



REVISTA DE DERECHO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Católica de Santa María

Julio Armaza Galdos
Director

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

Año 13, núm. 12- 2018*

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. Alfonso de Julios Campuzano. Ricardo Chueca
Rodríguez*

Evaluadores Externos

*Jorge Luis Salas Arenas. José Palomino Manchego. Carlo Magno Cornejo
Palomino. María Ángeles Cuadrado Ruíz. Emilio José Armaza*

Arequipa-Perú 2018

Límite Cero EIRL

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

1ª Edición-diciembre 2018
ISSN: 2077-0723
HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
núm. 2019-02430
Proyecto Editorial núm.
30401011900194

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

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

Se terminó de imprimir
en febrero del año 2019 en
Tipografía Fernández EIRL
Calle Palacio Viejo núm. 111. Of. 1
Cercado - Arequipa

©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 - 2018
Año 13, núm. 12.
Se tiraron 500 ejemplares

Diseño de portada, diagramación y responsables de edición:
Cristofer Puma Choquemamani, Yennifer Minaya Zúñiga e Ysabel Tarqui Zea.

Reservados los derechos referidos a la
Revista de Derecho

Autoridades universitarias Drs.

Manuel Alberto Briceño Ortega
Rector

César Cáceres Zárate
Vicerrector Académico

Gonzalo Dávila del Carpio
Vicerrector de Investigación

Jorge Luis Cáceres Arce
Vicerrector Administrativo

Presentación

Durante el presente año académico se produjo el licenciamiento de nuestra Facultad y, con dicho acontecimiento, surgieron nuevas ilusiones y compromisos para intentar conseguir, a la brevedad posible, la acreditación. La asunción del reto, recayó en el señor Prof. Dr. Carlos ramonte Mostajo, quien por fortuna, cuenta con el incondicional apoyo de la totalidad de profesores y personal administrativo. Acaso en los próximos meses, obtenida la acreditación, coloquemos el nombre de nuestra Facultad en la posición de vanguardia que siempre ostentó en la educación del país.

Contribuyen en este número, según se verá, los señores: Jorge Cáceres Arce, Carlos Polanco Gutiérrez, José Iván Sánchez, Ana Amado Mendoza, María Neyra Suriani, Carlos Montes de Oca Valencia, Luz Catacora Mollinedo, Juan Carlos Valdivia Cano, Marcelo Álvarez Núñez, Alejandra Tito Chauca, Gabriela Saldivar Condori, Carlos Rodríguez Gonzáles, Alberto Rodríguez Gonzáles, Diana Jara Corrasco, Camila Jaén Sánchez, Leonel Canales Siquez y Valeria Valdivia Robles, a ellos, llegue nuestro agradecimiento y admiración; tales expresiones espirituales, como es de suponer, las hacemos extensivas al señor Rector y a los señores Vice Rectores, sin cuya aprobación, no sería posible la circulación de nuestra Revista.

Los actos de corrupción vinculados a *Lava Jato*, los nombres de los que muchos ex Presidentes de la República tuvieron en las empresas Odebrecht, Queiroz Galvão, Andrade Ballesteros y Camargo Correa; los enormes problemas desatados en el seno del Consejo Nacional de la Magistratura y las participaciones que tuvieron magistrados de alto nivel en los recientes escándalos que dieron finalmente lugar a la huida de un Juez Supremo a Madrid, bien pueden servir como objeto de análisis o estudio en el siguiente número de la Revista.

Arequipa, 2018, diciembre, 3

Gabriel Torreblanca Lazo
Decano

INDICE

Doctrina

La vacancia presidencial, en el constitucionalismo peruano.....15

Jorge Luis Cáceres Arce

Litigación oral en materia civil.....79

Carlos E. Polanco Gutiérrez

Presupuestos a tener en cuenta al momento de interponer una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.....99

José Alfredo Lovón Sánchez

La unificación de la filiación: No más diferencias.....105

Ana María Amado Mendoza

La trata, la tratante y la tratada. Algunas consideraciones sobre la trata de personas en el Perú.....119

María Eugenia Neyra Surco

El control sustancial de la acusación en la audiencia preliminar.....141

Carlos Enrique Montes de Oca Valencia

De un país de poseedores a un país de propietarios.....151

Mary Luz Catacora Molina

Hacia un estudio comparativo de los sistemas educativos carcelarios en el contexto latinoamericano.....155

Julio Armaza Galdos

Reseñas bibliográficas

Andrés Trapiello, *El final de Sancho Panza y otras suertes* [Víctor Marcelo Álvarez Núñez].....167

Beatriz Franciskovic Ingunza, *Regulación jurídica de los animales de compañía en el Derecho civil peruano* [Alejandra Tito Chauca].....171

Elizabeth Salmón et alli, *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* [Gabriela Andrea Saldivar Condori].....175

Marcial Rubio Correa, *Para conocer la Constitución de 1993* [Carlos Alberto Rodríguez Gonzáles].....180

Manuel Atienza Rodríguez , <i>El sentido del Derecho</i> [Diana Valeria Jara Carrasco].....	182
Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre , <i>Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud</i> [Camila Milagros Jaén Sánchez].....	186
Alfredo Lovón Sánchez , <i>Nulidad de cosa juzgada fraudulenta en el Código procesal civil</i> [Leonel André Canales Vásquez].....	189
Luis Jiménez de Asúa , <i>Libertad de amar y derecho a morir: ensayos de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia</i> [Camila Valeria Valdivia Robles].....	191
Información sobre la Facultad	197
Anexo	
César Vallejo , <i>El asesino de Barres</i>	203
Juan Carlos Valdivia Cano , <i>La banalidad del mal, el caso Eichmann</i>	209
Noticias sobre el foro arequipeño	219
Pautas para publicar	233
Afiliación institucional de los miembros del Consejo Editorial	235
Afiliación de los autores	237
Afiliación institucional de los Evaluadores Externos	239
Calificación de los trabajos	241

Doctrina

LA VACANCIA PRESIDENCIAL, EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO¹

Jorge Luis Cáceres

Resumen

En el marco de la discusión permanente sobre la constitución peruana, surge el presente art., que tiene como objetivo, hacer un análisis sobre la figura de la vacancia presidencial bajo las constituciones peruanas. Métodos: Se realizó la revisión documental de la evolución y antecedentes de las constituciones europeas y americana, que han influenciado en el constitucionalismo, el sistema presidencial y la figura de la vacancia presidencial en Perú.

Palabras clave

Constitucionalismo y vacancia presidencial.

Summary

Within the framework of the permanent discussion on the Peruvian constitution, this article arises, which aims to analyze the figure of the presidential vacancy under the Peruvian constitutions. Methods: A documentary review of the evolution and antecedents of the european and american constitutions was carried out, which have influenced the constitutionalism, the presidential system and the figure of the presidential vacancy in Peru.

Keywords

Constitutionalism and presidential vacancy.

Introducción

I.- Constituciones del primer centenario [1823-1867]

¹El presente aporte académico, es parte de una publicación primaria y académica editada en los libros *La Vacancia Presidencial por Incapacidad Moral Una mirada riencia peruana y comparada*, 1ª Edición, del fondo editorial de la Universidad de Santa María, Arequipa, 2018. ISBN 978-612-4373-15-02 y *La Vacancia Presidencial por Incapacidad moral. Una mirada a la experiencia peruana y comparada*, 2ª edición publicada por la Editorial Pacífico S.A.C.- noviembre 2018 con ISBN 978-612-3

El Constitucionalismo Peruano encuentra sus fuentes históricas en los aportes vinculados a los grandes acontecimientos que marcaron los pilares del derecho constitucional contemporáneo. Nos referimos a la «carta magna inglesa» [Linebaugh, P. 1997], a la declaración de preceptos francesa [Soboul, A, 1981] a la Constitución del Estado norteamericano [Brinkley, 2003], imbatible por la historia y a la ley española de corte liberal, la de Cádiz de 1812. [Comellas, 1962]

El sistema presidencial, lo recogemos de Norteamérica, ahí nace la figura del ejecutivo singular con un Jefe de Estado, que a su vez es el Jefe de Gobierno, es decir el primer mandatario, el líder político del ejecutivo unipersonal, el representante de la Nación, el Presidente de la República.

Con el sistema norteamericano, contamos con un personaje que representa a la unión de las convenciones y de la confederación que personifica a la Nación, como titular del Estado federado y del ejecutivo más empoderado que nadie, que ejerce esta magistratura.

El tratadista argentino Gabriel Bonzat nos explica las tareas políticas que asume el Presidente de la Nación, cuando cumple ambos roles, en la jefatura del Estado [Recogida del Constitucionalismo Europeo: Inglaterra y Francia] y la otra jefatura la de Gobierno [La del Primer Ministro o Jefe de Gabinete en Gran Bretaña o la del Jefe de Gobierno español]. «La doble jefatura conlleva el ejercicio de funciones distintas y a veces incompatibles. El Presidente de la República como Jefe de Estado, es el representante de la Nación entera, lo que requiere que se sitúe por encima de los distintos sectores políticos. En cambio, como Jefe de Gobierno, aparece como el representante de un sector político y debe defender su programa frente a los otros sectores» [Bonzat, 2006]

En los sistemas políticos europeos [España, Portugal, Bélgica, Suiza, Dinamarca, Holanda, Escocia entre otros] la figura del Jefe de Estado, se concentra en el monarca y la de Jefe de Gobierno, en el Primer Ministro, elegido por el Parlamento, donde el período de Gobierno, es el del Parlamento o Congreso o cortes. Cuentan con un Poder Ejecutivo bicéfalo, la actuación del Rey o Reyna, es de carácter protocolar, castrense de representación de la Nación, refrenda las leyes, lidera la Iglesia Anglicana, como

es el caso de la Reyna Isabel de Inglaterra. En otras tareas como el Rey Felipe VI de España, que estando al mandato constitucional le corresponde [Art. 62 de la carta de 1978] «Convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones... declarar la guerra y hacer la paz, previa autorización de las cortes». [Parlamento Bicameral] [Montero,1978]

El Rey Felipe VI, aplicó la facultad constitucional de disolver las cortes generales el 3 de mayo del 2016, debido a que la representación nacional [PSOE, P.P. Podemos y Ciudadanos] no llegaron a acuerdos para componer el Gobierno que presidió Mariano Rajoy del Partido Popular hasta junio, quien ha dimitido, producto de los escándalos de corrupción, donde estuvieron involucrados líderes del P.P. y que dio lugar a la instalación del nuevo Gobierno que conduce Pedro Sánchez del Partido Socialista Obrero Español [PSOE] a partir del 2 de junio del 2018, donde el Rey Felipe VI expresó su asentimiento [Art. 62, inciso D de la Constitución Política de 1978]. «Proponer el candidato a Presidente de Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones...»² Es decir el monarca ejerció un doble mandato, acepto la renuncia de Mariano Rajoy y embistió al nuevo líder del ejecutivo español, al letrado Pedro Sánchez, actos políticos que contaron con el respaldo de las Cortes Generales [Parlamento español].

