



REVISTA DE DERECHO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Católica de Santa María

Año 12, núm. 11- 2017

Indizada en www.latindex.org/latindex/ficha?folio=25625

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

*Domingo García Belaunde. Eugenio Raúl Zaffaroni. José Luis Guzmán Dálbora.
Alejandro Martínez Dhier. Ricardo Chueca Rodríguez*

Evaluableores Externos

*Jorge Luis Salas Arenas. José Palomino Manchego. Carlo Magno Cornejo
Palomino. Ciro Alejo Manzano. Ronald Medina Tejada. Emilio José Armaza
Armaza*

Arequipa, 2017

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

Límite Cero E.I.R.L.
Calle Nueva núm. 308, int. 7-G
C.C. El Castillo
Cercado - Arequipa
Teléf. 054-241322 - 959956639
rosariof_@hotmail.com

1a. Edición-diciembre 2017

ISSN: 2077-0723
HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
núm. 2018-02079
Proyecto Editorial núm.
30401011800128
www.latindex.org/latindex/ficha?folio=25625

©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

Frecuencia con la que se publica la Revista: Anual
Diciembre - 2017
Año 12, núm. 11.
Se tiraron 500 ejemplares

Se terminó de imprimir en febrero del 2018, en:
Joshua V&E S.A.C.
Calle Angamos núm. 118. Urb. María Isabel
Cercado - Arequipa

Diseño de portada, diagramación y responsables de la edición:
Daniela Quiroga Saavedra y Miriam Escobedo Santos

Reservados los derechos referidos a la
Revista de Derecho

Autoridades universitarias Drs.

Manuel Alberto Briceño Ortega
Rector

César Cáceres Zárate
Vicerector Académico

Gonzalo Dávila del Carpio
Vicerector de Investigación

Jorge Luis Cáceres Arce
Vicerector Administrativo



Manuel Alberto Briceño Ortega
Rector



Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Durante el presente año académico se han sucedido en la dirección de la Facultad tres Decanos: El señor profesor Dr. Luis Vargas Fernández, quien por límite de edad se retiró de la docencia antes de finalizado el primer semestre; el profesor Mauro Pari Taboada, que casi inmediatamente convocó a elecciones ordinarias y, finalmente, desde el 6 de septiembre, el señor profesor Dr. Gabriel Torreblanca Lazo.

Los estudios de pregrado y postgrado los realizó el Profesor Torreblanca en nuestra Superior Casa de Estudios y durante los 35 años dedicados a la enseñanza universitaria ha regentado la cátedra de Seguridad y Previsión Social y, además, la de Práctica Forense Civil. Ello, y la circunstancia de haber escrito *El proceso civil* y *El principio de Universalidad en la Seguridad Social*, le hicieron merecedor de sendas distinciones y reconocimientos, dispuestos por el Ilustre Colegio de Abogados y por la Municipalidad Provincial, respectivamente.

Pero no únicamente ha orientado sus esfuerzos a la enseñanza universitaria, pues en algún momento se desempeñó como Juez de Paz no Letrado del Distrito de Sachaca [años 1977, 1978, 1979 y 1990] y como Defensor de Oficio ante la Corte Superior de Justicia [años 1983, 1984, 1985 y 1986]; sin contar con que también tuvo ocasión de asesorar o laborar como Procurador Público en algunas Municipalidades arequipeñas [años 2003, 2008, 2009 y 2010].

Esa variedad de experiencias profesionales, sin duda le dieron solidez y una vasta autoridad para impartir las cátedras en las que brilla con luz propia ante un número considerable de alumnos que, según hemos podido testimoniar, profesan gratitud, admiración y deseos de bienestar a favor del profesor Torreblanca.

INDICE

Doctrina

<i>La racionalidad de los marcos penales en el sistema punitivo actual: sus límites y elementos configuradores</i>	
Jon López Gorostidi	17
<i>¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis</i>	
Miguel Díaz y García Conledo	55
<i>Constitución y Estado aconfesional</i>	
Jorge Luis Cáceres Arce	69
<i>Derogaciones tácitas al Código procesal civil peruano de acuerdo a la ley núm. 30293</i>	
César Ibarra Valdivia	85
<i>Dignidad animal para satisfacer derechos humanos</i>	
Marianné Núñez Núñez	101
<i>El derecho constitucional de acceso al agua potable: su problemática y la tecnología desaladora de agua de mar como medida de solución</i>	
Alejandro A. Salas Osorio	107
<i>Trámite cautelar: Los cien años de restricción del derecho de defensa</i>	
José Alfredo Lovón Sánchez	117
<i>Problemas jurídicos a propósito del deber de cohabitación conyugal</i>	
Diego Alejandro Sánchez Cárdenas	131
<i>La negociación colectiva en el Perú: El caso de la magistratura</i>	
Eduardo J. Meza Flores	147
<i>Recepción de las ideas de Beling en el Derecho peruano de mediados del siglo XX</i>	
Julio Armaza Galdos	159
Reseñas bibliográficas	
<i>Dei Delitti y delle Pene, facsímil de la edición príncipe de 1764, con unas Cartas de Cesare Beccaria a su hija Giulia [Hugo Marzi Rivera]</i>	169

Diego Falconi , <i>A medio camino. Intertextos entre la literatura y el derecho</i> [Edward Álvarez Yucra].....	176
Eugenio María Ramírez Cruz , <i>Prescripción adquisitiva de dominio: Los conceptos del justo título y la posesión, y la ambigüedad de la jurisprudencia nacional</i> [Manuel Armaza Armaza].....	181
Rikel Vargasmeléndez , <i>El Delito de Sicariato y su Investigación desde la Escena del Crimen</i> [Ana Lucía Eduardo].....	182
Información sobre la Facultad	189
Biografías de juristas famosos	195
Anexo	229
Pautas para publicar	243
Afiliación institucional de los miembros del Consejo Editorial	245
Afiliación de los autores	247
Afiliación institucional de los Evaluadores Externos	249
Recepción y Calificación de los trabajos	251

Doctrina

LA RACIONALIDAD DE LOS MARCOS PENALES EN EL SISTEMA PUNITIVO ACTUAL: SUS LÍMITES Y ELEMENTOS CONFIGURADORES¹

Jon López Gorostidi

Resumen

El presente estudio se centra en el análisis de criterios que deben orientar la labor del legislador al momento de determinar los marcos penales que asigna a los distintos delitos contenidos en el Código penal. Se analiza y aplica la llamada "fórmula del peso", desarrollada por la doctrina alemana contemporánea, para realizar un análisis de los marcos penales asignados en el Código penal para algunos de los delitos más cometidos en España, y para proponer un marco penal para una nueva infracción penal propuesta por la doctrina más reciente.

Palabras clave

Marcos penales, racionalidad, fórmula del peso, teoría de la pena.

Abstract

The following paper is focused on the analysis of the criteria used by the legislator in order to set prison frames for each crime included in the Spanish Penal Code. 'The Weight Formula', developed by the modern

¹El presente trabajo de investigación 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. Dicho proyecto es dirigido por el Dr. Emilio José Armaza Armaza [Investigador Postdoctoral de la Universidad del País Vasco UPV/EHU – Profesor de Derecho penal de la Universidad de Deusto], y cuenta con la participación de los Profesores Doctores D. Carlos María Romeo Casabona [Catedrático de Derecho penal de la Universidad del País Vasco UPV/EHU], D. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro [Catedrático Acreditado de Derecho penal de la Universidad de La Laguna] D^a María Ángeles Cuadrado Ruiz [Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Granada] y de D^a. Fátima Flores Mendoza [Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de La Laguna].

German doctrine, constitutes a theoretical base so as to examine some of the frequently committed crimes in Spain and to propose a prison frame for a new criminal offence identified by the recent doctrine.

Key Words

Prison frames, rationality, The Weight Formula, theory of punishment.

Introducción

El presente trabajo trata de arrojar un poco de luz sobre el, cuanto menos disperso, mundo de la Teoría de la Pena, al mismo tiempo que persigue, como fin último, dilucidar justificaciones empíricas a los marcos penales que contempla nuestro sistema punitivo actual, presidido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [en adelante, CP]. Para ello, apelaremos al estudio de los elementos configuradores de la Teoría de la Pena, así como a la Teoría del Peso de Robert Alexy, con el fin de construir un modelo con el cual evaluar la racionalidad de los tipos penales más significativos del CP en esta línea y dar una respuesta en forma de marco penal racional a una laguna legislativa referente a la protección de la salud pública en el marco de las emergencias biológicas.

En relación con la metodología adoptada, debemos indicar que este estudio se fundamenta en la búsqueda, investigación y posterior lectura de textos doctrinales y piezas jurisprudenciales [esto es, la metodología propia de las ciencias jurídicas], para lograr así una perspectiva lo más amplia y rica posible del tema en cuestión, sin olvidarnos de la extracción de conclusiones y la reorganización de ideas como medio para llegar a las justificaciones sobre los marcos penales que hemos comentado en el párrafo anterior. También habrá espacio para la aplicación de lo concluido a un caso concreto. Como se podrá ver, el análisis desarrollado tiene una naturaleza multidisciplinar dado que hemos recurrido al estudio de esta materia desde la perspectiva de la política criminal, de la criminología, así como, fundamentalmente, de la dogmática penal.

Nuestro punto de partida es, pues, la pena como categoría jurídico-penal. Definida en palabras de

Muñoz Conde y García Arán como 'el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo'², la pena como medio necesario de represión para el mantenimiento de las condiciones de vida fundamentales en aras de conseguir la convivencia de personas en una comunidad³.

Históricamente, la Teoría de la Pena encuentra su justificación más recurrente en los fines del Derecho Penal, en concreto con las teorías absolutas o de la retribución, las cuales según autores como Kant o Hegel⁴ definen la pena como castigo o exigencia de justicia, y las teorías relativas o de la prevención, las que encuentran los fines fuera de la propia pena tratando de evitar la comisión de nuevos hechos delictivos a nivel individual y a nivel de la sociedad en general. Más a fondo, Beccaria, Bentham o Feuerbach son fervientes defensores de la prevención general, en la medida en la que ésta constituye una amenaza para los miembros de la colectividad hacia sus conductas futuras o, en la línea que marca la prevención general positiva, busca demostrar a los ciudadanos la inviolabilidad del ordenamiento jurídico. Una concepción, ésta última, con mucha más cabida en un Estado social y democrático de derecho como el español, idea defendida por autores de la talla de Gimbernat, Mir Puig, Muñoz Conde o Luzón. Por último, la prevención especial o individual versa sobre la resocialización o el carácter intimidatorio que se aplica sobre el reo que realiza la conducta típica.

Sin embargo, es bien sabido que son las teorías unitarias o eclécticas las más populares en palabras, entre otros, de Merkel o Van Hippel: la esencia de la pena se encuentra en la retribución y la pena pretende fines preventivos⁵.

Dicho esto, es latente también que esta postura intermedia para muchos autores resulta poco satisfactoria, dado que, según indican, cualquier teoría debe enfocar el problema, la pena en este caso, desde un enfoque totalizador y no tratar de aglutinar dos posturas de tintes

²Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

³Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal...* op. cit.

⁴Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Reppertor, Madrid, 2015.

⁵Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general...* op. cit.

opuestos. Siendo la 'pena un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en los que aparece⁶ y es objeto del presente estudio tratar de recoger una relación lo más completa posible de éstas.

Elementos configuradores de la teoría de la pena y su incidencia en la racionalidad del sistema punitivo

En el presente apartado nos preguntamos qué factores pueden afectar a la labor legislativa y a la cuestión de la racionalidad de las normas penales por medio del análisis de algunos de los elementos más relevantes que conforman la Teoría de la Pena, siendo latente la imposibilidad de recoger una relación completa de todos y cada uno de ellos. Ordenados del más abstracto al más concreto.

1. La racionalidad ética

'Habermas identificó el mundo de la vida que es un sistema de creencias compartidas o precomprensiones que no son susceptibles de someterlas a discurso porque los participantes de la comunicación social no pueden trascenderlas, son ajenas a la conciencia de estos⁷, pero de ellas deriva el discurso jurídico.

En estas se basa la racionalidad ética, en el sentido en el que mediante este primer planteamiento identificamos garantías que el individuo medio, casi inconscientemente, reclama para el Derecho penal, ciencia que rige las conductas más gravosas de la sociedad en la que vive. Así que comenzamos por aquí, por las convicciones preconcebidas, para explicar la Teoría de la Pena.

Díez Ripollés expone un modelo estructural de racionalidad ética penal que completa el modelo expuesto hasta el momento porque no acaba de dar una cobertura completa a los principios jurídico-penales⁸. Ya que, en su opinión, la doctrina se limita a dar respuestas parciales con predilección por los fines de la pena.

Así las cosas, propone clasificar las decisiones político-criminales en tres familias básicas: mantener el orden social protegiendo bienes fundamentales para la convi-

⁶Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal...* op. cit.

⁷José. Luis Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

⁸José. Luis Díez Ripollés. *La racionalidad...* op. cit.

vencia, incidir sobre uno de los factores decisivos para la producción de tales perjuicios y neutralizar estas conductas mediante el control social.

También organiza tres grupos de principios fundamentadores del Derecho penal: principios de la protección, principios de la responsabilidad y principios de la sanción.

Dentro de los primeros se encuentran los de lesividad [la sociedad debe protegerse de conductas dañosas que pongan en tesituras la organización colectiva], esencialidad [el Derecho penal se centra en las conductas más perjudiciales], interés público [son lesiones que afectan a la sociedad en su conjunto y trascienden de la relación autor-víctima] y el principio de correspondencia con la realidad [se excluyen percepciones mágicas o religiosas].

Si pasamos al segundo grupo, encontramos cualidades que la sociedad considera que debe reunir una persona para que se le pueda exigir responsabilidad criminal por una conducta. El principio de certeza o seguridad jurídica preside este grupo, en el sentido en que los ciudadanos deben poder saber de antemano sobre qué conductas se les van a exigir responsabilidad y cuál va a ser ésta. También se encuentra el principio de responsabilidad por el hecho ya que solo son reprochables las conductas externas y concretas. La imputación asegura que el hecho se vincule a una persona, desde la perspectiva objetiva y subjetiva, como es bien sabido. La culpabilidad, por su parte, implica que se puede exigir responsabilidad penal en función del proceso de motivación que ha llevado al sujeto activo a cometer el delito. Por último, el principio de jurisdiccionalidad asegura un consenso ético sobre los procedimientos existentes para la depuración de la responsabilidad criminal.

Para terminar este apartado, nombramos los principios de la sanción que recoge Ripollés: humanidad de las penas, teleológico o de los fines, proporcionalidad y monopolio punitivo estatal.

Visto lo visto, si algo queda claro es que los factores configuradores de la Teoría de la Pena van mucho más allá de la observancia del principio de proporcionalidad y de los fines de prevención y retribución.

2. El funcionalismo y la teoría del bien jurídico

El segundo punto de nuestro análisis es la teoría del bien jurídico y el funcionalismo, por su antigüedad [aunque atesora poca utilidad práctica por sí sola en la actualidad] y porque es la base de la mayoría de los planteamientos actuales.

Ambos elementos forman parte de un razonamiento defendido primero por V. Liszt y, más tarde, por Roxin en su obra *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?* en la cual optan por un planteamiento instrumental a la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos, siempre con límites valorativos. Esto es, Roxin se sirve del Derecho penal para dilucidar si una conducta es delito o no y de la política criminal y de la necesidad social para saber cómo penar este comportamiento, siempre desde la perspectiva de proteger el bien jurídico en cuestión⁹.

Además, el concepto de bien jurídico puede ser entendido desde dos perspectivas complementarias: el bien jurídico y normatividad y el bien jurídico y legitimidad. En el primer sentido, 'la pena solo puede ofrecer garantía y defensa de bienes jurídicos mediante la estabilidad, la vigencia y el mantenimiento del orden público'¹⁰ y desde el segundo punto de vista de la legitimidad la teoría del bien jurídico sirve para legitimar criminalizaciones concretas

3. La Constitución

Proseguimos con la Constitución Española [en adelante, CE] base del ordenamiento jurídico del Estado.

La CE se presenta como la norma suprema del ordenamiento jurídico español y es, por tanto, inviolable también por las disposiciones penales que cumplen con el principio de legalidad básico en el Derecho Penal. Dicho lo cual, es claro que es un elemento que incide en la configuración de la pena ya que actúa como límite tanto material como formal en la actuación de ésta.

Ahora bien, es importante señalar que 'solo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos

⁹Claus Roxin, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

¹⁰Bernardo Feijoo Sánchez, *Funcionalismo y teoría del bien jurídico*, En: *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases Constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 163-230.

cuya incompatibilidad con la CE resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma¹¹, y que la aplicación discutible del tipo penal podrá ser objeto de revisión 'cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del concepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente'¹². Es en este sentido donde encontramos la figura de las sentencias interpretativas las cuales aceptan no declarar la inconstitucionalidad de un determinado precepto legal si se entiende o interpreta de una forma concreta, en aras del principio de conservación de ley y de evitar las gravosas consecuencias que la nulidad de un texto penal puede provocar.

Es de subrayar también que los preceptos de carácter más abstracto y de interpretación, por consiguiente, más amplia o extensiva son los que protegen los bienes jurídicos más importantes como pueden ser la vida, la salud o la libertad. A pesar de que es tarea del legislador el crear conceptos legales lo más claros posibles.

En este sentido Alcácer Guirao distingue tres parámetros básicos para el enjuiciamiento de textos legales de carácter penal a la luz de la CE: la determinabilidad, la necesidad intensificada de tutela penal y el ámbito de los destinatarios de la norma y que la garantía de tipicidad y control de la aplicación de la ley se pueden preservar mediante el aseguramiento de tres niveles de previsibilidad: la semántica, la axiológica y la metodológica.

Como recapitulación de lo expuesto en este apartado, podemos indicar que la CE actúa como marco para la actuación penal punitiva del Estado y del legislador, siendo este marco amplio pero estricto, esto es, infranqueable en lo que a los derechos reconocidos respecta pero con un amplio margen de interpretatividad con base a lo previsible, determinable, en lo necesaria que es la tutela penal y en función de sus destinatarios.

¹¹Rafael Alcácer Guirao, *El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional*, En: *Constitución y Principios del Derecho penal: Algunas Bases Constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-66.

¹²Rafael Alcácer Guirao, *El derecho a la legalidad...* op. cit.

4. El principio de proporcionalidad

Un segundo límite material derivado de la CE es la proporcionalidad que las normas penales deben guardar con las conductas descritas, de hecho, este principio en sentido amplio resulta ser, al mismo tiempo, una herramienta adecuada para controlar también la constitucionalidad de la actuación estatal que comentábamos en el punto anterior -en la medida en la que constata si la actuación penal se corresponde con la gravedad de la conducta típica-.

Asimismo, se trata de un concepto con una concreción mayor a los fines de la pena, fines que no se explican sin los modelos políticos o las exigencias de ciertas corrientes político-criminales, algo que no sucede con este principio.

Conviene subrayar también, que de la concepción amplia de este principio se derivan e integran el subprincipio de necesidad, el de idoneidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto en cuanto la finalidad de la actuación punitiva es beneficiosa para los intereses públicos o particulares.

Ahora bien, en el sentido en el que marca la Sentencia del Tribunal Constitucional [en adelante, STC] de 62/1982, cuando hablamos de medir la proporcionalidad entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica 'la ponderación ha de efectuarse desde la perspectiva del derecho fundamental del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio'¹³, obligando así a atender, en primer término, a la gravedad del delito, ya que la función de la pena no es la realización de justicia por medio del castigo, sino la tutela jurídica, esto es, la protección de los bienes e intereses cuyo pacífico disfrute ha de garantizar el derecho. No cabe duda, pues, de que el fin de retribución exige que la pena y el delito sean proporcionales, no siendo tan claro que lo gravoso de la pena guarde esa proporcionalidad con la protección futura del bien jurídico lesionado¹⁴.

Lopera, por ejemplo, defiende esta cuestión señalando que haría falta también para cumplir con la observación

¹³Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1982 de 15 de octubre, Ref. Aranzadi, núm. 62.

¹⁴Santiago Mir Puig, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*, En: *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases Constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 67-105.

del principio de proporcionalidad la finalidad de reducir la violencia punitiva estatal¹⁵.

En lo que respecta al Tribunal Constitucional [en adelante, TC] desde los años 80 ha defendido la tesis de que, a pesar de que resulta excepcional la revisión de que el legislador penal se ciñe al principio de proporcionalidad en sentido amplio, es latente que la ley penal tiene que versar en estricta observancia de este principio con sus tres exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto siempre presentes.

Es decir, la proporcionalidad juega un papel crucial dentro de la determinación de la pena. Sin embargo, no podemos quedarnos tan solo en el momento temporal en el cual se aplica el castigo sino expandir los efectos de este principio a la protección del bien jurídico en cuestión a futuro.

5. Criterios ideales, expertos, constitucionalistas y democráticos

Nos sumamos al planteamiento expuesto por Díez Ripollés¹⁶ trayendo a colación los principios éticos sobre protección, responsabilidad y sanción que se configuran como un límite y sirven para tomar decisiones en situaciones comprometidas, sin ser principios con un verdadero peso en el sistema de penas.

Los criterios ideales, en primer lugar, son puntos de referencia que están predeterminados por nuestro modelo de sociedad y la cultura aceptada por la misma. Se trata de remitirnos a la persona media, al ciudadano normal con plenas facultades. Por ejemplo, es el criterio que se sigue a la hora de determinar el deber de cuidado exigido a la hora de calificar las conductas imprudentes.

Los criterios expertos se pueden separar también en los denominados científico-tecnocrático y elitista. El primero hace referencia a las conclusiones derivadas de la investigación empírico-social que pone de manifiesto los objetivos que debe perseguir la política-criminal en una sociedad concreta. El criterio elitista, por su parte, se centra en quién toma o debe tomar las decisiones.

¹⁵Gloria Patricia Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2006.

¹⁶José Luis Díez Ripollés, *La racionalidad...* op. cit.

El criterio constitucionalista remite la decisión, como no podía ser de otra forma, a la CE, sin embargo, se vale de dos perspectivas distintas para ello: desde la amplia la CE aporta un modelo de sociedad y un conjunto de decisiones valorativas genéricas que deben inspirar el Derecho penal. Desde la estricta se debe entender que la propia CE ya contiene en su articulado buena parte de los principios jurídico-penales que deben usarse para tomar las decisiones político-criminales pertinentes.

Por último, como criterio democrático se puede entender cualquier medida penal tomada en base a las opiniones o valoraciones en ese momento mayoritarias en el seno de la sociedad, siendo el gran problema de este último los problemas de estabilidad y fiabilidad que inevitablemente presenta, dada la volatilidad de la opinión pública.

6. La dinámica de la legislación penal

Ya al margen estrictamente de la Teoría de la Pena, analizamos uno de los fenómenos sociales relevantes para la configuración del sistema punitivo español: la dinámica por la que debe pasar el legislador para producir en materia penal.

Basándonos en los fundamentos más procesales que tiene que cumplir el legislador penal, nos encontramos con que la dinámica que pasamos a describir brevemente mediante la siguiente tabla tiene también influencia en nuestro sistema de penas.

Tabla 1: La dinámica de la legislación penal

Fase prelegislativa		Fase legislativa		Fase postlegislativa	
Disfunción social	Procedente de fuerzas políticas, sociales o económicas y que se incluye en la agenda temática social	Iniciativa legislativa	Predominio gubernamental	Activación de un interés	Preocupación por las consecuencias

Ma- lestar social	Preocupa- ción y miedo al delito	Delibera- ción	Relevan- cia de la ponencia	Eva- lua- ción	Medios mate- riales, perso- nales y meto- dológicos
Opi- nión Pública	Reforzada por los medios de comunicaci	Aproba- ción	Mayoría cualificada penal	Trans- misión de resultados	Evaluación de la evaluación

Programa de acción	Ofrecer respuestas de resolu- ción a la disfunción identifi- cada	Interven- ción del Senado	Papel limitado
-----------------------	---	---------------------------------	-------------------

Grupos de presión expertos	Defien- den inte- reses muy adversos
Descon- sideración de la pericia	Reciente pérdida de impor- tancia de la respe- tabilidad social del programa de acción
Grupos de presión mediáti- cos	Sustitu- yen a los expertos con una visión simplifi- cada

Fuente: Elaboración propia

7. El Derecho penal simbólico

También el denominado Derecho penal simbólico es relevante en este sentido.

Díez Ripollés lo define como un proceso 'por el que la opinión pública, activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al Derecho, y al Derecho penal en particular, reflejar en todo momento los consensos, compromisos o

estados de ánimo producidos en esos debates públicos sobre problemas sociales relevantes¹⁷.

En este sentido y en ocasiones, el legislador se ve obligado a legislar una determinada conducta o a cambiar y modular dependiendo de las exigencias de la sociedad su ejercicio de poder legislativo, por lo que sin duda es relevante en la formación de la pena.

Gewichtformel o fórmula del peso de Robert Alexy

1. Factores de ponderación

En su obra *Teoría del discurso y de derechos constitucionales* el penalista alemán Robert Alexy redacta una teoría para evaluar la proporcionalidad de los tipos penales basada en tres factores de ponderación fundamentales: el peso abstracto de los intereses en colisión, el grado de afectación de los mismos y la base empírica de las premisas normativas al respecto¹⁸. Para ello, se vale de un mecanismo valorativo de estos factores que recoge en tablas, presididas por una serie de reglas y una ecuación matemática.

Lo que mide Alexy con el peso abstracto es la importancia en abstracto del bien jurídico al que afecta tanto el supuesto de hecho o conducta típica como la consecuencia jurídica, realizando una comparación en base a esto. Así las cosas, hay muchos factores que pueden incidir en la cuantificación de esa importancia, desde si se trata de un derecho fundamental [vida], si no lo es [patrimonio], si es un bien jurídico colectivo [salud pública], si es un bien jurídico de titularidad estatal [control de flujos migratorios], entre otros. Importancia que mide mediante la escala tríadica de ALTO - MEDIO - BAJO o 3 - 2 - 1. Por ejemplo, el peso abstracto de la pena del delito de homicidio del artículo [en adelante, art. 138 CP] es alto ya que afecta a la libertad.

Con el grado de afectación, por otro lado, lo que se quiere representar es la gravedad concreta de la consecuencia jurídica y si eso va en consecuencia con la del supuesto de hecho, es decir, no si el bien jurídico al que afecta el delito o la pena es importante o no, sino en

¹⁷José Luis Díez Ripollés, *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXV, núm. 103, enero-abril, 2002, pp. 409-447.

¹⁸Robert Alexy, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, 2005, pp. 89-103.

qué medida se afecta a ese bien. La escala tríadica que propone es la que sigue: GRAVE-MEDIO-LEVE o 3-2-1. En la práctica, en la mayoría de los casos, los supuestos de hecho de los delitos de resultado se catalogarán con un 3 o GRAVE, los de peligro concreto con un 2 o MEDIO y los de peligro abstracto con un 1 o LEVE. Por su lado, la secuencia de las consecuencias jurídicas será, por ejemplo: pena de prisión 3 o GRAVE, localización permanente 2 o MEDIO y prohibición de acudir a determinados lugares 1 o LEVE, en función de cómo afectan a la libertad¹⁹.

Por último, la base empírica versa sobre la probabilidad de los conceptos que analizamos con la escala CIERTO - PLAUSIBLE - NO EVIDENTEMENTE FALSO o 3 - 2 - 1. En cuanto a los supuestos de hecho de los tipos penales, en la línea de lo anterior, los delitos de resultado se catalogarán con un 3 o CIERTO, los de peligro concreto con un 2 o PLAUSIBLE y los de peligro abstracto con un 1 o NO EVIDENTEMENTE FALSO. En cuanto a las consecuencias jurídicas, como ejemplo, la prisión la cataloga con un 3 o CIERTO, ya que no cabe posibilidad distinta.

En resumen, el tipo penal de homicidio del art. 138 del CP se catalogaría de la siguiente forma:

Tabla 2: El homicidio en la fórmula del peso

	Supuesto de hecho	Consecuencia jurídica
Peso abstracto	Alto, 3	Alto, 3
Afectación	Grave, 3	Grave, 3
Base empírica	Cierta, 3	Cierta, 3

Fuente: Fernando Sánchez Lázaro, *El principio de proporcionalidad de la pena*, en *Una teoría principialista de la pena*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 41-91

Y el tipo penal del art. 368 CP de tráfico de drogas de la que sigue:

¹⁹Fernando Sánchez Lázaro, *El principio de proporcionalidad de la pena*, en *Una teoría principialista de la pena*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 41-91.

Tabla 3: El tráfico de drogas en la fórmula del peso

	Supuesto de hecho	Consecuencia jurídica
Peso abstracto	Bajo, 1	Alto, 3
Afectación	Leve, 1	Grave, 3
Base empírica	No evidentemente falso, 1	Cierta, 3

Fuente: Fernando Sánchez Lázaro, *El principio de proporcionalidad de la pena*, en Una teoría principialista de la pena, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 41-91.

2. Estructuras de ponderación: la fórmula del peso

En continuación con lo anterior Alexy propone la siguiente fórmula de medición de la proporcionalidad, siendo los tipos penales que más respetan este principio los que obtienen la unidad como resultado. Un resultado menor que 1 denota una consecuencia jurídica desproporcionada en la medida, además, en la que se aleje de 1 y un resultado mayor que 1 descubre un supuesto de hecho mucho más gravoso.

$$Proporcionalidad = \frac{[PA_{sh} \times A_{sh} \times BE_{sh}]}{[PA_{cj} \times A_{cj} \times BE_{cj}]}$$

Siendo PA peso abstracto, A grado de afectación y BE base empírica, tanto del supuesto de hecho [sh] como de la consecuencia jurídica [cj].

Ilustramos el funcionamiento de la ecuación con dos ejemplos:

En primer lugar, si volvemos al art. 138 del CP y valoramos el supuesto de hecho de matar a otro con la consecuencia jurídica de pena de prisión de 10 a 15 años, el resultado es el siguiente:

$$[3 \times 3 \times 3]$$

$$\text{Proporcionalidad} = \frac{\text{-----}}{[3 \times 3 \times 3]} = 1$$

Puesto que la vida y la libertad son bienes jurídicos que protegen derechos iusfundamentales y por ende merecen ser catalogados con un 3, la afectación a estos bienes es grave, ya que en el supuesto de hecho se acaba con la vida y en la consecuencia se priva de la libertad durante, al menos, 10 años y tanto la muerte del sujeto pasivo como la encarcelación del activo son un hecho cierto²⁰.

Así que la proporción es igual a 1 y el tipo penal cumple estrictamente con la exigencia de proporcionalidad.

Pasamos ahora al art. 368 CP relativo al tráfico de drogas: supuesto de hecho de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas junto con una pena de prisión de 3 a 6 años [además de la pena de multa]:

$$\text{Proporcionalidad} = \frac{[1 \times 1 \times 1]}{[3 \times 3 \times 3]} = 1/27$$

La reflexión sobre la libertad es análoga al del delito anterior, sin embargo, el supuesto de hecho es distinto. Se trata del bien jurídico colectivo de salud pública que no merece tan alta clasificación como la vida, además es un delito de peligro abstracto, lo que hace que su afectación sea de nivel 1, por último, la probabilidad de que la salud pública se vea afectada por la conducta descrita es baja.

Visto esto, si solo observamos la proporcionalidad entre bienes jurídicos afectados podemos afirmar, en lo que a esta teoría respecta, que la consecuencia jurídica es muy desproporcionada.

Ahora bien, dentro de lo expuesto hasta ahora tan solo estamos teniendo en cuenta el fin retributivo de la pena, por lo que son necesarias una serie de correcciones si buscamos incidir en materia de prevención, como hacemos en los siguientes apartados.

²⁰Fernando Sánchez Lázaro, *El principio de proporcionalidad de la pena*, en Una teoría principialista de la pena, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 41-91.

3. El principio de reeducación y reinserción social

No resulta justo, por tanto, acudir tan solo a estos tres factores para medir la adecuación de un tipo penal al sistema punitivo actual y esto deja latente que la proporcionalidad no es el único factor que define la pena, sino que existen más condicionantes para ello. Es por esto, por lo que Robert Alexy habla también de la influencia del principio de reeducación y reinserción social y su aplicación en la presente teoría.

El art. 25.2 de la CE refleja que 'las penas privativas de la libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social'²¹. Ahora bien, es centro de la discusión la mayor o menor orientación del sistema de penas a estos factores y si deben aplicarse de forma gradual o progresiva. Dilema que la jurisprudencia tiende a resolver por el lado de que la reeducación y la reinserción no constituyen un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional, sino que se trata de un principio orientador e interpretativo para el legislador, la política criminal y el poder judicial.

Prueba de esto es la STC 119/1996, de 8 de julio en la cual dos presos reclaman la vulneración de su derecho a la reeducación y reinserción ya que están sufriendo un régimen de 22 horas de internamiento en la celda y 2 horas de patio. El TC advierte una colisión clara entre 'la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social' y la 'retención y custodia de los detenidos, presos y penados'. El TC, sin embargo, resuelve a favor de la prevalencia del segundo de los principios, ya que el primero "no genera un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prisión se rija exclusivamente por el mismo, con independencia también del 'fin primordial' de las instituciones penitenciarias de "detención y custodia de detenidos, presos y penados"²².

Así pues, su encaje dentro de la teoría de Alexy puede resumirse en distintas comparativas con otros principios orientadores de la pena:

²¹Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311, p. 29313.

²²Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 119/1996 de 8 de julio, Ref. Aranzadi, núm. 119.

Tabla 4: Los principios orientadores de la pena en la fórmula del peso

Criterios de ponderación	Principio de libertad	Reeducación y reinserción	Principio de proporcionalidad
Peso abstracto	3	2	1

Fuente: Fernando Sánchez Lázaro, *El principio de proporcionalidad de la pena*, en Una teoría principialista de la pena, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 41-91

Con derechos fundamentales:

Tabla 5: Los principios orientadores de la pena en la fórmula del peso [II]

Criterios de ponderación	Derecho fundamental a la vida	Reeducación y reinserción
Peso abstracto	3	2

Fuente: Fernando Sánchez Lázaro, *El principio de proporcionalidad de la pena*, en Una teoría principialista de la pena, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 41-91

Como factor clave en comparativas entre posibles medidas de seguridad:

Tabla 6: Los principios orientadores de la pena en la fórmula del peso [III]

Criterios de ponderación	Internamiento en centro psiquiátrico	Tratamiento en régimen ambulatorio
Peso abstracto	3	2 [3]

Fuente: Fernando Sánchez Lázaro, *El principio de proporcionalidad de la pena*, en Una teoría principialista de la pena, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 41-91

Siendo una tarea de relativización que debe llevarse a cabo no en abstracto sino en concreto, valorando los pesos de los factores en diferentes situaciones.

Así las cosas, no encontramos sentido a la introduc-

ción de este factor en la fórmula de Alexy, ya que no es un derecho fundamental susceptible de amparo y hay que ponderar su aplicación de forma graduable con las circunstancias fácticas y jurídicas y los demás fines de la pena concurrentes, por mucho que debe ser tenido en cuenta en los términos que acabamos de explicar.

4. El principio de prevención general

En la misma línea que el principio anterior, la prevención general no atesora una concreción y una posibilidad de valoración que nos lleven a incluirla en la fórmula del peso, sino que vuelve a ser un elemento de ponderación auxiliar, en el sentido en el que las penas se dirigen a la intimidación de la sociedad a través de la sanción [prevención general negativa] y a la restauración de la confianza en la vigencia de la norma [prevención general positiva].

Por tanto, la dinámica en este caso trata de identificar la prevención general en genérico y relacionarla con el bien jurídico que da peso a la prevención general, siendo la escala tríadica un instrumento para medir la necesidad que tiene la sociedad de que se proteja ese bien jurídico. Así las cosas, un ejemplo:

Tabla 7: Los principios orientadores de la pena en la fórmula del peso [IV]

Criterios de ponderación	Derecho fundamental a la vida	Prevención general en relación con el bien jurídico vida
Peso abstracto	3	2

Fuente: Fernando Sánchez Lázaro, *El principio de proporcionalidad de la pena*, en Una teoría principialista de la pena, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 41-91

Del mismo modo, será necesario ponderarla frente a otros principios cuando sus fines requieran procesos contrapuestos, por ejemplo, en la decisión de si metemos en la cárcel a un reo que ha pasado 5 años en un centro psiquiátrico. La prevención general nos indica que debe ser encarcelado para que la sociedad no dude del sistema punitivo, sin embargo, si no nos cabe duda de que el sujeto está reinsertado, la mejor opción para su desarrollo es no ingresar en prisión:

Tabla 8: Los principios orientadores de la pena en la fórmula del peso [V]

Criterios de ponderación	Derecho fundamental a la vida	Prevención general en relación con el bien jurídico vida
Base empírica	3 [cierto]	2 [no evidentemente falso]

Fuente: Fernando Sánchez Lázaro, *El principio de proporcionalidad de la pena*, en Una teoría principialista de la pena, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 41-91

Adecuación de los distintos tipos penales del CP al equilibrio entre la teoría de la pena y la teoría del peso

Sobre la base de lo expuesto en los apartados anteriores, procederemos a continuación a analizar la racionalidad de las sanciones previstas en los tipos penales más representativos en el Estado en la actualidad. Así las cosas, la tabla que exponemos a continuación busca servir de guía para la dinámica que vamos a llevar en esta parte del estudio. Siendo 'Criterios varios' los criterios ideales, expertos, constitucionalistas y democráticos del apartado 2.5.

Tabla 9: Examen de racionalidad de la pena

FÓRMULA (proporcionalidad - retribución)	Factores en ponderación	Limites
$\text{Proporcionalidad} = \frac{(PA_{a'} \times A_{a'} \times BE_{a'})}{(PA_{j'} \times A_{j'} \times BE_{j'})}$	Reeducación y reinserción	Racionalidad ética Constitución Teoría del bien jurídico
	Prevención general	Proporcionalidad Criterios varios Dinámica legislativa Derecho penal Simbólico

Fuente: Elaboración propia

Esto es, el examen sobre la adecuación de los tipos penales a lo concluido en los apartados 2 y 3 del presente trabajo partirá de la inserción de los valores correspondientes de cada supuesto de hecho y consecuencia jurídica

ca en la fórmula del peso de Alexy, a efectos de conocer la valoración de cada tipo si versamos sobre el fin de retribución.

A continuación, ponderaremos ese resultado en función de si las consecuencias jurídicas correspondientes están viciadas en parte por la reeducación o reinserción social o la prevención general, pasando ya a lo que rezan las teorías unitarias.

También habrá tiempo para dilucidar si el tipo penal objeto de análisis sobrepasa algún límite configurador de la Teoría de la Pena de los expuestos en el apartado segundo. Por ejemplo, un tipo penal que castigara la posesión de marihuana para consumo propio sobrepasaría el límite de esencialidad de las conductas castigadas por el Derecho penal que nos dicta la racionalidad ética analizada en el apartado 2.1., ya que no afecta a la salud pública en general, sino tan solo a la de un individuo, y esa conducta debería ser castigada con una sanción de carácter administrativo. Otro ejemplo lo podría constituir si se castigara penalmente el hecho de andar descalzo por la calle, ya que es algo que ni siquiera la opinión pública ha identificado como conducta perjudicial para la sociedad, si hablamos de la dinámica legislativa penal, y claramente excede el principio de proporcionalidad. Por último, si un tipo penal contemplase el castigo con pena de prisión al sujeto activo que presuntamente haya acabado con la vida de otra persona, estaríamos violando el límite constitucional de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE.

Para realizar la selección de los tipos penales objeto de estudio hemos consultado los datos del Instituto Nacional de Estadística [INE] sobre los delitos cometidos con mayor frecuencia en España durante el año 2015. La siguiente tabla sólo ilustra la clasificación de los delitos cometidos en más de 10.000 oportunidades.

Tabla 10: Delitos cometidos con mayor frecuencia en España en 2015

Total	288.756
<hr/>	
1. Contra la seguridad colectiva	102.164

1.1. Contra la seguridad vial	89.445
1.2. Contra la salud pública	12.415
2. Contra el patrimonio y orden socioeconómico	74.790
2.1. De los robos	29.499
2.2. De los hurtos	20.611
2.3. De las defraudaciones	10.202
3. Lesiones	37.082
4. Contra la Administración de Justicia	19.140
4.1. Quebrantamiento de condena	14.499
5. Contra el orden público	13.745
5.1. Atentados contra la autoridad	11.882
6. Contra la libertad	12.821
6.1. De las amenazas	10.427

Fuente: Instituto Nacional de Estadística / INE [www.ines.es]
[última consulta 24/05/2017]

Por ello, y por lo que exponemos a continuación, los tipos penales objeto de análisis son los siguientes, teniendo en cuenta de que en ocasiones sólo se analiza un apartado concreto de cada art. con el objeto de simplificar su análisis:

- Art. 379.1 y 379.2 CP: tipos básicos de seguridad vial, el tipo de delito más frecuente. Esto es así, porque la familia de delitos contra la seguridad colectiva incluye los delitos contra la salud pública [tráfico de drogas, por ejemplo] y seguridad vial, y los 102.164 delitos corresponden a la suma de ambos. Existe una separación dependiendo si se atenta contra la seguridad vial por exceso de velocidad o por conducir bajo efecto de sustancias. Además, se trata de un delito de peligro.

- Art. 147.1 CP: el tipo básico de lesiones y el segundo tipo de delito más cometido [de nuevo, sin tener en cuenta las familias] en España durante 2015. Se trata, como sabemos, de un tipo que protege un bien jurídico de especial importancia.

- Art. 242.1 CP tipo básico de robo con violencia e intimidación en las personas en relación al 237 CP, también uno de los más comunes. Con el análisis de este delito,

descartamos analizar el hurto y el resto de delitos contra el patrimonio.

- Art. 138.1 CP, tipo básico de homicidio y 139.1 CP, tipo básico de asesinato. Elegimos analizarlos dada la importancia del bien jurídico protegido, la vida.

- Art. 163.1 CP, tipo básico de detención ilegal, y art 166.2 CP, tipo agravado de detención ilegal y secuestro, por la importancia del bien jurídico: libertad y la agravación.

- Art. 485.1 CP. Este último análisis se justifica por lo excepcional del supuesto de hecho: matar a un miembro de la Familia Real, y por lo excepcional de la consecuencia jurídica, la más grave prevista y de reciente inclusión: la prisión permanente revisable.

1. Análisis de los arts. 379.1 y 379.2 CP, tipos básicos de seguridad vial

$$\text{Proporcionalidad} = \frac{[1 \times 1 \times 1] \quad 1}{[3 \times 1 \times 3] \quad 9} = \frac{1}{9} = 0,56$$

Justificamos la valoración mínima en el supuesto de hecho, porque se trata de un delito de peligro abstracto en lo que a base empírica y a grado de afectación se refiere. Además, la seguridad vial no es un bien jurídico amparable constitucionalmente²³.

Si nos centramos en la consecuencia jurídica, sin embargo, la pena de prisión de 3 a 6 meses que lleva a su sustitución en todo caso, hace que la afectación sea del grado mínimo a un bien jurídico [libertad] de máxima importancia.

La justificación de la teórica diferencia de proporcionalidad que observamos responde, en primer lugar, a razones de prevención general, con el fin de mandar un mensaje a la sociedad de la vigencia de la norma y del castigo existente, y de opinión pública, ya que la política criminal del Estado en este sentido en la de endurecer las

²³Raquel Montaner Fernández, *Delitos contra la seguridad vial*, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 317-339.

penas por poner en peligro la seguridad vial mandando un mensaje preventivo a la sociedad. Algo que ésta misma le está demandando con grupos de presión ligados a estas causas cada vez más activos y proliferantes.

No hay más que observar la tabla de los delitos más cometidos en España durante 2015 para cerciorarse que los delitos contra la seguridad vial se encuentran en primera posición y que, por tanto, merecen que la política criminal del Estado haga un esfuerzo para la protección de estos ataques²⁴.

2. Análisis del art. 147.1 CP, tipo básico de lesiones

$$\text{Proporcionalidad} = \frac{[3 \times 2 \times 3] \quad 18}{[3 \times 2 \times 3] \quad 18} = \frac{18}{18} = 1$$

En este segundo supuesto, encontramos la proporcionalidad sin necesidad de acudir a justificaciones adicionales, explicamos el por qué.

La igualdad se da ya que los dos bienes jurídicos afectados por supuestos de hecho y consecuencia jurídica, salud y libertad respectivamente, son de suma importancia constitucional y se consagran como derechos fundamentales²⁵. Además, el grado de afectación de los mismos es de segundo nivel, ya que en el caso de la salud, sí que se requiere tratamiento médico-quirúrgico pero no supone ninguna pérdida de órgano principal o no principal, y en el caso de la libertad el marco de estancia en prisión es amplio pero sustituible en la mayoría de casos, de 3 meses a 3 años.

La respuesta a la pregunta de por qué no son necesarias correcciones de carácter sociológico en este tipo penal es que se trata del tipo básico dentro de una familia de delitos [lesiones] de una casuística amplísima²⁶ y son los delitos atenuados, y sobre todo los agravados, los que presentan

²⁴Fernando Molina Fernández, *Delitos contra la seguridad vial: su aplicación jurisprudencial*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

²⁵David Felip I Saborit, *Las lesiones*, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 75-93.

²⁶Pilar Alhambra Pérez, *Estudio práctico de los delitos leves*. Ed. Comares. Madrid. 2016.

agravantes de razonamientos político-criminales como, por ejemplo, el art. 153 CP que presenta penas mayores por el mismo delito a hombres que a mujeres, siendo esto una respuesta a la violencia de género y a la sociedad machista en la que vivimos, o el art. 156 CP sobre el tráfico de órganos, un tema de gran impacto social.

El tipo básico, simplemente, castiga una conducta dirigida a sujetos activos sin necesidad de reinserción, una conducta común y sin especialidades que no precisa de refuerzo social en la confianza de su castigo, plenamente proporcional y constitucional.

3. Análisis del art. 242.1 CP, tipo básico de robo con violencia e intimidación en las personas

$$\text{Proporcionalidad}_1 = \frac{[2 \times 3 \times 3] \quad 18}{[3 \times 2 \times 3] \quad 18} = \frac{18}{18} = 1$$

$$\text{Proporcionalidad}_2 = \frac{[2 \times 2 \times 3] \quad 12 \quad 2}{[3 \times 2 \times 3] \quad 18 \quad 3} = \frac{12}{18} = \frac{2}{3} = 0,67$$

Encontramos un caso bastante parecido al anterior en el art. 242.1 CP, al analizar el tipo básico de un tipo penal con un amplio grupo de arts. relacionados. La catalogación de la consecuencia jurídica, al menos, es idéntica.

Existe, sin embargo, diferencia si hablamos del supuesto de hecho. El peso abstracto del bien jurídico no es de categoría superior ya que, a pesar de que la violencia e intimidación que media para robar afecta a la salud, principalmente se ve afectado el patrimonio²⁷ y, además, las lesiones que se produzcan a raíz de la conducta pueden ser penas separadamente según reza el propio art.. También es cierta su base empírica.

Su afectación, por su parte, puede variar según la cuantía, siendo el elemento diferenciador entre hurto y

²⁷Ricardo Robles Planas, *Delitos contra el patrimonio [I]*, en Lecciones de Derecho penal. Parte especial, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 225-251.

robo la fuerza en las cosas o la violencia e intimidación en las personas²⁸. Así pues, no podemos afirmar que quién roba está afectando de forma alta, media o leve al patrimonio del sujeto pasivo. Es por esto, que concluimos, como se puede observar en la doble fórmula presentada, que la proporcionalidad se cumple solo si el grado de afectación al patrimonio es alto y necesita de razonamientos posteriores si la cuantía es de menor importancia.

Estas ponderaciones pueden tratarse principalmente de razones de reinserción social si los robos cometidos son recurrentes o de prevención general en caso de querer mandar un mensaje de seguridad a la sociedad.

4. Análisis del art. 138.1 CP, tipo básico de homicidio, y 139.1 CP, tipo básico de asesinato

$$\text{Proporcionalidad}_{138.1} = \frac{[3 \times 3 \times x]}{[3 \times 3 \times 3]} = 1$$

$$\text{Proporcionalidad}_{139.1} = \frac{[3 \times 3^+ \times 3]}{[3 \times 3^+ \times 3]} = 1$$

Ya hemos analizado en el apartado 3.2. el resultado perfectamente proporcional del delito de homicidio. En cuanto al asesinato, observamos que el fenómeno que sucede es análogo al del homicidio. Tal vez, la escala tríadica limite un poco el análisis en este caso, al ser claramente superior en términos de grado de afectación, sin embargo, nos servimos del superíndice '+' para apuntar que el grado de afectación en el cual suben con respecto al homicidio tanto en supuesto de hecho como la consecuencia jurídica son enteramente proporcionales²⁹. Es decir, el hecho de que medie alevosía en el homicidio hace que el

²⁸José Ángel Brandariz García, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Ed. Comares, Granada, 2003.

²⁹David Felip I Saborit, *El homicidio y sus formas*, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 27-55.

marco penal pase de 10 a 15 años a de 15 a 25 y esto, a priori, parece justo y proporcional y no debemos buscar más razones político-criminales fuera de la pena. Entre otras cosas, porque un marco penal tan elevado como de 15 a 25 años ya manda por sí solo un mensaje suficientemente contundente a la sociedad y son las medidas de seguridad y los programas penitenciarios de reinserción quienes hacen el resto.

5. Análisis del art. 163.1 CP, tipo básico de detención ilegal, y del 166.2 CP, tipo agravado de detención ilegal o secuestro

$$\text{Proporcionalidad}_{163.1} = \frac{[3 \times 2 \times 3]}{[3 \times 2 \times 3]} = 1$$

$$\text{Proporcionalidad}_{166.2} = \frac{[3 \times 3 \times 3]}{[3 \times 3^+ \times 3]} = < 1$$

Brevemente, comentamos que el art. 163.1 CP presenta rasgos perfectamente proporcionales ya que siendo el bien jurídico el mismo [libertad]³⁰ este es de máxima importancia constitucional. Además, y un poco en la línea de lo expuesto hasta el momento, se trata de un tipo básico dentro de una familia amplia de delitos [mismamente los arts. 163.2 y 163.3 son los tipos atenuado y agravado, respectivamente] y esto hace que el grado de afectación sea de calificación media y el resultado sea 1.

Lo relevante de este apartado se encuentra, claro está, en el art. 166.2 el cual castiga con penas más graves que las del asesinato y prácticamente llega a los límites de aplicación de la prisión permanente revisable el detener o secuestrar a otro sin dar razón de paradero y, además, si es menor o discapacitado o la conducta se lleva a cabo con intención de atentar contra su libertad sexual.

Asignamos los valores máximos al supuesto de hecho

³⁰Ramón Ragués I Vallés, *Delitos contra la libertad*, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 95-114.

ya que se atenta contra la libertad primero, y eventualmente contra la libertad sexual, con máximo grado de afectación y obstaculizando que se pueda encontrar al sujeto pasivo³¹. También la consecuencia jurídica merece calificación 3 en lo que al peso abstracto y la base empírica respecta. Sin embargo, hay un exceso claro en el grado de afectación de la libertad del reo por lo insólito de la pena, sobre todo en el sistema penal actual solo comparable, como decimos, a la prisión permanente revisable. Estamos hablando de agravar una pena de tipo básico de 4 a 6 años a una de 20 a 25 años, a lo sumo.

Así pues, buscamos las razones fuera de la pena y, además de la obvia de prevención general, el caso del art. 166.2 CP es un magnífico ejemplo de Derecho penal simbólico. Este tipo penal responde al caso de Marta del Castillo.

En enero de 2009, Marta del Castillo, sevillana de 17 años no regresó a casa tras salir a pasear con sus amigos una tarde. Al día siguiente, el domingo 25 de enero, sus padres denunciaron su desaparición, desaparición que tuvo una respuesta social fuera de lo común con plataformas y agrupaciones diversas pidiendo su vuelta al hogar. A partir de ahí, el procedimiento se alargó hasta el pasado octubre en el cual se depuraron las últimas responsabilidades, quedando aún lugar para las dudas en el seno de la sociedad, por lo enrevesado del litigio, la escasa respuesta jurisdiccional y la importancia mediática que las plataformas y los medios de comunicación de tirada nacional han conseguido en relación al caso, que finalizó con el reconocimiento de la conducta descrita precisamente en el art. 166.2 CP³².

Este fenómeno también es comparable a la figura del discurso de las emergencias, una figura que consiste en grupos de interés con cierta influencia en la sociedad que trasladan el mensaje alarmista de que un concreto delito o conducta antijurídica se comete con mucha más frecuencia con la que se comete y que debe ser regulada o castigada más duramente. Esto influye tanto en el legis-

³¹Gerardo Landrove Díaz, *Detenciones ilegales y secuestros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

³²M. Máiquez, *El drama de Marta del Castillo, paso a paso: cronología de la desaparición de la joven sevillana*, 20 Minutos. <http://www.20minutos.es/noticia/458093/0/marta-del-castillo-cronologia/>. Última consulta: 09 de abril de 2017.

lador como en la opinión pública, la cual acaba exigiendo a éste una respuesta proporcional al miedo producido por el discurso desfigurado.

6. Análisis del art. 485.1 CP, delito contra la Corona

$$\text{Proporcionalidad} = \frac{[3 \times 3 \times 3]}{[3 \times 3^{++} \times 3]} = << 1$$

Terminamos con un tipo penal cuya consecuencia jurídica es la prisión permanente revisable y tratamos de dilucidar cuáles son las razones que llevan al legislador a optar por una tan severa. Consecuencia criticada por el grueso de la doctrina la cual llega incluso a cuestionar su inconstitucionalidad ya que 'choca con el principio de humanidad de las penas. Toda cadena perpetua que no esté sometida a término puede vulnerar la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes...'³³ o aportar 'otras razones de fondo: coherencia normativa en interpretación sistemática y hermenéutica de los arts. 25.1 y 25.2 CE, 1 LOGP y el propio Código penal, de modo que no puedan tergiversarse, ni, como suele decirse, cambiarse las reglas del juego a mitad de partida respecto a la finalidad principal de las penas privativas de libertad'³⁴ en el sentido en el cual la prisión permanente revisable no encaja en el sistema penal español actual.

Centrándonos en la fórmula del peso, el supuesto de hecho obtiene calificación de 3 al referirse al bien jurídico vida y afectar en su grado máximo al Rey, Reina, Príncipe o Princesa de Asturias. Además, de afectar a la corona en sí [como bien jurídico] con todo lo que esto representa para la seguridad de un Estado y sus relaciones internas e internacionales. La consecuencia jurídica obtiene también un 3 ya que nos referimos al derecho fundamental libertad con certeza. Lo relevante y criticable aquí es, por tanto, que la pena no es, por ejemplo, la del asesinato, algo que sería fácilmente justificable por razones de protección de

³³Sergio Cámara Arroyo, *Crónica y crítica de la implementación de la prisión permanente revisable en la reforma penal española [2012-2015]*, BIB 2016\2016, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2016, S.A.U., Cizur Menor., Ed. Aranzadi, 2016.

