor; y esa prestación tendrá que ser de dar, hacer o no hacer.

2. Asimismo, señalan que "...si se aceptaran las diferencias esbozadas por un sector de la doctrina entre obligaciones de medios y de resultados, ello afectaría considerablemente el tema probatorio en caso de inejecución de obligaciones". Por ello, la prueba debe efectuarse únicamente de acuerdo con lo prescrito en el Código Civil Peruano de 1984, vale decir, que se regirá por lo dispuesto en los arts. 1329: "Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor"; 1330: "La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"; y el 1331: "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

3. Enrique Varsi Rospligiosi, para quien la obligación puede ser (como normalmente sucede) de medios, conlleva por ejemplo el compromiso del médico de atender al paciente logrando su recuperación aunque dicho resultado no pueda ser asegurado, o de resultados logrando de una manera directa y efectiva una mejora o acondicionamiento de la salud, obligación que le es atribuida, según él, a laboratoristas de análisis, intervenciones quirúrgicas simples y cirugía plástica. De allí que al ser una obligación de medios, la responsabilidad del médico es una responsabilidad subjetiva, es decir debe probarse la culpa, la negligencia o la impericia del galeno para poder establecer el grado de responsabilidad y la consecuente indemnización del caso.

4. Walter Gutiérrez Camacho, señala que la diferencia entre ambas clases de obligaciones, es a veces, muy difícil de distinguir, pues las partes pueden acordar que la obligación sea de resultados, a pesar que esta sea de medios; por ende lo que primará será la voluntad de las partes, de tal forma que las partes se puedan comprometer a la obtención de un resultado y no a una mera actividad diligente. Señala asimismo que en cierto modo todas las obligaciones son de resultados, pues el acreedor siempre persigue algo con el cumplimiento de dicha obligación. El autor refiere a Emilio Alterini de la forma siguiente: "la diferencia entre las obligaciones de medios y de resultados no es ontológica, pues estos "medios" constituyen en sí mismos "resultados" pero siendo el objeto de la obligación distinto en ambos casos: en las obligaciones de medios el acreedor tiene la expectativa de obtener algo en concreto, en tanto que en la de medios sólo aspira a cierta actividad del deudor que no le ha prometido concretamente nada, sino que el deber se agota con la actividad misma"

5. Luciano Barchi Veloachaga defensor contemporáneo de la distinción señala que la posición de Osterling Parodi-Castillo Freyre coincide con la de Wayar, cuando señala que resultado y medios son dos elementos ligados dentro de la estructura de una relación obligatoria, de esta forma la conducta (medios) siempre persigue un resultado. A este efecto, señala Barchi que los defensores de la distinción en ningún momento han negado que a través de la conducta (medios) se persigue siempre un resultado; al contrario, lo que se ha señalado es que en las obligaciones de medios el resultado no está in obligatione (no se puede imponer al deudor la obtención de un resultado que ni la ciencia ni la técnica del momento estuviesen en momento de asegurar). Por tanto, el resultado efectivamente comprometido depende de la posibilidad concreta de conseguirlo.

6. Olenka Woolcott Oyague no se encuentra de acuerdo con la mencionada distinción, pues de aceptarla encasillaría desde un inicio las relaciones obligatorias de uno u otro tipo, con los consiguientes efectos al momento de efectuar el juicio de responsabilidades.

Asimismo, se estaría contraviniendo lo que los hechos demuestran, es decir, que el profesional en el despliegue de su prestación ejecuta un conjunto de "mini resultado" y que tal división contraviene "la teoría unitaria de la obligación" que señala que en toda relación obligatoria hay medios para alcanzar un resultado, de donde se concluye que la clasificación cuestionada es inoperante para determinar el débito profesional. Se debe entonces, entender por el débito profesional: "la conducta de cooperación que se concreta en el despliegue de todos los actos necesarios así como el empleo en el despliegue de todos los actos necesarios así como el empleo de conocimiento conforme al estado actual de la conciencia y de la diligencia requerida, para producir un cierto efecto socialmente apreciable y deseado por el acreedor, llamado satisfacción del interés típico de la relación obligatoria". De esta forma, Woolcott nos presenta lo que según ella es el objeto del débito y del correlativo crédito de la prestación profesional, entonces, introduce el concepto de resultado debido, es decir el resultado del trabajo, es decir la satisfacción del interés creditorio (interés propio del tipo de relación constituida) que no es el interés final del acreedor, el cual si se tratara de asegurar, tendría que realizarse vía pacto adicional.

7. Gastón Fernández Cruz, sostiene que el gran problema entre las obligaciones de medios y de resultado, radica en la confusión que existe entre conducta de prestación y conducta de protección de la obligación.

Debemos entender por ello como conducta de prestación, a aquella que le es exigida al deudor como modo de cumplimiento, en donde siempre deberá de finalizar en la consecución de un resultado esperado por el acreedor; y

conducta de protección, a aquella que es entendida como el esfuerzo exigido al deudor para superar obstáculos al cumplimiento, que no es sino la conducta de colaboración y de diligencia exigidos al deudor como deberes accesorios al deber central.

No existe entonces, una obligación de medios ni otras de resultados, sino un diverso grado de colaboración exigido por el tipo de objeto o resultado involucrado en el deber central. Así, en las obligaciones de medios, el grado de colaboración exigido gira en torno a la propia conducta del deudor a quien se le exige un grado de diligencia tal que vigile el desenvolvimiento de su propia conducta del deudor a quien se le exige un grado de diligencia tal que vigile el desenvolvimiento de su propia conducta. Proponiendo un ejemplo, tenemos el caso de una cirugía en la cual el paciente no espera la cura de su enfermedad, sino que el médico mejore sus posibilidades de salvamento, lo cual constituye un resultado, al margen que pueda producirse la cura de la enfermedad. La diligencia exigida al médico será que vigile la forma como opera y de ser producida la muerte del paciente no significará que se incumplió la obligación, sino que se producirá una presunción de incumplimiento, de esta forma el deudor médico (quien cuenta con los conocimientos científicos necesarios) podrá probar que operó con la diligencia debida. De esta forma "la denominada prueba de ausencia de culpa, no es sino una prueba de diligencia, que en cierto tipo de obligación representa una prueba del cumplimiento de la obligación".

En cambio, en las llamadas obligaciones de resultados, la diligencia exigida al deudor es mayor, pues éste debe evitar cualquier obstáculo que le impida cumplir su obligación, salvo evidentemente que sea de tales magnitudes que no pueda ser vencido.

Se debe tener en cuenta, que en toda obligación siempre existe un resultado, por ejemplo en las obligaciones médicas el resultado no es la cura del paciente sino mejorar sus posibilidades de salvamento.

Es muy importante señalar que para poder analizar un caso de responsabilidad médica habrá que tomar en cuenta "la medida de la diligencia como elemento calificante de la imposibilidad" así se genera imposibilidad cuando no se puede alcanzar el resultado, debido a causa imputable o no a las partes.

De ser el caso, el profesional que es llevado a juicio deberá probar que actuó diligentemente y de no poder probar esto se produciría una imposibilidad de la prestación por causa imputable al deudor, quien responde no por culpa, sino por el hecho que la obligación por él asumida no fue cumplida.

El profesional podría liberarse de la obligación, cuando:

a. Puede probar que opera diligentemente, es decir estaría demostrando que cumplió con la obligación, brindándole al acreedor la utilidad deseada. De no poder probarse el actuar diligente, debiendo de indemnizar los daños y perjuicios producidos. Debemos acotar que el fundamento de tal indemnización no es la culpa sino la obligación incumplida.

b. Puede probar que no pudo cumplir la obligación por causa a él no imputable, como podría ser: caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero o hecho de la propia víctima.

Hasta este punto, hemos recopilado el criterio establecido por Gastón Fernández, pero cabría preguntarse si este es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico que es un sistema eminentemente subjetivista pues fundamenta la responsabilidad en la culpa.

Javier Pazos considera que es necesario tener en cuenta el principio de la buena fe, inspirador de todo ordenamiento jurídico, el cual determina el carácter complejo de la relación obligatoria y que estaría en contraposición a las limitaciones que generaría el derecho a prestación. Los deberes de protección devienen de la buena fe, orientados a proteger a las partes de cualquier daño que pueda ser generando por el cumplimiento de la obligación. Olenka Woolcott señala que los deberes de protección tienen un contenido autónomo respecto al deber principal de la prestación, por lo cual, el deudor podría exigirlos independientemente de la prestación principal, incluso cuando ésta último se hubiese cumplido. Nos encontraríamos así, ante posibilidad de ejecutar, o incumplir, prestaciones no previstas al momento de celebrarse el contrato, pero que son parte del mismo.

Para Franklin Cáceres Freyre, estudioso del tema, resulta de suma importancia establecer qué tipo de obligación pesa sobre el profesional al prestar el servicio, y señala que la regla general indica que se trata de una obligación de medios y no de una obligación de resultados. Esto quiere decir que se cumple con la obligación al agotar todos los esfuerzos para que se logre el objetivo (por ejemplo la curación de una enfermedad), y no al, efectivamente, alcanzar ese objetivo. Lo que se promete es una conducta diligente y prudente, más no un resultado determinando. Sin embargo en ciertas especialidades la obligación si es de resultado. Ello se presenta cuando el objeto de las mismas no es la curación, sino que sirven de medio para ésta (Ejm. Análisis clínicos) y también en ciertas especialidades en las que se ofrece un resultado. Dentro de este último grupo estaría la cirugía plástica y la mayoría de las prestaciones odontológicas.

Ana María Reyes Farfán se pregunta ¿Qué ocurre cuando por ejemplo el caso de la medicina, el elemento material es un organismo vivo que reacciona de manera autónoma y al cual no se puede parametrar en determinadas reacciones

uniformes?

Ocurre que este organismo tiene su propia dinámica, de modo que el médico, aunque puede aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa de diagnóstico, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando éste ya se haya producido. El "alea", pues, está presente; y esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía a la ciencia médica, impide que el profesional médico garantice un resultado concreto.

No puede comprometerse por regla general al profesional sino hasta donde las variables incontables que surjan de su futuro accionar le permitan. Obligación de hacer, sí, pero de hacer "solamente lo que esté a su alcance". Obligación de asistir médicamente a alguien, obligación de patrocinar una causa judicial poniendo de su parte todos los conocimientos y todo el cuidado con miras a lograr un resultado que, de no alcanzarse, dependerá entonces de otras circunstancias ajenas a la voluntad del profesional. EL objeto de la obligación no consistiría en dar, hacer o no hacer algo; el objeto de la obligación sería "la actividad del deudor".

El fin de la obligación si sería el resultado, pero ese fin puede alcanzarse o no.

#### Aspectos vinculados a las obligaciones de medios y de resultados

Entre ellos tenemos:

1. La diligencia debida: Está referida a los cuidados y la adecuación de la conducta del obligado a las diversas reglas aplicables a la prestación prometida a acreedor. Yuri Vega indica que no basta que se demuestre el esfuerzo o despliegue de energías, sino el recurso de todos los medios y herramientas técnicas y de diversa índole que tengan como finalidad dar satisfacción a la expectativa del acreedor, por ende la diligencia es el parámetro de evaluación del cumplimiento de la obligación. Se debe de distinguir dos concepciones de diligencia:

a. Diligencia subjetiva: Referida a los esfuerzos y energías voluntariamente desplegados por el deudor para el cumplimiento de la prestación.

b. Diligencia objetiva: Referida al juzgamiento de la conducta del deudor sobre la base de las reglas del arte, de la ciencia y de la técnica; con arreglo a las cuales debió de actuar el obligado en la relación concreta de acuerdo de las circunstancias de tiempo, personas y lugar.

Es de importancia recordar que la doctrina tradicionalmente consideraba a la diligencia debida dentro del parámetro del buen padre de familia (aquel hombre de inteligencia media que pone cuidados a sus asuntos y que, por ello, tiene la

suficiente atención en la administración de sus tareas), pero por ejemplo en el campo de los profesionales de la salud, este criterio no puede ser aplicado ya que ellos tienen un nivel de tecnificación alto que incluye un alto grado de conocimientos, de tal forma aplicar ese criterio sería injusto para el acreedor.

2. Imposibilidad de la prestación: La doctrina ha señalado que existen tres posibilidades respecto de la imposibilidad de la prestación. Tenemos así:

a. Imposibilidad absoluta objetiva: Se hace referencia al término "absoluto" debido a que el impedimento sea de tal magnitud que no pueda ser vencido de ningún modo por la fuerza humana. De otro lado, se hace referencia al término "objetivo" debido a que la prestación no es susceptible de ser ejecutada por otra persona que no sea el deudor.

b. Imposibilidad relativa objetiva: Se hace referencia al término "relativo" debido a que el impedimento se realice en función al contenido de la relación y a su fuente. De otro lado, se hace referencia al término "objetivo" como ya se indicó, cuando la prestación no pueda ser ejecutada por otra persona que no sea el deudor.

c. Imposibilidad relativa subjetiva: Se hace referencia al término "relativa" a que el impedimento puede ser vencido pro con una intensidad de esfuerzo, de sacrificio, de diligencia superior al grado considerado como normal, y subjetiva a que podría ser realizada por otra persona colocada en la posición del deudor.

#### Bibliografía

Código Civil Comentado por los mejores 100 especialistas, tomo VI, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, Tratado de Obligaciones, Ed. PUCP, Lima, 2003.

Olenka Woolcott Oyague, Responsabilidad Civil de los Profesionales, Ed. Ara, Lima, 2002.

Ricardo Luis Lorenzetti, Responsabilidad Civil de los Médicos, Ed. Grijley, Lima, 2005.

EL ROMANCE JURÍDICO  
DE SOR JUANA INÉS DE LA CRUZ:  
SÍMILES CON LA OBRA DE CESARE BECCARIA

Marianné Núñez Núñez

**Resumen** Este artículo tiene como propósito identificar aquellos versos del romance titulado Con ocasión de celebrar el primer año que cumplió el hijo del señor virrey, le pide a su excelencia indulto para un reo de la poeta mexicana Sor Juana Inés de la Cruz, los cuales pueden ser considerados como argumentos contra la pena de muerte; para de esta manera equiparar esos argumentos poéticos con las premisas del jurista italiano Cesare Beccaria en su obra De los delitos y las penas. Además se tratará el tema del arbitrio judicial y la subjetividad de aquellos en cuyas manos se encuentra la enrevesada tarea de dictar sentencias o interceder por las condenas.

**Abstract** This article aims to identify those verses of the romance. Con ocasión de celebrar el primer año que cumplió el hijo del señor virrey, le pide a su excelencia indulto para un reo which can be considered arguments against the death penalty in the work of the Mexican poet Sor Juana Ines de la Cruz; to equating these poetic arguments with the premises of the Italian jurist Cesare Beccaria in his work On Crimes and Punishments. Also the issue of judicial discretion and subjectivity of those in whose hands the convoluted task of sentencing or intercede for sentences is going to be covered in this article.

**Palabras clave** Sor Juana Inés de la Cruz. Cesare Beccaria. Pena de muerte. Arbitrio judicial.

**Key words** Sor Juana Inés de la Cruz. Cesare Beccaria.  
Death penalty. Judicial discretion.

**Sumario** El romance jurídico de Sor Juana Inés de la Cruz: símiles con la obra de Cesare Beccaria.

Octavio Paz, en su libro *Sor Juana Inés de la Cruz o las Trampas de la Fe*, señala que el interés en los textos de Sor Juana no se desprende de un exclusivo carácter estético; sino también estos deben ser apreciados y estudiados por su naturaleza histórica. En ese sentido, el Premio Nobel de Literatura señala que la obra de la Décima Musa constituye un documento histórico de una sociedad; la sociedad mexicana del siglo XVII, contexto en el cual Sor Juana dedicó su vida a la búsqueda del conocimiento.

Como este artículo no solo es de naturaleza literaria; sino también jurídica, debo añadir algo respecto a derecho, historia y sociedad, términos estrechamente relacionados y que constituyen un pilar fundamental para el desarrollo de este trabajo: el derecho es una configuración y representación de lo social y por lo tanto existe una ineludible relación entre una sociedad y el sistema jurídico que la regula y reglamenta. Es un hecho entonces, que en la medida que una colectividad cambia o evoluciona, el sistema jurídico que la normativiza se transformará o evolucionará, de tal manera que el derecho es fundamentalmente cambiante y, por consiguiente, conveniente para ser estudiado por la historia.

Vemos entonces justificada la necesidad de incluir la existencia de un cierto discurso jurídico (evidentemente primitivo y no con esas intenciones<sup>1</sup>) en la obra de Sor Juana; más específicamente en el romance *Con ocasión de celebrar el primer año que cumplió el hijo del señor virrey, le pide a su excelencia indulto para un reo*. Este discurso jurídico gira en torno a la defensa de la vida que será atacada por la aplicación de una pena capital y podría considerarse como uno de los primeros escritos que contienen la petición de un mandato especial de gracia, un indulto poético a favor de un tal Antonio de Benavides, historia que relataremos a continuación.

El 22 de mayo de 1683 llegó a Puebla después de desembarcar en Veracruz, un personaje al que se le apodó "El Tapado", a quien supuestamente el mismísimo rey de España le enco-

<sup>1</sup>Al respecto, se infiere que Sor Juana actuó como un intercesor ante el virrey (es ya sabida la relación casi íntima entre la poeta mexicana y la pareja virreinal), Octavio Paz señala que la humanidad de la monja es innegable, pero que actos como estos refieren a un "tráfico de influencias" acorde a la moral de la época que no reprobaba dichas actitudes.



mendó perpetrar investigaciones extremadamente secretas en los reinos de la Nueva España. Se presentó ante la nobleza criolla como el "Marqués de San Vicente", y por tal título fue muy bien recibido por la élite local. Sin embargo, este hombre no era más que un embustero:

No era noble ni enviado real ni nada parecido, era un vivales, acaso espía o pirata, nombrado Antonio de Benavides, quien fue aprehendido cuando el alcalde segundo de la Puebla, don Tomás de Arana González, descubrió su embuste. El cabildo remitió al Tapado con grilletes en los pies a los tribunales de la capital. (*Illades*: 2001, p. 247).

Sor Juana Inés de la Cruz suplica por la vida de Benavides en el romance antes señalado, adelantándose a toda una serie de movimientos a favor de la abolición de la pena capital.

La pena de muerte está presente en diversos códigos y legislaciones del mundo desde épocas muy remotas: el código de Hammurabi en Babilonia, que contempló la pena de muerte en veinticinco casos, el código Hitita, el código Draconiano o las XII Tablas en el derecho romano. En la época colonial de la Nueva España, recurrir a esta práctica era bastante común. Varios eran los delitos que traían como castigo la pena de muerte en el siglo XVII, algunos de ellos verdaderamente insignificantes para el estándar del sistema jurídico actual. Pero en esos años el valor de la vida humana parecía tener una estimación claramente menguada, las prácticas eran muy crueles, y para mayor escarnio y a modo de advertencia para que no se vuelvan a cometer los delitos condenados, los restos humanos castigados en proceso de corrupción se exhibían durante largos periodos de tiempo mientras pájaros carroñeros y otros animales se beneficiaban con ellos.