Al efectuar un análisis sistemático de la evolución del presidencialismo en nuestra patria, revisamos lo normado en la primera carta constitucional del naciente Estado, la de 1823, debatida y aprobada por el Congreso Constituyente, instalado el 20 de setiembre de 1822, en la ciudad de los reyes y presidido por el clérigo arequipeño Francisco Javier de Luna Pizarro. [El Primer Presidente formal fue el sacerdote Toribio Rodríguez de Mendoza, quien renunció por razones de salud].

La representación que concurrió al Congreso de 1822 fue imperfecta, de los once departamentos que existía al inicio de la vida republicana, cinco estaban sitiados por tropas reales [Arequipa, Puno, Huamanga, Huancavelica y Cusco], como bien lo relata el jurista Luis Felipe Villa-

²Montero Díaz, Julio, *Constituciones y Códigos Políticas Españolas 1808 - 1979*, Ed Ariel Practicum, Barcelona, 2008.

rán. Era imposible implantar el régimen constitucional. El gran tribuno arequipeño Toribio Pacheco dijo de ella «Puede decirse que la Constitución del año 23 nació solo para morir». [Pacheco, 2015]

La primera carta de Estado peruano, desplazó al Poder Ejecutivo a un segundo plano, el Parlamento Unicameral asumió las principales funciones y responsabilidad políticas de la naciente República [La carta del 23 rigió entre noviembre del 23 a diciembre del 26], a pesar que la mencionada Constitución le reservaba funciones al Senado, como «Elegir el Presidente y Vice-Presidente de la República, de entre los individuos que le proponga el Senado» [García Belaunde, 2006]

La indicada ley constitucional le encargó una serie de responsabilidades políticas del Senado conservador como se desarrolló en su «Capítulo VII entre los numerales 87 al 94»³ y en los extremos normativos que el Senado debió elegir al Presidente y Vice-Presidente del país «[Art. 60, inc. 24]»⁴ y el nombramiento de agentes diplomáticos que le correspondía al primer mandatario, empero previo acuerdo del Senado «[Art. 80, inc. 8]»⁵. Este ente Legislativo que no se instaló, debió contar con la participación de seis eclesiásticos [Art. 93] y se le atribuyó la tarea de velar por el respeto de la carta [Art. 90, inc. 1, antecedente del Tribunal Constitucional] [García Belaunde, 2006]

Al Ejecutivo encabezado por el Presidente, se le restringió funciones rectoras como la de convocar al Congreso y no contó con iniciativa legislativa «[Arts. 80 y 89]»⁶

La carta del 23, fue promulgada por José Bernardo de Torre Tagle el 12 de noviembre de 1823, se ocupó de la Presidencia de la República y el Congreso eligió como mandatarios de la Nación primero a José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete [Primer Presidente del Perú] y luego a José Bernardo de Torre Tagle [16 de noviembre de 1823]. [García Belaunde, 2006]

El ejercicio del Poder Ejecutivo, no podía ser vitalicio, ni hereditario, descartando toda opción monárquica que

³García Belaunde Domingo, *Las Constituciones del Perú*, Tomo I, Fondo Editorial, Universidad San Martín de Porres, Lima, 2006.

⁴García, Domingo, Ob. cit., p. 135.

⁵García, Domingo, Ob. cit., p. 138.

⁶García, Domingo, Ob. cit., pp. 137, 138 y 139.

el Libertador Don José de San Martín pretendió instalar a inicios de nuestra época independentista. Lo preceptuado en la primera Constitución, fue apostar por una República en la plenitud del vocablo cívico, propuesta mentada por José Faustino Sánchez Carrión. [García Belaunde, 2006]

En el Congreso [Unicameral] ya lo señalamos, el Senado Conservador no se instaló, eligió al Presidente y Vicepresidente. Este último asumiría las tareas del Ejecutivo por muerte, renuncia o destitución del Presidente. A falta de los funcionarios indicados, el Presidente del Senado habría liderado el Gobierno [Arts. 76 y 77 de la Constitución del 23]. [García Belaunde, 2006]

Entendemos que, los causales por las cuales el Presidente se apartaría de la primera magistratura, unas eran por razones políticas y otra de índole natural, tuvieron que ser evaluadas y consideradas como pretensiones de lo que se denomina «Vacancia Presidencial». Esta tarea constitucional fue competencia del Parlamento y sigue en manos del Legislativo.

El jurista Víctor García Toma, conceptualiza a la figura de la «Vacancia Presidencial» y la desarrolla como «Cesación en el cargo del Presidente de la República, en razón de haberse acreditado una causal que determina su provisión a favor de otra persona. Ella indica la perención anticipada del ejercicio de una función pública, en atención a una consideración legal preexistente y fehacientemente probada». [García Toma, 2009]

Enrique Chirinos Soto sostuvo «En nuestra historia constitucional, el Congreso solo ha destituido a tres presidentes: Don José de la Rivera Agüero y Sánchez Boquete, Guillermo Billinghurst y Alberto Fujimori Fujimori». [Chirinos Soto, 2008]

En 1822 se instaló el triunvirato, la junta gubernativa integrada por José de la Mar, Manuel Salazar y Baquíjano y el argentino Felipe Alvarado; esta junta no actuó diligentemente y burocratizó la gestión del Gobierno.

Ante los hechos, era necesario que el Congreso decidiera por un mando único y fue así que el Parlamento nombró a José de la Riva Agüero como Presidente, respaldado por el Ejército.

Se generaron divergencias y confrontaciones entre el Congreso y el Presidente Riva Agüero. Los constituyentes

lo acusaron de tener acuerdos con los realistas y planes a favor de la monarquía española. El Parlamento lo destituyó, lo vaco en el cargo; por supuesta traición a la Nación. Riva Agüero no aceptó la decisión del Legislativo y partió a Trujillo y dispuso la disolución del Congreso. Las tropas realistas ocuparon Lima y luego fueron depuestas, y el Parlamento se reinstaló y volvieron a acordar la destitución del «Primer Presidente Peruano». El Congreso reunido en noviembre de 1823, nombró como Presidente de la República a don José Bernardo de Torre Tagle.

La Historia constitucional, registra como segundo texto supremo a la denominada «Constitución Vitalicia» que apenas rigió, ni 50 días.

La carta de 1826, encontró como antecedentes a la figura emblemática de Simón Bolívar. El Congreso otorgó al Libertador poderes absolutos, bajo la justificación de unificar esfuerzos, para fortalecer a la adolescente independencia [febrero de 1824].

El calificado historiador del Derecho Carlos Ramos, nos comenta acerca de la carta vitalicia «El Libertador Bolívar aprovecho de la inquietud y de la zozobra nacional al frente de la lucha con los ejércitos realistas y de las divisiones de nuestros políticos, para arrancarle al Congreso aquel fenómeno que se llama la Constitución del año 26». [Ramos Núñez, 2018]

Ante un Parlamento sumiso, avasallado por la mediocridad política y abdicantes a su rol legislativo nativo, el Libertador venezolano aprovecho el escenario y de la anomalía de las circunstancias en que se habían colocado los diputados peruanos del Congreso de 1826, procedió a proponer un nuevo texto constituyente ante la representación nacional y redactó una norma según sus ideas perpetuas. El proyecto legislativo fue sometido a los colegios electorales controlados por beatos seguidores de su mentor, lo adoptaron y lo proclamaron como su «Presidente Vitalicio».

Como bien anoto doña Rosa Dominga Pérez Liendo [Primera letrada en graduarse como Doctora en la cincuentenaria Universidad Mayor de San Marcos] «La Constitución de 1826 ha sido la más original que ha tenido el Perú y pueblo alguno en el mundo. Fue el producto

de la ambición política y de la vanidad de un hombre».⁷

La ley vitalicia redactada por Bolívar, con la finalidad de tener un Ejecutivo interminable, con un personaje con derecho a nombrar a su sucesor, era irresponsable, ya que las cuentas de los actos de Gobierno recaían en el Vice-Presidente quién era corresponsable con el secretario del Despacho del Departamento [Art. 89], era sin duda, expresión del bonapartismo criollo.

La carta vitalicia de escasa vigencia [49 días] alcanzó una estructura tricameral del Parlamento. Una de los Tribunales, la segunda de Senadores y la otra de Censores, compuesta por 24 integrantes cada rama legislativa [Art. 28 de la Constitución de 1826]:

El numeral 30 de la ley de corte Napoleónico, estableció como atribuciones de cada Cámara legislativa la de «Nombrar al Presidente de la República por primera vez, y confirmar a sus sucesores». Y «Aprobar al Vice-Presidente, a propuesta del Presidente».⁸

Toribio Pacheco, jurista y diplomático de talento comentó «El Libertador juzgaba ya tan seguro el mando, no solo para sí sino aún para su descendencia, que en su Constitución se ocupa únicamente del modo como se había de hacer la primera elección del «Presidente Vitalicio», sin decir una palabra con respecto a las elecciones sucesivas...».⁹

El numeral 78 consagraba la figura vitalicia «El Presidente de la República será nombrado la primera vez por la pluralidad absoluta del cuerpo legislativo».¹⁰

El Poder Ejecutivo inspirado por Bolívar, fue constitucionalizado en el art. 77 «El ejercicio del Poder Ejecutivo reside en un «Presidente Vitalicio», un Vice-Presidente, y cuatro secretarios de Estado».¹¹

La excepción de responsabilidad política del mandatario, quedó consagrada en el numeral 80 «El Presidente de la República es el jefe de la administración del Estado, sin

⁷Ramos Núñez, Carlos, *La Letra de la Ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional, Lima, 2018.

⁸García, Domingo, Ob. cit., p. 168.

⁹Pacheco y Rivero, Toribio, *Cuestiones Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Tribuna Constitucional, Lima, 2015.