³⁴Sergio Cámara Arroyo, *Crónica y crítica...* op. cit.

los intereses del Estado y la influencia que tendría en la supervivencia de este el homicidio de una de las cuatro figuras que relata el tipo sino que, en mi opinión, se excede y presenta una consecuencia jurídica de difícil justificación en un sistema de penas como el español tendente cada vez más a la reinserción del penado, excediéndose en relación al límite teleológico o de los fines que apuntábamos en el apartado 2.1. sobre la racionalidad ética.

Esto es, parece que los tipos penales que prevén la prisión permanente revisable como pena sacrifican la reeducación de ciertos individuos de la sociedad por los intereses colectivos más importantes, ya que esta pena está prevista también para delitos de genocidio [art. 607 CP], lesa humanidad [art. 607 bis 2.1. CP], cometidos por miembros de una organización criminal [art. 140.1. 3ª CP], entre otros. Excepciones difícilmente justificables, por ende, en el sistema actual.

Es por esto que concluimos que de los delitos analizados todos cumplen con el sistema de proporcionalidad ponderada y limitada construido en el presente estudio, salvo los delitos cuya pena es la prisión permanente revisable por no respetar el límite teleológico que lleva a que las penas encajen dentro de un sistema con unos fines determinados, de prevención y reinserción social del penado, además del de retribución, en el caso español.

Un marco penal racional para la creación de nuevos tipos penales: a propósito de la protección de la salud pública frente a algunos peligros derivados de las emergencias biológicas

El objeto de este apartado es el de trasladar lo concluido en los apartados tercero y cuarto a una laguna legislativa con el fin de dar una respuesta a la misma en forma de propuesta de marco penal racional en caso de que el legislador acometiera la tarea de tipificar la conducta descrita.

Dicho supuesto de hecho ha sido extraído de un estudio elaborado por la doctrina el cual versa sobre El tratamiento penal del quebrantamiento de una orden de cuarentena: la protección de la salud [individual y pública] y otros derechos en juego y se centra en dilucidar si el CP atesora respuesta para el caso en el cual 'una persona sometida a un régimen de aislamiento por razones de bioseguridad... decida hacer caso omiso a las

indicaciones de las autoridades sanitarias... fugándose de las instalaciones hospitalarias¹³⁵ con el riesgo de contagio que eso conlleva y el efecto que puede ocasionar en la salud pública, en concreto o en abstracto.

Se concluye en dicho estudio que además de resultar aceptable la restricción de la libertad ambulatoria de una persona que pueda poner en peligro la salud de los ciudadanos, el Derecho penal español no presenta un tipo penal en el cual pueda tipificarse el supuesto de hecho descrito, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido es la salud pública. Puesto que el supuesto de hecho no es subsumible ni en los arts. 359 y siguientes relativos a sustancias nocivas, ni en los arts. que castigan la promoción de armas biológicas, ni siquiera el quebrantamiento de la condena y la desobediencia grave a la autoridad. Por lo tanto, propone la inclusión de un nuevo tipo penal que sancione a los sujetos activos de este tipo de comportamientos, siempre en observancia de los elementos configuradores de la Teoría de la Pena analizados en el apartado tercero del presente trabajo.

Para acometer esta tarea volvemos a la fórmula del peso de Alexy bajo el siguiente planteamiento:

$$\text{Proporcionalidad} = \frac{[1 \times 3 \times 1]}{[3 \times A_{\text{c}} \times 3]} = 0 < x < 0,2$$

El numerador se compone por el nivel mínimo en el peso abstracto del bien jurídico salud pública, copiando lo que proponía Alexy al analizar el delito de tráfico de drogas, también obtiene calificación 1 la base empírica ya que no es seguro que el bien jurídico se vea afectado. Sin embargo, en caso de contagio, la afectación de la salud pública por una enfermedad para la cual ha sido necesario el régimen de cuarentena es máxima, puesto que se trata de un régimen excepcional para casos extremos.

Para el denominador, por su parte, en primer lugar

³⁵Emilio José Armaza Armaza, *Lagunas en la protección penal de la salud pública en el ordenamiento jurídico español: A propósito de las crisis biológicas*, Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, 2016, Año 11, núm. 10, pp. 105-119.

observamos la familia de delitos contra la salud pública en los arts. 359 y siguientes del CP y concluimos que la consecuencia jurídica tiene que llevar aparejada en todo caso una pena de prisión, atendiendo a lo expuesto en este tipo de casos y a la familia de delitos de la que estamos hablando. Para facilitar el relato, nos olvidamos de penas de multa o penas accesorias. Así pues, el peso abstracto de una pena de prisión que restringe la libertad es 3 y su base empírica es de igual valor. El grado de afectación, por último, es precisamente lo que tenemos que hallar y es por esto por lo que lo dejamos como incógnita por el momento.

Para poder hacer esto, sin embargo, debemos primero dilucidar cuál será el cociente de la operación teniendo en cuenta si pensamos que el tipo penal debe guardar la proporcionalidad estrictamente en base a la retribución o existen más factores que ponderarían la pena en este tipo penal. La respuesta a esta cuestión es cuanto menos complicada, no tanto en términos penales sino en sociológicos.

En mi opinión, si la redacción de este tipo penal se llega a hacer un año atrás, cuando el tema del virus del Ébola estaba a la orden del día, los factores de prevención general, malestar social y miedo al contagio, opinión pública o, incluso, Derecho penal simbólico por el caso de la enfermera española entrarían sin duda en juego. En cambio, en una situación de calma social en este sentido el grado en el cual estos factores ponderarían la pena sería menor. Por todo esto y buscando un término medio, observamos que la decisión sea que el cociente sea cercano a 0.

Y esto nos lleva que, despejando la fórmula, el grado de afectación del bien jurídico libertad en la consecuencia jurídica sea igual a 2.

$$\text{Proporcionalidad} = \frac{[1 \times 3 \times 1]}{[3 \times 2 \times 3]} = 0,17$$

Así las cosas, solo falta concluir el marco penal correspondiente a esa afectación de grado 2. Para esto, es relevante incluir las penas de prisión que hemos

catalogado con nivel 2 durante el presente trabajo: 1 a 5 años [art. 352 CP], 3 meses a 3 años [art. 147.1 CP], 2 a 5 años [art. 242.1 CP], 4 a 6 años [art. 163.1 CP]. Ya que, de esta forma, podemos establecer un límite máximo y uno mínimo con el mayor y el menor de los valores:

De 3 meses [límite mínimo del art. 147.1 CP] a 6 años [límite máximo del art. 163.1 CP].

Para concretar más la pena, vamos a analizar la familia de delitos contra la salud pública entre los que estaría catalogado este delito, los arts. 359 y siguientes. Observamos que la mínima pena de prisión que se impone es de 6 meses y la máxima, en cambio, de 6 años [sin contar agravantes con penas superiores en grado o mitad superior].

En definitiva, nuestro análisis llega a la conclusión que, a efectos de los elementos configuradores analizados en el estudio, son racionales las penas para este supuesto de hecho que estén incluidas en el marco penal de 6 meses a 6 años. Esto es, tenemos argumentos suficientes para defender que el límite mínimo debe ser de 6 meses y que el máximo de 6 años.

Sin embargo, y con objeto de dar una respuesta completa a la laguna legislativa presentada, terminamos el apartado con una aproximación de lo que podría ser el tipo penal propuesto por el legislador penal.

Es razonable pensar, en este sentido, que este delito podría prever la separación de dos conductas dependiendo de si el peligro que crea es concreto o abstracto.

Por todo esto, proponemos una pena de 6 meses a 4 años en caso de peligro abstracto y de 2 a 6 años en el caso de peligro concreto. Proponiendo la siguiente numeración y redacción:

Art. 365 bis

1. El que quebrantando una orden de cuarentena o un régimen de aislamiento dirigido hacia su persona por razones de bioseguridad, ponga en grave peligro la salud pública haciendo caso omiso a las indicaciones del centro hospitalario en el cual se encuentre interno, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 4 años.

2. Si dicho quebrantamiento pone en concreto peligro la salud de un individuo o grupo de individuos, será casti-

gado con la pena de prisión de 2 a 6 años.

La numeración propuesta responde a un análisis sistemático del CP mediante el cual pensamos que la gravedad del art. 365 y la colectividad a la que afecta son comparables a las del tipo penal cuya pena proponemos.

Reflexiones finales

Llegamos ya al apartado de conclusiones que trata de constituir una síntesis lo más completa posible de lo expuesto hasta el momento, abordando también futuras implicaciones de la cuestión tratada.

Primera En primer lugar, versando sobre los fundamentos del Derecho penal y, más concretamente, sobre la Teoría de la Pena, debemos partir de que la sociedad tiene en su seno ciertas convicciones sin discurso jurídico que, sin embargo, son infranqueables para los individuos, la racionalidad ética: una de tantas la puede constituir, por ejemplo, la seguridad jurídica. Partiendo de esa base, autores, doctrina, jurisprudencia y el propio día a día de las esferas que conforman nuestro sistema penal actual han ido configurando y añadiendo factores determinantes para nuestro Derecho penal y nuestro sistema de penas: la teoría del bien jurídico, la observancia del principio de proporcionalidad, criterios ideales, expertos, constitucionales y democráticos o el Derecho penal simbólico tan solo son las motas más relevantes de un sistema complejo. Sistema presidido por el limitante pero modulable texto constitucional y la dinámica legislativa que este regula.

Segunda Desde un punto de vista más doctrinal, la teoría de los fines de la pena ha presidido los pensamientos no solo en España, sino en general, alrededor de este fenómeno. Así las cosas, el fin retributivo y la proporcionalidad estricta son explicadas con una base empírica bastante convincente en el apartado tercero del presente estudio con la exposición de la fórmula del peso de Robert Alexy. La cual, desde mi punto de vista y desde los defensores de las teorías unitarias o eclécticas, se debe conjugar con la prevención general, la prevención especial y la reeducación y la reinserción del reo.

Además, una de mis aportaciones en el presente estudio reside en la inclusión de los factores expuestos en el párrafo anterior y explicados en el punto segundo del trabajo como límite para el sistema de penas resultante

de la ecuación unitaria, aportación resumida por la Tabla 9.

Tercera Así pues, los apartados quinto y sexto son ambas aplicaciones prácticas de lo anterior. En lo que respecta a la adecuación de los tipos penales más representativos las conclusiones son básicamente tres:

- Los tipos básicos de delitos correspondientes a grandes familias de delitos con subtipos o tipos consecutivos agravados o atenuados guardan una proporcionalidad estricta en base, casi en exclusiva, a los fines retributivos de la pena, ya que los factores de ponderación de prevención general, reeducación y reinserción, etc. son recogidos, precisamente, por esos tipos alternativos.

- El CP actual está altamente impregnado de motivaciones de prevención general, basadas en la opinión pública, estadísticas a nivel nacional, tipos penales más cometidos, la dinámica legislativa o incluso, en los casos más flagrantes, Derecho penal simbólico. Los incendios forestales o la seguridad vial son grandes ejemplos de ello y más aún, si hablamos de la defensa de los bienes jurídicos relativos a la protección de derechos fundamentales, véase vida o libertad, entre otros.

- La pena de prisión permanente revisable presenta a priori una dureza excesiva para los supuestos de hecho para los que está prevista, no es tan fácilmente justificable en términos sociológicos y no guarda correspondencia con el principio teleológico o de los fines al no seguir el orden sistemático de nuestro CP y no tener un fácil encaje en el sistema de penas español. Es decir, según lo analizado en este trabajo, el mal que recoge esta pena se excede de los límites que marcan los fines de la pena puesto que ni resulta proporcional ni justificable por medio de otros fenómenos. Así las cosas, esa carga desproporcionada choca contra las garantías de dignidad y humanidad de las penas que nuestra Constitución recoge y plantea la cuestión a favor de la cual se mostró la doctrina de su posible inconstitucionalidad³⁶. A la luz de lo expuesto, delitos como el incorporado en el art. 485.1 CP tienen asignada una pena claramente desproporcionada y debería ser señalada como inconstitucional.

³⁶Sergio Cámara Arroyo, *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2016.

Cuarta Por último, es de destacar que los peligros para la salud pública derivados de las emergencias biológicas constituyen una amenaza para la sociedad, cuyo alto grado de lesividad hace necesaria una respuesta penal, siempre en observancia de los elementos configuradores de la Teoría de la Pena. Por lo tanto, el apartado sexto del trabajo ha servido como razonado experimento en el cual se intenta dar una respuesta en forma de pena al supuesto de un quebrantamiento de la zona de cuarentena por parte de un enfermo y sus consecuencias de peligro abstracto y concreto para la salud pública. Las penas establecidas se concretan en de 6 meses a 4 años para el peligro abstracto y de 2 a 6 años para el peligro concreto.

Quinta Así pues, no ha sido hasta bien entrado el siglo pasado cuando la doctrina se ha empezado a cuestionar la racionalidad de los tipos penales de los sistemas punitivos de cada Estado, alejándose y buscando respuestas de un origen aparentemente arbitrario de los mismos. Tarea en la que se debe seguir profundizando en aras de tender hacia sistemas penales justos y proporcionales.

A futuro, por lo expuesto, se presenta apasionante e improbable en cantidades iguales el reto de lograr reunir en una sola teoría, o conjunto de éstas, todos y cada uno de los elementos que configuran la pena, ese mal impuesto por el legislador que Muñoz Conde y García Arán nos ayudaban a definir en la introducción. Sin embargo, es una exigencia, en primer lugar social, para el legislador y para la política criminal estatal el conseguir, a pesar de lo indeterminado de la materia, respuestas a los fenómenos que, cada vez con más alto ritmo, se van sucediendo en nuestra sociedad. Y ahí es, a mi modo de ver, donde reside el éxito y el mantenimiento del sistema penal actual: en compensar esa posible, común pero inevitable dosis de arbitrariedad de las respuestas penales con la observancia de lo que los individuos de forma individual y en conjunto requieren.

Fuentes consultadas

Bibliografía

Rafael Alcácer Guirao, *El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional*, en *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases Constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia,

2010, pp. 15-66.

Robert Alexy, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, 2005, pp. 89-103.

Pilar Alhambra Pérez, *Estudio práctico de los delitos leves*, Ed. Comares, Madrid, 2016.

Emilio José Armaza Armaza, *Lagunas en la protección penal de la salud pública en el ordenamiento jurídico español: A propósito de las crisis biológicas*, *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María*, 2016, Año 11, núm. 10, pp. 105-119.

José Á. Brandariz García, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Ed. Comares, Granada, 2003.

Sergio Cámara Arroyo, *Crónica y crítica de la implementación de la prisión permanente revisable en la reforma penal española [2012-2015]*. BIB 2016\2016, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.4/2016, Ed: Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2016.

Sergio Cámara Arroyo, *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2016.

José Luis Díez Ripollés, *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXV, núm. 103, enero - abril, 2002, pp. 409-447.

José Luis Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

Bernardo Feijoo Sánchez, *Funcionalismo y teoría del bien jurídico*, en *Constitución y Principios del Derecho penal: Algunas Bases Constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 163-230.

David Felip I Saborit, *El homicidio y sus formas*, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 27-55.

David Felip I Saborit, *Las lesiones*, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 75-93.

Gerardo Landrove Díaz, *Detenciones ilegales y secuestros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Gloria Patricia Lopera Mesa, *Principio de proporcionali-*

dad y ley penal, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2006.

M. Máiquez, *El drama de Marta del Castillo, paso a paso: cronología de la desaparición de la joven sevillana*. 20 Minutos. <http://www.20minutos.es/noticia/458093/0/marta-del-castillo-cronologia/> Última consulta: 09 de abril de 2017.

Santiago Mir Puig, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*, en *Constitución y Principios del Derecho penal: Algunas Bases Constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 67-105.

Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Reppertor, Madrid, 2015.

Fernando Molina Fernández, *Delitos contra la seguridad vial: su aplicación jurisprudencial*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

Raquel Montaner Fernández, *Delitos contra la seguridad vial*, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 317-339.

Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Ramón Ragués I Vallés, *Delitos contra la libertad*, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 95-114.

Ricardo Robles Planas, *Delitos contra el patrimonio [I]*, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, pp. 225-251.

Claus Roxin, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Fernando Sánchez Lázaro, *El principio de proporcionalidad de la pena*, en *Una teoría principialista de la pena*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 41-91.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1982 de 15 de octubre, Ref. Aranzadi, núm. 62.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 119/1996 de 8 de julio, Ref. Aranzadi, núm. 119.

Legislación

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311, p. 29313.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015, núm. 77, p. 27061.

¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS? ALGUNAS TESIS^{1[*]}

Miguel Díaz y García Conlledo

En el limitado espacio de que se dispone se intentan plantear algunas tesis que, de ser ciertas, confirmarían la imposibilidad de que exista una responsabilidad penal o punibilidad de las personas jurídicas, tampoco en un ordenamiento jurídico como el español que habla de ella expresamente.

I. España se adhiere a la tendencia del [aparente] *societas delinquere potest*

Con la reforma operada en el Código penal [CP] español por Ley Orgánica [LO] 5/2010, de 22 de junio, España se sumó a la corriente de países que, con mayor o menor claridad, pretenden consagrar la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas [sin exclusión de la de las físicas]. En el caso español, se habla expresamente de responsabilidad penal de las personas jurídicas y de penas para ellas. No es posible detallar en el espacio de que se dispone siquiera los rasgos básicos de esta regulación², que, por cierto, ya ha sido dos veces modificada³ y solo

¹El presente trabajo se inscribe en los proyectos de investigación *Las garantías penales como límite y guía en la solución de problemas penales complejos: la necesidad de evitar atajos* [Ministerio español de Economía y Competitividad-MINECO-, DER2013-47511-R] y *Principios y garantías penales: sectores de riesgo* [MINECO, DER2016-76715-R], de los que soy investigador principal y en la investigación de la UIC 166 [Junta de Castilla y León], que dirijo. Por razones de espacio, las citas se acortan al máximo y tienen solo carácter indicativo y ejemplificativo, lejos de cualquier pretensión de exhaustividad.

²La bibliografía al respecto es muy abundante. Un resumen en alemán de la regulación [antes de la reforma de 2015 que se menciona enseguida], con ulteriores referencias, puede verse en Martínez Cantón FS Woltcr, 2013,1372 ss.

³La primera por LO 7/2012, de 27 de diciembre, para excluir a partidos políticos v sin-

muy recientemente aplicada⁴.

En definitiva, parece que en España, como en otros países, se parte ahora de que las personas jurídicas pueden delinquir: *societas delinquere potest*. Mis breves consideraciones siguientes pretenden demostrar que ello en realidad no es así.

II. Primera tesis: la persona jurídica no delinque, la física sí

Para empezar, cabe dudar de que las personas jurídicas cometan delitos [en realidad, cabe más bien aseverar lo contrario], por las razones que veremos, pero también por el aval que supone el propio tenor de los preceptos del CP español: el art. 31 bis.1, párr. 1º dice que las personas jurídicas en los casos legalmente previstos serán penalmente responsables "de los *delitos cometidos* en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus *representantes legales o por aquellos* que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, *están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*", y en el párr. 2º que también serán responsables "de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso" [lo que se repite en otros preceptos del CP].

De modo que el CP parece reconocer literalmente, en mi opinión con razón, que no son las personas jurídicas, sino las físicas, las que cometen los delitos. Ello nos llevaría a

dicatos de las excepciones al régimen de responsabilidad, que inicialmente compartían con las personas jurídicas que hoy quedan fuera de él, simplificadaamente, administraciones públicas y afines. La segunda, por LO 1/2015, de 30 de marzo [en vigor desde 1 de julio de 2015], con modificaciones diversas, aunque especialmente referidas a precisar el régimen de los programas de cumplimiento o *compliance*, su naturaleza y efectos.

⁴Efectivamente, cuando el presente trabajo estaba concluido, el Tribunal Supremo [TS] español dicta su primera sentencia condenatoria respecto de una persona jurídica [STS 154/2016, de 29 de febrero], dictada en pleno jurisdiccional del TS, algo poco frecuente, y expresando voto discrepante la mitad menos uno de los miembros de ese pleno, evidentemente importante, y que solo ha podido ser tenida en cuenta aquí de modo muy parcial, incorporando breves referencias. Poco después, aparece una segunda STS relevante [STS 221/2016, de 16 de marzo], que ya apenas puede mencionarse aquí.

la cuestión de si el legislador español configuró un modelo de heterorresponsabilidad o de autorresponsabilidad⁵ de la persona jurídica, que no abordaré en profundidad aquí, aunque señalaré que mi opinión que hay indicios de ambos sistemas, preponderando el de heterorresponsabilidad⁶.

III. Segunda tesis: no hay verdadera teoría del delito para personas jurídicas [y sí vulneración de principios penales básicos]

1. ¿Para qué una teoría del delito?

Si la teoría del delito, largamente elaborada, sirve, muy resumidamente, para ofrecer criterios generales válidos de interpretación y aplicación del Derecho penal, esto es, para la determinación de la responsabilidad penal con criterios comunes más allá del caso concreto, ofreciendo seguridad jurídica y una respuesta adecuada y proporcionada a la gravedad del hecho y a las peculiaridades subjetivo-individuales en su realización⁷, parece que, de existir una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas, esta debería poder gozar de esas ventajas que ofrece tal teoría. Aunque hay autores que pretenden que los elementos de la teoría del delito están presentes [con peculiaridades] también en la "actuación" de las personas jurídicas, creo que no es el caso. Repasemos los cuatro elementos tradicionales de esa teoría, sin discutir si la división cuatripartita o tripartita [entendiendo que tipo y antijuridicidad están estrechamente unidos] de esos elementos es la más correcta.

2. Los elementos de la teoría del delito

a) La acción

Una de las razones tradicionales de la negación de la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas es la de su incapacidad de acción.

⁵Sobre los distintos modelos, cfr., por muchos, Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, 85 ss.; Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, 2012, 64 ss.

⁶Naturalmente, ello lo discuten diversos autores. La Fiscalía General del Estado [FGE], en su Circular 1/2016, de 22 de enero, ve recogido un régimen de heterorresponsabilidad o transferencia. Sin embargo la reciente STS 154/2016, de 29 de febrero, se pronuncia por la configuración en la ley española de un régimen de autorresponsabilidad de la persona jurídica, si bien por escasa mayoría.

⁷Cfr., por todos, Luzón Peña, PG, 3a ed., 2016, 9 núm. 1.

La "actuación" de la persona jurídica no cuadra con los conceptos de acción mayoritarios en la doctrina, que generalmente vinculan tal concepto [prescindo aquí de debates] a una actuación humana [activa o pasiva] mínimamente voluntaria manifestada al exterior, si se quiere, como emanación de la personalidad del sujeto⁸. Y nada de ello encaja con las actuaciones de las personas jurídicas, que carecen de voluntad, carácter humano y personalidad en sentido estricto, por mucho que algunos autores, hábil y bienintencionadamente hayan querido mantener este concepto para personas jurídicas, apoyándose en que algunos de los más modernos e interesantes conceptos de acción no mencionan expresamente el término humano⁹. Pero estos últimos lo incluyen de manera evidente en la mención de la personalidad. Y es mucho forzar esta palabra el querer aplicarla a la "personalidad" jurídica.

Sin duda será fácil excluir de antemano cualquier responsabilidad de tintes penales también de la persona jurídica en supuestos de "fuerza mayor" que serían de ausencia de acción de personas físicas. Y sin duda es también posible construir un elemento base de la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos por las personas físicas que la integran que cumpla una función similar a la de la acción. Pero será *otra "acción" en otra teoría, más que del delito, de los presupuestos de imposición de medidas [criminales en sentido amplio tal vez, si se quiere, o a consecuencia de hechos criminales cometidos en su seno por personas físicas] a personas jurídicas.*

b] El injusto típico y el problema del dolo y de la imprudencia

Malamente se puede hablar de cosas como, por ejemplo, causalidad, si la acción, entendida al modo tradicional, no la realiza una persona jurídica. Los tipos penales o la mayoría de ellos están redactados describiendo conductas humanas. Difícilmente se podrá entender que una persona jurídica obra amparada por una causa de justificación [y ello al margen de la mala utilización, que debe corregirse mediante interpretación, de la palabra culpabilidad en el CP en relación con la responsabilidad

⁸Cfr., por muchos, Roxin, AT I, 3a ed., 1997 § 8 núm. 50 ss. [PGI, 1997, § 8 núm. 50 ss]; Luzón Peña, PG, 3a ed., 2016, 10 núm. 43 ss.

⁹Así, p. ej., Gómez Tomillo, *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., 2015, 66, con referencia explícita al concepto personal de acción Roxin.

de las personas jurídicas, y con la idea de que difícilmente la adopción de sistemas de compliance podrá significar justificación en el sentido que normalmente se da a la palabra], etc. El *iter criminis* y la autoría y la participación, propios del tipo, presentan peculiaridades en relación con la persona jurídica, etc.

Pero lo que realmente resulta complicado es hablar de un injusto propio de la persona jurídica que resulte equiparable al injusto personal que domina en relación con las persona físicas y, sobre todo, incluso prescindiendo de cuestiones de ubicación sistemática [injusto o culpabilidad], resulta problemático el tema del dolo y la imprudencia.

Por un lado, parece que los intentos más depurados de fundamentar un verdadero injusto propio de la persona jurídica proceden de los defensores más convencidos de modelos de autorresponsabilidad y giran en torno a la idea de la mala organización de la correspondiente corporación o entidad¹⁰. Ciertamente, ello posee la ventaja de poder sustentar con más base exigencias como la de probar la relación de causalidad y la de imputación objetiva entre la defectuosa organización y los delitos cometidos por las persona físicas. Pero tampoco convence plenamente sobre todo por el difícil encaje de los elementos subjetivos.

Para empezar, muchos creemos que en la imprudencia y, sobre todo en el dolo, se contienen elementos psíquicos [aunque no sean los únicos] incompatibles con la esencia de la persona jurídica y, si se quiere, hasta con la naturaleza de las cosas. Ya solo por eso resultaría "otra" teoría del delito la que hablara de dolo e imprudencia en relación con las personas jurídicas. Y no debería olvidarse que, aunque los campos semánticos de las palabras pueden incluir zonas difusas o de sombra, no por pretender denominar de una determinada manera un fenómeno

¹⁰Solo, p. ej., en Alemania Heine, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit Von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei GroBrisiken*, 1995, 271 ss., y en España Gómez-Jara Díez, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, 2010, 153 s.; La Ley 23-12-2010 [versión *on line*]. Naturalmente, existen otras opiniones que, al menos, facilitan una separación más clara de injusto y culpabilidad en las personas jurídicas y defienden un concepto de injusto más próximo al propio de las personas físicas; v. p. ej., con referencia al riesgo para bienes jurídicos, Gómez Tomillo [núm. 8], 74 ss. Pero, a mi juicio, resultan también insuficientes para explicar las distintas cuestiones que se mencionan en el texto.

[dolo, imprudencia en relación con las personas jurídicas] se ajusta esa denominación al significado posible de esos términos.

Pero, más allá de lo anterior, los problemas continúan. De las dos formas de imputación de delitos a la persona jurídica que contempla nuestro Derecho [mencionadas brevemente más arriba], especialmente la segunda [el no ejercicio del control debido] podría cuadrar tal vez [aunque sea de modo traslaticio] con la idea de imprudencia, pues lo normal será que la falta de control [control omitido, claro, por personas físicas, como no puede ser de otra manera, pero olvidemos esto ahora] se deba a dejación, descuido, y lo raro será que se produzca con dolo [de quienes deben controlar, de nuevo, claro]. Pero resulta que en la inmensa mayoría de los casos la responsabilidad que el CP establece se refiere a delitos dolosos: ¿castigaremos con la pena del dolo algo parecido a la imprudencia, con vulneración, al menos, de los principios de igualdad, responsabilidad subjetiva -si se quiere, para los que lo utilizan en este sentido, de culpabilidad- y de proporcionalidad? Así parece. Y ello prescindiendo de que la verdadera imprudencia se refiere a los elementos del delito concreto, con los que no siempre será fácil relacionar este "otro" concepto de imprudencia.

Pero es que, además, en el otro supuesto de imputación [el de los delitos cometidos por las "cabezas" de la empresa, si se me permite el tan usado símil antropomórfico] es difícil siquiera hablar de imprudencia, pues no parece demasiado consistente la apelación a una especie de culpa *in eligendo vel in vigilando*, cuando la elección de esas personas puede haber tenido lugar varios años antes de haberse cometido el delito y ellas pueden haberse comportado durante todos esos años con absoluta corrección. Y, por supuesto, aunque la hubiera, subsisten problemas tan importantes como que el castigo suele referirse a hechos dolosos.

Si esto es así, más difícil aún será encontrar "otro" dolo que se parezca remotamente al propio de las personas físicas, incluso si se "despsicologiza" este. Si hay algún caso que presente analogía, será excepcional. Y además, debería probarse su referencia al delito concreto cometido, lo que no parece fácil, salvo supuestos de rara aparición en la realidad [los encargados del control de otro dejan de

controlar para que este realice el concreto delito de que se trate en favor de, por ejemplo, su empresa].

Y cuando, para salvar la dificultad de fundamentar autónomamente el dolo o la imprudencia de la propia persona jurídica, estos se hacen depender de que exista dolo o imprudencia en la actuación de la persona física¹¹, ¿no están en realidad claudicando los defensores del modelo de autorresponsabilidad en el intento y reconociendo que el sistema será de heteroresponsabilidad, con la consiguiente merma, en mi opinión, también del principio de responsabilidad personal, por mucho que se diga que dolo e imprudencia son solo una parte del complejo juicio de culpabilidad de la persona jurídica? Al menos habrá que reconocer que se claudica parcialmente¹².

c] La culpabilidad

Algo similar sucede con el concepto de culpabilidad, otro de los motivos que llevó tradicionalmente a rechazar la posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica. Desde luego, si se parte de un concepto psicológico de culpabilidad, la posibilidad cae por su peso. Sin embargo, las teorías psicológicas de la culpabilidad están superadas hace mucho tiempo. Tal vez puede pensarse que las normativas ofrecen más opciones.

Los defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas apelan a menudo aquí también a los fallos, defectos o déficits de organización, si bien con muy distintos matices¹³ [lo cierto es que no siempre se distingue bien si estos se refieren al injusto o a la culpabilidad de la persona jurídica]. Una de las construcciones más importantes en España, la de Gómez-Jara Díez, está vinculada a una concepción funcionalista sistémica del Derecho penal¹⁴. Tal vez esta opinión case bien con una

¹¹Así, por ejemplo, Gómez Tomillo [núm. 8], 162 ss.

¹²Sobre las desventajas de un igual tratamiento de dolo e imprudencia en el caso de las personas jurídicas, entre otros y con ulteriores referencias, Engels, *Unternehmensvorsatz und Unternehmensfahrlässigkeit im europäischen Kartellrecht*, 2002, 124 s. Y, si se llega a la conclusión de que la responsabilidad de las personas jurídicas establecida en el CP es objetiva [muy claro: Gómez Martín, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo <dirs.>/Gómez Martín <coord.>. *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 365], entonces es evidente la vulneración del principio de responsabilidad subjetiva.

¹³La elaboración probablemente más frecuente de la idea proviene de Tiedemann, que la ha difundido en muchas publicaciones en diferentes países [v. solo Tiedemann NJW 1988, 1172].

¹⁴Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, 201 ss. y passim; El

concepción minoritaria, funcionalista sistémica, de la culpabilidad para las personas físicas [que no comparto por razones que aquí no es posible explicar], pero no tanto con otras concepciones normativas de la culpabilidad.

A veces se matiza más y se dice que la culpabilidad de las personas jurídicas se fundamentaría en que su mala organización generaría una cultura empresarial de incumplimiento, contraria a la correcta ética empresarial y generadora del riesgo de que se cometan delitos o de una incorrecta, inadecuada o insuficiente disposición jurídica propiciadora de hechos que reflejarían una inadecuada cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. Pero llamar a eso culpabilidad resulta rechazable si, como es mi caso, no se entiende [o no se entiende exclusivamente] está como reprochabilidad, sino como atribuibilidad [del hecho a un sujeto], y se procura un alejamiento de fundamentos exclusivamente morales o éticos de la culpabilidad.

Pero incluso teorías normativas de la culpabilidad que admiten el carácter de reproche de esta, como la aún muy extendida del reproche por no haber actuado de otro modo pudiendo hacerlo, resultan incompatibles por partir de una idea de libertad [con mayúscula y absoluta o más limitada y razonable] difícilmente predicable, ni siquiera de manera analógica, de la persona jurídica. Y si se sostienen [combinadas o no con algo parecido a la anterior] concepciones de la culpabilidad [con o sin ese nombre] basadas en la motivabilidad o accesibilidad del sujeto por la norma [especialmente acertada me parece la que habla de motivabilidad normal por la norma], va a ser muy difícil entender que una persona jurídica se motive ella misma [se organice como se organice]¹⁵.

Y aquí se toma dudoso el respeto de principios tan fundamentales como los de culpabilidad e igualdad [que guardan importantes vínculos entre sí].

3. Otros problemas de teoría del delito

mismo, [núm. 9]. 95 ss.; El mismo, ZStW 119 [2007], 315 ss. Aunque su cercanía a Jakobs es clara, este autor hace referencia a sus diferencias de opinión con Jakobs en relación con nuestro tema, y con razón: v. Jakobs, FS Lüderssen, 2002, 559 ss., 570 ss.

¹⁵Exhaustivamente, contra la posibilidad de culpabilidad colectiva [y con la propuesta de fundamentación de la responsabilidad de las personas jurídicas en una "responsabilidad estructural"], Clgüela Sola, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, 2015, passim.

Como no puedo alargarme aquí en exceso, señalaré solo que, probablemente en buena medida porque la regulación de la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha introducido sin mayores precisiones [salvo en algunos casos, como el de las atenuantes] en el CP al lado de la de la responsabilidad de las personas físicas, se producen dificultades en relación con algunas figuras de la teoría del delito, como causas de justificación, de exclusión de la culpabilidad o incluso de la punibilidad, agravantes, etc. Y, desde luego, en aspectos del tipo objetivo como la autoría y la participación y el *iter criminis*, si se van planteando las diferentes posibilidades de calificación de las "conductas" de la persona física y la jurídica.

4. Vulneración de principios limitadores del *ius puniendi*

Resumiendo lo anterior, no cabe hablar en mi opinión de los elementos de la teoría del delito en relación con las personas jurídicas [que ni siquiera cometen delitos], salvo cambiando su significado de manera, bajo mi punto de vista, artificiosa. En algunas cuestiones, ello no posee una relevancia meramente clasificatoria o terminológica, sino que el contenido que se le pretende dar a los elementos del delito para personas jurídicas no deja claro el respeto a principios y garantías penales básicos, de modo que la "otra" teoría del delito no supera las dificultades que pretende no insalvables. Hemos hablado ya de los principios de igualdad, responsabilidad personal, responsabilidad subjetiva, proporcionalidad y culpabilidad; pero incluso podríamos cuestionar [dejemos aquí la cuestión abierta] si se respetan las garantías materiales más importantes del principio de legalidad y hasta el *ne bis in idem*¹⁶.

IV. Tercera tesis: las "penas" para personas jurídicas no son penas

El art. 33.7 CP español establece un catálogo de lo que literalmente denomina "penas aplicables a personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves" que incluye [prescindo aquí de precisiones] multa, disolución, suspensión temporal de actividades, clausura temporal de locales y establecimientos, prohibición temporal o definitiva de actividades futuras como las relacionadas con la comisión del delito o su favorecimiento o encubrimien-

¹⁶Muchos autores mencionan riesgos para las garantías. V. solo a modo de ejemplo Schünemann, ZIS I-2014, 1 ss., 17 s.

to, inhabilitación temporal para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público y obtener beneficios e incentivos fiscales o de Seguridad Social e intervención judicial temporal para salvaguardar los derechos de los trabajadores o los acreedores. Algunas de ellas pueden ser adoptadas como medidas cautelares en la instrucción de la causa. El resto de preceptos que se refieren a la responsabilidad penal de las personas jurídicas o establecen su aplicación a delitos concretos hablan igualmente de "penas".

Sin embargo, de mis tesis anteriores se deduce ya la imposibilidad de que se trate de auténticas penas: si la pena tiene como presupuesto la comisión de un delito y la culpabilidad del sujeto, difícilmente podrá haber penas para personas jurídicas, pues estas ni cometen delitos ni son susceptibles de culpabilidad. Naturalmente, de nuevo podemos señalar que las etiquetas y hasta las convenciones lingüísticas pueden retorcerse y llamar penas a esas medidas que prevé el CP. Pero, como he señalado antes en relación con otros conceptos, no por mucho aplicarles el nombre reunirán las características que, en una larga elaboración, se atribuyen a las penas.

Si la persona jurídica no puede ser el destinatario de la norma penal, ¿cómo va la pena a desplegar sobre ella sus fines, sea como sea que estos se conciban, es decir, como retribución o como prevención [general o especial] de hechos que, por lo demás, no ha cometido ni podrá cometer en el futuro ni ella misma ni otras personas jurídicas?

Para no insistir demasiado, cabe además recordar que esas penas vulnerarían principios como el de responsabilidad subjetiva, personal, culpabilidad, etc. y hasta pondrían en tela de juicio otros como el *ne bis in idem*.

¿Qué naturaleza poseen realmente esas "penas" o medidas? Se pueden observar diversos matices en las distintas medidas¹⁷, pero básicamente tendrían la función de reforzar la prevención general frente a eventuales delinquentes [¡personas físicas!], disuadiéndoles de utilizar la estructura de la persona jurídica para cometer delitos, así como poseerían una eficacia preventivo-especial frente a quienes [¡personas físicas!] han delinquido, evitando que utilicen en el futuro la cobertura o facilidades que para de-

¹⁷V., por ejemplo, Mir Puig, Foro FICP 2015-2, 140 ss., 144 ss.

linquir pueda ofrecer la persona jurídica¹⁸. Probablemente, como señala Luzón Peña¹⁹, la utilización del nombre de "penas" [y de "responsabilidad penal"] por la ley española opera también un efecto preventivo-general añadido sobre las personas [¡físicas!] que dirigen las personas jurídicas, a la vista del mayor coste reputacional [daño o riesgos para la reputación] que supone la "pena" frente a medidas con denominaciones más neutras.

En todo caso, la multa es la única sanción que en su contenido material [y hasta en su denominación] se distingue de las "consecuencias accesorias" que para personas jurídicas preveía el anterior art. 129 CP, que hoy reserva tales consecuencias para entes sin personalidad jurídica, con contenidos similares, salvo, de nuevo, la multa y también la disolución, esto último en coherencia con la falta de personalidad jurídica, pero previéndose [parece que a semejanza de la disolución] la posibilidad de "prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita".

V. Cuarta tesis: las necesidades político-criminales pueden resolverse de otra manera

En nuestro entorno está mayoritariamente superado mediante regulaciones del llamado "actuar por otro" [§14 StGB, art. 31 CP] el problema de la no concurrencia en la persona física de los elementos cualificantes en un delito especial [utilizo conscientemente la terminología tradicional, pretendiendo un sentido amplio], que sí concurrirían en la persona jurídica. Así, queda solo el problema fundamental de la eventual utilización de la estructura de la persona jurídica como refugio o "coraza" para la comisión de delitos por personas físicas que actúan en su seno o frente su persecución, problema o peligro que sus defensores consideran conjurado con el establecimiento de responsabilidad penal de la propia persona jurídica.

Pues bien, entiendo que no es necesario para ello establecer ese régimen, sino que bastan otros modelos: por ejemplo, al margen de sus eventuales defectos concretos, el de consecuencias accesorias que se fijaba en el CP español de 1995 [art. 129] hasta su reforma en 2010, que

¹⁸Así, subraya ambos fines, Luzón Peña, PG, 3a ed., 2016, 1 núm. 35.

¹⁹Luzón Peña, PG, 3a ed., 2016, 1 núm. 42 ss.

ya he mencionado brevemente. Ello no implica necesariamente hablar de responsabilidad civil o administrativa. Puede hablarse en un sentido amplio de responsabilidad "criminal" [en referencia a responsabilidad por crímenes cometidos, naturalmente por personas físicas, pero en el seno y en relación con la actividad de personas jurídicas], atendiéndose con ello a necesidades preventivas plausibles e incluso reforzando la idea de coste reputacional a la que ya me he referido más arriba²⁰.

Hablar de responsabilidad penal y de penas y regular el sistema en el propio CP no es conveniente, aunque solo sea por el riesgo de contagio de ese régimen [necesariamente más *laxo* en garantías] al de personas físicas. Si, como afortunadamente no es el caso en España, la responsabilidad de la persona jurídica sustituyera a la responsabilidad penal de la persona física, se crearían incluso factores criminógenos²¹. La responsabilidad de la que hablo podría regularse en una tan en boga "ley integral" [a ser posible sin más añadidos o adjetivos] que contuviera también los importantes aspectos procesales que el régimen implica y un refuerzo de la conveniencia de establecer sistemas serios y rigurosos, con implantación real, de compliance, tal vez el fin más perseguido [por razones diversas, más o menos plausibles] por las nuevas regulaciones de la responsabilidad "penal" de personas jurídicas²².

Frente a la acusación de nominalismo o formalismo que a veces se nos hace a quienes nos oponemos a aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el sentido de que, al fin y al cabo, esta supone una mayor garantía por el control de esa responsabilidad por un juez penal en un proceso penal²³, se puede preguntar: ¿qué se gana forzando la teoría del delito, el concepto tradicional

²⁰Luzón Peña, PG, 3a ed., 2016., 1 núm. 35. Esta naturaleza "criminal" de la que hablo no es extraña respecto de otras consecuencias del delito, como las medidas de seguridad [que no presuponen culpabilidad y por ello no vulneran el principio de culpabilidad] e incluso las medidas para delincuentes menores de edad y jóvenes.

²¹Incluso en los Estados Unidos de América hoy en día la finalidad principal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece más bien la cooperación de estas en la persecución penal de aquellos de sus miembros que cometen delitos que la propia punición de la sociedad: v., p. ej., HASNAS, ACLR 46 [2009], 1354.

²²Entre muchos otros, absolutamente claro Schünemann, ZIS 1-2014, 17 s.

²³Así, p.ej., Aller Dopico-Gómez, en: Aller Dopico-Gómez [dir.], *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, 2012, 67.

de responsabilidad penal en sentido estricto, el de pena para intentar incluir en ellos a las personas jurídicas en cuyo seno y provecho las personas físicas cometen [¡estas sí!] delitos? En mi opinión, si acaso, confusión, riesgo de contagio de la relajación de principios fundamentales a todo el Derecho penal y probable distorsión de categorías penales que han tendido a servir de garantía a los ciudadanos. El ya mencionado más arriba sistema de consecuencias accesorias, por ejemplo, también se somete al control de un juez penal. Y, en todo caso, la "ley integral" que sugiero puede dejar el procedimiento en manos de un juez penal sin ningún problema y rodearlo de garantías [diferentes en todo caso de las que rigen para la auténtica responsabilidad penal en sentido estricto, la de las personas físicas].

VI. Tesis conclusiva: *societas delinquere non potest*

Muchas explicaciones y razonamientos adicionales serían necesarios en torno a la [en mi opinión, mal] llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas. No son aquí posibles. Pero, si las tesis brevemente enunciadas anteriormente resultan correctas, se alcanza, al igual que lo hace un importante sector doctrinal,²⁴ la conclusión de que no es posible hablar estrictamente de responsabilidad penal o punibilidad de las personas jurídicas ni siquiera en ordenamientos jurídicos como el español. De modo que, incluso en estos ordenamientos jurídicos, *societas delinquere non potest* o, si se prefiere y de manera más completa, *societas delinquere nec puniri potest*.

[*]A mi querido maestro, Claus Roxin, por todo lo que le debo.

²⁴Por citar solo a unos pocos autores españoles, pero también conocidos en Alemania: Gómez Martín, en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo [dirs.]/Gómez Martín [coord.], *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 331 ss.; Mir Puig, PG. 10a ed., 2015, 7 núm. 58 ss.; Luzón Peña, PG, 3a ed., 1 núm. 35, 11 núm. 38 ss. Especialmente combativos en su crítica, en Alemania, Schünemann, ZIS 1/2014, 1 ss. [quede abierta o pendiente aquí la cuestión de si se trata de un "zombi político-criminal"; se trata, como mínimo, de una construcción muy artificial] y, en España, Gracia Martín, Foro FICP 2015- 2, 149 ss.

CONSTITUCIÓN Y ESTADO ACONFESIONAL^{1*}

Jorge Luis Cáceres Arce

"En política, como en la religión, es igualmente absurdo hacer proselitismo ha fuego y espada."

Alexander Hamilton

Sumario

Introducción. Recuento histórico de la Iglesia Católica en las constituciones del Perú. Definición y diferencia entre laicismo y confesionalidad. Definición de laicismo. Definición de confesionalidad. Diferencia entre Estado Laico y confesional. ¿Perú Estado Laico? No. El preámbulo de la Constitución de 1993. La educación religiosa pública. La participación de las autoridades nacionales en ritos religiosos católicos. Los beneficios tributarios a la Iglesia Católica. Epílogo.

Resumen

El presente trabajo establece la relación existente entre la política y la religión, la permanente interacción entre ambos elementos con la sociedad, explica la existencia de Estados confesionales. Se realiza un recuento histórico del contenido de las Constituciones que rigieron en el Perú en torno al tema tratado.

Palabras Clave

Iglesia Católica, ordenamiento jurídico, libertad, Constitución, Estado, laicismo, independencia, confesionalidad, valores, Dios, derechos.

Introducción

La política y la religión, históricamente se hallaron

¹Este trabajo contó con la colaboración de Luis Herrera Bustinza, Abogado graduado por la Universidad Católica de Santa María, con estudios de Segunda especialidad en Derecho constitucional y administrativo por la misma Institución, así como estudios concluidos de maestría en Derecho con mención en política jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

en constante interacción, muchas veces mimetizándose entre ellas y otras en abierta oposición; dichas manifestaciones son consecuencia de cada realidad, tiempo y lugar. Es así que al día de hoy, aún existen estados confesionales como los ubicados en el medio oriente, que profesan determinada religión, la misma que en su mayoría conforma también, el cuerpo normativo de su ordenamiento jurídico.

En occidente, la realidad difiere sustantivamente, puesto que desde la revolución francesa de 1789, la tendencia ha sido la Constitución de estados laicos, apartando así del fuero público, cuestiones de fe, en pro de una mayor imparcialidad, racionalidad y respeto a la libertad de culto de sus ciudadanos; sin embargo el sisma entre fe y política pública, no es categórico, puesto que existen también estados aconfesionales, así como estados declarados laicos por sus cartas fundamentales que con enraizadas costumbres constitucionales no se condicen en su actuar.

Es así que la locución de Hamilton cobra vida y vigencia en la realidad nacional, al ver como en muchas ocasiones estos dos grupos, discreparon una y otra vez en torno a temas coyunturales, recurriendo lamentablemente en su debate a la sangre y a la espada; olvidando que si bien son sustancialmente disimiles se hallan inescindiblemente unidos por su finalidad, la cual es propugnar el bien común.

Recuento histórico de la iglesia católica en las Constituciones del Perú

Con la finalidad de tener un panorama amplio sobre las principales disposiciones a nivel histórico constitucional que han gobernado las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado peruano, es necesario remitirnos al presente recuento histórico a través de las doce constituciones que han regido el destino nacional, las cuáles históricamente han invocado a Dios en sus preámbulos [*a los cuales se les reconoce como parte trascendental, gozando de eficacia normativa*] así como en diversas disposiciones, muchas de las cuales regularon interacciones interinstitucionales, así como adhesiones a su culto, y beneficios como el monopolio de culto religioso en favor suyo.

1] La Constitución Política de 1823

El preámbulo de la primera Constitución prescribe de la siguiente forma: *"En el nombre de Dios, por cuyo poder se instituyen todas las sociedades y cuya sabiduría inspira justicia a los legisladores"*. Establece en el art. 8 que: *"La religión de la República es la católica, apostólica, romana, con exclusión del ejercicio de cualquier otra."* declaración que continua con el art. 9 mediante el cual establece su deber de protección: *"Es un deber de la nación protegerla constantemente, por todos los medios conformes al espíritu del Evangelio, y de cualquier habitante del Estado respetarla inviolablemente."* Asimismo, establece los colegios electorales en relación a las parroquias, determinado en su art. 93 que de manera provisoria que de los senadores, seis serán eclesiásticos.

2] La Constitución Política de 1826

El suscito preámbulo se limita a apuntar únicamente: "En nombre de Dios", asimismo el art. 6 señala que: *"La religión del Perú es la católica, apostólica, romana"*; asimismo no se señala la proscripción de otras prácticas religiosas, ni hace referencia a obligación y/o deberes alguno de promoción y cuidado.

3] La Constitución Política de 1828

El preámbulo de la Constitución prescribe de la siguiente forma: *"En el nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, Supremo Autor y Legislador de la Sociedad"*. El texto del art. 3, retoma la fórmula adoptada en anteriores textos constitucionales, respecto a la proscripción expresa del ejercicio de otras confesiones religiones, así como el rol activo del estado en su promoción y protección, siendo su texto el siguiente: *"Su religión es la católica, apostólica, romana. La Nación la protege por todos los medios conformes al espíritu del Evangelio, y no permitirá el ejercicio de otra alguna."*

4] La Constitución Política de 1834

El preámbulo de la Constitución prescribe de la siguiente forma: *"En el nombre de Dios todopoderoso, padre, hijo y espíritu santo, supremo autor y legislador de la sociedad"*. Así también repite casi a totalidad el texto de su predecesora: *"Su religión es la católica, apostólica, romana. La Nación la protege por todos los medios conformes al espíritu del Evangelio, y no permite el ejercicio de otra alguna"*.

5] La Constitución Política de 1839

El texto del art. 3 sigue la línea establecida en las anteriores cartas fundamentales, reformulando su texto a uno más breve: "*Su religión es la católica, apostólica, romana, que profesa sin permitir el ejercicio público de cualquier otro culto*", es así que dota en el art. 88 al Presidente de la República de potestad para Presentar Arzobispados y Obispado, dignidades y canogías de las catedrales, proveer capellanías legales de Patronato Nacional y celebrar concordatos con la Silla Apostólica, conforme a las instrucciones dadas por el Senado, estipulando además en el art. 89 la obligación de "*no permitir el ejercicio público de otro culto que el de la Religión Católica, Apostólica, Romana.*"

6] La Constitución Política de 1856

El texto del Preámbulo de la Constitución invoca "*la protección de Dios*", asimismo el art. 4 del texto, retoma los causes más conservadores de la Constitución de 1828, cuyo pasaje es el siguiente: "*La Nación profesa la religión católica, apostólica, romana. El Estado la protege por todos los medios conforme al espíritu del Evangelio, y no permite el ejercicio público de otra alguna*".

7] La Constitución Política de 1860

La Iglesia Católica liderada por Bartolomé Herrera de las Casas, con el apoyo de los militares, presionó, al entonces Presidente Ramón Castilla, a fin de crear una comisión de reforma de la Constitución de 1856, convocándose a un Congreso Constituyente de Reforma, el cual termino con la dación de la Constitución de 1860, la que invocando en su preámbulo la "*protección de Dios*" estableció en su art. 4 que: "*La Nación profesa la religión católica, apostólica, romana. El Estado la protege y no permite el ejercicio público de otra alguna*", estableciendo así un monopolio de culto en favor a la Iglesia Católica, monopolio que posteriormente fue revertido, mediante la Ley núm. 2193 del fecha 11 de noviembre de 1915, la cual modificó el art. 4, en beneficio de la libertad de culto.²

Finalmente, se estableció en el art. 134 que: "*para que se establezcan sobre bases sólidas las relaciones existentes entre la Iglesia y el Estado; y para que se remuevan los obstáculos que se opongan al exacto cumplimiento del artículo 6o., en*

²Jorge Luis Cáceres Arce, *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*, Editorial Adrus, Arequipa, 2007.

cuanto al fuero eclesiástico, se celebrará a la mayor brevedad, un concordato."

8] La Constitución Política de 1867

Refiere en el texto de su preámbulo que el congreso constituyente ha sancionado dicha carta política *"bajo la protección de Dios"*. Asimismo en el art. 3 adopta el texto de su antecesora, y repite la fórmula de reconocimiento y protección: *"La Nación profesa la religión católica, apostólica, romana. El Estado la protege, y no permite el ejercicio público de otra alguna"*.

9] La Constitución Política de 1920

Invoca el *"sagrado nombre de Dios"* en su preámbulo, así también en el art. 5 precisaba lo siguiente: *"La Nación profesa la religión católica, apostólica, romana. El Estado la protege"*; el art. 121 dispone que el Presidente de la República ostenta facultades para ejercer el patronato, presentar al obispo y arzobispo con aprobación del Congreso, Presentar para las Dignidades y canongias de las Catedrales, para los curatos y demás beneficios Eclesiásticos a los Sacerdote, así como celebrar concordatos con la Silla Apostólica.

10] La Constitución Política de 1933

En el art. 232 que: *"Respetando los sentimientos de la mayoría nacional el Estado protege a la Religión Católica, Apostólica y Romana. Las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos"*. Asimismo dispuso en su art. 123 como atribución del Congreso de la República la de: *"Elegir al Arzobispo y Obispos, a propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo"*, mientras que el ejecutivo ostenta facultades para celebrar, con aprobación del Consejo de Ministros, tratados, concordatos, ejercer el Patronato³ Nacional, presentar al Congreso ternas para la elección de Arzobispo y Obispos entre otras. [art. 154]

11] La Constitución Política de 1979

En su preámbulo los constituyentes invocan *"la protección de Dios"*. Sin embargo en el art. 86, no reconoce como oficial o de manera expresa religión alguna, reconociendo explícitamente a la religión católica como pieza importante en el desarrollo histórico, social y cultural de la Nación, disponiendo que: *"Dentro de un*

³Entiéndase como patronato al derecho que ostentan los gobernantes a postular a la Iglesia Católica a los obispos y cardenales dentro de su nación.

régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración. El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras confesiones".

12] La Constitución Política de 1993

La Constitución vigente invoca a "Dios Todopoderoso" en su preámbulo y mantiene el reconocimiento hacia la Iglesia Católica de su antecesora en su art. 50, señalando que: *"Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas".*

Definición y diferencia entre laicismo y confesionalidad

En los párrafos precedentes hemos mencionado como muchas de las interacciones en el fuero público entre la iglesia, la ciudadanía y el Estado, se han convertido en escenarios de tensión, enfrentándose [y no siempre en base a argumentos atendibles] organizaciones de participación ciudadana, alcaldes, congresistas, párrocos, cardenales, periodistas, maestros, líderes de opinión y comunicadores sociales, quienes en defensa de sus creencias e ideología, han suscitado de manera singular o corporativa debates en torno a cuestiones referentes a la cosa pública y políticas nacionales.

Muchas veces estos argumentos se hallan fundamentados únicamente y de manera obnubila en la creencia generalizada [que sostiene la sociedad en general y en muchos casos autoridades nacionales] de que el Perú, es un estado laico.

Por lo que, en ese sentido corresponde al presente artículo analizar dicha situación, a partir de la absolución de las siguientes cuestiones: ¿Cuál es la diferencia entre un Estado confesional y un Estado laico?, ¿El Estado peruano se comporta como un Estado laico o aconfesional?