De esas épocas de casi total inexistencia de la dignidad humana hay mucho ya escrito; por lo tanto me remitiré al objeto de estudio elegido: el romance de Sor Juana y lo compararé con una gran obra de la Edad Moderna que también abogó por el respeto a la vida humana, se trata de la obra *De los delitos y las penas* del jurista italiano Cesare Beccaria.

En 1761 no solo se publicó la novela *Julie, ou la nouvelle Héloïse* de Jean Jacques Rousseau, calificada como el *best seller* de su siglo; sino también un grupo de amigos formaron *L'Accademia dei pugni*, dedicada a hacer la guerra sin cuartel al desorden económico, a la mezquina tiranía burocrática, a la estrechez mental religiosa y a la pedantería intelectual. La Academia de los Puños fue un círculo intelectual fundado por los hermanos Verri: Pietro y Alejandro. Cesare Beccaria era amigo íntimo de estos hermanos quienes lo incitaron a escribir *De los delitos y las penas* cuando solo tenía veintiseis años

de edad. La influencia y auxilio de los Verri es notable; ya que Alejandro tenía conocimiento de la situación en la que los presos se encontraban. El libro de Beccaria analiza la criminología y la ciencia penitenciaria basada en la filosofía de la Ilustración, teniendo como resultado una obra que es de gran influencia hasta nuestros días y denotan el profundo sentido humanista del autor<sup>2</sup>.

Ahora bien, en el romance de Sor Juana vemos que los versos 173 al 180 se refieren al episodio bíblico donde la princesa Salomé, después de hacer un baile que agradó mucho a Herodes el día de su cumpleaños, pide la cabeza de Juan el Bautista como premio. Sor Juana se refiere a este suceso como *la petición del odio, de la venganza del deseo* e implora al virrey que no actúe como Herodes y que en cambio, en su calidad de príncipe cristiano haga lo más benigno y no use lo sangriento. Al referirse a lo más "benigno" se infiere que pide al virrey una pena alternativa para Benavides. Las corrientes humanistas del derecho penal en la actualidad se refieren como "pena alternativa" a aquellas sanciones distintas a las penas privativas de la libertad; sin embargo en aquellas épocas (y viendo el profundo sentido humanista de Sor Juana para con la vida<sup>3</sup>) la pena de cárcel debió ser una pena alternativa bastante atractiva en lugar de la muerte; incluso hasta nuestros días funciona de esa manera. En ese sentido, vale mencionar el argumento de Cesare Beccaria respecto a la utilización de la pena más benigna (pena de cárcel o trabajos forzados) en lugar de la pena capital:

No es el freno más fuerte contra los delitos el espectáculo momentáneo, aunque terrible, de la muerte de un malhechor,

<sup>2</sup>Al contrario de lo que podría pensarse, Beccaria no estaba totalmente en oposición a la pena de muerte; ya que solo admitía su uso en dos casos: "La primera, cuando, aún privado de libertad, el ciudadano tenga relaciones, y tal poder, que interese a la seguridad de la Nación: cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de Gobierno establecida. Entonces será su muerte necesaria, cuando la Nación recupera, o pierde la libertad; o en el tiempo de la Anarquía, cuando los mismos desórdenes tienen lugar de Leyes. [...] No hay necesidad alguna de destruir a un ciudadano, a menos que su muerte fuese el verdadero y único freno que contuviese a otros, y los separase de cometer delitos: segundo motivo porque se puede creer justa y necesaria la muerte de un ciudadano".

<sup>3</sup>Y no solo Sor Juana, sino también actitud un tanto irónica de la Iglesia. Arroyo dice al respecto: hay que señalar que oficialmente la Inquisición no condenaba a muerte, ya que lo prohíbe taxativamente el quinto mandamiento de la Iglesia Católica; la engañifa jurídica consistía en que el tribunal eclesiástico "relajaba" a los condenados al "brazo secular" para que fueran los tribunales civiles quienes decretaran la pena capital.

sino el largo y dilatado ejemplo de un hombre, que convertido en bestia de servicio y privado de su libertad, recompensa con sus fatigas aquella sociedad que ha ofendido. (*Beccaria*: 1764, p. 58)

El jurista italiano de esta manera, se pregunta si la pena de muerte es verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado. Sin embargo, si nos situamos en el contexto en el que vivía Sor Juana, nos referimos al siglo XVII y las ideas de Beccaria no florecerían hasta un siglo después. La Nueva España no era bajo ningún precepto la organización a la cual se refería Beccaria. A decir verdad, la Colonia carecía de autonomía, estaba sometida a la corona, las leyes se hacían desde España y por lo tanto es ineludible hacer mención a la Inquisición, considerado como tribunal adjudicado de un gigante poder, pero destinado a la defensa de la fe; sin embargo, dependiente en última instancia del rey. La Inquisición no estaba aislada de su sociedad, sino que reposaba en los mismos principios y utilizaba la misma organización que el derecho penal común de aquella época. Explicado de una manera más directa: la Inquisición perseguía y juzgaba a herejes, blasfemos o todo aquel que consideraba pecador, con el mismo proceso penal con que cualquier juez o tribunal perseguía y enjuiciaba a ladrones, traidores u asesinos en la época de la Colonia. Entonces Antonio de Benavides puede ser considerado un traidor a la Corona. En ese sentido, podemos afirmar que Sor Juana apela al arbitrio judicial del virrey que tanto podía interceder frente a un juez como ante la Inquisición, esta figura es equiparada al actual indulto, derecho de gracia.

Por lo tanto debemos referirnos a esa arbitrariedad antes mencionada. A pesar de no ser un juez formal del proceso común penal de aquellas épocas, el virrey estaba investido de poder como para perdonar la vida de un reo. Beccaria argumentó lo siguiente respecto a las sanciones producto del libre arbitrio de los jueces: la pena obedecería a la violencia de sus pasiones<sup>4</sup>, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas; que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre.

La poeta mexicana apela a lo subjetivo del virrey. A pesar del citado "tráfico de influencias" al que hacía mención Octavio Paz; no se sabe a ciencia cierta el motivo que impulsó a Sor Juana a implorar a la indulgencia del virrey y de esa mane-

<sup>4</sup>Sor Juana también apela a lo subjetivo del virrey en todo su romance, destacando los siguientes versos: "Que no es razón que en el día, genial de vuestros obsequios, queden manchadas las aras, ni quede violado el templo".

ra intentar librar de la horca al Tapado. Los versos que hacen este pedido de gracia fueron escritos de un modo ingenioso, lúcido y hermoso aprovechando el primer cumpleaños del primogénito de sus queridos protectores: don Tomás Antonio de la Cerda, tercer marqués de La Laguna y de María Luisa Manrique, princesa de Mantua y condesa de Paredes, celebrando al heredero en su vigésimo quinto romance, que data de una semana previa a la ejecución de Benavides. A través de la prédica dirigida al primogénito, la poetisa pretendió alentar al virrey para que no se condene al reo. Sin embargo, y a pesar de tan hermosa petición, Antonio de Benavides fue ejecutado.

De esta manera hemos desarrollado aquellos argumentos utilizados por Sor Juana para defender la vida de Antonio de Benavides: desde la petición por uso de una pena alternativa para el reo, hasta el arbitrio del rey, dominado por sus pasiones y subjetividades, elementos a los cuales Sor Juana alcanza en sus versos. Sin duda, la poeta mexicana pareciera haberse adelantado a lo que un siglo después sería planteado en términos estrictamente jurídicos por Cesare Beccaria: la abolición de la pena de muerte. Ambos personajes, separados por el tiempo y el espacio, parecen encontrarse en un propósito común: la defensa de la vida humana.

#### Referencias bibliográficas

César Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, Joachin Ibarra, impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1774.

Francisco Arroyo, *Pena de muerte en el siglo XVII*, Disponible online:

<http://franciscoarroyo.blogspot.pe/2008/01/pena-de-muerte-en-el-siglo-xvii.html>

Guillermo Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México D.F. Textos universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

Henry Paolucci, *Introducción de "On Crimes and Punishments"*, New Jersey, 1963.

Jesús Flores y Escalante, *Nuestro mero mole: Breve historia de la comida mexicana*, Penguin Random House, Grupo Editorial, México D.F., 2013.

L. Illades, *La nobleza criolla angelopolitana durante el gobierno de los Austrias*. En: *América bajo los Austrias*, 1st, Ed. Lima, Héctor Noejovich, 2015.

Octavio Paz, *Sor Juana Inés de la Cruz o la trampa de la fe*, Quinta reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1992.

## MÁS ALLÁ DEL VEINTE

Walter Manrique Cervantes

**Resumen** Uno de los problemas que más afecta a los estudiantes, es la concepción de las calificaciones como un fin en sí mismas y no como un instrumento de aprendizaje. En el presente trabajo de investigación, se comparten experiencias personales del autor y se las compara con testimonios de estudiantes, egresados y docentes de universidades públicas, privadas, nacionales y extranjeras, con la finalidad de determinar si esta sobrevaloración de las notas es un mal generalizado o es un problema propio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María. Asimismo, se analiza como este uso inadecuado de las calificaciones, perjudica la generación de nuevo conocimiento desalentando el razonamiento crítico, el debate y la argumentación.

**Abstrac** One of the biggest problems of students is the conception of grades as goals and not as instruments of learning. In this research, the author shares personal experiences and compares them with testimonies from students, graduates and teachers of public, private, national and foreign universities, in order to determine if this overvaluation of grades is a widespread problem or an own problem of the School of Legal and Political Sciences of the Catholic University of Santa María. Also, this research analyzes how this inappropriate use of grades damages the creation of knowledge discouraging the critical reasoning, the debate and the argumentation.

**Palabras clave** Aprendizaje. Enseñanza. Calificaciones. Evaluación. Universidad. Debate. Crítica. Conocimiento. Arte. Cultura.

**Key words** Learning. Teaching. Grades. Evaluation. University. Debate. Criticism. Knowledge. Art. Culture.

Sumario Marco introductorio. Resultados de la investigación. Conclusiones. Propuestas. Bibliografía.

### Marco Introductorio

La educación tiene tal importancia, que su afectación puede acarrear la vulneración concomitante de otros derechos fundamentales, pues su desarrollo y materialización están en íntima relación con la dignidad misma de la persona, con sus derechos a la igualdad, a la intimidad, a la autonomía y al libre desarrollo de su personalidad<sup>1</sup>.

Siendo tan importante este derecho, es fundamental contar con herramientas adecuadas que permitan medir su calidad. La educación, considerada como un proceso de transformación que involucra cambios entre los factores y los productos, debe contar con un sistema de control que permita saber cómo está operando este proceso<sup>2</sup>. Para medir la calidad de la educación que se imparte, es necesario evaluar el nivel de aprendizaje de los estudiantes. Evidentemente, la evaluación no resultará por sí misma en un mayor rendimiento académico, sin embargo, ya desde hace décadas, se consideraba que constituye una condición necesaria para i) establecer objetivos cuantitativos; ii) evaluar diferentes alternativas para la asignación de recursos, combinación de insumos y/o tecnologías pedagógicas; y (iii) asignar recursos y esfuerzos para lograr los objetivos que se hubieran definido<sup>3</sup>.

La actividad evaluativa incluye, como un momento esencial, la calificación; en tanto constituye la formulación y expresión del juicio valorativo sobre el objeto que se evalúa o sobre un rasgo o aspecto del mismo, en términos tales que informen sobre la valía y el mérito del mismo<sup>4</sup>. Sin embargo, evaluar y calificar no es lo mismo, las calificaciones son sólo una parte de la evaluación.

Tanto el profesor como estudiantes, habitualmente confun-

<sup>1</sup>Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-377 del 24 de agosto de 1995 (Fabio Morón Díaz vs. Vladimiro Naranjo Mesa).

<sup>2</sup>UNESCO, 1997. "Los sistemas de medición y evaluación de la calidad de la educación".

<sup>3</sup>Robin Horn; Laurence Wolff y Eduardo Vélez 1992. "Sistemas de evaluación educacional en América Latina. Reseña temática y experiencias recientes", Boletín Proyecto Principal de Educación en América Latina y el Caribe de la Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe.

<sup>4</sup>González Pérez, Miriam 2000, (supra nota 4), página 91.

den evaluar como sinónimo de calificar, de enjuiciamiento "objetivo y preciso" de la capacidad y aprovechamiento de los estudiantes<sup>5</sup>. Si bien toda evaluación posee connotaciones valorativas o calificadoras, las notas o calificaciones no aportan toda la información que debe evaluarse en el aprendizaje de los estudiantes. Las notas deben tener un uso meramente instrumental, deben ser herramientas de aprendizaje, y no un fin en sí mismas.

De ser bien empleadas, las calificaciones funcionan como verdaderas herramientas que favorecen el aprendizaje de los estudiantes y la enseñanza de los docentes. Al respecto, el trabajo de investigación titulado "Evaluación del aprendizaje en la enseñanza universitaria", realizado por la Universidad de la Habana, identificó cuatro funciones fundamentales de la calificación: I función de información, debido a que las notas son una expresión sintética de los resultados de la evaluación en un momento dado, y permiten adoptar las acciones de regulación necesarias; II función de valoración, en tanto los resultados que se concretan en las calificaciones sirven de base para hacer valoraciones globales de la enseñanza y del aprendizaje; III función de verificación, debido a que las calificaciones se utilizan para rendir cuenta, del estudiante ante el profesor, del profesor ante la institución y de la institución ante la sociedad, desempeñando una función de control respecto al logro del encargo social; y iv) función de clasificación en grupos de estudiantes de acuerdo a su naturaleza, calidad de logros, tipos de errores, etc<sup>6</sup>.

En cuanto a la primera función, si bien las calificaciones brindan información, las notas no están siendo usadas para adoptar acciones encaminadas a mejorar el aprendizaje. Esta función, parte de la premisa de que la información brindada por la calificación es confiable; sin embargo, como se detallará a lo largo del presente trabajo, el método de calificación imperante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, no permite obtener información confiable respecto del aprendizaje de los estudiantes.

Precisamente, debido a que los métodos que se utilizan para obtener dicha información no son los adecuados, las dos siguientes funciones de la evaluación se desvirtúan, pues la

<sup>5</sup>Alonso Sánchez, Gil Pérez, D. y Joaquín Martínez,, *Evaluar no es calificar. La evaluación y la calificación en una enseñanza constructivista de las ciencias*, Departamento de Didáctica de las Ciencias de la Universidad de Valencia, 1996, p. 3.

<sup>6</sup>Miriam González Pérez, 2000, (supra nota 4), p. 92.

valoración y verificación del aprendizaje, se harán en base a información errada.

Respecto a la cuarta función, la investigación citada reconoce que la clasificación en el ámbito educativo resulta ser peligrosa y necesaria a la vez; por lo que el manejo de esta función debe hacerse con conocimiento de sus límites y riesgos<sup>7</sup>. La clasificación que se haga de los estudiantes, debe estar orientada a identificar los distintos tipos de intereses y necesidades que éstos tengan; una clasificación de este tipo, permitirá que los estudiantes identifiquen las materias que son de su preferencia, y en base a ello, decidan los cursos electivos que desean tomar. Evidentemente, aquí hay un punto clave que debería implementarse en nuestra facultad: cursos electivos.

Nadie puede desconocer lo basto que es el derecho, por lo que pretender enseñarlo todo es una misión imposible; por esta razón, sería conveniente que en los últimos semestres se permita que los estudiantes elijan las asignaturas que desean cursar, de acuerdo a sus preferencias, intereses y capacidades. Para ello, es necesario que se eliminen los "cursos de relleno", para dar paso a cursos de especialización, de tal manera que el diseño curricular se determine en función a las necesidades, tal y como está establecido en la nueva ley universitaria<sup>8</sup>.

En relación al último punto, respaldo totalmente que en el nuevo plan de estudios<sup>9</sup> de la carrera de derecho se haya excluido la asignatura de matemáticas. Anteriormente, se validaba la existencia de este curso, sosteniendo que un abogado podía necesitar conocimientos básicos en esta materia; sin embargo, los conocimientos que se impartían eran más elementales que los recibidos en el colegio, por lo que el curso no sólo constituía una pérdida de tiempo, sino también, un retroceso. Tener "cursos de relleno", contraviene el segundo objetivo estratégico del Proyecto Educativo Nacional: el logro de aprendizajes pertinentes<sup>10</sup>.

Respecto de la cuarta característica de la evaluación, la clasificación, de no ser bien encausada, puede generar desmotivación en los estudiantes, segregación, bajas expectativas de rendimiento, e incluso una afectación en la propia evalua-

<sup>7</sup>Idem.

<sup>8</sup>Ley N° 30220, "Ley Universitaria", publicada el 9 de julio de 2014 en el Diario Oficial El Peruano, artículo 40°.

<sup>9</sup>Plan de Estudios de la escuela profesional de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, vigente desde el año 2016.

<sup>10</sup>Proyecto Educativo Nacional. Lima, noviembre de 2006.



ción del estudiante<sup>11</sup>. Sobre este último punto, la universidad de Valencia demostró en un estudio realizado a estudiantes de física que los ejercicios atribuidos a estudiantes "brillantes" reciben calificaciones notablemente más altas que los mismos ejercicios cuando se atribuyen a estudiantes "mediocres"<sup>12</sup>. Estos estereotipos no sólo perjudican a los estudiantes, también a los docentes, quienes sienten el temor de ser considerados "poco serios" si aprueban a todos. Las calificaciones, de no ser bien empleadas, pueden generar una lucha entre el docente que busca poner notas bajas para ser más "respetado" y el estudiante que busca sacar la nota más alta para ser el "mejor".

Los resultados del estudio mencionado en el párrafo anterior, cuestionan la supuesta precisión y objetividad de la evaluación en un doble sentido: por un lado, muestran hasta qué punto las valoraciones están sometidas a amplísimos márgenes de incertidumbre y, por otro, hacen ver que la evaluación constituye un instrumento que afecta muy decisivamente a aquello que pretende medir, haciendo que los estereotipos y prejuicios se conviertan en realidad: los estudiantes considerados mediocres terminan siendo mediocres. Como lo señala este estudio, la evaluación resulta ser, más que la medida objetiva y precisa de unos logros, la expresión de expectativas subjetivas con una gran influencia sobre el comportamiento de los estudiantes y de los mismos profesores<sup>13</sup>.

Las calificaciones son parte de la evaluación del nivel de calidad de la educación y, por tanto, no se puede prescindir de ellas, sin embargo, para que cumplan su rol instrumental, es necesario que se empleen acertadamente. En el siguiente apartado, se plasman los resultados obtenidos mediante entrevistas realizadas de manera personal y a través de medios virtuales a estudiantes, egresados y docentes de diferentes edades y nacionalidades; de universidades públicas y privadas, así como de otros centros de educación superior. Los testimonios recogidos permiten analizar diferentes realidades y, en base a ellas, determinar si las calificaciones realmente cumplen con su carácter instrumental.