¹⁰García, Domingo., Ob. cit., p. 177.

¹¹Ibíd., p. 177.

responsabilidad por los actos de dicha administración».¹²

La carta bolivariana fue ratificada en noviembre de 1826 [Jurada el 9 de diciembre de 1826]. Sus tres principales caracteres se centraron en la «Presidencia vitalicia, la tricameralidad y la idea federal». Su principal detractor fue Francisco Javier de Luna Pizarro, que fue el ideólogo de la Constitución liberal del 23. Los excesos de su contenido de corte napoleónico y distante a las necesidades patrias, generó el descontento ciudadano y creció el nacionalismo peruano, que condujo a la derogatoria de esta Constitución, de pretensiones perpetuas, federales y románticas.

El tribuno y ex miembro del «Gabinete de los Talentos» [Gabinete presidido por José Gálvez, donde Pacheco ejerció la cartera de Relaciones Exteriores, en noviembre de 1865] afirmó categóricamente en relación al texto efímero «Por su parte el Congreso Constituyente, instalado el 3 de junio del año 27, al declarar nula y de ningún valor ni efecto la Constitución del año anterior, aducía como la causa principal haber sido dicha Constitución sancionada de un modo ilegal y atentatorio, a la soberanía nacional. Por dos decretos posteriores se nombró Presidente Provisorio al general La Mar y se ordenó que, a nombre del Congreso, se diesen las gracias al Libertador por los servicios prestados a la causa de la independencia, haciéndole saber la instalación y resoluciones del Congreso, a fin de que no se moleste en venir desde Colombia a encargarse de la presidencia vitalicia».¹³ La Constitución bolivariana fue declarada nula por ley del 11 de junio de 1827, norma suscrita por el Vice-Presidente don Manuel Salazar y Baquíjano, quien decretó «Se declara nula, de ningún valor, ni efecto la Constitución sancionada por los colegios electorales de la República, y jurada en esta capital en 9 de diciembre del año anterior».¹⁴

En menos de siete años de vida republicana, el naciente Estado ya contaba con su tercer texto supremo, la denominada «Madre de nuestras constituciones» como así la llamó el jurista y ex Rector de San Marcos don Manuel Vicente Villarán y Godoy.

¹²Ibíd., p. 177.

¹³Pacheco, Toribio, Ob. cit., p. 74.

¹⁴García, Domingo, Ob. cit., p. 193.

El maestro José Pareja Paz-Soldán dijo de ella «Liberal por esencia, contenido y ambiente» [Pareja Paz-Soldán, 2005] y añadió con la objetividad que acostumbraba «Fijó, de manera permanente, las líneas esenciales de nuestro Estado: Sistema presidencial, con poderes apropiados y efectivos, régimen ministerial, con responsabilidad compartida entre el Presidente y los ministros; refrendación ministerial; elección popular del Presidente, organización bicameral, teniendo el Parlamento funciones legislativas y de control; Poder Judicial, independiente de los otros en sus funciones, pero dependientes de ellos por el origen; base departamental para la elección de senadores y provincial para diputados; régimen unitario, aunque descentralizado; y unión de la Iglesia y del Estado...»¹⁵.

La Constitución que marcó las vigas rectoras del constitucionalismo peruano, fue dada por el «Congreso Constituyente», el 18 de marzo de 1828 y suscrita por el Presidente José de la Mar, dictado «En el nombre de Dios todo-poderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, supremo autor y Legislador de la Sociedad».¹⁶

El constitucionalista Pareja destacó los caracteres de la ley suprema del 28, entre ellos su espíritu desconcentrador del poder en favor de los departamentos, vía las Juntas Departamentales, dotados de un indicador impostergable, la autonomía que permitió una distribución razonable de los recursos económicos del Estado unitario, aún precoz.

Manuel Vicente Villarán, con acierto señaló que la carta del 28, se caracterizó por su moderación, ya que expresó la reacción espontánea de la ciudadanía, frente a las posturas desmedidas de Bolívar y sus cercanos colaboradores como el conservador de fuste José María de Pando.

El historiador y ex Ministro de Educación don Jorge Basadre comentó con objetividad sobre los alcances políticos de la carta del 28 «La Constituyente se inspiró al organizar los poderes públicos, no en el modelo de la revolución francesa, como la carta de 1823, ni en el régimen creado por el consulado de Bonaparte, como la de 1826, sino en el modelo norteamericano». [Basadre, 1964]

¹⁵Pareja Paz Soldán, José, *Comentarios a la Constitución Nacional*, U.C.P., Lima, 1939.

¹⁶García, Domingo, Ob. cit., p. 199.

Entre los mentores de la Constitución de 1828, encontramos al clérigo mistiano Francisco Javier de Luna Pizarro, que presidió el «Congreso Constituyente» del 27.

La carta madre del constitucionalismo peruano, se constituyó en el elemento histórico e ideológico que inspiraron y guiaron a los constituyentes que dictaron las siguientes leyes fundamentales del Estado peruano, es decir como la madre común de las constituciones de: 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920, como lo señaló el maestro Villarán «Son sus hijas legítimas»; y a su vez «Son como sucesivas ediciones corregidas, aumentadas o reducidas en un libro original» [Villarán y Godoy,1998]

Luna Pizarro, entendió que se requería de una carta que liquidara la vieja e incómoda controversia entre monarquistas y republicanos. El texto del 28, fue moderado, conciliador, peruanista y diseñó la estructura del Estado y su forma de Gobierno, que se ha venido consolidando en estos 197 años de vida emancipadora.

En su numeral 88, estableció la responsabilidad política del Presidente, por sus actos de administración. La Cámara de Diputados acusaba ante el Senado, al Presidente, Vice-Presidente, a los Ministros, a los Vocales Supremos, por delitos de traición a la patria, atentados contra la seguridad pública, concusión, infracciones de la Constitución y otros actos ajenos a la legalidad y contrarios a la Constitución, así lo normó el art. 22.

El procedimiento de orden parlamentario, se ha mantenido, en nuestra historia constitucional, hasta la vigencia de la Constitución de 1979 [5 de abril de 1992], bajo las reglas del sistema bicameral.

La figura de la presidencia, se sacudió de toda postura disfrazada, como fue el caso de la carta del 26. Así lo determinó con firmeza el numeral constitucional 84, el ejercicio del Poder Ejecutivo no puede ser vitalicio y menos hereditario.

La sucesión presidencial, fue debidamente establecida bajo el modelo norteamericano. El Vice-Presidente reemplazaba en los casos de imposibilidad física o moral, a falta de éste, que a su vez era el Presidente del Consejo de Estado [Art. 93], asumía transitoriamente la jefatura del Estado, el Presidente del Senado [Art. 83].

Durante la vigencia de la Constitución de 1828, no

se aplicó la figura de la «Vacancia Presidencial» bajo las causales: «...En casos de imposibilidad física o moral...»¹⁷ La mencionada norma constitucional previó la figura recogida del modelo francés, el refrendo ministerial «Los Ministros firmaran los decretos y órdenes del Presidente, cada uno en su respectivo ramo sin cuyo requisito no serán obedecidos».¹⁸ En el extremo de las responsabilidades de Gobierno «Los Ministros son responsables de los actos del Presidente que autoricen con sus firmas contra la Constitución y las leyes».¹⁹ Lo indicado estuvo normado en los dispositivos 97 y 100 respectivamente.

El maestro sanmarquino y Ministro [1908-1909] durante el primer Gobierno de Augusto Leguía [Siendo Rector de San Marcos renunció al cargo, para hacer frente a la campaña reeleccionista de Leguía, en 1924], don Manuel Vicente Villarán analizó los alcances axiológicos de la carta del 28 «El mérito del Congreso de 1828 consiste en haber acertado sobre las líneas más importantes y fundamentales que podía el Perú, en sus condiciones de entonces, adoptar como base de su organización constitucional; y la experiencia ha demostrado que no se equivocaron, porque entre las constituciones posteriores, han durado las que han adoptado esa forma creada por la del 28, y las que menos duraron fueron las que se separaron del régimen que sustancialmente crea la Constitución del 28. Por cierto que no hay mucho de original en la obra de nuestras constituciones, pues se limitan a adaptar en lo posible a las difíciles condiciones del Perú, la práctica constitucional de Norteamérica».²⁰

Las siguientes constituciones, como la de 1834, se dijo que era la segunda edición de la del 28.

La carta de Huancayo de 1839 fortaleció al Poder Ejecutivo y concentró mayor poder, abolió erradamente a las municipalidades y podría decirse que se convirtió en la tercera edición de la ley magna del 28. La longeva Constitución de 1860 [La de mayor vigencia, 59 años y 8 meses] se constituyó en una edición actualizada de la del 28,

¹⁷García, Domingo, Ob. cit., p. 214.

¹⁸García, Domingo, Ob. cit., p. 219.

¹⁹Ibíd., p. 219.

²⁰Villarán y Godoy Manuel Vicente, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Fondo Editorial, P.U.C.P., Lima, 1998.

con variaciones en aquellos numerales constitucionales, que representaron para la ciudadanía conservadora normas incompatibles con los valores espirituales y aquellos que giraron en torno a la relación Iglesia – Estado, y que conllevó a convocar a un «Congreso Constituyente» para reformar la carta del 56 y este terminó derogando la Constitución liberal de 1856 y dictando una nueva carta política, la del 60.

Anota con singular acierto el tratadista Manuel Vicente Villarán, que las Constituciones de 1856 y de 1867, se apartaron del modelo de la carta del 28 y estas no tuvieron mayor eficacia jurídica y política, ello nos revela que su excesivo liberalismo, las condujo a su efímera vigencia. Podemos afirmar que el sistema inspirado por las constituyentes del 28, ha sido el que se adaptó a las circunstancias, condiciones y exigencias peculiares del Perú, del primer centenario.

A trece años de nuestra naciente independencia, nuestra patria tenía cuatro cartas constituyentes.

Luis José de Orbegoso, militar encargado de la presidencia de la República, benemérito de la patria, promulgó la Constitución del Estado de 1834 [10 de junio de 1834].