Por lo que, empezaremos por definir laicismo y confesionalidad a fin de diferenciarlos y desarrollar el tópico sub análisis.

Definición de laicismo

El laicismo se halla definido por el diccionario de la real academia de la lengua española, como: "*La independencia del individuo, sociedad y específicamente del Estado, de cualquier confesión religiosa*".⁴

Sin embargo, esta definición resulta superficial si queremos sumergirnos en el trasfondo constitucional al que pretendemos acercarnos, por lo que nos es conveniente recurrir a la definición que formula el profesor García Toma, quien señala que el laicismo es "[...]la expresión histórica promovida a partir de la revolución Francesa que reclama la separación absoluta entre la Iglesia y el Estado."⁵ [El subrayado es nuestro]

Históricamente el laicismo es el pensamiento liberal, como resultado del proceso de secularización en la época de la ilustración, el cual se consolidó como principio, y tiene por finalidad tutelar la neutralidad del Estado frente a la religión⁶; sus características son:

- a) La separación entre el Estado y las iglesias; y
- b) La neutralidad ante estas.

En ese sentido, en el primer elemento subyace el derecho a la libertad religiosa⁷ y a no ser discriminado en razón a su ejercicio. Asimismo la segunda característica se refiere de manera directa a la actuación neutral de parte del Estado⁸ en la promoción o trato preferente frente a

⁴Laicismo. En *Diccionario de la lengua española* [Edición del tricentenario], Real Academia Española, 2017. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=MoXRu6R>.

⁵Víctor García Toma, *Diccionario de derecho constitucional*, Gaceta jurídica, 2009, p. 292.

⁶Samuel Abad Yupanqui, *¿Es el Perú un Estado laico? Análisis Jurídico desde los derechos sexuales y derechos reproductivos?*, Católicas por el Derecho a Decidir-Perú, Lima.

⁷El profesor Alberto Borea en su libro *Manual de la Constitución* en referencia al derecho a la libertad religiosa forma parte de su convicción personal, su manera de concebir el universo, condicionada por sus propias creencias, convirtiéndose en un prócer autoindividual, tutelando así que cada persona pueda ejercer de manera individual o colectiva dichas creencias, garantizando que dicho ejercicio no pueda derivar en consecuencia favorable o desfavorable.

Asimismo, debemos referir que este derecho tiene una naturaleza negativa y positiva; la primera implica la prescripción a injerencias por parte del estado o terceros en la formación y practica de creencias religiosas, asimismo el aspecto positivo implica la obligación estatal de generar condiciones mínimas para garantizar el ejercicio ciudadano del derecho a la libertad religiosa. [Fundamento jurídico 15 de la STC Expediente núm.0256-2003-HC/TC].

⁸Muy aparte del "Principio de laicidad" reconocido por el Tribunal Constitucional, en el fundamento 25 de la sentencia de fecha 07 de marzo de 2011, recaída en el Expediente núm. 06111-2009-PA/TC, el cual es definido como: "[...] ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir.

determinada creencia religiosa.

Es así que, el supremo interprete constitucional peruano en su doctrina, desarrolló el concepto de Estado laico en el fundamento 25 de la sentencia recaída en el Expediente núm. 6111-2009-PA/TC: [...] "*Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos*".

Definición de confesionalidad

Podemos definirla en antítesis al concepto formulado en el subtítulo precedente, como el principio de organización, mediante el cual un Estado se adhiere o profesa de manera oficial determinado credo religioso.

El Estado confesional nace a principio del siglo IV, con el Edicto de Milán, suscrito por el Emperador Constantino en el año 313 D.C., mediante el cual libera de toda opresión la práctica de la religión católica, concediendo a la iglesia libertad de actuación dentro del Imperio Romano; situación que encontraría su consolidación en el año 380 D.C. con el emperador Teodosio I. El cual declaró al cristianismo como religión oficial, iniciando la etapa conocida como "*cesaropapismo*", en la cual empieza de manera propia el Estado confesional. En ese sentido recalamos que si bien en otras culturas como la Egipcia y las mesoamericanas, existían oligarquías sacerdotales o religiosas, estas últimas empleaban a la religión como justificación para mantener el dominio del poder político, por lo que no pueden ser considerados estados confesionales.⁹

Diferencia entre Estado laico y confesional

Luego de explicar cada definición, nos encontramos en la capacidad de ensayar un concepto sintético y denotar las diferencias sustantivas de cada una de las condiciones estatales previamente analizadas, por lo que podemos

como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos.", también reconoce el principio de incompetencia recíproca entre estado e iglesia, el cual consiste en que el Estado reconoce la existencia de espacios en la vida de las personas en los que le está vedado regular y actuar. De manera concordante, las iglesias aceptan como valladar ético y jurídico la intervención institucional en asuntos propiamente estatales [Fundamento jurídico 22 de la STC Expediente núm. 3283-2003-AA/TC].

⁹José Martínez Terrón, *El estado confesional*, en http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9711/CC_37_art_11.pdf?sequence=1. Revisado el: 23/02/2017.

definir por Estado confesional a aquel que profesa una religión determinada, adoptándola como propia u oficial, generando actos de promoción o conservación en favor de dicho credo religioso.

Mientras que el Estado laico se halla en la otra orilla, casi como una antítesis, el cual no tiene ninguna religión como credo oficial, y se caracteriza por promover la neutralidad religiosa en su política pública, garantizando el derecho a la libertad de credo de sus ciudadanos.

Es relevante mencionar que un sector de la doctrina, reconoce como punto intermedio o sincrético entre estos dos modos al "*Estado aconfesional*", el cual es conceptualizado como aquel Estado que no asume como propia u oficial ninguna confesión religiosa, pudiendo interactuar con estas libremente. Debemos remarcar que esta última categoría diferenciada es reconocida parcialmente en la academia, quienes muchas veces emplean los términos de estado laico y aconfesional de manera indistinta, como si de sinónimos se tratasen; tal es el caso del Tribunal Constitucional Español.

Perú ¿Estado laico? No

Es curioso [*como se hizo notar en la introducción del presente artículo*] que se dé por sentado que el Perú es un Estado laico. Fácilmente de una lectura somera de los numerales 2 y 3 del art. 2 y 50 de la Constitución se puede establecer tal conclusión. Sin embargo ello sería incurrir en error, puesto que si bien se cumple con las características mínimas que la doctrina que se atribuye a los Estados laicos, como el respeto por la libertad de credo [art. 2]¹⁰ y la separación o autonomía del Estado [art. 50], no existe ninguna declaración formal en la Constitución Política de tal condición.

En necesario y conveniente a fin de continuar el orden de ideas planteado, tener en cuenta que luego de la constitución el documento marco que rige las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado Peruano, es denominado "*Inter apostolicam sedem et peruvianam*

¹⁰El día 21 de diciembre de 2010, en el gobierno del expresidente Alan García Pérez, se promulgo la Ley núm. 29635, Ley de Libertad Religiosa, reglamentada mediante el Decreto Supremo núm. 010-2011-JUS, el mismo que fue derogado mediante el Decreto Supremo núm. 006-2016-JUS con fecha 18 de julio de 2016, aprobando su nuevo reglamento, desarrollando el derecho a la libertad religiosa y de conciencia consagrado en el numeral 3 del art. 2 de la Constitución.

republicam entre La Iglesia Apostólica y Romana", firmado por el señor Embajador, Dr. Arturo García, quien era el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú y por el representante del Estado Vaticano, el Nuncio Apostólico en el Perú, Monseñor Mario Tagliaferri, el 19 de julio de 1980, y además ratificado mediante Decreto Ley núm. 23211, del 24 de julio de 1980, este acuerdo contó con el beneplácito del entonces Papa Juan Pablo II y el Presidente de facto del Perú, General EP. Francisco Morales Bermúdez Cerruti. A través de este documento se fija diversos beneficios en favor del Estado Vaticano, en detrimento del principio de imparcialidad determinado en el texto constitucional.

Es así, que ante la presunción general sobre el laicismo estatal, debemos advertir que de una lectura sistemática de la Constitución Política, podemos afirmar que tal supuesto es apresurado, puesto que basta con remitirnos al mismo texto fundamental, para encontrar sendas inconsistencias y conductas parcializadas que ha desarrollado el Estado Peruano en los últimos años, en su relación con la iglesia católica, las que nos encargaremos de desarrollar a continuación; permitiendo así desentrañar esta tan mentada cuestión [*si el Estado peruano es laico*], puesto que dichas acciones habrían desequilibrado la conducta imparcial, que debiese conducir las acciones y políticas públicas.

Es ineludible destacar, que muchas de estas conductas se han arraigado en la costumbre nacional, adquiriendo por fuerza del tiempo, un alto grado de coerción, constituyéndose en fuentes legítimas de derecho; situación que no ha sido proscrita, ni remediada por el Estado, siendo ignoradas o en todo caso promovidas por su rol pasivo, el cual muchas veces se ha constituido en activo justificante, bajo subterfugios como la calidad histórica o cultural de las manifestación religiosa; argumento que puede ser valedero en muchos de los casos, más no bajo una visión generalizada.

En ese sentido tenemos:

a) El preámbulo de la Constitución de 1993

Mediante el cual el Congreso Constituyente Democrático, invoca al mismo "*Dios todopoderoso*", como inspiración y legítima en la labor de emisión de la constitución

política encargada al CCD, situación que precisamente no se condice con el concepto de laicidad que aparentemente se asume en el texto normativo constitucional.

b) La educación religiosa pública

El art. 14 de dicho texto establece la obligación del Estado de promover: "[...] *el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad. Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país. La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias. La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa. Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural.*"

Esta situación ha llevado a impartir cursos de educación religiosa en los colegios públicos de todo el Perú, donde se enseña el dogma católico, dicho sea de paso por profesores pagados por el Estado Peruano; este contenido educativo se halla en la Currícula Nacional de educación básica regular del Ministerio de Educación [Minedu], documento que establece los lineamientos básicos en la formación humana en las escuelas y colegios nacionales, todo esto en virtud al art. 19 del acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú, celebrado por Morales Bermúdez en julio de 1980, el que mientras se halle en vigencia, no permite la reducción de la carga lectiva asignada a dicha asignatura, mucho menos su posible eliminación.

c) La participación de las autoridades nacionales en ritos religiosos católicos

La polémica no ha estado lejos de las autoridades nacionales, la que en el marco de sus actividades de representación nacional y dentro de las actividades públicas estatales, promovieron determinados ritos religiosos como es la participación del Presidente de la República quien como primer acto protocolar, por el aniversario de la independencia nacional, todos los 28 de julio, concurre a la *Misa y Te Deum* en la basílica catedral de Lima, acto litúrgico celebrado por el Cardenal quien es el primado

de la Iglesia Católica, así como la tradicional Misa Crismal de la cual toma parte el pleno del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, sus capellanes, así como el Obispo Castrense del Perú, quien la celebra en el marco de las actividades de semana santa.¹¹

d) Los beneficios tributario a la Iglesia Católica

Amparados en dicho dispositivo normativo internacional, específicamente en el artículo X, en concordancia con la normativa en materia tributaria,¹² vigente a la fecha de suscripción la iglesia goza de beneficios en relación a:

- Impuesto General a las Ventas [IGV]: Inafectación a la importación de bienes donados a entidades religiosas, adquisición de pasajes internacionales efectuada por la Iglesia Católica, la devolución mediante Notas de Crédito Negociables del IGV abonado por las Misiones Diplomáticas oficiales por servicios telefónico, suministro de energía eléctrica y agua potable, adquisición de combustibles, contratos de construcción, primera venta de inmuebles que realicen los constructores de los mismos, así como los servicios de seguridad y de vigilancia.

- Impuesto a la Renta [IR]: Exoneración a las rentas de las sociedades o instituciones religiosas en sus actividades.¹³

e) Las subvenciones para las personas, obras y servicios de la Iglesia Católica

En el marco del convenio con la Santa Sede, mediante su artículo VIII, se ratificó el sistema de subvenciones por parte del Estado Peruano en favor de las personas, obras y servicios de la Iglesia Católica, con cuenta al erario nacional. Estableciendo también que dichas asignaciones se hallan exentas de toda tributación al no atribuírseles carácter de sueldo ni de honorario, por lo que en virtud de tal estipulación con fecha 03 de julio de 1991, el ex Presidente Alberto Fujimori, promulgo el Decreto Supremo

¹¹http://www.ccffaa.mil.pe/noticias/2015/MARZO_2015/300315_A.html

¹²Caballero Bustamante. Informativo Caballero Bustamante. Véase: http://www.caballero-bustamante.com.pe/plantilla/2011/070711_beneficios-tributarios-iglesia-catolica.pdf

¹³Superintendencia Nacional de Administración Tributaria [SUNAT]. Informe núm. 227-2003-SUNAT/2B0000. [2003], en <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2003/oficios/i2272003.htm>

núm. 145-91-DF, mediante el cual estableció de manera escalonada, las asignaciones dinerarias al personal eclesiástico y civil al servicio de la Iglesia, modificando las referencias establecidas en el art. 1 del Decreto Supremo núm. 275-89-EF, de la siguiente forma:

"a. Cardenal, Arzobispo Primado, equivalente al 100% del Monto Único de Remuneraciones Total de un Ministro de Estado.

b. Arzobispo, Arzobispo-Obispo, equivalente al 80% de la Remuneración Total de un Viceministro de Estado.

c. Obispo, Prelado, Vicario Apostólico, Obispo Secretario del Episcopado, equivalente al 60% de la Remuneración Total de un Viceministro de Estado.

d. Obispo Auxiliar, equivalente al 40% de la Remuneración Total de un Viceministro de Estado.

e. Vicario General, Auxiliar Delegado, Secretario Adjunto del Episcopado, Vicario Episcopal, equivalente al 20% de la Remuneración Total de un Viceministro de Estado.

f. Deán, Arcediano, Chantre, Maestrescuela, Tesorero, Canónigo, Consejero, equivalente al 20% de la Remuneración Total de Director de Ministerio.

g. Otros cargos, equivalente al 10% de la Remuneración Total de Director de Ministerio.

h. Monaguillo, equivalente al 5% de la Remuneración Total de un Director de Ministerio."

Estas planillas son pagadas a través de la Dirección de Asuntos de la Iglesia Católica, unidad orgánica dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [Minjus], cuya única función es la de coordinar con los diferentes órganos del Estado el cumplimiento del Convenio de colaboración con la Iglesia Católica, asimismo debemos mencionar que en virtud al referido acuerdo, también son subvencionadas las becas y seminarios eclesiásticos.

f] El vicariato castrense

Emanando de la misma fuente, de manera específica el artículo XI y siguientes, se dispuso el reconocimiento al Vicario castrense de las prerrogativas y derechos correspondientes a un General de Brigada de las Fuerzas Armadas y Policiales del Perú, debiendo del mismo modo reconocer las prerrogativas y derechos propios de un capitán a los capellanes de las fuerzas armadas y

policiales, quienes son remunerados y al pasar al retiro [Arzobispos y Obispos Castrenses] reciben una pensión de jubilación en mérito al Decreto Ley núm. 19642.

g) Los feriados religiosos del Estado peruano

De los 19 días festivos oficiales, 15 de ellos son del calendario de la Iglesia Católica.

h) El caso Señor de los Milagros

La Ley núm. 29602, Ley que declara al señor de los milagros como patrono del Perú, fue publicada el 19 de octubre de 2010. Sin embargo en el ínterin previo a que esta norma sea aprobada y promulgada, fue motivo de cuestión judicial, específicamente se presentaron tres procesos de amparo, correspondientes a los Expedientes núm. 03756, 03372 y 02853-2011, contra el Proyecto de Ley núm. 4022/2009-PE, mediante los cuales se requiere el retiro del mismo, debido a que dicha promulgación violentaría el derecho a la libertad religiosa de los recurrentes. Sin embargo el Tribunal Constitucional por su parte resolvió dicha cuestión declarándolas infundadas, debido a que, si bien el señor de los Milagros constituye un símbolo de religiosidad católica, su significancia como tradición cultural se halla generalizada y enraizada en la sociedad peruana, por lo que su declaración como "símbolo de religiosidad y sentimiento popular", no transgrediera el principio de laicidad consagrado en el art. 50 de la Constitución Política.

i) Caso crucifijos en salas de audiencias

En el año 2008, Jorge Manuel Linares Bustamante, interpuso una demanda de amparo contra el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su condición de presidente del Poder Judicial, solicitando que se ordene el retiro en todos los ambientes institucionales a nivel nacional, símbolos de la religión católica [Biblia o crucifijo], así como la exclusión en toda diligencia o declaración ante el PJ, sobre cualquier cuestión sobre la religión del declarante, puesto que estos supuestos vulneran el derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razón de religión, amparado en los numerales 2 y 3 del art. 2 de la Constitución del Estado.

Dicho proceso fue declarado fundado en parte en relación a que la exclusión en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial, de cualquier pregunta referente a

la religión que profesa el declarante, ampliando la misma exclusión a las declaraciones realizadas ante toda autoridad o funcionario públicos, en razón a que dicha cuestión se constituiría como invasiva e impertinente, pudiendo constituirse la respuesta en un prejuicio que vulnere las garantías procesales. Finalmente y en relación al retiro de la simbología religiosa esta fue desestimada, toda vez que el Tribunal Constitucional consideró legítima la presencia de ellos, en base al valor cultural, no necesariamente religioso, por lo que su presencia tampoco es lesiva con la conducta neutral esperada por un estado laico dado que según su criterio: "Mientras el Estado no coaccione ni concurra con la fe y la práctica religiosa de las personas y de las confesiones, por mucha actividad de reconocimiento, tutela y promoción del factor religioso que desarrolle [el Estado], se comportará siempre como Estado laico"¹⁴

Epílogo

Es necesario indicar que para ser un estado laico se debe cumplir con algunos requisitos, lo cuales deben en principio estar alejados de toda connotación religiosa, algunos de ellas desde mi punto de vista son muy extremistas, por ejemplo que los días festivos [feriados nacionales] establecidos en el calendario deben ser solo "acontecimientos históricos o días universalmente declarados festivos"¹⁵. No estoy de acuerdo en este punto, por cuanto los días festivos cristianos son una herencia histórica y cultural de Perú enraizado en sus pobladores, si bien es cierto que no todos en el Perú son cristianos y/o católicos, no se puede despojar de costumbres arraigadas a la población. Creo que por lo demás, el Estado no debe apoyar económicamente a una fe de determinada iglesia [si lo hace, debería ser para todas]. Respecto a que no deberían existir símbolos religiosos en toda la administración pública, considero que son necesarios para calificar a un país como aconfesional, esto no solo por el Derecho a la Libertad de expresión y credo, también por el derecho de igualdad.

En conclusión, debe existir un equilibrio entre la autonomía e independencia del Estado y el Derecho

¹⁴Fundamento 25 de la sentencia de fecha 07 de marzo de 2011, recaída en el Expediente núm. 06111-2009-PA/TC.

¹⁵Véase <http://definicion.de/laico/#ixzz4K9UE5v00>, Julián Pérez Porto y Ana Gardy. Publicado: 2009. Actualizado: 2013. Recitado 17 de febrero del 2017.

a la Libertad de credo y conciencia. Equilibrio que no debe justificar el abuso del derecho ni por las personas o instituciones, que practican o representan a una fe determinada, ni mucho menos por el Estado que es el obligado a garantizar el cumplimiento oportuno y eficaz de la Constitución y la ley. Obligación que se manifiesta a través de todos sus Órganos.

Recordemos que la persona humana es un ser religioso y fundamentalmente sociable.¹⁶ Por ende es irracional pensar que el Estado no vele por esa parte esencial del ser humano. Por tanto, en vez de dar una ayuda económica a una fe determinada, debería adoptarse el europeo, el cual permite a aquellos practicantes de una fe determinada direccionar parte de sus impuestos al financiamiento de dicha institución religiosa, de esta forma el Estado que en teoría podría calificarse de laico, se comporta como tal, centrando su actividad en el bienestar social, emocional y religioso de sus ciudadanos.

Bibliografía

Samuel Abad Yupanqui, *¿Es el Perú un Estado laico? Análisis Jurídico desde los derechos sexuales y derechos reproductivos?*, Católicas por el Derecho a Decidir-Perú, Lima.

Jorge Luis Cáceres Arce, *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*, Editorial Adrus, Arequipa, 2007.

Víctor García Toma, *Diccionario de derecho constitucional*, Gaceta jurídica, Lima, 2009, p. 292.

José Martínez Terrón, *El Estado confesional*, en http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9711/CC_37_art_11.pdf?sequence=1. Revisado el: 23/02/2017

Superintendencia Nacional de Administración Tributaria [SUNAT], *Informe núm. 227-2003-SUNAT/2B0000. [2003]*, en <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2003/oficios/i2272003.htm>

[*]A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, en sus 56 años formando académicos de talento y letrados con valores.

¹⁶Véase: <http://es.catholic.net/op/articulos/43813/cat/415/doctrina-social-de-la-iglesia-y-sus-principios.html>. Consultado el 16 de febrero del 2017.

DEROGACIONES TÁCITAS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO DE ACUERDO A LA LEY 30293^[1]

César Ibarra Valdivia

Resumen

La acción civil ha sido modificada en el Código Procesal Civil peruano, en caso que el Juez que conoce el proceso se considera incompetente, envía el expediente al Juez que considera competente, esta modificación ha generado dos derogaciones tácitas en la norma: Primero se han derogado los requisitos de la reconvencción; y, segundo, se ha derogado la Excepción de Incompetencia perentoria.

Abstract

The Civil Action in Peru has been modified in the Civil Procedural Law. Today in case, the Judge resolves he doesn't have Jurisdiction, he will order to send the process to the Judge that really has Jurisdiction. This modification has the result of two implied derogations: The first one, in the counterclaim, and the second one in the procedural issue calls objection of inadmissibility and mistrial.

Palabras Clave

Competencia. Acumulación de pretensiones. Derogación tácita. Reconvencción. Excepción perentoria.

Key words

Jurisdiction. Plural Claims. Counterclaim. Objection of inadmissibility. Mistrial.

Sumario

Introducción. Modificaciones de la competencia del Juez Civil: 1 Calificación de la acción. Efectos de la declaración de incompetencia. 2 Acumulación de pretensiones. Requisitos de la acumulación objetiva. declaración de la inadmisibilidad de la demanda. 2.1 Requisitos de la acumulación objetiva. 2.2 Declaración de la inadmisibilidad de la demanda. Derogaciones

tácitas del código procesal civil peruano: 1 Derogaciones a los requisitos de la reconvención. 2 Derogación de la excepción perentoria de incompetencia. Remisión a un artículo derogado. Obras consultadas.

Introducción

El Código Procesal Civil peruano ha sido modificado por la Ley núm. 30293¹, cambiando diversos artículos referentes a la acción civil. Tal como lo establece el artículo 1, el objeto de esta norma es brindar herramientas para la celeridad de los procesos, así como modernizar algunos requisitos y formalidades. Con intención de cumplir con este objetivo, se han modificado algunos artículos referentes a la Competencia de los Jueces.

Pero como sabemos, la Competencia² es esencial en el proceso, constituye uno de los presupuestos procesales³, siendo indispensable y fundamental que, concurren en un mismo Juez todas y cada una de las clases de competencia vinculadas con la pretensión en debate; por esta razón, hemos realizado un estudio de las normas modificadas en el Código Procesal Civil peruano, que precisamente se refieren a la Competencia, lo cual repercute en otras instituciones procesales reguladas por el mismo Código, pudiendo advertir, en principio, que se han producido dos derogaciones tácitas tanto en el Capítulo de la Reconvención y, por otro lado, en el Capítulo de las Excepciones Procesales; probablemente no advertidas al inicio, sin embargo al haberse producido una modificación en la Competencia y al ser ésta, un presupuesto procesal, siempre repercutirá en otras instituciones de menor relevancia procesal.

La Competencia, tiene un vínculo directo con dos instituciones procesales que han sido modificadas mediante Ley núm. 30293, estas son: 1º Calificación de la Acción, y 2º Acumulación de pretensiones⁴. Estas

¹Ley publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 28 de diciembre de 2014, Lima, Perú.

²Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, Civitas, 4ª Edición revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonese, Tomo I, Madrid, 1998, p. 116 y Francisco Ramos Méndez, *Derecho Procesal Civil*, J.M. Bosch, Quinta edición, Tomo I, Barcelona, 1992, p.164.

³Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1993, p. 104.

⁴Jaime Guasp, op. cit., p. 230.

modificaciones han disminuido de manera importante la rigidez del Código, ahora es menos estricto, permitiendo que los errores que se puedan cometer al momento de determinar la Competencia del Juez en el ejercicio del derecho de acción⁵, no generen la declaración de improcedencia de la demanda y por tanto, no se produzca la declaración de la conclusión del proceso, con el consecuente envío del expediente al archivo. Cuando sucedía esto, era evidente el perjuicio que sufría la parte demandante, lo cual ha querido ser reparado jurídicamente por el legislador, mediante esta flexibilización del presupuesto procesal de la Competencia. Sin embargo, no se vaya a pensar que esta flexibilización se refiere al presupuesto procesal de la Competencia, no es así, puesto que eliminar o disminuir los elementos básicos que deben concurrir para determinar si un Juez es competente o no, es antijurídico y anti técnico. Siempre deberán concurrir en el Juez, todas las clases de Competencia [objetiva, funcional, territorial, turno, etc.] para que exista un Debido Proceso. Lo que se ha flexibilizado es el procedimiento que deberá seguirse, en caso se evidencie que el Juez carece de Competencia.

La modificación del Código establece que, cuando el Juez advierta que carece de alguna de las clases de competencia, no deberá rechazar la demanda, sino que deberá remitirla al Juez que considere competente, esto para evitar una postergación innecesaria al derecho de acción del demandante, quien antiguamente, se veía forzado a iniciar un nuevo proceso judicial, interponiendo una nueva demanda, ocasionándole un perjuicio evidente. Precisamente, el art. 1 de la mencionada Ley núm. 30293 establece que las modificaciones tienen como objeto "brindar herramientas para la celeridad de los procesos civiles", aquí debemos aclarar esta afirmación, si bien es cierto el Principio de celeridad está vinculado directamente con el Principio de economía procesal⁶, creemos que se han confundido dichos conceptos. En nuestra opinión, el objeto real de la Ley bajo análisis, es el cumplimiento del Principio de economía procesal, puesto que lo que se pretende es el ahorro de tiempo, gasto y

⁵Vicente Gimeno Sendra y otros, *Introducción al Derecho Procesal*, Universidad Autónoma de Madrid, 4ª Edición, Madrid, 2003, p.185.

⁶Eduardo J. Couture, *op.cit.*, p. 189.

esfuerzo⁷; evitando que el demandante esté obligado a incoar un nuevo proceso judicial, ocasionándole pérdida de dinero, puesto que tendrá que pagar un nuevo arancel judicial; de tiempo, dado que tendrá que esperar una nueva calificación de su demanda; y trabajo, puesto que su abogado tendrá que redactar una nueva demanda y presentarla nuevamente por mesa de partes del Poder Judicial. El principio de celeridad se refiere, más bien, al proceso judicial cuando está en pleno trámite, en el presente caso, recién se está iniciando el proceso; en realidad, todavía no existe proceso judicial, sólo se ha interpuesto la acción, y se encuentra en el estado inicial de calificación de la demanda. Calificación de la demanda, entendida, como la primera oportunidad en la que el Juez estudia y determina si concurren los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, indispensables para el inicio del proceso.

Habiendo establecido las consecuencias jurídicas que ha generado en el proceso civil peruano, esta nueva Ley; procederemos a estudiar detenidamente en qué consisten estas modificaciones realizadas sobre la Competencia del Juez civil; posteriormente indicaremos cuáles son las dos grandes derogaciones tácitas que se han producido, con base en la modificación de la Competencia; y finalmente, señalaremos un error evidente cometido por el legislador respecto del proceso de conocimiento, si bien es cierto, no está vinculado directamente con el tema de la Competencia, pero no podíamos dejarlo de lado, puesto que estamos analizando la Ley núm. 30293, en cuestión

Modificaciones de la competencia del Juez Civil

Tal como lo señalamos al inicio de la presente investigación, las modificaciones que están vinculadas directamente con el presupuesto procesal de la Competencia, se refieren a dos instituciones procesales, que son: 1º Calificación de la acción; y, 2º Acumulación de pretensiones. En el presente epígrafe estudiaremos en qué consisten estas modificaciones.

1. Calificación de la Acción. Efectos de la Declaración de Incompetencia

⁷Juan Monroy Gálvez, *Introducción al Proceso Civil*, Temis, Lima, 1996, p. 92.
Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal*, Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones limitadas, 1966, p. 59.

Si bien es cierto el Código Procesal Civil peruano, señala que el Juez puede declarar su incompetencia al momento de calificar la demanda, también podrá hacerlo en cualquier estado y grado del proceso; sin embargo, consideramos que sería un descuido gravísimo que el Juez no advierta su propia incompetencia al momento de calificar la demanda, esto evidenciaría su falta de minuciosidad y detenimiento en el análisis de las acciones que se presentan ante su despacho; por eso, en la presente investigación nos referimos sobre todo, al momento de la calificación, sin dejar de lado, la potestad del Juez de declarar su incompetencia en cualquier etapa del proceso.

Iniciaremos indicando, que se ha modificado el art. 36 del Código Procesal Civil peruano, se ha cambiado el actuar del Juez, al momento de advertir su propia incompetencia. Ahora, cuando el Juez declare su incompetencia⁸ mediante resolución judicial motivada, deberá remitir inmediatamente el proceso judicial al Juez que él considere competente. Debemos resaltar nuevamente, nuestro estudio desde la perspectiva del Derecho procesal, puesto que, el objeto de la Ley de modificación del Código Procesal Civil se refiere al trámite de la incompetencia, es decir, se está economizando el proceso judicial, la norma obliga al Juez a disponer el envío del proceso a otro Juez. Esto siempre había funcionado así, pero sólo en el caso de la incompetencia territorial relativa, tal como lo establecía el anterior numeral 6 del art. 451, referido a los efectos de la resolución que declara fundada una excepción de incompetencia.⁹ Sin embargo, para las demás clases de incompetencia, no sucedía esto, sino que se declaraba improcedente la acción, concluido el proceso y se ordenaba enviarlo al archivo, una vez consentida dicha resolución.

El Código Procesal Civil peruano, siguiendo la tradición del Derecho procesal en el cual se da prevalencia a los presupuestos procesales y a las condiciones de la acción como elementos fundamentales, sustanciales e indispensables para la constitución de una relación jurídico procesal válida, es precisamente este vínculo el que exigía que la demanda esté dirigida al Juez que

⁸Jaime Guasp, op. cit., p. 457 y 458.

⁹Eduardo J. Couture, op.cit., p. 102.

tiene la Competencia para conocer la controversia; y no sólo como exigencia sobre la acción, sino como, uno de los requisitos esenciales del Debido Proceso. Por ello, antiguamente se declaraba la conclusión del proceso, era evidente que era innecesario continuar con un proceso nulo, en el cual serían nulos todos los actos procesales realizados hasta el momento. El rechazo de la demanda, generaba un perjuicio al accionante, tanto económico como personal. Precisamente, la intención de la Ley, es evitar este daño, determinando la conducta del Juez, exigiéndole que envíe la acción a otro Juez para que continúe el proceso sin problemas. A esto nos referíamos cuando indicamos que se ha flexibilizado el trámite de la declaración de incompetencia, ya no es tan radical como antes, ahora el accionante no tendrá que responder por el deficiente trabajo de su abogado, sino que el Juez suple dicha deficiencia; creemos que este cambio, busca defender el derecho de acceso a la Administración de Justicia, precisamente ejercitado mediante una acción. Nuevamente debemos señalar, que esta flexibilización es sólo en el trámite que ha de realizarse posteriormente, a la declaración de incompetencia. No se refiere a la flexibilización del presupuesto procesal de la Competencia, que siempre deberá de concurrir para la existencia de un Debido Proceso. Asimismo, consideramos que se evidencia el carácter publicista del proceso, determinando la intervención protectora del Juez, defendiendo el derecho a la Tutela jurisdiccional efectiva.

2. Acumulación de Pretensiones. Requisitos de la Acumulación objetiva. Declaración de la Inadmisibilidad de la demanda

Como sabemos, la acumulación de pretensiones consiste en solicitar al Juez se concedan dos o más de ellas, en una sola sentencia. La reciente modificación al Código Procesal Civil peruano, consiste en que a través de la determinación de dos casos excepcionales, se han flexibilizado los requisitos para la acumulación de pretensiones. Asimismo, esto está vinculado con la modificación de las causales de improcedencia e inadmisibilidad de la demanda, puesto que ahora una indebida acumulación de pretensiones tiene como consecuencia sólo la declaración de inadmisibilidad de la demanda, no como antes, que se declaraba improcedente, disponiendo la conclusión del proceso, la devolución de

los anexos, para su posterior envío al archivo.

2.1 Requisitos de la Acumulación objetiva.

Se ha modificado el art. 85 del Código Procesal Civil peruano, puesto que se han incluido dos casos excepcionales en los que se determina la Competencia del Juez que debe conocer el proceso. El Código establece que se podrá realizar una acumulación de pretensiones, siempre y cuando, todas ellas sean Competencia de un mismo Juez; en caso contrario, la acumulación sería indebida y la acción contendría un vicio. Antiguamente, este vicio acarreaba la declaración de la improcedencia de la demanda, ahora sólo se declara su inadmisibilidad, es decir que se puede subsanar; al declararse la indebida acumulación de pretensiones, se concede un plazo para corregir el error. Una vez subsanada la demanda, el proceso continúa; esto lo explicaremos con más detalle en el subepígrafe siguiente, ya que es otra de las modificaciones realizadas por la Ley en cuestión.

Como lo señalamos, existe la regla general de que para una debida acumulación es indispensable que todas las pretensiones sean Competencia de un mismo Juez; sin embargo, el nuevo art. 85 establece un caso excepcional para esta regla general. Se ha introducido como el literal b. del tercer párrafo de este artículo. En este se establece que, sí se pueden acumular pretensiones que son competencia de dos Jueces distintos, determinando el Código que será competente para conocer el proceso el Juez de mayor grado. Es decir que se ha establecido la Competencia por un principio de jerarquía dentro del Poder Judicial, al encontrarse los Jueces organizados jerárquicamente, se ha establecido que será el que tenga el grado superior. Los grados establecidos en el Poder Judicial están relacionados con un mayor conocimiento y experiencia en cada materia. Esta modificación, sólo se refiere al caso que sean Jueces de distinto grado, porque si son del mismo grado, lo que el accionante estaría intentando es una prórroga de la Competencia, lo cual es una legítima estrategia procesal del demandante. Por tanto, si se produce la prórroga tácita, el Juez de la demanda adquiriría la Competencia para conocer todas las pretensiones. Esto debido a que la competencia territorial es la única que tiene un sentido horizontal; en cambio, las otras clases de competencia, como la objetiva

y funcional, son más bien, verticales.

Nuevamente debemos señalar que consideramos que esta flexibilización del proceso judicial, es conveniente, puesto que en un solo proceso judicial, el Juez podrá resolver varias pretensiones, que antiguamente se hubieran tenido que tramitar en procesos distintos, uno ante cada Juez en grado. Podemos advertir que estas modificaciones al Código, pretenden aplicar el principio de economía procesal, produciendo un ahorro de dinero, tiempo y esfuerzo. Lo cual consideramos muy positivo; cualquier daño que se pueda evitar a los ciudadanos que pretenden accionar, garantiza su derecho de acceso a la Justicia; cumpliendo así con el principio constitucional de la Tutela jurisdiccional efectiva.

Por otra parte, debemos señalar, que dado que la norma ha concedido la Competencia de mayor jerarquía en caso de acumulación de pretensiones, en el literal a. del tercer párrafo del art. 85, también se ha flexibilizado otro requisito para dicha acumulación, ahora se pueden acumular pretensiones que tienen diferentes vías procedimentales. La norma establece ahora, que se tramitará el proceso en aquella que sea la más larga; consideramos que se pretende garantizar el Derecho de defensa, y otorgar un tiempo razonable para que se realice el debate entre la partes. Por tanto, un procedimiento más largo concede mayores posibilidades de contradicción, y permite al Juez una plena audiencia bilateral. Lo usual es que a los Jueces de mayor jerarquía les son asignados los procesos con las vías procedimentales más largas; tal como sucede en el Código Procesal Civil peruano.

2.2 Declaración de la Inadmisibilidad de la demanda.

Otra de las modificaciones al Código se refiere al caso que la demanda incurra en una indebida acumulación de pretensiones, esto es, cuando no exista conexidad entre ellas, sean contrarias entre sí, a menos que sean acumuladas subordinada o alternativamente, provengan de títulos diferentes, o que se refieran a un objeto distinto; antiguamente, cuando el Juez advertía la existencia de cualquiera de los vicios anteriores, declaraba de plano improcedente la demanda, rechazando la acción y ordenando que se envíe el escrito al archivo. Ahora no, el que la acción incurra en cualquiera de los vicios mencionados, sólo genera la declaración de la

inadmisibilidad de la demanda, pudiéndose subsanar el error.

Nuevamente nos encontramos ante un caso de flexibilización del Código procesal, antes una debida acumulación de pretensiones era un requisito de procedibilidad de la demanda, ahora no, simplemente es un requisito de admisibilidad. Es decir que el Juez concede un plazo de diez días al accionante para que corrija el error, y pueda realizar una acumulación correcta, determinando si se trata de pretensiones principales, alternativa, subordinadas, accesorias, cuál es el título del que provienen todas, su conexidad y el objeto que tienen en común. Una vez subsanado el vicio, si a criterio del Juez se ha corregido el defecto en la acumulación, continuará con el proceso judicial, calificando positivamente la demanda, dando inicio al contradictorio, disponiendo el emplazamiento del demandado. Ordenará la notificación de la demanda, para que la contraparte ejercite su Derecho de defensa.

Esta flexibilización es muy importante, puesto que, antiguamente se podía declarar la improcedencia de la demanda por este motivo, es decir que producía en casos extremos, la expedición de las temidas sentencias inhibitorias, en las que no se resolvía el fondo del asunto, y por el contrario sólo se declaraba improcedente la acción, sin decidir acerca de la pretensión.

Por otra parte, esto está vinculado con los requisitos de la acumulación, puesto que antes, se exigía que todas las pretensiones fueran Competencia de un mismo Juez, como requisito indispensable; de lo contrario la acción se declaraba improcedente. Ahora es distinto, este requisito ya no es exigible puesto que se ha establecido la excepción del literal b. del tercer párrafo del art. 85 del Código procesal; que hemos estudiado en el subepígrafe anterior.

Derogaciones tácitas del Código Procesal Civil peruano

Llego el momento de establecer en qué consisten las derogaciones tácitas que se han producido en el Código Procesal Civil peruano, que como señalamos a lo largo del epígrafe anterior, se encuentran directamente relacionadas con la Competencia del Juez, por tanto, al tratarse de la modificación procesal de uno de los presupuestos procesales, su repercusión en otras instituciones procesales

es inevitable y evidente.

En principio debemos aclarar cuál es el concepto de una derogación tácita. Pues bien, en realidad ésta se produce en dos casos distintos, pero la que nos interesa, es aquella en la que el legislador dicta una norma que se opone, tiene un texto o interpretación distinta a la anterior.¹⁰ En el presente caso, la Ley 30293, no señala expresamente que están derogados los artículos referentes a la reconvencción o a la excepción de incompetencia perentoria, sin embargo, de su texto se advierte, que es totalmente incompatible con el contenido del Código Procesal Civil, entonces, por definición, se ha producido una derogación tácita; a pesar, como señalamos, que el texto del Código permanece como estaba antes del dictado de la ley bajo estudio.

A continuación procederemos a desarrollar las dos derogaciones tácitas que se han producido; la primera recae sobre la institución procesal de la reconvencción; y la segunda se refiere a la excepción perentoria de incompetencia.

1. Derogaciones a los Requisitos de la Reconvencción.

La reconvencción¹¹ en el Código Procesal Civil peruano, es la institución procesal a través de la cual el demandado puede, en el mismo proceso, ejercitar su derecho acción en contra de su demandante, solicitando al Juez que se le conceda una pretensión vinculada con la del demandante; es decir que se invierten los papeles, el demandado se convierte en demandante y viceversa; a esta institución procesal en algunas legislaciones, se le denomina contra-demanda.

La ley modificatoria bajo estudio, menciona hasta en cuatro oportunidades la institución procesal de la Reconvencción¹², sin embargo, a pesar de que el legislador

¹⁰Marcial Rubio Correa, *El título preliminar del Código Civil*, PUCP, 10° Edición, Lima, 2008, p. 23.

¹¹Francisco Ramos Méndez, *op.cit.*, p.506; Jaime Guasp, *op. cit.*, p. 234.

¹²Las modificaciones establecidas en la Ley 30293 que se refieren a la reconvencción son las siguientes: 1°.- Se establece la existencia de la Acumulación objetiva sucesiva cuando el demandado reconviene, art. 88.2; 2°.- Se produce la improbanza de la pretensión si no se acredita los hechos afirmados en la reconvencción, art. 200; 3°.- El demandado también tiene iguales derechos para la modificación y ampliación de la demanda, cuando formula reconvencción, art. 428; y, 4°.- En la vía procedimental del proceso sumarísimo es improcedente la reconvencción, art. 559.1 del CPC peruano.

ha tenido presente ésta institución, no ha advertido la derogación tácita que ha experimentado con la modificación del presupuesto procesal de la Competencia; es precisamente en este momento de nuestra investigación que debemos resaltar y poner en evidencia la derogación tácita que afirmamos se ha producido.

En principio, debemos señalar que la norma exige como requisito de procedencia, para quien presenta una reconvención, que la incorporación de una nueva o nuevas pretensiones¹³, no debe alterar ni la competencia ni la vía procedimental existentes en el proceso, tal como expresamente lo establece el segundo párrafo del art. 445 del Código Procesal Civil peruano; precisamente, nosotros consideramos que estos dos requisitos han sido derogados tácitamente por la ley bajo estudio; puesto que también se ha modificado la institución procesal de la acumulación de pretensiones¹⁴, la cual se ha flexibilizado¹⁵ en gran manera, tal como lo hemos estudiado a profundidad en el epígrafe anterior.

Una de las modificaciones más importantes, es la que se ha producido sobre la acumulación de pretensiones, llamada objetiva; se han incluido dos nuevos supuestos para que proceda la acumulación, prescritos por los literales a y b del tercer párrafo del art. 85. El literal b prescribe expresamente que, cuando las pretensiones sean competencia de Jueces distintos, tendrá competencia el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía; y tal como lo señala el art. 36, también modificado, el Juez dispondrá la inmediata remisión del expediente al órgano jurisdiccional que considere competente. Esto quiere decir, que ahora sí se pueden acumular pretensiones que sean competencia de Jueces diferentes, a diferencia de antes, que era improcedente.

El legislador ha olvidado que, precisamente un caso de acumulación de pretensiones, se produce cuando el demandado interpone una reconvención, tal como lo establece el art. 88, inciso 2 del Código Procesal Civil. Por tanto, al haberse resuelto la cuestión de qué debe hacerse, en caso que las pretensiones sean de competencia de

¹³Jaime Guasp, op.cit., p. 233 y 234.

¹⁴Eduardo J. Couture, op.cit., p. 88.

¹⁵Francisco Ramos Méndez, op.cit., p.449.

distintos jueces, hoy no es un requisito de procedencia de la reconvención que, las pretensiones acumuladas, sean competencia de un mismo Juez.

En conclusión, afirmamos y sostenemos que se han derogado los requisitos de la reconvención, que se encuentran establecidos en el segundo párrafo del art. 455 del Código Procesal Civil; puesto que, la incorporación de una nueva o nuevas pretensiones, sí puede alterar la competencia del Juez. En dicho caso, se remitirá el expediente al Juez de superior jerarquía. Es necesario reiterar, que el art. 455, sigue redactado como antes, sin embargo, se ha producido una derogación tácita. La cual tiene como sustento, la interpretación sistemática de los artículos referentes a la reconvención que se encuentran contemplados en el Código.

2. Derogación de la Excepción Perentoria de Incompetencia.

Una de las defensas de forma que contiene el proceso civil peruano es la excepción de incompetencia, esta excepción consiste en el cuestionamiento de la competencia del Juez, es decir, el demandado sustenta que el Juez del emplazamiento es incompetente para juzgarlo. Ahora bien, esta defensa tiene dos clases, las perentorias y la dilatoria¹⁶; ambas se encuentran amparadas y reguladas en el Código Procesal Civil peruano. Las excepciones perentorias¹⁷ de competencia se producen en tres casos: 1º cuando se cuestionan las clases de competencia por materia y cuantía, la llamada competencia objetiva; 2º cuando se cuestiona la competencia funcional; y, 3º cuando se cuestiona la competencia territorial absoluta, es decir en caso que la competencia territorial es improrrogable; se les denomina perentorias, puesto que en caso de ser declaradas fundadas por el Juez, luego, el proceso perece, es decir, se da por concluido y el expediente se envía al archivo; por tanto, si el accionante desea solicitar la misma pretensión, deberá incoar un nuevo proceso judicial, esta vez, ante un Juez que sí tenga las tres clases de competencia, antes mencionadas. Son precisamente, estas clases de excepciones, las que consideramos, han sido derogadas tácitamente por la ley bajo estudio; puesto que, aho-

¹⁶Francisco Ramos Méndez, *op.cit.*, p.483.

¹⁷Eduardo J. Couture, *op.cit.*, p. 116.

ra no son perentorias, sino dilatorias. Esto no significa que ahora no se puedan proponer estas excepciones, sí se pueden proponer como defensa; sin embargo, ya no son perentorias, sino más bien, ahora son dilatorias.

Las excepciones dilatorias, son aquellas que, en caso de ser declaradas fundadas por el Juez, no dan por concluido el proceso, sino que el error o vicio en la determinación de la competencia puede ser corregido; es decir, sólo dilatan el proceso, hasta que se determine quién es el Juez competente, no producen el efecto de la conclusión del proceso. Esta clase de excepción, la encontramos en nuestra legislación, con el nombre de excepción de incompetencia territorial relativa, en ella se cuestiona la competencia territorial del Juez, cuando el demandante está intentando la prórroga¹⁸; en este caso, si el Juez declara fundada la excepción, no se da por concluido el proceso, sino que es el mismo Juez quien envía el expediente al Juez que él considera que sí tiene esta clase de competencia. Precisamente, este trámite de determinación de la competencia, y, en su caso, de enviar el proceso al Juez realmente competente, es el que dilata el proceso; inmediatamente después el proceso continuará con la intervención del nuevo Juez competente.

Todo esto quiere decir que, ahora la excepción de incompetencia es una sola, la dilatoria; no obstante, será el mismo Juez quien subsana el error, enviando el expediente al Juez que él considera que sí cumple con la competencia. En conclusión, se ha derogado tácitamente el inciso 5 del art. 451 del Código Procesal Civil peruano, que se refiere a los efectos de la excepción de incompetencia absoluta, puesto que, ahora los efectos, en caso se declare fundada, son los del inciso 6, es decir de la excepción de incompetencia relativa, es decir es dilatoria.

Ahora bien, a lo largo de la presente investigación, sostenemos que una de las modificaciones fundamentales producidas en el proceso judicial peruano, ha sucedido en la Competencia del Juez, puesto que ahora, cuando el Juez se declara incompetente deberá remitir el expediente al órgano jurisdiccional que considere realmente competente; esta modificación, ha derogado tácitamente las excepciones de incompetencia perentorias, puesto que

¹⁸Francisco Ramos Méndez, op.cit., p.189.

éstas ahora deberán seguir el trámite de la excepción de incompetencia dilatoria. Nuevamente, debemos señalar que la derogación se produce en los efectos que produce la excepción, no la derogación de la excepción misma, afirmar esto, sería afirmar que el derecho de defensa de forma ha sido disminuido; esto no es así; lo que afirmamos es que, ahora todas las excepciones de incompetencia son dilatorias, habiéndose derogado tácitamente la excepciones de incompetencia perentorias.

Remisión a un artículo derogado

Finalmente, debemos indicar en qué consiste la remisión que hizo el legislador, con la ley bajo estudio, a un artículo derogado. Sin embargo, debemos señalar que esta afirmación la realizamos desde la perspectiva del distrito judicial de Arequipa.

El art. 480, modificado por la ley bajo estudio, se remite al art. 326 del Código, que en Arequipa está derogado. Hubiera sido mejor que se remitiese al art. 324, recién modificado por la misma ley. Afirmamos que esta remisión es errada, puesto que en Arequipa, está vigente la exigencia de la Conciliación Extrajudicial previa. Lo que ha sucedido, como en muchos otros casos, el legislador sólo piensa en la aplicación de la norma en la ciudad de Lima, evidenciando una vez más el problema del centralismo, que tantas dificultades, postergaciones y atraso ha generado en nuestro país.

Como conclusión, debemos indicar que estas dos derogaciones tácitas que hemos advertido, provienen de nuestros conocimientos doctrinarios sobre el Derecho Procesal Civil, por tanto, para nosotros son evidentes y claras; sin embargo, la última palabra siempre la tendrán los Jueces, quienes decidirán si existe o no, las dos derogaciones ampliamente desarrolladas con anterioridad.

Obras consultadas

Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1993.

Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal*, Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones limitadas, 1966.

Vicente Gimeno Sendra y otros, *Introducción al Derecho Procesal*, Universidad Autónoma de Madrid, 4ª Edición, Madrid, 2003.

Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, Civitas, 4ª Edición revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonese, Tomo I, Madrid, 1998.

Juan Monroy Gálvez, *Introducción al Proceso Civil*, Temis, Lima, 1996.

Francisco Ramos Méndez, *Derecho Procesal Civil*, J.M. Bosch, Quinta edición, Tomo I, Barcelona, 1992.

Marcial Rubio Correa, *El título preliminar del Código Civil*, PUCP, 10ª Edición, Lima, 2008.

DIGNIDAD ANIMAL PARA SATISFACER DERECHOS HUMANOS

Marianné Núñez Núñez

Resumen

Este artículo tiene como objetivo apelar a la moral, la lógica y a la razón para llamar la atención sobre una explotación sistematizada contra millones de seres sintientes sobre todo en la industria de la carne y lácteos. Esta situación está amparada por el Derecho moderno y costumbres; pero atenta contra derechos humanos fundamentales como la vida y la salud.

Palabras clave

Derechos de los animales, liberación animal, derechos humanos.

Abstract

This article aims to appeal to morals, logic and reason to draw attention to the systematic exploitation of millions of sentient beings, especially in the meat and dairy industries. This situation is protected by modern laws and customs, but violates fundamental human rights such as the right to life and health.

Key words

Animal rights, animal liberation, human rights.

Mediante este artículo apelaremos no solamente a la razón y a la lógica sino también al corazón del Derecho, a cierto elemento subjetivo que ronda a todos los seres sintientes. Sentimientos como el amor, la compasión, la empatía. Aunque parezcan términos poco jurídicos, lo son más de lo que aparentan; sino, ¿existiría el derecho de familia?, ¿existirían figuras como el indulto o la amnistía? Y además son innegables los brotes de empatía en jueces penales que tienen que emitir sentencias privativas de la libertad, situación que para los abolicionistas

penitenciarios como la autora de este escrito, resulta horrorosa. Todos somos seres sensibles, y apelaremos a esa sensibilidad para el aprecio de este escrito.

Ante la sola lectura del título de este artículo, intuimos que los más perspicaces se harán las siguientes preguntas: ¿con tantos seres humanos sufriendo, por qué deberíamos preocuparnos por los animales? O sino, ¿los animales tienen dignidad o derechos? Desarrollaremos estas preguntas no solo con el objetivo de esclarecer la mente de los lectores respecto a este tema, sino también para sustentar nuestra tesis sobre la erradicación de la cruel explotación animal en distintos ámbitos, especialmente en la industria de carne y lácteos.

Respondemos la primera interrogante. Aquellos que nos vinculamos con el Derecho por razones como la búsqueda de la justicia social, igualdad y quizás de una manera más utópica, el cambio de un sistema nefasto tanto para una justicia corrompida como para un planeta que se cae a pedazos; nos indigna e incluso enoja la opresión, la injusticia y la violencia de este mundo moderno. Pero quizás no nos hemos puesto a pensar que las raíces de este gran problema se encuentran en el abuso animal. Vivimos en una cultura de muerte: delitos de lesa humanidad, violencia producto del narcotráfico y delincuencia organizada horrorizan a la población con escenas cada vez más sangrientas. No creemos que sea una coincidencia que esas escenas de crimen se parezcan a los interiores de mataderos de animales y que las teorías de la pena junto a sistemas penales hayan evolucionado de tal manera que ahora resulta inconcebible ser partidario de la Inquisición, la tortura o la expiación que tanto inflige castigo, dolor, y sufrimiento a un humano como la industria de la carne y lácteos causa las mismas consecuencias en especies animales en tiempo supuestamente civilizados. Por lo tanto una *liberación animal*¹ sería el inicio de una

¹Al respecto, Peter Singer en su obra del mismo título: *Un movimiento de liberación* exige que se ponga fin al prejuicio y la discriminación basados en una característica arbitraria como la raza o el sexo. [p.21] La liberación animal necesitará un altruismo mayor por parte de los seres humanos que cualquier otro movimiento de liberación. Los animales son incapaces de exigir su propia liberación, o de protestar mediante votaciones, manifestaciones o boicots contra su condición. Los seres humanos tienen el poder de continuar oprimiendo siempre a otras especies, o hasta que hagamos que este planeta se vuelva inhabitable para los seres vivos. ¿Continuará nuestra tiranía, confirmándose así que somos los tiranos egoístas que los poetas y filósofos más cínicos han pensado siempre que somos? ¿O nos alzaremos ante el desafío y probaremos nuestra capacidad de comportarnos con auténtico

verdadera liberación del ser humano, para el respeto de sus derechos e intereses de manera más eficiente y justa.

Respecto a la segunda interrogante, que es de materia filosófica, no hemos podido redactar mejor respuesta que lo escrito por Jeremy Bentham hace más de dos siglos atrás:

Puede llegar el día en que el resto de la creación adquiera esos derechos que nunca se le podrían haber negado de no ser por la acción de la tiranía. Los franceses han descubierto ya que la negritud de la piel no es razón para que un ser humano sea abandonado sin remedio al capricho de un verdugo. ¿Podría llegar un día a ser reconocido, que el número de piernas, la velloidad de la piel, o la posesión de una cola, sean razones igualmente insuficientes para abandonar al mismo destino a una criatura que puede sentir? ¿Qué más podría ser usado para trazar la línea? ¿Es la facultad de la razón, o la facultad del discurso? Un caballo o un perro adulto son sin comparación animales más racionales, y también más sociables que una criatura humana de un día, una semana o incluso un mes. Pero, aun suponiendo que no fuera así, ¿cuál sería la diferencia? No debemos preguntarnos: ¿pueden ellos razonar? ni tampoco ¿pueden hablar?, sino ¿pueden ellos sufrir?² [p. 311]

Muchos filósofos del Derecho sostienen que los animales no son merecedores de derechos porque como *criaturas inferiores* carecen de raciocinio, también aseguran que los derechos constituyen un privilegio para la especie humana solo por el hecho de pertenecer a ella y tener la capacidad de adquirir conocimientos, poniendo al *homo sapiens* en un pedestal con una corona de la verdad absoluta. Ante esta atroz afirmación respondemos igual que Peter Singer: la posesión de una inteligencia superior jamás será razón ni motivo para autorizar que un humano utilice a otro humano para satisfacer sus propios fines, violando su dignidad. De la misma manera, ¿qué nos hace superiores para explotar a los no humanos con la misma finalidad? No creo que nuestro apetito por la carne animal sea suficiente razón para seguir manteniendo en un

altruismo, poniendo fin a la cruel explotación de las especies en nuestro poder, no porque nos veamos forzados a ello por rebeldes o terroristas, sino porque reconozcamos que nuestra postura es moralmente indefendible? [p. 298]

²Jeremy Bentham, Traducción propia, Londres, 1823.

terrible holocausto de jaulas y dolor institucionalizado a millones de seres sintientes que son traídos al mundo solo para acabar en un plato de comida, a sabiendas que una dieta en base a proteína vegetal es más eficiente y mucho más saludable que una dieta carnívora³.