<sup>11</sup>P. Rico Montero, *La formación de acciones de control y valoración de la actividad de aprendizaje en escolares primarios*. Revista Cubana de Psicología. Vol. VIII, 1, La Habana, 1991.

<sup>12</sup>D. Alonso Sánchez, Gil Pérez y Joaquín Martínez, 1996, (supra nota 5).

<sup>13</sup>Alonso Sánchez, D. Gil Pérez y Joaquín Martínez, 1996, (supra nota 5), p. 2.

## Resultados de la investigación

### Las notas y su nota

La intención del presente trabajo no es cuestionar la existencia de las notas, pues necesariamente se requiere tener un sistema de calificación que permita evaluar el nivel de aprendizaje de los estudiantes. Sin embargo, las calificaciones deben ser una herramienta, y como tal, deben facilitar el fin que se busca mediante su utilización, en este caso: el aprendizaje del estudiante. Lamentablemente, las notas están siendo sobrevaloradas y percibidas como el centro del aprendizaje y de la enseñanza.

El derecho no puede ser visto como una ciencia exacta, pues su centro es la interpretación de la realidad, la misma que varía con el transcurso del tiempo; por lo que las evaluaciones no pueden consistir en la mera reproducción de la visión de un autor o, incluso, en la copia fiel de determinado artículo del código; lo que se debe evaluar, son las capacidades de crítica y de interpretación, así como la utilización de las normas en la resolución de un caso en concreto. Para fomentar ello, es necesario que el docente también se aventure a ser crítico, y no un mero repetidor de conocimientos.

Lamentablemente, desde hace décadas se viene arrastrando el memorismo; mal que no sólo impera en nuestra facultad, tal y como se aprecia en el testimonio siguiente de una abogada egresada de una universidad de Lima: *"La manera de calificación favorece el memorismo y desincentiva el razonamiento crítico y el análisis, que es lo más importante en nuestra profesión. Creo que de nada sirve que te paporretees las normas (las cuales en nuestro país se modifican constantemente) cuando no tienes capacidad de análisis"*<sup>14</sup>.

Uno de los usos más inadecuados de las calificaciones, es aquel en el que se practica e incentiva el memorismo. De nada sirve memorizar conceptos que van a ser olvidados por el propio funcionamiento del cerebro humano. En el caso de la carrera de derecho, resulta inútil evaluar la memorización de las normas, pues éstas constantemente se modifican, e incluso derogan. Lo que se debería evaluar es el entendimiento de la norma, el razonamiento crítico que se haga respecto de ella y su aplicación práctica.

Para ilustrar esta situación, comparto el testimonio de Blanca Paden, egresada en primer puesto de la carrera de

<sup>14</sup> Testimonio de Rocío Katherine Maime Herrera, abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón-UNIFE, egresada de la maestría de Derecho Tributario de la PUCP, 33 años.

ingeniería civil. *"En ingenierías las notas no importan tanto, en cambio lo que importa es aprobar o no. Sacarse un veinte en ingeniería es lo mismo que sacarse un once; significa que puedes analizar y resolver un problema pero que por diferentes razones (calculadora, un signo mal escrito o una variable no incluida, etc.), obtuviste un resultado diferente en el examen. Pero, en un diseño real, con tantas verificaciones, con tanto tiempo y teniendo todas las herramientas llegarías al resultado correcto. Sacarse un once significa que entendiste el problema, que lo planteaste bien y que con un poco más de tiempo podrías resolverlo. Sacarse un veinte implica que entendiste el problema, lo planteaste bien y que nada te falló, no te pusiste nervioso y llegaste a la respuesta<sup>15</sup>".*

En una carrera como ingeniería civil, una evaluación como la detalla en el testimonio anterior, tiene la ventaja de ser una aproximación sumamente valiosa al mundo real de un ingeniero. Asimismo, este tipo de evaluación reconoce las limitaciones de un examen: reconoce que el tiempo de duración de una prueba e incluso los nervios (que han sido calificados por Gould como "tensión bloqueadora"), son variables que puedan afectar el resultado de un ejercicio, pero que en la vida real serían superadas mediante el uso de herramientas adecuadas.

En derecho, las leyes son herramientas que los abogados usan a diario. Debería permitirse el uso de estas herramientas en la resolución de un examen. Esto implicaría que se descarten exámenes en los que se exija al estudiante copiar el contenido de una ley y, por el contrario, se exigiría al estudiante que sea capaz de analizar y aplicar la norma en un caso en concreto, tal y como se hace en la Facultad de Leyes de la Universidad de Harvard.

Respecto de este último punto, dentro de las posturas que están a favor de mantener exámenes memorísticos, se sostiene que "uno no puede cargar con todos los códigos en el maletín, por eso los tiene que llevar en la cabeza"; estando en el año 2016, este argumento no tiene validez. A través de un celular, se puede acceder a todas las normas de manera actualizada y, de esta forma, se puede evitar estudiar una ley derogada. Las herramientas deben aprovecharse y no rechazarse, una de ellas es el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ); recientemente el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos anunció su liberación, para que de manera gratuita se puede

<sup>15</sup>Testimonio de Blanca Erika Paden, egresada de la carrera de Ingeniería Civil de la Universidad Católica de Santa María; Civil construction engineer en SNC Lavalin Contratos Inc, 30 años.

acceder a todo su contenido<sup>16</sup>. Ésta y otras herramientas deben utilizarse con la misma validez con la que un ingeniero utiliza una calculadora.

La universidad debe preparar al estudiante para su vida profesional, y debe buscar que la enseñanza que brinde sea la más cercana al ejercicio real de su profesión; negar el uso de herramientas básicas, no contribuye con este fin. Evidentemente, esta postura no implica que se permita el uso de celulares durante un examen, pues podrían ser utilizados indebidamente, pero sí podrían utilizarse códigos o leyes impresas, cuyo uso no acarrearía este riesgo; por el contrario, exigiría que el docente elabore pruebas que requieran no solamente el conocimiento de una ley, sino también su entendimiento, análisis y aplicación en casos concretos. Evaluaciones de este tipo, reducirían enormemente el plagio entre estudiantes, es más fácil pasar la respuesta a una pregunta de alternativa múltiple, que pasar la respuesta de una pregunta que requiera argumentación.

Por otro lado, debería ser válido el empleo de celulares en clase como herramientas de consulta de información. Por supuesto, esto requiere estudiantes conscientes, dispuestos a usar la tecnología como una herramienta de aprendizaje y no como un distractor; para conseguirlo, se necesitan docentes que motiven su aprendizaje y que no lo desincentiven dejando trabajos consistentes en la mera repetición o recopilación de información; este tipo de trabajos terminan convirtiéndose en una pesada carga con beneficios mínimos. Los docentes deben motivar a los estudiantes a través de trabajos que requieran pensamiento crítico y generen interés, caso contrario, es mejor evitarlos. Los trabajos, tareas y exposiciones, deben emplearse como herramientas de aprendizaje que motiven al estudiante, y no deben dejarse con la única finalidad de obtener una nota.

Todos los trabajos, exposiciones y demás actividades, deben motivar la generación de nuevos conocimientos y evitar la repetición acrítica de los que ya se tienen. Para conseguir esta motivación, es importante reconocer que el docente ideal no es aquel que lo sabe todo, sino aquel que es capaz de aprender simultáneamente con sus estudiantes, que no se conforma con la información disponible, sino que busca generar nuevo conocimiento a través de la investigación y de la propia discusión de la información que ya se tiene. Debe concebirse al docente ideal, como aquel que escucha todas las preguntas de sus estudiantes y que está abierto a aprender de

<sup>16</sup>Noticia disponible en El Diario Oficial El Peruano, <http://www.elperuano.pe/noticia-minjus-pone-a-disposicion-160000-normas-juridicas-48084.aspx>

ellos; aquel que es capaz de sacar provecho a una pregunta, por más absurda que parezca, pero que puede terminar siendo la generadora de una postura válida, incluso con mayor sustento que la que actualmente impera.

Estudiantes motivados, que estudian y hacen sus trabajos con verdadero interés, harán preguntas juiciosas, producto no sólo del dominio del tema, sino también del razonamiento crítico de éste. Asimismo, estos estudiantes no tendrán temor de hacer una pregunta impertinente y "meter la pata", pues son estudiantes seguros de sí mismos, capaces de cuestionar al docente, no para hacerlo quedar mal o presumir sus conocimientos, sino porque realmente sienten el interés por ahondar en un tema. Por otro lado, los estudiantes motivados serán capaces de buscar el trasfondo de la pregunta de uno de sus compañeros; no se burlarán de él, por el contrario, buscarán el origen o razón de su cuestionamiento, incluso serán capaces de dar una mejor respuesta que la que pueda brindar el docente. Para ello, se requiere docentes capaces de guiar el debate en clase, y no docentes preocupados por hacer "respetar su autoridad", creyendo, equivocadamente, que son los únicos capaces de responder una pregunta y creyendo, equivocadamente también, que tienen la obligación de tener todas las respuestas.

Sobre esta falsa autoridad del docente, un egresado de la carrera de educación comparte el siguiente testimonio. *"Es un poco penoso saber que en la actualidad existen algunos docentes que se valen de las notas para mantener el orden y la disciplina, siendo ellos los que generan el desorden y la indisciplina por no estar preparados para llevar una clase amena y dinámica"*<sup>17</sup>.

Este testimonio, demuestra como las notas siguen usándose para intimidar al estudiante y conseguir de él total sumisión y "respeto" hacia una autoridad impuesta. El docente, más que respetado, debería ser estimado y admirado por sus conocimientos y por la capacidad que tenga de transmitirlos a sus estudiantes, esa debería ser la verdadera fuente de autoridad del profesor. Si realmente se pretende hacer de la evaluación un instrumento de seguimiento y mejora del proceso, es preciso no olvidar que se trata de una actividad colectiva, de un proceso de enseñanza-aprendizaje<sup>18</sup> entre estudiantes y docentes. Consecuentemente, la evaluación debe servir como

<sup>17</sup>Testimonio de Paul Vásquez Ninacondor, egresado de la Carrera de Educación de la especialidad de Comunicación, del Instituto de Educación Superior Pedagógico Público de Arequipa (IESPPA), 23 años.

<sup>18</sup>Alonso Sánchez, D. Gil Pérez y Martínez, Joaquín, 1996, (supra nota 5), p. 3.

una herramienta para el aprendizaje, y no como un medio de coacción.

Una vez rotas estas estructuras jerárquicas, se conseguirá que estudiantes y docentes no vean en la evaluación un ejercicio de poder externo<sup>19</sup>. Para conseguir este objetivo, el nivel de seguridad que tenga un docente en los conocimientos de su materia, debe permitirle ser capaz de transmitir sus propias dudas y valorar las respuestas que los estudiantes puedan darle; este ejercicio de aprendizaje mutuo entre docentes y estudiantes, es altamente beneficioso para la generación de nuevos conocimientos. Para ello, se requiere que los docentes sean capaces de reconocer que no lo saben todo, y que, por supuesto, no tienen por qué saberlo, más aún en un momento de la historia en el que la generación de conocimiento es diaria. Ya en el año 1984, se consideraba que se había generado más información nueva en los últimos treinta años que en los cinco mil anteriores<sup>20</sup>.

El docente debe ser capaz de reconocer que no tiene la respuesta a una pregunta, pero sí el interés de indagar más en el tema y el compromiso de traer una respuesta la siguiente clase. Este compromiso motivaría a los estudiantes a tal punto que pueda ser un propio estudiante el que traiga la respuesta a la pregunta planteada por su compañero. Toda universidad debe apuntar a este objetivo, llegar a ser un lugar de generación de conocimientos, en el que los estudiantes aprenden de sus docentes, los docentes aprenden de sus estudiantes, los estudiantes aprenden de sus compañeros de aula y los docentes aprenden de sus colegas.

Este último punto, me obliga abordar un tema que he evidenciado durante mis años de estudio: la poca fraternidad entre docentes. Para que un docente sea capaz de aprender de su colega, se requiere necesariamente de respeto mutuo. El hecho de que un docente critique y subestime a un colega suyo, genera que los estudiantes desconfíen del docente al que se critica, desconfíen de su universidad y, consecuentemente, desconfíen del propio docente que hizo la crítica. Comentarios de este tipo no contribuyen a la generación de la estima, respeto y admiración que deben tener los estudiantes por sus docentes.

Una buena universidad es aquella en la que los estudiantes confían de sus docentes y, sobre todo, es buena aquella que

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Peter Large, *The Micro Revolution Revisited*, Rowman & Littlefield Publishers, 1984.

confía en sus estudiantes y egresados, pues son ellos el mayor reflejo de su calidad. Por esta razón, felicito que las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas haya confiado a un grupo de estudiantes y egresados, la preparación de los futuros participantes de las competencias de derechos humanos.

La sociedad actual, requiere profesionales capaces de identificar problemas y plantear soluciones frente a ellos; necesidad que requiere una actitud crítica, que debe ser incentivada en la universidad, a través de actividades que prioricen el debate, la argumentación y la confrontación de ideas en torno a la problemática actual de la sociedad. Si bien existe un rechazo a los gobiernos autoritarios, más de la mitad de los jóvenes latinoamericanos justifican las dictaduras bajo ciertas circunstancias; lo mismo ocurre con la disposición a acceder a prácticas de corrupción y desobediencia de la ley en ciertas circunstancias<sup>21</sup>. Para hacer frente a esto, la educación debe contribuir con la difusión y consolidación de la sociedad democrática<sup>22</sup>. Las universidades deben contribuir con la formación de ciudadanos con capacidad crítica que no se dejen manipular por falsos líderes, ciudadanos que sean capaces de alzar su voz cuando realmente sea necesario y que, a través de la crítica constructiva, fomenten el desarrollo del país y no lo obstaculicen.

Sobre esta necesidad de preparar ciudadanos críticos, Cintia Valenzuela, catedrática mexicana, considera que las universidades deben ser centros de debate. *"En México, los sistemas de enseñanza no promueven la práctica, sino la teoría. A un estudiante se le da una cédula con la que puede litigar en tribunales federales sin tener ninguna práctica. Como docente trato de incentivar la práctica junto con el conocimiento teórico, y para ello los estudiantes deben razonar y tener su propio criterio. Desde mi posición como catedrática, promuevo mucho el debate, y si tengo un estudiante que saca un cinco en el examen, pero es de los que participan activamente en clase, le pongo un diez, porque sé cuál es el verdadero conocimiento que tiene. Por otro lado, tengo estudiantes que nunca van a clases, pero igual se sacan un diez, es la otra cara de la moneda. Los sistemas educativos deberían buscar que el estudiante piense, y no piense*

<sup>21</sup>W. Schulz, Peter Ainley, J. Fraillon, D. Kerr, B. Losito, Latin American Report. Civic knowledge and attitudes among lower-secondary students in six Latin American countries, Amsterdam, 2011.

<sup>22</sup>UNESCO, Situación Educativa de América Latina y el Caribe: Hacia la educación de calidad para todos al 2015, 2013.

*como el maestro, de tal manera que sea capaz de generar nuevo conocimiento*<sup>123</sup>.

Desde siempre se ha pensado que los exámenes son un reflejo de lo que sabe el estudiante, sin embargo, como se evidencia en el testimonio de la doctora Valenzuela, no son la única manera en que los estudiantes reflejan sus conocimientos y capacidades. Las participaciones en clase, son una muestra inequívoca de lo que realmente sabe un estudiante; pues mediante una intervención no sólo se refleja el dominio de un tema, sino también la capacidad de emitir un juicio valorativo sobre éste. Para ello, se requiere que el docente genere un ambiente en el que los estudiantes se sientan libres de expresar sus ideas sin temor de ser sancionados por ellas, conforme a la nueva ley universitaria y al estatuto de nuestra universidad<sup>24</sup>.

Las preguntas, dudas y en general cualquier participación en clase, deben ser vistas como una ocasión para la evaluación y seguimiento del aprendizaje de los estudiantes<sup>25</sup>. Considerar estas herramientas como criterios de evaluación, no implica caer en el subjetivismo; por el contrario, garantizaría evaluaciones más fiables en las que no haya discrepancias sensibles entre las valoraciones del profesor y las del propio estudiante<sup>26</sup>. Además, permitiría que los estudiantes, al analizar un tema e interesarse en él, descubran la necesidad e importancia del mismo, y no sólo lo memorizan porque va entrar en el examen.

Asimismo, a la par que se incluyen las participaciones de los estudiantes como criterios de evaluación, se debe buscar que, en caso se deseen mantener los exámenes, estos contribuyan con la formación de una conciencia crítica. Por tanto, deben evitarse exámenes en los que se califique la repetición

<sup>23</sup>Testimonio de Cintia Zue Valenzuela Contreras, abogada egresada de la Universidad de Guadalajara, Maestría en Derechos Humanos por la Universidad de Oxford – Inglaterra, Catedrática de la Barra Nacional de Abogados de México, abogada en el programa de Derechos Humanos de la UNAM, consultora en temas de desaparición forzada, visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Trabajos de investigación en Estados Unidos, Italia y España. 27 años

<sup>24</sup>Ley núm. 30220, (supra 8), art. 130; Estatuto de la Universidad Católica de Santa María, literal g).

<sup>25</sup>Alonso Sánchez, D. Gil Pérez y Joaquín Martínez, (supra nota 5), 1996, p. 6.

<sup>26</sup>Alonso Sánchez, D. Gil Pérez y Joaquín Martínez, (supra nota 5), 1996, p. 10.



acrítica de conocimientos, y preferirse exámenes en los que se incentive el análisis, la interpretación, el razonamiento y la argumentación.

Sobre este tipo de exámenes, Emmanuel Capra tiene una opinión realista: "*Il est plus aisé de corriger un texte qui est toujours le même que d'analyser le contenu d'une réflexion différente à chaque devoir*" (es más fácil corregir un texto que no varía, que analizar el contenido de reflexiones diferentes)<sup>27</sup>. Este testimonio, evidencia dos debilidades de las pruebas de opinión o apreciación personal. Por un lado, teniendo en cuenta que en un docente puede tener más de doscientos estudiantes por semestre, resulta poco factible la corrección de tal cantidad de exámenes en los que se tenga que hacer una lectura detenida de cada una de las respuestas; es mucho más sencillo corregir pruebas con alternativas múltiples, sobre todo, si se toma en cuenta que el docente, además de corregir exámenes, debe preparar sus clases, mantenerse actualizado y dedicarse al ejercicio de su carrera.

Por otro lado, calificar preguntas de argumentación, necesariamente implicaría evaluar aspectos subjetivos, pues toda respuesta debidamente fundamentada, debería ser calificada como válida. Por esta razón, los docentes prefieren tomar evaluaciones de alternativas múltiples, conocidas como "pruebas objetivas". Sin embargo, la búsqueda de objetividad tiene una consecuencia negativa, con el fin de garantizar dicha objetividad se limita la evaluación a lo más fácilmente medible, evitando todo lo que pueda dar lugar a respuestas imprecisas<sup>28</sup>. Es realmente curioso que, en nuestra facultad, siendo una facultad de letras, se dé tanta importancia a los números; más aún cuando el fenómeno de atribución numérica acarrea los riesgos de imprecisión y tergiversación, que se agravan por la aparente objetividad que encierra un número<sup>29</sup>.