«La Constitución sancionada el 10 de junio de 1834, es casi la misma que la del año 28, con algunas modificaciones. Los Arts. reformados no pasan de veinte...».²¹

Las principales características de la carta del 34 [Constitución Pro Confederativa], se centraron en impulsar el federalismo exterior con el alto Perú, es decir ir por un Estado confederativo con Bolivia. Otro peculiar indicador fue su tendencia antimilitarista, el país no podía seguir soportando amenazas de caudillos militares. El poder militar sometido al poder político [Congreso]. El Parlamento contara con la prerrogativa constitucional de aprobar los ascensos a los altos mandos castrenses [Art. 51] y los militares no sufragaban.

Al Presidente de la República se le restringió facultades, como la no designación de Vocales Supremos, no podía convocar a legislaturas extraordinarias, trasladando esta tarea al Consejo de Estado. Se suprimió la Vice-Presidencia, asumió esta alta responsabilidad el Presidente del

²¹Pacheco, Toribio, Ob. cit., p. 82.

Consejo de Estado y se prohibió la reelección presidencial. [Arts.: 77, 81 y 85 respectivamente].

Luis Felipe Villarán, nos relata los hechos que rodearon la dación de la Constitución de 1834 «Esta Constitución no llegó a regir. Los trastornos políticos que en esa época se desencadenaron, promovidos por los generales del ejército que se disputaban el Poder, impidieron todo régimen regular...» [Villarán,2016]

Esta norma política desarrolla la figura de la acusación constitucional. A la Cámara de Diputados le correspondía acusar de oficio o a instancia de cualquier ciudadano ante el Senado, al Presidente, Ministros, integrantes del Consejo de Estado, Vocales Supremos y otros funcionarios con rango constitucional [Art. 23]. El Senado le correspondía conocer si da lugar a formación de causa en las acusaciones políticas. Para la procedencia era imprescindible «El voto unánime de los dos tercios de los senadores presentes para formar sentencia»²² así lo preceptuó el numeral 32 de la carta confederativa.

La decisión del Senado, generaba la suspensión del ejercicio del cargo, y el funcionario era sometido a «Juicio Político» [Art. 33]. Si el acusado e inculpatado constitucionalmente, era el Presidente, asumía el Presidente del Consejo de Estado, en el caso de renuncia, muerte o perpetua imposibilidad física del mandatario [Art. 81].

La carta del 34, no incorporó como causal de vacancia la imposibilidad moral. Lo que desarrollo fue la suspensión, por enfermedad temporal o por ausentarse de Lima, sin autorización del Congreso. Ante esta circunstancia, el Presidente del Consejo de Estado, asumía transitoriamente los funcionarios del Gobierno [Art. 83].

Como hecho histórico en 1841, don Manuel Menéndez Presidente del Consejo de Estado, asumió la presidencia, a la muerte de Agustín Gamarra, como lo menciona el maestro José Pareja, en su trabajo académico, que le permitió graduarse como Doctor en Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú en 1939. La investigación tituló «Comentarios a la Constitución Nacional». [Pareja Paz-Soldán, 1939]

Luego contamos con la llamada Constitución de Huan-

²²García, Domingo, Ob. cit., pp. 242 y 243.

cayo de 1839, fue producto de la inspiración e impulso del General Agustín Gamarra. Como antesala encontramos el establecimiento de la «Confederación Peruana-boliviana». Este proyecto emprendido por los liberales ilustrados, fue liderado por el Mariscal Andrés de Santa Cruz.

Las batallas entre los confederalistas y anticonfederalistas [Mariscal Andrés de Santa Cruz y el General Manuel Bulnes] encontraron en Yungay, en enero de 1839, el sello culminante de la suerte de la confederación.

Se constituyó como costumbre, que después de toda convulsión política y militar, se convoque a una asamblea constituyente, que legitimará el quebrantamiento al orden constitucional. Ello sucedió y en la apacible ciudad de Huancayo el 15 de agosto de 1839, se instaló el ente constituyente, cuyo primer acto político, se centró en la ratificación del cargo de Presidente Provisional del general Agustín Gamarra.

Esta carta empoderó al Presidente y le otorgó facultades excesivas. El mandatario podía suspender, remover y trasladar a cualquier Juez, como lo menciona el profesor Raúl Chanamé. El maestro sanmarquino Lizardo Alzamora anotó de esta norma constitucional «La Constitución de 1839 vigoriza al Ejecutivo» [Alzamora, 2004]. Se amplió el período a seis años y el Jefe de Estado estaba facultado para nombrar funcionarios con cargos políticos. Empero, se incorporó al Consejo de Estado, como órgano de defensa de la Constitución, instancia que debía garantizar que los actos normativos del Estado, estén ajustados a la constitucionalidad «[Art. 103, inciso 1]». ²³

En materia descentralizada, generó un marcado retroceso, ausencia notoria de normas que impulsaran la descentralización, suprimió a las municipalidades y empoderó a las prefecturas e intendencias, como instancias representativas del Poder Ejecutivo, fomentando la centralización «[Arts. 134, 139 y 143 respectivamente]» ²⁴

La figura de la «Vacancia Presidencial», su procedimiento, el órgano competente y la sucesión del mando de Gobierno, fueron debidamente desarrolladas en la carta de Huancayo en los numerales: 55, 68, 79, 81, 82 y 85, respectivamente.

²³García, Domingo, Ob. cit., p. 324.

²⁴García, Domingo, Ob. cit., pp. 331 y 332.

El Jefe Supremo o Presidente de la República, era elegido por un período de seis años, no podía ser reelecto por los colegios electorales de cada provincia, acto encargado al Congreso Bicameral [Abría las actas, las calificaba y ejecutaba el escrutinio], así lo establecieron los numerales 70 y 71 de la ley del año 39.

El Jefe de Estado y de Gobierno, era responsable de sus actos y con él, los Ministros, quienes debían refrendar los decretos y órdenes presidenciales y por ende asumían la corresponsabilidad política de las acciones del Poder Ejecutivo, así lo normó los Arts. «79, 90 y 91 respectivamente».²⁵

Estas circunstancias políticas, vinculadas a la imposibilidad física de carácter perpetuo del Presidente, estuvieron premunidas en la propia Constitución, al señalar, que, si el Jefe de Estado se encontraba liderando la guerra y por inherentes razones no podía retornar al territorio patrio, era sucedido por el Presidente del Consejo de Estado [Art. 85]. Estos hechos castrenses no sucedieron y por ende este mandato no se aplicó, bajo estos acontecimientos históricos.

La presidencia vaca de hecho por muerte del Presidente [Lo señalamos, en 1841 Agustín Gamarra falleció y lo sucedió Manuel Menéndez, entonces Presidente del Consejo de Estado]. Las otras causales eran por celebrar pacto que hubiera puesto en riesgo la unidad del Estado o la independencia patria [De haberse producido se habría generado la incapacidad moral y patriótica y por ende justificada constitucionalmente la vacancia presidencial]. El numeral 81 legisló al respecto «La Presidencia de la República vaca de hecho por muerte, o por cualquier pacto que haya celebrado contra la unidad e independencia nacional y de derecho, por admisión de su renuncia, perpetua imposibilidad física o moral, y término de su período constitucional».²⁶

Los constituyentes de 1839, establecieron que frente a la declaratoria de la «Vacancia Presidencial», sea por razones de hecho o derecho, asumía provisionalmente el mandato supremo, el Presidente del Consejo de Estado [Art. 82]. En el caso de suspensión del ejercicio de la jefa-

²⁵García, Domingo, Ob. cit., pp. 318 y 323.

²⁶García, Domingo, Ob. cit., p. 318.

tura del Gobierno, por razones de enfermedad o ausencia temporal, el Presidente de la vieja institución de arraigo francés, se encargaba de la Presidencia de la República [art. 85].

La Constitución conservadora y centralista de 1839, rigió entre noviembre de 1839 y octubre de 1856, a pesar que estuvo en suspenso de 1842 a 1844, como lo anota el maestro de nuestra historia republicana Jorge Basadre, es decir durante doce años fue aplicada, considerando los tres años de no vigencia temporal. Fallece el Presidente Gamarra en la batalla de Ingavi en 1841 [Territorio boliviano] recordemos que la antesala de la dación de la Constitución de 1856, estuvo embestida de movimientos revolucionarios que enfrentaron a las huestes de los generales Ramón Castilla y Manuel I. Vivanco. Castilla derroca en Arequipa a Vivanco y ocupa el poder. Se convoca a elecciones y el Mariscal Castilla es elegido Presidente, gobernando seis años [1845-1851]. Luego viene el Gobierno del general José Rufino Echenique y con él las revoluciones de los años 54 y 55, que terminaron con la derrota de Echenique a cargo del Castilla en la batalla de «La Palma» como relato el maestro Manuel Vicente Villarán, en su famosa obra «Lecciones de Derecho Constitucional». [Fondo editorial P.U.C.P. Lima 1998].

Instalado el Gobierno provisorio de Castilla, se convocó a la «Convención Nacional», que se reunió en 1855 y 1856, integrada por sectores liberales y radicales, que exigían dictar un nuevo texto constituyente. Se hacía necesario delimitar al Poder Ejecutivo y fortalecer a las Cámaras Legislativas.

Se incorporó el voto directo para elegir al Presidente y a los parlamentarios, sufragarían todos los ciudadanos letrados, con oficio y negocio conocido. Se establece que son incompatibles las funciones entre Diputado y Ministro y que todo funcionario que aspirará a ser elegido debía dejar el cargo, dos meses antes de la elección. Se recogió del sistema norteamericano la denominada «Representatividad proporcional» que, por 25 mil habitantes, se elegiría un Diputado y un suplente por provincia [art. 45 – Constitución de 1856]

Recordemos que la carta norteamericana en su art. uno, segunda sección, apartado 3, establece «El número de representantes no excederá de uno por cada 30 mil ha-

bitantes, con tal que cada Estado cuente con un representante cuando menos; ...» [Díaz Revorio, 2004]

La carta de Castilla de 1856, alcanzó un enorme impacto político e ideológico, como lo describe con objetividad histórica el magistrado del Tribunal Carlos Ramos Núñez, su mayor innovación que le generó, luego su propia derogación, fue implantar una instancia común y laica, suprimió el fuero eclesiástico y alentó las libertades de culto, que encontró en el notable clérigo Bartolomé Herrera, su férreo opositor.