Si se niega que los animales tienen derechos entonces se infiere que el ser humano por ser poseedor de derechos está en una situación privilegiada respecto a las demás especies; y por lo tanto todos los esfuerzos para el bienestar del *homo sapiens* deben ser cumplidos a la cabalidad por medio del respeto y difusión de sus derechos y cualquier vulneración a ellos debe ser censurada inmediatamente; en ese sentido nuestra tesis para erradicar el consumo de animales [tan solo una sola manifestación de brutal explotación animal entre tantas otras] se asienta que tal consumo vulnera derechos fundamentales del hombre y por lo tanto deben ser reprochados. Uno de estos derechos es el de la salud el cual a su vez incluye innegablemente el derecho a una alimentación adecuada que trae consigo obligaciones que los Estados deben cumplir. ¿Pero de qué manera pueden cumplir con esta responsabilidad si el consumo de carne implica graves consecuencias para la salud? Desde niña hemos apreciado que el Estado promueve el consumo de carne en la población para una *dieta sana y balanceada*. Se ha censurado el consumo de bebidas alcohólicas y tabaco por su efecto negativo en la salud. Todos sabemos que los cigarrillos son cancerígenos y sus empaques están obligados a contener mensajes que advierten sobre la mortalidad de su consumo. Sin embargo, no existe regulación similar alguna para las carnes procesadas, como los hot dog o los jamones, aun cuando la Organización Mundial de la Salud⁴ ha clasificado a las carnes procesadas en el grupo 1 de cancerígenos en humanos, el mismo grupo del tabaco. Pero no solo son las carnes procesadas un peligro. Un estudio de dieciséis años en 536 000 hombres y mujeres de edades entre los 50 y 71 realizado por el Instituto Nacional de Cáncer de Maryland⁵

³La Asociación Americana de Dietética toma la posición de que dietas vegetarianas o veganas planeadas adecuadamente son saludables, nutricionalmente adecuadas y pueden proporcionar beneficios para la salud en la prevención y tratamiento de ciertas enfermedades. Añade que las dietas vegetarianas bien planificadas son apropiadas para el individuo durante todas las etapas del ciclo de la vida e incluso para atletas.

⁴OMS [2015]

⁵EEMADI, Arash y otros. [2017]

concluyó que las personas con mayor cantidad de ingesta de carnes rojas tenían una probabilidad del 26% más alta de morir de cáncer, diabetes tipo 2, enfermedades de los riñones entre otros seis males. A pesar de este panorama; no todo es oscuridad. Hace unos meses nació la iniciativa legislativa núm. 1705-2016-CR, que en caso de ser aprobada obligaría a las instituciones públicas peruanas que expenden alimentos de manera directa o vía concesionarios, disponer de un menú libre de ingredientes de origen animal.

La industria de la carne y lácteo son las mayores responsables de emisiones de gases tóxicos, incluso mayores que las del sector industrial y automotor⁶, esto vulnera el derecho fundamental a vivir en un ambiente saludable. Sin mencionar el uso desmedido de agua para producir un litro de carne.

Y finalmente, otro argumento para apoyar una liberación animal que traería como consecuencia la satisfacción de derechos humanos tan fundamentales como el derecho a la vida viene escrito por Peter Singer: "Si cesara la cría de animales y su sacrificio como fuente de alimento, quedaría disponible una cantidad mucho mayor de alimentos para los humanos que, distribuida adecuadamente, eliminaría del planeta la muerte por hambre y desnutrición. La liberación de los animales es, también, la liberación de los humanos".

Bibliografía

Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford at the Clarendon press, Londres, 1876.

Arash Etemadi y otros, *Mortality from different causes associated with meat, heme iron, nitrates, and nitrites in the NIH-AARP Diet and Health Study*, population based cohort study. [2017] Disponible online: <http://www.bmj.com/content/357/bmj.j1957>

FAO. *Tackling climate change through livestock: key facts and findings* [2013]. Disponible online: <http://www.fao.org/news/story/es/item/197623/icode/>

Journal of the American Dietetic Association, *Position*

⁶FAO [2013]

of the American Dietetic Association: Vegetarian Diets,
Vol.109, Issue 7, 2009.

OMS. *Carcinogenicidad del consumo de carne roja y de la carne procesada* [2015]. Disponible online: <http://www.who.int/features/qa/cancer-red-meat/es/>

Gary Steiner, *Animals and the Limits of Postmodernism*,
Columbia University Press, New York, 2013.

Peter Singer, *Liberación Animal*, [2^{da} edición] Editorial
Trotta, Madrid, 1999.

**EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO AL AGUA
POTABLE: SU PROBLEMÁTICA Y LA TECNOLOGÍA
DESALADORA DE AGUA DE MAR COMO MEDIDA DE
SOLUCIÓN**

Alejandro A. Salas Osorio

Resumen

En la actualidad muchos países vienen implementando y usando la tecnología desalinizadora de agua de mar, el uso de esta tecnología permite que el agua salada del océano sea tratada mediante un proceso industrial de filtración, el cual convierte el agua salada, en agua dulce, potabilizada y apta para el consumo humano. Es necesario que el Estado adopte y aplique este método tecnológico para así satisfacer la urgencia de muchos peruanos que no cuentan con el líquido vital potabilizado, pues el no hacer efectivo dicho derecho constitucional en pleno siglo XXI limita las esperanzas de tener una vida digna.

Abstract

At present, many countries have been implementing and using technology desalination of sea water, the use of this technology allows the salt water of the ocean is treated by an industrial process filtration, which converts salt water, drinking in fresh water, and suitable for human consumption. It is necessary that the State can adopt and implement this technological method to meet the urgency of many Peruvians who do not have the vital liquid potabilizado, as he could not make effective constitutional law in the 21st century limited hopes for a decent life.

Palabras clave

Agua potable, Tecnología, Desalinización de agua de mar, Saneamiento.

Key words

Drinking Water, Technology, Desalination of sea water, Sanitation.

Sumario

El derecho constitucional al agua potable en el Perú. La problemática y falta de acceso de agua potable en el Perú. El auge de la tecnología desalinizadora de agua de mar en el mundo. Conclusiones. Bibliografía.

El derecho constitucional al agua potable en el Perú

De la importancia del agua nadie duda: transforma y transporta las sustancias químicas y físicas que hacen posible toda vida vegetal y animal sobre la Tierra¹.

El término *agua potable* —o *agua para el consumo humano*, como también se le conoce—, comprende aquella agua que puede ser utilizada para fines domésticos e higiene personal, para el consumo o aquella que es utilizada para beber o preparar alimentos sin poner en riesgo la salud.

En vista de lo anterior, el acceso al agua potable es un derecho no solo de cariz o corte constitucional, sino también internacionalmente reconocido e implícitamente recogido en distintas Convenciones y Declaraciones internacionales, con fundamento en los art. 3 y 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que versan sobre el derecho a la vida y a tener un nivel de vida adecuado, lo que implica contar con agua potable.

Recientemente, en nuestro país se publicó la Ley núm. 30588 [publicada el 22 de junio de 2017], Ley de reforma constitucional que incorpora a nuestra Carta Magna el art. 7-A, que señala:

"El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación".

El referido dispositivo legal de corte constitucional expresa, pues, que todo peruano tiene derecho universal

¹Carlos Andaluz Westreicher, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia, Lima, 2016, p. 65.

de acceder a agua potable que, a su vez, es un recurso invaluable y fuente de vida.

Anteriormente, tanto la Ley General del Ambiente [Ley núm. 28611], como la Ley de Recursos Hídricos [Ley núm. 29338], ya reconocían el acceso al agua potable como un derecho indispensable que el Estado debía satisfacer y uno por cuyo acceso totalitario debía velar, en todas las anchas de nuestro país.

El primer dispositivo legal en mención lo hacía al destacar, en su art. 144, que:

El acceso al agua para consumo humano es un derecho de la población. Corresponde al Estado asegurar la vigilancia y protección de aguas que se utilizan con fines de abastecimiento poblacional, sin perjuicio de las responsabilidades que corresponden a los particulares. En caso de escasez, el Estado asegura el uso preferente del agua para fines de abastecimiento de las necesidades poblacionales, frente a otros usos.

La segunda Ley, por su parte, al recoger el principio de prioridad en el acceso al agua en su art. III, numeral 2, del Título Preliminar, según el cual:

[...] el acceso al agua para la satisfacción de las necesidades primarias de la persona humana es prioritario por ser un derecho fundamental sobre cualquier uso, inclusive en épocas de escasez.

Nuestro ordenamiento jurídico, refiere que el agua es un recurso natural renovable que constituye patrimonio de la Nación y que, además, se trata de un bien que posee las características de uso público y su dominio es imprescriptible e inalienable. No existe, a partir de lo anterior, propiedad privada sobre el agua y corresponde al Estado, por ello, su otorgamiento en uso a las personas naturales y jurídicas mediante autorizaciones, licencias y permisos.

Sobre la materia el Tribunal Constitucional del Perú reconoció ya hace más de una década que el derecho al agua potable es primordial para la salud, que es uno de los derechos humanos básicos, así como un componente importante de las políticas eficaces de protección de la salud y de la dignidad de toda persona. Así lo hizo al referir, en el Expediente núm. 06534-2006-AA, del 15 de noviembre de 2007, lo siguiente:

[...] el derecho al agua potable [...] supone primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. *Su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.*

Y, asimismo,

[...] el impedimento del goce de este elemento no sólo índice en la vida y la salud de la persona, sino que lo hace en el propio derecho a la dignidad. En efecto, existen determinados bienes cuya imposibilidad de acceso, en atención al valor supremo de la persona, pueden resultar absolutamente incompatible con las condiciones mínimas e indispensables en las que ella debe estar [...] La ausencia de estas condiciones mínimas contradice el valor supremo de la persona en una magnitud ostensiblemente grave y, de esa forma, el principio fundamental de dignidad de la personas [arts. 1 y 3, Const.]

En ese contexto, tenemos que el no contar con el derecho fundamental de acceso al agua atenta no solo contra los derechos fundamentales como a la salud, a la educación, a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado —entre otros—, sino que merma, también, el derecho a la vida de la persona, menoscabando su dignidad, misma que es fundamento de sus derechos. Cabe recordar aquí que, conforme al artículo 1 de la Constitución Política vigente, el fin supremo de la sociedad y el Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

La problemática y falta de acceso de agua potable en el Perú

La Organización Mundial de la Salud [OMS], señala que una persona tiene acceso al agua potable si la fuente de la misma se encuentra a menos de 1 kilómetro de distancia del lugar donde la utiliza y si uno puede obtener

de manera fiable al menos 20 litros diarios para cada miembro de la familia².

Según el último censo realizado por el Sistema Nacional de Información Ambiental [SINIA], Indicador: Población con acceso a agua potable, ninguna región de nuestro país obtiene el 100% de acceso a agua potable³.

El informe de SINIA señala que en el año 2014 en Loreto, la región con mayor cantidad de territorio, solo el 55,83% de sus habitantes tenía agua potable; Pasco y Ucayali eran, por su parte, la segunda y tercera regiones con menor porcentaje de habitantes con acceso a agua potable: 65.9 % y 62.12 %, respectivamente. Las mismas cifras señalan que Moquegua [96.43 %], Callao [95.05 %] y Áncash [94.26 %] son las regiones en las que hay un mayor porcentaje de ciudadanos con acceso al agua potable. En Arequipa, hay un 7.65 % de la población que no tiene acceso a agua potable.

Ciertamente, vemos que la falta de acceso al agua potable en nuestro país es un problema latente que, ad portas de ser una República bicentenaria, no halla solución. Indudablemente, los Gobiernos de turno y las respectivas Empresas Prestadoras de Servicio de Saneamiento [EPS] deben realizar una correcta gestión para que todos los peruanos tengamos acceso a este derecho.

En definitiva, el hecho de que gran parte de peruanos en pleno siglo XXI no cuente con acceso al agua potable —y su correspondiente saneamiento—, acarrea que aumente el índice de pobreza en nuestro país, pues las personas con escasos recursos económicos tienen que realizar un gasto adicional de su exiguu ingreso familiar para comprar agua potable y, peor aún, debe caminar grandes distancias para poder comprarla, sin considerar el hecho de ponerse en situación de riesgo. De igual forma, no contar con este líquido vital, perjudica la salud de las familias que sufren por no tener agua limpia. No es casual advertir que beber agua no potabilizada ocasiona graves enfermedades tales como diarreas, anemia, desnutrición, hepatitis A, fiebre tifoidea, cólera, etc.

El auge de la tecnología desalinizadora de agua de mar en el mundo

²http://www.who.int/water_sanitation_health/mdg1/es/ - consultado 12/9/2017.

³<http://sinia.minam.gob.pe/indicador/1000> - consultado 20/9/2017.

La desalación propiamente dicha, que comenzó a finales del siglo XIX con el aprovechamiento del vapor de las calderas de los pequeños barcos para su consumo humano, es una opción que viene siendo aplicada para obtener agua potabilizada y hace mismo hace frente a la escasez del recurso hídrico.

Históricamente, los procesos de desalación más antiguos estaban relacionados con el fenómeno de la evaporación de aguas con contenido salino, hasta la aparición —en los años 60— de *membranas* con calidad suficiente para filtrar concentraciones de agua de mar. A partir de ahí, este tipo de tecnologías ha sido rápidamente desarrollada, especialmente en España debido a las calidades del agua introducida en sus módulos⁴. La desalación —o desalinización— de agua de mar, en tanto proceso industrial tecnológico de separación de sales de una disolución acuosa, permite extraer la sal y demás sustancias contaminantes de ella, transformando el agua de mar en agua apta para el consumo humano o para usos productivos como la minería o la agricultura.

En la actualidad, para el proceso físico de desalación, se utilizan cuatro tipos de energía: térmica, mecánica, eléctrica y química. Sin embargo las tecnologías más importantes son las de destilación [o térmicas]⁵ y las de *membrana*, dentro de la cual encontramos la de osmosis reversa u osmosis inversa. Ésta consiste en la aplicación de una presión externa mayor que la presión osmótica del agua de mar con el fin de lograr que, en condiciones normales de presión, el agua de mar fluya a través de una membrana semipermeable en dirección inversa al flujo natural⁶.

De acuerdo con la más reciente información de la Asociación Internacional de Desalinización, en la actualidad existen más de 18 mil plantas desalinizadoras alrededor del mundo, que producen más de 86 millones

⁴<http://www.uv.es/choliz/Desalacion.pdf>, consultado 25/8/2017.

⁵Akili D. Khawaji, Ibrahim K. Kutubkhanah y Jong-Mihn Wie, *Advances in seawater desalination technologies*, Desalination 221 [2008, 1-3], pp. 49-50, cita de <http://www.revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/viewFile/46448/48477>, consultado 12/8/2017.

⁶Akili D. Khawaji, Ibrahim K. Kutubkhanah y Jong-Mihn Wie, *Op. Cit.*, pp. 51-52, cita de <http://www.revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/viewFile/46448/48477>.

cúbicos de agua al día, y de la que depende el abastecimiento de agua potable para las necesidades básicas de más de 300 millones de personas en al menos 150 países⁷.

Entre los países que cuentan con mayor cantidad de plantas desalinizadoras instaladas, tenemos los siguientes:

En primer lugar se encuentra Estados Unidos con 2,174 plantas, que representan el 34 %; de ellas, el 72 % corresponde a OI [osmosis inversa]. En segundo lugar, se halla Arabia Saudita, que cuenta con un total de 2,086 plantas, que representan un 32 % del total; de ellas, un 65 % corresponde a MSF [destilación flash multietapa]. Japón, por su parte, se halla en tercer lugar, con un total de 1,457 plantas, que constituyen el 22 %; de ellas, un 90 % corresponde a OI [osmosis inversa]. Finalmente, España tiene 760 plantas que, aproximadamente, representan un 12 % del total de plantas en el mundo; de ellas, el 90% corresponde a OI [osmosis inversa]⁸.

Actualmente, nuestro país no está tan alejado del uso de esta tecnología: una planta desalinizadora de agua de mar, ubicada en el Centro Poblado de Salinas, distrito de Chilca, provincia de Cañete, región Lima, ha cambiado y mejorado de gran manera la calidad de vida de los pobladores de Chilca, pues bajo el proyecto Agua para Chilca, la empresa Fenix Power viene produciendo y distribuyendo 2,000 m³ de agua potable diaria y gratuita a la Municipalidad Distrital de Chilca, quien se encarga de distribuirla en beneficio de los pobladores locales. Este proyecto de gestión ambiental sostenible beneficia aproximadamente a 7,000 personas.

Conclusiones

El derecho constitucional de acceso al agua potable es primordial para vivir dignamente, es un derecho oponible erga omnes. Si bien es cierto que hace muchos años atrás el Tribunal Constitucional y las leyes ambientales catalogaban el acceso al agua potable como un derecho primordial para toda persona, resulta importante que

⁷<http://idadesal.org/desalination-101/desalination-by-the-numbers/>-cita en <http://www.revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/viewFile/46448/48477>.

⁸<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=46123333006> - consultado 14/10/2017.

nuestra Constitución Política contemple tal derecho explícitamente. Él encuadra, desde luego, en la categoría de garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, pues —como se ha dicho— es un derecho universal y tiene la condición de fundamental para la supervivencia y el desarrollo digno de toda persona.

Por ello es que, a fortiori, urge que el Estado aplique medidas y políticas de saneamiento que contribuyan a que se cumpla con cabalidad lo señalado art. 7-A de la Constitución Política del Perú: no puede quedar en letra muerta lo que reza el referido dispositivo; es necesario, por tanto, que todo peruano tenga acceso al agua potable, sin importar su condición económica, raza, religión, ni el lugar en donde vive.

Siendo éste el panorama actual, tenemos que optimizar la tecnología para desalinizar el agua de mar y, así, eliminar los residuos de sal existentes en el agua marina —llamada también *salobre*—. De este modo, obtendríamos agua dulce o potable y, por ende, apta para el consumo humano. Como hemos señalado muchos países encumbrados vienen usando estas técnicas para desalinizar agua de mar —en nuestro país existe una planta desalinizadora—, y hasta la fecha viene dando grandes resultados, pues el empleo de esta técnica contribuye al desarrollo sostenible y a su vez permite reducir la brecha social, económica y cultural que existe entre aquellas personas que tienen agua potable y aquellas que no tienen acceso a dicho recurso y derecho constitucional.

Bibliografía

Carlos Andaluz Westreicher, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia, Lima, 2016, p. 65.

http://www.who.int/water_sanitation_health/mdg1/es/ - consultado 12/9/2017.

<http://sinia.minam.gob.pe/indicador/1000>, consultado 20/9/2017

<http://www.uv.es/choliz/Desalacion.pdf>, consultado 25/8/2017

Akili D. Khawaji, Ibrahim K. Kutubkhanah y Jong-Mihn Wie, *Advances in seawater desalination technologies*, *Desalination* 221 [2008, 1-3], pp. 49–50, cita de <http://www.revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/viewFile/46448/48477>, consultado 12/8/2017.

Akili D. Khawaji, Ibrahim K. Kutubkhanah y Jong-Mihn Wie. Op. Cit, pp. 51-52, cita de <http://www.revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view-File/46448/48477>

<http://idadesal.org/desalination-101/desalination-by-the-numbers/>, cita de <http://www.revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/viewFile/46448/48477>

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=46123333006>, consultado 14/10/2017.

TRÁMITE CAUTELAR: LOS CIEN AÑOS DE RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

José Alfredo Lovón Sánchez

Resumen

El derecho de defensa como derecho fundamental, puede ser restringido sólo bajo un fin legítimo, en circunstancias excepcionales y cumpliendo una serie de requisitos; no obstante, nuestro ordenamiento jurídico civil dispone que el pedido cautelar nunca debe ser puesto en conocimiento de la parte contraria, esto implica que sólo se pueda cuestionar este tipo de medidas una vez que se ejecutan, en buena cuenta, una vez que causan agravio. En el presente estudio analizaremos si dicha restricción, analizada caso por caso, resulta legítima o no y, en la eventualidad de esa hipótesis, sugeriremos algunas modificaciones con el ánimo de perfeccionar nuestra regulación cautelar civil y promover el respecto a los derechos fundamentales.

Abstract

The right of defense as a fundamental right can be restricted only under a legitimate purpose, in exceptional circumstances and meeting certain requirements; however, our civil law stipulates that the order precautionary never be made known to the other party, this implies that only can question these measures once they are implemented, in good account, once causing offense. In the present study will analyze whether such a restriction, analyzed case by case, it is legitimate or not and, in the event of such a scenario, we suggest some modifications with the aim of improving our prudential regulation and civil promote respect for fundamental rights.

Palabras clave

Irreparabilidad, Inaudita *et altera pars*, Presunción *jure et jure*:

key words

Irreparability, Inaudita et altera pars Jure et jure presumption.

Sumario

Fundamentos de la tutela cautelar. Trámite cautelar: restricción del derecho de defensa ¿desproporcional o innecesaria? ¿proceso o procedimiento cautelar? conclusiones. Bibliografía.

Fundamentos de la tutela cautelar

El proceso judicial implica que un tercero imparcial, denominado juez, tome conocimiento de un determinado conflicto de intereses para proceder a su respectiva resolución. Dicho funcionario público debe ser totalmente ajeno a la contienda, en tal sentido, aún sin tener en cuenta la eventual complejidad de la misma, para que el juez adquiera conocimiento y certeza respecto a los fácticos que la desencadenaron, y más aún, tenga bien sentenciado, naturalmente se consumen tiempo y recursos.

Como resulta evidente, este consumo de recursos y tiempo es simplemente una consecuencia necesaria de un fin esencial: la resolución del conflicto. No obstante, sin desconocer dicho fin, el proceso debe ser entendido como un conjunto de etapas procesales que deben respetar las garantías del debido proceso; ello no implica únicamente el ejercicio efectivo del derecho de defensa, sino también, en la misma medida, el acceso a una tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, como señala el tratadista González Pérez, "la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional"¹.

El jurista Monroy Gálvez señala que "el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en que debe verificarse en todo momento, acceso al debido proceso, a la sentencia de fondo, a la doble instancia y la ejecución de la sentencia".² En tal sentido, cuando existen circunstancias por las cuales peligra la ejecución de la sentencia, deben implementarse las medidas idóneas para asegurar dicho fin: las medidas cautelares.

¹Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, Editorial Civitas, segunda edición, España, 1985, p. 27.

²Juan Monroy Gálvez, *Introducción al Proceso Civil*, Tomo I, Editorial Temis S.A. Bogotá, 1996, pp.245 y 246.

Trámite cautelar: Un estancamiento de cien años

En cuanto al trámite cautelar se refiere, nuestro ordenamiento jurídico en materia de procesos civiles ha sufrido numerosas modificaciones. Como primer antecedente encontramos al Código de Procedimientos Civiles de 1912, en el cual se regulaban dos tipos de embargo, el embargo preventivo [que hacía las veces de una medida cautelar hoy en día] estaba regulado desde el art. 223 hasta el art. 246, por otro lado, el embargo definitivo [producto de la sentencia judicial] estaba regulado desde el art. 612 hasta el art. 660. Para efectos del presente estudio resulta de especial relevancia el art. 241 de dicho Código, mismo que dictaba:

Art. 241.-"Ejecutado el embargo [preventivo], se admitirá la apelación que se hubiera interpuesto contra el auto que lo ordenó. Si el deudor formula oposición, se sustanciará después de ejecutada la medida por los trámites prescritos para los incidentes"

Como se evidencia, con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, [hace 104 años] el afectado por un embargo preventivo [lo que hoy en día sería una medida cautelar], tenía derecho a interponer a interponer dos medios de defensa, de un lado un recurso de oposición ante el mismo juez y de otro uno de apelación ante el juez o colegiado superior.

Posteriormente, en 1993, entró en vigencia el actual Código Procesal Civil, que en el segundo párrafo de su art. 637, dictaba: "la medida cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido", como se evidencia, sólo se notificaba al afectado después de ejecutada la medida cautelar, dejando a salvo, únicamente, su derecho a interponer un recurso de apelación [suprimiendo el recurso de oposición].

Subsiguientemente, el Decreto Legislativo núm. 1069, promulgado del 28/ junio/ 2008, modificó el mismo art.; únicamente incorporó como novedad que: "en caso de pluralidad de medidas cautelares, el afectado puede apelar cualquiera de ellas siempre que se estén ejecutando"³

³Decreto Legislativo 2069, 28 de junio del 2008, disposiciones generales.

Dichas modificaciones generaron una evidente divergencia en la doctrina, por un lado doctrinarios como Rolando Martel las defendieron a capa y espada, indicando que una medida cautelar tiene como carácter fundamental la discreción, y en tal sentido, para que resulte útil, siendo que en la práctica judicial, es frecuente que quien puede sufrir los efectos de una medida cautelar, realice todo tipo de artimañas para evitarla, es legítimo que se conceda y ejecute [en todos los casos] sin conocimiento del afectado⁴. En la misma ilación, el jurista Monroy Palacios, afirma que tales modificaciones constituyen un mecanismo de prevención contra la mala fe y dotan de eficacia a la tutela cautelar; así mismo, sostiene que no se perjudica el derecho de defensa del afectado, en tanto éste conserva su derecho a interponer un recurso de apelación⁵.

Dichas posturas disintieron de lo esbozado por ejemplo por el tratadista Giovanni Priori, quien sostiene que el impedir que el afectado conozca del pedido cautelar en todos los casos viola el principio de igualdad⁶: afirma que mientras el pedido cautelar del demandante es analizado por una primera instancia, cuya decisión en caso sea admisorio se ejecuta inmediatamente y en caso sea desestimatorio es impugnabile sin correr traslado; el afectado, en una posición de evidente desventaja, únicamente conserva su derecho a apelar el auto que concede la medida. Por otro lado, de forma contundente, sostiene que esta modificación también viola el derecho a la doble instancia del afectado por la medida cautelar⁷, ya que únicamente se ve limitado a ejercer su defensa ante el tribunal de alzada, situación que a todas luces lo priva de una instancia judicial. De forma lúcida, el maestro Alvarado Velloso sostiene que no es lo mismo contestar un pedido cautelar que exponer los agravios de la ejecución de la medida mediante un recurso impugnatorio⁸.

Los últimos argumentos motivaron que mediante la ley núm. 29384 del 28/ junio/ 2009, se modifique, una

⁴Rolando Martel Chang, *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Palestra, Lima, 2003, pp. 62 y 63.

⁵Juan José Monroy Palacios, *Teoría cautelar*, Lima, 2002, p.135.

⁶Giovanni Priori Posada, *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*, Lima, 2006, p. 190.

⁷Giovanni Priori Posada, [supra nota 6], pp. 188-189.

⁸Adolfo Alvarado Velloso, *Las cautelas procesales*, Editorial San Marcos EIRL, Lima, p. 105.

vez más, el precitado art. 637 del CPC a lo que es su redacción vigente; se estableció una modificación, que como explicaremos posteriormente, resulta loable a medias; se dispuso que la medida cautelar debe dictarse y ejecutarse sin conocimiento de la parte afectada, quien tiene derecho a presentar oposición ante el mismo juez⁹, de esta manera, se dejó a salvo el derecho de doble instancia del afectado, regresando al trámite cautelar dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles de 1912 [al nuevamente establecer que la oposición se interpone ante el juez que dictó la medida cautelar, en el entendido que la resolución que resuelve la oposición es apelable].

Como es evidente, tras 100 años de modificaciones, el trámite cautelar en el fuero civil regresó a la antigua redacción del art. 241 del Código de Procedimientos Civiles. En efecto, en contraste con la evolución permanente del resto de instituciones jurídicas, el trámite cautelar sufrió una parálisis en su desarrollo por más de cien años.

No obstante, sería ingenuo pensar que aquella [ya histórica] regulación resultaba adecuada, pues nos atreveremos a demostrar, que a pesar de todas las modificaciones señaladas, el art. 637 del CPC aún sufre de serios defectos, peor aún, puede ser considerado como inconstitucional.

Restricción del derecho de defensa ¿Desproporcional o innecesaria?

Distintos doctrinarios afirman que lo dispuesto por el vigente art. 637 del CPC, en cuanto se refiere a que la medida cautelar se concede o rechaza sin conocimiento del afectado resulta desproporcional¹⁰, como el propio tratadista Giovanni Priori, quien indica que sólo en aquellos casos en los que nos encontremos en una situación de urgencia tal, que se haga imposible esperar el tiempo necesario para que la contraparte ejerza su derecho de defensa, o en todo caso, en aquellos supuestos en los que de ejercerlo, se generaría una situación de irreparabilidad en el derecho material, sería legítimo que la medida se dicte inaudita *et altera pars*, sin audiencia de la parte

⁹Eugenia Ariano Deho, *Estudios sobre la tutela cautelar*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 250-251.

¹⁰Giovanni Priori Posada, [supra nota 6], p. 187.

contraria.¹¹ De igual forma, el jurista Fazzalari señala que únicamente es legítima la suspensión del derecho de defensa del afectado cuando se evita la producción de una situación mucho más gravosa¹².

En la misma postura, diversos juristas afirman que toda restricción a los derechos fundamentales debe ser proporcional¹³, como por ejemplo el tratadista Royer Alexi quien indica que "la proporcionalidad en sentido estricto busca impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios¹⁴". De forma mucho más amplia, incluso el máximo intérprete de derechos humanos a nivel interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el análisis de situaciones de conflictos de derechos fundamentales, ha utilizado el llamado "test de proporcionalidad", que a su juicio tiene cuatro elementos: el fin legítimo, la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en el sentido estricto¹⁵.

Sin duda alguna, ordenar una medida cautelar sin conocimiento de la parte afectada restringe un derecho fundamental: el derecho de defensa [consagrado en el inciso 14 del art. 139 de la Constitución Política de 1993]. Por lo que para analizar la legitimidad de esta restricción, corresponde aplicar el llamado "test de proporcionalidad".

- **Ideoneidad:** hace referencia a la adecuación normativa, es decir, exige que la medida esté configurada específicamente para restringir el derecho fundamental¹⁶. En efecto, mediante el art. 637 del CPC, se ha configurado expresamente que las medidas cautelares se otorgan sin conocimiento del afectado, por lo que la restricción es idónea.

- **Fin legítimo:** como bien señala el precitado jurista Monroy Palacios, la restricción analizada pretende

¹¹Giovanni Priori Posada, [supra nota 6], p. 186.

¹²Elio Fazzalari, *Instituciones del debido proceso*, octava edición, DEDAM, 1996, p. 198.

¹³Luis Prieto Sanchis, *La limitación de los derechos fundamentales*, Pensamiento constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 78.

¹⁴Royer Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 149.

¹⁵Corte IDH, *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 17 de abril de 2015, Serie C, núm. 292, párrafo 265.

¹⁶Corte IDH, *Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C, núm. 275, párrafos 206 - 220.

impedir la mala fe del afectado por la medida cautelar, ya que en la praxis judicial, es frecuente que se recurran a conductas maliciosas o artificios jurídicos para frustrar la ejecución de la medida¹⁷, por lo que el fin legítimo de la restricción del art. 637 del CPC sería: la seguridad jurídica y la eficacia jurisdiccional.

- Proporcionalidad en sentido estricto: se refiere a que el bien jurídico que pretende protegerse debe ser de igual o mayor valor que el bien jurídico restringido¹⁸, en el análisis que nos avoca, se evidencia que los fines perseguidos: eficacia jurisdiccional y seguridad jurídica, son por lo menos de igual relevancia que los bienes jurídicos restringidos: el derecho de defensa y en general el debido proceso; por lo que contrario a lo esbozado por el tratadista Giovanni Priori, consideramos que tal restricción si es proporcional [estrictamente].

- Necesidad: implica que se escoja la medida menos gravosa dentro de un catálogo de medidas alternativas [siempre que aseguren el mismo fin]; en otras palabras, debe escogerse aquella medida que restrinja en menor medida el derecho fundamental¹⁹; en el análisis que nos avoca, podemos establecer que si bien en algunos casos, como anotaciones de demanda, embargos en forma de inscripción, etc., la medida cautelar puede ser frustrada por el conocimiento de la parte afectada; existen supuestos, como los ejemplificados a continuación, en los que dicho riesgo es inexistente.

Ocurre en las medidas de no innovar, es decir, como señalamos en otra publicación, aquellas en las que el "demandante del proceso solicita al Juez que dicte una medida destinada a conservar la situación de hecho o de derecho que pretende sea modificada mediante la interposición de su demanda"²⁰, por ejemplo, en caso la pretensión principal sea la destrucción de un edificio y la medida de no innovar se refiera a la paralización de la construcción del mismo, el conocimiento del pedido cautelar por parte del afectado no podría perjudicar la

¹⁷Juan José Monroy Palacios, [supra nota 5], p. 135.

¹⁸Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, núm. 68, párrafo 79.

¹⁹Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 170, párrafo 93.

²⁰Alfredo Lovón Sánchez, *Esquemas del proceso civil*, Adrus, cuarta edición, Arequipa, 2016, p. 212.

eficacia cautelar ya que la pretensión cautelar se refiere a un no hacer, es decir el afectado a lo mucho podría desobedecer la medida, lo cual no es un supuesto de artimaña para frustrar su ejecución, sino de incumplimiento.

De igual forma sucede con algunas medidas innovativas, por ejemplo en caso el pedido cautelar se refiera a retirar una publicación agravante en internet, no es posible que el afectado con la medida cautelar frustré la ejecución de la misma [a lo mucho podría mantener la publicación], una vez más, esto no debe confundirse con la frustración de la eficacia de la medida cautelar ya que estamos ante un supuesto de incumplimiento.

También podría ocurrir en medidas temporales sobre el fondo, por ejemplo: en un proceso de desalojo, ante el vencimiento del contrato de arrendamiento y un pedido cautelar de abandono del inmueble, el posible afectado con la medida sólo podría ejercer su defensa alegando la verosimilitud del derecho alegado, la urgencia de la medida o cualquier otro requisito de la misma; estando impedido de frustrar la eficacia de la misma mediante cualquier conducta maliciosa.

A pesar de los ejemplos citados, vemos que la regla del art. 637 del CPC es absoluta, no contempla excepciones. Es innecesaria, ya que existe una medida menos gravosa que podría perseguir el mismo fin: permitir el ejercicio del derecho de defensa del afectado [antes de la ejecución de la medida cautelar] de forma excepcional, en supuestos como los ya señalados [en los que no se pone en peligro la eficacia cautelar]. Una relativización del art. 637 del CPC.

Por lo tanto, si bien reservar el pedido cautelar del conocimiento del afectado es una medida que tiene un carácter idóneo, proporcional en el sentido estricto y persigue un fin legítimo, restringe innecesariamente el derecho de defensa de aquellas personas que son afectadas por una medida cautelar sin su conocimiento, cuando el ejercicio de este derecho no pone en peligro la eficacia jurisdiccional de tales medidas.

Para mayor certeza, cabe recurrir al ámbito constitucional y arbitral, precisando que según el art. 139, inc. 1 de la Carta Magna de 1993, los árbitros también

ejercen funciones jurisdiccionales.

En primer lugar, según el artículo 15 del Código Procesal Constitucional, las medidas cautelares se otorgan o rechazan en este fuero, sin conocimiento de la parte afectada salvo la misma tenga por objeto dejar sin efecto un acto administrativo del ámbito municipal o regional, en cuyo caso se notifica el pedido cautelar a la parte contraria²¹; como se aprecia, bajo el principio de buena fe y considerando que se trata de actos emanados de la función pública, dicha disposición presume *jure et jure* que los Gobiernos Regionales y las Municipalidades [cualquier sea el caso] no actúan de mala fe con el objetivo de impedir la ejecución de una medida cautelar.

Por tanto, evidenciamos una diferenciación subjetiva, no de materia, ya que la excepción de este art. no refiere al carácter fundamental de los derechos consagrados en la Carta Magna, si no al sujeto que realiza los actos sobre los que se pretende recaiga la medida cautelar. Lógicamente, al ser una distinción subjetiva y no de materia, dicha excepción puede aplicarse perfectamente a la regla arbitraria del art. 637 del CPC, es decir, bajo las mismas presunciones que en el fuero constitucional, podría establecerse en el fuero civil que las Municipalidades y los Gobiernos Regionales tengan conocimiento del pedido cautelar en todos los casos.

De forma mucho más evidente ocurre en el fuero arbitral, el art. 47 de la Ley General de Arbitraje establece que el pedido de medida cautelar se trasladada a la parte contraria [para el respectivo ejercicio de defensa] salvo que el conocimiento del afectado, pueda perjudicar la ejecución de la medida²². Como apreciamos, esta regla no obedece a un criterio subjetivo [contrariamente a lo que ocurre en el fuero constitucional], sino objetivo, el conocimiento de la parte afectada está condicionado a que exista o no peligro en la ejecución de la medida cautelar. De forma idéntica al fuero constitucional, la diferencia de ésta regla con lo dispuesto por el art. 637 del CPC tampoco radica en un aspecto de materia, y aún si fuera así, las diferencias entre el fuero civil y el arbitral son esencialmente formales [cláusula arbitral,

²¹Ley 28237, Código Procesal Constitucional, 2004, art. 15.

²²Ley 26572, Ley General del Arbitraje, art. 47.

carácter privado, celeridad, etc.] Consecuentemente, podemos concluir que esta disposición, de forma análoga al fuero constitucional, también podría aplicarse al trámite cautelar civil.

Por tanto, podemos concluir que en los fueros civil, constitucional y arbitral existe una profunda divergencia en lo que respecta al trámite cautelar: en el fuero civil el pedido cautelar jamás es conocido por el afectado, en el fuero constitucional es conocido sólo por las Municipalidades y los Gobiernos Regionales y en el fuero arbitral, por regla general, es siempre conocido, salvo esto implique un riesgo para la ejecución de la medida cautelar. Sin embargo, dicho antagonismo no se fundamenta en las diferencias de materia existentes en estos fueros, por el contrario, se sustentan en criterios que tendrían aplicabilidad en el fuero civil. Esta variopinta regulación del trámite cautelar no sólo genera una tremenda confusión para el litigante, si no también, demuestra una urgente necesidad de uniformizar el trámite cautelar en general.

Tenemos dos posibles soluciones, modificar el art. 637 del CPC en un sentido análogo al art. 47 de la Ley General de Arbitraje, esto es establecer que la parte afectada por la medida cautelar pueda ejercer su derecho de defensa salvo en situaciones objetivas en las que su conocimiento ponga en riesgo la eficacia tutelar, o de otra forma, modificar el mismo art. tipificando en números *clausus* las situaciones mediante las cuales el conocimiento del afectado no perjudica la ejecución de la medida cautelar.

Teniendo en cuenta que la suspensión del derecho de defensa debe ser interpretada de la forma más restrictiva posible, esto es, caso por caso²³, nos inclinamos por la primera opción, ya que lo dispuesto en el fuero arbitral posibilitaría que el juez civil analice detenidamente la causa en concreto, permitiría que el juez medite sobre las particularidades y matices del caso antes de restringir el derecho de defensa del afectado, resultaría más adecuado que la técnica legislativa de números *clausus*, que asume como perfecta una ley.

¿Proceso o procedimiento cautelar?

²³Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia 1091 - 2002 - HC, Lima, pp. 17-20.

"Si se acepta que el derecho procesal científico halla su exclusivo punto de partida en el concepto inconfundible y elemental de la acción procesal, caracterizada como una instancia de necesaria bilateralidad, será sencillo aceptar también que al proceso, como medio pacífico de debate dialéctico que tiene como razón de ser la total erradicación del uso de la fuerza ilegítima en una sociedad que intenta una convivencia armoniosa. No es otra cosa que una serie lógica y consecencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por una autoridad"²⁴.

De manera muy disímil, el procedimiento constituye una serie de actos predeterminados por el legislador que sirven como modelo patrón para ser reproducidos invariablemente por los interesados²⁵. De forma similar, el jurista Rolando Martel señala que el procedimiento viene a ser la forma de materializar o hacer tangibles los actos procesales que ha previsto la ley, es seguir paso a paso las reglas que ella establece para el trámite y desarrollo de cada acto procesal y, por ende, del proceso mismo²⁶.

En lo referente al presente estudio, como hemos anotado, el pedido cautelar nunca es conocido por el afectado; ello supone la inexistencia absoluta de bilateralidad, que como señala el maestro Alvarado Velloso, al posibilitar el diálogo procesal, es la esencia del proceso²⁷. Consecuentemente, impedir el derecho de defensa del afectado implica aceptar la norma procesal como suficiente, implica que el derecho se perfeccione con la solicitud unilateral del actor [característica intrínseca al procedimiento]. En conclusión, nos encontramos ante un procedimiento y no un proceso cautelar.

Sin embargo, algunos autores han considerado que cuando el afectado se apersona al procedimiento cautelar [ya sea mediante apelación] surge bilateralidad, por tanto [sostienen] el procedimiento se convierte en proceso²⁸. Al respecto podemos indicar que la posibilidad de interponer un recurso apelación no supone la instauración del

²⁴Adolfo Alvarado Velloso, *El debido proceso*, p. 552, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/29.pdf>

²⁵Adolfo Alvarado Velloso, *El debido proceso*, [supra nota 23], p. 552.

²⁶Rolando Martel Chang, [supra nota 4], pp. 62 y 63.

²⁷Adolfo Alvarado Velloso, *El debido proceso*, [supra nota 23], p. 552.

²⁸Adolfo A. Rivas, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Peruano*, Editorial Rodhas, Trujillo, 2000, p. 98.

proceso, mucho menos la conversión del procedimiento en proceso; el diálogo procesal, debe realizarse permanentemente en todas las etapas procesales con el objetivo de sintetizar una sentencia.

De modo que, interponer una impugnación al resultado final del diálogo procesal, no instaura bilateralidad, únicamente supone una impugnación a una decisión que ha sido el producto de una solicitud unilateral [que per se causa agravio]. Dicho de otra forma, la apelación no crea procesos, simplemente cuestiona la sentencia de los mismo.

De la misma postura es el jurista Monroy Galvez, quien señala que "el procedimiento cautelar no es un proceso, el proceso termina un conflicto ese es su fin, como el proceso de conocimiento, que constata una situación jurídica en conflicto, o el proceso de ejecución que busca una actuación material predominantemente sustitutiva que se imponga sobre la voluntad del incumplidor, mientras que el cautelar sólo busca asegurar la eficacia de un proceso, no soluciona nada. Por tanto no es un proceso, ya que no puede satisfacer los intereses de las partes, no resuelve una incertidumbre. No es una demanda cautelar, es un pedido cautelar, no es una sentencia cautelar es una medida o resolución cautelar"

En conclusión, podemos afirmar que el procedimiento cautelar no es un proceso. No obstante, ello no es motivo para restringir el derecho de defensa del afectado, todo lo contrario, como de forma muy reiterada ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, "las garantías del debido proceso se extienden a todo tipo de procedimientos"²⁹, en consecuencia corresponde modificar el art. 637 del CPC, permitiendo que el derecho de defensa [garantía del debido proceso] sea ejercido por el afectado cuando su conocimiento no ponga en riesgo la ejecución de la medida cautelar.

Conclusiones

- El trámite cautelar, desde el Código de Procedimientos Civiles de 1912, ha sufrido una serie de modificaciones hasta nuestros días sin que exista un palpable avance en la protección del derecho de defensa del afectado por la medida cautelar.

²⁹Tribunal Constitucional peruano, Sentencia 3122- 2012- PA, Lima, párrafo 3.3.7.

- Resulta innecesario y consecuentemente arbitrario, que se restrinja, en todos los casos, el derecho de defensa del afectado.

- Debe modificarse el art. 637 del CPC de forma análoga al art. 47 de la Ley General de Arbitraje, posibilitando el derecho de defensa del posible afectado cuando su conocimiento no perjudique la ejecución de la misma.

Bibliografía

Libros

Royer Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

Adolfo Alvarado Velloso, *Las cautelas procesales*, Editorial San Marcos EIRL, Lima.

Eugenia Ariano Deho, *Estudios sobre la tutela cautelar*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

Elio Fazzalari, *Instituciones del debido proceso*, octava edición, DEDAM, 1996.

Adolfo Rivas, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Peruano*, Editorial Rodhas, Trujillo, 2000.

Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, Editorial Civitas, segunda edición, España, 1985.

Alfredo Lovón Sánchez, *Esquemas del proceso civil*, Adrus, cuarta edición, Arequipa, 2016.

Rolando Martel Chang, *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Palestra, Lima, 2003.

Juan Monroy Gálvez, *Introducción al Proceso Civil*, Editorial Temis S.A. Bogotá, 1996, Tomo I.

Juan José Monroy Palacios, *Teoría Cautelar*, Lima, 2002.

Luis Prieto Sanchis, *La limitación de los derechos fundamentales*, Pensamiento constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Giovanni Priori Posada, *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*, Lima, 2006.

Leyes

Decreto Legislativo 2069, 28 de junio del 2008, disposiciones generales.

Ley 28237, Código Procesal Constitucional, 2004, art. 15.

Ley 26572, Ley General del Arbitraje, art. 47.

Sentencias

Tribunal Constitucional peruano.

Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia 1091 – 2002 – HC, Lima, párrafos 17 – 20.

Tribunal Constitucional peruano, Sentencia 3122-2012- PA, Lima, párrafo 3.3.7.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de abril de 2015, Serie C, núm. 292, párrafo 265.

Corte IDH, *Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013*, Serie C, núm. 275, párrafos 206-220.

Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú, Fondo, Sentencia de 16 de agosto de 2000*, Serie C, núm. 68, párrafo 79.

Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007*, Serie C, núm. 170, párrafo 93.

Webgrafía

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/29.pdf>

PROBLEMAS JURÍDICOS A PROPÓSITO DEL DEBER DE COHABITACIÓN CONYUGAL^[1]

Diego Alejandro Sánchez Cárdenas

Resumen

El deber de residir conjuntamente de los cónyuges es legítimo ya que facilita la procreación y la asistencia en común de los mismos. Dicho deber es conocido en doctrina y en legislación comparada como deber de cohabitación. Sin embargo, nuestro Código Civil lo define erróneamente en su art. 289 conceptualizándolo como "hacer vida en común" ocasionando una divergencia conceptual que desencadena enormes problemas jurídicos en perjuicio de los cónyuges y de la sociedad en general.

En el presente trabajo abordaremos de forma breve una descripción de los problemas jurídicos anteriormente señalados para después pasar a buscar alternativas de solución.

Abstract

The duty to dwell in common spouse is legitimate because it facilitates procreation and mutual assistance thereof. This duty is known in literature and in comparative law as a duty of cohabitation. But our Civil Code section 289 defines its erroneously defining as "doing life together" causing a huge conceptual difference that triggers legal problems to the detriment of spouses and society in general.

In the present work we will briefly describe a description of the legal problems mentioned above and then move on to find alternative solutions.

Palabras clave

Deber de cohabitación conyugal, asistencia en común, violación sexual en el lecho marital.

Key words

Duty of conjugal cohabitation, joint assistance, rape in the marital bed.

Sumario

Precisiones gramaticales sobre el deber de cohabitación conyugal. Naturaleza jurídica. Controversias jurídicas. Fundamentos jurídicos. La cohabitación ¿posibilita la fidelidad conyugal?, ¿es necesaria para cumplir con los fines del matrimonio?, ¿es necesaria para la asistencia común? Conclusiones. Bibliografía.

Precisiones gramaticales sobre el deber de cohabitación conyugal consagrado en el art. 289 del Código Civil peruano

El art. 289 del Código Civil peruano contiene el denominado "deber de cohabitación conyugal" el mismo que puede ser traducido como la obligación de "hacer vida en común"¹ de los consortes; así la Corte Suprema del Perú en reiterada jurisprudencia ha señalado que este concepto debe ser entendido como la plena comunidad de la vida conyugal². "Hacer vida en común" en el caso específico de los cónyuges, implica una convivencia, idealmente pacífica, que engloba aspectos afectivos, comunicativos, sociales, y como veremos más adelante, hasta sexuales.

La expresión anteriormente referida, es distinta al concepto jurídico y coloquial de la palabra "cohabitar", esta última es una contribución de los franceses al vocabulario constitucional moderno entendida como habitar juntamente con otro u otros³. El Código Napoleónico, que sirvió de modelo para muchos de los códigos civiles contemporáneos disponía que la mujer está obligada a habitar con el marido y a seguirle donde quiera que él juzgue conveniente residir.⁴ De igual manera, el maestro Joaquín Escriche, define que cohabitación es el estado de dos o más personas que viven juntas en una misma casa o la vida maridable que hacen los amancebados.⁵

Como se puede apreciar de lo anterior, la expresión "hacer vida en común" engloba indudablemente al verbo "cohabitar" ya que este último se entiende como una

¹Código Civil Peruano, aprobado por Decreto Legislativo núm. 295, 25 de julio de 1984.

²Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Civil Permanente, Sentencia del 02 de Mayo de 2002 [Expediente: 01361- 1999].

³Julia Castro de Henríquez, *El Matrimonio en el Perú, Sus Aspectos Jurídicos y Sociológicos*, Tesis de la Universidad San Martín de Porres, Lima, Perú, año 1992.

⁴Infra [nota 10]

⁵Joaquín Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1951, p. 58.

concomitancia exclusiva de residencia, y por el contrario la expresión "hacer vida en común" además de incluir la morada conjunta, contiene aspectos sociales, afectivos e incluso, en el caso de los cónyuges, aspectos sexuales.

Naturaleza jurídica del deber de cohabitación conyugal

No debe perderse de vista que el art. 289 del Código Civil consagra a la cohabitación conyugal como un "deber", en consecuencia, resulta prudente determinar cuáles son los principales alcances jurídicos de esta denominación.

Como parece a primera vista, el análisis de la noción del "deber" sigue términos morales como "correcto o incorrecto", "bueno" y "malo". Un curso de acción no es correcto porque sea nuestro deber, al contrario, es nuestro deber seguirlo porque es correcto⁶.

Lo tenemos por correcto, como señala la maestra Julia Castro, ya que creemos que incrementará la armonía en el mundo, porque al menos es lo acostumbrado, lo generalmente aprobado, o intrínsecamente adecuado.⁷

Como es sabido, uno de los efectos inmediatos del Derecho es la imposición de deberes a los sujetos a los que se dirige. El deber es, pues, un elemento central de la estructura de las normas jurídicas.⁸ Según Kelsen, el deber jurídico es algo radicalmente independiente de las motivaciones por las cuales obra el individuo que está sometido al Derecho. Deber moral y deber jurídico son dos realidades neta y completamente distintas. El deber moral implica que el sujeto obligado conoce el contenido de la norma, está de acuerdo con ella y la acepta. El deber jurídico existe independientemente de que el sujeto obligado conozca o acepte las normas, ya que éstas valen y obligan aunque el destinatario no las acepte.⁹

Como es lógico, en el mundo jurídico a cada deber le corresponde una obligación¹⁰, el derecho sería inútil si no estuviera revestido con el carácter imperativo de las

⁶Alex F. Plácido Valencia, *Derecho de Familia*, Editorial Gaceta Jurídica, II Edición, Perú, Lima. 2002, p. 56.

⁷Julia Castro de Henríquez, *El Matrimonio en el Perú, Sus Aspectos Jurídicos y Sociológicos*, Tesis de la Universidad San Martín de Porres, Lima, Perú, año 1992, p. 186.

⁸Infra [nota 17]

⁹Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Porrua, Argentina, 1982, p. 345.

¹⁰Infra [nota 17]

obligaciones¹¹.

Por lo tanto resulta evidente que en las relaciones jurídicas, el deudor tiene un deber jurídico respaldado por las obligaciones que el Derecho contempla en favor del acreedor. El deber jurídico y la obligación jurídica tienen tal trascendencia, que dotan de utilidad al Derecho.¹²

En ese sentido, ya que en el plano jurídico los deberes son exigibles con el respaldo coactivo del Derecho cabe preguntarse ¿qué exigencias jurídicas trae consigo el deber de cohabitación conyugal?

Tal cuestionamiento resulta central en nuestro estudio, ya que como definimos previamente, el verbo "cohabitar" o la expresión "hacer vida en común" traen consigo en el caso de los cónyuges, aspectos, afectivos, emocionales, e incluso sexuales.

Con lo que a primera vista podría deducirse que el "deber de cohabitación conyugal" trae consigo la potestad de un cónyuge, de exigirle al otro [con el respaldo del Derecho] "hacer vida en común" en el sentido emocional, afectivo y sexual. De confirmarse lo anterior, existirían serias consecuencias jurídicas que eventualmente pueden conducir a la impunidad en los casos de violación en el lecho marital. Todo ello será analizado a continuación.

Controversias jurídicas desatadas a propósito del "deber de cohabitación conyugal"

El gran filósofo Nietzsche sostenía "todo lo que los filósofos han venido manejando desde hace milenios fueron momias conceptuales; de su mano no salió nada real. Matan, rellenan de paja, esos señores idólatras de los conceptos"¹³ los conceptos son irrelevantes mientras no afecten la realidad del hombre y sólo merecen de especial énfasis académico cuando implican una consecuencia verificable empíricamente.

Así ocurre con los conceptos de "cohabitación" y "hacer vida en común" del art. 289 del Código Civil, que como sostuvimos de forma preliminar, pueden conllevar a la impunidad de la violación sexual dentro del lecho marital.

¹¹Infra [nota 15]

¹²Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Civil Permanente, Sentencia del 15 de Abril de 2008 [Expediente: 005079-2008].

¹³Friedrich Nietzsche, *Crepúsculo de los ídolos*, Editorial Alianza, Madrid, 1973, p. 45.

El deber de "hacer vida en común" en el caso de los cónyuges puede incluir una exigencia de mantener relaciones sexuales, que desencadena un problema bilateral, por un lado un cónyuge, con respaldo del Derecho, puede exigirle a su consorte mantener relaciones sexuales, y por otro lado, debido a la exigencia de este deber, un consorte puede sentirse obligado a mantener relaciones con su cónyuge en contra de su voluntad, afectándose los derechos constitucionales de libertad y dignidad personal.