La medición cuantitativa de un logro no es por sí misma incorrecta, lo peligroso es esperar de un número lo que no puede ni pretende expresar<sup>30</sup>. Es necesario comprender que la

<sup>27</sup>Testimonio de Emmanuel Henri Charles Capra, Máster de ciencias económicas y financieras por la Universidad Nice Sophia Antipolis, Francia, 45 años.

<sup>28</sup>Alonso Sánchez, D. Gil Pérez y Joaquín Martínez, (supra nota 5), 1996, p. 2.

<sup>29</sup>Santos, M. 1990. "La evaluación: un proceso de diálogo, comprensión y mejora. Investigación en la Escuela", páginas 20 y 23.

<sup>30</sup>Aebli, Hans, 1989. *¿Para qué los exámenes?*, Narcea Ediciones, Madrid, p. 336.

atribución de una calificación jamás va ser infalible; además, es necesario tomar conciencia, que una carrera como derecho, no tiene el nivel de precisión que tienen las ciencias exactas, por lo que la prioridad no debe estar en tomar exámenes más "objetivos", sino en hacer evaluaciones prácticas lo más cercanas al ejercicio real de la profesión. Preguntas que requieran la resolución de un caso concreto permiten evaluar el nivel de conocimientos de los estudiantes y las capacidades que tienen para emplear estos conocimientos en la resolución de un problema. Exámenes que exijan la aplicación de normas y principios jurídicos para la resolución de un caso concreto, acercan al estudiante al ejercicio real de la profesión, no implican el tedio de tener que calificar respuestas extensas y subjetivas, y permiten ejercitar el análisis, la interpretación, el razonamiento y la argumentación.

### **Asistencia mental obligatoria**

Actualmente, la asistencia a clases es utilizada como un criterio de evaluación. Lamentablemente, lo que se valora es la asistencia física del estudiante, y no su asistencia mental. De nada sirve la presencia física de un estudiante si mentalmente está ausente; por esta razón, la asistencia debe estar acompañada de la participación activa del estudiante durante el desarrollo de las clases. Por otro lado, si se desea considerar la asistencia como un criterio de calificación, podría llamarse lista al finalizar la clase, para llevar un registro de las participaciones de los estudiantes, esto permitiría reunir un número elevado de resultados de cada estudiante reduciendo sensiblemente la aleatoriedad de una valoración única<sup>31</sup>.

La mayoría de docentes ha tenido alguna vez un estudiante que interviene de manera brillante en clases, pero que en el examen no logra reflejar lo mismo (posiblemente porque el examen estuvo hecho únicamente para evaluar la memoria del estudiante). Una evaluación continua de las intervenciones del estudiante, permitiría evitar este tipo de injusticias, fomentaría una mayor participación por parte de los estudiantes y, consecuentemente, generaría mayor conocimiento.

Por otro lado, si un estudiante logra acreditar el dominio de un curso, merece aprobarlo sin que la inasistencia a clases sea un impedimento. Lógicamente, para que esto sea viable, es necesario que el tipo de evaluación que se emplee sea adecuado, cumpla con las características anteriormente descritas y esté lo más cerca posible al ejercicio real de la profesión.

Los conocimientos de la carrera profesional de derecho, por su propia naturaleza, tienen la ventaja de poder ser adqui-

<sup>31</sup>Alonso Sánchez, D. Gil Pérez y J. Martínez, (supra nota 5), 1996, p. 6.

ridos mediante la lectura; por lo que las clases deberían ser espacios de debate y de generación de nuevos conocimientos. Para poder alcanzar este fin, es estrictamente necesario que el sílabo se cumpla a cabalidad, permitiendo que los estudiantes conozcan los contenidos que se van a abordar y puedan estudiarlos con anterioridad al desarrollo de la clase, de tal manera, que en el salón se pueda debatir y profundizar el tema materia de estudio.

La asistencia que sí debe ser obligatoria es la de los docentes, para que todo estudiante que quiera reforzar un tema, pueda asistir a clases con la certeza de que tendrá a un docente capaz de complementar y ahondar los conocimientos que adquirió mediante la lectura. Lamentablemente, uno de los problemas más graves de nuestra facultad, y el que mayor desmotivación causa, es la inasistencia de los docentes.

A modo ilustrativo: *"El día viernes 26 de noviembre del 2016, debí tener clases de cinco cursos, las clases comenzaban a las 17:00 horas; únicamente hubo clases del curso que tocaba a las 20:00 horas. Lo más crítico es que ninguno de los cuatro docentes que faltaron a clases comunicó previamente su inasistencia, y como actualmente se evalúa la asistencia de los estudiantes, fuimos varios los que tuvimos que tomar taxis para poder llegar a tiempo y darnos con la sorpresa que, a las 17:10 horas, el docente de la primera clase llamó al delegado para avisarle que no asistiría a clases. Durante tres horas, estuvimos sentados esperando que lleguen nuestros docentes o, al menos, tengan la gentileza de llamar para avisar que no vendrían. Lamentablemente, estamos tan habituados a sus tardanzas, que igual tuvimos que esperar porque en cualquier momento podían llegar"*<sup>32</sup>.

Esta situación tan frecuente, constituye una enorme desmotivación para el aprendizaje; a tal punto, que puede considerarse como la principal causa de la baja asistencia a clases por parte de los estudiantes. Si la Facultad valora tanto la asistencia, a tal punto que impide que se puedan rendir exámenes en caso se supere cierto porcentaje de faltas, debería preocuparse más por la asistencia física de sus docentes y por la asistencia mental de sus estudiantes.

### El rol de las redes sociales

Pensar que los estudiantes universitarios no se sienten comprometidos con la sociedad o no tienen interés por los problemas que la aquejan, es un grave error. Prueba del interés y del involucramiento social que han asumido los jóvenes, son las marchas que se realizaron el año 2014 contra la Ley núm.

<sup>32</sup> Testimonio personal del autor.

30288, "Ley que promueve el acceso de jóvenes al mercado laboral y a la protección social". La mayoría de los jóvenes que salieron a protestar eran universitarios y se organizaron a través de las redes sociales. El problema es que este interés no se plasma en las aulas, excepto cuando se reclama una nota.

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación redefinen nuestras vidas, exigiendo progresivamente un mayor uso de conocimientos aplicados, habilidades de comunicación compleja, pensamiento experto y sistémico<sup>33</sup>. Las redes sociales se han convertido en un valioso espacio de debate masivo. Según Ipsos, para el año 2013 el 98% de usuarios de internet tenían una cuenta en Facebook, 24% en Twitter y 12% en Hi5. En relación con la frecuencia con que los usuarios utilizan Facebook, un 22% está conectado todo el día, 10% entra varias veces al día, 13% una vez al día y 31% se conecta cada dos o tres días<sup>34</sup>. Páginas de Facebook como "UCSM Confesiones – Oficial"<sup>35</sup> o "Confesiones Derecho UCSM"<sup>36</sup> se han convertido en un espacio de debate y crítica a la situación actual de nuestra universidad. Si bien, la mayoría de comentarios y publicaciones que se hacen tienen un sentido humorístico, también han servido para sacar a la luz problemas que se presentan en nuestra casa de estudios. Una particularidad de estas páginas es el anonimato, los usuarios pueden enviar mensajes al administrador(a)(es) de la página para que sean publicados de manera anónima, lo curioso es que la mayoría de críticas que se publican, no trascienden más allá de Facebook, pues los estudiantes no se atreven o no tienen el interés de hacerlas llegar a las autoridades de manera personal, asunto totalmente comprensible en un modelo escolástico en el que se desincentiva la crítica.

Así como se usan las redes sociales para sacar a relucir problemas sociales, también son utilizadas como espacios de debate. Al respecto, el historiador, sociólogo y periodista peruano Nelson Manrique señala que los cambios en las formas de comunicación social a su vez afectan profundamente las formas de organización y participación política, al cues-

<sup>33</sup>UNESCO, 2013, (supra nota 22).

<sup>34</sup>Ipsos-Apoyo Opinión y Mercado, 2013. *Perfil del internauta: Lima y principales provincias*.

<sup>35</sup>Página disponible en <https://www.facebook.com/ConfesionesUcsmoficial/?fref=ts>

<sup>36</sup>P. disponible en <https://www.facebook.com/UCSMCONFESIONES/?fref=ts>

tionar las estructuras piramidales y sus jerarquías<sup>37</sup>. Si bien las redes sociales son un valioso espacio de debate, es necesario que la deliberación no se limite a internet, sino que se haga visible en todos los lugares donde se desarrolla la vida social<sup>38</sup>.

En cuanto al debate académico, la universidad es un espacio idóneo para su desarrollo; aquí el estudiante tiene la ventaja de tener un docente que pueda guiar la discusión académica; sin embargo, es necesario que se rompan las estructuras piramidales, para que estudiantes y docentes puedan confrontar sus ideas en igualdad de condiciones. Las universidades deben asumir el rol de ser los espacios predilectos para el debate alturado, respetuoso, tolerante y agradable tanto para estudiantes como docentes. Como lo señala Castells, cuanto más interactiva y confiable sea la comunicación, menos jerárquica es la organización y más participativo el movimiento<sup>39</sup>. Por eso es necesario romper las barreras entre docentes y estudiantes, se tiene que dar la transición de "respetar" al profesor a "estimar" al profesor. La relación entre docentes y estudiantes debe ser horizontal y no vertical.

Las calificaciones, los trabajos, las intervenciones en clase, los exámenes, la tecnología, la asistencia a clases, e incluso las redes sociales, deben ser aprovechadas como herramientas de aprendizaje. Así lo ha reconocido el Currículo Nacional de la Educación Básica (en adelante, Currículo Nacional) que, dentro del perfil del egresado de la educación básica, consagra la capacidad del estudiante de participar y relacionarse con responsabilidad en redes sociales y comunidades virtuales, a través de diálogos basados en el respeto y el desarrollo colaborativo de proyectos<sup>40</sup>. Si a nivel de la educación primaria y secundaria, se reconoce el uso instrumental de las redes sociales, con mayor razón deben emplearse a nivel universitario.

El aprovechamiento de las redes sociales como herramientas de aprendizaje, no es el único aporte del Currículo Nacional que se puede aplicar a la educación superior universitaria.

<sup>37</sup>Nelson Manrique Gálvez, *Una alucinación consensual. Redes sociales, cultura y socialización en internet*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.

<sup>38</sup>Manuel Castells, *Redes de Indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de internet*, Alianza Editorial, Madrid, 2012.

<sup>39</sup>Manuel Castells, "La era de la información. Economía, sociedad y cultura", Alianza Editorial, Madrid, Manuel, 1997.

<sup>40</sup>Currículo Nacional de la Educación Básica, aprobado en mayo de 2016 mediante la Resolución Ministerial núm. 281-2016, página 10.

En el siguiente apartado, se enumeran aportes de vital importancia para el cambio y mejoramiento de la educación básica, y se analiza su aplicabilidad en el ámbito universitario.

### **El Currículo Nacional, un hito en la historia de la educación peruana**

El nuevo modelo de enseñanza-aprendizaje impone que estén alineados con las competencias tanto los métodos como los sistemas de evaluación<sup>41</sup>. En Europa, el sistema de evaluación ha ido evolucionado desde el sistema del examen final exclusivo, propio de la metodología docente tradicional, hasta el sistema de evaluación acumulativa por actividades propio de la metodología docente activa<sup>42</sup>.

Perú no se ha quedado atrás en el proceso evolutivo de la educación, prueba de ello es la reciente aprobación del Currículo Nacional. Este documento contiene el perfil del egresado de educación básica y prioriza las características de los estudiantes, sus intereses y aptitudes. Este hito histórico en la educación básica peruana se implementará a partir del 01 de enero del año 2017 en todas las instituciones y programas educativos públicos y privados de la educación básica.

Este documento se basa en el desarrollo de competencias y capacidades. El Currículo Nacional considera que ser competente supone utilizar los conocimientos y habilidades que uno posee para la resolución de un problema; mientras que las capacidades son los recursos necesarios para actuar de manera competente: conocimientos, habilidades y actitudes<sup>43</sup>.

En cuanto a los conocimientos, reconoce que los estudiantes son capaces de construirlos; por lo que el aprendizaje debe estar alejado de la repetición mecánica y memorística de los conocimientos preestablecidos y debe favorecer la producción de conocimiento. Las habilidades hacen referencia al talento, la pericia o la aptitud de una persona para desarrollar alguna tarea con éxito<sup>44</sup>. Mientras que las actitudes, son disposiciones

---

<sup>41</sup>R. Rodríguez-Izquierdo, *Modelo formativo en el Espacio Europeo de Educación Superior. Valoraciones de los estudiantes*, 2014, p. 42.

<sup>42</sup>Pascual Ezama, Camacho-Miñano, Müller Urquia, *¿Son los nuevos criterios de evaluación en el marco del EEES adecuados para valorar el rendimiento académico de los estudiantes?*, Revista Educade, 2011.

<sup>43</sup>Currículo Nacional de la Educación Básica, (supra nota 40), p. 21.

<sup>44</sup>Idem, p. 22.

o tendencias para actuar de acuerdo o en desacuerdo a una situación específica<sup>45</sup>.

Hasta este punto, el Currículo Nacional es altamente compatible con el modelo educativo universitario que se propone en el presente trabajo. Sin embargo, entendiendo que las universidades son centros de especialización y, reconociendo las diferencias entre la educación básica y la universitaria; no resultaría exigible para las universidades, que asuman el inicio del proceso de desarrollo de estas competencias y capacidades que deben fomentarse desde los primeros años de vida. Sin embargo, las universidades, como entes fundamentales del desarrollo nacional<sup>46</sup>, tienen un rol trascendental en la formación de los recursos humanos, por lo que deben ser espacios de fortalecimiento de estas competencias y capacidades.

Dado que el Currículo Nacional recién se implementará el próximo año, pasará aún bastante tiempo para que sus resultados se puedan apreciar en estudiantes universitarios con competencias y capacidades desarrolladas. Mientras tanto, si bien las universidades no pueden asumir el rol inicial de la educación básica, es importante que, al menos, se encaminen en la dirección correcta y fomenten la creación del conocimiento y no su repetición.

Evidentemente, la educación superior tiene características diferentes respecto de la educación básica, pero ambas son partes de un mismo proceso, por lo que es necesario tomar conciencia que el problema de la educación acrítica y memorística afecta a ambas por igual. Las universidades no pueden rehuir a este problema, por el contrario, deben confrontarlo aprovechando la autonomía de la que disponen.

En la educación superior universitaria, prima la libertad de cátedra, por lo que ciertamente cada docente puede emplear los métodos que considere más adecuados, tal y como está reconocido en la nueva ley universitaria<sup>47</sup>. Las propuestas del presente trabajo son compatibles con los principios reconocidos en esta ley: espíritu crítico y de investigación, pluralismo, tolerancia, diálogo intercultural e inclusión, pertinencia y compromiso con el desarrollo del país, creatividad, innovación y afirmación de la vida y de la dignidad humana<sup>48</sup>.

<sup>45</sup>Idem.

<sup>46</sup>Ley núm.30220, (supra nota 8), art. 1.

<sup>47</sup>Ley núm.30220, (supra nota 8), art. 5,8 y 123.

<sup>48</sup>Ley núm.30220, (supra nota 8), art. 5

Reconociendo que el sistema de evaluación condiciona la forma en la que se estudia y, por tanto, afecta el proceso de aprendizaje de los estudiantes<sup>49</sup>, es fundamental que los docentes, al ejercer su derecho de libertad de cátedra, empleen las herramientas descritas a lo largo de este trabajo con la finalidad de mejorar el aprendizaje, y no con la finalidad de acentuar su autoridad a través de las notas.

Habiéndose identificado y descrito la realidad en torno a las calificaciones, cabe analizar cuál es el origen de este problema. Para ello, se analizan los testimonios de estudiantes y docentes en torno al rol de las notas.

*"En Colombia el tema de las notas es muy parecido a Perú, en mi universidad las notas juegan el papel más importante, debido a que los estudiantes están más preocupados por sacar un tres (nota mínima para pasar) que en aprender. La forma de enseñar del docente, ocasiona que los estudiantes se queden con conocimientos muy básicos, con tal de aprobar. Aquí se mira a un estudiante por cuanto saca en un examen, y no se valora el conocimiento que se lleve"<sup>50</sup>. "Muchos de mis compañeros sacaban el cálculo para aprobar con once punto cinco y cuando superaban esa nota, dejaban de estudiar"<sup>51</sup>.*

Como se puede apreciar, la facultad de derecho de nuestra universidad, no es la única en la que se priorizan las notas por encima del aprendizaje. Esta no es una percepción sólo de los estudiantes, el siguiente testimonio de un docente de la carrera profesional de derecho de la Universidad Católica San Pablo, corrobora el mismo problema. *"El sistema de calificación de la universidad en la que enseño, genera que los estudiantes maten por décimas de puntaje, los reclamos por notas son bastante frecuentes. El modelo educativo actual, necesariamente requiere de un sistema de calificación, por lo que las notas no pueden desaparecer, lo que se debe buscar es que el método para su obtención sea el menos memorista posible. Recientemente se está incentivando a los docentes el uso de ejemplos como método de enseñanza para reforzar los contenidos"<sup>52</sup>.*

<sup>49</sup>R. Murphy, "Evaluating new priorities for assessment in higher education", Nueva York, 2006.

<sup>50</sup>Testimonio de John Jairo Garzón Velásquez, estudiante de X semestre de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, 21 años.

<sup>51</sup>Testimonio de Deyanira Meza Cárdenas, Bachiller en Administración de Empresas por la Universidad Católica San Pablo, 25 años.

<sup>52</sup>Testimonio de Gian Carlo Quiroz Sosa, docente de la carrera de derecho de la Universidad Católica San Pablo y Jefe del Órgano Resolutivo de



No sólo en el ámbito universitario se aprecia esta problemática. *"Esta situación es universal, la encontramos en colegios, universidades, institutos, escuelas, etc. En el caso del centro de idiomas donde yo, no solamente trabajé, si no también, estudié hace algunos años, es un claro ejemplo de ello, ya que se da un notable mayor valor a las notas de los exámenes físicos, que a la evaluación indirecta o del día a día. Particularmente, no me parece preciso emplear este tipo de evaluaciones directas o exámenes definitivos y determinantes, ya que la educación, si bien debe ser cuantificada para poder materializarse, no puede caer en el vicio de simples números"*<sup>53</sup>.

Tal y como se detalló en la parte introductoria del presente trabajo de investigación, una evaluación bien enfocada es una evaluación formativa y funciona como una herramienta de enseñanza y aprendizaje. Por esta razón, en la actualidad las notas aún tienen un rol importante, pero no deberían tener el rol principal. La educación universitaria argentina, que difiere sustancialmente de su educación básica, es un ejemplo alentador de cómo las notas pueden ser relegadas a un segundo lugar, para dar paso a lo realmente importante, el aprendizaje.