Para el calificado profesor Raúl Chanamé «La Constitución de 1856, tuvo grandes virtudes doctrinarias, algunos errores de adecuación y despertó muchas ilusiones, empero, contra todas sus críticas expresó la buena fe de buscar superar el lacerante militarismo y brindar de manera temprana la libertad de cultos en el país...» [Chanamé, 2005]

En relación a los niveles de control y de responsabilidad política, los constituyentes del 56, desarrollaron la vieja figura española del «Juicio de Residencia». «Todo empleado público, al cesar en su cargo, será sometido a Juicio de Residencia, y mientras no sea absuelto no podrá ejercer el mismo empleo, ni otro alguno»²⁷ así lo dispuso el numeral 11 de la carta de 1856.

Esta figura hispana, de textura moralizadora, fue apartada de nuestra normatividad constitucional, ya que fue una institución incómoda, para aquellos caudillos que no toleraban controles legales. A inicios de la República como lo recuerda el jurista Javier Valle-Riestra «Los hombres que forjaron la independencia del Perú, no sólo tuvieron una filiación demoliberal que los condujo a fundar la República, sino que fueron nacionalistas radicales, hispanóforos, que se sentían poseídos de la misión de combatir todo lo que trajese reminiscencias de España. Si la República tuvo como causa al liberalismo, la independencia fue efecto del antihispanismo» [Valle-Riestra, 1987]

Como lo hemos indicado, nuestra historia republicana registra a inicios de la vida emancipadora la destitución por parte del Congreso del primer Presidente José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete [8 de agosto de 1823]. El

²⁷García, Domingo, Ob. cit., p. 351.

Parlamento Constituyente lo declaró «Reo de alta traición y sujeto al rigor de las leyes»²⁸

Como lo apunta el tribuno Valle-Riestra, en su tesis que le permitió optar el título de Abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú [5 de octubre de 1957]. «¿La causa? Turbias negociaciones con el Virrey conducentes a desalojar a Bolívar y los gran colombianos del Perú»²⁹ Riva-Agüero fue sometido, ya en el destierro al «Juicio de Residencia», supuestamente por negociar con las tropas reales, conspirar y poner en riesgo la unidad del Estado y la independencia patria.

«José Sánchez Carrión, en efecto, se dirigía, el 18 de febrero de 1825, a los diputados secretarios del Congreso explicando cómo conveniente la formulación de juicio contra los ex Presidentes don José de la Riva-Agüero y don Bernardo Tagle, contra el ex Ministro don Juan Berindoaga y don Diego de Aguila vice-Presidente... los cuatro personajes habían seguido destinos inmencionables, es especial Tagle y Aliaga que pidieron asilo en el Castillo del Rey Felipe acogiéndose a una amnistía promulgada por Monet, Jefe realista.»³⁰

En julio de 1822 el Cabildo de Lima, recogiendo el sentir del vecindario, recomendó al Gobierno de San Martín que sometiese a «Juicio de Residencia» al Ministro Bernardo Monteagudo, quien inicio persecuciones a españoles, que generaron que los habitantes de mayoría hispana lo acusaran de abusivo y asesino. Monteagudo escapó y luego retorno amparado por las huestes bolivarianas. Estos hechos que el maestro de la historia republicana Jorge Basadre lo comenta, permitieron que, por primera vez, se aplicara una verdadera acción popular, que, a través de ella, se exigía públicamente la rendición de cuentas de un funcionario del Gobierno.

Posterior a estos acontecimientos registrados por la historia de inicios de la era soberana, recogemos la acusación contra el Presidente de origen cusqueño Agustín Gamarra. Los alegatos estuvieron a cargo del Diputado tacneño Francisco Gonzales Vigil «... El Jefe del Ejecutivo

²⁸Valle-Riestra, Javier, Ob. cit., p. 96.

²⁹Valle-Riestra, Javier, Ob. cit., p. 97.

³⁰Valle-Riestra, Javier, Ob. cit., p. 97.

había doblado el precio del papel sellado, desterrado del Perú a un ciudadano llamado Jaramillo y en haber disuelto la Junta Departamental de Lima. Pero lo importante de aquella frustrada denuncia estuvo en que fue un ensayo para detener los abusos del poder. Un verdadero sermón de civismo».³¹

En esta línea histórica se pretendió someter a «Juicio de Residencia» al Ministro Matías León. El Consejo de Estado en febrero de 1832, recibió la denuncia de los Diputados Mariano Santos y de José Sebastián Carrera y este órgano estadual de origen francés [Estatuto de Bayona de 1808], descartó la acusación en contra del funcionario del Ejecutivo, precisando que los Ministros no estaban sujetos a «Juicio de Residencia», empero si a responsabilidad política como lo estableció el art. 100 de la carta de 1828 «Los Ministros son responsables de los actos del Presidente que autoricen con sus firmas contra la Constitución y las leyes».³²

Como lo destaca el ex parlamentario Javier Valle-Riestra, la Constitución de 1834 de línea liberal era más tajante en materia de responsabilidad política no solo del Presidente, sino también de sus cercanos colaboradores los Ministros [Art. 114, inciso 1ro] «Conocer de las causas criminales que se formen al Presidente de la República, a los miembros de las Cámaras, a los Ministros de Estado y Consejeros de Estado, según los Arts. 33 y 101, atribución 5ª»³³

Encontramos a la ley del 17 de junio de 1834. La Constitución fue dictada «El 10 de junio del año del Señor de 1834, 15° de la Independencia y 13° de la República»]³⁴. La indicada norma hacía referencia a la acusación y juzgamientos de los Presidentes de la República. Don Javier Valle-Riestra dice de ella «Es posiblemente una de las primeras, sino es la precursora, de las leyes de responsabilidad oficial en América».³⁵

La comentada disposición reconocía el derecho de acusar por acción popular ante la Cámara de Diputados

³¹Valle-Riestra, Javier, Ob. cit., p. 101.

³²García, Domingo, Ob. cit., p. 219.

³³García, Domingo, Ob. cit., p. 259.

³⁴García, Domingo, Ob. cit., p. 272.

³⁵Valle-Riestra, Javier, Ob. cit., p. 104.

al Presidente de la Nación, Ministros de Estado y el Presidente del Consejo de Estado, normaba los delitos y penas a imponerse a los infractores al mandato constitucional.

Producto del «Pacto de Tacna», las repúblicas nor-peruana, sub-peruana y Bolivia, en mayo de 1837, suscriben el acuerdo por el cual los tres estados se federan en uno.

El longevo letrado Valle-Riestra nos explica que «En el art. XXIII de ese documento se denota como atribución del Senado, la de juzgar al protector de la confederación sólo por los delitos de traición y retención indebida del poder».³⁶

La Constitución de Huancayo, normaba en su numeral 35, los casos de acusación, que la Cámara de Diputados podía aplicar ante la Cámara alta en contra del Presidente, por dos razones tutelares, atentar a la unidad del Estado y quebrar la independencia. Ya lo dijimos el mandatario era irresponsable durante su gestión.

A don Ramón Castilla, se le pretendió residenciar, al término de su Gobierno en abril de 1851 [1845-1851]. Se activó el número 118 de la carta de 1839 «El Fiscal de la Corte Suprema, Francisco Javier Mariátegui, entabló la acción correspondiente. Manuel Pérez de Tudela, hizo fijar edictos en los lugares públicos citando la ley primera, título 15, libro 5° de indias, convocando a los quejosos contra la cesante administración... Los Diputados Coronel Zegarra, Costas y Basagoitia, presentaron en su Cámara un proyecto de ley declarando inconstitucional la pretensión de la Suprema y acusando a los que habían participado de tal acuerdo»³⁷ finalmente no prosperó el requerimiento político en contra del ex-Presidente Ramón Castilla.

Otro ensayo político fue en contra del ex-Presidente José Rufino Echenique [1851-1854], sus Ministros, los generales y los funcionarios civiles y políticos, que habrían contribuido a la desorganización de la República y el descalabro de la economía nacional. Estos fueron los argumentos de los acusadores. El mandatario Echenique fue el primer interesado desde el exilio, para que se le someta al «Juicio de Residencia», el proceso constitucional no se cristalizó [noviembre 1855] por falta de acuerdos en

³⁶Valle-Riestra, Javier, Ob. cit., p. 105.

³⁷Valle-Riestra, Javier, Ob. cit., p. 109.

el Senado de entonces.

La carta liberal de 1856, desarrolló la responsabilidad política y la de residencia. Los Fiscales, eran los encargados de activar el recurso de acción popular contra los funcionarios públicos que cesaban en el cargo [Arts. 11 y 12]. El Senado tenía la atribución de declarar si procedía la acusación en contra del primer mandatario, ante la solicitud política de la Cámara baja [Arts. 61 y 62].

Posterior a la ley magna de 1856, se dictó la Constitución más longeva, la de 1860 [59 años y casi 8 meses]. El Congreso estaba facultado para «Examinar al final de cada período constitucional, los actos administrativos del jefe del Poder Ejecutivo y aprobarlos, si fuesen conformes a la Constitución y a las leyes: en el caso contrario, entablará la Cámara de Diputados ante el Senado la correspondiente acusación» [García Belaunde, 2006]. Esta norma constitucional no desarrolló expresamente la figura del «Juicio de Residencia» para los funcionarios [Cesantes y no volvió a reestablecerla]. El argumento central radica como lo analizó el ex constituyente del 78 Valle-Riestra «Se le estimaba como un procedimiento innecesario y redundante. Sobre todo, cuando la Constitución introducía el principio de responsabilidad de los funcionarios».³⁸

Luego se promulgó la carta de 1867, que tuvo una efímera vigencia [De agosto de 1867 a enero de 1868]. Duro lo que el Gobierno, que la dictó [Mariano Ignacio Prado, Presidente Provisorio de la República]. El numeral 77 de esta norma suprema dispuso «El Presidente de la República, al concluir su período, dará cuenta detallada al Congreso de sus actos administrativos, para los efectos de su atribución 25, art. 59»³⁹.

Retomamos el análisis constitucional vinculado a la responsabilidad política del Jefe del Poder Ejecutivo y las causales tanto de la vacancia y la suspensión de la presidencia de la República.

Don Ramón Castilla promulgó y derogó la carta de 1856. Fue «Producto de la presión institucional de la Iglesia Católica liderada por el notable clérigo Bartolomé Herrera y respaldada por el Ejército, se instaló la comisión de reforma constitucional a la carta de 1856, que era

³⁸Valle-Riestra, Javier, Ob. cit., p. 115.