Si tal cuestión se traslada al fuero penal, si el sujeto activo de un delito de violación sexual tipificado en el art. 170 del Código penal peruano, comete dicho delito en contra de su cónyuge, podría quedar casi automáticamente exento de responsabilidad penal según el art. 20, inc. 8, del Código penal peruano, ya que obraría "por disposición de la ley [art 289 del Código Civil], en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho [deber de cohabitación]."¹⁴

La doctrina moderna no considera que el deber de cohabitación de los cónyuges, se extienda a cumplir con el débito sexual¹⁵, por lo que el consorte que se niega a cohabitar con su pareja, no puede ser compelido por ninguna autoridad a hacerlo, porque sería denigrante y atentatorio contra los derechos humanos más elementales.¹⁶ Menos podría ser obligado por el otro consorte, siendo aquella negativa un fundamento para invocar una causal de divorcio injuria grave prevista en el inciso 4 artículo 333 de nuestro Código Civil con el objeto de poner fin al vínculo matrimonial.¹⁷

En el mismo hilo argumentativo sostiene el maestro Peralta Andia que aceptar que uno de los cónyuges pueda obligar al otro a practicar el acto sexual, sería justificar que con el matrimonio, se pasa de un estado en el cual se es titular de derechos y deberes, a un estado, en el que

¹⁴Código penal peruano, aprobado por Decreto Legislativo núm. 635, 03 de abril de 1991.

¹⁵Madrigal Martínez Pereda, *Delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995. Planteamiento general en Estudios Jurídicos*, Editada por Ministerio Fiscal, España, Madrid, 1997.

¹⁶Infra [nota 25]

¹⁷Alex F. Plácido Valencia, *Derecho de Familia*, Editorial Gaceta Jurídica, 20 Edición. Lima. 2002, pág. 341.

sólo se tiene deberes, más no derechos¹⁸. En un extremo, significaría pasar de ser un sujeto de derecho, a ser un objeto¹⁹, situación atentatoria a todas luces de la dignidad personal.

Al respecto, la legislación comparada ha consagrado en el Código penal de Argentina, art. 119²⁰ que "la violación puede ocurrir entre cónyuges cuando hay violencia o intimidación"²¹. Así también el Código penal de Chile en su art. 369 indica que "el esposo o cohabitante solo puede ser penalmente perseguido por el fiscal del ministerio público, cuando ha usado fuerza o intimidación"²². De igual manera en Costa Rica, según la ley 8589, art. 31 "se criminaliza la explotación sexual entre esposos y parejas"²³.

A diferencia de la protección especial brindada por otros países del continente, en el caso peruano, como establecimos anteriormente, existe una gran divergencia conceptual en el art. 289 de su Código Civil que puede conllevar a interpretar el deber de cohabitación conyugal de tal forma, que se perpetúe una situación de impunidad en los casos de violación sexual en el lecho marital.

Según la OEA "Perú es el país con mayor tasa de denuncia por violación sexual en los países de América del Sur, ya que por cada 100,000 habitantes existen 22.4 denuncias de violación sexual, mientras que en Bolivia dicha tasa es de 20.8, en Chile es de 20, en Ecuador es de 11.2, en Argentina es de 8.4, en Brasil es de 7.6, en Uruguay es de 6.2, en Paraguay 4 y en Colombia 3.2."²⁴

Según la Policía Nacional de Perú, entre los años 2000 y 2009 se han denunciado 60732 casos de violación sexual de los cuales el 7.5 % se dan entre cónyuges, es decir un total de 4078 denuncias, esto sin contar la cifra negra de criminalidad, que en estos casos, según el

¹⁸Javier Peralta Andía, *Derecho de Familia en el Código Civil*, Editorial Idemsa, Segunda Edición, Lima, Perú, 1995, p. 43.

¹⁹Infra [nota 25]

²⁰Ley 26.845 del Estado de Argentina.

²¹Código penal de Argentina, aprobado por Ley 11.179, 29 de marzo de 1984.

²²Código penal de Chile, aprobado por Ley 73201, 12 de noviembre 1874.

²³Código penal de Costa Rica, aprobado por Ley 4573, 04 de mayo de 1970 - Ley 8589 del Estado de Costa Rica.

²⁴OEA, Informe sobre diversidad cultural en países Latinoamericanos, 2009.

maestro Martínez Pereda multiplica varias veces la cifra de denuncias materializadas, ya que principalmente por factores de dependencia económica, prejuicios sociales, vergüenza e ignorancia, la violación sexual ocurrida en el lecho marital o bien es repudiada pero no denunciada, o bien es aceptada como normal y concebida como un derecho del consorte agresor y deber del consorte agredido.²⁵

Según Jorge Peña Torres, jefe de la Dirección Regional Sur del Instituto Nacional Penitenciario, dentro del Penal de Socabaya, Arequipa, no existe un solo condenado a pena privativa de libertad exclusivamente por la comisión del delito de violación sexual en contra de su cónyuge. Esta realidad carcelaria es plenamente concordante con la sentencia del 3166- 2002, del 24 de enero, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema que señala en su quinto considerando "el imputado [Ezequiel Quispe Flores] obro en el ejercicio legítimo del deber de cohabitación consagrado en el art. 289 del Código Civil"²⁶ por lo que se confirma la sentencia de vista, absolviéndolo del delito de violación sexual en contra de su cónyuge [Yolanda Crespo Arce], mismo criterio sigue la sentencia 0049-2005 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema que señala en su séptimo considerando "en caso de incertidumbre, según el principio constitucional de presunción de inocencia debe presumirse la inocencia del imputado [...] reforzando esta presunción con el deber de cohabitación de los cónyuges del art. 289 del Código Civil"²⁷ absolviendo finalmente al imputado. Tales criterios no son aislados, sino que han sido refrendados por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.²⁸

Como se ha evidenciado, en caso de una imputación de violación sexual en contra del cónyuge se puede invocar la causal negativa de antijuricidad consagrada como cumplimiento legítimo de un deber en el art. 20, inc. 8

²⁵Madrigal Martínez Pereda, *Delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995. Planteamiento general en Estudios Jurídicos*, Editada por Ministerio Fiscal, España, Madrid, 1997, p. 18.

²⁶Sentencia del 3166- 2002, del 24 de enero, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

²⁷Sentencia 0049- 2005 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

²⁸Sentencia de Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente de 2 de Junio de 2005 [Expediente: 000157-2004]; Sentencia de Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente de 7 de Abril del 2001 [Expediente: 000207-2001]

del Código penal²⁹, invocando el cumplimiento legítimo del deber de cohabitación conyugal.

Así, puede bastar esta alegación en respaldo por las precitadas ejecutorias de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema para absolver al imputado. Esta realidad jurídica concuerda con la actual realidad carcelaria, ya que existieron 4078 denuncias por violación sexual en el lecho marital entre los años 2000 y 2009, de las cuales ni una sola terminó en sentencia condenatoria.

Mayor problema constituye que estas 4078 denuncias en los años referidos son un número tremendamente menor a la cifra real de violaciones sexuales en lecho marital. Debido a ello, un consorte puede creer erróneamente que está en el deber de mantener relaciones sexuales con su pareja, ocasionando que cuando este se vuelve sujeto pasivo de una violación sexual, piense [aunque no erróneamente] que el ordenamiento jurídico legal ampara este hecho como aceptable, guardando de esta manera, miedo y silencio ante un Estado indiferente.

Como ya se puede adelantar, lo anterior puede ser fácilmente enmendado mediante una modificación del art. 289 del Código Civil que establezca que el deber de cohabitación debe ser entendido únicamente como "morada conjunta" y no como una obligación de "hacer vida en común". Para que la anterior sea una propuesta viable, se analizará a continuación los fundamentos jurídicos del deber de cohabitación y se determinará si concebir al mismo únicamente como "morada conjunta" afecta de alguna forma este deber marital.

Fundamentos jurídicos del deber de cohabitación

Para efectos de determinar la viabilidad de entender el concepto "cohabitar" del art. 289 del Código Civil únicamente como la residencia conjunta, es necesario confrontar las principales ópticas argumentativas respecto a los pilares del deber de cohabitación, para comprobar finalmente que, con esta propuesta tanto estos pilares como la funcionabilidad del matrimonio quedan intactos.

• La cohabitación ¿posibilita la fidelidad conyugal?

²⁹Código penal peruano, aprobado por Decreto Legislativo núm. 635, 03 de abril de 1991.

Se ha indicado que el débito sexual de los cónyuges deriva del deber de cohabitación, así la jurista Ana Calderón, indica que el hecho que los cónyuges habiten conjuntamente, posibilita que estos mantengan relaciones sexuales y consecuentemente cumplan con el fin procreador del matrimonio, posibilitando también la preservación de la fidelidad entre los mismos.³⁰

Sin embargo, lo anterior es seriamente cuestionado debido a que el deber de fidelidad implica un aspecto positivo, el derecho del cónyuge a que el otro mantenga con él relaciones sexuales y, un aspecto negativo, el deber del cónyuge de abstenerse de dichas relaciones con terceros. Entonces, el débito conyugal deriva del deber de fidelidad y no de la cohabitación.³¹

En tal sentido, se puede indicar que el deber de cohabitación correctamente entendido está alejado de la fidelidad y del débito sexual entre los cónyuges. Por lo que entender al deber de cohabitación únicamente como "residencia conjunta", no afecta la fidelidad conyugal, más aún si jurídicamente no pueden existir incentivos para la fidelidad conyugal, puesto que tales decisiones pertenecen a la esfera privada de la persona.

• La cohabitación ¿es necesaria para cumplir con los fines del matrimonio?

Cuando se afirma que la razón de ser del matrimonio es la formación de la familia, no se está aludiendo sino a la unión sexual legalmente reconocida, ya que la procreación de los hijos hace nacer una serie de deberes y obligaciones recíprocas entre los padres.³²

En este sentido, para una posición significativa de tratadistas jurídicos, el matrimonio crea una asociación entre los dos esposos, con obligaciones recíprocas cuyo objeto esencial es la creación de la familia³³. Que en el fondo, indica Melissa Estrada, no es otra cosa que la unión sexual reconocida por la ley, puesto que la procreación de

³⁰Ana Calderón de Buitrago y otros, *Manual de Derecho de Familia*, Editorial del Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia, Primera Edición, San Salvador, 1994, p. 215.

³¹Mirna Antonieta Perla Jiménez y otros, *Estudios de derecho de Familia: X Aniversario Creación de los Tribunales de Familia*, España, Madrid, 2004, p. 176.

³²María Angélica BARAHONA CRUZ, *El Matrimonio en la Nueva Normativa Familiar*, Tesis de la Universidad Católica Santa María, Arequipa, Perú, año 2006, p. 83.

³³Infra [nota 54]

los hijos crea deberes a los padres.³⁴

Ser hombre y ser mujer implican, respectivamente, la potencialidad de ser padre y madre. Es por tanto, natural al ser humano [en la medida que se trata de un ente sexuado] tender al ejercicio de la función reproductora.³⁵ El español Juan Ignacio Bañares, experto en Derecho Matrimonial, ha dicho que aceptar a alguien como mujer y esposa o como varón y marido significa a la vez decir te acepto como mujer-madre o como varón-padre.³⁶ En otras palabras, la apertura a la vida de nuevos seres humanos constituye una proyección de sí mismo y, a la vez, configura un proyecto común de vida entre los cónyuges que tiende a superarlos.³⁷

Según este sector de la doctrina, el fin supremo del matrimonio es la procreación, y en consecuencia el deber de cohabitación queda plenamente justificado ya que alude a la convivencia sexual de la pareja y encuentra su fundamento en la misma definición de matrimonio, que señala como fin supremo del mismo, la procreación. Es lo que se denomina el "débito conyugal" y se refiere al deber que pesa sobre los cónyuges de mantener relaciones sexuales entre sí.³⁸

Sin embargo, somos de la postura que para entender al matrimonio, es necesario desligarlo en dos perspectivas finalistas, por un lado el fin supremo del matrimonio, entendido como institución humana, no es otro que la felicidad recíproca, positivamente una pareja [idealmente] decide contraer nupcias por un asunto afectivo-sentimental, y negativamente los consortes deciden disolver su vínculo matrimonial por la disolución paralela de sus vínculos afectivos-sentimentales, al margen queda la procreación e incluso los hijos.³⁹ Por lo que el matri-

³⁴Melissa Estrada Bernedo, *Matrimonio como Institución*, Tesis de la Universidad Católica Santa María, Arequipa, Perú, año 2007, p. 128.

³⁵Infra [nota 33]

³⁶Miguel Ángel Zaldaña, *Los diferentes Medios de Prueba y su eficacia en el Proceso de Declaratoria Judicial de la Unión no Matrimonial en el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Arequipa, años 2000 a 2005*, Tesis de la Universidad Católica Santa María, Arequipa, Perú, año 2000, p. 32.

³⁷Juan Ignacio Bañares, *Derecho Matrimonial Canónico*, Editorial Tecnos, Pamplona, España, 1987, p. 54.

³⁸Comisión Coordinadora para el sector de Justicia, *Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia*, Tomo II, San Salvador, 1994.

³⁹Supra [nota 30]

monio [desde una perspectiva humana y filosófica] tiene como fin la felicidad recíproca, perspectiva sobre la cual, el deber de cohabitación es irrelevante para cumplir con este fin supremo.

Por otro lado desde una perspectiva jurídica, el fin de la intromisión del Derecho en el matrimonio, es dotar a esta institución legal de seguridad jurídica así como proteger en forma especial la procreación, sin embargo esta procreación no debe ser malentendida como un deber o requisito del matrimonio, ya que exigirle jurídicamente a los cónyuges procrear, atenta a todas luces contra su dignidad y libertad personal⁴⁰, dicha exigencia tampoco es real, ya que no existe Estado a nivel internacional que establezca por lo menos como requisito para la expedición de la partida de matrimonio una constancia médica de fertilidad de los cónyuges.⁴¹ El matrimonio no debe ser entendido como una institución carnal que basa su existencia únicamente en poblar el mundo, el matrimonio debe ser entendido como una institución legal que dota de seguridad jurídica a la nueva sociedad conyugal y promueve [no obliga] la procreación entre los consortes.⁴²

Kant, indica que el fin del matrimonio, que es educar y procrear a los hijos, puede ser siempre un fin que la naturaleza se ha propuesto, al dar al hombre la inclinación recíproca de los sexos; pero el hombre que se casa no está obligado, so pena de ilegitimidad en la unión, a proponerse ese fin. De otro modo, al cesar la facultad de engendrar, el matrimonio se disolvería por sí mismo de pleno derecho. En el mismo sentido dicen Collin y Capitant, que el hombre se casa por amor, pero también se casa por razonamiento, por deber. Estas uniones tienen un valor jurídico y a veces también adquieren una dignidad moral igual a la de los matrimonios por amor.⁴³

Por lo que hasta aquí se puede concluir que, si bien la procreación puede ser considerada como un fin del matrimonio, el hecho que se entienda al deber de cohabitación

⁴⁰Wilmer Humberto Marín Sánchez, *Las Uniones de Hecho en El Salvador, Historia, Elementos y su regulación en el Proyecto del Código de Familia*, San Salvador, 1994.

⁴¹Infra [nota 47]

⁴²Infra [nota 58]

⁴³Daniel Castillo, *El matrimonio*, disponible en: http://www.academia.edu/11590252/EL_MATRIMONIO

únicamente como "residencia conjunta" y no como "hacer vida en común" no afecta de forma alguna la procreación conyugal.

Es más, si quiera promover la procreación a través del deber de débito sexual entre los cónyuges, es irracional e inconstitucional ya que atenta contra la libertad y dignidad personal de los mismos. Lo que refuerza la tesis de que el deber de cohabitación conyugal, no sea entendido de una forma tan amplia como "hacer vida en común", sino únicamente como la morada conjunta entre los cónyuges.

• **La cohabitación ¿es necesaria para la asistencia común?**

El hombre es un ser que no puede realizarse sólo, motivo por el cual en el matrimonio, institución entendida básicamente como la unión entre un hombre y una mujer, resulta indispensable la asistencia en común entre los contrayentes. Sin embargo esta no sería posible si es que los consortes no habitarían simultáneamente, es imposible asistir a una persona lejana, es necesario por tanto, en la medida de lo posible, la cohabitación entre los cónyuges.⁴⁴

La asistencia en común es uno de los principales fines del matrimonio como institución jurídica, su fundamento se encuentra en la teoría de la complementación, el hombre a través del matrimonio complementa a la mujer y viceversa. Esto no quiere decir que el consorte represente una especie de herramienta conyugal, si no por el contrario un compañero que contribuirá para la realización de su homólogo.⁴⁵ La cohabitación, correctamente entendida como la morada en común de los cónyuges facilita los deberes de asistencia en común de los mismos.⁴⁶

Evidentemente, uno de los fines, tal vez el principal en el matrimonio, es la asistencia en común de los cónyuges, en este sentido la morada en común [cohabitación correctamente entendida] efectivamente facilita la cooperación de los mismos y consiguientemente facilita y posibilita el cumplimiento de uno de los fines pilares del

⁴⁴Supra [nota 6]

⁴⁵Ricardo Javier Portillo Toruño, *La Regulación de la Unión no Matrimonial en la Legislación Peruana*, Tesis de la Universidad Católica Santa María, Arequipa, Perú 1992, p. 33.

⁴⁶Supra [nota 18]

matrimonio.

Por otro lado, el "hacer vida en común" incluye desde aspectos sociales hasta sexuales, el presunto deber del "débito sexual", por citar un ejemplo, de ninguna manera facilita la asistencia común de los cónyuges. La cohabitación en efecto facilita la asistencia en común, pero el concepto de cohabitar debe ser correctamente entendido y restringido a la residencia conjuntade los consortes.

Por lo que es innecesario incorporar aspectos sexuales, culturales, sociales y afectivos para facilitar la asistencia en común entre los cónyuges, ya que de por sí, la residencia conjunta entre los cónyuges facilita la misma.

Conclusiones

- La definición de "hacer vida en común" que le atribuye el Código Civil Peruano al deber de cohabitación es incorrecta.
- La incorrecta conceptualización del deber de cohabitación del Código Civil Peruano permite que la invocación de la figura jurídica del cumplimiento legítimo del deber de cohabitación exima de responsabilidad penal al autor del delito de violación sexual en contra de su cónyuge.
- Redefinir adecuadamente el deber de cohabitación como "deber de residir conjuntamente" no afecta la procreación ni la asistencia común conyugal por lo que tal cometido no es sólo viable, sino jurídicamente recomendable.
- El deber de cohabitación correctamente entendido está alejado de la fidelidad y del débito sexual de los cónyuges y únicamente debe extenderse a la obligación conyugal relativa de residir conjuntamente.

Bibliografía

Instrumentos Internacionales

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, *Convención de Belém do Pará*, suscrita en Brasil, 9 de junio de 1994.

Leyes

Código Civil peruano, aprobado por Decreto Legislativo núm. 295, 25 de julio de 1984.

Código penal peruano, aprobado por Decreto

Legislativo núm. 635, 03 de abril de 1991.

Código penal de Argentina, aprobado por Ley 11.179, 29 de marzo de 1984.

Código penal de Chile, aprobado por Ley 73201, 12 de noviembre 1874.

Código penal de Costa Rica, aprobado por Ley 4573, 04 de mayo de 1970.

Ley 8589 del Estado de Costa Rica.

Ley 26.845 del Estado de Argentina.

Libros, revistas y enciclopedias

Juan Ignacio Bañares, *Derecho Matrimonial Canónico*, Editorial Tecnos, Pamplona, España, 1987.

Francisco Bertrand Galindo y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, tomo II, Editorial Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1992.

Bramont Arias y García Cantizano, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial San Marcos, II edición, Lima, Perú. 1996.

Ana Calderón de Buitrago y otros, *Manual de Derecho de Familia*, Editorial del Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia, Primera Edición, San Salvador, 1994.

Dino Carlos Caro Coria y Cesar San Martín Castro, *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, Editorial Grijley, I Edición, Lima, 2000.

J. Castan Tobeas, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo IV, Editorial Ferrandis, España, 2004.

Comisión Coordinadora para el sector de Justicia, *Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia*, Tomo II, San Salvador, 1994.

Rosario de Vicente Martínez, *Las consecuencias jurídicas en los delitos contra la libertad sexual*, México, marzo del 2000.

José Luís Diez Ripolles, *El derecho penal ante el sexo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

Manuel Espinoza Vásquez, *Delitos Sexuales, cuestiones médico-legales y criminológicos*", Editorial Libertad, Trujillo, 1983.

Joaquín Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1951

Enrique Fosar Benlloch, *Estudio del Derecho de Familia*, Tomo III, Barcelona, España, 1981.

César Haro Lozano, *Tratado de Derecho Penal*, Editores

Importadores, Revisada en 1997, Lima, Perú, 1996.

Immanuel Kant, *Reflexiones sobre filosofía moral*, Editorial Alianza, Argentina, 2007.

Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Porrúa, Argentina, 1982.

Luís López Guerra y otros, *Derecho Constitucional*, Volumen I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1991.

Wilmer Humberto Marín Sánchez, *Las Uniones de Hecho en El Salvador, Historia, Elementos y su regulación en el Proyecto del Código de Familia*, San Salvador, 1994.

Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1975.

Friedrich Nietzsche, *Crepúsculo de los ídolos*, Editorial Alianza, Madrid, 1973.

Raúl Peña Cabrera, *La violencia sexual: un problema de seguridad ciudadana*, Lima, Perú. 2000.

Javier Peralta Andia, *Derecho de Familia en el Código Civil*, Editorial Idemsa, Segunda Edición, Lima, Perú, 1995.

Mirna Antonieta Perla Jiménez y otros, *Estudios de derecho de Familia: X Aniversario Creación de los Tribunales de Familia*, España, Madrid, 2004.

Alex F. Plácido Valencia, *Derecho de Familia*, Editorial Gaceta Jurídica, II Edición, Perú, Lima, 2002.

Napoleón Rodríguez Ruiz, *Historia de las Instituciones Jurídicas costarricenses*, Editorial Universitaria, Costa Rica, San José, 1959.

Fidel Rojas Vargas, *Jurisprudencia penal comentada*, Tomo II, Editorial Ideosa, Madrid, España, 2005.

Ángel Sánchez de la Torre, *El derecho en la aventura Europea de la libertad*, Editorial Reus, Madrid, España, 1987.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Civil Permanente, Sentencia del 02 de Mayo de 2002 [Expediente: 01361- 1999].

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente, Sentencia del 24 de enero del 2002 [Expediente: 003166- 2002].

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Civil Permanente, Sentencia del 23 de Mayo de 2003 [Expediente: 003329-2002].

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente, Sentencia del 17 de febrero del 2005 [Expediente 0049-2005].

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Civil Transitoria, Sentencia del 30 de Junio de 2008 [Expediente: 002828-2007].

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Civil Permanente, Sentencia del 23 de Junio de 2009 [Expediente: 000335-2009].

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Civil Transitoria, Sentencia del 5 de Julio de 2012 [Expediente: 002313-2012].

*Agradezco a mis padres por su incondicional apoyo en mis emprendimientos y a mi *alma mater*, la *Universidad Católica de Santa María*, sin cuya formación académica, profesional y humanística, no podría publicar el artículo de investigación aquí expuesto.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÚ: EL CASO DE LA MAGISTRATURA

Eduardo J. Meza Flores

Resumen

En el presente trabajo se pretende abordar esencialmente la problemática que afrontan los magistrados del Poder Judicial peruano respecto a la prohibición absoluta del ejercicio de derechos humanos y fundamentales -como el de sindicación y huelga- y, primordialmente, si tal prohibición se extiende tácitamente a la negociación colectiva a pesar de la inexistencia de ley expresa que así lo disponga; resaltándose, en todo caso la obligación compensatoria o indemnizatoria por parte del Estado de considerarse la existencia de tal prohibición.

Abstrac

The present paper intends to address essentially the problems faced by the judges of the Peruvian Judicial Power, who have been absolutely prohibited from exercising fundamental human rights, such as union and strike rights, and, above all, if such a ban is tacitly extended to collective bargaining despite the absence of an express law that so provides; highlighting, in any case, the compensatory or indemnity obligation on the part of the State to consider the existence of such a prohibition.

Palabras clave

Derechos humanos. Restricción a los derechos humanos. Sindicación. Derecho a la negociación colectiva. Magistratura.

Key words

Human rights. Restriction of human rights. Syndication. Right to collective bargaining. Judiciary.

Sumario

I. Introducción. II. Derechos humanos y su relación

con los derechos laborales. 2.1. Los derechos humanos y sus restricciones. 2.2. El derecho a huelga, sindicación y negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2.3. La prohibición absoluta del ejercicio de determinados derechos fundamentales laborales a los magistrados. 2.4. El caso particular de la negociación colectiva. III. Conclusión. Bibliografía.

I. Introducción

La Constitución Política del Perú reconoce en su art. 28 que los trabajadores tienen derecho a la sindicación, negociación colectiva y huelga; cautelando su ejercicio democrático y regulando este último, para que se ejerza en armonía con el interés social, correspondiendo al Estado el determinar sus excepciones y limitaciones.

Sin embargo, cabe preguntarse si es factible que el Estado restrinja o incluso prive totalmente del ejercicio de tales derechos a un determinado grupo de trabajadores; y, de ser el caso, como deberían cautelarse derechos humanos y fundamentales relacionados con los derechos laborales colectivos que permiten la defensa de los principales derechos laborales individuales [como los remuneratorios y las condiciones de trabajo]. Al efecto consideraremos, a manera de ejemplo, el caso de la magistratura en el Perú.

II. Derechos humanos y su relación con los derechos laborales

2.1. Los derechos humanos y sus restricciones

Debemos partir precisando que no todo derecho es necesariamente un derecho humano, ya que para ser considerado como tal deben gozar de determinadas características que le brindan tal connotación y por ende, de una protección y garantías apropiadas; debiendo recordarse que la titularidad de estos derechos se basa en la dignidad humana a partir de la cual corresponde a todo individuo, no siendo factible discriminaciones sino, en casos justificados razonable y objetivamente, diferenciaciones.

Al efecto, la doctrina conviene en que existen dificultades para proponer un concepto único y universal de lo que debe entenderse por derechos humanos, por lo que, para efectos del presente, y con fines operacionales consideramos como el más apropiado el que nos brinda Pérez Luño, para quien los derechos humanos no son

sino:

*"Aquel conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"*¹.

Por su parte, se considera didácticamente a partir de hechos cronológicos, y con fines progresivos que pueden apreciarse tres generaciones de derechos humanos, siendo en la denominada segunda generación de los "derechos económicos, sociales y culturales" o "derechos positivos" –los que se caracterizan por que exigen al Estado la toma de acciones y promociones para su efectivización– que se ubica el derecho al trabajo. Es oportuno resaltar que tales derechos resultan siendo plenamente exigibles a partir de su positivización en ordenamientos jurídicos tanto nacionales como internacionales, para cuya protección existen vías jurisdiccionales internas y externas.

Sin embargo debe considerarse que estos derechos humanos también pueden ser objeto de limitaciones internas [para determinar su contenido interno como derecho] o externas [para evitar o solucionar el conflicto entre derechos de distintas personas], y en este último caso se denominan como *restricciones* las que a su vez pueden ser permanentes o temporales, teniendo como característica común que tales restricciones son facultadas por determinados convenios internacionales de derechos humanos o textos normativos, siendo solo admisible si se persigue garantizar otros derechos humanos de las demás personas:

"...Se parte de la idea de que vale la pena distinguir entre límites internos o intrínsecos y límites externo o extrínsecos de los derechos...Asimismo, se asume que con la figura de las restricciones a los derechos conviene referirse únicamente a las limitaciones extrínsecas que pueden ser impuestas caso a caso para resolver conflictos entre derechos humanos, normalmente incorporados en textos normativos. En consecuencia se postula que las restricciones a los derechos humanos nunca pueden ser absolutas, sino que, por el contrario, deben ser analizadas

¹Antonio E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991; p.46.

caso a caso a través de una ponderación, para asegurar que con ellas se den soluciones benéficas para las personas, bajo la lógica del principio pro persona"².

Las restricciones permanentes en el tiempo son determinadas por el Estado en base a la normatividad que le faculta para ello con el fin de armonizar la coexistencia pacífica de todos los derechos; debiendo ser emitida por el órgano competente constitucionalmente y observando el procedimiento pre establecido, teniendo como fuente de dicha medida la preservación del orden público y su necesidad democrática [necesidad social imperiosa, ser la menos perjudicial y proporcional]. Por su parte, las restricciones temporales se establecen momentáneamente por acontecimientos excepcionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que es factible excepcionalmente la limitación de derechos humanos, a partir de la interpretación del art. 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según la cual los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Por su parte, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo determinó que el derecho a huelga y el derecho a la negociación colectiva son derechos humanos esenciales [Convenios Internacionales del Trabajo núm. 87 y 98 respectivamente³]. Sin embargo, el Comité también señaló que el derecho a huelga puede ser materia de restricciones y hasta de prohibiciones en el caso de la función pública respecto a funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o cuando se trate de servicios estrictamente esenciales [como servicios hospitalarios, abastecimiento de agua, seguridad, por ejemplo], si tal medida causa graves perjuicios a la colectividad nacional.

2.2. El derecho a huelga, sindicación y negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

²Litiga Ole y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, *Restricciones a los derechos humanos*, 2016, p. 11.

³Al efecto, debe concordarse con el Convenio núm. 151 sobre las relaciones de trabajo en la Administración pública; el Convenio núm. 154 sobre la negociación colectiva, la Recomendación sobre las relaciones de trabajo en la administración pública y la Recomendación sobre la negociación colectiva.

El Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el Exp. núm. 0008-2005-AI/TC⁴ considera que la titularidad del derecho a huelga corresponde a los trabajadores en sentido lato, siendo apreciada ésta, como la suspensión colectiva de la actividad laboral; precisándose que la ley del régimen privado es aplicable en lo pertinente al sector público y que su ejercicio permite la "...obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales. Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores".

En cuanto a la sindicación, aprecia que el sindicato es una organización integrada por personas del mismo oficio, profesión o que trabajan en un mismo centro laboral que se unen para alcanzar objetivos como el estudio, desarrollo, protección, defensa de los derechos e intereses de sus miembros; así como el mejoramiento social, económico y moral de éstos.

Respecto a la negociación colectiva el Tribunal aprecia en la misma sentencia, que su titularidad se deriva de la propia naturaleza colectiva de la negociación, por lo que sus titulares "*deberán ser los sindicatos, las organizaciones representativas de los trabajadores o los representantes de los trabajadores*".

2.3. La prohibición absoluta del ejercicio de determinados derechos fundamentales laborales a los magistrados

Para el Tribunal Constitucional, cuando la Constitución señala en su art. 153 que los jueces están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga, determina una limitación del ejercicio de éstos derechos, aunque realmente es una prohibición absoluta de su ejercicio; consecuentemente –en esta línea– es factible en el Perú que se prohíba totalmente el ejercicio de ciertos derechos laborales fundamentales a un determinado grupo de trabajadores.

En el caso específico que nos ocupa, consideramos que los magistrados del Poder Judicial –quienes se encuentran sujetos a la Constitución, su ley de carrera y supletoriamente al D. Leg. núm. 276 y demás disposiciones

⁴<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

concordantes- realizan funciones de autoridad a nombre del Estado, por lo que el ejercicio de su derecho a huelga o de sindicalizarse puede ser suspendido o llegar a su prohibición. Pero, ello también implica que cuando se limiten tales derechos al punto de llegar a su prohibición absoluta, los trabajadores afectados "*deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compense las restricciones impuestas a su libertad de acción...*"⁵; lo que no se aplicaría a quienes se les prohibió absolutamente el derecho de huelga y sindicalización, "*en cuyo caso... deberían estar previstas las garantías apropiadas para proteger los intereses de los trabajadores*"⁶.

Como podrá observarse, en el caso planteado, no nos encontramos realmente ante una limitación o restricción externa del ejercicio del derecho a huelga y sindicación de los magistrados en el Perú; sino de una prohibición absoluta externa del ejercicio de tales derechos humanos, ya que se les impide mas no reduce en su ejercicio; en tanto estaríamos ante una limitación en el caso de la negociación colectiva al no poder ser efectuada solo a través de los sindicatos.

Pero, si bien es cierto que tales prohibiciones hallan sustento en la calidad de funcionarios públicos que ejercen autoridad en representación del Estado y en el carácter de estrictamente esencial del servicio de justicia que prestan; también lo es que, el Estado está obligado a prever las garantías necesarias para proteger los intereses y derechos conexos, así como el determinar indemnizaciones o compensaciones por la prohibición del ejercicio de los mencionados derechos, los que tienen la calidad de derechos humanos esenciales, los cuales se verían violentados de no adoptarse tales medidas compensatorias.

De manera ilustrativa, al no poder formar parte de un sindicato ni poder ejercer el derecho a huelga y además prohibírseles el derecho a la negociación colectiva implicaría que no podrían solicitar a través de tales derechos, ajustes en sus remuneraciones ni mejoras en sus condiciones de trabajo, quedando al libre y unilateral arbitrio del Estado. Ello está llevando a que las remuneraciones de

⁵Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Quinta edición [revisada], 2006, párrafos 595 y 596, p. 129.

⁶Ibidem, párrafo 601, p. 130.

los magistrados no se hayan incrementado desde el año 2002 por más de 15 años ni hayan obtenido mejores condiciones de trabajo.

2.4. El caso particular de la negociación colectiva

Como habrá podido apreciarse es factible que se prohíba absolutamente el ejercicio de derechos humanos y fundamentales de acuerdo con el art. 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como en el caso peruano cuando nuestra Constitución prohíbe que los magistrados del Poder Judicial puedan participar en política, así como de sindicarse y de declararse en huelga. Cabe señalar que en materia laboral, nuestra Constitución contiene principios constitucionales laborales, derechos laborales constitucionales individuales [libertad de trabajo, derecho al trabajo, a protección adecuada contra el despido arbitrario, a una remuneración equitativa y suficiente, a una jornada laboral no menor a 8 horas o 48 semanales y el de participación en las utilidades laborales], derechos laborales constitucionales colectivos [el derecho a la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a huelga] y derechos laborales constitucionales inespecíficos.

Al efecto se exige que tal prohibición además de tener amparo en convenios internacionales de derechos humanos se determinen, en nuestro caso, mediante disposición expresa emitida por el órgano correspondiente observando el procedimiento constitucionalmente establecido; por tanto cabe preguntarse: ¿será posible que un derecho fundamental sea prohibido absolutamente aun cuando no lo esté expresamente, a partir de la interpretación o como prohibición tácita? ¿Se encuentra expresamente prohibido el derecho fundamental a la negociación colectiva para los magistrados del Poder Judicial por el hecho de no poder sindicarse ni hacer huelga? En caso de prohibición absoluta ¿no existe obligación por el Estado de establecer mecanismos alternos para garantizar los derechos laborales individuales que se ven restringidos por la prohibición absoluta de los derechos laborales colectivos señalados en la Constitución?

En principio el Tribunal Constitucional determina que a partir de la interpretación sistemática y unitaria de la Constitución Política de 1993 el derecho a la negociación colectiva corresponde a los servidores públicos, al no

existir disposición legal expresa que lo prohíba:

141. Precisamente, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 28 y 42 de la Constitución se puede obtener el sentido interpretativo de que los empleados o servidores públicos tienen derecho a la negociación colectiva, toda vez que el primero de los artículos mencionados reconoce de manera expresa dicho derecho a todos los trabajadores, entre los que se encuentran los trabajadores públicos, mientras que el segundo no los excluye expresa o implícitamente a este grupo de trabajadores. En el mismo sentido, este Tribunal ha establecido que la ausencia de individualización semántica de este derecho en el art. 42 de la Constitución no tiene por objeto excluir de su reconocimiento a los trabajadores o servidores públicos, sino enfatizar la importancia de los derechos a la sindicalización y huelga en este grupo de trabajadores [fundamento 46 de la STC 0003-2013-P11TC]⁷.

Sobre el derecho fundamental a la negociación colectiva, nuestro Tribunal Constitucional ha determinado su importancia y su trascendencia en la promoción y concretización de los derechos laborales individuales de los servidores públicos:

147. La negociación colectiva es un derecho fundamental que reconoce a los trabajadores un haz de facultades para regular conjuntamente sus intereses en el marco de una relación laboral. En ese sentido, el empleador y las organizaciones [o los representantes de los trabajadores en los casos en que aquellas organizaciones no existan] están facultados para realizar un proceso de diálogo encaminado a lograr un acuerdo, contrato o convenio colectivo, con el objeto de mejorar, reglamentar o fijar las condiciones de trabajo y de empleo. Asimismo, la negociación colectiva es un derecho fundamental de configuración legal en la medida en que la delimitación o configuración de su contenido, las condiciones de ejercicio, así como las limitaciones o restricciones a las que este puede encontrarse sometido corresponde ser desarrollado mediante ley, conforme a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

⁷Expedientes 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC.

[...]

155. *En el mismo sentido, la Comisión de Expertos ha afirmado que el concepto de 'condiciones de trabajo o condiciones de empleo' puede abarcar temas como la jornada laboral, horas extras, periodos de descanso, ascensos, traslados, supresión de puestos, e incluso salarios y otras materias con incidencia económica [párrafos 314 y 320 del Informe de la CEACR, 2013]. Esta postura incluso ha sido reiterada al precisarse que cuando el art. 7 del Convenio 151 de la OIT se refiere "a la negociación o participación de las organizaciones de empleados públicos en la determinación de las condiciones de empleo, incluye los aspectos económicos de éstas últimas" [Informe de la CEACR, 2015, p. 136]⁸.*

Por otro lado el D.S. 010-2003-TR -que también es aplicable a los trabajadores de entidades del Estado y de empresas pertenecientes al ámbito de la Actividad Empresarial del Estado, sujetos al régimen de la actividad privada⁹ - señala taxativamente que la convención colectiva de trabajo puede ser celebrado por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados; por tanto no es exclusividad de los sindicatos:

Art. 41.- Convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores.

De acuerdo a lo expuesto, puede indicarse que no existe norma expresa que prohíba a los magistrados el derecho fundamental a la negociación colectiva y que

⁸Expedientes 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC.

⁹En la sentencia recaída en los Expedientes núms. 0003-2013, 004-2013 y 0023-2013-PI/TC, el Tribunal Constitucional exhortó al Congreso, la aprobación de la disposición que apruebe la regulación de la negociación colectiva para el sector público, a partir de la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017 y por el plazo que no podrá exceder de un año.

de admitirse esta prohibición, tendría que considerarse como una prohibición tácita o derivada, siendo que una interpretación en tal sentido afectaría el principio de reserva de ley para la limitación o prohibición de un derecho humano y fundamental; debiendo recordarse que de existir prohibiciones absolutas, el Estado está obligado de implementar medidas alternativas para garantizar los derechos vinculados que se protegían con los derechos prohibidos.

III. Conclusión

- En concordancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos es factible la limitación o exclusión en su ejercicio de determinados derechos humanos en ciertos supuestos excepcionales; lo que guarda relación con lo determinado por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT y con nuestra Constitución, respecto a los derechos de huelga, sindicación y negociación colectiva de un grupo de trabajadores, como es el caso de los magistrados del Poder Judicial.

- De una interpretación sistemática de nuestra Constitución no se aprecia prohibición expresa para que los mencionados magistrados puedan ejercer su derecho a la negociación colectiva; no pudiendo concluirse que al prohibírseles el derecho a la sindicación tácita o derivadamente se les prohíba también el de la negociación colectiva, por cuanto, como lo sostiene el Tribunal Constitucional, la negociación colectiva no se ejerce en exclusividad por los sindicatos, sino que a falta de éstos, se efectúa con los representantes elegidos y autorizados de los trabajadores [Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC]. A ello debe sumarse que los derechos fundamentales solo se limitan por ley expresa, en el caso peruano a través de ley [reserva legal]; siendo que en otros países se exige "reserva constitucional".

- Sin embargo de admitirse la posibilidad de prohibición absoluta del ejercicio de un derecho fundamental a la negociación colectiva en forma derivada o tácita, de acuerdo a lo sostenido por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, tal prohibición derivada [además de los de sindicación y huelga prohibidos expresamente]

debe conllevar la adopción de garantías necesarias para proteger debidamente los derechos e intereses relacionados directamente con la prohibición de su ejercicio, como sería el caso de los derechos individuales laborales; lo que requeriría el establecimiento de conceptos compensatorios o indemnizatorios con tal fin. La falta de adopción oportuna de tales garantías o mecanismos, generaría a posteriori la vulneración derechos humanos esenciales de los grupos laborales excluidos, pudiendo convertirse una disposición constitucional en inconstitucional como preconiza Otto Bachof¹⁰ en cuanto a su ejercicio, debiendo gozar de una protección adecuada, para que se les compense las restricciones impuestas a su libertad de acción, como señala el Comité.

Bibliografía

Litiga Ole y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, *Restricciones a los derechos humanos*, 2016.

Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Quinta edición [revisada], 2006.

Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

¹⁰Otto Bachof, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Ed. Palestra, Lima, 2010.

RECEPCIÓN DE LAS IDEAS DE BELING EN EL DERECHO PERUANO DE MEDIADOS DEL SIGLO XX¹

Julio Armaza Galdos

Resumen

Se intenta describir cómo es que el concepto de tipicidad de Ernst von Beling fue introduciéndose en el penalimo nacional después de los años 30 del siglo pasado; muy esquemáticamente, asimismo, se hace referencia de los elementos normativos y de su eventual inclusión en la sobredicha tipicidad.

Palabras clave

Incorporación de la tipicidad. Elementos descriptivos y normativos en el tipo penal.

En el centenario de la proclamación de la tipicidad, y precisamente con tal motivo, interesa traer a mientes algunas cuestiones de importancia singular: la primera, relacionada con las diversas ideas de delito que Ernst Von Beling [1866-1932] manejó según iba evolucionando su pensamiento; la segunda, con el rol que en tales concepciones desempeñó la tipicidad y, la tercera, con la forma en que se entendió a Beling durante el periodo que va de 1936 a 1955, fechas en que se publicaron las obras de Ángel Gustavo Cornejo [1875-1943], Luis Guillermo Cornejo Cuadros [1887-1959], Santiago Benites Sánchez [1903-1971], Alfredo Corso Masías [1912-2002] y Raúl Cuadros Escobedo [1914-1972]; preciso es recordar, asimismo, que las ideas del profesor de Munich fueron

¹Inicialmente publicado en la Revista Ciências penais, año 4, volumen 6, Janeiro-junho 2007, São Paulo-Brasil, pp. 35 a 40.

tempranamente explicadas por Faustino Ballvé [1887-1958]², para luego ser vertidas al español por L. Prieto Castro-J. Aguirre Cadenas [1936] y, más tarde, por Sebastián Soler [1944].

En 1889, fecha en que coincidentemente nace D. Luis Jiménez de Asúa [1889-1970], el más entusiasta difusor de la tesis belingniana en América, Beling definía el delito como una "acción antijurídica y culpable, conminada con pena". En parecido sentido, según es oportuno recordar, se pronunciaron Franz von Liszt [1851-1919], Heinrich B. Gerland y Robert von Hippel [1866-¿?], en tanto que en Perú, un lustro antes, Ricardo Heredia [¿?-1899]³ lo conceptualizaba en los términos siguientes: es un "hecho" [p. 32] a través del cual se "infringe un deber" con conocimiento [p. 32] e "intención" [p. 33] de ocasionar un "daño material" [p. 36]⁴.

El año de 1906, introdujo Beling una modificación sustancial en el concepto de delito, dejándolo definido como una "acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una sanción penal adecuada y sujeta a las condiciones de ésta". Ahora bien, la nueva posición asumida por Beling, por decirlo de algún modo, conllevaría uno de los más ardorosos y fructíferos debates del siglo pasado, no sólo por el contenido o la materia puesta en discusión y por las consecuencias que inmediatamente se derivaron, pues tan importante como eso, sin lugar a dudas, fue la ineluctable participación en tales debates de Karl Binding [1841-1920], Max Ernst Mayer [1875-1923], August Hegler, Berthol Freudental, E. Kern [1887-1972], Karl Engisch, Edmund Mezger [1883-1962] y Arthur Baumgarten, todos prominentes juristas de principios del siglo XX que allanaron el camino sobre el cual construirían sus doctrinas poco después Hellmuth von Weber, Alexander Graf zu Dohna [¿?-1944] y Hans Welzel [1905-1977].

Las críticas efectuadas a la teoría de Beling, con todo,

²En La teoría jurídica del delito según Beling, publicada en los *Anales de la Junta para la ampliación de estudios e investigaciones científicas*, tomo IX, Memoria 4a, Imprenta de Fortanet, Madrid, 1913, pp. 147 a 205.

³*Lecciones de Derecho penal*, Imp. Calle del Padre Gerónimo, Lima, 1884.

⁴A todas luces resulta claro que el profesor de San Marcos exige, como modernamente lo hace la doctrina más autorizada, la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos en la noción de delito.

no pasaron desapercibidas para el autor en mención, quien en 1930 redefiniría el delito de modo idéntico a como lo hacían los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo penal. El delito, proclamaría, es una "acción típicamente antijurídica y culpable" [con lo cual no se quiere decir que siguiese Beling la teoría de los elementos negativos del tipo, pues en algún momento, oponiéndose y tomando distancia de ella, escribiría⁵: <hay acciones adecuadas al delito-tipo que no son antijurídicas —por ejm., la muerte de un hombre en legítima defensa— y acciones antijurídicas que no se adecuan a un tipo>].

En suma: en un primer momento no pudo darse cuenta Beling que la tipicidad debía ser acoplada como elemento sustancial al concepto de delito; sus apenas 23 años de edad —que en efecto tal edad tenía hacia 1889—, no le dieron tiempo para concebir la genial idea que más tarde revolucionaría la ciencia de los delitos y de las penas; a un momento posterior, sin embargo, correspondería testimoniar el que probablemente sea el más auténtico aporte a la teoría del delito de la centuria pasada. Beling, a la sazón con 40 años de edad y en el decurso del año de 1906, se abriría paso hacia la que sin lugar a dudas sería su consagración definitiva como dogmático potísimo y original. El tercer y último periodo, en fin, lo marca el año de 1930, fecha en que, de consuno, aparece la 11ª edición de su *Grundzüge des Strafrechts* y, dentro de ella, el nuevo y definitivo concepto de delito del innovador y proteico jurista alemán.

Resulta comprensible, con lo dicho hasta aquí, que el fomes de la discusión en la Alemania de los primeros años del siglo XX se haya enteramente debido a Beling, pues la proclamación de la tipicidad como elemento del delito hecha por él en 1906, dio inmediatamente lugar para que se debatiese sobre la conveniencia de incluir elementos subjetivos y normativos en el "supuesto de hecho" [*Tatbestand*] y, asimismo, para que tales controversias girasen en torno a las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad. En efecto, Beling defendía un concepto objetivo de tipicidad, entendiendo por tal el mero encuadramiento de la parte externa de la conducta con la descripción hecha por el legislador en el precepto

⁵*Esquema de Derecho penal*, traducción de Sebastián Soler, Editorial Depalma, Bs. As., 1944, p. 55.

de la ley⁶; sus oponentes H. A. Fischer, August Hegler y Max Ernst Mayer, en cambio, sostenían que en los tipos penales bien podrían incluirse también elementos subjetivos [como el *animus furandi* en el hurto, y el *animus injuriandi* en alguno de los atentados contra el honor].

Suele indicarse, de otro lado, que Beling rechazaba la presencia de elementos normativos en el tipo penal⁷; las frases copiadas enseguida, sin embargo, ponen en duda dicha aseveración: puede el legislador, decía el insigne autor alemán, "emplear también *conceptos particulares jurídico-normativos*"; en cuanto tales concurran, prosigue, se tornan y deben ser considerados como "elementos normativos del delito-tipo". Ahora bien, las frases transcritas son rematadas por el propio profesor de Munich con los rotundos términos siguientes: dichos elementos normativos, sin embargo, "sólo tienen [...] una función meramente descriptiva"⁸. Acaso abone a favor de la interpretación que se hace en el texto, lo consignado por el profesor Zaffaroni en sus "Notas sobre <Causalismo y finalismo en Derecho penal>, de Eduardo Novoa Monreal", aparecidas en la revista "Doctrina penal", año 4, núms. 13 a 16, Buenos Aires, 1981, p. 355, nota 3: "Es bastante dudoso que la total independencia valorativa del tipo sea la tesis de Beling de 1906. Beling combatía la teoría de Frank [elementos negativos del tipo], pero nunca, al menos expresamente, sostuvo la absoluta falta de color valorativo. Beling reconocía que la punibilidad sin el efectivo requerimiento legal expreso de la antijuridicidad, era un indicio de que había una norma que hacía que esa conducta fuese por lo general antijurídica. La acromaticidad valorativa total del tipo, más bien parece pertenecer a los seguidores de Beling".

Pero bien, concebir y ubicar la tipicidad entre la acción y la antijuridicidad, según se verá enseguida, reportó suma utilidad; permitió, por un lado, centrar entre dicho intersticio algunos componentes hasta entonces caracterizados por su errabundez [el sujeto pasivo, el autor, los medios, el lugar de la comisión del delito, el

⁶El "delito-tipo, decía, sólo puede ser copia de un hecho externo sin referencia a lo interno del actor". Cfr. Ernst von Beling, *Esquema de Derecho penal*, p. 53.

⁷Así lo señala, entre otros, Claus Roxin, *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña *et alii*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1997, p. 279.

⁸*Esquema de Derecho penal*, pp. 55 y 56.

resultado y, entre otros, el nexo de causalidad] y, por otra parte, roboró el valor del principio *nullum crimen sine lege*. Ha servido, por último, para que Beling diera al delito una más meditada articulación asignando al tipo penal —y exclusivamente a él—, los componentes objetivos, a la antijuridicidad los normativos⁹ y a la culpabilidad, por último, los subjetivos¹⁰.

La presencia de la tipicidad dentro del concepto del delito, por último, sirvió para que se plantease un problema acuciante y de consecuencias significativamente dispares a la hora de decidir si entre el supuesto de hecho y la antijuridicidad debía existir una relación tan estrecha que permita tener como algo indiscutible el que la mera comprobación de la tipicidad, sin más, acreditaba la antijuridicidad de una conducta [teoría de la *ratio essendi*] o si, por el contrario, tal supuesto de hecho era simplemente un indicio de antijuridicidad [teoría de la *ratio cognoscendi*]. Quienes —a partir de la genial creación de Beling [1906]— defendieron la idea de que la tipicidad confundía la antijuridicidad, dieron por hecho que toda acción típica, por simplemente serla, era o debía ser además antijurídica; a las causas de justificación, por otra parte, se las reputaba como elementos negativos del tipo y por ende, el ocasionamiento de la muerte en legítima defensa, para este sector de la teoría jurídica, tenía que ser percibido como un hecho atípico. Al vincularse con tan denodado ahinco la tipicidad a la antijuridicidad, buena parte del penalismo alemán de principios del siglo XX llegó incluso a definir el delito como una "acción típicamente antijurídica y culpable".

Veamos a continuación, para dar término a estas notas, cómo es que la impronta dejada por Beling puede ser rastreada en el país a través de la lectura de la ya casi olvidada obra de nuestro eximio Ángel Gustavo Cornejo,

⁹Acaso el párrafo anterior del texto, sin embargo, sirva para probar que pudo Beling aceptar ocasionalmente la presencia de elementos normativos en el tipo.

¹⁰En 1931, sobre tal base, distinguiría Jiménez de Asúa entre tipos normales y anormales. Aquéllos, según criterio del profesor español, carecerán de elementos subjetivos y normativos, en tanto que en éstos, sucederá lo contrario. Cfr. *Problemas de Derecho penal. Doctrina técnica del delito. Dolor y ceguera. Estado peligroso* [Conferencias pronunciadas en la Universidad del Litoral, República Argentina], Instituto Social de la Universidad Nacional del Litoral, República Argentina, 1931, p. 24 y, "La teoría jurídica del delito. Discurso inaugural del curso universitario de 1931-1932", Imprenta Colonial, Estrada Hermanos, Madrid, 1931, p. 39.

quien además de concebir el delito como una "acción típica, culpable y dañosa"¹¹, se preocupó por diferenciar cada uno de los componentes de la infracción penal: "el tipo, apuntaba el autor en cita, es cosa distinta de la antijuridicidad y de la culpabilidad"¹². No es de extrañar, a su vez, que defendiese Cornejo la idea de que únicamente en los llamados tipos anómalos se vea obligado el legislador a incluir elementos normativos y subjetivos, pues un tipo correctamente construido, a su criterio, debía hallarse exento de la presencia de tales componentes [con lo cual, al parecer, resulta Cornejo siguiendo a Jiménez de Asúa, quien un lustro antes postuló igual pensamiento]. Pero no fue sino en 1943 en que nuevamente un penalista nacional echó mano a la tipicidad para definir el delito como "todo acto típico, antijurídico, imputable y culpable"; tal estudioso del Derecho, preciso es recordarlo, fue el también arequipeño Luis Guillermo Cornejo Cuadros¹³, a la sazón catedrático de Derecho penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y autor, entre otras obras, de "La punición del abandono de familia como medio de defender y mejorar el capital humano", ensayo en el que precisamente se vale y utiliza el elemento descubierto 37 años antes por Beling¹⁴.

La teoría del tipo penal, en fin, fue después aceptada por Santiago Benites Sánchez, Alfredo Corso Masías y Raúl Cuadros Escobedo, autores de obras penales ampliamente difundidas y no menos utilizadas por los estudiosos y operadores judiciales de los años cincuenta del siglo recientemente expirado. En efecto, al primero de los citados corresponde la siguiente definición: "El delito es un hecho [humano] típico [esto es, objetivamente corresponde a lo descrito in abstracto por la ley], contrario al Derecho, imputable a título de dolo o culpa y al que la ley contrapone una pena [en sentido estricto]

¹¹Ángel Gustavo Cornejo, *Parte general del Derecho penal. Síntesis de las lecciones dictadas en la cátedra de la Universidad de San Marcos*, tomo I, Librería e Imprenta de Domingo Miranda, Lima, 1936, p. 132.

¹²Ibidem.

¹³Sobre este autor cfr. Luis Jiménez de Asúa, *El Derecho penal en la República del Perú*, Valladolid, Talleres Tipográficos "Cuesta", 1926, p. 26.

¹⁴El trabajo de Luis Guillermo Cornejo Cuadros apareció publicado en el libro misceláneo en el que se compendieron las Ponencias presentadas en la Segunda Jornada Peruana de Eugenesia celebrada en Lima del 20 al 29 de mayo de 1943, Imprenta LUX, Lima, 1944, pp. 273 a 283.

como sanción específica"¹⁵. No puede pasar desapercibida la preocupación de Benites Sánchez por raer todo elementos subjetivo de la tipicidad, adjudicando a la culpabilidad, según se aprecia, los componentes de dicha índole [lo cual es enteramente significativo tanto para entender y dar por hecho que la influencia de Beling es evidente, cuanto para recordar que era la tercera ocasión que apareció utilizándose en el país el elemento tipicidad por un penalista peruano].

Alfredo Corso Masías y Raúl Cuadros Escobedo, al redactar el párrafo que a continuación no podemos dejar de transcribir, confunden el tipo con la ley: "El tipo es la previsión y conminación que establece el legislador"¹⁶. Es de advertir que para el creador de la tipicidad las diferencias entre ley y tipo eran palmarias y no se le hubiese ocurrido reputar que la parte punitiva de la ley fuese a su vez parte del *Tatbestand* o supuesto de hecho. El mal entendido en que incurren Corso y Cuadros, en este punto, es sin lugar a dudas inocultable.