*"Aquí, por lo general, a los estudiantes les gusta aprender, incluso tengo compañeros que cuando sienten que no están aprendiendo, prefieren volver a hacer la materia aún con posibilidades de aprobarla, incluso los grupos estudiantiles hacen movidas para mejorar las cátedras de profesores que te aprueban así no hayas aprendido nada"*<sup>54</sup>. *"Depende de cada uno el querer mejorar, ningún profesor te va aumentar la nota porque vayas a un evento de extensión. Si te sacás un diez es porque te lo ganaste"*<sup>55</sup>.

El modelo argentino resulta particularmente interesante pues, la educación básica y la superior tienen características diametralmente opuestas. *"En los colegios, los estudiantes mueren por la nota y no por el aprendizaje, se aprenden todo de memoria con la finalidad de terminar rápido el colegio, y con ese título van a buscar trabajo, por eso no les importa aprender, sólo quieren laburar y terminar con la escuela como sea. Los que*

---

Procedimientos Sumarísimos de Indecopi-Arequipa, 36 años.

<sup>53</sup> Testimonio de Guillermo Fernández Cano, profesor de Inglés del Centro Cultural Peruano Norteamericano durante los años 2015 y 2016, 23 años.

<sup>54</sup> Testimonio de Zuline Manrique Benavides, estudiante de sociología en la Universidad Nacional de La Plata, 24 años.

<sup>55</sup> Testimonio de Renzo Paolo Chávez Quintanilla, estudiante de la Escuela de Teatro La Plata - FOBA, Formación Básica Actoral. 19 años.

*van a las universidades son totalmente distintos, ellos estudian porque realmente quieren, no porque la sociedad los obliga*<sup>56</sup>.

#### Conclusiones

1. La mayoría de estudiantes perciben las notas como un fin en sí mismas y no como herramientas de aprendizaje.
2. La sobrevaloración de las calificaciones es un problema que se presenta en colegios, universidades y demás centros de estudios peruanos y extranjeros, tanto en el ámbito público como en el privado.
3. Los trabajos, las intervenciones en clase, los exámenes, la tecnología, la asistencia a clases, e incluso las redes sociales, deben aprovecharse como herramientas de aprendizaje.
4. El perfil de un egresado de la carrera de derecho, requiere el desarrollo de las capacidades de análisis, razonamiento, crítica, debate y confrontación de ideas. Estas capacidades deben ser evaluadas a través de casos prácticos que aproximen al estudiante al ejercicio real de su futura profesión.
5. El Currículo Nacional es un hito en la historia de la educación básica peruana. Si bien la educación básica y la superior tienen características particulares, los aportes de este valioso documento son aplicables en el ámbito universitario.
6. La presión social es responsable de la sobrevaloración de las calificaciones.
7. A través del arte y la cultura, se puede estimular el autoconocimiento, la estima propia y la libertad de expresión, aspectos fundamentales para combatir las consecuencias negativas de la presión social.

#### Propuesta

En el presente trabajo de investigación, se ha demostrado que la evaluación, cuando es adecuadamente utilizada, contribuye al aprendizaje de los estudiantes. En el caso de la carrera profesional de derecho, es necesario que las capacidades de análisis, interpretación, razonamiento, crítica y confrontación de ideas prevalezcan por encima de la repetición y el memorismo. Con este objetivo, se propone un cambio en los métodos de evaluación que emplean los docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Se propone que, a través de las autoridades de nuestra facultad, se incentive la utilización de métodos de evaluación que aproximen a los estudiantes, lo más posible, al ejercicio real de la abogacía.

<sup>56</sup>Testimonio de Maximiliano Barrionuevo Álvarez, estudiante de la carrera profesional de periodismo y comunicación social de la Universidad Nacional de La Plata, 19 años.

Se propone que las autoridades de nuestra facultad, fomenten la correcta utilización de herramientas de aprendizaje; exámenes, trabajos, exposiciones, asistencia a clases y demás actividades académicas, deberán emplearse para generar nuevo conocimiento y deberán aprovecharse como oportunidades de acercamiento al ejercicio futuro de la profesión.

Complementariamente, se propone la creación del Taller de Teatro de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, como un espacio libre en el que los estudiantes, de manera voluntaria, y a través de actividades enfocadas en el ejercicio profesional de la abogacía, puedan mejorar su expresión oral y corporal. Adicionalmente, mediante este taller, se incentivaría la libertad de expresión, se estimularía el autoconocimiento y se fortalecería la autoestima de los estudiantes; aspectos absolutamente necesarios para hacer frente a la presión social. Personalmente, me comprometo a impulsar esta iniciativa asumiendo la conducción de este taller y poniendo a disposición de nuestra facultad los contactos y herramientas que permitan su puesta en práctica.

### Conclusiones

1 La mayoría de estudiantes perciben las notas como un fin en sí mismas y no como herramientas de aprendizaje.

2 La sobrevaloración de las calificaciones es un problema que se presenta en colegios, universidades y demás centros de estudios peruanos y extranjeros, tanto en el ámbito público como en el privado.

3 Los trabajos, las intervenciones en clase, los exámenes, la tecnología, la asistencia a clases, e incluso las redes sociales, deben aprovecharse como herramientas de aprendizaje.

4 El perfil de un egresado de la carrera de derecho, requiere el desarrollo de las capacidades de análisis, razonamiento, crítica, debate y confrontación de ideas. Estas capacidades deben ser evaluadas a través de casos prácticos que aproximen al estudiante al ejercicio real de su futura profesión.

5 El Currículo Nacional es un hito en la historia de la educación básica peruana. Si bien la educación básica y la superior tienen características particulares, los aportes de este valioso documento son aplicables en el ámbito universitario.

6 La presión social es responsable de la sobrevaloración de las calificaciones.

7 A través del arte y la cultura, se puede estimular el autoconocimiento, la estima propia y la libertad de expresión, aspectos fundamentales para combatir las consecuencias negativas de la presión social.

### Propuesta

En el presente trabajo de investigación, se ha demostrado que la evaluación, cuando es adecuadamente utilizada, contribuye al aprendizaje de los estudiantes. En el caso de la carrera profesional de derecho, es necesario que las capacidades de análisis, interpretación, razonamiento, crítica y confrontación de ideas prevalezcan por encima de la repetición y el memorismo. Con este objetivo, se propone un cambio en los métodos de evaluación que emplean los docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Se propone que, a través de las autoridades de nuestra facultad, se incentive la utilización de métodos de evaluación que aproximen a los estudiantes, lo más posible, al ejercicio real de la abogacía.

Se propone que las autoridades de nuestra facultad, fomenten la correcta utilización de herramientas de aprendizaje; exámenes, trabajos, exposiciones, asistencia a clases y demás actividades académicas, deberán emplearse para generar nuevo conocimiento y deberán aprovecharse como oportunidades de acercamiento al ejercicio futuro de la profesión.

Complementariamente, se propone la creación del Taller de Teatro de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, como un espacio libre en el que los estudiantes, de manera voluntaria, y a través de actividades enfocadas en el ejercicio profesional de la abogacía, puedan mejorar su expresión oral y corporal. Adicionalmente, mediante este taller, se incentivaría la libertad de expresión, se estimularía el autoconocimiento y se fortalecería la autoestima de los estudiantes; aspectos absolutamente necesarios para hacer frente a la presión social. Personalmente, me comprometo a impulsar esta iniciativa asumiendo la conducción de este taller y poniendo a disposición de nuestra facultad los contactos y herramientas que permitan su puesta en práctica.

### Bibliografía

Hans Aebli, *¿Para qué los exámenes?*, Narcea Ediciones, Madrid, 1989.

Manuel Castells, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Alianza Editorial, 1997.

Manuel Castells, *Redes de Indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de internet*, Alianza Editorial, Madrid, 2012.

Pascual Ezama, Camacho-Miñano, Müller Urquia, *¿Son los nuevos criterios de evaluación en el marco del EEES adecuados para valorar el rendimiento académico de los estudiantes?*, Revista Educade, 2011.

Miriam González Pérez, *Evaluación del aprendizaje en la enseñanza universitaria*, Centro de Estudios para Perfeccionamiento de la Educación Superior, Universidad de la Habana, Cuba, 2000.

Robin Horn, Laurence Wolff y Eduardo Vélez, *Sistemas de evaluación educacional en América Latina. Reseña temática y experiencias recientes*, Boletín Proyecto Principal de Educación en América Latina y el Caribe de la Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe, 1992.

Peter Large, *The Micro Revolution Revisited*, Rowman & Littlefield Publishers. 1984.

Nelson Manrique Gálvez, *Una alucinación consensual. Redes sociales, cultura y socialización en internet*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.

R. Murphy, *Evaluating new priorities for assessment in higher education*, Nueva York, 2006.

P. Rico Montero, *La formación de acciones de control y valoración de la actividad de aprendizaje en escolares primarios*, Revista Cubana de Psicología, Vol. VIII, 1, La Habana, 1991.

R. Rodríguez-Izquierdo, *Modelo formativo en el Espacio Europeo de Educación Superior. Valoraciones de los estudiantes*, 2014.

Alonso Sánchez, D Gil Pérez y J. Martínez, *Evaluar no es calificar. La evaluación y la calificación en una enseñanza constructivista de las ciencias*, Departamento de Didáctica de las Ciencias de la Universidad de Valencia, 1996.

María Sánchez, David Pascual, María Delgado, *Better informed students: Better academic performance*, Revista de Contabilidad de la Asociación Española de Profesores Universitarios de Contabilidad, Edición del 31 de Mayo de 2016.

M. Santos, *La evaluación: un proceso de diálogo, comprensión y mejora. Investigación en la Escuela*, 1990.

W. Schulz, Peter Ainley, J. Fraillon, D. Kerr, B. Losito, *Latin American Report. Civic knowledge and attitudes among lower-secondary students in six Latin American countries*, Amsterdam, 2011.

Juan C. Valdivia, *Ensayos paganos: ética, derecho y educación*, Editorial Adrus, 2012.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-377 del 24 de agosto de 1995 (Fabio Morón Díaz vs. Vladimiro Naranjo Mesa).

Currículo Nacional de la Educación Básica, aprobado en mayo de 2016 mediante la Resolución Ministerial núm. 281-2016.

Encuesta realizada por Ipsos – Apoyo Opinión y Mercado, *Perfil del internauta: Lima y principales provincias*, 2013.

Estatuto de la Universidad Católica de Santa María.

Ley núm. 30220, *Ley Universitaria*, publicada el 9 de julio de 2014 en el Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Educación de Argentina, Anuario de Estadísticas Universitarias de Argentina, 2011.

Plan de Estudios de la escuela profesional de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, vigente desde el año 2016.

Proyecto Educativo Nacional. Lima, noviembre de 2006.

UNESCO, *Los sistemas de medición y evaluación de la calidad de la educación*, 1997.

UNESCO, *Situación Educativa de América Latina y el Caribe. Hacia la educación de calidad para todos al 2015*, 2013.

Página del Diario Oficial El Peruano, <http://www.elperuano.pe/noticia-minjus-pone-a-disposicion-160000-normas-juridicas-48084.aspx>

## *Opiniones*

## UNA EVALUACIÓN NECESARIA A LA LEY UNIVERSITARIA

Jorge Luis Cáceres Arce

La Constitución Política en su Artículo 18, consagra la autonomía con la que gozan las Universidades Peruanas, cualidad institucional recogida de la reforma universitaria de 1918, de la ciudad de Córdoba, y que les permite autogobernarse, organizarse académicamente, o administrativamente y desde la perspectiva económica.

Esta condición institucional que hoy es un precepto constitucional recogido de la carta de 1979, fue un acierto que garantizó la libertad de cátedra y el rechazo a la intolerancia.

La autonomía responde al espíritu de independencia que es consustancial a las universidades, porque su finalidad es recoger y desarrollar el saber, además de transmitirlo dentro del escenario de la verdad, la cual debe obtenerse con honestidad y razón, como bien lo plantea el profesor Enrique Bernal.

La autonomía universitaria está vinculada al quehacer inherente de toda Universidad, tiene un componente de protección y de garantía de su labor frente a los Poderes del Estado, que pretenden subordinarlos.

Es indudable que la autonomía es un tema que comprende asuntos políticos inevitables – El Estado y NO el Gobierno debe garantizar un escenario que genera condiciones para que la Universidad realice su enseñanza, investigación y pensamiento crítico con independencia y seguridad.

La autonomía universitaria es sin dudas la garantía para que los fines proclamados por la Constitución Política, se cumplan con objetividad, sin interferencias gubernamentales y en el pleno ejercicio de libertades. De lo contrario los fines de la Universidad Peruana se desnaturalizan, en SÍ, degeneran la esencia de toda la Universidad.



Ante lo comentado, consideramos que el Consejo Directivo de la SUNEDU (Art. 17, Ley 30220), debe ser el aval para que la autonomía se respete, la actual composición, no es plural ni representativa, sus integrantes son comisionados del gobierno (2) y los restantes académicos escogidos por la supuesta meritocracia (5).

La SUNEDU, como órgano controlador y regulador del sistema universitario, debe estar integrado por representantes del Estado y los usuarios (Comunidad Universitaria).

La Comunidad Universitaria a través de los Rectores de las Universidades públicas y privadas. Dos por cada clase de Universidad y el Gobierno (CONCYTEC Y MINISTERIO DE EDUCACIÓN).

En resumen un Consejo Directivo integrado por sus seis miembros: Dos representantes del Gobierno, dos representantes de la Universidades Públicas y dos representantes de las Universidades Privadas (Entre sus Rectores o Ex Rectores).

El Superintendente elegido por el Consejo Directivo entre sus integrantes por un periodo de dos o tres años, no siendo reelecto.

Los representantes designados por un periodo de dos o tres años, no siendo reelectos.

Esta composición asegura una representatividad plural e institucional, donde los principios de autonomía e independencia estarían resguardados y la comunidad universitaria debidamente respetada, como lo dispone el numeral 18, tercer párrafo de la carta política.

Un segundo asunto, que consideramos oportuno de evaluación esta vinculado a cumplir con el mandato que dispone el art. 83 de la Ley 30220 en relación a que Universidad debe contar con un 25 % de profesores a tiempo completo.

Estamos de acuerdo que debemos cumplir con esta exigencia para asegurar la calidad educativa y alcanzar la acreditación de nuestras escuelas profesionales donde los docentes cumplirán tareas vinculadas a la investigación, la extensión, la proyección, la producción intelectual, los proyectos de desarrollo académico entre otras funciones.

Consideramos que este porcentaje del 25% de docentes a tiempo completo, puede implementarse progresivamente, gradualmente, un 15% entre los años 2017-2018 y el 10% restante entre los años 2019-2020. Esta progresividad permitirá, especialmente a las Universidades Privadas (Asociativas) a NO incrementar sus pensiones, tasas y servicios académicos en forma radical, en perjuicio de las economías de los hogares universitarios.

Las Universidades Privadas (Asociativas), como las nuestras, financiamos nuestros presupuestos de fuentes que provienen de los servicios académicos en un 95 %. Es cierto que recibimos aportes de los fondos concursables, CONCYTEC y la Cooperación Internacional para tareas de Investigación, empero en un porcentaje inferior al 2% anual.

Las Universidades Públicas, requerirán de mayores recursos económicos del Estado, para cubrir las plazas a tiempo completo y entendemos que las Universidades Privadas (Societarias), también requerirán de estas clases de fondos para financiar las plazas de docentes a tiempo completo.

Este sistema es aplicable (De progresividad), en relación a que los profesores universitarios que NO cuentan con el Grado Académico de Magister o Maestro, se les ha otorgado el plazo de 5 años, para obtener el Grado Académico, así lo señala la tercera disposición complementaria y transitoria de la Ley de desarrollo constitucional núm. 30220.

*Reseñas bibliográficas y publicaciones  
recibidas*

*Beccaria, Dei delitti e delle pene, facsímil de la edición príncipe de 1764, con unas Cartas de Cesare Beccaria a su hija Giulia (traducidas y anotadas por Julio Armaza Galdos), Editorial Pangea, Arequipa, 2016 (un volumen de 203 pp.)*

En buena parte de los países Latinoamericanos (Argentina, Brasil, México, Colombia), se ha publicado la obra del marqués de Beccaria. Perú, con retraso injustificado, hizo lo propio el año de 1993 —fecha en la que el Instituto de Derecho y Ciencias Políticas de Lima, dio a la estampa, en AFA Editores Importadores, el libro del inquieto filósofo lombardo—.

De la edición arequipeña de principios del 2016 (que sería la segunda aparecida en nuestro país), sobre la que nos ocupamos a continuación, cabe indicar lo siguiente:

La correspondencia que precede a *De los delitos y de las penas*, ocupa las 85 primeras páginas e, incluye, 27 telegráficas misivas —todas elaboradas el año de 1785, cuando Beccaria tenía 47 años y Giulia, 23—. Muy expresiva es la carta del 6 de enero; aleccionadora, más bien, la del 16 de marzo; desalentadora la del 2 de agosto; triste, muy triste, la del 10 de septiembre; esperanzadora (o más bien ingenua) la del 2 de octubre; extremadamente

prácticas las del 21 de octubre y 2 de noviembre y, finalmente, muy de nuestro tiempo, la del 21 de noviembre.

Entre los autores y personajes que desfilan en las cartas, ocupan un lugar destacado Pietro y Alessandro Verri, Denis Diderot, Morellet, Paul D'Holbach, el caritativo juez Canaletto (autor de unas *Observaciones sobre la justicia criminal* que esperamos sean pronto también publicadas) y, sobre todo, Giulia, la hija mayor de Beccaria.

La librería de los hermanos Verri, adecuadamente implementada, poseía obras de Cervantes, Ludovico Antonio Muratori, Claude-Adrien Helvétius, Montesquieu, La Mettrie, Francesco Filelfo, Dante Alighieri, Francis Hutcheson, Marsilio Ficino, Aristóteles, Hesíodo, Aristófanes, Herodoto, Plutarco, Platón y Píndaro. En dicha biblioteca, como lo ha evidenciado una comunicación de Alessandro Verri a Isidoro Bianchi (de fecha 16 de abril de 1803), redactó el marqués algunos capítulos de *Dei delitti*; otros, en cambio, los elaboró en el domicilio familiar (*palazzo di Brera*) e, inclusive, en la villa de Gessate que poseía el padre en las afueras de Milán.

Una, entre las muchas cartas que llamaron nuestra atención, es la del 27 de marzo que, puntualmente, indica lo siguiente: "*Giulia. En algún lugar de mi pequeña obra,*

fui rotundo al sostener que la suavidad de las sanciones distingue a una sociedad culta de otra que está lejos de serlo; ello, me hacía ver que la clemencia, por parte de los jueces, era innecesaria.

"Hoy, en la adultez, pienso diferente.