³⁹García, Domingo, Ob. cit., p. 54.

duramente criticada por su postura liberal, anticlerical y antimilitarista.» [Cáceres Arce, 2018]

«La propuesta reformista terminó por derogar la carta de 1856... cuyo debate inicial giró en el sentido, si este Congreso era constituyente o constitucional, al final esta asamblea terminó debatiendo y aprobando la carta más longeva del constitucionalismo peruano, la de 1860»⁴⁰

«La carta de 1860, conservó las instituciones y figuras aparecidas en la ley suprema de 1856, suprimiendo aquellos numerales que eran incómodos para la ciudadanía católica, es decir reformaron los Arts. incompatibles con los valores espirituales, concretamente el numeral 4 de la Constitución de 1856»⁴¹

«En este escenario de orden constitucional y político la figura del gran Mariscal Ramón Castilla, fue vital, tuvieron que ceder frente a las presiones institucionales conservadoras, para dar paso a un Gobierno viable»⁴².

Les correspondía a los diputados, acusar ante la Cámara alta, a los principales funcionarios políticos entre ellos el Presidente de la Nación, a los Ministros, a los integrantes del Parlamento, por la infracción de la Constitución y por todo delito cometido en el ejercicio de sus tareas constitucionales. [Art. 64].

Al Presidente, sólo procedía acusarlo durante su mandato por traición, por atentar a la forma republicana de Gobierno, por disolver el Parlamento o impedir su funcionamiento [Art. 65].

Al culminar su período, el Jefe de Estado debía dar cuenta de sus actos administrativos ante el Congreso Bicameral [Art. 86].

Las causales de vacancia eran de orden natural [Muerte] y por razones de alcance: moral, político y judicial. Así lo dispuso el numeral 88. Por perpetua incapacidad, física o moral, por renuncia o por sentencia judicial que lo declare reo, por haber incurrido en traición a la patria, por disolver el Parlamento o irrumpir contra la forma de Gobierno.

⁴⁰Cáceres Arce, Jorge Luis, Arce Espinoza, Mario, *El tiempo Político de Ramón Castilla*, Ed. Antares, Fondo Editorial, U.C.S.M., Arequipa, 2018.

⁴¹Cáceres, Jorge, Ob. cit., pp. V y VI.

⁴²Cáceres, Jorge, Ob. cit., p. V.

El Congreso estaba facultado para declarar la «Vacancia Presidencial» y la sucesión del mandato de la jefatura del Ejecutivo, descansaba en los Vice-Presidentes, el procedimiento constitucional se encontraba debidamente establecido en los numerales 89, 90 y 91, respectivamente. Se suscitó en 1904 el fallecimiento del Presidente Manuel Candamo, el primer Vice-Presidente Lino Alarcón falleció con anterioridad. El segundo Vice-Presidente Serapio Calderón, convocó a elecciones y es elegido José Pardo [1^{er} Período 1904-1908].

La suspensión de la presidencia se generaba por los tres casos estipuladas en el art. 93 de la carta de 1860. Por enfermedad temporal, por pretender someter a la fuerza pública sin autorización del Congreso y estar sometido a «Juicio Político» [Art. 93]. Los actos del Presidente requerían del refrendo ministerial [Art. 99] y eran los Ministros responsables solidarios por los acuerdos asumidos en Consejo de Ministros o en forma individual [Art. 99 y 104].

Durante el mandato constitucional del texto de mayor vigencia política [1860-1920] se suscitó la destitución del Presidente Guillermo Billinghurst, en febrero de 1914. El Parlamento Bicameral determinó la vacancia, debido a sus conductas autoritarias, intentó disolver el Congreso y pretendió gobernar por la vía plebiscitaria.

Los parlamentarios integrantes de distintas fuerzas políticas [Partido Civil, Partido Demócrata, Partido Liberal y Partido Constitucional] suscribieron «El manifiesto a la Nación», con motivo del proyecto del Señor Billinghurst de fecha 4 de febrero de 1914. Los principales mentores fueron los diputados Alberto Ulloa Cisneros, el huanuqueño Augusto Durand, líder el Partido Liberal, José Balta representante por Pacasmayo, Arturo Osoreo de la Provincia de Cutervo, el Senador por Huánuco Gerardo Balbuena, David Samané Ocampo Diputado por Cusco, el Diputado Víctor Perochena de Arequipa entre otros congresistas.

El famoso manifiesto que fue avalado por diputados y senadores expresó «La decisión del Poder Ejecutivo de cancelar dictatorialmente los poderes del Congreso y convocar a elecciones generales de senadores y diputados para sustituir un Parlamento legal, con otro que no puede serlo, constituye un gravísimo delito contra la sobe-

ranía nacional, cuya manifestación más sustantiva es el Poder Legislativo, ejercido por el Congreso» [Planas Silva, 1998]. En otro extremo la acusación política dijo «Desde luego el Poder Ejecutivo ha destruido la constitucionalidad, base esencial del Gobierno del Perú y ha entrado descaradamente en el régimen del dispositivo personal, abominado por la razón y por la historia... ha roto la armonía entre los Poderes Públicos y ha destruido el régimen constitucional... ha consumado delito que permite acusar al jefe del Ejecutivo durante su período que produce la vacancia de la Presidencia de la República y que la ley castiga con Penitenciaría en tercer grado...»⁴³. Este contundente documento de carácter político fue suscrito por 98 parlamentarios entre Senadores y Diputados y con su aprobación mayoritaria, el Presidente Guillermo Billinghurst, fue vacado conforme a lo dispuesto en el numeral 88, apartado 1° de la carta de 1860, por incapacidad moral. Lo destituyó el Congreso que lo eligió en 1912, con el respaldo del Partido Demócrata liderado por el pierolista Alberto Ulloa y del Partido Liberal encabezado por el Diputado Augusto Durand [24 de setiembre de 1912].

El manifiesto [Redactado por los Diputados: Plácido Jiménez y Luis Julio Meléndez], fue la herramienta eficaz, que se adelantó a las intenciones del Presidente Billinghurst de disolver el Congreso. El Parlamento recibió el respaldo del Ejército y principalmente del entonces Coronel Oscar R. Benavides, y materializaron el llamado «Contragolpe» en defensa del régimen democrático y en la madrugada del 4 de febrero de 1914 destituyó el jefe del Ejecutivo por las amplias razones y motivos debidamente fundamentados en el manifiesto del Congreso. El acuerdo político, ajustado a la constitucionalidad expreso «Que ha vacado la Presidencia de la República, porque don Guillermo Billinghurst, está absolutamente incapacitado para continuar ejerciendo el mando que le confirió el Congreso en 1912 y en el cual cesa desde este momento... Que don Guillermo Billinghurst quede fuera de la Constitución y de las leyes, conforme al precedente parlamentario del 23 de julio de 1872... Que las fuerzas del mar y tierra no deben obediencia a don Guillermo Billinghurst»⁴⁴

⁴³Planas Silva, Pedro, *Democracia y Tradición Constitucional en el Perú*, Ed. San Marcos, Lima, 1998.

⁴⁴Planas, Pedro, Ob. cit., pp. 329 y 330.

El propio Congreso, acordó encargar la jefatura del Gobierno, a una «Junta de Representantes» liderada por el Diputado por Lima Augusto Durand, posterior a ella el Ejército aliado del Congreso embistió, como Presidente Provisional a don Oscar R. Benavides [Luego ejerció la presidencia entre 1933-1939, tras la muerte en abril de 1933, del Presidente, el general piurano Luis Sánchez - Cerro]. La historia registra como bien lo señala don Enrique Chirinos Soto «El 4 de febrero de 1914, la guarnición de Lima se subleva a órdenes del entonces Coronel Oscar R. Benavides... Palacio de Gobierno es asaltado, al Presidente se le arranca la dimisión... Es la primera quiebra del orden legal desde que Piérola fundó de nuevo la República en 1895» [Chirinos Soto, 1978]

Es meritorio resaltar que el Congreso, emitió la Resolución Legislativa N° 1958 del 15 de mayo de 1914, donde el Parlamento resolvió «El Congreso, considerando: que producido el movimiento del 4 de febrero, que puso término al Gobierno entonces existente, debe reconstituirse el Poder Ejecutivo con arreglo a lo dispuesto en el art. 80 de la Constitución del Estado y proveerse, entre tanto al establecimiento de un Gobierno Provisorio, ha resuelto encargar, hasta que queden realizadas las elecciones del Presidente y Vice-Presidente de la República ... al Sr. Coronel Oscar R. Benavides, de la Presidencia Provisoria de la República, cesando en sus funciones la actual Junta de Gobierno... mientras el Congreso, que será inmediatamente convocado al efecto... una Junta de Gobierno compuesta de seis miembros integrada por... Sr. Coronel Oscar R. Benavides, Sr. Doctor J. Matías Manzanilla, Señor Doctor Arturo Osoreo, Señor Ingeniero José Balta, Señor Doctor Rafael Gray, Señor Don Benjamín Boza»⁴⁵ El oficial Benavides ejercía el cargo de «Jefe del Estado mayor General del Ejército», del que fue retirado por Billinghurst.

La vigencia de la carta de 1860 fue interrumpida con la dación de la efímera Constitución de 1867 [agosto de 1867 a enero de 1868] impulsada por Mariano Ignacio Prado [Entonces Prefecto de Arequipa], fue duramente criticada por su carácter liberal y por ende generó incomodidad y hondo malestar en la ciudadanía católica.

⁴⁵García, Domingo, Ob. cit., pp. 79 y 80.

«Arequipa se levantaría en defensa de la tradición y de la fe religiosa como ya lo había hecho»⁴⁶. Lo afirma categóricamente Carlos Ramos sobre el sentir vecinal y de la clase política «Quedaba claro, a contracorriente de la Constitución moderada de 1860, que era incompatible con la sociedad de la época y el estado de las ideas».⁴⁷

La carta de 1867, que fue producto de la presión de los liberales de la época jefaturados por el Coronel Mariano Ignacio Prado, pretendieron retornar a los parámetros de la liberal Constitución de 1856. Entre ellos José Silva Santisteban, considerado como uno de los doctrinarios del liberalismo. El trabajo de los constituyentes no fue nada original y se sometió a los contenidos constitucionales de 1856. Empero se estableció algunas innovaciones como en el caso de la «Vacancia Presidencial», lo sucedía el Presidente del Consejo de Ministros [Art. 83]. En la carta de 1860 era sucedido por los Vice-Presidentes, en la carta liberal de 1856, el Presidente era vacado por razones de hecho y de derecho [Art. 83] era sucedido por el Vice-Presidente [Art. 84]. En relación a las causales de vacancia señalados en la efímera norma constitucional de 1867, estos eran también de hecho y derecho [Art. 79] y sus razones similares, es decir por muerte, por pactar contra la independencia, por atentar a la forma de Gobierno [Razones de hecho] y las causales de Derecho se remitían a la declaratoria de incapacidad moral o física [No establecía la condición de incapacidad permanente a igual que la ley de 1856] por renuncia y por estar sentenciado por haber incurrido en traición a la patria [Atentar a la Independencia Nacional o a la forma republicana de Gobierno o impedir que el Parlamento se reúna en sesiones ordinarias y/o extraordinarias].