Si entre 1936 a 1955 se entendía y citaba a Beling en el país como se lo indica en el texto, no ocurría lo mismo en Brasil, donde todavía hacia 1943 Antônio José da Costa e Silva reputaba a la tipicidad como un elemento superfluo¹⁷. Cosa parecida acaecía en Chile, pues en las "Nociones generales de Derecho penal" de Pedro Ortiz Muñoz [1933], continuaba definiéndose el delito como "un hecho ilícito y culpable", aunque el propio Ortiz —familiarizado con la categoría belingniana de la tipicidad—, hiciese oportunas menciones y referencias a la "encuadrabilidad" [p. 73] de la conducta ilícita y reprochable. Rafael Fontecilla Riquelme, por su parte, manejó con sumo rigor el concepto de tipicidad en su "Geheimer Rat Dr. Ernst von Beling" publicado en los Anales de la Universidad de Chile de 1933 y, después, en el "Derecho procesal penal" [1943] difundido bajo el sello editorial "El Imparcial" de

¹⁵Santiago Benites Sánchez, *Derecho penal peruano. Comentarios a la parte general y Parte especial del Código penal*, Lima, 1952, p. 57.

¹⁶Alfredo Corso Masías y Raúl Cuadros Escobedo, *El delito, el proceso y la pena*, vol. I, Arequipa, 1955, p. 272.

¹⁷El pensamiento del antiguo profesor de Derecho penal de la Universidad de São Paulo lo conocimos tras la lectura del trabajo inédito que gentilmente nos proporcionó el gran penalista carioca NILO BATISTA, quien prepara el volumen segundo del *Direito penal brasileiro* de Zaffaroni/Batista/Alagia/Slokar que saldrá a luz próximamente.

Santiago de Chile; en Argentina, a su turno, hicieron lo propio Sebastián Soler [1940]¹⁸ Jorge Frías Caballero¹⁹ y Juan P. Ramos [1948]²⁰ y Enrique Ramos Mejía²¹, autores de precipuas y meditadosísimas obras penales. Es de sospechar que en Cuba Francisco Carone Dede se haya valido de la tipicidad para explicar la teoría jurídica del delito en su "Derecho penal", "copias estenográficas de clase" [1949-1950] de que hace referencia Jiménez de Asúa²², en tanto que en México, manejaron con fluidez tal categoría jurídica Raúl Carrancá y Trujillo [1937], Emilio Pardo Aspe [1940] y Ricardo Franco Guzmán [1950]²³.

¹⁸*Derecho penal argentino*, tomo I, Editorial "El Ateneo", Buenos Aires [un volumen de 398 pp.].

¹⁹*El concepto jurídico del delito y otras cuestiones*, en "La Ley", edición del 22/6/1945, Buenos Aires.

²⁰*Curso de Derecho penal*, tomo I, tercera Edición, Buenos Aires, Editorial Jurídica Argentina.

²¹*Estudios de Derecho penal*, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1947, p. 77.

²²*El Criminalista*, Tomo X, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, p. 88.

²³Del primero cfr. *Derecho penal mexicano*, primera edición; del segundo, *Eugenio Florian, Homenaje*, pp. 229-230; del último, *Delito e injusto. Formación del concepto de antijuridicidad*, México, edición del autor, 1950.

Reseñas bibliográficas

Dei Delitti e delle Pene. Fac-símil de la edición príncipe de 1764, con unas Cartas de Cesare a su hija Giulia, traducidas y anotadas por Julio Armaza Galdos, Ed. Pangea, Arequipa, 2016, 203 pp.

Reemprendo una tarea que hace ya muchos años calificué como mi segundo oficio y que hace unos pocos, debí rectificar a mi único oficio, es el caso que al recibir este libro como obsequio, de su traductor y anotador, el eminente penalista peruano, profesor Julio Armaza Galdos, no pude dejar de reincidir en la reseña, no sólo por el valor en sí de la obra que lo tiene en grado sumo, sino para resaltar la importancia de no tener restringidas o reducidas, las relaciones internacionales bilaterales, entre las Repúblicas de Perú y de Chile, como es uso decir ahora a cuerdas separadas, entre las políticas y las económicas, como si fuesen las únicas dimensiones o factores posibles, dignos de ser valorados positivamente, este libro demuestra que la vinculación cultural también es de subido valor.

Pues, efectivamente, el libro a cuyo comentario me aboco, es una obra de cultura, en su sentido propio y se divide, en: Una *Advertencia*, del traductor y ano-

tador que es en realidad un preludeo que nos introduce al sentido del libro, particularmente a las 27 Cartas de Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, dirigidas a su hija Giulia, explica cómo estas llegaron a tierras peruanas, siendo parte del equipaje de Giuseppe Rossi y Rubi, el año de 1786, traídas con el propósito de darlas a la imprenta en América, en el momento que fuera propicio el que nunca llegó, pues apenas arribado a Perú, en el mismo año de 1786 en Lima un Index de libros prohibidos que incluía las obras de La Mettrie, Mirabeau, Voltaire, Rousseau y, entre otras, las Marmontel, más la circunstancia que Beccaria estuviese vinculado a la Ilustración francesa, disuadieron a Rossi, de siquiera intentar publicar las cartas del noble milanés.

Nos informa que siendo este epistolario de 1785, el marqués tenía 47 años y así entonces entre la edición príncipe de su célebre obra, sobre los delitos y las penas, medió un lapso de 21 años con estas cartas y su tenor demuestra paladinamente que su combatividad no había decrecido, como lo indican sus biógrafos y también con maledicencia y menosprecio, lo señalan

los hermanos Alessandro y Pietro Verri.

Nos alerta el traductor y anotador de las cartas que, todo lo escrito en ella por Beccaria, fue razonado y da forma a una visión de la cuestión criminal más humana; y, que no faltarán algunos que estimen defectuosa su mirada, por mostrarnos el estado de cosas imperante, en su más puro estado de desnudez, sin embargo, la naturaleza de las cartas no admitía a la materia tratada, serlo con disimulo y sólo la franca llaneza era la apropiada.

Luego un largo esborzo con los rasgos y características del Derecho penal del Antiguo régimen, no diferenciado del Derecho procesal penal, v. gr., las penas se imponían sin sujeción al principio de igualdad, sin prever máximos y mínimos a las penas privativas de la libertad, quedando al arbitrio del juez la duración de la misma, se fomentaba la delación entre los partícipes y un largo etcétera y que el traductor y anotador, las enumera en nuestro mundo de cultura como logros alcanzados y que a mí me pareció en una primera lectura que bien podían ser tomados de ejemplos, por los sectores más reaccionarios, para ser

reimplantados en el Chile de paz ciudadana y por algún primer mandatario que aspira a la reelección que peroraba en contra de la "puerta giratoria" de los tribunales garantistas, añorando las puertas de "salidas falsas", de nuestros antiguos Juzgados del crimen inquisitivos, en que la investigación, la acusación y la decisión, la ejercían en forma concentrada, donde se otorgaban libertades a inculpados, para que fueran nuevamente detenidos y sometidos a apremios ilegítimos por la policía, por lo que frecuentemente los presuntos delincuentes se autoinferían graves heridas, antes de salir del tribunal, para no caer en manos de los policías y ser, en cambio, trasladados a centros de salud hospitalarios.

Primera Parte. Cartas de Cesare Beccaria a su hija Giulia: se trata de veintisiete cartas, que remite desde Milán, entre el 6 de enero y el 1 de diciembre de 1785, de estas escogitaré para comentar las siguientes: *La primera carta* fechada en Milán el 6 de enero de 1785, en la que responde a su hija sobre su pedido de saber su pensamiento, respecto al sistema criminal, manifestando en el primer párrafo: *Una de las*

construcciones más aberrantes y crueles es el sistema criminal; mantenerlo, como se lo mantiene, cuesta a los gobiernos millonarias sumas de dinero que bien podrían utilizarse en obras menos grotescas, envilecedoras, humillantes y vergonzosas.

No deja de ser llamativo el que su primer argumento para su reforma profunda sea de orden crematístico y no apele a consideraciones humanitarias, liberales y de razón, sin embargo, si reparamos en lo que ya nos había hecho notar a otro propósito, el anotador y el traductor, el lapso de 21 años entre la edición de su magna obra y la data de sus cartas, es posible comprender su llamado a los costos económicos del sistema, pretiriendo los otros que efectos mayores no habían tenido; y, no deja de ser esto sugestivo y llevarnos a abrigar esperanzas, en una reforma seria y profunda a nuestro propio actual régimen penal y penitenciario, la noticia reciente sobre el aumento del costo de la administración de las cárceles en el periodo 2010-2014 de un 0,33% y *Sobre los ingresos perdidos para el país ante la inactividad de los encarcelados, Chile también tiene una de las cifras más elevadas, con un promedio de un 0,24% entre 2.010 y 2.014. Así el BID que el hecho*

de que el país menos violento de la región tenga una de las pérdidas más elevadas abre la interrogante sobre la eficiencia de la política penitenciaria de Chile.

Sumando estas dos variables, el costo global alcanza 0,57% del Producto Interno Bruto, el cuarto país con el mayor porcentaje de toda la región. ["El Mercurio", de Santiago de Chile, viernes, 3 de febrero de 2017, p. C-6]. Este artículo que en parte antes transcribo, se había destacado en la portada del diario, con el título: "Costo de delincuencia en Chile llega a \$410 mil per cápita anuales, la cuarta mayor cifra en A. Latina".

La tercera de 16 de marzo de 1785, en que respondiendo a su hija quien le manifiesta su opinión que el ejercicio de la judicatura insensibiliza a los magistrados, el no concuerda, aunque si conviene con ella, en que el juez que una y otra vez aplica la pena capital o el encierro carcelario sí se insensibiliza, pero que de allí todos los magistrados sean indolentes ve una distancia sideral; y, enseguida, se explaya en los ejemplos de cinco jueces, de: Nápoles, Génova, Piamonte, Venecia y Bruselas.

Tengo par a mí que esta carta fue conocida por

Piero Calamandrei, gran admirador de Beccaria, para inspirarle su célebre libro *Elogio de los jueces*, pues la verdad que el espíritu humanitario de seres libres y de razón, se transmite como una cadena por los siglos. Beccaria, termina esta carta razonando: *La solución de los conflictos criminales, no está en la dureza de las leyes sino, más bien, en la aplicación equilibrada, humana y expedita de las mismas.*

La novena de 20 de julio de 1785, responde al deseo de su hija de conocer su pensamiento sobre el procedimiento criminal, diciendo: *Participar en un acto judicial, en cualquiera de los roles posibles [testigo, perito, juez, abogado o fiscal], requiere cumplir un ritual que con los años será visto como meramente teatral, huero y tragicómico.* Luego esboza el perfil de los intervinientes, como es uso decir ahora, al socaire de nuestro Código procesal penal vigente: el magistrado, el abogado, el fiscal y el indagado. Lo cierto es que la descripción que hace de cada uno de éstos, no estaría muy alejada de nuestro juicio oral y lo que es peor, podría ser más acusada en sus defectos, entre otras cosas, por la mala influencia que han ejercido, por decenios, en nuestro medio

las series de televisión norteamericanas y, sobre todo, la no muy buena docencia universitaria en Derecho penal y procesal penal.

La carta vigésima séptima y última, fechada también en Milán, el 1 de diciembre de 1785, del epistolario que traducido se incluye en el libro en comentario, se refiere a la figura del Juez Canaletto y especialmente la forma en que éste se alejó de la magistratura, según dice le fuera referida por Horacio el hijo menor del juez: *Durante algunos meses, después de haber sido impuesta la pena de muerte al blasfemo Pompeo, continuó Canaletto enviando a prisión a quienes según ley merecían la aplicación de esa pena; pero un buen día, por causas no bien conocidas, intentó experimentar, en carne propia, cómo es que se avenían los presos y, de incógnito, se aventuró a vivir con ellos. Inicialmente, según el plan que para el efecto se trazó, debió acompañarlos durante un mes, pero en menos de diez días –fácil es barruntar los motivos–, salió despavorido, molido a palos por los celadores, más andrajoso que cuando ingresó [lo hizo por cierto, disfrazado de mendigo], con la piel pegada a los huesos y, lo que es peor, cogido por la fiebre de prisiones, desde entonces, no dudó en oponer **conscientia repugnantia** contra el encierro*

compulsivo.

Su renuencia a aplicar penas privativas de libertad fue cuestionada por jefaturas gubernamentales y especialmente por las más altas jerarquías judiciales, a las que trató de tranquilizar con poderosos argumentos, no logrando su propósito de persuadirlos, decidió su retiro, como el Cándido de Voltaire, a una pequeña finca. De allí Beccaria exalta la figura del juez Canaletto, diciendo: *...allí, junto a su familia, dejó transcurrir los últimos años de una vida que por su fecundidad, cualquier hombre de buen corazón desearía haber transitado.*

No exagero si afirmo, como deseo hacerlo, que en el palmarés de los jueces criteriosos y buenos, junto al rey Salomón—de cuyos famosos fallos dan puntual cuenta las Sagradas Escrituras—, cabe agregar el nombre del magnánimo Canaletto. Apreciación de la que disiente su traductor y anotador, en los siguientes términos en la nota 42: Sin duda aquí Beccaria exagera, pues no es enteramente fértil la vida de quien dispone la aplicación de la pena capital. Para decirlo de otro modo habiendo sido en principio loable y ejemplar el arrepentimiento de Canaletto, la muerte de Pompeo, quiérase o no, maculó su trayectoria.

Lo cierto es que en esto

estoy más de acuerdo con Beccaria en su admiración por Canaletto, por varias razones: Una, por la entidad y gravedad del delito de blasfemia, a la época en que fue condenado Pompeo a la pena de muerte, como bien lo recuerda en nota del propio Beccaria: *...sin reparar en el sentido de sus palabras deslizó en público la idea de que Cristo no pudo haber muerto en la cruz; adujo para demostrar su aseveración, el carácter divino del Redentor. <<La inmortalidad sostenía es un atributo de la divinidad>>. No contento con ello repartió unos volantes con el siguiente contenido: <<La muerte de nuestro señor Jesucristo es, se mire por donde se mire la cuestión, más aparente que real>>.*

Dos, porque el abolicionismo absoluto muy deseable, por el que se debe luchar sin cesar por alcanzar en plenitud, debe ponderarse con los efectos deletéreos que su derogación inopinada tiene dentro de nuestras sociedades, en la que policías denominadas de "gatillo fácil" ejecutan delincuentes y en que legisladores aumentan presunciones de legítima defensa, desfigurando esta institución, hasta lo irreconocible, ante esta realidad, pareciera que antes de su derogación, sin que se me tilde de

mortícola es preferible que se mantenga y su imposición sea el resultado de un debido proceso.

Y, la tercera, como se me enseñó por mi maestro que todo debe decirse, en un país como el mío, en que un Ministro de Corte de Apelaciones que condenó al patíbulo a los denominados psicópatas de Viña del Mar, miembros del Colegio de Abogados de Valparaíso, hicieron circular, no ha mucho, entre los colegiados una lista de apoyo, para que fuera designado en el Tribunal Supremo; y, otro que siendo Presidente de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, asistió a la ejecución y al ser interrogado más tarde por la prensa, sobre su impresión sobre los fusilamientos, manifestó que se había mantenido imperturbable e inmovible, pues para él sólo se había tratado del cumplimiento del Derecho. El caso es peor todavía, pues el Tribunal Supremo ante la reiterada negativa de los llamados a hacer su nombramiento, a ambos en muchas oportunidades los ha llamado a integrar el Tribunal Supremo. Así entonces como no podré entender que Canaletto haya condenado a muerte al blasfemo Pompeo.

Al finalizar este comentario, para no referirme a la edición facsimilar *Dei Delitti e delle pene* que sigue a las Cartas, me valdré de las mismas expresiones de su traductor y anotador que ninguna explicación requiere y sólo me limitaré a agradecer que haya compartido, la que por primera vez se publicó en suelo peruano; y, del mismo modo contenido, transcribiré la traducción del segundo párrafo de la edición facsimilar de la obra, conforme a la Edición crítica bilingüe y estudio preliminar, por Francisco P. Laplaza, Ediciones Arayú Librería Editorial Depalma, S.A.C.I., Buenos Aires, 1955, pp. 178 y 179, *De los delitos y de la pena*, de Cesare Beccaria:

Abramos las historias y veremos que las leyes que, en rigor, son o debieran ser pactos de hombres libres, no han sido por lo general, más que el instrumento de unos pocos, o han nacido de una necesidad fortuita y pasajera; más no dictadas por un examinador desapasionado de la naturaleza humana, capaz de concentrar en un solo punto las acciones de una multitud de hombres y considerarlas desde este punto de vista: La máxima felicidad dividida entre el mayor número. Felices son aquellas poquísimas naciones que, sin esperar que la lenta marcha de

las combinaciones y vicisitudes humanas hiciera suceder a lo extremado de los males un encaminamiento hacia el bien, aceleraron con buenas leyes los pasajes intermedios. Y merece la gratitud de los hombres el filósofo que desde su gabinete oscuro y despreciado, tuvo el coraje de esparcir en la multitud las primeras semillas, por largo tiempo infructuosas, de las verdades útiles.

Comencé diciendo que este libro es una obra de cultura, es decir, de: *cultivo de un interés común y de la situación resultante, situación que está matizada con un acento de valor*, conocida y magnífica definición de Max Ernesto Mayer, aplicable en este caso a *la dolorosa y humanísima disciplina de los delitos y de las penas* y ese cultivo del interés común, tiene un resultado de valor que es aportado por los interesados, para así dejarlo graficado, citaré del *post-scriptum* de la Carta veinticinco, una referencia a una obra de Robespierre, presentada a la Academia de Metz, que en nota del traductor se esclarece, señalando que se trata del *Discurso sobre la trascendencia y personalidad de las penas*, que tradujo al castellano Manuel de Rivacoba y Rivacoba, al que antepuso un enjundioso Estudio pre-

liminar y que tiene como Apéndice, una esmerada y pulida, traducción del Código penal francés de 1791, de José Luis Guzmán Dálbora, eminente penalista discípulo de Rivacoba, actualmente titular de la cátedra de Derecho penal, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

Con el mismo sentido, la edición crítica de Francisco P. Laplaza *De los delitos y de las penas* que he citado *ut-supra*, me la regaló Manuel de Rivacoba y, a quien quiero recordar como el penalista que hasta el final de sus días estuvo ocupado, como él solía decir, de la pequeña porción del conocimiento a cuyo estudio preferente se avocó, el Derecho penal y con especial dedicación a la pena y a su ejecución, encontrándose entre sus papeles, a su muerte, después de haber cumplido su legado de entregar su valiosa biblioteca a la Academia de Ciencias Políticas, Sociales y Morales del Instituto de Chile, de la que fue Miembro de Número, dos libros en no muy buen estado, que este año cumplen la centuria desde su edición.

La versión castellana de la *Preceptiva penitenciaria*, del Dr. N. H. Kriesmann,

Profesor de la Universidad de Kiel, traducida por R. P. Bances, Imprenta Alrededor del Mundo, Madrid, 1917 e *Historia penitenciaria española [La galera]*, de Félix Sevilla Solanas, Subdirector del Cuerpo de Prisiones, Ex-alumno de la Escuela de Criminología, *El adelantado de Segovia*, Segovia, 1917, que tenía guardados en un sobre, para ser llevados a su encuadernador, de la Plaza Santa Ana, de Santiago de Chile; y, reiterar sin cansarme que don Manuel dejó un *Proyecto de Código penal y de Ley de ejecución penal, para la República del Ecuador*, por encargo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, escrito al alimón con el eminente penalista Eugenio Raúl Zaffaroni, que bien debería servir de modelo, en vista a remplazar nuestro Código penal y sancionar una Ley que establezca efectivamente la jurisdiccionalización de la ejecución de la pena.

Insisto en ello, pues recientemente se ha referido a este último tema, un miembro del Tribunal Supremo y Profesor de Derecho penal, quien sobre este punto ha relevado la figura de quien señala, como su maestro, un exi-

tosos abogado y Profesor de Derecho penal chileno, omitiendo toda mención a de Rivacoba, quien fuera el primero en nuestro país que se refirió a la ejecución de la pena, como ya antes había escrito al respecto en la Argentina y que para nosotros era desconocido incluso, para los profesores de Derecho penal y de Derecho procesal penal, pues todos entendían que todo lo relativo a lo penitenciario, era un tema meramente de Derecho administrativo.

Una última reflexión: la correspondencia de Beccaria dirigida a su hija Giulia, nos desoculta adicionalmente, aunque sus cartas no se editen, no obstante, la época de que se trata de una mujer culta, interesada en cuestiones penales, al punto que su padre en el *post-scriptum* de la última carta, le encarga que recomiende la publicación a un impresor, *Las observaciones sobre la justicia criminal*, escrito del juez Canaletto ya fallecido, que le había entregado su hijo Horacio; y, también le pide que lea y le refiera sus impresiones.

Hugo Marzi Rivera

Diego Falconi [editor] **A medio camino. Intertextos entre la literatura y el derecho**, Va-

lencia, Ed. Tirant humanidades, 2016, 416 pp.

Este libro contiene diferentes artículos con una sola óptica: la intertextualidad entre la literatura y el derecho. En otras palabras, se plantean intersecciones o congruencias entre ambos lados con el fin de realizar un análisis más amplio e interdisciplinario. Los temas tratados en dichos análisis se enfocan en diversos asuntos, sean de naturaleza social, política, jurídica, autoral u otros; todos ellos hacen uso de herramientas metodológicas tanto de la teoría literaria como del derecho.

El editor, Diego Falconí Trávez, ha hecho posible esta recopilación ensayística de distintas partes de Latinoamérica. Cabe mencionar algunas de sus anteriores publicaciones: *Las entrañas del sujeto jurídico. Un diálogo entre la literatura y el derecho* [2012], *De las cenizas al texto. Literaturas andinas de las disidencias sexuales en el siglo XX* –ganador del premio Casa de las Américas 2016 al mejor ensayo de tema artístico-literario–, entre otras. También dirige el grupo Intertextos entre el derecho y la literatura de la Universidad San Francisco de Quito, lugar en donde se desempeña

como catedrático de derecho.

Los autores de estos artículos ensayísticos crean un diálogo interdisciplinario ubicado en el contexto latinoamericano desde cualquiera de sus especialidades, el cual se ha enriquecido invitando a España –punto señalado en la introducción–. Los trabajos realizados son quince: 1. *Juzgar es muy peligroso: ensayo sobre el problema de la decisión en Gran Sertón, Veredas de Guimarães Rosa* de André Karam Trindade, 2. *La tragedia colombiana: un análisis iusfilosófico y narrativo de Edipo alcalde* de Andrés Botero, 3. *Jueces ejemplares* de Amalia Amaya, 4. *Autor sin derecho/derecho sin autor. Consideraciones entorno a la lectura de la función-autor propuesta por Ian Ward* de Jorge Roggero, 5. *Sin derecho a la literatura. Autenticaciones sin firma [o el caso de la epistológrafa que jamás pudo ser autora]* de Meri Torras Francés, 6. *Est virgo hec penna, meretrix est stampificata: autoría y autoridad literaria en las escritoras de la alta Edad Moderna* de Julia Lewandowska, 7. *Confesiones subalternas: subjetivación, relato y culpa en tres novelas argentinas y chilenas de la posdictadura* de

Macarena Areco Morales, 8. *Adrift's book: la textualidad infinita del cuerpo* de Miguel Molina Díaz y Alejandro Veiga Expósito, 9. *El caso tragicómico del fiscal Chacaltana* de Rosa Núñez Pacheco y Marianné Núñez Núñez, 10. *Lope de Vega y la violencia de género en el teatro: una perspectiva legal contemporánea* de Dolores Talón Antón, 11. *Voces subalternas: disidencias narrativas a la violencia jurídica neoliberal en Chile y Brasil* de Ingrid Urgelles Latorre, 12. *La privación de libertad dentro y fuera de la cárcel* de Ramiro Ávila Santamaría, 13. *Utopía. O la realización ideal de la dignidad de la persona mediante la ruptura con el orden establecido* de Giuseppa Ottimofiore, 14. *El cuerpo del delito hembra, el cuerpo del delito marica: intertextos [intercuerpos] estatales entre la literatura y el derecho* de Diego Falconí Trávez y 15. *Las palabras de la ley* de Fabián Corral. Además de los poemas de Olga Orozco y Santiago Montobbio, utilizados a manera de preludio antes de cada ensayo.

Todos estos ensayos se encuentran seccionados en cinco capítulos, por cada uno se adjuntan tres de ellos con la finalidad de tratar un tópico particular. Es preciso

mencionar un ensayo por cada apartado para apreciar el panorama intertextual. En el primer capítulo: "En la frontera de lo justo. Los jueces al estrado", se presenta una relación de la literatura con el espacio judicial, especialmente en la administración de justicia que ejercen los magistrados. En el ensayo de André Karam Trindade, se analiza una novela brasileña de suma relevancia, *Gran Sertón, Veredas de Guimarães Rosa*. Dada la atención puesta en diferentes aspectos analizados –filosóficos, antropológicos, etc–, el autor propone un enfoque ausente entre todos los que se encuentran en la novela; uno ligada al aspecto jurídico. Así, la concentración recae principalmente en la escena del juicio; desde la cual se examina la tipología de jueces, el sistema judicial y la complejidad para impartir justicia en la novela.

En el segundo capítulo: "El derecho a ser autor: puentes, lagunas y abismos entre escritura y cuerpo", el eje en el que giran los ensayos es la figura autoral tanto desde la literatura como del derecho. En el ensayo de Julia Lewandowska, la reflexión evoca en la autoría y la autoridad literaria femenina en la alta Edad

Moderna y la problemática que se da en el sistema legal y social. A través de un análisis filológico e histórico, expone la importancia de la recepción lectora, las prácticas literarias femeninas en diferentes épocas europeas, junto con el caso de las *puellae doctae* –receptoras de la cultura escrita– y la Querrela –documento literario-jurídico–, para reconsiderar la actividad artística femenina como elemento fundamental del desarrollo social y cultural, o en palabras de la autora: *el papel capital de las mujeres en crear la historia*.

El tercer capítulo: "Modos de narrar que [des]conectan con la ley", trata de explicar el ordenamiento jurídico y su posibilidad de transgresión, desde el lugar que ocupan ciertos personajes novelescos; así como también su uso narrativo. El ensayo de Rosa Núñez Pacheco y Marianné Núñez Núñez, toma dos obras del escritor peruano Santiago Roncagliolo –Abril Rojo y La pena máxima– para enfatizar un personaje ligado al campo legal: el fiscal Félix Chacaltana. A partir de esta imagen, las autoras tocan tres aspectos: el uso clave del lenguaje, el estilo particular para el acto de la investigación y la recurren-

cia al humor como estrategia para abordar temas difíciles como la violencia política y sus secuelas en la sociedad. De este modo, las novelas de Roncagliolo adoptan el humor de forma estratégica para desarmar las estructuras de poder vigentes; sobre todo en sociedades latinoamericanas –como el contexto violento del Perú en los años ochenta.

El cuarto capítulo: "Desencuentros de la violencia, encuentros con el sujeto" evalúa los derechos humanos para realizar una crítica a ciertos actos de la ley nacional en contra de determinados sujetos; los cuales se encuentran representados en diferentes obras literarias. El ensayo de Ingrid Urgelles Latorre, plantea cómo el sistema neoliberal de Chile y Brasil genera un tipo de violencia jurídica sobre sujetos subalternos. Para esto se sirve de dos novelas: *Fuerzas especiales* de Diamela Eltit y *Tropa de élite* de André Batista, Luis Eduardo Pimentel y Luiz Eduardo Soares. Además de utilizar, especialmente, la teoría de Mijail Bajtin para su enfoque analítico. Así, los casos de estos dos países ilustran una situación de precariedad, marginalidad y violen-

cia; cuyos Estados neoliberales no solo obvian, sino que en algunos casos también promueven –en el caso chileno, por ejemplo, se vislumbra una desigualdad de la ley en lo que respecta a los abusos policiales.

El quinto capítulo: "Que la literatura redacte otros estados", se centra en figuras o tropos desde los cuales es posible reconstruir la legalidad y nacionalidad en las unidades políticas del Estado. El ensayo de Diego Falconí Trávez, parte del análisis de un relato bíblico –"El levita de Efraín"–, siguiendo conexiones intertextuales con obras que tienen presente la figura del cuerpo del delito, hasta llegar a una pieza de la narrativa ecuatoriana –el cuento de Pablo Palacio "Un hombre muerto a puntapiés"–. En esta travesía, el autor propone dos conceptos: el cuerpo del delito hembra y el cuerpo del delito marica; para realizar una crítica desde los estudios de género al contrato social, planteado por Rousseau. De esta forma, enfatiza la construcción heteropatriarcal del Estado; así como también la reinención social en la época vanguardista, las limitaciones y paranoias –ocultas intertextualmente en el cuerpo

del delito– que impiden generar una vaga deuda con el sujeto homoerótico.

Entre los constantes aportes realizados a los estudios sociales de Latinoamérica, esta recopilación ocupa un espacio relevante por su notable iniciativa, al dar cuenta de este acercamiento entre dos disciplinas. Explicar la literatura con el derecho o viceversa, permite abrir una nueva perspectiva intertextual para evaluar cualquiera de estos campos. Es apreciable la forma en la que cada una de estas reflexiones aborda y profundiza sus tópicos, alternando tanto enfoques metodológicos como herramientas de análisis para crear los puentes entre ambos lados.

Por último, entre los trabajos adjuntados puede notarse la ausencia de reflexiones vecinas –detalle que el editor advierte en la introducción–, sean nacionales o regionales. Sin embargo, esto no cambia su originalidad, pues este aporte realizado a las humanidades y ciencias sociales latinoamericanas nos permite abrirnos paso en diversos aspectos –sociales, culturales, de género, etc.– dentro de nuestro contexto. Este volumen invita al lector a recorrer una

frontera intertextual e interdisciplinaria, en la cual podrá percibir múltiples reflexiones; basta con detenerse y apreciarlas *a medio camino*.

Edward Álvarez Yucra

Eugenio María Ramírez Cruz, ***Prescripción adquisitiva de dominio: Los conceptos del justo título y la posesión, y la ambigüedad de la jurisprudencia nacional***, Rodhas, 2016, un volumen de 464 pp.

El trabajo realizado por el autor de la mencionada obra, resulta ser un aporte muy importante ya que es un tema poco estudiado a fondo; en la misma se analiza tanto la evolución histórica de la usucapión, así como sus elementos, teorías, etc; dividiéndose de la siguiente manera: Primera parte, denominada Usucapión ante la historia. Capítulo único, en el cual analiza el autor la usucapión en el Derecho romano, pre clásico, en el Derecho de Justiniano, la *praescriptio longi temporis* y la *praescriptio longissimi temporis*. Segunda parte, denominada Esclarecimiento teórico: posesión simple, posesión cualificada y servicio de la posesión, subdividida a su vez en: Título I: Teorías clásica y moderna de la posesión; Título II: Tenencia y servicio de la posesión;

y Título III: La posesión conducente a la usucapión; en el mencionado apartado, el autor nos indica una noción sobre la posesión, la naturaleza jurídica de la misma, los elementos constitutivos de la relación posesoria, definición de la posesión, atributos de la posesión y la clasificación de la posesión, así como la posesión *Ad usucapionem*, justo título y buena fe. Tercera parte, llamada Usucapión en la jurisprudencia peruana, subdividida en: Título I: La posesión simple [o "ad interdicta"]; Título II: Servicio de la posesión; y Título III: La usucapión; es aquí, donde se estudia la prescripción adquisitiva propiamente dicha y sus requisitos establecidos por nuestro ordenamiento civil, tales como la posesión pública, pacífica y continua. Por último, la Cuarta parte, nombrada como *Ciencia versus jurisprudencia*.

La investigación realizada por el Dr. Ramírez Cruz, profundiza varios aspectos de la prescripción adquisitiva de dominio, misma que se encuentra establecida en el Libro V, sección tercera, Título II, capítulo II, subcapítulo V, art. 950 de nuestro Código Civil vigente, y siendo uno de los

más importantes medios de adquisición o acceso a la propiedad; de la misma forma, se encarga de mostrarnos cuál fue la evolución histórica de ésta institución a través del tiempo, así como analizar en un capítulo especial el tema de la posesión pacífica en la usucapión, uno de los problemas más importantes y discutidos a nuestro modo de ver en relación a éste tema, tomando como base lo establecido por el Segundo Pleno Casatorio Civil.

Manuel Armaza Armaza

Rikell Vargas Meléndez, *El Delito de Sicariato y su Investigación desde la Escena del Crimen*, Lima, 2017, un volumen de 228 pp.

La estructura de este libro escrito por el abogado y magister en ciencias penales por la Universidad Nacional Federico Villareal, Rikell Vargas Meléndez, consta de doce capítulos con su respectivo desarrollo, los cuales titulan: Capítulo I: El Delito de Sicariato y su Investigación desde la Escena del Crimen. Capítulo II: Institución del Derecho Penal. Capítulo III: El Origen del Sicariato. Capítulo IV: Estructura Típica y Análisis del Delito de Sicariato. Capítulo V: Por Autoría en el Delito de Sicariato.

Capítulo VI: La Participación. Capítulo VII: La Criminalística Aplicada a la Escena de Crimen de un Sicario. Capítulo VIII: Piezas de un Arma de Fuego que Producen Información en los Casquillos o Vainas. Capítulo IX: De la Información que Contienen los proyectiles y su Clasificación. Capítulo X: Investigación Científica Aplicada a la Escena de Crimen de un Sicario. Capítulo XI: Levantamiento de Cadáver. Capítulo XII: Indicios de Interés Balístico Relacionado al Delito de Sicariato.

En una primera parte, el docente en la especialidad de criminalística empieza por explicarnos conceptos básicos en el Derecho Penal, así como el concepto de vida, cuándo inicia la vida según las distintas corrientes que se han venido manejando a lo largo de la evolución de las ciencias penales, como por ejemplo la teoría de la fecundación, la teoría de la implantación o anidación y la teoría de la singamia, y, el fin de la vida.

De igual forma, desarrolla las instituciones del derecho penal en su segundo capítulo, tales como la Imputación Objetiva, teorías como la causalista, que considera el delito como

una acción, típica, antijurídica y culpable; asimismo la teoría finalista cuyo máximo defensor fue Hans Welzel¹, esta teoría toma la acción como una actividad final humana donde el hombre se propone fines y para ello se anticipa, es decir, considera medios y/o instrumentos para llegar a ese fin²; teoría del funcionalismo que pone como base al finalismo en cuanto a los elementos del delito tales como la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, así también en esta teoría se considera elementos que complementan los ya estudiados en el libro, como el ser humano como parte de un rol que el docente desarrollará en este capítulo considerando ideas de autores como Javier Villa Stein, Álvaro Orlando Pérez Pinzón, y Villavicencio Terreros. Igualmente, expone otra institución del derecho penal, la Imputación Subjetiva desde las distintas teorías ya estudiadas en la Imputación Objetiva; diferencia el dolo de la culpa, las

distintas formas del dolo, como el dolo directo o de primer grado, el dolo indirecto o de segundo grado y el dolo eventual; y de la culpa, como la imprudencia, la negligencia, la impericia y la inobservancia de los reglamentos, ordenanzas o deberes a su cargo, la culpa consciente o inconsciente.

En una segunda parte de este gran libro, el docente nos introduce en el delito de sicariato explicándonos su origen, su concepto y su desarrollo en el Perú. Una parte importante de cada punto que se explica en este capítulo es que en el derecho romano se denominada *sicarius* al sujeto que mataba a otro utilizando la violencia y una daga pequeña denominada *sica*, he ahí su denominación. De igual manera, nos brinda un concepto básico de este delito, nos señala que el sicariato es un asesinato por encargo, donde el sujeto activo actúa motivado por una recompensa económica, mata a otro sujeto sin importarle la vida de su víctima³. En el Perú, nos dice Rikell, el sicariato es relativamente joven, uno empieza dentro de los clanes del narcotráfico donde la forma fácil de deshacerse de sus problemas en cuan-

¹Hans Welzel [Artern, Turingia, 25 de marzo de 1904, Andernach, 5 de mayo de 1977] fue un jurista y filósofo del derecho alemán.

²Rikell Vargas Melénez, *El Delito de Sicariato y su Investigación desde la escena del crimen*, Lex & Iuris, Lima, 2017, pp. 31-32.

³Id. p. 68.

to al alcance del poder fue matar a todo aquel que resultase un obstáculo en su camino.⁴

En los siguientes capítulos, como la Estructura Típica y Análisis del Delito de Sicariato, Por Autoría en el Delito de Sicariato y La Participación, el autor nos describirá los conceptos básicos de este delito, como sus antecedentes legales, la tipicidad objetiva y subjetiva, el bien jurídico protegido, los sujetos que intervienen como el sujeto activo y el sujeto pasivo, la consumación y la penalidad, las circunstancias agravantes y las diferencias entre el delito de sicariato y el delito de asesinato en la modalidad de codicia.

Dentro de todo el desarrollo del libro podremos apreciar el interés del docente en darnos a conocer la importancia y el aporte de la criminalística, en especial la balística, en el delito de sicariato especificando los elementos del arma de fuego que producen información en los casquillos, regiones de información que contiene un casquillo, etc., todo eso desarrollado en los capítulos VIII y IX. Asimismo, la descripción del procedimiento a cum-

plir en el levantamiento de cadáver y la relación con los distintos objetos y características encontrados en la escena del crimen, tanto características encontradas en la víctima y en la misma escena.

Ahora bien, dentro de toda esta amplia elaboración de los capítulos contenidos en este libro [capítulos mencionados inicialmente], el aspecto que más captó mi atención fue el subtema titulado "De la Diferencia entre el Delito de Sicariato y el Delito de Asesinato en la Modalidad de Codicia" contenido en el Capítulo IV. En esta parte del libro, Rikell tomará dos puntos importantes para diferenciar ambos delitos; por un lado mencionará que en el delito de sicariato "la muerte es producida por una persona que cumple un mandato pactado o contratado por un tercero"⁵, mientras que, en el delito de asesinato por la modalidad de codicia, "nadie paga al autor, no hay un mandato para poner fin a la vida de una persona"⁶, quiere decir que, en este primer punto, el autor diferencia ambos delitos por los sujetos que intervienen en la realización de este. Por otra

⁴Id.

⁵Ib. p. 94.

⁶Id.

parte, el autor señala que en el delito de sicariato, el sicario recibe una contraprestación económica para que prive de la vida a otro sujeto, "ese animus lucrandi se puede decir que es una mera intencionalidad"⁷ señala el autor; entretanto, el delito de asesinato por codicia, como en el sicariato, también se alcanza un beneficio económico, pero en la codicia "existen sentimientos más profundos direccionados hacia un fin lucrativo"⁸.

El Código Penal en su parte especial, regula el delito de homicidio calificado en el artículo 108 el cual señala lo siguiente: "*Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: 1] Por ferocidad, codicia, lucro o por placer, [...]*". De igual forma, el delito de sicariato está regulado en el artículo 108-C el cual señala: "*El que mata a otro por orden, encargo o acuerdo, con el propósito de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años y con inhabilitación [...]*". Te-

niendo ya claro los dos tipos penales mencionados, consideraremos lo señalado por el docente Julio Armaza Galdos en su libro titulado Homicidio, el cual menciona que, en el delito de homicidio en la modalidad de lucro, el sujeto activo son "dos personas, el que promete un beneficio económico [mandante] y el que actúa en vista en dicha ganancia [mandatario]"⁹. Como podemos darnos cuenta, en el delito de homicidio por lucro y en el delito de sicariato intervienen dos sujetos activos, en ambos mandante y mandatario, con el fin de obtener, el mandatario, un beneficio económico, dinero. Sin embargo, el Código Penal regula ambos delitos que, podríamos decir, en pocas palabras, son similares, en distintos artículos como distintos tipos penales.

Finalmente, no podemos dejar de lado, la importancia del libro y el gran aporte que este brinda a los estudiantes de Derecho de todas las universidades del Perú interesados en la Criminalística y en el Derecho penal, pues nos proporciona pautas generales y específicas que debemos

⁷Id.

⁸Id.

⁹Julio Armaza Galdos, *Homicidio*, Editorial Pangea, Arequipa, 2017, p. 54.

tomar en cuenta para tener conocimiento sobre ambas ciencias, asimismo, poder aplicarlas a casos concretos y de la vida real.

Ana Lucía Eduardo

Información sobre la Facultad

**Docentes de la Escuela Profesional de Ciencias Jurídicas y
Políticas**

Gloria Achata Arenas
Juan Carlos Agramonte Mostajo
Ana María Amado Mendoza
Julio Emilio Armaza Galdos
José Fernando Bustamante Zegarra
Jorge Luis Cáceres Arce
Berly Gustavo Cano Suárez
Mary Luz Catacora Molina
Claudia Chirinos Pacheco de Riveros
Julio Escarza Benítez
Patricio Fajardo Passano
Rodríguez William Farfán
César Ibarra Valdivia
José Alfredo Lovón Sánchez
Mauricio Matos Zegarra
Carlos Montes de Oca Valencia
Carlos Neyra Amat
Mauro Pari Taboada
Saulo Peralta Franciz
Carlos Polanco Gutiérrez
Carlos Alberto Alfonso Rodríguez Martínez
José Alejandro Suárez Zanabria
Gabriel Torreblanca Lazo
Juan Carlos Valdivia Cano
José Luis Yucra Quispe
Gerardo Zegarra Flores

**Docentes de la Escuela Profesional de Ciencia Política y
Gobierno**

Mario Arce Espinoza
Benjamín Carrasco del Carpio
Roberto Gamero Juárez
César Lazo Bezold
Ángel María Manrique Linares
Martín Rodríguez Rosado
Neil Tejada Pacheco
Marco Tulio Falconí
José Luis Vargas Gutiérrez

Cargos

Gabriel Torreblanca Lazo – Decano
Alfredo Lovón Sánchez – Jefe del Departamento Académico de Ciencias Jurídicas
Mauro Pari Taboada – Director de la Escuela Profesional de Derecho
Marco Falconi Picardo – Director de la Escuela Profesional de Ciencia Política y Gobierno
Mary Luz Catacora Molina – Coordinadora del Consultorio Jurídico Externo

Miembros del Consejo de Facultad – Docentes

Gabriel Torreblanca Lazo
Mauro Pari Taboada
Marco Tulio Falconi Picardo
Alfredo Lovón Sánchez
José Suárez Zanabria
Ana María Amado Mendoza
Mauricio Matos Zegarra

Miembros del Consejo de Facultad – Alumnos

Vanessa Fiorella Aguirre Gallegos
Anthony Abel Chacón Rivera
Mirna Yohanny Retamoso Huamán
Alejandro Paolo Titi Benavente
Paola Jimena Salinas Vásquez

Decanos de la Facultad desde fundación

Alberto Ballón Landa Arrisueño
Juan Manuel Polar Ugarteche
Humberto Núñez Borja
Ramiro de Valdivia Cano
Alberto 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
Gabriel Torreblanca Lazo

Personal administrativo

Dunnia Rosas Lazo
Julissa Rivera Neyra
Katherine Rivas Quispe

Jubilación

El día 28 de Julio del 2017 dejó el cargo de Decano y la Docencia el Dr. Luis Vargas Fernández

Publicaciones de nuestros profesores

Juan Carlos Valdivia Cano, *La Caja de Herramientas. Investigación Jurídica Integral*, Fondo Editorial Francisco Mostajo, Arequipa, 2017 [un volumen de 97 pp. + Colofón].

Julio Armaza Galdos, *Homicidio*, Ed. Pangea, Arequipa, 2017 [un volumen de 88 pp. + Colofón].

Biografías de juristas famosos

AUTOBIOGRAFÍA [del Sr. Prof. Dr. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA] ^[]**

I. FORMACIÓN Y CARRERA ACADÉMICA

1. Zusammenfassung [Resumen]

Nacido el 3 de noviembre de 1949 en Murcia [España]. Casado, dos hijos. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Alcalá, Madrid.

a) Inicios Tras cursar el Bachiller Elemental en el Colegio La Merced de Murcia obtuve en junio de 1963 en el examen de Reválida el Premio Extraordinario de Bachiller Elemental en el Instituto Nacional de Enseñanza Media Alfonso X el Sabio de Murcia. De 1963 a 1966 cursé el Bachiller Superior y el curso preuniversitario en el Colegio Chamberí de Madrid, y obtuve en junio de 1965 en el examen de Reválida el Premio Extraordinario de Bachiller Superior en el Instituto Nacional de Enseñanza Media San Isidro de Madrid.

De octubre de 1966 a junio de 1971 curso la Licenciatura de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, desde 1970 re-denominada como Universidad Complutense de Madrid¹ [UCM], obteniendo en el

¹La actual Universidad Complutense de Madrid toma su nombre de la antigua Universitas complutensis [en español, Universidad Complutense], que era el nombre latino de la Universidad de Alcalá, fundada en 1499. El adjetivo procede del gentilicio Complutense, derivado del nombre romano de la ciudad Complutum, que en época del dominio árabe pasó a llamarse Alcalá, la actual Alcalá de Henares [*im Land* Madrid]. La Universidad de Alcalá fue cerrada y sus bienes expropiados por decisión del Gobierno de España en 1836-39 y fue trasladada su sede a la cercana capital del reino, Madrid, pero dejando de utilizar los nombres de Universidad de Alcalá/Universitas complutensis y denominándose primero Universidad Literaria, después, de 1851 a 1954 Universidad Central de Madrid y desde entonces hasta 1971 simplemente Universidad de Madrid. Con ese nombre la conocí durante los primeros años de mis estudios en su Facultad de Derecho. Pero, al crearse en 1968 una segunda universidad en Madrid, la Universidad Autónoma de Madrid, en 1970 la Universidad de Madrid acuerda añadir a su nombre el

correspondiente examen final de Licenciatura el Premio Extraordinario número 1 de la Licenciatura de Derecho de la Univ. Complutense de Madrid.

b) *Docencia e investigación:* De octubre de 1971 a sept. 1977 Ayudante de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la UCM. Febrero 1975 Doctor en Derecho en la UCM. Becas de investigación predoctorales 1971-73 en Max-Planck-Inst. Freiburg, y beca postdoctoral v. Humboldt 1976 y 77 en Univ. München. 1977/78 contratado como Prof. Agregado [auberord. Prof.] interino en Univ. Salamanca. Dic. 1977 habilitación como Prof. Adjunto y tras Ruf 1978-80 Prof. Adjunto en Univ. Autónoma Madrid. Marzo 1980-Mayo 1981 Prof. Agregado [auberord. Prof.] en Univ. Salamanca. Mayo 1981-Sept. 1988 Catedrático en Univ. León. Ab Sept. 1988 Catedrático en Univ. Alcalá, Madrid.

c) *Cargos académicos* En Univ. de León: 1981-83: Vice-decano Fac. Derecho; 1983-86: Vicerrector; 1986-88: Director Departamento Derecho Público Básico. En Univ. de Alcalá: 1989: Director Dpto. Fundamentos Derecho y D. Penal, 1989-1999: Secretario Gral. del Consejo Social de la Univ. [competencia: decisiones estratégicas y económicas], 1999-2006: Decano de la Facultad de Derecho. 2007-10: Director del Centro Euro-Americano de Estudios Jurídicos, del IELAT [Instituto de Estudios Latinoamericanos]. Ab 2010: Director de Asuntos Jurídicos de la Fundación General de la Univ. de Alcalá [FGUA].

2. Einzelheiten der akademischer Laufbahn [des akad. Werdegangs]

a) *Licenciatura de Derecho* Al ir a comenzar mi Licenciatura de Derecho en octubre de 1966 en la Univ. de Madrid me orientó en mis primeras lecturas de libros de teoría, filosofía e historia del Derecho y Derecho romano mi padre, el Dr. Manuel Luzón Domingo, Fiscal, publicista de temas jurídico-penales² y que años antes había estado encarga-

adjetivo Complutense, de la vieja Universidad alcalaína o Universitas complutensis, en aquel momento extinguida y de la que la Univ. de Madrid era heredera. La Universidad de Alcalá se vuelve a crear en 1975/76 con su nombre histórico. Por esa razón, en 1999 ambas Universidades, la de Alcalá y la Complutense de Madrid, celebraron conjuntamente el 5.º centenario de la Universidad de Alcalá/Universitas complutensis.

²Cfr. Luzón Domingo, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*. Con especial referencia a los delitos de imprudencia, I-II, Barcelona, 1960; DP del TS, I-II, Barcelona, 1964. También sus cientos de comentarios a jurisprudencia en la RDCir, de 1964 hasta su fallecimiento en 1973.

do de la cátedra de Derecho Penal en la Univ. de Murcia. Y él despertó mi vocación por el Derecho Penal, ya que, antes de que yo cursara en el 2.º año académico la Parte General, me aconsejó estudiar, sucesivamente, como introducción "La Ley y el delito" de Jiménez de Asúa³, y a continuación la traducción española del Lehrbuch de Mezger⁴ y la del Lehrbuch de Maurach⁵ y comentaba conmigo dichas obras y me aclaraba dudas. De este modo yo ya conocía bien la evolución de la dogmática penal alemana desde la sistemática causalista hasta la finalista cuando en el curso 1967-68 estudié oficialmente la asignatura de Derecho Penal, Parte General, con el Prof. Cerezo Mir⁶, el representante más destacado del finalismo en la ciencia penal española. Con él pude conocer a su maestro Welzel en una memorable conferencia que pronunció en 1968 en Madrid y estudiar la visión finalista en la traducción de Cerezo de su libro *Das neue Bild des Strafrechtssystems*⁷ y adentrarme luego en otros libros sobre teoría del delito. En los cursos siguientes estudio la Parte Especial con el catedrático Prof. Rodríguez Devesa⁸, participo en seminarios del Prof. Gimbernat, y desde 1969 a 1971 curso en el Deutsches KulturInstitut [Goethe-Inst.] de Madrid los Grundstufen y el Mittelstufe del idioma alemán, con la finalidad de poder realizar posteriormente estancias de investigación en Alemania. Tras concluir el quinto cur-

³Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el delito*. Principios de DP, 2. Aufl., México/Buenos Aires, 1954. El Prof. Jiménez de Asúa [1889-1970], el penalista español más importante de los dos primeros tercios del siglo 20, tras doctorarse en 1913 y ampliar estudios en Alemania y Suiza fue el primero en introducir en España la dogmática jurídico-penal alemana, primero con la traducción del Lehrbuch de von Liszt, con quien se formó becado en Berlín [von Liszt, *Tratado de DP*, tomos II y III trad. de la 20.ª ed. alemana por Jiménez de Asúa -el t. I trad. por Saldaña-, Madrid, Reus, 2ª ed. 1926 y 1927], y además con su propia y amplísima producción científica.

⁴Mezger, *Tratado de DP*, t. I-II, trad. y notas de Derecho español a la 2.ª ed. alem. de Strafrecht. Ein Lehrbuch, por J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 2.ª ed., 1946.

⁵Maurach, *Tratado de DP*, t. I-II, trad. [de la 1.ª ed. alem. del Deutsches Strafrecht, AT] y Notas de D. Penal español por J. Córdoba Roda, Barcelona, 1962.

⁶J. Cerezo Mir, discípulo de Welzel, con múltiples publicaciones en Alemania, fue catedrático en la Univ. de Zaragoza y después en la UNED de Madrid, actualmente emeritiert. Manual: *Curso de DP español, Parte General [PG]*, Madrid, t. I, 6.ª ed., 2004; t. II, 6.ª ed., 1998; t. III: 2001; DP, PG, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

⁷Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4. Aufl., 1961; *El nuevo sistema del DP. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* [trad. de Cerezo Mir], Barcelona, 1964.

⁸El manual que yo estudié ese curso era Rodríguez Devesa, *DP español, Parte Especial [PE]*, 2.ª A., Valladolid, 1966. Posteriormente la obra llegó a la 18.ª Aufl. como Rodríguez Devesa/Serrano, DP español, PE, 18.ª A., Madrid, 1995.

so de la carrera de Derecho, apruebo en junio de 1971 el examen final de Licenciatura con la máxima calificación y concurro por ello a la pruebas restringidas para Premio Extraordinario de la Licenciatura de Derecho de la Univ. Complutense de Madrid, premio que obtengo: La Facultad de Derecho de la primera universidad española, dado el elevado número de sus estudiantes y de los que concluían con las máximas calificaciones, otorgaba ese año cuatro premios extraordinarios de licenciatura, y a mí se me concedió el número uno ex aequo con mi compañera María Emilia Casas [que posteriormente fue catedrática de Derecho del Trabajo y Presidente del Tribunal Constitucional español].

b) Inicio de docencia e investigación, doctorado, formación postdoctoral

b.1] Primera estancia de investigación en Alemania: Freiburg i. Br.; visitas a München [C. Roxin]

A continuación el Deutscher Akademischer Austauschdienst [DAAD] me concede, ya licenciado, una beca de investigación predoctoral para ampliar mi formación en Freiburg i. Br. Desde el 1. de octubre de 1971 obtengo un contrato de Ayudante de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense de Madrid [UCM], que mantuve hasta oct. 1977, e inmediatamente después me traslado a Freiburg al Max-Planck-Institut f. a. u. i. Strafrecht, que dirigía el Prof. Jescheck, durante dos años, de octubre de 1971 hasta fin de sept. de 1973, período durante el que también asistí en la Albert-Ludwig Univ. de Freiburg a los cursos de Derecho Penal y Criminología de los Profs. Jescheck, Württenberger y Kaiser.

Esta estancia de investigación fue financiada el primer año por una beca del DAAD y el segundo año por una beca de la española Fundación Juan March, y me permitió trabajar muy a fondo en la preparación de mi tesis doctoral sobre la legítima defensa: en primer lugar gracias a los fantásticos fondos bibliográficos de Derecho penal alemán y comparado del Instituto Max-Planck y las excelentes condiciones de trabajo que se me ofrecieron, en general, pero también por la circunstancia especial de que en el primer año [1971/72] sólo estábamos en el Instituto como huéspedes del ámbito hispano-americano un argentino y un español: el Prof. Raúl Zaffaroni y yo mismo [situación impensable en años posteriores, con un

constante y creciente incremento de visitantes hispanos y latinoamericanos], lo que me permitía disponer de confortables y reducidos despachos de trabajo. Pero además porque pude disfrutar de inestimables contactos personales y científicos con colegas de distintas nacionalidades, que me resultaron especialmente valiosos en la etapa inicial de mi carrera científica y académica:

De los alemanes, además del apoyo y las orientaciones del director del Instituto, Prof. Hans-Heinrich Jescheck, y del Referent [relator] f. Latinoamérica Dr. Kurt Madlener, tuve la suerte de poder mantener valiosísimas y frecuentes charlas científicas sobre la legítima defensa, las causas de justificación y la teoría general del delito con el relator encargado de España, el Dr. Karl Heinz Mattes, que además de un erudito completísimo era una mente privilegiada⁹. Y entre el personal administrativo del MPI tuve la suerte y el privilegio de contar con la extraordinaria acogida y calor humano que nos brindó, como por lo demás hacía generosamente con muchos otros invitados extranjeros, primero a mí y el segundo año, tras haberme casado, también a mi esposa, Frau Ilse Kirsch, de cuya ininterrumpida amistad me sigo enorgulleciendo después de más de cuarenta años¹⁰.