"Mucho tuvo que ver con mi actual forma de pensar las palabras que Denis Diderot compartió conmigo la mañana del 21 de octubre de 1766 en el instante en que desde el Puente Neuf (camino a los jardines de Luxemburgo), ingresamos a la plaza Dauphine de Paris: <Estimado Beccaria, me decía el redactor de la Encyclopédie, cabe preguntarse si un magistrado, sin faltar a sus deberes, puede ser indulgente. Hay, en torno a ello, dos modos de ver las cosas. Los que respondan negativamente están dando por hecho que un requisito para ser juez o fiscal es precisamente no ser indulgente, en cuyo caso resulta acertado colegir que ningún magistrado lo es, pues nadie que no sea apto ejercería dicho oficio.

"Si esto es así, ¡qué terrible debe ser desempeñarse como magistrado! No tanto porque les sea ajena la indulgencia, sino, más bien, porque de antemano sabían, en el periodo en que intentaban acceder al cargo, que les iba a ser negado el derecho a gozar de dicha virtud y, a pesar de todo, persistieron en posesionarse del mismo.

"Los que por el contrario sostienen que no hay incompatibilidad entre la indulgencia y la función, sin duda son muchísimo mejor personas>.

"Espero haber sido claro, como pides, en lo tocante a saber si los jueces del crimen pueden ser indulgentes.

"Te quiere, Cesare".

Sumamente provechosa ha sido la lectura de las *Cartas de Beccaria*; arriesgado para su época, eso sí, querer hacer de la administración de justicia una práctica más humana.

Flor María Cucho Suni

*Edgar Morin, Los siete saberes necesarios para la educación del futuro, segunda reimpresión, Paidós, Barcelona, 2012 (un volumen de 159 pp + 1 en la que el autor indica las razones por las que omitió incluir la sección bibliográfica).*

El trabajo que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) encomendó al filósofo Edgar Morin, contiene siete capítulos y lleva antepuesto un Prólogo (pp. 1 a 4) que, a guisa de compendio, incita a la lectura de la sugestiva y no menos utilísima obra.

He aquí, en términos generales, lo que en algunos de los capítulos sugiere el autor: *Las cegueras de conocimiento: el error y la ilusión* (Ca-

pítulo I, pp. 27 a 46). Todo aproximarnos a algo que deseamos conocer, lleva aparejado un doble riesgo: El error y la ilusión. Así las cosas, ningún sistema pedagógico debería dejar de advertir que el saber —y el intento por alcanzarlo— puede eventualmente verse amenazado bien por el error, bien por los engaños a los que nos someten frecuentemente nuestros sentidos (lo cual, sin duda, tiene una explicación razonable que, quiérase o no, se basa en el proceso de traducción/reconstrucción —proceso que mecánicamente se produce en nuestro cerebro y que da origen a las percepciones—). Como fuere, hay errores mentales, intelectuales y de la razón.

**Los principios de un conocimiento pertinente** (Capítulo II, pp. 47 a 62). La especialización —en la materia que fuere—, permite adquirir conocimientos estancos y, por añadidura, desunidos; pero los grandes problemas que plantea la hora actual a la humanidad, son transnacionales y multidimensionales (es decir, de difícil o imposible acceso a una mente enfocada en una única parcela del saber)<sup>1</sup>. Compete a la educa-

<sup>1</sup>José Ortega y Gasset, que desde mediados del siglo pasado reparó en ello, vinculaba al especialista con lo que estimó apropiado denominar el "sabio-ignorante". Véase *Obras Completas*, tomo IV, tercera edición, Revista de Occidente, Madrid, 1955, p. 218.

ción del futuro contextualizar y globalizar el conocimiento; al propio tiempo, deberá hacerlo multidimensional y complejo.

La más refinada especialización, al margen de un contexto, desune.

**Enseñar la identidad terrenal.** (Capítulo IV, pp. 83 a 105). La era de la mundialización, surgida tras la caída del muro de Berlín (1989) y, acentuada con el uso de los medios de comunicación e información cibernéticos, se caracteriza por permitir que el todo (planeta) y las partes (países, regiones, villas, etc.) se encuentren en una relación cada vez más inmediata; ello, quiérase o no, proporciona la posibilidad de superar todo tipo de provincianismo y da ocasión, al propio tiempo, de ver en cada persona un ciudadano del planeta.

**Afrontar las incertidumbres** (Capítulo V, pp. 107 a 125). Frecuente error es —y ha sido— atribuir certeza al conocimiento adquirido y, a partir de ahí, proyectarse hacia el futuro. Las sociedades no evolucionan lineal ni calculadamente y, más bien, toman atajos, vías alternas y hasta rutas bifurcadas. Nuestra propia vida, sobremanera incierta, se desenvuelve en el devenir de un cosmos tanto o más impredecible.

Ante tan inseguro y real panorama, urge encomendar a la educación del futuro la tarea de incidir sobre la importancia que tienen

las "incertidumbres ligadas al conocimiento" (p. 46) —o, para decirlo en los términos del propio Morin: "La incertidumbre no es solamente el cáncer que roe al conocimiento, también es su fermento: es lo que empuja a investigar, verificar, comunicar, reflexionar, inventar". Cfr. *El Método. El conocimiento del conocimiento* (Ediciones Cátedra, Madrid, 2006, p. 243)—.

La **ética del género humano** (Capítulo VII, pp. 145 a 159). La soberanía del pueblo, en una sociedad democrática, difícilmente podría llegar a ser absoluta, pues a despecho de lo que suele pensarse, necesita auto limitarse. Esa auto restricción, empero, se pone de manifiesto a través del sometimiento de los ciudadanos a las leyes y, de otro lado, por medio del traspaso de la soberanía hacia unos "elegidos" que, por encargo, ejercerán el poder estatal (poder estatal que a su vez requiere ser limitado, contenido y controlado).

La situación y el equilibrio descritos, sin embargo, requiere del consenso de la mayoría y, simultáneamente, de las diversidades y antagonismos.

Una sólida democracia es, por inverosímil que parezca, la suma de los consensos, antagonismos y diversidades.

Resulta difícil, para quien está lejos de poseer la sólida formación que ostenta Morin, comentar un libro del

consagrado filósofo francés; con todo, ojalá haya valido la pena intentarlo.

Joan Manuel Armaza

*Andrés Trapiello, El final de Sancho Panza y otras suertes, Editorial Planeta, Barcelona, 2014 (un volumen de 430 pp.)*

Tras las desventuras padecidas por la sobrina del Caballero de la Triste Figura de las que dio cuenta Andrés Trapiello en *Al morir don Quijote*, vemos ahora a la joven Antonia abandonando La Mancha en compañía de Sansón Carrasco (su esposo), Quiteria Romero (el ama) y Sancho Panza. Aunque en principio la idea era trasladarse a Sevilla —en busca de una mejor vida—, terminaron atravesando el Atlántico y, tras mil y un peripecias, vía la caleta de Chule (Mollendo), dieron remate a su periplo tomando asiento en Arequipa. De cómo sucedió ello, tiene explicación. Suero Pérez Maldonado, tío carnal del Bachiller Sansón Carrasco, cultivaba una hacienda a orillas del Chili y, ya viejo, escribió a una hermana suya requiriendo la presencia de pariente con el que pudiese compartir el trabajo y los frutos de tan fértil suelo; Sansón, haciendo suya la oferta, una mañana de 1617, se afincó en esta soleada región.

Entre poner pie fuera de La Mancha y morir Sancho en Arequipa, acaecerán tro-

pecientas aventuras y desventuras que, con la soltura propia de los grandes maestros de la literatura, únicamente Trapiello pudo contar. Capítulo habrá, bastando leer la novela para comprobarlo, en que se dará ocasión para llorar, sin faltar otros en los que la risa, la esperanza y el amor nos llevarán de la mano.

Miriam Escobedo Santos

*Diego-Manuel Luzón Peña, Derecho penal, Parte general, B de F, Buenos Aires, 2016 (un volumen de 998 pp.)*

Las secciones que integran la obra, concretamente, son: **Primera parte: Introducción.** Capítulo 1 El Derecho penal. Capítulo 2 El ius puniendi (la potestad punitiva). Capítulo 3 Ciencia jurídico penal y ciencias penales. Capítulo 4 Evolución del derecho penal español. Capítulo 5 Fuentes del Derecho penal. Capítulo 6 Interpretación en Derecho penal. Capítulo 7 Ámbito temporal de la ley penal. Capítulo 8 Ámbito espacial de la ley penal. Extradición. **Segunda parte: El delito.** Capítulo 9 El concepto de delito. Capítulo 10 La acción o conducta como fundamento del delito. Capítulo 11 Causas y supuestos de ausencia de acción. **El delito comisivo.** Capítulo 12 El tipo de injusto. Capítulo 13 La antijuridicidad. Capítulo 14 Parte objetiva del tipo de injusto: I Capítulo 15 Parte objetiva del tipo: II. Especial-

mente en delitos de resultado: Causalidad e imputación objetiva. Capítulo 16 Parte subjetiva del tipo. Elementos subjetivos del tipo. El dolo. Capítulo 17 Exclusión del dolo: Error de tipo. Capítulo 18 La imprudencia. El delito imprudente. Capítulo 19 Principio de responsabilidad subjetiva y combinaciones de dolo e imprudencia. Preterintencionalidad. Delitos cualificados por el resultado. Capítulo 20 Parte negativa del tipo. I. Causas de atipicidad o de exclusión de la tipicidad. Capítulo 21 Parte negativa del tipo. II. Causas de justificación. Capítulo 22 Causas de exclusión de la tipicidad o de justificación: Caso fortuito. Riesgo permitido. Consentimiento. Consentimiento presunto. Autorización oficial. Inexigibilidad general. Capítulo 23 Legítima defensa. Capítulo 24 Estado de necesidad y estado de necesidad defensivo. Capítulo 25 Ejercicio legítimo de derecho, profesión o cargo. Cumplimiento del deber. Obediencia debida. Capítulo 26 La culpabilidad. Capítulo 27 Exclusión de la culpabilidad: Inimputabilidad y exculpación I. Imputabilidad e inimputabilidad. Capítulo 28 II. Causas de exculpación: Error de prohibición invencible. Desconocimiento inevitable de presupuestos de la prohibición. Inexigibilidad penal subjetiva. Miedo insuperable. Estado de necesidad disculpante. Obediencia no debida. Conflicto de conciencia. Ca-



pítulo 29 Punibilidad. Pro-  
cedibilidad. **El delito omisi-  
vo.** Capítulo 30 La omisión.  
Delitos propios e impropios  
de omisión. Los delitos omi-  
sivos propios o de omisión  
propia o pura. Capítulo 31  
Delitos omisivos impropios  
o de comisión por omisión.  
La delimitación en supuestos  
dudosos entre delitos de co-  
misión activa y delitos omi-  
sivos (propios o impropios).

Como se ve —y como po-  
dría confirmarse leyendo la  
magnífica obra del profesor  
Luzón—, el trabajo reseñado  
es un verdadero *Tratado de  
Derecho penal* en el que, por  
sobre todo, resplandece la  
erudición y, simultáneamen-  
te, los personales, sugestivos  
y atinados modos de pensar  
de su autor.

Ahora bien, puesto in-  
teresa circunscribir nuestro  
comentario al epígrafe que  
D. Diego-Manuel Luzón des-  
tinó al estudio del *El error  
de comprensión culturalmen-  
te condicionado* (mismo que  
comprende las pp. 824 y 825),  
intentemos ver cómo es que  
pensamos nosotros sobre esa  
institución jurídico penal de  
la que, con razón, se ocupa  
el jurista español en capítulo  
correspondiente al análisis de  
las causa de exculpación (pp.  
815 a 856) y, a continuación,  
veamos cómo es que pien-  
sa el prestigioso profesor de  
Alcalá de Henares; antes, eso  
sí, preciso es dejar puntua-  
lizado que quien dio vida al  
llamado error de comprensión  
culturalmente condicionado,  
asignándole incluso ese nom-

bre, fue el profesor argentino  
Eugenio Raúl Zaffaroni.

Dicho ello, discurramos  
alrededor a la eximente se-  
ñalada.

En torno a la determi-  
nación culturalmente con-  
dicionada se han encendido  
las más vivas discusiones  
doctrinarias y casi todos los  
autores de obras sistemáticas  
y monográficas nacionales,  
participaron en ellas. Aunque  
un buen sector del penalismo  
estima plausible la adopción  
del instituto en el Código pe-  
ruano, no falta quien consi-  
dere que la inclusión del mis-  
mo constituye un verdadero  
"desatino"<sup>2</sup> o, en el mejor de  
los casos, una medida "con-  
traproducente"<sup>3</sup>. La Corte Su-  
prema de la República, a su  
turno, le ha dedicado por me-  
norizada atención.

1. Constituye la eximente,  
según concepto ampliamente  
extendido en la doctrina pe-  
ruana, un elemento negativo  
de la culpabilidad que tiene  
como fundamento la imposi-  
bilidad de comprender el ca-  
rácter delictuoso del acto rea-  
lizado por quien, conociendo  
la prohibición de la norma,  
no entiende por qué debe  
acatarla. En efecto, no com-  
prende la antijuridicidad de  
su comportamiento el íncola  
chichayano que queriendo cu-

<sup>2</sup>Francisco Chirinos Soto, *Código  
Penal*, segunda edición, Editorial  
Rodhas, Lima, 2004, p. 75.

<sup>3</sup>Marcial Chalco Reyes, *Código  
Penal. La gran estafa*, Ediciones Fue-  
go, Arequipa, 2000, p. 169.

rar la incontinencia urinaria de su menor hijo, le arroja al ombligo hojas de chamana en combustión, produciéndole, casi siempre, una merma en su salud<sup>4</sup>; tampoco lo hace, sin duda, el que deseando curar la viruela, hace ingerir al enfermo pústulas o costras de otros infectados —entiéndase, con la misma enfermedad—<sup>5</sup>. Como fuere, he aquí el contenido del art. 15 en el que se recoge la eximente: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena".

2. Aunque el instituto es de reciente data —teniendo, por lo tanto, una breve historia—, interesa advertir lo siguiente: con idénticos términos ha sido recogido tanto en el Proyecto de 1991 (art. 15) como en el actual Código; la propuesta legislativa de 1990 (art. 20), en cambio, lleva una parte final que la distingue de los textos en cita al establecer que cuando ha de aplicarse una pena atenuada —por no

<sup>4</sup>La vieja práctica —de la que por cierto hay testimonio escrito— estuvo hasta no hace mucho enraizada en la mentalidad de un sector del pueblo lambayecano.

<sup>5</sup>Según se hacía en Arequipa, por lo menos, durante buena parte del siglo XX.

operar la eximente plena— debe la misma ser impuesta *por debajo del mínimo legal*. En su momento<sup>6</sup>, tuvimos ocasión de proponer un texto diferente; helo aquí: "La determinación cultural invencible de un hecho jurídico penalmente prohibido, exime de responsabilidad; siendo vencible, la atenúa".

El Proyecto de Código Penal de Víctor Manuel Maúrtua de 1916 (art. 68) y el de Ángel Gustavo Cornejo/Plácido Jiménez de 1928 (art. 148, inc. 2), preceptuaban la aplicación de una pena atenuada cuando el autor del delito fuese indígena semi-civilizado o, como decía el Código de 1924 (art. 44), salvaje; como tales, en fin, reputaban los estudiosos<sup>7</sup> a los habitantes de las montañas, ayllus, selvas o bosques alejados de los centros civilizados. Ha de advertirse, empero, que el indígena semi-civilizado y el salvaje (*silvestres homines*) diferían. El primero, era un hombre en tránsito y a medio camino de ser civilizado;

<sup>6</sup>Así figura en las *Actas* de la Comisión de Reforma del Código Penal creada por Ley núm. 28891.

<sup>7</sup>Así, entre otros, Juan José Calle, *Código Penal*, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1924, p. 35; Ángel Gustavo Cornejo, *Comentario al nuevo Código Penal*, Prólogo de J. Guillermo Romero, Librería Francesa Científica y Casa Editorial E. Rosay, Lima, 1926, p. 135 y Germán D. Zevallos, *Código Penal*, Imprenta B. Sánchez Muñoz, Huancayo, 1935. p. 16.

el segundo, en cambio, era la expresión misma de la ineptitud. Francisco Ballón Aguirre, en su magnífico ensayo *Etnia y Represión Penal*, ha destacado las características que según el Código de Maúrtua (arts. 44 y 45) tendría el salvaje infractor: condición especial, inepto para conducirse, no asimilado a la vida civilizada, inadaptado al mundo jurídico, no desarrollado mentalmente e inculto<sup>8</sup>.

3. Entre las *denominaciones* que ha recibido, prevalece la de "error de comprensión culturalmente condicionado" y, en menor medida, las de "error de prohibición por comprensión"<sup>9</sup>, "error culturalmente condicionado"<sup>10</sup>, "error de prohibición culturalmente condicionado"<sup>11</sup>, "error por incultura y costumbre"<sup>12</sup> o, como se prefiere en el texto, "determinación culturalmente condicionada".

<sup>8</sup>Centro de Investigación y Promoción Amazónica, Lima, 1980, p. 72.

<sup>9</sup>Luis Miguel Bramont-Arias Torres, *Lecciones de la Parte general y el Código penal*, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 141.

<sup>10</sup>Percy García Cavero, *Lecciones de Derecho Penal, Parte general*, Grijley, Lima, 2008, p. 536.

<sup>11</sup>Felipe Villavicencio Terreros, *Error de prohibición culturalmente condicionado en Código Penal Comentado*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 492.

<sup>12</sup>Marcial Chalco Reyes, *Código Penal*, cit., p. 167.

4. En cuanto al *fundamento* de la eximente, preciso es acotar que no existe uniformidad. Para un sector de la doctrina, se funda el instituto en la carencia de capacidad con que obra el agente, aunque no por ello deba pensarse que esa falta de capacidad está referida a la inimputabilidad penal, sino, más bien, a algo completamente distinto<sup>13</sup>. No falta quien crea, como lo hace Luis Roy Freyre<sup>14</sup>, que la razón por la que debe quedar liberado de responsabilidad el agente tiene que ver con el principio de co-culpabilidad que en este caso ha de compartir el Estado, pues desatendió su obligación de instruir a todos los ciudadanos en lo tocante al "respeto" que han de observar por "las normas jurídicas"<sup>15</sup>. Desde otro ámbito, es mayoritario el criterio que toma como fundamento la imposibilidad en que se halla el agente de comprender el carácter delictuoso de su acto ya que, más bien, se siente y se encuentra determinado a realizarlo.

<sup>13</sup>A Javier Villa Stein pertenece el párrafo siguiente: "no es capaz de determinarse con arreglo a esa comprensión". Cfr. *Derecho penal, Parte general*, Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 420.

<sup>14</sup>En su *Responsabilidad penal y causas de inculpabilidad* incluida en el libro colectivo *Una visión moderna de la Teoría del Delito*, Ministerio de Justicia, Lima, 1998, pp. 91 a 101.

<sup>15</sup>Roy, Ob. Cit., p. 98.