Como bien lo comenta el notable constitucionalista Carlos Ramos «La Constitución de 1867 buscó la estabilidad laboral de la burocracia cuando estipulaba la necesidad de juicio para remover a los empleados judiciales o de hacienda. Insistió en la plena abolición de la pena de muerte. Con la que la historia constitucional peruana solo asoman dos Constituciones totalmente abolicionis-

⁴⁶Ramos, Carlos. Ob. cit., p. 77.

⁴⁷Ibid., p. 77.

tas: 1856 y la de 1867». ⁴⁸

El corte liberal de la norma suprema de 1867 en materia religiosa, estuvo positivisada en el numeral 49 que legisló «No pueden ser representantes... 4°] Los Arzobispos y Obispos... 5°] Los Eclesiásticos que desempeñan la cura de almas... 6°] Los Gobernadores eclesiásticos, Vicarios capitulares, provisos y demás miembros de los Cabildos Eclesiásticos por Departamento o Provincias de sus respectivas diócesis» ⁴⁹

Retomando la figura de la «Vacancia Presidencial» y de los niveles de responsabilidad política de los Ministros de Estado, analizamos la figura de control a los actos al Presidente, se estableció, que al concluir su mandato de 5 años, debía dar cuenta de sus actos administrativos, es decir si respetó lo dispuesto por la Constitución, de lo contrario debería ser acusado, haciéndose efectiva la responsabilidad política por los excesos del ejercicio descontrolado del Poder [Art. 59, inciso 25]. La renuncia y la declaratoria de la «Vacancia Presidencial» estaba a cargo del Parlamento Unicameral [Art. 59, incisos 13 y 14 respectivamente].

El numeral 86 nos inserta en un tácito «Juicio de Residencia Político» al precisar que «El Presidente no puede salir del territorio de la República durante el período de su mando, sin permiso del Congreso; ni concluido dicho período, mientras esté sujeto al juicio que prescribe el art. 77». ⁵⁰ Estaría sujeto a juicio por incurrir en el no cumplimiento de sus responsabilidades referidas a los actos administrativos. Se habrían encontrado frente a estos institutos constitucionales, uno recogido del sistema hispano el de Residencia y el Juicio Político o Impeachment del sistema inglés.

El tribuno Javier Valle – Riestra nos remonta en la historia y al respecto relata «Nuestro sistema de antejuicio constitucional o «Juicio Político» tiene dos vertientes históricas: El Juicio de Residencia Colonial y el Impeachment británico. Efectivamente, los fueros de Tudela dicen que primero hubo leyes que reyes, que éstos son simples elegidos y que supeditados a la ley... *Impeachment* signifi-

⁴⁸Ramos, Carlos, Ob. cit., p. 78.

⁴⁹García, Domingo, Ob. cit., p. 48.

⁵⁰García, Domingo, Ob. cit., p. 57.

ca acusación o delación y viene del francés *empechement*, impedimento. A su turno impedimento en español viene del latín *impediré*, trabar los pies...»⁵¹

Los Ministros de Estado, eran responsables solidarios por los actos del Presidente y por los acuerdos asumidos en el Consejo de Ministros [Gestando en la carta de 1856] ello se estableció en los numerales 91 y 96 respectivamente de la ley constitucional de 1867.

Producto de insertar los postulados laicistas de 1856, la ciudadanía católica influyó notoriamente en la clase política y militar y se produjo la derogatoria de la Constitución de 1867, el 6 de enero de 1868 [Día de creación de la Provincia de Islay – Mollendo], recordemos que esta carta no fue jurada y hasta un grupo masivo de mujeres la quemó, en la «Plaza Mayor de Lima». La presión conservadora condujo a su derogatoria y se restauró la Constitución de 1860, que rigió hasta 1920 [18 de enero de 1920 día de la ciudad de Lima].

II.- Constituciones del segundo centenario [1920-1993]

Entramos al siglo XX y se dictó la denominada «Constitución de la Patria Nueva» de 1920, impulsada por los partidarios de Leguía.

Durante el Gobierno de don Nicolás de Piérola, se dictó la primera ley de desarrollo constitucional vinculada a la efectiva protección de nuestras libertades y derechos fundamentales. La ley de hábeas Corpus [21 de octubre de 1897] «El califa» se negó a promulgarla y la misma fue suscrita por el entonces Presidente del Congreso Don Manuel Candamo [Luego Presidente de la República 1903-1904] conforme a lo dispuesto en el art. 71 de la carta de 1860. Al respecto el maestro del constitucionalismo peruano Domingo García Belaunde se refiere «Es conveniente hacer una somera reseña de esta ley matriz. Su único considerando es el relativo a hacer efectiva «La libertad personal consignada en la Constitución» es decir garantizar el derecho consagrado en el art. 18 de la Constitución de 1860, ya mencionado. Este principio es prácticamente una invariante en todo el proceso de nuestro constitucionalismo, pues se repite en todas nuestras cartas políticas. [García Belaúnde, 1979]

⁵¹Valle-Riestra, Javier, Ob. cit., p. XVIII.

Se convocaron a elecciones presidenciales y en mayo de 1919 fue elegido por segunda vez Augusto Bernardino Leguía y Salcedo, derrotando al candidato del Partido Civil Antero Aspíllaga [Respaldado por el entonces Presidente José Pardo].

Leguía electo para un período de 4 años [Art. 85 de la Constitución de 1860] se adelantó al acto de juramentación y con el respaldo de un sector del Ejército, insurgió en palacio de Gobierno el 4 de julio de 1919 y expulsó al Presidente en funciones don José Pardo. Se produjo un «Golpe de Estado del Presidente electo», al Presidente Constitucional en funciones. Con este acto se expidió la partida de defunción de la «República Aristocrática [1895-1919] así denominada por don Jorge Basadre.

Ya instalado en palacio de Gobierno [Se adelantó a la conspiración palaciega, que intentó derrocarlo en su primer Gobierno en mayo de 1909] se encargó de anunciar a la Nación, reformas en tres ámbitos: En el orden político, orden social y en materia de descentralización. Las propuestas que fueron 19, se sometieron a un Plebiscito, el 25 de agosto de 1919. Posterior a la consulta ciudadana, se instaló una «Comisión de Constitución» creada para plantear reformas, que alcanzó el proyecto, que fue debatido en el pleno de la Asamblea Nacional de 1919.

Entre las propuestas de reforma encontramos, la incorporación de los denominados derechos sociales y laborales recogidos del «Constitucionalismo Social Mexicano», declarados en la Constitución de Querétaro de 1917 y de la carta Alemana de Weimar de 1919, otra reforma se centró en la intangibilidad de las garantías individuales, la protección a las comunidades indígenas, el compromiso de legislar sobre el trabajo industrial, el salario mínimo, el descanso pre-natal, el régimen especial para los menores trabajadores, el derecho a la sindicalización y a la huelga, la jornada de trabajo, el acceso progresivo a la seguridad social. En materia económica, La prohibición a los monopolios y al acaparamiento, en materia educativa, el reconocimiento del profesorado como carrera pública.

En materia política, se amplió el período presidencial a cinco años, la elección directa del Jefe de Estado y la renovación completa del Parlamento Bicameral, la incorporación del voto femenino en elecciones municipales y la participación de los extranjeros en procesos electorales

locales.

Se le otorgó el status constitucional a la garantía del hábeas corpus [art. 24], recogida de la ley de desarrollo de octubre de 1897.

Se retomó a la institución del Consejo de Estado compuesto por siete miembros elegidos por el Consejo de Ministros y ratificados por el Senado, como órgano de opinión y de consulta del Jefe de Estado, que lamentablemente, no cumplió con acierto y objetividad las tareas encomendadas [art. 134 de la carta de 1920].

Efectuando el riguroso examen de la historia, señalaremos que fue un texto liberal, garantista y futurista, que lamentablemente no llegó a efectivizarse por el designio de los personalismos, la corrupción y la mediocridad política de quienes no la supieron aplicar en su esencia constitucional. Sus reformas terminaron siendo populistas e impracticables.

Don Augusto Leguía, terminó gobernando once largos años [1919-1930] gracias a dos reformas constitucionales que le permitieron reelegirse [Ley 4687 de setiembre de 1923 y la ley 5857 de octubre de 1927] a pesar que el texto constitucional fuente no lo permitía [art. 113].