Y en esos dos años friburgueses en el MPI, de octubre de 1971 a octubre de 1973 conocí y entablé amistad con otros colegas no alemanes, varios de los cuales han tenido una influencia importante en mi vida¹¹. Así ya desde mi

⁹ Sin embargo, Mattes era excesivamente autocrítico y eso le impidió publicar la mayoría de sus investigaciones. Como es sabido, fue después de su fallecimiento cuando su viuda Helga Mattes publicó parte de su obra: Mattes, Heinz/Mattes, Herta, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Berlin, I, 1977; II: Geltendes Recht und Kritik, 1982; versión española del t. I: Heinz Mattes/Herta Mattes/Rodríguez Devesa, Problemas de Derecho penal administrativo: historia y Derecho comparado, Madrid, 1979.

¹⁰ Cabe añadir, como dato humano anecdótico, que cuando, tras casarme en Madrid en septiembre de 1972 al final de mi primer año de estancia alemana, regresé con Julita, mi mujer, a Freiburg, el precioso apartamento en la parte superior de una casa unifamiliar en el que vivimos en la Beethovenstr. en las inmediaciones del MPI, nos lo traspasó el anterior inquilino, mi amigo suizo Dick Marty, que posteriormente llegó a Fiscal General en su país, y el arrendador era el catedrático de Filosofía del Derecho y D^o Penal de la Univ. de Saarbrücken, pero de origen italiano, el famoso Alessandro Baratta [hoy fallecido], con quien obviamente mantuve correspondencia y contactos telefónicos, pero curiosamente nunca nos llegamos a conocer personalmente.

¹¹ Es de conocimiento general lo importantes que resultan en la vida posterior las amistades que se entablan con compañeros en estancias de investigación, sobre todo en etapas tempranas, en universidades y centros extranjeros.

primer año mantuve una especial relación de amistad con dos profesores igualmente huéspedes del MPI, el italiano Enzo Musco, actual catedrático de la Univ. de Roma II¹², y el argentino E. Raúl Zaffaroni, actual ministro de la Corte Suprema argentina, catedrático de la Univ. de Buenos Aires y el penalista hoy más influyente de América Latina; con éste, que por entonces era finalista y permaneció en el MPI hasta julio de 1972 para completar las fuentes alemanas de su manual¹³, eran interminables las charlas y discusiones, muchas veces hasta altas horas de la madrugada, sobre nuestros respectivos temas de investigación y sobre todo el Derecho penal. Y tras casarme en España en septiembre de 1972 y regresar con mi esposa a Freiburg a primeros de Oct. de ese año '72, coincidimos y mantuvimos una excelente relación con un grupo de jóvenes penalistas españoles que acababan de llegar al MPI para una estancia anual de investigación: Santiago Mir Puig y su esposa Francesca Puigpelat, Agustín Jorge Barreiro, Antonio García-Pablos, Miguel Polaino y Manuel Gurdiel¹⁴. Especialmente estrecha fue la relación que entablamos con Santiago Mir y su esposa y con Agustín Jorge Barreiro: con ellos, además de intercambiar constantemente ideas sobre nuestras tesis doctorales y todos los temas penales, sobre todo llegamos a tener una amistad íntima, leal y fraternal que se ha mantenido ininterrumpida durante todos estos años.

En el caso del matrimonio Mir ello fue aún más nota-

¹²Especialmente importante y conocido es su manual: *Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte Generale*, 6ª ed., Bologna, 2009.

¹³Manual que apareció en su primera versión poco después: Zaffaroni, *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1973. Posteriormente se transformó en una obra mucho más amplia: *Tratado de DP, PG*, t. I-V, Buenos Aires, 1980-83. Actualmente en versión más reducida: Zaffaroni/Alagia/Slokar, *DP, PG*, 2.ª ed., Buenos Aires, 2003.

¹⁴Todos ellos llegaron no mucho tiempo después con gran éxito a catedráticos [de Derecho penal, salvo Francesca Puigpelat, catedrática de Filosofía del Derecho], excepto Gurdiel, que ha sido Prof. Titular. Y en el verano '73 aún coincidimos con otros españoles, que llegaron al MPI para estancias estivales: Susana Huerta, Emilio Octavio de Toledo, Gonzalo Quintero, Fernando Muñoz-Campos y Ana Isabel Silva De los más relacionados conmigo, S. Mir Puig es hoy catedrático en la Univ. de Barcelona [manual: *Derecho Penal, Parte General*, 9ª ed., Barcelona, 2011]; es Dr. h. c. por varias Univs., la primera la Univ. de Alcalá; de su amplia escuela su discípulo más relevante es Jesús Silva Sánchez; Mir es sobradamente conocido entre el público germanoparlante por sus publicaciones en lengua alemana, y fue autor junto con Muñoz Conde de la trad. y amplias anotaciones de la 2.ª ed. del *Lehrbuch de Jescheck: Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 1981, encargándose Mir de toda la teoría general del delito. Y A. Jorge Barreiro es catedrático en la Univ. Autónoma de Madrid [Kommentar: Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro [Hrsg.], *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997].

ble porque en enero de 1973 se trasladaron a continuar su trabajo de investigación en la Univ. de Múnich bajo la dirección de Maurach y después de Roxin, pero nuestra relación se mantuvo constante por vía postal, telefónica y de encuentros periódicos. Así p. ej. a finales de Febr. de 1973 los acompañamos en un duro viaje invernal a España a que S. Mir defendiera su tesis doctoral y pudiera presentar su candidatura en un recién convocado concurso nacional a plazas del cuerpo de Profs. Adjuntos de Derecho Penal, y ganar posteriormente una plaza en el mismo. Igualmente durante el resto de nuestra estancia en Freiburg el matrimonio Mir venía algunas veces a Freiburg a visitarnos y mi mujer y yo viajamos igualmente a visitarlos en varias ocasiones a Múnich.

Alguna de esas visitas las aproveché para conocer personalmente al Prof. Claus Roxin, con quien ya había entrado antes en contacto postal, y nos pusimos de acuerdo en que yo tradujera al español su *Sammelband* que acababa de aparecer en 1973 *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, tarea que pude concluir al defender mi tesis doctoral en 1975 y el libro español se publicó en 1976¹⁵. Desde entonces fue cada vez más creciente e intenso el contacto científico, con Roxin, que se convirtió en mi maestro alemán. Y también en nuestras visitas a Múnich a lo largo de 1973 conocimos a Francisco Muñoz Conde¹⁶, ya entonces Prof. Adjunto en la Univ. de Sevilla y que se encontraba como becario Humboldt realizando una estancia de investigación con Roxin, y desde ese momento hemos mantenido una ininterrumpida y muy estrecha amistad y colaboración científica.

Antes del final de mi estancia friburguesa, en junio de

¹⁵La versión española, con traducción y notas mías, aparece unos meses después de darla a la imprenta [prólogo de Roxin en agosto de 1975] con algunos artículos adicionales a los de la versión alemana bajo el título: *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976. Tras la traducción por Muñoz Conde del breve ensayo de Roxin, *Kriminalpolitik u. Strafrechtssystem*, 1970, es decir: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1973, ésta fue la primera versión en español de un libro más amplio y sobre temas nucleares de Roxin y tuvo una gran difusión e influencia entre los lectores de habla española y entre los de lenguas próximas como los italianos y portugueses.

¹⁶Muñoz Conde, plenamente conocido en el ámbito germánico por sus numerosas publicaciones en lengua alemana y traductor de obras de Roxin, Jescheck y Hassemer, fue catedrático en la Univ. de Sevilla y lo es actualmente en la Univ. Pablo Olavide de Sevilla; manuales: Muñoz Conde/García Arán, *DP, PG*, 8ª ed., Valencia 2010; Muñoz Conde, *DP, PE*, 19ª ed., Valencia, 2013. Conjuntamente publicamos el libro de Roxin, *Iniciación al Derecho penal de hoy*. Traducción, Introducción y Notas de D.-M. Luzón Peña y F. Muñoz Conde, Univ. Sevilla, 1981.

1973 falleció prematuramente mi padre Manuel Luzón Domingo, que tan decisivamente me orientó en el inicio de mi formación como penalista. Yo colaboraba con él en la sección de Jurisprudencia penal de la Revista de Derecho de la Circulación, y a partir de ese momento por encargo de la dirección de la Rev. me hice cargo de dicha sección¹⁷.

b.2] Ayudante en UCM y otra docencia. Doctorado

Desde octubre de 1973, en que regresé a España, hasta octubre de 1977 fui Ayudante de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense de Madrid, con docencia fundamentalmente en clases prácticas, y simultáneamente estuve contratado en el entonces centro universitario CEU San Pablo [años después convertido en la –privada– Universidad CEU San Pablo de Madrid] como profesor responsable de cursos de Parte General y Parte Especial con docencia tanto de las clases teóricas como de las prácticas. El 27 Febrero de 1975 obtuve el grado de Doctor en Derecho por la Univ. Complutense de Madrid con mi tesis doctoral "Fundamento, naturaleza y agresión en la legítima defensa", que obtuvo la máxima calificación de sobresaliente cum laude¹⁸. Tras doctorarme concluí la

¹⁷En dicha sección publiqué Comentarios a STS, que fueron la base principal de mi libro: Luzón Peña, Derecho penal de la Circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo], 1.Aufl., Barcelona, Bosch, 1985; 2. erweiterte A., Barcelona, PPU, 1990.

¹⁸El tribunal juzgador de la misma estuvo integrado por los Profs. Dres. Ferrer Sama, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo, Gimbernat y Oliva. La tesis estuvo dirigida por E. Gimbernat, aunque se trató de una dirección formal, pues nunca discutí conmigo ni me hizo observaciones sobre ningún problema concreto del trabajo [como reconoce él mismo en el muy laudatorio Prólogo de mi libro: Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, p. 10: "Los consejos que doy a mis discípulos se limitan a algunas indicaciones sobre el método científico y a señalarles cómo y dónde se debe estudiar... Todo lo demás –el trabajo, la inteligencia y las ideas– lo tienen que poner ellos"]. Como ya he señalado, fueron mi propio padre, R. Zaffaroni, S. Mir y H. Mattes aquellos con quienes discutí a fondo mis investigaciones e ideas sobre la legítima defensa y otras causas de justificación.

Hay que aclarar que, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, donde la tesis doctoral es un primer trabajo de investigación relativamente breve, seguido luego de un escrito de habilitación de mayor extensión y dificultad, desde los años sesenta en España –igual que en Portugal– una gran parte de las tesis doctorales de quienes hacen carrera académica en Derecho penal [pero también en otras áreas] constituyen materialmente por su envergadura: importancia y dificultad del tema y extensión auténticos escritos de habilitación. Así ocurría con mi tesis doctoral sobre una causa de justificación nuclear como la legítima defensa, de 390 pp., ampliada en su publicación como libro en 1978 a las 576 pp. Ello explica que en el sistema universitario español en los diversos modelos de concursos que ha habido para acceder a la condición de prof. funcionario con plena capacidad docente e investigadora [a la categoría inicial, antiguamente de Prof. Adjunto, hoy Prof. Titular, y a la categoría superior de Catedrático] no se haya requerido formalmente un escrito de habilitación, sino trabajos sobre cuestiones básicas y metodológicas de la respectiva

citada traducción y notas del libro Problemas básicos del Derecho penal, de C. Roxin, que aparece en 1976, publico varios artículos y amplió el estudio de mi tesis doctoral con el análisis de los bienes jurídicos defendibles y sus restricciones en Derecho español [casi 200 pp. nuevas] para su publicación como libro, que, como a continuación explico, entregué a la editorial a mediados de 1977.

b.3] Becario Humboldt en Múnich. Publicación del libro sobre la legítima defensa. Primera habilitación

Desde abril de 1976 hasta octubre de 1977 disfruté una beca postdoctoral de la Alexander v. Humboldt Stiftung en una estancia de investigación en el Institut f. d. gesamten Strafrechtswissenschaften d. Univ. München gozando de la hospitalidad de su director, mi maestro el Prof. Roxin. Ello me permitió tener un contacto permanente con el mismo y participar en sus extraordinariamente sugerentes Seminarios, entablando también una estrecha relación con sus discípulos B. Schünemann y W. Bottke, a los que desde entonces me ha unido una excelente amistad¹⁹; además a partir de ese momento la Univ. de Munich se convirtió en el centro al que posteriormente envié a la mayoría de mis discípulos a completar su formación predoctoral bajo la tutela de los Profs. Roxin o Schünemann, junto con alguno que acudió a las Univ. Augsburg y Mannheim bajo la tutela del hoy fallecido W. Bottke o de J. Wolter. En esta época, por un lado concluí una última amplia parte de mi libro de la legítima defensa no abordada en la tesis doctoral [die notwehrfähigen Rechtsgüter y las restricciones del Derecho español a la agresión ilegítima a algunos de esos bienes], y actualicé los restantes capítulos: finalmente, el 15 de junio de 1977 se celebraron en España las primeras elecciones generales libres, que consagraron el sistema plenamente democrático tras cuarenta años de dictadura del régimen de Franco; mi mujer y yo, residiendo en Munich y tras votar por correo, teníamos un lógico enorme deseo de vivir esos días en nuestro país, aunque yo dudaba porque estaba finalizando las últimas páginas de mi libro de la legítima defensa. Entonces el matrimonio Mir nos invitó a que

disciplina y otras pruebas.

¹⁹Igualmente buena fue la relación que en esos dos años en el Institut de Munich tuve con mis colegas españoles J. M. Gómez Benítez, J. Cuello Contreras, J. Queralt y con el italiano S. Moccia.

fuéramos a su casa a Barcelona una o dos semanas hasta que yo pusiera punto final a las páginas de mi libro y se lo entregara al editor, como así fue al acabar la semana siguiente a la de aquellas elecciones, porque S. Mir acababa de conseguir que me lo publicara Bosch [Barcelona], la por entonces primera editorial jurídica española²⁰. Por otra parte en mi estancia múniquesa elaboré una serie de trabajos de investigación sobre el alcance y función del Derecho penal y en particular sobre los fines de las penas y su compatibilidad con la sustitución y suspensión de las mismas, que más tarde presenté a las pruebas del concurso nacional convocado en 1979 a plazas de Prof. Agregado [auberord. Professor] y se plasmaron en diversas publicaciones²¹.

En octubre de 1977 regreso a España, pero ya no a la UCM, sino contratado como Prof. Agregado [auberord. Professor] interino a la Univ. de Salamanca, donde conocí a quien más adelante fue mi primer discípulo, Javier de Vicente Remesal, que acababa de comenzar como becario de investigación predoctoral. En diciembre de 1977 realicé en Madrid las pruebas a un concurso nacional para habilitación al cuerpo de Profs. Adjuntos [cuerpo de funcionarios del Estado que en 1983 se transformaron en los actuales Profs. Titulares, con plena capacidad docente e investigadora] con ocho plazas convocadas de Derecho Penal y obtuve el n.º uno en dicha habilitación. A partir de entonces prosigo ininterrumpidamente mis publicaciones de libros y artículos hasta la fecha. Meses después obtuve la selección a una plaza de Prof. Adjunto de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid, a la que me incorporé en octubre de 1978.

c] Actividad académica tras la habilitación como Prof. funcio-

²⁰El libro se publicó a primeros de 1978: Luzón Peña, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, Bosch, 1978. Posteriormente se publica una 2ª ed, Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2002, sustancialmente coincidente su primera parte con el texto de la 1ª ed., aunque con algunas adiciones sobre los cambios legislativos y la bibliografía actualizada, y añadiendo en una segunda parte tres artículos aparecidos después.

²¹Buch: Luzón Peña, Medición de la pena y substitutivos penales, Madrid, Instituto Criminología UCM. Aufsätze: Antinomias penales y medición de la pena, in: Mir [Hrsg], La reforma del DP, Barcelona, 1980, 189 ff.; Prevención general, sociedad y psicoanálisis, CPC 1982, 93 ff.; Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse, GA 1984, 393 ff.; La aplicación y sustitución de la pena en el futuro Código Penal, RFDUC monogr. Nr. 6 1983, 413 ff.; Die Ersetzungsformen der Freiheits- und anderer Strafen in der spanischen Strafrechtsreform, in Hassemmer [Hrsg.], Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform, 1987, 103 ff.; Alcance y función del Derecho penal, ADPCP 1989, 5 ff.

nario; relación con la ciencia jurídica penal alemana y la latinoamericana; proyectos de investigación y similares

De octubre de 1978 a marzo de 1980 fui Prof. Adjunto de Derecho Penal en la Univ. Autónoma de Madrid, trabajando con plena autonomía en las clases de Parte General que tuve a mi cargo y dentro de un Departamento de Derecho penal que dirigía G. Rodríguez Mourullo, y participaba en excelentes y enriquecedores seminarios de docentes en el que también intervenían colegas como Miguel Bajo, Agustín Jorge Barreiro o Enrique Peñaranda²². En el curso 1978/79 el más brillante de los estudiantes de mi curso de PG fue Miguel Díaz y García Conlledo, que años después se convirtió en discípulo mío en la Univ. de León. En enero de 1980 me presenté al concurso nacional a tres plazas de Prof. Agregado [Ausserord. Prof.] de D. Penal de las Univs. de Salamanca, Alicante y Valladolid, y, al obtener el Nr. 1 y elegir la primera Univ., de marzo 1980 a mayo 1981 fui Prof. Agregado de D. Penal en Univ. de Salamanca²³. En ella se me adscribió como Ayudante Javier de Vicente Remesal, a quien desde ese momento le dirigí su tesis doctoral sobre comportamiento postdelictivo positivo, cuya preparación completó, becado por el DAAD con estancias en la Univ. de Munich bajo la tutela de mi maestro C. Roxin.

En febrero de 1981 se convocaron a concurso de acceso restringido entre Profs. Agregados seis Cátedras de Derecho penal, al que presentamos la solicitud sólo cinco de los nueve Profs. Agregados de D. Penal en ese momento existentes y en marzo una comisión nacional nos convertía directamente en catedráticos por riguroso orden de antigüedad en el cuerpo de Profs. Agregados y en mi caso

²²Todos ellos discípulos de Rodríguez Mourullo. A partir de 1979 se incorporaron tb., provenientes de la UCM, como Profs. Adjuntos durante unos años Susana Huerta y Antonio García-Pablos.

²³Dichos concursos a plazas de Profs. Agregados, que no sólo habilitaban [como los de Profs. Adjuntos], sino que directamente otorgaban las plazas a los ganadores, tenían exactamente las mismas seis pruebas públicas de los concursos a plazas de Catedráticos, porque durante los años 70 y comienzos de los 80 el Ministerio de Educación español convocaba concursos abiertos y con superación de seis ejercicios o pruebas, no a cátedras, sino a agregaciones de Universidad, y posteriormente se convocaban concursos [entre Profs. Agregados y ya sin pruebas] de acceso a cátedras vacantes o de nueva creación. En este concurso para agregaciones celebrado en Madrid durante todo el mes de enero de 1980 obtuvimos las plazas frente a otros ca. quince concursantes, como nr. 1 yo mismo, como Nr. 2 Javier Boix, que eligió la plaza de Alicante, y como Nr. 3 Gonzalo Quintero, que obtuvo la plaza restante en Valladolid.

elegí la cátedra de la Univ. de León²⁴. Efectivamente, de mayo de 1981 a sept. de 1988 fui Catedrático de D. Penal en la Univ. de León, a la que me siguió desde Salamanca como Ayudante Javier de Vicente y a la que en seguida se incorporó también como Ayudante Miguel Díaz, mi antiguo alumno en la Univ. Autónoma de Madrid. Como Univ. de nueva creación que era, en León tuve que poner en marcha desde cero con el apoyo de mis dos ayudantes un departamento y una biblioteca de Derecho penal, e igualmente contribuí al desarrollo de la Fac. de Derecho como Vicedecano de la misma durante dos años y al de la nueva Universidad como Vicerrector durante casi cuatro años. Y en ella se leyeron las primeras tesis doctorales dirigidas por mí: la de J. de Vicente Remesal sobre comportamiento postdelictivo [que en febrero de 1985 fue la primera tesis doctoral de la Facultad de Derecho], y ya tras mi traslado a la Univ. de Alcalá, en 1989 la de M. Díaz y García Conlledo sobre la autoría y sus clases y en 1993 la de José-Manuel Paredes sobre el riesgo permitido: todos ellos son desde hace años catedráticos.

En junio de 1988 obtuve den Ruf a la cátedra DP Alcalá en un concurso restringido entre ocho catedr. Desde sept. 1988 hasta la actualidad [2014] Catedrático de D. Penal en Univ. de Alcalá, Madrid; aquí he desarrollado en este cuarto de siglo largo la mayor parte de mi actividad científica y académica²⁵, habiendo sido Decano de la Facultad de Derecho de dic. 1999 a marzo de 2006. En Alcalá he tenido nuevos discípulos españoles e hispanoamericanos,

²⁴Los cinco Profs. Agregados a los que la comisión nombrada por el Ministerio de Educación nos convirtió en catedráticos sin ulteriores pruebas [dado que para las Agregaciones ya habíamos superado las mismas que para los concursos a cátedras] y que por el orden de antigüedad elegimos nuestras respectivas cátedras fuimos: 1º Santiago Mir Puig [Univ. Autónoma Barcelona], 2º Tomás Vives [Univ. Alicante], 3º yo mismo [Univ. León], 4º Javier Boix [Univ. de Baleares, Palma de Mallorca], 5º Gonzalo Quintero [Univ. Málaga], y quedó vacante la cátedra de la Univ. de Extremadura en Cáceres. No quisieron concursar al acceso a cátedras cuatro Profs. Agregados que prefirieron continuar en sus plazas en Madrid, donde también trabajaban como abogados: tres más antiguos que los cinco que accedimos a catedráticos: Horacio Oliva, Miguel Bajo y Luis Rodríguez Ramos, y uno más moderno, Antonio García-Pablos.

²⁵Desde Alcalá proseguí una intensa y especial relación con la Univ. León durante los primeros años, en que dictaba allí cursos de doctorado y organizaba seminarios, porque en León seguían estando como docentes la mayoría de mis discípulos iniciales: J. de Vicente Remesal, M. Díaz y García Conlledo, José M. Paredes y mi discípula indirecta María Trapero, hasta que en oct. 1993 de Vicente obtuvo una cátedra en la Univ. de Vigo y en enero de 2004 Díaz una cátedra en la Univ. Pública de Navarra, Pamplona [desde la que regresó como catedrático a León 4 años después]. Con esas tres Univs. mantengo desde entonces una constante relación.

directos –dirigiendo tesis doctorales: las primeras las de Teresa Rodríguez Montañés [dolo en delitos de peligro, 1993] y Raquel Roso Cañadillas [autoría y participación en delitos imprudentes, 1999], quien con casi un cuarto de siglo de trabajo ininterrumpido a mi lado es mi más estrecha colaboradora²⁶– e indirectos [discípulos de discípulos], a los que me referiré infra II.

En todos estos años he proseguido intensamente las relaciones con la ciencia penal alemana: cabe citar, además de publicar buena parte de mis artículos en alemán²⁷, mis traducciones y anotaciones de libros de Roxin hasta su AT I-II²⁸, una ulterior estancia de investigación jul-sept. 1988 en München financiada por la Humboldt-Stiftung, la organización de congresos hispanoalemanes en España y mi intervención en otros congresos con participación alemana así como en congresos y cursos en Alemania²⁹,

²⁶Efectivamente Raquel Roso, actual Prof. Titular, empezó a colaborar ya de estudiante en 1990 como wiss. Hilfskraft en nuestro Dpto; además de su trabajo constante en el área de DP, colaboró intensamente conmigo durante tres años como Vicedecana cuando yo fui Decano de la Facultad. Antes comenzó como Ayudante en 1988 T. Rodríguez Montañés, actual Prof. Titular acredit. como catedrática, quien también fue durante un año Vicedecana en mi Decanato, pero a continuación desde 2001 a fines de 2013 ha estado fuera de la Univ. como letrada en el TC. En esos primeros años míos en la U. Alcalá vinieron de la Univ. de León a trabajar también temporalmente como Ayudantes conmigo: en 1989/90 mi discípulo J. M. Paredes [actualm. catedrático], a quien yo dirigía la tesis aunque era Ayudante en León, y en 1995/96 María Trapero [actual Prof. Titular acredit. como catedrática], discípula de Miguel Díaz en León, pero que tras esta estancia en Alcalá me considera su segundo maestro directo [y por ello yo escribí el Prólogo de su segundo libro *El error en las causas de justificación*, 2004, 21-23]. En sentido inverso, tuvo que marcharse de Alcalá a la Univ. de León, donde obtuvo una plaza de Ayudante, mi discípula Isabel Durán Seco [actualm. acreditada como Prof. Titular], que colaboró varios años conmigo en Alcalá, pero sin poder encontrar aquí una plaza docente.

²⁷Además de los seleccionados infra III, etwa: Luzón, Diskussionsbericht über: Die strafrechtliche Haftung für die Infizierung oder Gefährdung durch HIV, in Swarc [Hrsg.], *AIDS und Strafrecht*, Berlin, 93 ff.; *Dogmatische Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils aus spanischer Sicht. Die Straftatslehre in Spanien*, in: *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?* [Tagungsbeiträge eines Symposiums der Humboldt-Stiftung], Berlin, 2001, 191 ff.

²⁸Además de las traducciones y notas de sus libros *Problemas básicas del DP e Iniciación al DP* ya citados [supra n. 15 y 16], Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, 2ª ed. alemana, trad. y notas de D.-M. Luzón, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid, 1997; acabamos de terminar la vers. españ. de DP, PG, t. II, trad. y notas de D.-M. Luzón, J. M. Paredes, M. Díaz y J. de Vicente Remesal [con la colaboración de otros discípulos], Madrid, 2014.

²⁹1] Organizac. y direcc. de congresos hispano-alemanes: Luzón /Mir [Dirs.], Seminario Hispano-Alemán sobre Causas de justificación y de exclusión de la tipicidad y del injusto penal [Ponentes alemanes: Perron, Günther, Hruschka], Univ. Barcelona y Alcalá, 28-30 marzo 1990; Mir/Luzón [Dirs.], Seminario Hispano-Germánico de DP sobre reparación civil como alternativa a la pena de prisión, Fac. de Derecho. Univ. Barcelona, 11 marzo 1992; Luzón/Mir [Dirs.], Seminario Hispano-alemán sobre responsabilidad penal de órganos de empresas y personas jurídicas [Ponentes alemanes: Bottke. Frisch. Jakobs.

he participado y dirigido sog. "acciones integradas hispa-

Schumann], Cátedra Teneo de D.º empresarial, Madrid.-Univ. Alcalá, 24-26 marzo 1993; Mir/Luzón [Dirs.], Jornadas hispano-alemanas sobre responsabilidad por el producto [Ponentes: alemanes Puppe, Kuhlen], Fac. Derecho, Univ. Barcelona, 11-12 marzo 1994; Luzón/Mir [Dirs.], Seminario Hispano-Alemán sobre Cuestiones básicas del Derecho Penal en la actualidad [Ponentes alemanes: Herzberg, Wolter, Kindhäuser], Univ. de Alcalá [Rectorado], 23-24 marzo 1995; Mir/Luzón/Silva [Dirs.], Jornadas hispano-alemanas sobre Imputación subjetiva y error en Derecho penal [Ponentes alemanes: Puppe, Kindhäuser, K. Günther], Fac. Derecho, Univ. Barcelona, 5-6 septiembre 1996; Mir/Luzón/Silva [Dirs.], Seminario Hispano-Alemán sobre Cuestiones fundamentales del Derecho penal actual [Ponentes alemanes: Lesch, Murmann, Hefendehl], Fac. Derecho, Univ. Pompeu Fabra, Barcelona, 2-3 dic. 1999; Luzón [Dir.]: XI Seminario Interuniversitario de DP. Simposio Internacional en homenaje al Prof. Mir Puig con motivo de su Doctorado h. c. por Univ. Alcalá [Ponentes alemanes: Schönemann y Bottke], Fac. Derecho, Univ. Alcalá, 10-11 junio 2008. 2] Participación mía con ponencias fuera de Alemania, pero con importante participación alemana: en I Seminario Hispano-Germánico sobre Reforma del DP [dir. S. Mir.], Fac. Derecho Univ. Autónoma Barcelona, 5-8 marzo 1979; en: Seminario Hispano-Alemán sobre la reforma penal [dir.: M. Barbero], Madrid, Instituto Alemán 11-13 marzo 1982; in: Seminario Hispano-Alemán sobre Avances de la Medicina y Derecho Penal [dir. Mir], Fac. Derecho Univ. Barcelona, 25-26 sept. 1986; en: II Seminario Alexander von Humboldt de DP [Organiz. por la Alex. v. Humboldt-Stiftung] Fac. Derecho Univ. Islas Baleares, Palma Mallorca, sept.-oct. 1986; en Jornadas Hispano-Alemanas sobre Sida y DP [Dir. Mir], Fac. Derecho Univ. Barcelona 16-17 marzo 1989; in Colóquio Internacional: Para um sistema de direito penal europeu/Internationales Kolloquium: Bausteine eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems. Homenaje a C. Roxin [dirs. Figueiredo Dias y Schönemann], Fac. Direito Univ. Coimbra, Portugal 20-22 mayo 1991; en Sesión sobre el Derecho europeo; Co-Ponente alemán: Prof. Ulrich Everling, Bonn], in: Ehemaligentreffen der Stipendiaten aus Spanien des DAAD, Univ. Barcelona, 7-9 abril 1994; in Internationales Symposium AIDS und Strafrecht [Dir. A. J. Szwarc; ponentes alemanes: Schönemann, Bottke, Herzberg, Höpfel, Meurer, Koch, Nestler, Geppert, Kunz], Univ. Posen [Poznan], Polen, 1-5 junio 1994; Moderador ponencia de C. Roxin, Jornadas Presente y futuro de la dogmática penal europea. La aportación alemana, Univ. Pompeu Fabra, Fac. de Derecho, 28-29 mayo 1998; in: Seminario Internacional de Derecho Penal con motivo del Doctorado h. c. de C. Roxin, Univ. Lusíada, Lisboa, Portugal, 17-18 marzo 2000; Discurso de bienvenida como Decano Facultad de Derecho, in: Spanisch-deutsche Dialoge: Annäherungen an ein gemeinsames Europa. Encuentro de los antiguos becarios españoles del DAAD, Facultad Derecho Univ. Alcalá, 22-24 junio 2001; in: Mesas redondas Derecho y economía 2008 organiz. por Gabinete Jurídico M. Bajo. 9º: Mercado Financiero y DP. Cuestiones presentes y futuras [co-ponente alemán: J. Vogel], Colegio de Abogados Madrid, 11 dic 2008; V Jornadas Internacionales de Derecho Penal [Dir.: J. Lombana; ponente alemán: Schönemann], Univ. Rosario, Bogotá, Colombia, 30-31 marzo-1 abril 2009. 3] Participación mía con ponencias o conferencias en Alemania: in: Deutsch-Spanisches Treffen über Reformen im Strafrecht [Dir.: W. Hassemer], Univ. Frankfurt a. M., 26-28 nov. 1984; Täterschaft und Teilnahme bei fahrlässigen Delikten, Referat in: Seminar des Kriminalwissenschaftlichen Instituts, Köln [Dir.H. J. Hirsch] Juristische Fakultät Univ. Köln, 23-25 mayo 1987; Vortrag in den Jur. Fakult. der Univ. München, Erlangen, Passau, junio 1987; in Spanisch-deutsches Kolloquium: strafrechtliche Aspekte des Schwangerschaftsabbruchs [Dir.: Günther], Juristische Fakultät Univ. Tübingen 18-21 junio 1992; in DP económico europeo: Jornadas en honor a K. Tiedemann, Univ. Autónoma Madrid, Fac. Derecho 14-17 oct. 1992; in: Zurechnung von Verhalten in Recht und Moral [Dir.: Hruschka], Juristische Fakultät Univ. Erlangen, 3-9 oct. 1993; in 17. Fachsymposium der A. v. Humboldt-Stiftung: Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?, Residenzschloß, Bamberg, 3 [1-5] octubre 2000; in: Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Köln. Fachgruppe Strafrechtsvergleichung: "Verschleuderung anvertrauten Vermögens als strafbare Handlung in Europäischem Recht" [Dir. Th. Weigend. Referenten: UK: du Bois-Pedain, Italien: Foffani, Spanien: Luzón, Deutschland: Rönnau], Rechtswissenschaftliche Fakultät Univ. Köln 17-19 sept. 2009.

no-alemanas" con Schünemann y otros colegas³⁰, formo parte ab 2002 del Comité Científico [Ständige Mitarbeiter] des GA, y los miembros de mi escuela mayoritariamente han completado su formación también en estancias de investigación en Munich, Augsburg o Mannheim [con respectivamente los Profs. Roxin, Schünemann, Bottke y Wolter]. En la mayoría de los congresos hispano-alemanes, como también en alguna de las acciones integradas, intervinimos conjuntamente S. Mir y yo mismo con nuestras respectivas escuelas; incluyendo la investidura, promovida por mí, de Santiago Mir Puig en 2008 como Dr. h. c. en Univ. Alcalá y en el seminario anexo en y el posterior LH-Mir³¹.

También desde los años 80 han sido cada vez más intensas las relaciones mías y de mis discípulos con Iberoamérica: en mi caso he tenido una constante participación en congresos, cursos y conferencias en los países centro y suramericanos, dirigiendo incluso algunos masters³², y asesorando durante años a la Asamblea legislativa en la elaboración de un nuevo CP de Nicaragua aprobado en 2008; y por otra parte mis discípulos y yo hemos recibido y dirigido en nuestras universidades a múltiples postgraduados y doctorandos hispanoamericanos³³. Y por último en 2007 creamos con otros colegas y

³⁰1990/91: Acción integrada hispano-alemana –Ministerio de Educación y Ciencia español: MEC/DAAD– investigación sobre: "Sida y Derecho Penal". Co-directores: Mir Puig/Schünemann. Integrantes: Luzón Peña, Silva Sánchez, Bottke. 2000/01: Acción integrada hispano-alemana –MEC/DAAD– investigación sobre: "Reforma de los delitos sexuales". Co-directores: Luzón Peña/ Schünemann. Integrantes: Díaz y García Conlledo, Paredes Castañón, Rodríguez Montañés, Hefendehl, Hörnle, Koester.

³¹La investidura de Mir como Dr. h. c. se celebró el 12-6-2008 en la Univ. de Alcalá, actuando yo como padrino y pronunciando la laudatio. Previamente celebramos los días 10 y 11 en la Fac. de Derecho el XI Seminario Interuniversitario de Derecho Penal, Simposio Internacional en homenaje al Prof. Mir Puig con motivo de su Doctorado honoris causa, con participación de nuestras respectivas escuelas y algunos invitados especiales alemanes, italianos, españoles e hispanoamericanos. El seminario se plasmó en el libro Luzón [Hrsg.], DP del Estado social y democrático de Derecho. LH a Santiago Mir Puig por su doctorado honoris causa por la Universidad de Alcalá, Madrid, 2010.

³²En Argentina: 2001/02 co-director [junto con Prof. E. Donna] de la Maestría de Derecho Penal y Criminología, Univ. de Belgrano, Buenos Aires. En Nicaragua [UCA]: desde 1992 he dirigido múltiples cursos de especialización en DP y Criminología y desde 1999/2000 a 2006 la Maestría de D. Penal y procesal Penal. Además desde 1992 soy el coordinador español del Convenio en materias jurídicas entre la UCA de Nicar. y la Univ. de Alcalá, que ha permitido la formación de docentes de diversas áreas jurídicas de la UCA en Alcalá y la donación de fondos bibliográficos jurídicos de la U Alcalá a la UCA.

³³Infra en el ap. II, relativo a mi escuela científica, se mencionan las tesis doctorales que hemos dirigido a nicaragüenses y colombianos [yo cinco y M. Díaz dos] y los nombres de algunos otros doctorandos hispanoamericanos que actualmente investigan en nuestras

discípulos la FICP: Fundación Internacional de Ciencias Penales³⁴ como vehículo de relación internacional entre penalistas de los diversos países, muy especialmente con los latinoamericanos.

He participado en la elaboración de Proyectos de CP: en 1983 en la de comisión oficial redactora de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo CP español, antecedente del actual CP de 1995; y desde 1999 como consultor internacional de la Asamblea Nacional nicarag. para el Proyecto de CP que dio lugar al actual CP de Nicaragua de 2008³⁵. Y he dirigido diez proyectos de investigación trianuales con participación de otros investigadores y financiados por entidades públicas.

Soy Dr. h. c. por la UCA [Univ. Centroamericana] de Nicaragua, Managua: investidura 18. Noviembre 2004³⁶. Nombres equivalentes: Prof. Honorario del Claustro, Univ. Vigo, Fac. de Derecho de Orense, investidura el 20. enero de 2006; Prof. Visitante del Claustro de la Univ. del Rosario, Bogotá: Decreto Rectoral Núm. 1236 de 29. Octubre y entrega 6. Nov. 2012. He obtenido condecoraciones españolas y extranjeras³⁷. Tengo reconocidos y eva-

Univs..

³⁴El Presidente de la FICP es J. de Vicente Remesal, y somos Presidentes de honor D.-M. Luzón Peña y S. Mir Puig. En su página web www.ficp.es se contienen, entre otras cosas [sobre el resto de patronos cfr. Patronato], dos revistas penales: Libertas [dir. M. Díaz y García Conlledo] y Foro FICP [dir.: D.-M. Luzón], las actas de los anuales Seminarios Interuniversitarios internacionales de DP en la Univ. Alcalá y de los anuales Seminarios de Filosofía del Derecho y DP en la Univ. León.

³⁵1983: Miembro de la Comisión redactora de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal español, designada por el Ministerio de Justicia [6 miembros: Profs.: Cobo, Gimbernat, Luzón, Muñoz Conde y Quintero, y el Magistrado del Trib. Supremo Sr. García Miguel]: Propuesta de Anteproyecto del Nuevo CP, Madrid, Ministerio de Justicia, 1983 [2.ª ed. 1984]. 1999/2001 ss.: Consultor internacional científico del Proyecto de Código Penal de Nicaragua [designado por la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional de Nicaragua, de acuerdo con la A.I.D.].

³⁶Fue el primer doctorado honoris causa que otorgó la UCA. Pronunció la laudatio el Prof. Manuel Aráuz y actuó como madrina en la entrega de insignias la Prof. Asunción Moreno Castillo. Inmediatamente antes, del 15. al 19. nov. la Fac. de Ciencias Jurídicas organizó las "Jornadas internacionales de DP y Derecho Procesal Penal La reforma de la Justicia penal en Nicaragua. Avances y perspectivas. En Homenaje al Prof. Dr. Diego-M. Luzón Peña, Catedrático de DP de la Univ. de Alcalá, en ocasión de su investidura como Doctor honoris causa por la Univ. Centroamericana"; en las Jornadas participaron, además de múltiples penalistas centroamericanos, los Profs. españoles Mir, Jorge Barreiro, Moreno Catena, Gómez Colomer, Gracia Martín, González Cussac, de Vicente Remesal, Díaz y García Conlledo, Paredes, Trapero, García Sobrado y el colombiano Alberto Suárez Sánchez.

³⁷Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort [concedida por el Ministerio de Justicia de España el 11-2-1984 como miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal de 1983]. Cruz de Caballero de la Orden del Congreso de Colombia

luados positivamente por los organismos competentes el máximo posible de tramos de investigación y de docencia.

II. ESCUELA CIENTÍFICA

Durante estos años he formado una amplia escuela científica: como maestro directo de unos, dirigiendo y supervisando sus tesis doctorales y también los primeros de sus siguientes trabajos de investigación, o indirecto de otros [discípulos de mis discípulos directos, con los que tb. tengo una estrecha relación científica]³⁸. Los discípulos constituyen al fin, desde luego para mí, el tesoro más valioso de un académico, pues con ellos se ejerce al máximo nivel y con la mayor intensidad la labor de formación y transmisión del conocimiento y de iniciarlos en la investigación; por ello mi manual, además de a mi genial maestro Claus Roxin y a mi familia, va dedicado a mis discípulos³⁹. En España son 4 Catedráticos y 6 Profs. Titulares, en dos casos acreditados [habilitados] como catedráticos; y en Univs. iberoamericanas 4 contratados como Catedráticos. A ellos se suman varios docentes doctores, otros doctores dedicados a la Justicia y docentes o investigadores predoctorales⁴⁰.

[concedida el 18-12-2003].

³⁸Son discípulos directos míos, además de los ya citados J. de Vicente Remesal, M. Díaz y García Conlledo, J.-M. Paredes, T. Rodríguez Montañés y R. Roso, los siguientes [entre paréntesis el año de sus tesis doctorales en Alcalá]: María-Asunción Moreno, Manuel Aráuz [1999, 2000, ambos nicaragüenses], Isabel Durán [2002], Fernando de la Fuente, Juan Pavía [ambos 2003], Alberto Suárez Sánchez [Prof. colombiano, 2008, tesis codirigida con R. Roso], José-Zamyr Vega [2010, nicaragüense de origen, docente en Alcalá]; en la Univ. de León he codirigido junto con M. Díaz la tesis del Prof. colombiano Jaime Lombana [2013] y en la Univ. de Deusto codirigí junto con A. Asúa la disert. de Guadalupe Pérez Sanzberro [1996]. Les dirijo actualmente su tesis en la Univ. Alcalá entre otros a Marta Vicente Gregorio, Carmen Pérez-Sauquillo, Jorge Luis Salas [Magistrado Perú], Alejandro Cantaro [docente en Argentina] y Beatriz Suárez [docente en Colombia] y una tesina de fin de master al peruano Wilder Padilla. El resto de los que se citan a continuación son discípulos de mis discípulos: M. García Mosquera y V. Rodríguez Vázquez discípulos de J. de Vicente, y los restantes de M. Díaz o [aquí indicándolo expresamente] de R. Roso.

³⁹Vgl. Luzón Peña, Lecciones de DP, PG, 2. A. 2012, S. VII.

⁴⁰Catedráticos los Profs. J. de Vicente Remesal [1993, Vigo; antes Prof. Titular León 1987], M. Díaz y García Conlledo [1994: Pública de Navarra; 1997 León; antes Prof. Titular León 1990], J.-M. Paredes Castañón [ab 2003: Univ. País Vasco, San Sebastián; ab 2008 U. Oviedo], Inés Olaizola Nogales [ab 2011, U. Pública de Navarra, discípula de M. Díaz]. Profs. Titulares acreditadas como catedráticas [2012] María Trapero Barreales [Tit. U. León ab 2006; antes Tit. en U. Vigo ab 2000; trabajó un año como Ayudante mía en Alcalá] y Teresa Rodríguez Montañés [Tit. U. Alcalá 1995]. Profs. Titulares Raquel Roso Cañadillas [U. Alcalá, ab 2003], Soledad Barber Burusco [U. Públ. Navarra, ab 2006], acreditadas como Titulares Isabel Durán Seco [Univ. León] y Leticia Jericó Ojer [U. Públ. Navarra]. Contratados como catedráticos en Hispanoamérica: Manuel Aráuz Ulloa y María-Asunción Moreno Castillo [UCA de Nicaragua, respectiv. Decano y Directora de Postgrado Fac. CC.

Parte de mi escuela, que se ha formado igualmente en Alemania, ha intervenido junto conmigo en la traducción al español de la obra *Strafrecht AT, I-II*, de Claus Roxin⁴¹, sin duda el más importante Lehrbuch de la disciplina que se ha publicado en el mundo. Y la unión de nuestra escuela se mantiene, además de en otros proyectos, trabajos y actos conjuntos, en la participación de la inmensa mayoría en los anuales Seminarios Interuniversitarios internacionales de DP [en 2014 ya el 17.º] que celebramos en junio en la U. Alcalá, como anteriormente celebramos seminarios hispano-alemanes en Alcalá y Barcelona, y en la colaboración de casi todos los miembros españoles en una edición del CP español y legislación complementaria dirigida por mí⁴².

III. APORTACIONES A LA CIENCIA JURÍDICO PENAL

De los muy numerosos temas penales abordados en mis publicaciones indicaré que ciertamente he dedicado

Jurídicas], Alberto Suárez Sánchez [Univ. Externado Colombia, Bogotá] y Jaime Lombana Villalba [Univ. del Rosario, Bogotá]. Docentes doctores contratados Marta García Mosquera, Virxilio Rodríguez Vázquez [ambos Univ. Vigo], José-Zamyr Vega Gutiérrez [U. Alcalá], Geovana Vallejo Jiménez [Univ. San Buenaventura, Medellín]. En la Justicia, los Dres. Juan Pavía Cardell, Fiscal, Fernando de la Fuente Honrubia y Silvia Martínez Cantón, Magistrados-Jueces. Son docentes o investigadores predoctorales Alejandro Cantaro [Univ. Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina], Jorge-Luis Salas Arenas [Magistrado Corte Suprema Perú], José Manuel García Sobrado [U. Vigo, Orense], Marta Vicente de Gregorio, Carmen Pérez-Sauquillo [U. Alcalá], Paz Francés Lecumberri [U. Públ. Navarra], Susana Escobar Vélez, Natalia Torres Cadavid [Univ. Eafit, Medellín/Univ. León], Beatriz Suárez López [Univ. Jorge Tadeo, Bogotá], Simón Rodríguez Wilches [Bogotá], Juan Cabanillas [Buenos Aires], Juan-Carlos Díaz Restrepo [UNAB Bucaramanga, Colombia], Augusto-César Díaz Pérez [nicaragüense en U. Alcalá; los cinco anteriores dirigidos por R. Roso, en el caso de Beatriz Suárez junto conmigo], Alfredo Alpaca Pérez y Wilder Padilla [peruanos, en Univ. León y Univ. Alcalá].

⁴¹Como ya se ha anticipado en n. 27, hemos participado los siguientes en la traducción: Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, 2ª ed. alemana, trad. y notas de D.-M. Luzón, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997; y en la vers. españ., que terminamos ahora, de DP, PG, t. II, Madrid, Civitas-Thomson, 2014, trad. y notas de D.-M. Luzón [supervisión general además de mi parte], J. M. Paredes, M. Díaz y J. de Vicente Remesal, con la colaboración [traducciones de partes más pequeñas revisadas por mí] de otros discípulos: M. García Mosquera, M. Trapero, I. Olaizola, R. Roso, S. Barber, L. Jericó, I. Durán, V. Rodríguez Vázquez, S. Martínez Cantón, J.Z. Vega, S. Escobar.

⁴²Luzón Peña, D.-M. [Dir.]/Díaz y García Conlledo, M [Coordin.]/de Vicente Remesal, J./ Paredes Castañón, J. M./Olaizola, I., *Código Penal*. Con la colaboración de: Trapero, Roso, Barber, Durán, Jericó, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Vicente de Gregorio, Francés, Escobar. Madrid, Ed. La Ley/W. Kluwers, eds. anuales de 2007 a 2012 [en 2013 e-book]. Luzón Peña, D.-M. [Dir.]/Díaz y García Conlledo, M [Coordin.]/de Vicente Remesal, J./ Paredes Castañón, J. M./ Olaizola, I./ Trapero, M. [supervis.], *Código Penal y legislación complementaria*. Con la colaboración de: Roso, Barber, Durán, Jericó, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Vicente de Gregorio, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo. Madrid, 1. Aufl., Ed. Reus, 2013.

estudios a múltiples delitos de la Parte especial⁴³. Pero por su carácter más universal voy a a continuación a seleccionar y exponer sintéticamente algunas aportaciones destacables a cuestiones relevantes de la Parte General.

1. Introducción

a] He elaborado ampliamente la base constitucional de cada uno de los límites del *Strafgehalt* [o *ius puniendi*]⁴⁴.
b] Sostengo que la admisibilidad de las leyes penales en blanco sólo se puede fundamentar en los supuestos de estricta imposibilidad de regular en el propio tipo legal todo el supuesto de hecho [*impossibulum nulla est obligatio*], de donde se derivan ulteriores restricciones⁴⁵.

2. En la teoría general del delito

a] En la acción como base del delito rechazo todos los conceptos normativos por introducir indebidamente valoraciones en una categoría fáctica, válida para cualquier comportamiento humano, incluso neutro o indiferente normativamente; por ello sostengo un concepto personal-humano de acción, pero no como manifestación de

⁴³Así p.ej.: Homicidio: DPC 2, 1994, 18 ff.; in Luzón Hrsg. EPB, 2002, 755 ff.; Aborto e indicaciones CPC 36 1988, 629 ff.; in Luzón [Hrsg.], EPB, 2002, 17 ff., 823 ff.; Transmisión del sida: in VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas [1990], 1991, 87 ff.; PJ 23 1991, 87 ff.; in Mir Hrsg., Problemas jurídico penales del SIDA, 1993, 11 ff., 173 ff., 187 ff.; PJ 36 1994, 35 ff.; in Szwarc [Hrsg.], AIDS und Strafrecht, Berlin, 93 ff.; Manipulación genética: in Modernas tendencias en la ciencia del DP y en la Criminología, UNED, 2001, 131 ff.; Delitos contra el honor y libertad de expresión e información: in: Justicia Penal y libertad de prensa, San José, ILANUD, I, 1992, 209 ff., II, 1993, 441 ff.; Delitos contra la esfera íntima: ADPCP 1988, 39 70; Revelación de secreto profesional: PJ n° espec. XIII, 1990, 131 ff.; Omisión de socorro: trabajos recogidos in Luzón, DP Circulación, 2. A. 1990, 179-226; Detenciones y robo con toma de rehenes: PJ 8 1987, 97 ff.; Administración desleal y apropiac. indebida: Untreue und Unterschlagung: Luzón/Roso, in Boix/Lloria [Hrsg.], Diccionario de DP económico, Madrid, 2008, 29 ff., 181 ff.; ZStW 122 2010, 354 ff.; InDret 2010-3, 2 ff.; in RDP arg. 2013-II; Responsabilidad penal del asesor jurídico, especialm. en empresas y en blanqueo de capitales: LH-Landrove, 2011, 681 ff.; Foro FICP, 2013-1 [www.ficp.es], 28 ff.; Delito de publicidad engañosa: in Cartas CEDEF, 1 1996, 3 ff.; Delitos en la circulación vial: artículos recogidos in Luzón, DP de la Circulación, 1985, 2.A. 1990; PJ 21 1991, 129 ff.; RC 1993, 3 ff.; in Cano/ u. a., DP y seguridad vial, Madrid, 2007, 31 ff.; Tráfico de drogas: in Barbero Hrsg., La reforma penal. 4 cuestiones fundamentales, 1982, 63 ff.; LL 1989-2, 743 ff.; Delitos contra salud pública en los alimentos: LL 1989-3, 327 ff.; Intrusismo profesional: ADPCP 1985, 669 ss.; LL 1989-4, 497 ff.; Delitos contra la Administración de justicia: LH-Antón Oneca, 1982, 777 ff.; Delitos contra el sistema constitucional y altos organismos: CPC 1991, 349 ff.; in Cobo Hrsg., ComLP, V, 1985, 623 ff.; Delitos contra personas internacionalmente protegidas: in Cobo Hrsg., ComLP, V, 1985, 601 ff.

⁴⁴Inicialmente Luzón, PG, 1. A. [Curso de DP, PG I, Madrid], 1996, 79 ss.; in Luzón [Hrsg.]; EPB, 2002, 857 ff.; más desarrollado en PG, 2. A. [Lecciones de DP, PG, 2. A., Valencia], 2012, 2/5 ff.

⁴⁵PG, 1. A. 1996, 150 ff.; PG, 2. A. 2012, 5/54 ff.

personalidad al exterior según la fórmula de Roxin⁴⁶, sino como manifestación de voluntad al exterior, normalmente activa y muy rara vez totalmente pasiva [en la inmensa mayoría de delitos omisivos hay una acción positiva, eso sí distinta de la debida, no pura pasividad o inmovilidad]; por ello se ha de examinar si había consciencia y voluntad de la propia acción activa o pasiva, con independencia de sus circunstancias, consecuencias o de su significado [lo que ya pertenece a la acción típica]⁴⁷. Y por ello no existe acción humana propia [ni posible culpabilidad] en "actuaciones" de personas jurídicas⁴⁸.

b] Relación tipo-antijuridicidad: ciertamente es preferible utilizar el concepto de el tipo global de injusto a efectos de fundamentar plenamente un auténtico injusto penal [materia de prohibición] y de error: sobre presupuestos de la prohibición, distinto del error sobre la prohibición o desvaloración misma; pero el tipo estricto o positivo cumple funciones propias: delimitación de unos tipos de otros; existe ciertamente la relación regla/excepción y la regla es que el tipo i. e. S. supone ya un indicio de antijuridicidad [penal] por haber afectación relevante de bienes jurídicos⁴⁹. c] Acepto que la plena antijuridicidad requiere desvalor de acción y del resultado, pero que sin desvalor de acción no hay antijuridicidad, y destaco que hay no sólo desvalor subjetivo y sino tb. desvalor objetivo de la acción: peligrosidad, modos y circunstancias de ejecución, cualidad salvadora de bienes o intereses⁵⁰; y que el dolo no sólo implica mayor desvalor subjetivo de acción, sino tb. ex ante mayor desvalor objetivo de la acción [peligrosidad] que la misma conducta con imprudencia⁵¹.

d] Para la imputación objetiva como requisito implícito del tipo objetivo sostengo que se requiere⁵²: 1] ade-

⁴⁶Roxin, AT I, 4. 2006, § 8/44 ff.

⁴⁷Vgl. Luzón, La acción como fundamento del delito, LH-Casabó, II, 1997, [143 ff.] 149 ff, 160 ff.; PG, 1. A. 1996, 254 ff., 265 ff.; 2.A. 2012, 10/19 ff. u. 43 ff.

⁴⁸Luzón, PG, 1. A. 1996, 290 ff.; PG, 2. A. 2012, 11/37 ff.

⁴⁹Vgl. Luzón, PG, 1. A. 1996, 299 ff., 440 ff., 473 ff.; PG, 2. A. 2012, 12/10 ff., 17/4 ff. u. 74 ff.

⁵⁰Luzón, PG, 1. A. 1996, 331 ff.; 2. A. 2012, 13/30 ff., 38 ff.

⁵¹Así, siguiendo a Mir, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed. 1982, 76, Luzón, PG, 1. A. 1996, 331, 406 f.; 2. A. 2012, 13/32, 16/34.