5. *La naturaleza jurídica* que se asigna a la figura oscila entre quienes ven en ella una causa de inimputabilidad<sup>16</sup> o un elemento negativo de la culpabilidad<sup>17</sup>. Ahora bien, dado que para los primeros esa inimputabilidad no es producida por factores patológicos o por inmadurez psicológica, desestiman la posibilidad de imponer al agente una medida de seguridad. Aunque el Proyecto de 1986 (art. 21) la incluía entre las eximentes por inimputabilidad, la práctica judicial se inclina a favor de la tesis de la exculpación<sup>18</sup>. A pesar de lo señalado, no siempre ha sido el instituto insertado entre las causas que eliminan la culpabilidad, pues en alguna obra

<sup>16</sup>En ese sentido, por ejemplo, Iván Meini, *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal*, ARA Editores, Lima, 2009, p.70; insiste sobre lo mismo en sus *Leciones de Derecho penal, Parte general. Teoría jurídica del delito*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 156.

<sup>17</sup>Luis Miguel Bramont-Arias Torres, *Leciones*, cit., p. 141; Eugenio Raúl Zaffaroni, *La Parte general del Proyecto del Código penal peruano de abril de 1986*, en el libro colectivo *Política Criminal*, segunda edición, AFA Editores, Lima, 1988, p. 30 y, Diego-Manuel Luzón Peña, precisamente en la obra que se reseña.

<sup>18</sup>Como se puede apreciar de la lectura de las sentencias parcialmente transcritas en José Urquiza Olaechea, *Código Penal*, tomo I, IDEMSA, Lima, 2010, p. 108.

lo vimos fugazmente estudiado entre los elementos negativos de la tipicidad, junto al *error in persona y la aberratio ictus*<sup>19</sup>.

6. Como cualquier otra eximente, precisa de algunos requisitos. Debe en principio 6.1) *cometerse un hecho que según el modo de vida del agente tenga finalidad y sentido* o, mejor aún, que pertenezca al sistema de valores adoptado por él y por los integrantes de la comunidad en la que se desenvuelve. En Huánuco y Junín, hasta no hace mucho, se lanzaba intempestivamente al palúdico a un río o acequia a fin de que al recibir la ingrata impresión de estarse ahogando, le sea procurado un restablecimiento inmediato. Obligar al enfermo a hacer lo que no quiere —sumergirse a un río y, además, causarle una traumática impresión— no tendrá sentido para nosotros, pero en el ámbito arriba señalado sí. La práctica con finalidad y significado, de otro lado, 6.2) *debe ser compartida por los integrantes de la comunidad a la que pertenece el agente*, pues si únicamente él la realiza, no sería expre-

<sup>19</sup>Véase al respecto el trabajo colectivo que bajo el título de *Teoría General del Delito* dirigió el profesor Demetrio Masías Zavaleta y que se publicó con los auspicios de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, el año de 1998 (pp. 119 y 120).

sión de una costumbre<sup>20</sup>. La ventaja que reporta incluir el requisito de que tratamos, es que permite excluir al llamado delincuente por convicción del ámbito del art. 15. Para que opere la exculpante, a su turno, 6.3) ha de ser *imposible que el agente comprenda el carácter delictuoso de su comportamiento*; es claro, por consiguiente, que puede conocer la índole prohibida de su conducta, sin comprender, luego, las razones por las que es reputada ilícita. Casos hay, en fin, en los que el sujeto comprende el carácter delictuoso de su acto pero 6.4) *no puede determinar su conducta de acuerdo a dicha comprensión*.

6.1. *Conducta realizada que, según el modo de vida del agente, tenga finalidad y sentido*. Ha de comprobarse, en principio, que los hechos que realiza el agente son manifestaciones de lo que en el ámbito social en el que vive se valoran positivamente. En la comunidad tribal amuesha de Santa Herminia (distrito de Chanchamayo, provincia de Tarma, departamento de Junín), por ejemplo, no genera reprobación alguna la práctica de la poligamia, aunque sepan los amuesha que conforme a las leyes de la República es delito la bigamia; en efecto, desde tiempos no fácilmente precisados, los evangelizadores se encarga-

ron de instruir en tal aspecto a los también llamados arawak o amuesha. Un informe antropológico suscrito dentro de un proceso penal que por homicidio se siguió ante la Corte Superior de Justicia de Junín (expediente núm. 507, correspondiente al año de 1971), confirma lo acotado: "Como en la mayoría de las sociedades tribales de la selva —indica el documento en cita—, entre los amuesha está institucionalizado el matrimonio poligínico (un hombre puede tener dos o más esposas). Generalmente las esposas son parientes entre ellas"<sup>21</sup>.

El significado y la finalidad que otorgan los amuesha a la poligamia no va con la cultura occidental de nuestros tiempos, costándonos, por lo mismo, comprender los beneficios que ella reporta.

6.2. La práctica con finalidad y significado *debe ser compartida por los integrantes de la comunidad a la que pertenece el agente —unis moribus vivere—*. De hecho, únicamente obra determinado culturalmente quien realiza un acto que, de sólo, otros miembros de su comunidad también lo hacen. No beneficia la eximente, por lo tanto, si queriendo imponer el agente una nueva costumbre, rapta a una muchacha menor de edad y sostiene con ella relaciones íntimas. En aquellos

<sup>20</sup>La sobredicha costumbre ha de ser inveterada, de formación despaciosa y de autor ignoto.

<sup>21</sup>Cfr. Francisco Ballón Aguirre, *Etnia y Represión Penal*, cit., p. 135.

lugares del país en los que tal práctica todavía está extendida, en cambio, cubre el comportamiento del agente la eximente, pues además de tener para él sentido el sirvinkuy<sup>22</sup>, un número indeterminado de co-comuneros suyos lo adoptan como recurso previo al matrimonio. Ahora bien, a esa habitualidad que caracteriza la conducta, debe añadirse el que además sea inveterada e, incluso, de autor desconocido.

6.3. *Ausencia de comprensión del carácter delictuoso del comportamiento.* En el siguiente apartado (6.4) se verán los supuestos en los que el sujeto conoce y comprende que su comportamiento es delictuoso, pero no puede determinar su conducta de acuerdo a esa comprensión; el presente, en cambio, tiene que ver con otra situación. Lo que específicamente ha de exigirse, de querer que opere la eximente, es que el agente sepa que su conducta se halla prohibida y que, al propio tiempo, no comprenda la razón por la que lo está. Así las cosas, hay que desestimar todos aquellos casos en los que desconozca la prohibición de su conducta —que tendrían que ser resueltos como lo indica el segundo párrafo del art. 14, al ser claros supuestos

<sup>22</sup>Véase, en lo tocante a dicha práctica, Alfonsina Barrionuevo, *Sirvinkuy. El Matrimonio de prueba*, Lima, 1973, y Julio A. Vizcarra, *La ley penal y el indio*, Tipografía Americana, Cusco, 1948, p. 85.

de error de prohibición— e incluir, únicamente, los que tengan que ver con la situación en la que habiendo conocimiento, falte únicamente la comprensión<sup>23</sup>. De lo dicho, surge palmaria la diferencia entre la eximente del art. 14 del CP (error de prohibición) y la del art. 15 (determinación culturalmente condicionada): en la primera, el error recae sobre el conocimiento y afecta la conciencia de la antijuridicidad; en la segunda, la determinación cultural recae sobre la comprensión y, simultáneamente, sobre la posibilidad de obrar de modo distinto a como lo hizo el agente.

Los maestros de música de algunas regiones del país, saben que es ilícito hacer fámulos a sus discípulos; no comprenden, a pesar de ello, las razones de esa ilicitud<sup>24</sup>.

6.4. *Imposibilidad de determinar la conducta de acuerdo a la comprensión.* Se da este requisito en los casos

<sup>23</sup>O, para citar al profesor Zaffaroni, introyección de lo conocido. Precisamente, sobre la distinción entre conocimiento y comprensión cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni/José Herique Pierangeli, *Manual de Direito penal brasileiro, Parte geral*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 638.

<sup>24</sup>Por eso, no es raro que el aprendiz de arpa "esté obligado, al mismo tiempo que recibe las lecciones de ejecución del instrumento, a servir en la casa de su maestro", como lo indica Efraín Morote Best en sus *Elementos del Folklore*, Cusco, 1950, p. 94.

en que el agente conozca y comprenda que la conducta a punto de realizar es una de las que en nuestra disciplina se reputa como antijurídica y, a pesar de ello, no pueda dirigir su actuar según esa comprensión. En Juli, capital de la provincia de Chucuito (Puno), el 15 de septiembre de cada año puede todavía constatarse cómo dos grupos de agricultores de la comunidad de Huaylluni se acometen y lesionan brutalmente con el designio de pronosticar si las cosechas favorecerán a unos u otros de los encrespados corrilleros que, devotamente, participan en dicho acto. La creencia de que el grupo vencedor ha de verse favorecido por la madre naturaleza, hace que cada campesino ponga el empeño debido para que los latigazos y proyectiles lanzados con sus hondas vulneren efectivamente la integridad física de sus oponentes. No está demás decir que son bastante conocidas, entre los contrincantes, las normas que prohíben el delito de lesiones; a pesar de ello, jamás han dejado de cumplir con el ritual (*orko* fiesta) ofrendado a favor de la madre tierra (*Pacha Mama*). Con seguridad, en la práctica de la que se da cuenta, es claro que no puede el comunero determinar su comportamiento de acuerdo a la comprensión que tiene de la norma que prohíbe lesionar, pues más bien la realiza bajo el domi-

nio de una costumbre<sup>25</sup> que a todas luces le impide obrar de manera diferente.

Ha de destacarse, eso sí, que el comportamiento observado en la comunidad de Huaylluni no es un caso aislado, pues hay documentos que prueban que actualmente se hace lo propio en las provincias cusqueñas de Chumbivilcas<sup>26</sup> y Canas e, incluso, en el distrito de Asillo (Puno)<sup>27</sup> y que con tal propósito se utilizan los letales *liwisis* (boleadores), *warakas* (hondas) y zurriagos.

El requisito del que se da razón en el presente apartado, parece no admitir ni cubrir al delincuente por convicción<sup>28</sup>, pues la conducta

<sup>25</sup>"[...] actúa conscientemente, dice Manuel Catacora Gonzáles, pero sobre todo impelido por la fuerza de la costumbre". Cfr. *Del Folklore al Delito*, Editora de la Universidad de San Agustín, Arequipa, 1968, p. 12.

<sup>26</sup>El *takanakuy*, es practicado el 25 de diciembre. Véase el diario *La República* (El Gran Sur), del 27 de diciembre del 2015, pp. 24 y 25.

<sup>27</sup>Como palmariamente lo han demostrado Máximo Cama Ttito/Alejandra Ttito Tica/Abraham Valencia Espinoza/Tatiana A. Valencia Becerra en *Ritos de competición en los Andes. Luchas y contiendas en el Cuzco*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003 (un volumen de 130 pp.).

<sup>28</sup>Defienden una postura distinta a la sostenida en el texto Felipe Villavicencio Terreros, *Error de prohibición culturalmente condicionado en Código Penal Comentado*; tomo I,

que este realiza no constituye una práctica (costumbre) más o menos generalizada en el medio en el que vive sino, más bien, un hecho exclusivo y compatible con su ideario personal<sup>29</sup>. No ha de favorecer la eximente, por lo tanto, a quien de acuerdo a sus particulares convicciones le resulta repulsivo participar en proyectos bélicos y, por ello, se rehúsa a prestar servicio militar obligatorio; en igual situación se hallaría la persona que no desea saludar a la bandera, jurar y/o pagar impuestos si, de antemano, sabe que los mismos han de servir para comprar armas de guerra. En los supuestos indicados, existe un deber moral impuesto a sí mismo por el propio sujeto<sup>30</sup> y, además,

---

Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 512 y Luis Bramont Arias/Luis Bramont-Arias Torres, *Código Penal Anotado*, Editorial San Marcos, Lima, 1995, p. 149. En la práctica judicial, se llama conflicto cultural extrasistemático a la delincuencia por convicción (Ejecutoria del 5/10/2004 dictada por la Sala Penal Permanente presidida por César San Martín Castro *et alii*).

<sup>29</sup>El autor por convicción aprendió a conducirse del modo en que lo hace a través de la lectura de obras escritas en papel o en medios electrónicos; el sujeto al que beneficia el art. 15 del CP, en cambio, adoptó las costumbres y la cultura que le fue transmitida por medio de la tradición oral que, de generación en generación, viajó desde tiempos remotos e indeterminados.

<sup>30</sup>Quien por cierto no obra *ut*

un deber jurídico de servir a la patria, de saludar a los símbolos patrios, de prestar juramento y, finalmente, de pagar impuestos. En esta colisión de deberes, según parece, debe darse preeminencia a las convicciones personales y no, como ocurriría en los estados y gobiernos totalitarios, a las obligaciones jurídicas implicadas<sup>31</sup>.

6.4.1 *Determinación ética-mente condicionada*. Queda cubierta por la eximente en estudio la liberación de animales enjaulados —capturados y criados por terceros—, cuando es efectuada para impedir que dichos seres sigan padeciendo sufrimientos innecesarios y si, por añadidura, tal conducta tuvo como base la circunstancia de encontrarse aherrojado éticamente el agente a la idea de que ningún ser puede padecer sufrimientos innecesarios y, menos, cuando de antemano sabe que tras el encierro ha de producirse el sacrificio de los mismos (tal situación

---

*solet*, es decir, según sus costumbres.

<sup>31</sup>Siendo por ello supuestos de no exigibilidad de otra conducta supraleales. Sobre la objeción de conciencia, en general, consúltese el magnífico trabajo de Fátima Flores Mendoza insertado en la *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* publicado en dos volúmenes por la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano que dirige el profesor Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 1189 a 1196.



se daría, por ejemplo, en el rescate o sustracción de un toro de lidia, si de ese modo se le evita una muerte segura en el redondel).

7. *Hacia un entendimiento objetivo de la eximente.* Cerramos el punto 6.4 de la presente reseña haciendo hincapié en lo que a partir de las reflexiones de Freudenthal se dio en llamar "no exigibilidad de otra conducta", figura esta que contribuyó al desarrollo del concepto normativo de culpabilidad y que, simultáneamente, sirvió para superar el viejo concepto psicológico que desde Liszt se manejó con soltura<sup>32</sup>.

Ahora bien, alguna compatibilidad parece existir entre el concepto psicológico de culpabilidad y la ausencia de conocimiento (comprensión) de la antijuridicidad que suele exigirse para que opere la eximente; similar analogía se produce, según todo indica, entre el concepto normativo de culpabilidad y la no exigibilidad de otra conducta. En efecto, acaso la cultura sea lo que va a determinar que el

<sup>32</sup>En Perú, si cabe el término, fueron psicólogos Ángel Gustavo Cornejo, Santiago Benites Sánchez, Luis Guillermo Cornejo Cuadros, Abraham Talavera y Julio César Morriberón Portocarrero. Sobre ello cfr. Julio Armaza Galdos, *Del concepto psicológico al concepto normativo de culpabilidad*, en el libro *Cen Anos de Reprovação. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2011, pp. 153 y ss.

sujeto obre como obró y eso, en rigor, implicaría objetivar el instituto (lo dicho, sin embargo, únicamente vale como mera propuesta, pues el art. 15 expresamente consigna el sintagma siguiente: "sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto". En todo caso, las sobredichas palabras no figuran en la redacción que se propuso en el seno de la Comisión de Reforma del Código Penal de la que se dio cuenta supra 1, nota 5).

8. *Error sobre el nexo causal culturalmente condicionado.* Incurre en error sobre el nexo causal el habitante de Chucuito —en el departamento de Puno— que aplica múltiples azotainas a su menor hijo o a su perro para alejar el espíritu malo del granizo que, según sus creencias, raería toda forma de vida de no tomarse esas precauciones<sup>33</sup>; también lo hace el inculpatado judicialmente que para lograr una parcialización a su favor de parte del magistrado que está a punto de condenarlo, lanza a la casa de éste, de noche, un huevo podrido<sup>34</sup> o, para citar un último ejemplo, la mujer

<sup>33</sup>Sobre ello cfr. Harry Tschopik, Jr., *Magia en Chucuito*. Los aymara del Perú, traducción de Rosalía Ávalos de Matos, Instituto Indigenista Interamericano, Ediciones Especiales: 50, Mexico, 1968, p. 129.

<sup>34</sup>Práctica extendida, según Efraín Morote Best, en la provincia cusqueña de Acomayo.

interesada en mantener a su lado al hombre amado al que subrepticamente hace beber el líquido catemial que, con religiosidad y esperanza, previamente recibió en una olluela de barro<sup>35</sup>. No cabe confundir, pese a todo, el error sobre el nexa causal culturalmente condicionado y el que suelen estudiar los juristas junto al error de tipo bajo la denominación de *dolus generalis*. El primero, es un problema de culpabilidad que precisamente impide al juez formular un juicio de reproche; el *dolus generalis*, en cambio, se vincula a la tipicidad —aunque muy pocas veces la excluya—.

El que yerra en sus cálculos, por hallarse culturalmente determinado a pensar que curará el alcoholismo de sus coterráneos haciéndolos beber ratones y fetos de gallina molidos y macerados en alcohol<sup>36</sup>, ha de beneficiarse con la eximente —de causar una septicemia— no porque falte nexa causal en-

<sup>35</sup>Habrà nexa causal entre la indigestión producida al novio y la ingesta del líquido catemial, pero no entre el consumo de la sustancia y el que permanezca el hombre deseado junto a la mujer que le da de beber el líquido.

<sup>36</sup>Como era común hacerlo en la provincia de Jauja, en Lima, Arequipa, Lambayeque y Cajamarca. Al respecto cfr. Hermilio Valdizán/Ángel Maldonado, *La Medicina Popular Peruana (Contribución al Folklore Médico del Perú)*, tomo I, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1922, p. 392.

tre el método de que se vale para curar la dipsomanía y el efectivo restablecimiento del beodo sino, más bien, porque se encuentra culturalmente determinado a pensar que de esa forma sacará al etilómano de su vicio. En cada uno de los ejemplos puestos en el presente apartado, hay error sobre el nexa causal y, por lo mismo, aciertan los juristas cuando denominan al instituto error de comprensión culturalmente condicionado (no hay error, en cambio, en el abigeo de la comunidad de Chijmo<sup>37</sup> que desde niño fue destinado a ejercer el oficio de robar ganado y a quien iniciaron en una ceremonia rigurosamente desarrollada bajo la supervisión de dos consumados ladrones que, en calidad de padrinos, frente a una imagen divina, proporcionaron al infante el cuchillo y el lazo con los que más tarde habría realizar sus fechorías. Tal abigeo, sin duda, estará culturalmente determinado a delinquir, aunque al hacerlo, no incurriese en ningún tipo de error).

9. *Aplicación personal: incluidos que hay que excluir y excluidos que hay que incluir.* El simple hecho de pertenecer a una cultura diferente, no da pie para que se incluya dentro de los alcances de la eximente al agente, pues si su educación le permitió comprender el carácter delictuoso de su acto y, además,

<sup>37</sup>Provincia de Andahuaylas, departamento de Apurímac.

tener la posibilidad de actuar conforme a tal comprensión, sin más, debe ser sancionado. Así las cosas, ha de excluirse de la eximente a estos aparentes incluidos. Interesa destacar lo afirmado, porque más de una resolución judicial ha fundamentado la aplicación del instituto en la pertenencia del inculpatado a una cultura nativa.

De otro lado, muchas personas que aparentemente deberían quedar excluidas del beneficio que reporta la eximente, al haberse formado dentro de los cánones de la cultura occidental, tendrían que gozar de los alcances del artículo 15 si, por razones culturales, no comprenden que la actitud que adoptan constituye un verdadero injusto penal. Dos buenos ejemplos de lo dicho son la hortería riña de gallos y la sangrienta corrida de toros que exculpan a quienes fomentan e intervienen en tan vergonzosas prácticas.

10. *Determinación cultural vencible e invencible.* En los casos en los que sea categórica la determinación cultural, ha de aplicarse la eximente plena; de no haber tal rotundez, se atenuará la sanción. Para que exista equivalencia entre las eximentes semi-plenas del art. 20 (específicamente mencionadas en el 21) y las que figuran en los arts. 14 y 15 del CP, acaso convenga introducir una modificación tendiente a dejar establecido que el error de prohibición vencible y la

determinación cultural superable deben ser reprimidas con una sanción que podría incluso no superar el mínimo legal —como precisamente lo estipula el art. 21 para los casos de legítima defensa imperfecta y otros—<sup>38</sup>; aunque muchísimo mejor sería indicar, como lo hace el Anteproyecto del Código Penal de Bolivia (2009, art. 19), que en tales casos la sanción ha de atenuarse de acuerdo "al grado de exigencia que podría" formularse al agente, dándose de ese modo ocasión a conmisurar la pena conforme al real grado de culpabilidad.

11. *Consecuencias jurídicas.* Básicamente son tres: a) La eximente no libera del pago de la reparación civil, puesto que la ilicitud de la conducta permanece intacta; b) si son varios los autores del hecho, únicamente se benefician aquellos que no pudieron comprender el carácter delictuoso del mismo y, c) no cabe legítima defensa contra el sujeto que obra determinado culturalmente, procediendo únicamente, estado de necesidad defensivo (debiendo ser observados, por lo tanto, los principios de proporcionalidad y subsidiaridad). Ha de darse por descontado, por otra parte, que no es de aplicación medida de seguridad alguna ya que no es el agente inimputable

<sup>38</sup>Sobre la desproporción en cita cfr. Iván Meini, *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal*, pp. 97-98.

en el sentido indicado en el art. 20, inc. 1 del CP.

12. *Posición asumida por el Prof. D-M. Luzón Peña.*

12.1 Distingue, con razón, entre error de comprensión culturalmente condicionado y error de prohibición directo. Allí, apunta el profesor de Alcalá de Henares, hay conocimiento pero no comprensión; aquí, en cambio, lo que falta es el conocimiento.

12.2 En consonancia con lo señalado por la doctrina de nuestro país, estudia el instituto dentro de la culpabilidad y, más específicamente, como problema de exigibilidad (de "menor exigibilidad").

12.3 Restringiendo el ámbito de aplicación de la figura a "sujetos pertenecientes" a grupos culturales "totalmente distinto (s)" (p. 824), es de suponer que desestima pueda beneficiar a los centenares de ciudadanos españoles que se dedican a la cruel práctica de la corrida de toros. En el presente comentario (*supra* 9), en cambio, se asignó a tan insensibles personas la condición de "excluidos" que, quiérase o no, debe "incluirse" dentro de los alcances del llamado error de comprensión culturalmente condicionado (ya que, sin duda, conocen que no pueden torturar animales, pero no comprenden las razones de dicha prohibición).

12.4 Mientras que en el mejor de los casos —para Luzón—, puede el instituto operar como atenuante, nada le impediría —a nuestro modo

de ver— tener la condición de eximente plena (siempre, claro está, que reúna los requisitos arriba señalados).

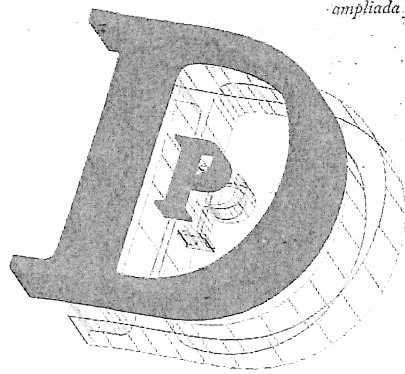
Julio Armaza Galdos

Diego-Manuel Luzón Peña

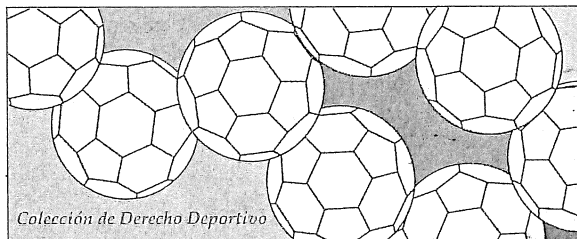
# DERECHO PENAL

## Parte general

Tercera edición  
ampliada y revisada



IB de f



Colección de Derecho Deportivo

## El dopaje en el Derecho Deportivo actual: análisis y revisión bibliográfica

Elena Atienza Macías  
*Doctora en Derecho por la Universidad de Deusto*

Emilio José Armaza Armaza  
*Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Deusto*

Prólogo de  
Carlos María Romeo Casabona  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco UPV/EHU*



# DERECHO PENAL

## PARTE ESPECIAL

CONFORME  
A LAS LEYES ORGÁNICAS  
1 y 2/2015, de 30 de MARZO



*Carlos María Ruzsa Casabona*  
*Felipe Sola Reche*  
*Miguel Ángel Bustillo Pasamar*  
(Editores)

*C. Alastuey E. J. Armaza*  
*M. A. Boldova I. de Miguel*  
*E. Escuchuri F. Flores B. Mayo*  
*I. Navarro P. Nicolás C. M.º Romeo*  
*S. Romeo M.º A. Rueda F. G. Sánchez*  
*E. Sola A. Urruela J. Vizuela*

*Información sobre la Facultad*

## Docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

- Gloria Angélica Achata Arenas
- Juan Carlos Agramonte Mostajo
- Ana María Amado Mendoza
- Julio Armaza Galdos
- José Fernando Bustamante Zegarra
- Jorge Luis Cáceres Arce
- Berly Gustavo Cano Suarez
- Miguel Oswaldo Chire Salazar
- Claudia Pía Chirinos Pacheco de Riveros
- Mary Luz Catacora Molina
- Patricio Fajardo Passano
- William Farfán Rodríguez
- Cesar Augusto Fonseca Tapia
- Cesar Ibarra Valdivia
- Cesar Fernando Lazo Bezold
- Ronny Alberto Llerena Oviedo
- José Alfredo Lovón Sánchez
- Mauricio Matos Zegarra
- Carlos Montes de Oca Valencia
- Carlos Alberto Neyra Amat
- Carlos Alberto Rodríguez Martínez
- Carlos Enrique Polanco Gutiérrez
- Gabriel Ernesto Torreblanca Lazo
- Gerardo Zegarra Flores
- Jorge Pompeyo Sánchez Zúñiga
- José Alejandro Suarez Zanabria
- José Luis Yucra Quispe
- Juan Carlos Valdivia Cano
- Julio Salomón Virrueta Revilla
- Luis Guillermo Vargas Fernández
- Mauro Pari Taboada
- Neil Hernán Tejada Pacheco
- Pedro Reveggino Mustafá
- Saulo Yenski Peralta Franzis

## Profesores de la Escuela profesional de Ciencia Política y Gobierno

- Alberto Cáceres Huambo
- Benjamín Carrasco del Carpio
- Carla Begazo Maica



- José Luis Vargas Gutiérrez
- Mario Arce Espinoza:
- Ángel María Manrique Linares
- Neil Hernán Tejada Pacheco

### **Cargos**

- Jorge Luis Cáceres Arce-Vicerrector Administrativo
- Luis Guillermo Vargas Fernández-Decano
- Gabriel Ernesto Torreblanca Lazo-Director de la Escuela profesional de Ciencia Política y Gobierno

### **Alumnos matriculados en el semestre impar 2016**

- 1176

### **Alumnos matriculados en el semestre par 2016**

- 1124

### **Orden de mérito de los alumnos en el semestre impar 2016**

#### **Primer semestre**

- Alejandra Grecia Carita Posadas
- Brenda Farfán Atayupanqui
- María del Pilar Tunquipa Zea
- Stefany Alejandra Hernani Neyra Rodriguez

#### **Tercer semestre**

- Camila Mantilla Martínez
- Ana Lucia Eduardo Carita
- Allison Fernanda Niño de Guzmán Tapia
- Andy Ross Amézquita Toranzo

#### **Quinto semestre**

- Luis Ángel Vásquez Dongo
- Jannet Gabriela Mendoza Vicuña
- Miguel Ángel Espinoza Ponce
- Victor Enrique Mogrovejo Amézquita

#### **Séptimo semestre**

- Alexandra Melissa Valdivia Salazar
- Claudia Izumi Chaco Ccallomamani

- Vanesa Fiorella Aguirre Gallegos
- Cesar Alejandro Najjar Becerra

#### **Noveno semestre**

- Diego Alberto Bustamante Meléndez
- Norma Alejandra Ortega Valdivia
- Franco Emanuel Medina Valladares
- Alberto Enrique Rodríguez Vizcardo

#### **Undécimo semestre**

- Gabriel Alejandro Ramos Zantalla
- José Carlos Rivera Delgado
- Ángela Mercedes Palomino Begazo
- Treicy Stefany Huamani Huamán

#### **Miembros del Consejo de Facultad (Profesores)**

- Luis Vargas Fernández
- Mauro Pari Taboada
- Gabriel Torreblanca Lazo
- Alfredo Lovón Sánchez
- José Suárez Zanabria
- Ana María Amado Mendoza
- Mauricio Matos Zegarra

#### **Miembros del Consejo de Facultad (Alumnos)**

- María José Paredes Cuentas
- María Lucero Collado Apaza
- Santiago José Adrian Carrasco
- Himelda Jenyfer Lazo Pinto

#### **Decanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas desde su fundación**

- Alberto Ballón Landa Arrisueño
- Juan Manuel Polar Ugarteche
- Humberto Núñez Borja
- Ramiro de Valdivia Cano
- Alfredo Lozada Núñez
- Luis Velando Puertas
- Enrique Angulo Paulet
- Oscar Urviola Hani
- Héctor Delgado Castro

- Javier Germán Rodríguez Velarde
- Jorge Cáceres Arce
- Luis G. Vargas Fernández

### **Personal administrativo**

- Señora Dúnnia Rosas Lazo
- Señorita Julissa Rivera Neyra
- Señorita Cinthia Espinoza Solís

### **Aniversario**

La noche del 7 de diciembre, en el auditorio William Morris, tuvo lugar la ceremonia conmemorativa al aniversario de la Facultad. Asistió a tal acto el señor Presidente de la Corte Suprema de la República D. Ramiro de Valdivia Cano.

### **Jubilación**

A partir del segundo semestre dejó la docencia D. David Fernando Dongo Ortega.

### **Fallecimiento**

Durante el año académico falleció el señor Prof. Dr. Luis Valenzuela Valencia, quien durante casi tres décadas impartió el curso de Derecho constitucional.

*Cartas al Director*

Arequipa, 2016, mayo, 10

Señor  
Julio Armaza Galdos  
Director de la Revista de Derecho  
Urbanización San José, s/n  
Yanahuara

Le hacemos llegar un saludo cordial y una sugerencia. Debería destinarse espacio en la Revista para consignarse, a modo de directorio, los nombres de los señores jueces y fiscales del Distrito Judicial de Arequipa; de ese modo, se facilitarían las prácticas externas de los estudiantes.

Esperando se atienda la sugerencia planteada,

Lucero Aylin Arce Coaquera  
DNI 73023997

Arequipa, 2016, junio, 17

Señor  
Julio Armaza Galdos  
Urbanización San José, s/n  
Yanahuara

Festejando la salida del número 9 de la Revista que dirige, deseáramos se sirva saludar al profesor Renato Díaz Gonzales por su trabajo *La prueba de oficio en el proceso civil* (publicado el año pasado) que siendo esclarecedor y útil, está redactado en el estilo de los grandes maestros, es decir, sencillamente.

Sinceramente,

Noelia Pilar Hanco Cahuana  
DNI 76954924

Arequipa, 2016, agosto, 4

Señor  
Julio Armaza Galdos  
Ciudad

En el número correspondiente al año pasado de la Revista a su cargo, apareció un trabajo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba referido al conquistador griego *Alejandro Magno* que disfrutamos leyendo. Eso, y la circunstancia de ser poco accesibles las obras del profesor español en nuestro medio, me llevan a pensar que tal vez sería provechoso se pudiese incluir, más adelante, su deslumbrante *Configuración y desfiguración de la pena*. ¿Será posible solicitar la autorización correspondiente a su albacea? ¿A qué dirección podríamos escribir a D. Hugo Marzi Rivera?

Atentamente,

Flor María Cucho Suni  
DNI 71070315

*Pautas para publicar*



**A continuación se insertan los requisitos que se exigen para incluir en la Revista las contribuciones que nos envían.**

Ser originales.

Un resumen (abstracto) en el idioma original

Palabras clave que serán incluidas tanto en español como en cualquier otro idioma.

Un sumario del trabajo.

En la parte final del artículo se deben referenciar las obras consultadas en orden alfabético, según el primer apellido del autor, teniendo en cuenta los datos para la presentación de citas bibliográficas.

Las citas de libros incluirán nombres y apellidos del autor, título de la obra (en cursiva), volumen o tomo, Editorial, lugar y fecha de publicación, número de página de la cita o de la primera y última página del trabajo consultado.

Si se trata de una cita referida a una publicación periódica o colectiva, el título irá entre comillas y el título de la revista o publicación periódica o colectiva en cursiva.

Las referencias de las citas se consignarán al pie de página y su enumeración será continua.

Los agradecimientos se marcan con un asterisco en el título y aparecen al finalizar el texto del artículo.

AFILIACIÓN INSTITUCIONAL DE LOS MIEMBROS DEL  
CONSEJO EDITORIAL

Luis Vargas Fernández

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la  
*Universidad Católica de Santa María*

Marco Bustinza Siu

Master en Derecho penal por la *Pontificia Universidad Católica de Lima*. Docente y Consultor Académico de la *Universidad Católica de Santa María*

Domingo García Belaunde

Doctor en Derecho. Profesor Principal de Derecho constitucional en la *Pontificia Universidad Católica de Lima*

Eugenio Raúl Zaffaroni

Doctor en Derecho. Miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

José Luis Guzmán Dálbora

Doctor en Derecho. Profesor Titular de la Escuela de Derecho de la *Universidad de Valparaiso-Chile*

Alejandro Martínez Dhier

Doctor en Derecho. Profesor Titular de la *Universidad de Granada-España*

Ricardo Chueca Rodríguez

Catedrático de Derecho constitucional de la *Universidad de La Rioja-España*

## AFILIACIÓN DE LOS AUTORES

Francisco Távora Córdova

Presidente del Jurado Nacional de Elecciones. Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Ex Presidente del Poder Judicial

Javier de Vicente Remesal

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho penal de la *Universidad de Vigo*, España

Carlos Polanco Gutiérrez

Juez Especializado en lo Civil  
Profesor de Derecho privado en las *Universidades Nacional de San Agustín y Católica de Santa María*

Mauricio Matos Zegarra

Master en Derecho por la *Université Libre de Bruxelles* (Bélgica). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Docente de Derecho laboral en la *Universidad Católica Santa María*

Emilio José Armaza Armaza

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho penal de la *Universidad de Deusto*  
Investigador Postdoctoral en Derecho y Genoma Humano de la Universidad del País Vasco UPV/EHU, Bilbao, España

Renato Díaz Gonzáles

Profesor de Derecho procesal civil en la *Universidad Nacional de San Agustín*

Manuel Armaza Armaza

Licenciado en Derecho

Patricio Fajardo Passano

Magister en Derecho. Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
de la Universidad Católica de Santa María

Jorge Luis Cáceres Arce

Vicerector de la UCSM. Docente principal de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Políticas y de la Escuela de Postgrado

Marianné Núñez Núñez

Estudiante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la  
*Universidad Católica de Santa María*

Walter Manrique Cervantes

Estudiante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la  
*Universidad Católica de Santa María*

AFILIACIÓN INSTITUCIONAL DE LOS EVALUADORES  
EXTERNOS

Jorge Luis Salas Arenas

Juez Supremo de la República. Profesor de Derecho penal de la  
*Universidad La Salle*

José Palomino Manchego

Doctor en Derecho. Profesor principal de la *Universidad Nacional de San  
Marcos*

Ayar Chaparro Guerra

Doctor en Derecho. Vice Rector Académico de la *Universidad José  
Carlos Mariátegui*

Carlo Magno Cornejo Palomino

Juez Superior del Distrito Judicial de Arequipa

Ciro Alejo Manzano

Doctor en Derecho. Fiscal Superior de Arequipa

Yeny S. Magallanes Rodríguez

Juez Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de  
Arequipa

Ronald Medina Tejada

Juez Especializado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de  
Arequipa

Emilio José Armaza Armaza

Doctor en Derecho. Profesor encargado de Derecho penal de la  
*Universidad de Deustuo (Bilbao)*

## FECHA DE CALIFICACION DE LOS TRABAJOS

La reforma electoral en el Perú de Francisco Távora Córdova (2/11/2016).

Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP Español: Referencia especial a la inhabilitación profesional médica de Javier de Vicente Remesal (2/11/2016).

El cálculo de intereses legales en ejecución de sentencias de Carlos Polanco Gutiérrez (7/11/2016).

Negociación colectiva y extensión del convenio arbitral laboral a partes no signatarias de Mauricio Matos Zegarra (9/11/2016).

Lagunas en la protección penal de la salud pública en el ordenamiento jurídico español: A propósito de las crisis biológicas de Emilio José Armaza Armaza (10/11/2016).

Límite de edad para el ejercicio de la docencia universitaria de Renato Díaz Gonzáles (2/11/2016).

La realidad de las cárceles y posibles métodos alternativos a la pena privativa de libertad para la ejecución de sentencias en el Perú de Manuel Armaza Armaza (2/11/2016).

Aproximaciones generales respecto a la teoría general de las obligaciones de medios y de resultados Patricio Fajardo Passaño (11/11/2016).

El romance jurídico de Sor Juana Inés de la Cruz: Símbolos con la obra de Cesare Beccaria de Marianné Núñez Núñez (14/11/2016).

Más allá del veinte de Walter Manrique Cervantes (14/11/2016).

La Revista de Derecho se terminó de imprimir  
en los talleres gráficos de Joshua V&E S.A.C.  
Calle Angamos N° 118 Urb. María Isabel  
Cercado - Arequipa  
en diciembre del año 2016