⁵²Vgl. Luzón, PG, 1. A. 1996, 378 ff.; 2. A. 2012, 15/46 ff.

cuación de la acción y de la causación del resultado y creación de un riesgo mínimamente relevante [y no es preciso creación de un riesgo superior al riesgo permitido: eso pertenece a la exclusión de la antijuridicidad, con atipicidad de antemano o no⁵³], y 2] realización en el resultado del riesgo inherente a la acción inicial y en general encaje de la conducta, en su caso de la causación del resultado, en el fin de la norma. En cuanto a la exclusión del fin de la norma de los supuestos de favorecimiento de autopuestas en peligro sostengo⁵⁴ que su fundamento no puede ser el principio de autorresponsabilidad ni la perspectiva victimodogmática, ni tampoco la atipicidad de la participación en suicidio [eso no es así en muchos CP], sino el principio de alteridad o, por el contrario, de identidad; consecuencia: equiparación de la heteropuesta en peligro consentida al mero favorecimiento de una autopuesta en peligro si la víctima tiene el control del riesgo o peligro [no sólo conocimiento exacto del peligro].

e] El dolo, a mi juicio, requiere siempre voluntad, también en el dolo indirecto –contra lo que algunos alegan–, y por coherencia con ello también es precisa aceptación en el dolo eventual [es lo que fundamenta el mayor desvalor subjetivo/objetivo acción frente a imprudencia]⁵⁵, pero con una doble restricción objetivo-normativa: 1] el conocimiento y voluntad, para ser más que un mero deseo irrelevante, han de referirse a una acción adecuada, que implique creación de peligro relevante [como presupuesto de la imputación objetiva]⁵⁶, y 2] en el dolo eventual, defendiendo la teoría restringida del consentimiento o aceptación, comparto la posición según la cual, para que la confianza en que no se produzca el hecho sea más que un mero deseo y excluya la aceptación, tal confianza ha de ser una confianza mínimamente fundada objetivamente⁵⁷.

⁵³Luzón, PG, 1. A. 1996, 382; 2. A. 2012, 15/58 f.; über erlaubtes Risiko: 22/44 ff.

⁵⁴Näher dazu Luzón, GA 2011 [-5: Roxin-FG], 295 ff; PG, 2. A. 2012, 15/78 ff.

⁵⁵So Luzón, LH-Barbero, I, 2001, 1.112 f. [1109 ff.]; PG, 1. A. 1996, 411 f.; 2. A. 2012, 16/40 f.

⁵⁶Luzón, LH-Barbero, I, 2001, 1.111-1.113; PG, 1. A. 1996, 380 f., 412; 2. A. 2012, 15/54, 16/42.

⁵⁷So [der Auffassung u.a. von Engisch, Untersuchungen über Vorsatz u. Fahrlässigkeit, 1930, 176 f.; Küpper, ZStW 100 1988, 766, 774 f. folgend] Luzón, PJ 23, 1991, 94; LH-Barbero, I, 2001, 1.112 f.; PG, 1. A. 1996, 426 f.; 2. A. 2012, 16/76 ff.

f] De mis múltiples estudios sobre la imprudencia destaco: el no empleo de conocimientos superiores a la media supone imprudencia porque los conocimientos son transferibles al sujeto medio ideal, mientras que ello no sucede en el no empleo de capacidades superiores a la media⁵⁸; la regulación legal en la mayoría de los Códigos requiere autoría imprudente [normalmente determinación objetiva del hecho, excepcionalmente es suficiente la infracción de un deber especial] y no basta la mera participación imprudente⁵⁹.

g] He sostenido la tesis de que antes de las causas de justificación hay que examinar la concurrencia de posibles causas de exclusión de la tipicidad, entre las que hay que distinguir dos clases: 1] causas de atipicidad por carecer ya de antemano la conducta de cualquier relevancia jurídica y no suponer por tanto indicio de ningún injusto, ni siquiera extrapenal, lo que sucede en los muy contados casos en que el consentimiento excluye la lesión del bien jurídico y en los de adecuación social y simultáneamente jurídica; y 2] causas de exclusión sólo de la tipicidad penal, que dejan subsistente un injusto extrapenal y por tanto posible responsabilidad jurídica civil, administrativa etc.: así los supuestos de insignificancia o injustos-bagatela, tolerancia social, adecuación social pero no jurídica, consentimiento, consentimiento presunto y autorización oficial no plenamente válidos pero penalmente relevantes, supuestos no justificantes de ausencia de imprudencia y de error objetivamente invencible, o inexigibilidad jurídicopenal general⁶⁰. h] Causas de justificación; de ellas destacaré: h 1] Los fundamentos de las mismas resultan diversos concretando la ponderación de intereses en cada causa de justificación y no siempre se basan en un interés

⁵⁸Vgl. näher Luzón, PG, 1. A. 1996, 501 f.; 2. A. 2012, 18/28-30.

⁵⁹So Luzón, RDCir 1985, 275 ff.; ADPCP 1989, 889 ff., 902 ff.; PG, 1. A. 1996, 507 ff.; 2. A. 2012, 18/43 ff.

⁶⁰Planteamiento formulado desde mi artículo *Causas de atipicidad y causas de justificación*, in Luzón/Mir [Hrsg.], *Causas de justificación y de atipicidad* en DP, Pamplona, 1995, 21 ss.; PG, 1. A. 1996, 555 ff. Posteriormente desarrollado ampliamente en: RGDP 9, 2008, 1-34; RGDP 18 2012, 1-48; RDP 38, 2013, 9-33; Foro FICP 2013-2, 23-50; PG, 2. A. 2012, 20/1 ff., 22/1 ff. Exposición parcial en mis artículos alemanes: in Schünemann/Figueiredo Dias [Hrsg.], *Coimbra-Symposium f. Roxin*, 1995, 104 f.; *Vernünftige Annahme [objektiv unvermeidbarer Irrtum] und mutmaßliche Einwilligung: erlaubtes Risiko oder Straftatbestandsausschlussgrund*, GA 2006, 317 ff. Las causas de exclusión de la tipicidad penal coinciden con las de exclusión del injusto penal de Günther, pero, además de aplicarse a supuestos distintos, no es correcto el planteamiento güntheriano de que no se sabe si el acto es antijurídico: pues es siempre antijurídico extrapenal.

preponderante, sino a veces también en la no preferencia jurídica ante una colisión de intereses equivalentes⁶¹; h.2] Clases: Junto a las tradicionales, que excluyen el desvalor del resultado, algunas causas de justificación excluyen sólo el desvalor de la acción: o bien el desvalor subjetivo de la acción como *bei riesgo permitido* y *casus fortuitus*, *lég. def. racionalmente necesaria ex ante*, el derecho y deber de detención basados en una creencia racionalmente fundada en la concurrencia de los presupuestos legales, el derecho a la información veraz *ex ante*; o que excluyen el desvalor objetivo de la acción, como el estado de necesidad, la obediencia debida a órdenes pese a todo antijurídicas o el consentimiento presunto⁶². Consecuencias: entre otras, no cabe estado de necesidad defensivo frente a las que excluyen el desvalor del resultado, y la *autoría mediata con instrumento lícito* y la *actio illicita in causa* no son aplicables en las causas de justificación del resultado, sino únicamente en las que excluyen sólo el desvalor de la acción como ocurre en el estado de necesidad⁶³. h.3] En la legítima defensa: He efectuado una interpretación muy restrictiva de los elementos de la agresión antijurídica, excluyendo así de antemano la dura reacción de la legítima defensa contra puestas en peligro que no merecen considerarse agresiones ilegítimas, frente a las que sólo cabe estado de necesidad defensivo, y ello unido a una interpretación estricta de la necesidad del medio frente a agresiones poco importantes hace en buena medida innecesarias las llamadas restricciones ético-sociales de la defensa⁶⁴; ante la regulación exigiendo "necesidad racional del medio" de defensa siempre he sostenido que 'racional' tiene un sentido ampliatorio, admitiendo el medio

⁶¹Cfr. Luzón, *Aspectos esenciales leg. defensa*, 1978, 58 ff., 243 ff.; PG, 1. A. 1996, 574 ff., 587 f., 621 ff.; 2. A. 2012, 21/2 ff., 22/78 ff., 23/4 ff., 24/7 ff., 25/7 ff.

⁶²Cfr. Luzón, *Aspectos esenciales leg. defensa*, 1978, 121-125, 251 ff.; in ComLP, V, 1985, [223 ff.] 259 f., 270; in Luzón/Mir [Hrsg.], *Causas de justificación y de atipicidad*, 1995, 33 ff.; JRE 2 1994, [353 ff.] 360 ff.; ADPCP 1994-3, [61 ff.] 70 ff.; PG, 1. A. 1996, 575 f., 607 f., 622, 640 ff.; *Causas de justificación*, in Luzón [Dir.], EPB, 2002, [246 ff.] 247 f.; PG, 2. A. 2012, 21/4 ff., 22/26 ff., 119 ff., 23/69 f., 24/9, 25/8 f., 19 f., 28 f., 46 f., 76 f., 104 ff., 117.

⁶³Vgl. näher Luzón, *Aspectos esenciales leg. defensa*, 1978, 125 f., 250 f.; ComLP, V, 1985, 267, 270; in Luzón/Mir [Hrsg.], *Causas de justificación y de atipicidad*, 1995, 36 f.; JRE 2 1994, 361 ff.; ADPCP 1994-3, 72 ff.; PG, 1. A. 1996, 578 f., 613, 622, 628, 632 f., 641; in Luzón [Dir.], EPB, 2002, 248 f.; PG, 2. A. 2012, 21/16 ff., 23 f., 22/33 f., 23/89 f., 24/9, 27, 45, 25/6 y n. 2.

⁶⁴So eingehend Luzón, *Aspectos esenciales leg. defensa*, 1978, 278 ff., passim; 2. A. 2002, 114 ff., 527 ff., 561-563, 570 f., passim; in ComLP, V, 1985, 223 ff., 261 f., 269 f.; PG, 1. A. 1996, 589 ff., 609 f., 632 f.; 2. A. 2012, 23/11 ff., 76 ff.

defensivo que, aunque ex post resulte innecesario, se pueda considerar ex ante necesario objetivamente, es decir en una creencia racionalmente fundada para el hombre medio ideal [idealen Durchschnittsmensch]⁶⁵, pero últimamente definiendo el doble papel de la "racionalidad", o sea que el calificativo "racional" también tiene un sentido restrictivo y es la base legal que permite excluir –sin vulnerar el principio de legalidad penal válido también para las causas de justificación con regulación legal detallada– el empleo de un medio que, como en caso de extrema desproporción entre el mal causado y el evitado, se considere social-jurídicamente no racional ni razonable, aunque en el caso concreto fuera estrictamente necesario⁶⁶; y en cuanto a la "falta de provocación suficiente" como último requisito legal de Códigos como el español sostengo que la única provocación suficiente para excluir la plena legítima defensa es, siguiendo el punto de partida de Roxin, aquella en que no resulte necesaria la defensa del Derecho a través de alguien legitimado para ello, porque la reacción del sujeto sólo tenga el sentido de un ajuste de cuentas interno⁶⁷, pero que ello sólo sucede en caso de provocación o aceptación de una riña o un duelo⁶⁸. h.4] En el estado necesidad: a mi juicio, en la regulación unitaria del CP español que exime con tal de que no se cause un mal mayor, se puede mantener la teoría de la unidad y considerar que el est. necesidad tanto propio como el auxilio necesario excluye la antijuridicidad⁶⁹; sostengo que requiere la amenaza de un mal jurídico, que p.ej. sí concurre en el intento de suicidio, pero no en el ejercicio del derecho por un enfermo que se niega a una intervención salvadora⁷⁰; y que en la ponderación de intereses desempeña un importante papel la existencia o no y el grado de

⁶⁵So Luzón, *Aspectos esenciales leg. defensa*, 1978, 125; 2. A., 2002, 107, 558 f.; ComLP, V, 1985, 259 f.; PG, 1. A. 1996, 607 f.; 2. A. 2012, 23/69 f.

⁶⁶Así mi nueva posición en Luzón, PG, 2. A. 2012, 23/68, 71 f., 78 f.

⁶⁷Vgl. näher Roxin, ZStW 75 1963, 566 ff., 572 ff., 577 ff.

⁶⁸Vgl. Luzón, ComLP, V, 1985, 263 ff., insbes. 266-269; LL 1989-3, [487 ff.] 491 ff.; PG, 1. A. 1996, 612 ff., 610 ff.; 2. A. 2012, 23/86-94, 80 ff.; *Aspectos esenciales leg. defensa*, 2. A. 2002, 563 ff., insbes. 566-569, 578 ff.

⁶⁹So Luzón, *Aspectos esenciales leg. defensa*, 1978, 247 ff.; 2. A., 2002, 225 ff.; REPe 238 1987, [47 ff.], 53 f.; in Luzón/Mir [Hrsg.], *Causas de justificación y de atipicidad*, Pamplona, 1995, 33 f.; *Estado de necesidad y estado de necesidad defensivo*, in Luzón [Hrsg.], EPB, 2002, 672 ff.; PG, 1. A. 1996, 576, 621 ff.; 2. A. 2012, 21/7, 24/5 ff.

⁷⁰Luzón, REPe 238 1987, 50 ff.; in Luzón [Hrsg.], EPB, 2002, 673 f.; PG, 1. A. 1996, 623 f.; 2. A. 2012, 24/12 ff.

peligro previo para los bienes jurídicos en conflicto⁷¹. h 5] En la obediencia debida a órdenes antijurídicas obligatorias anteriormente defendí la teoría de la nulidad⁷², pero actualmente considero que el Derecho español se basa en la t^a de la evidencia⁷³.

i] En la culpabilidad: He pasado de una concepción neutra: culpabilidad como motivabilidad normal basada en la posibilidad y necesidad de prevención general de intimidación, a la mayoritaria concepción normativa como reprochabilidad penal del hecho al sujeto basada en la libertad [consagrada constitucionalmente] y en la normative Ansprechbarkeit und Bestimmbarkeit des Täters⁷⁴. Las causas de exculpación por inexigibilidad penal individual exigen a mi juicio un doble requisito, fáctico: exclusión o al menos grave dificultamiento de la normal posibilidad de determinación; y normativo: no valoración negativa o totalmente negativa de la motivación⁷⁵. j] Omisión impropia: he defendido como criterio de equivalencia, más allá de una posición de garante, el de que la propia omisión socio-normativamente crea o incrementa el peligro⁷⁶. k] En la autoría sostengo que el criterio para afirmar su existencia en los delitos puros de resultado es el de la determinación objetiva y positiva del hecho [como base objetiva del dominio del hecho], que es válido también para la autoría en delitos imprudentes⁷⁷.

⁷¹So eingehend Luzón, *Aspectos esenciales leg. defensa*, 1978, 278 ff., 306 ff.; 2. A. 2002, 253 ff., 280 ff.

⁷²So Luzón, in Luzón [Hrsg.], EPB, 2002, 677; PG, 1. A. 1996, 630 f.; 2. A. 2012, 24/39 ff.

⁷³Vgl. näher Luzón, PG, 2. A. 2012, 25/125 ff.

⁷⁴La anterior posición en Luzón, *Aspectos esenciales de la leg. defensa*, 1978, 221 f., 243 f.; *Medición de la pena y substitutivos penales*, 1979, 21, 38 f., 44 ff.; ADPCP 1989, 21 f., 32 f.; Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, 105; in: *Teorías actuales en el DP*, Buenos Aires, 1998, 311 ff.; LH-Torío, 1999, 161 ff.; PG, 1. A. 1996, 51 f., 59. Sobre mi actual posición cfr. Luzón, *Libertad, culpabilidad y neurociencias*, InDret 2012-3, 1 ff.; RDP arg. 2012-1, 153 ff.; PG, 2. A. 2012, 26/15, 26/31 ff.

⁷⁵Luzón, PG, 2. A. 2012, 26/40, 28/22 ff.; Handeln aus Gewissensgründen als Entschuldigungsgrund im vergleich zur Strafbarkeit der Überzeugungstat, Wolter-FS, 2013, 431 ff.; InDret 2013-1, 1 ff.; Entschuldigung aus subjektiver strafrechtlicher Unzumutbarkeit, Schönemann-FS, 2014.

⁷⁶Vgl. Luzón, RDCir 1974, 269 ff., 272 f.; RDCir 1980, 386 ff., 388; DP de la Circulación, 1985, 126 ff.; PJ 2 1986, [73 ff.], 79 ff.

⁷⁷Vgl. näher Luzón, ADPCP 1989, 889 ff., 902 ff.; PG, 1. A. 1996, 507 ff.; 2. A. 2012, 18/43 ff. Mi teoría ha sido en primer lugar seguida y desarrollada ampliamente por mis discípulos Díaz y García Conlledo en su libro *La autoría en DP*, Barcelona, 1991, y en diversos artículos, y Roso Cañadillas en su libro *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002. *Una exposición en alemán de nuestra concepción y la discusión doctrinal* in:

3. Penas y otras consecuencias jurídicas

a] Inicialmente sostuve que los fines de la pena son sólo la prevención, general y especial, y que la general prevalece en caso de conflicto sobre la especial; que la que fundamentalmente cuenta es la prev. gen. intimidatoria limitada por lo estrictamente necesario para ello, y por la proporcionalidad, culpabilidad etc., y que la prev. gen. positiva sólo es aceptable dentro de esos límites y no puede imponer exigencias superiores; de todo ello se derivan consecuencias para la suspensión y sustitución de pena⁷⁸. b] Actualmente sostengo que además es un fin de la pena la justicia [no la retribución], como en todas las ramas del Derecho, pero el fin principal es la prevención como medio necesario de protección de b. jurídicos: ello se deriva de la prioridad de la libertad frente a la justicia entre los valores superiores del ordenamiento jurídico que consagra el art. 1 CE⁷⁹. c] No son penas, sino una clase especial de medidas preventivas, las sanciones criminales a personas jurídicas, incluso aunque algunos CP las llamen así [penas], ya que la persona jurídica no comete delito y por eso imponerle penas vulnera el principio, vinculado al de legalidad penal, de responsabilidad por el acto y los de responsabilidad personal y de culpabilidad⁸⁰.

4. Consideraciones finales

Aparte de estas contribuciones que acabo de destacar, en mis diversos libros y numerosos artículos [más de 250 títulos] se contienen incontables aportaciones, ideas y sugerencias sobre prácticamente todas las cuestiones de la Parte General y sobre un amplio elenco de temas de Parte Especial. Y en todo caso, en mis trabajos se pretende que, aparte de las grandes aportaciones sistemáticas o de nuevas teorías y construcciones, cada párrafo sea una muestra de rigor y coherencia en la exposición y argumentación y, si es posible, implique una aportación a interpretaciones de normas concretas o la valoración y crítica de otras argumentaciones o interpretaciones.

Luzón Peña/Díaz y García Conlledo, Roxin-FS, 2001, 575 ff.; span. Fassung in: AFDUA 1998/99, extra-Nr. 2000, 53 ff.

⁷⁸Cfr. sobre ello mis publicaciones citadas *supra* en n. 21.

⁷⁹Vgl. Luzón, PG, 2. A. 2012, 1/44 ff.; apuntando ya en esa dirección, *Prevención general y especial y retribución*, in Luzón [Hrsg.] EPB, 2002, 1028 ff.

⁸⁰PG, 2. A. 2012, 2/12, 2/30 f., 11/39 ff.

No obstante, con excepción de aquellos artículos míos que se han publicado en alemán [los recogidos infra III en la selección bibliográfica y algunos más], la inmensa mayor parte de mi obra, publicada lógicamente en español [dado que en la mayoría de las ciencias jurídicas, y desde luego en la penal, no funciona como lingua franca universal el inglés, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de las disciplinas científicas], como le ocurre a la de los restantes penalistas hispanoparlantes, no es conocida ni manejada por los penalistas germanoparlantes, salvo por aquellos –clara minoría– que manejan el español o al menos intentan conocer las publicaciones más importantes en español.

Esta constatación es objeto de una valoración cada vez más crítica por los penalistas hispanoparlantes. En efecto, por haber sido la ciencia jurídicopenal alemana la creadora de la moderna teoría general del delito y por su elevado nivel científico, a lo largo del siglo XX y muy especialmente desde los años 60 y 70 la mayoría de la ciencia penal española y un sector dentro de la hispanoparlante han considerado parte esencial de su labor científica el manejo de las aportaciones de la doctrina de lengua alemana junto con el estudio de las de la propia dogmática penal española, y también, aunque en menor medida, de la iberoamericana, italiana y portuguesa [las de otros países tienen un peso mucho menor]. Ese no ha sido el caso de los penalistas germanoparlantes, que en general sólo se estudian y citan a sí mismos o en todo caso a las publicaciones en lengua alemana. Pero ocurre que en las últimas décadas la ciencia penal española y en habla española es cada vez más importante en nivel científico, calidad y cantidad, no existiendo diferencias sustanciales con la alemana⁸¹; aparte de que tiene como público, además de España y los países europeos latinos que entienden el español, todo un continente, el americano, hablando esa lengua⁸². Sería por ello altamente recomendable que

⁸¹Prueba de su importancia es el número de penalistas españoles y de habla española seleccionados precisamente en este libro. O la relevancia que en los últimos años concede la dirección del GA, encabezada por J. Wolter, al diálogo científico entre la dogmática penal alemana y española. O la mención de obras relevantes de penalistas españoles, no sólo en lengua alemana, que poco a poco ha ido incorporando en sus últimas ediciones el Lehrbuch AT I-II de Claus Roxin, sin duda el primer penalista del mundo.

⁸²En Brasil es segunda lengua obligatoria en las escuelas y todo el mundo la entiende, y en los EEUU es cada vez mayor el incremento del uso del español. que manejan va unos

los penalistas de habla alemana, sobre todo las jóvenes generaciones, tuvieran una disposición a la reciprocidad en el conocimiento y manejo de la doctrina jurídico penal en lengua española. De lo contrario, si no se da esa reciprocidad por parte de la ciencia penal alemana, puede ocurrir que poco a poco las nuevas generaciones de penalistas hispanoparlantes vayan perdiendo en gran medida el interés por mantener el manejo de la ciencia penal germánica y el contacto con ella.

IV. SELECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA PROPIA [MÁXIMO 20 TÍTULOS]

Monografías y libros dirigidos

1] Aspectos esenciales de la legítima defensa [Wesentliche Aspekte der Notwehr], Barcelona, 1977, 576 S.; 2. aktual. u. erweit. Aufl., Montevideo/Buenos Aires, 2002, XXV + 655 S.

2] Medición de la pena y sustitutivos penales [Strafzumessung und Strafersetzungs- und -aussetzungsformen], Madrid, 1979, 119 S.

3] Gesammelte Werke/Obras reunidas: a] Derecho Penal de la circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo [Straßenverkehrsstrafrecht. Studien zur Rechtsprechung des Obersten Gerichts], 1. A., Barcelona, 1985, 148 S.; 2. erweit. Aufl., Barcelona, 1990, 267 S. b] Estudios Penales [Strafrechtliche Studien], Barcelona, 1991, 664 S.

4] Luzón Peña [Hrsg.], Enciclopedia Penal Básica [Strafrechtliche Grundencyclopädie]. Leitung des Gesamtwerkes und 42 Aufsätze, Granada, Comares, 2002, 1.250 S.

Manuales

5] Curso de Derecho Penal, Parte General I [Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil I], 1.^a ed. Madrid, Universitas, 1996, 651 pp. Edic. nicaragüense: Curso de Derecho Penal, Parte General I, Managua, Hispamer, 1997. 2.^a ed.: Lecciones de Derecho Penal, Parte General [Vorlesungen des Strafrechts, Allgemeiner Teil], 2.^a ed. ampliada y revisada [de Curso de Derecho penal, Parte General, I], Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, 636 pp. [L + 586 pp.]. En prensa versión más amplia [grosser Lehrbuch]: Trata-

50 millones de habitantes. Por lo demás, el español es comprendido y leído sin dificultad por portugueses e italianos, y cada vez es mayor su aprendizaje como segunda lengua extranjera en todo el mundo.

do de Derecho Penal, Parte General, Valencia, Tirant.

Artículos

6] Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse, GA 1984, S. 393-407. Span. Fassung: Prevención general, sociedad y psicoanálisis, CPC 1982, S. 93-105

7] La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS [Die Teilnahme durch Unterlassung in der jüngeren Rechtsprechung des TS], PJ 2 1986, S. 73-92.

8] Die Ersetzungsformen der Freiheits- und anderer Strafen in der spanischen Strafrechtsreform, in Hassemer [Hrsg.], Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform, 1987, S. 103-115. Span. Fassungen: zuerst: *La aplicación y sustitución de la pena en el futuro Código Penal*, RFDUC, núm. monográfico 6, 1983, S. 413-421. Nachträgliche erweiterte Fassung: Determinación de la pena y sustitutivos penales, in Luzón [Hrsg.], EPB, 2002, S. 615-620 [2 Spalten]

9] Estado de necesidad e intervención médica [o funcional o de terceros] en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis [Notsstand und ärztlicher [bzw. amtlicher oder fremder] Eingriff bei Hungerstreiken, Selbsttötungs- und Selbstverletzungsversuchen: Einige Thesen], REPe 238, 1987, S. 47-60; auch in: S. Mir [Hrsg.], Avances de la Medicina y DP, Barcelona, 1988, S. 59-80.

10] *La determinación objetiva del hecho*. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado [Die "objektive Tatbestimmung". Bemerkungen zur Täterschaft bei vorsätzlichen und fahrlässigen Erfolgsdelikten], ADPCP 1989, S. 889-913. Spätere veränderte dt. Fassung: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo, Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, Roxin-FS, 2001, S. 575-608. Span. Fassung: Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, AFDUA 1998/99, extra-Nr. 2000, S. 53-87; auch in DPCont 2, 2003, S. 89-128.

11] *Actio illicita in causa* und Zurechnung zum Vorverhalten bei Provokation von Rechtfertigungsgründen, JRE 2, 1994, S. 353-374. Span. Fassung: *Actio illicita in causa y provocación en las causas de justificación*, ADPCP 1994-3, S. 61-86.

12] Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit zum Verbrechenaufbau, in Schünemann/de Figueiredo Dias [Hrsg.], Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, S. 97-106. Spanische Fassung: La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, ADPCP 1993, S. 21-33; auch in Silva/Schünemann/de Figueiredo Dias [Hrsg.], Fundamentos de un sistema europeo del DP. LH-Roxin, Barcelona, 1995, S. 115-127.

13] Causas de atipicidad y causas de justificación [Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe], in Luzón Peña/Mir Puig [Hrsg.]: Causas de justificación y de atipicidad en DP, Pamplona, 1995, S. 21-43. Der 1. Teil, unter dem Titel Causas de atipicidad, auch in Valdagua [Hrsg.] Problemas fundamentais de Direito Penal. Homenagem-Roxin, Lisboa, 2002, S. 109-133.

14] Vernünftige Annahme [objektiv unvermeidbarer Irrtum] und mutmaßliche Einwilligung: erlaubtes Risiko oder Straftatbestandsausschließungsgrund, GA 2006-5: Roxin-FG 75. Gbttg., S. 317-323. Spanische erweiterte Fassung: Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal, RGDP 9, 2008, S. 1-34; auch in RDP arg 2008-1, S. 631-672; auch in: Ars iudicandi. Homenagem-Figueiredo Dias, II, Coimbra, 2009, S. 631-667.

15] Luzón Peña/Roso, Untreuestrafbarkeit im spanischen Strafrecht, ZStW 122, 2010, S. 354-373. Spanische Fassung: La administración desleal societaria en el Derecho Penal español, InDret 3/2010, S. 2-38; auch in: RDP arg 2011-2, S. 61-107.

16] Alteritätsprinzip oder Identitätsprinzip vs. Selbstverantwortungsprinzip. Teilnahme an Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und Gleichstellung: das Kriterium der Risikokontrolle, GA 2011-5: Roxin-FG zum 80. Geburtstag, S. 295-311. Spanische Fassung: Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo, RGDP 15, 2011, S. 1-21; auch in: RDP arg 2011-1, S. 13-40; auch in: NFP 74 2010, S. 58-80: Erweiterte Fassung [mit Antwort auf Roxin] in: Libertas 0, 2012 [www.ficp.es], S. 17-35.

17] a) 1. Teil: Die Berufung auf das Gewissen im spanischen Recht [Recht auf Gewissenstat und Verweigerung aus Gewissensgründen als Rechtfertigungsgrund im spanischen Recht], Im. Roxin-FS, 2012, S. 757-763. b) 2. Teil: Handeln aus Gewissensgründen als Entschuldigungsgrund im Vergleich zur Strafbarkeit der Überzeugungstat, Wolter-FS, 2013, 431-438. Span. Fassung: Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, InDret 2013-1, S. 1-22; auch in: LH-Agudelo, Bogotá, 2013, S. 597-618.

18] Libertad, culpabilidad y neurociencias [Freiheit, Schuld und Neurowissenschaften], InDret 2012 3, S. 1-59; auch in Demetrio/Maroto [Hrsg.], Neurociencias y Derecho Penal, Madrid/Buenos Aires-Montevideo, 2013, S. 341-401.

19] a) 1. Teil: El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal [Die Einwilligung im Strafrecht: Tatbestandlosigkeit, Rechtfertigung oder Ausschließung nur der Straftatbestandsmäßigkeit], RGDP 18 2012, [www.iustel.com], Madrid, S. 1-48. b) 2. Teil: Consentimiento presunto y autorización oficial: exclusión de la antijuridicidad o de la tipicidad y requisitos respectivos [Mutmaßliche Einwilligung und behördliche Erlaubnis: Ausschluß der Rechtswidrigkeit oder der Tatbestandsmäßigkeit und jeweilige Erfordernisse], Rev. de Derecho Penal [Lex Nova, Valladolid]: RDP 38, 2013, S. 9-33.

20. Entschuldigung aus subjektiver strafrechtlicher Unzumutbarkeit, Schünemann-FS, 2014; span. Fassung: Exculpación por inexigibilidad penal individual, in LH-Schünemann, 2014.

[**]La actual Universidad Complutense de Madrid toma su nombre de la antigua Universitas complutensis [en español, Universidad Complutense], que era el nombre latino de la Universidad de Alcalá, fundada en 1499. El adjetivo procede del gentilicio Complutense, derivado del nombre romano de la ciudad Complutum, que en época del dominio árabe pasó a llamarse Alcalá, la actual Alcalá de Henares [im Land Madrid]. La Universidad de Alcalá fue cerrada y sus bienes expropiados por decisión del Gobierno de España en 1836-39 y fue trasladada su sede a la cercana capital del reino, Madrid, pero dejando de utilizar los nombres de Universidad de Alcalá/Universitas complu-

tensis y denominándose primero Universidad Literaria, después, de 1851 a 1954 Universidad Central de Madrid y desde entonces hasta 1971 simplemente Universidad de Madrid. Con ese nombre la conocí durante los primeros años de mis estudios en su Facultad de Derecho. Pero, al crearse en 1968 una segunda universidad en Madrid, la Universidad Autónoma de Madrid, en 1970 la Universidad de Madrid acuerda añadir a su nombre el adjetivo Complutense, de la vieja Universidad alcalaína o Universitas complutensis, en aquel momento extinguida y de la que la Univ. de Madrid era heredera. La Universidad de Alcalá se vuelve a crear en 1975/76 con su nombre histórico. Por esa razón, en 1999 ambas Universidades, la de Alcalá y la Complutense de Madrid, celebraron conjuntamente el 5.º centenario de la Universidad de Alcalá/Universitas complutensis.

Anexo

**CUANDO UN ABSURDO SE CONVIERTE EN JURISPRUDENCIA:
LOS ATENTADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN
CONTRA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO DE
RESERVA DE LA LEY**

Diego Bustamante Meléndez

Cuando pensamos en los miembros del Tribunal Constitucional, es común imaginar a un colegiado de letrados altamente instruidos en las ciencias jurídicas, juzgadores capaces de resolver los casos más complejos, desentrañando en ese *iter*, los verdaderos alcances de la norma, a la luz de los derechos fundamentales.

No obstante a ello, la concepción previamente expuesta, termina cayéndose a pedazos cuando del análisis de los distintos pronunciamientos emanados del Tribunal Constitucional, se advierten graves vulneraciones a principios fundamentales del derecho, o cuando en la jurisprudencia de éstos tribunales se encuentran toda clase de fallos sustentados en motivaciones incoherentes.

Queramos creerlo o no, nuestro Tribunal Constitucional, en más de una oportunidad ha emitido pronunciamientos vulneratorios, insostenibles e inclusive temerarios, siendo que el presente caso, analizaremos un pronunciamiento en el que este colegiado, transgredió de manera flagrante y desvergonzada, un principio fundamental del derecho tributario, esto es, el principio constitucional tributario de reserva de ley.

Un preámbulo necesario, para poder comprender la real dimensión de los aspectos que se analizarán a continuación, es el de determinar el contenido e importancia de la reserva legal de los tributos. Así, tenemos que, según el principio tributario de reserva de ley [contenido en el

artículo 74 de la Constitución], la creación, modificación, derogación o exoneración de los tributos deberá efectuarse exclusivamente por intermedio de una ley o norma con dicho rango. Este principio se sustenta en la fórmula histórica *no taxation without representation*; es decir, que los tributos deben ser establecidos por los representantes de quienes van a contribuir¹.

El principio tributario de reserva de la ley resulta de singular importancia dentro de los ordenamientos jurídicos, por cuanto se constituye como una garantía del derecho fundamental de la igualdad frente a la ley, porque además, a través de la reserva legal de los tributos se cumple el principio de autoimposición, y finalmente por cuanto permite generar certeza y seguridad jurídica².

Es de precisarse que este principio, no se encuentra desvinculado de la dación de beneficios tributarios, sino que, por el contrario, se consolida como uno de sus cimientos. Así, la reserva legal de los tributos en lo que a beneficios tributarios concierne, determina que una exoneración y todos los aspectos circundantes a ella, como su finalidad, beneficiarios, o su vigencia; deban establecerse expresamente por una ley, o norma con ese rango. Y esto es así, porque "de establecerse beneficios tributarios, sin observar el principio de legalidad y de reserva de ley, u obedeciendo a motivaciones que no son necesarias, objetivas y proporcionales, dichos beneficios pueden ser consideradas lesivos de los principios de universalidad e igualdad tributaria, representando auténticas violaciones constitucionales."³

Adicionalmente, y para que pueda darse una adecuada comprensión del presente trabajo, resulta importante que el lector sepa que en mérito del principio tributario de reserva de la ley se ha establecido [a través de la Norma VII del Título Preliminar del Código Tributario], que 1] toda exoneración, incentivo o beneficio tributario concedido sin señalar plazo de vigencia, se entenderá otorgado por

¹Fundamento Jurídico 10 de la sentencia núm. 0042-2004-AI/TC de fecha doce de agosto de 2005.

²Lourdes Alvarado, Principio de reserva legal en materia tributaria, Revista Jurídica de Derecho Público, Tomo 5, Ecuador, 2011, P. 91.

³Fundamento Jurídico 13 de la sentencia núm. 0042-2004-AI/TC de fecha doce de agosto de 2005.

un plazo máximo de tres años, y 2] que, en materia de beneficios tributarios, no existe prorroga tácita.

Teniendo en claro tales ideas, resulta pertinente pasar a explicar los hechos y principales motivaciones en base a los cuales, con fecha 02 de junio de 2016, el Tribunal Constitucional cometió una de las más lamentables vulneraciones al principio tributario de reserva de ley. Ello se dio en el expediente núm. 2053-2013-PA/TC, proceso dentro del cual se declaró fundada [en forma indebida], la demanda que dos universidades privadas interpusieron en contra de la SUNAT.

El caso en mención versa sobre el Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas [UPC] y la Universidad Privada del Norte [UPN] en contra de la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que confirmó la decisión del Octavo Juzgado Constitucional de Lima de declarar improcedente la demanda de amparo contra norma legal que dichas universidades dirigieron en contra de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria [SUNAT].

La UPC y la UPN buscaban la inaplicación de la Ley 29766 [Ley que precisa el art. 2 del Decreto Legislativo 1087, que aprueba normas en educación para el mejor aprovechamiento de los acuerdos de promoción comercial], por considerar que dicha norma, a pesar de haber sido expedida en el año 2011, pretendía establecer un plazo de caducidad para el crédito tributario por reinversión en el sector educativo [exoneración normada por el Decreto Legislativo 882], el cual operaría desde el 31 de diciembre de 2008; es decir, se trataría de una norma que retroactivamente establecía la caducidad de una exoneración tributaria.

En concreto, tales universidades querían que se inaplique la Ley 29766 respecto de sus créditos por reinversión efectuados durante los años 2009 al 2011; pretendiendo con ello que la SUNAT se abstenga de cobrarles importe alguno que se derive de la supuesta caducidad del crédito por reinversión, y solicitando además que se ordene la devolución de los montos vinculados a créditos tributarios por reinversión que habrían sido indebidamente pagados.

Ante ello la SUNAT sostuvo que el crédito tributario

por reinversión ya había caducado en el año de 1999, en la medida de que la Norma VII del Título Preliminar del Código Tributario establece que las disposiciones que no especifiquen el plazo máximo de duración de los beneficios tributarios que otorguen, se entenderán dictados por el plazo de tres años. Siendo ese el caso del Decreto Legislativo núm. 882 cuya publicación se realizó el 09 de noviembre de 1996.

La referida causa concluyó con un Tribunal Constitucional que, en forma mayoritaria y basándose en argumentos inverosímiles, le dio la razón a la UPC y la UPN, reconociéndoles de tal manera, exoneraciones tributarias por montos millonarios.

Al respecto, y en lo que se refiere, a la flagrante vulneración del principio constitucional tributario de reserva de la ley concierne, deberán analizarse los fundamentos 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28, 29 30, 31 y 33 de la citada sentencia.

Así a través en los fundamentos 18, 19, 20 y 21, se señala en síntesis, que a pesar de las alegaciones de la SUNAT de que el crédito tributario por reinversión había caducado en el año de 1999, el que la administración tributaria continuara admitiendo declaraciones juradas que incluían el referido crédito tributario por reinversión, aunado al hecho de que el legislador emitió en el año 2008 el Decreto Legislativo núm. 1087, según el cual, el referido crédito tributario normado por el Decreto Legislativo núm. 822 estaría exceptuado de la prórroga única de tres años establecida por numeral 3.1 del art. 3 del Decreto Legislativo núm. 977, siempre y cuando se tratase de Centros de Educación Técnico Productiva e Institutos Superiores Tecnológicos Privados que desarrollen actividades educativas en áreas vinculadas a la Agroindustria, Metalmeccánica, Gas, Energía, Minería, Pesquería y Artesanía; constituye motivación suficiente para considerar que el plazo de vigencia de dicha exoneración se había prolongado hasta en el año 2008, y persistiría inclusive hasta el año 2012.

De lo previamente expuesto, sólo puede deducirse que, para el entender del Tribunal Constitucional, el plazo de vigencia de una exoneración tributaria puede prolongarse por más de 10 años, No por lo establecido en alguna norma o por el Código Tributario, sino por el

simple hecho de que el legislador y la SUNAT creyeron erradamente que el crédito tributario por reinversión seguía vigente.

Ahora bien, para acreditar la inverosimilitud de los argumentos del Tribunal Constitucional, se hace imprescindible destacar, que el Código Tributario, NO señala que los beneficios tributarios que hayan sido otorgados sin plazo de vigencia, perdurarán mientras el legislador y/o la SUNAT los crean vigentes, sino que es claro al manifestar que éstos serán otorgados por el plazo máximo de tres años. En consecuencia, y siendo que el Decreto Legislativo núm. 882 normó el crédito tributario por reinversión sin señalar plazo de vigencia para este beneficio tributario, resulta más que evidente que su duración estaba limitada a un plazo máximo TRES años, esto es hasta el año de 1999, toda vez que el Decreto Legislativo núm. 882 fue publicado 09 de noviembre de 1996. Por lo tanto, lo que el legislador y la SUNAT creyeran al respecto de la vigencia del referido beneficio tributario, es cuanto mucho intrascendente.

Sin perjuicio de lo anteriormente precisado, se hace menester acreditar que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional recaído en expediente núm. 2053-2013-PA/TC incurre en otro error gravitante, lo cual hace que dicha sentencia resulte aún más desdeñable. Y es que el Código Tributario además de establecer que las exoneraciones tributarias otorgadas sin plazo de vigencia, se entenderán dadas por el plazo máximo de tres años, precisa también que, en materia de beneficios tributarios, no hay prórroga tácita.

Respecto de ello, resulta conveniente señalar que una "prórroga" es la concesión de un plazo mayor, antes de que [algo] expire⁴, y que según el diccionario lo "tácito" es aquello que no se expresa formalmente, sino que se supone e infiere⁵, mientras que su vocablo contrario, es decir, lo

⁴Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 1ª Edición Electrónica, Guatemala, Consultado, 2017, p. 787. Recuperado de: <https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf>

⁵Portal Web de la Real Academia Española. En *Diccionario de la lengua española* [22.a ed.]. Recuperado de: <<http://dle.rae>>

"expreso" es aquello claro, patente, o especificado⁶.

Tales definiciones básicas, son suficientes para entender que el Código Tributario, motivado también por el carácter especial de los beneficios tributarios, así como por el principio de reserva de la ley; ha querido que toda ampliación respecto del plazo de vigencia de una exoneración tributaria sea otorgada en forma expresa; y, sólo a través de una ley o decreto legislativo.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, contraviniendo directamente lo establecido por el Código Tributario ha amparado con la sentencia recaída en el expediente núm. 2053-2013-PA/TC, no solo uno, sino dos casos de prórroga tácita. El primero de ellos, es consecuencia del intrincado tratamiento legislativo circundante al crédito tributario por reinversión [Decreto Legislativo núm. 822], el cual habría sido ampliado indirectamente por el Decreto Legislativo núm. 1087, norma que exceptuó al referido crédito del término máximo fijado por el segundo párrafo del numeral 3.1 del art. 3 del Decreto Legislativo núm. 977. El segundo de los casos, es aquel que increíblemente emplea el Tribunal Constitucional para motivar su sentencia, esto es, el argumento de que basta con que el legislador y la SUNAT crean [erróneamente] que una exoneración continúa en rigor, para que su plazo de vigencia pueda extenderse.

Por si esto fuera poco, del análisis de los fundamentos 25 al 33 de la sentencia bajo observación, se desprende lo que constituiría otra aberración jurídica. En estos fundamentos se expresa, en resumidas cuentas, el supuesto carácter violatorio y retroactivo de la ley 29766, lo cual determinaría finalmente su inaplicación en favor de la UPC y la UPN.

Para efectos de su mejor entendimiento, la citada norma refiere lo siguiente:

Precísase que los beneficios tributarios a los que hace referencia el art. 2 del Decreto Legislativo 1087, Decreto Legislativo que aprueba Normas en Educación para el Mejor Aprovechamiento de los Acuerdos de Promoción

es/?id=YvLgeeV>

⁶Portal Web de la Real Academia Española. En Diccionario de la lengua española [22.a ed.]. Recuperado de: <<http://dle.rae.es/?id=HL8veMX>>

*Comercial, respecto de aquellas entidades educativas que no han sido incluidas en dicho artículo, caducaron a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1087 y respecto del impuesto a la renta al 31 de diciembre del ejercicio 2008 por tratarse de un tributo de periodicidad anual. [...]*⁷

Así, el Tribunal constitucional señaló que la ley 29766 no ostentaría un carácter interpretativo, sino uno retroactivo, en la medida de que esta ley supuestamente incorpora un límite temporal para la vigencia del crédito por reinversión que no se encontraba en la norma primigenia. Señaló además, que para que una norma pueda ser considerada interpretativa debía contener los siguientes requisitos: [exigencias que presuntamente no estarían presentes en la ley 29766].

a. Referirse a una norma legal anterior;

b. Fijar el sentido de la misma pronunciándose por uno de los múltiples

significados plausibles de la norma interpretada; y

*c. No debe incorporarle un contenido que no estuviera comprendido dentro de su ámbito material.*⁸

Sin embargo, y muy a pesar de lo señalado por el Tribunal Constitucional, he de referir que las razones por las cuales se señala que la ley 29766 no tiene un carácter interpretativo, son altamente discutibles.

Sobre el primer requisito, el Tribunal Constitucional señala que a pesar de que la ley 29766 inicia con la palabra "precísase", sería de advertirse que esta norma no brinda en realidad precisión alguna, puesto que se limita a introducir retroactivamente, un plazo específico que no había sido dispuesto previamente. Sobre ello, y además de observarse que esta primera motivación no tiene relación alguna con el requisito de *a. Referirse a una norma legal anterior*, puede advertirse fácilmente que contrario a lo expuesto por el Tribunal Constitucional, la Ley 29766 sí hace referencia a una norma legal anterior,

⁷Ley 29766: Ley que precisa el artículo 2 del decreto legislativo 1087, decreto legislativo que aprueba normas en educación para el mejor aprovechamiento de los acuerdos de promoción comercial, publicada el 23 de junio de 2011.

⁸Fundamento Jurídico 26 de la sentencia núm. 2053-2013-PA/TC de fecha dos de junio de 2016.

y ello no sólo a través de su de propio contenido, sino también mediante su título, "Ley que precisa el art. 2 del decreto legislativo 1087, decreto legislativo que aprueba normas en educación para el mejor aprovechamiento de los acuerdos de promoción comercial".

En lo que respecta al segundo y tercer requisito fijado para las normas interpretativas, es decir, *b. Fijar el sentido de la misma pronunciándose por uno de los múltiples significados plausibles de la norma interpretada* y, *c. No debe incorporarle un contenido que no estuviera comprendido dentro de su ámbito material*; el Tribunal Constitucional señala que, la ley 29766, al no optar entre diversos sentidos interpretativos que pueden atribuirse al art. 2 del decreto legislativo 1087, y siendo además que ésta ley incorporaría un contenido no enunciado en dicha disposición original, entonces ostentaría un carácter retroactivo, más no uno interpretativo.

No obstante a ello, he de señalar que lo manifestado por el Tribunal Constitucional es falso, ello en primer lugar porque del análisis de la Ley 29766 se advierte que esa norma opta entre los dos posibles sentidos vinculados a la vigencia del crédito tributario por reinversión, esto es, si dicha exoneración se encontraba vigente o no; precisándose que contrario a lo que se pudiera pensar, el crédito tributario por reinversión ya se había extinguido. Y en segundo lugar, porque la Ley 29766 no sólo precisaba el art. 2 del decreto legislativo 1087 cómo se sugeriría de una lectura ligera, sino que en realidad precisa un factor fundamental que no fue detallado en forma clara ni específica en la intrincada regulación que rodea al Decreto Legislativo núm. 882, esto es, precisar que con la entrada en vigencia Decreto Legislativo 1087, ya se había extinguido toda prórroga vinculada al crédito tributario por reinversión. De esto cabe preguntarse ¿qué otro aspecto distinto al plazo de caducidad podría especificarse, cuando el párrafo 'controvertido', por decirlo de alguna manera, del art. 2 del Decreto Legislativo 1087, exceptúa precisamente el plazo de vigencia contenido en el numeral 3.1 del art. 3 del Decreto Legislativo núm. 977?

En adición a lo manifestado, es necesario considerar la prohibición señalada por el Tribunal Constitucional referido a que las normas interpretativas no pueden incorporar un contenido que no estuviese comprendido dentro

del ámbito material de la norma legal anterior, no podría invocarse respecto de la Ley 29766 porque, ésta ley no agregó ningún texto nuevo al art. 2 del Decreto Legislativo 1087; siendo que en todo caso y de haberse incorporado un nuevo sentido interpretativo, éste no sería contrario con la naturaleza de las leyes interpretativas que en puridad son innovativas, cuando menos en claridad o precisión.⁹

En base a lo anotado líneas arriba, y habiendo desvirtuado el falaz razonamiento del Tribunal Constitucional respecto de la real naturaleza de Ley 29766, solo pude concluirse que la Ley que precisa el art. 2 del Decreto Legislativo 1087 [Ley 29766], no ostenta un carácter retroactivo, sino uno auténticamente interpretativo.

Ahora bien, y dejando de lado lo cuestionable que resulta que el Tribunal Constitucional haya basado su decisión en lo que en el fondo sería una crítica a la técnica legislativa empleada para la dación de la Ley 29766; he de referir que si los argumentos que fueron brindados hasta ahora no resultan convincentes para el lector, por considerarlos subjetivos, deberá tenerse en consideración que sobre este asunto en específico, existe un hecho plenamente objetivo que sin lugar a dudas demuestra lo incoherente de la sentencia recaída en el expediente núm. 2053-2013-PA/TC, y es que como ya se ha explicado, el crédito tributario normado por el Decreto Legislativo núm. 822 caducó en el año de 1999 por cuanto el Código Tributario señala que las exoneraciones dadas sin plazo de vigencia, se entenderán otorgadas hasta por el plazo máximo de tres años, siendo además que respecto de los beneficios tributarios, no existe prórroga tácita.

En este punto del desarrollo del presente artículo, el lector podría cuestionarse si es que del análisis del pronunciamiento precedentemente enunciado se desprende alguna trascendencia que sea más tangible que aquella derivada de su atractivo jurídico. Para responder a tal interrogante, será importante recordar el carácter especial o excepcional de las exoneraciones tributarias, las cuales se sustentan esencialmente en la necesidad de impulsar el

⁹Jaime Lara Márquez, *Retroactividad de las leyes interpretativas*. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, Vol. 45, Lima, 2017, P. 66.

crecimiento de determinado sector, dada su importancia social, cultural, o económica.

Así, y basándonos en el carácter especial de los beneficios tributarios, se puede determinar que con el pronunciamiento recaído en los expedientes núm. 2053-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional, además de consolidar terribles errores jurídicos, ha provocado la desnaturalización de una exoneración tributaria. Y es que, en lugar de lograrse que determinado sector incipiente crezca económicamente, con el reconocimiento del crédito tributario por reinversión en favor de la UPC y UPN se está permitiendo que un sector multimillonario, se enriquezca aún más.

Y lo cierto es que, las universidades privadas no necesitan de exoneraciones tributarias, y menos universidades como la UPC y UPN que en el año 2014 ocuparon el segundo y séptimo puesto respectivamente del ranking de facturación de universidades del país, habiendo percibido en tal año, montos ascendentes a 262.24 y 71.68 millones de dólares . .

De todo ello tenemos que en el supuesto nombre de la educación y la investigación, el crédito tributario por reinversión estaría siendo empleado por las universidades privadas para subvencionar el engrosamiento de su patrimonio, lo cual es inadmisibles por cuanto el Estado está dejando de recaudar recursos que bien podrían ser empleados en el financiamiento de servicios y obras públicas.

Lamentablemente, lo anteriormente anotado no constituye el peor de los problemas, y es que lo que genera mayor preocupación es que estos pronunciamientos dejan la puerta abierta para que otras universidades privadas puedan reclamar un beneficio que no necesitan; resultando más alarmante aún que tal beneficio tributario pueda extenderse hasta el infinito, por cuanto no se ha promulgado norma que derogue el crédito tributario por reinversión, o que al menos lo precise en su plazo de vigencia.

Bibliografía

Fuentes Doctrinarias

Lourdes Alvarado, *Principio de reserva legal en materia tributaria*, Revista Jurídica de Derecho público, Tomo 5,

Ecuador, 2011.

Jaime Lara Márquez, *Retroactividad de las leyes interpretativas*, Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, Vol. 45, Lima, 2017.

Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 1ª Edición Electrónica, Guatemala.

Fuentes Normativas y/o Jurisprudenciales

Constitución Política del Perú de 1993.

Ley 29766: Ley que precisa el art. 2 del decreto legislativo 1087, decreto legislativo que aprueba normas en educación para el mejor aprovechamiento de los acuerdos de promoción comercial, publicada el 23 de junio de 2011.

Sentencia núm. 2053-2013-PA/TC de fecha dos de junio de 2016.

Sentencia núm. 0042-2004-AI/TC de fecha doce de agosto de 2005.

Fuentes Web

Portal Web del DIARIO GESTIÓN: Facturación de universidades privadas aumentará por lo menos 10% el próximo año.

Portal Web de la Real Academia Española. En Diccionario de la lengua española [22 ed.].

Pautas para publicar

Los trabajos a publicar deben ser originales y contener:

Un resumen [abstracto] en el idioma original

Palabras clave que serán incluidas tanto en español como en cualquier otro idioma.

Un sumario.

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**

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 *Univeridad de La Rioja-*
España

AFILIACIÓN DE LOS AUTORES

Jon López Gorostidi

Estudiante del Máster en Sistema de Justicia Penal [Universidad de Lleida].
Universidad de Deusto.
España

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho penal. *Universidad de León.* Director de la Revista
Libertas. Patrono de la FICP
España

Jorge Luis Cáceres Arce

Abogado, Magister y Doctor en Derecho. Profesor principal en Derecho
Constitucional en la Academia de la Magistratura. Profesor principal en
Derecho Constitucional y Vicerrector de la *Universidad Católica de Santa
María.* Vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

César Ibarra Valdivia

Doctor en Derecho por la *Universidad de Salamanca,* España. Magister en
Derecho Procesal y Administración de Justicia por la *Universidad Católica de
Santa María.* Profesor de Postgrado y Pregrado en la *Universidad Católica de
Santa María y Católica San Pablo* de Arequipa

Marianné Núñez Núñez

Estudiante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad
Católica de Santa María*

Alejandro Salas Osorio

Abogado

José Alfredo Lovón Sánchez

Director del Instituto Víctor Andrés García Belaúnde Diez Canseco de la *Universidad
Católica de Santa María.* Profesor de la *Universidad Católica de Santa María*

Diego Alejandro Sánchez Cárdenas

Estudiante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad Católica de Santa María*

Eduardo J. Meza Flores

Doctor en Derecho, profesor de la Escuela de Post Grado de la *Universidad Católica de Santa María*

Julio Armaza Galdos

Profesor de Derecho penal 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*

Carlo Magno Cornejo Palomino

Juez Superior del Distrito Judicial de Arequipa

Ciro Alejo Manzano

Doctor en Derecho. Fiscal Superior 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 RECEPCIÓN Y CALIFICACION DE LOS TRABAJOS

La racionalidad de los marcos penales en el sistema punitivo actual: sus límites y elementos configuradores de Jon López Gorostidi [9/10/2017 - 6/11/2017].

¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis de Miguel Díaz y García Conlledo [11/10/2017 - 7/11/2017].

Constitución y Estado aconfesional de Jorge Luis Cáceres Arce [13/10/2017 - 6/11/2017].

Derogaciones tácitas al Código procesal civil peruano de acuerdo a la ley núm. 30293 de César Ibarra Valdivia [16/10/2017 - 9/11/2017].

Dignidad animal para satisfacer derechos humanos de Marianné Núñez Núñez [18/10/2017 - 11/11/2017].

El derecho constitucional de acceso al agua potable: su problemática y la tecnología desaladora de agua de mar como medida de solución de Alejandro A. Salas Osorio [18/10/2017 - 15/11/2017].

Trámite cautelar: los cien años de restricción del derecho de defensa de José Alfredo Lovón Sánchez [18/10/2017 - 16/11/2017].

Problemas jurídicos a propósito del deber de cohabitación conyugal de Diego Alejandro Sánchez Cárdenas [20/10/2017 - 16/11/2017].

Recepción de las ideas de Beling en el Derecho peruano de mediados del siglo XX de Julio Armaza Galdos [20/10/2017 - 20/11/2017].

Diego Alejandro Sánchez Cárdenas

Estudiante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad Católica de Santa María*

Eduardo J. Meza Flores

Doctor en Derecho, profesor de la Escuela de Post Grado de la *Universidad Católica de Santa María*

Julio Armaza Galdos

Profesor de Derecho penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad Católica de Santa María*

La Revista de Derecho se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de Joshua V&E S.A.C.
Calle Angamos núm. 118. Urb. María Isabel
Cercado - Arequipa
en febrero del 2018