No podemos dejar de anotar que al desalojar al Presidente en funciones el 4 de julio de 1919 don José Pardo [24 días antes de la asunción del mando] constituyó Leguía un Gobierno Provisional, disolvió el Congreso Bicameral y convocó a elecciones para la Asamblea Nacional, que se encargó de analizar, debatir y alcanzar las propuestas de reforma constitucional. Estos 19 planteamientos fueron plebiscitados [25 de agosto] y ampliamente aprobados por la ciudadanía y asumió funciones ante la Asamblea Nacional el 3 de octubre de 1919, por un período de 5 años y no se contaba con la figura del Vice-Presidente de la República. La Asamblea Nacional [Congreso Constitucional] que se instaló para reformar a la carta de 1860, terminó por alcanzar el nuevo texto constitucional que Augusto Bernardino Leguía y Salcedo promulgó el 18 de enero de 1920 [Aniversario de la ciudad de Lima, que cumplía 358 años de fundación española] instalándose el Gobierno de «La Patria Nueva». «La Comisión de Constitución» que presidió el Senador Javier Prado, alcanzó el dictamen en mayoría, en el sentido que la Asamblea ins-

talada en setiembre de 1919, no sólo debería circunscribirse a efectuar reformas a la carta de 1860, sino alcanzar un texto constitucional íntegro. El pleno de la Asamblea Nacional respaldó la propuesta del Senador Prado y no consideró el dictamen de minoría del parlamentario Manuel Frisancho, quien defendía la postura de alcanzar reformas y no una nueva Constitución. Recordemos que la Asamblea fue instalada en setiembre del 19, por un Presidente golpista, su origen no fue constitucional, ni menos legítimo. Señalaremos que lo comentado quedo normado en la ley N° 3083 del 25 de setiembre de 1919 que legisló «Apruébense todos los actos practicados por el Gobierno Provisional para hacerse cargo del poder, para convocar a los pueblos al Plebiscito Nacional y para conservar el orden... El Gobierno Provisional continuará ejerciendo el Poder Ejecutivo hasta el día que la Asamblea Nacional proclame Presidente Constitucional.⁵²

Luego el Gobierno Leguista, dictó el Decreto Supremo del 2 de octubre de 1919 «Da enumeración a la ley del Plebiscito de Reformas Constitucionales... con el número 4000»⁵³. Mediante «La ley 4001 del 3 de octubre de 1919, proclamó a Augusto B. Leguía como Presidente Constitucional de la República para el período 1919-1924».⁵⁴

En relación a las responsabilidades políticas que se consideraron en texto de 1920, estando a la Presidencia de la República y de los Ministros de Estado, evaluaremos estos preceptos constitucionales. Precisaremos que la carta Leguista recogió las principales figuras de la Constitución de 1860 en relación al proceso de «Vacancia Presidencial» y las tareas de corresponsabilidad política.

El Congreso Bicameral se encargaba de examinar las infracciones de la Constitución y debía disponer las acciones para hacer efectiva las responsabilidades de los infractores [Art. 83, inciso 4°].

El Parlamento en pleno debía admitir la renuncia del Jefe del Poder Ejecutivo y resolver sobre la permanente incapacidad física o moral del Presidente [Art. 83, incisos 13° y 14°].

Las causales de vacancia estaban normadas en el nu-

⁵²García, Domingo, Ob. cit., p. 81.

⁵³García, Domingo, Ob. cit., p. 83.

⁵⁴Ibíd, p. 83.

meral 115. Las razones de orden natural, por muerte, por incapacidad física o moral, por admitir su renuncia y por haber sido sentenciado por traición a la patria, habiendo atentado contra la forma de Gobierno o disuelto el Congreso. En este extremo no distinguieron los legisladores del 19, entre causales de hecho y de derecho [Arts. 115 y 96 respectivamente].

Se suspendía la Presidencia, por enfermedad temporal, por pretender subordinar a la fuerza pública para intereses ajenos a la gobernabilidad, por estar acusado y sometido a «Juicio Político» y por haber incurrido en traición a la patria [Art. 118].

El procedimiento para vacar al Presidente, establecía que a la Cámara de Diputados le correspondía acusar ante el Senado al Presidente, a los Ministros, a los Legisladores, a los Vocales Supremos y someterlos al denominado «Juicio Político» [Art. 95].

En caso de incapacidad física o moral, el Congreso [Bicameral] era el competente para pronunciarse, en este extremo.

Al haber suprimido la Vice-Presidencia, en el caso de «Vacancia o Suspensión», le correspondía al Congreso elegir al sucesor. Mientras dure la determinación política, el Consejo de Ministros asumía las tareas plenas del Gobierno. La Constitución no estableció que funcionario o no, podría ser elegido Presidente, para completar el período constitucional.

Esta figura política no llegó a aplicarse, debido a que don Augusto Leguía, no fue sometido a procedimiento de vacancia. Recordemos que la carta de 1920, duró el plazo, del Gobierno del dictador, que fue reelecto en 1924 y en 1929.

Los actos del Presidente requerían del refrendo Ministerial y los Ministros eran responsables de los actos de Gobierno [Arts. 127 y 132 respectivamente].

La revolución de agosto de 1930, derrocó al régimen que emergió en julio de 1919. La Junta Militar dictó un Decreto Ley que creaba «El Tribunal de Sanción Nacional». El Decreto pretendía «Determinar la inversión dada a los fondos públicos por el régimen anterior y establecer la debida responsabilidad sobre los ex gobernantes, los funcionarios y empleados públicos y los particulares que

hayan defraudado al fisco u obtenido ganancias ilícitas con detrimento de los dineros del Estado.⁵⁵

El ex Presidente Leguía, era sometido a este Tribunal, estando a lo dispuesto en la carta que él promulgó, en sus Arts. 95 y 97. La Cámara de Diputados debió acusarlo ante el Senado. Producto de la inestabilidad política, las Cámaras Legislativas no estaban funcionando y eran las competentes para investigar, de ser el caso instaurar el «Juicio Político» al ex mandatario y no era competente el Tribunal, que no estaba facultado para juzgar y menos para sancionarlo, se estaba distraendo del fuero y del procedimiento especial contemplado en la norma constitucional. Parecía un Tribunal Revolucionario y no uno de Justicia.

Este Tribunal estuvo integrado por militares y políticos digitados por Sánchez Cerro, estando a la composición del Tribunal, no jurisdiccional y parcializado, integrado por sus enemigos políticos [Manuel Sotil, perseguido por Leguía entre otros] emitió «La sentencia del 7 de enero de 1931, desde el punto de vista histórico, expresa una postura, de los enemigos de Leguía y de sus hijos» [Sánchez, 1993]. Luego de la sentencia, el ex Presidente dicta su testamento, desde el panóptico, redactado por su abogado Alfonso Benavides Loredo «El 15 de enero de 1931»⁵⁶

Luego entramos al estudio de los antecedentes de la dación de la carta de 1933, encontramos el levantamiento del entonces Comandante Luis Sánchez Cerro en Arequipa, el 22 de agosto de 1930 [Caída de Augusto Bernardino Leguía y Salcedo] y él oficial piurano se proclama Jefe Supremo de la Revolución. Leguía sin reflejos políticos, dimite dejando en el poder a su colaborador el general Manuel María Ponce.

Ambos oficiales del Ejército, no recogen la aceptación del poder constituyente y Sánchez Cerro, renuncia ante el Obispo Mariano Holguín, por horas asume la presidencia el clérigo arequipeño y en forma inmediata se conforma una «Junta de Notables» presidida por el ex pierolista David Samané Ocampo.

La Junta de Gobierno, nombra una comisión compuesta por los colosos del Derecho, liderados por Manuel

⁵⁵Valle-Riestra, Javier, Ob. cit., p. 120.

⁵⁶Sánchez Sánchez, Luis Alberto, *Leguía, El dictador*, Editorial Pachacutec. Lima. 1993.

Vicente Villarán e integrada por Víctor Andrés Belaunde, José León Barandiarán, Toribio Alayza y Paz-Soldán, Emilio Romero, Jorge Basadre, Ricardo Palma entre otros calificados juristas [En agosto de 1931].

Como bien nos recuerda el maestro Juan Vicente Ugarte del Pino, la carta de 1933 fue elaborada a partir de un texto jurídico previo, el llamado «Anteproyecto Villarán», otro inminentemente intelectual Jorge Basadre señaló: «Este documento fue superior a la Constitución que finalmente aprobó el Congreso Constituyente». [Basadre, 1964]

El anteproyecto Villarán, en su exposición de motivos precisó «Una Constitución moderna no puede ser tan breve como el decálogo. El exceso de laconismo ha dañado la claridad de nuestros códigos constitucionales y ha sido fuente nociva de muchos conflictos... El Contenido esencial de las Constituciones ha crecido, para corresponder al más rico contenido de la actividad del poder público... nuestra organización política y administrativa se encuentra visiblemente retardada... El Proyecto de Constitución que se presenta procura trazar ese plan, sentando bases firmes sobre las cuales se edifique el sistema de las grandes leyes orgánicas reclamadas con apremio por la urgente necesidad de renovarnos. Es por eso algo más extenso que las constituciones anteriores y es más extenso no porque contenga lujo de detalles, sino porque es más completo y mejor adaptado a las necesidades de la época» [Centro de Estudios Constitucionales, 2017]

Sin duda «La carta de 1933, contó con un valioso e inigualable antecedente. Los sesudos aportes de la Comisión Villarán... que lamentablemente no fueron considerados en el documento constitucional de 1933, en su verdadera magnitud» [Cáceres Arce, 2018] fue un texto antileguiísta y de carácter parlamentarista.

La carta del 33, recibió la influencia de distintas fuentes como la alemana y la española, el jurista José Pareja anota «Esa creciente importancia del Derecho Alemán se traducirá igualmente en algunas instituciones que incorporará la Constitución de 1933, como el Consejo de Economía Nacional, y en el novísimo Código Civil... a estas influencias hay que agregar, en la carta de 1933, la de la Constitución Republicana Española de 1931. Evidentemente las influencias señaladas se han operado sobre el

sustractivo jurídico colonial»⁵⁷

Los Constituyentes se instalaron el 8 de diciembre de 1931, los debates se produjeron durante el año de 1932 y hasta enero del 33 y es dictada por el Congreso Constituyente el 29 de marzo de 1933, bajo el liderazgo del constituyente arequipeño Clemente J. Revilla y promulgada por el Presidente el general Luis Sánchez-Cerro el 9 de abril del 33, que nació en medio de una guerra civil. El 30 de abril el Presidente Sánchez-Cerro es asesinado, por el ciudadano Abelardo Mendoza Leyva.

Las mujeres podían participar en los procesos electorales locales y producto de una reforma del año de 1955 [Gobierno de Manuel Odría], las damas pudieron sufragar y ser elegidas en las elecciones políticas [Presidenciales y parlamentarias] en el proceso general de 1956, donde fue elegido por segunda vez Presidente de la República don Manuel Prado Ugarteche [1956-1962], se eligió a las primeras Senadoras y Diputadas entre ellas a Matilde Pérez Palacio, a Juana Ubilluz de Palacios, a Lola Blanco, a Manuela Billingham López, a Irena Silva de Santolalla, a María Colina de Gotuzzo entre otras parlamentarias.

Lo nefasto, de esta ley constitucional se centró en lo dispuesto en su numeral 53 que establecía «El Estado no reconoce la existencia legal de los partidos políticos de organización internacional. Los que pertenecían a ellos no pueden desempeñar ninguna función pública».⁵⁸ Este dispositivo fue expresión de intolerancia ideológica. Se prescribió a los partidos políticos [Apra y PCP] no se permitió que sus líderes y militantes participaran en los procesos electorales [Elecciones: Presidenciales y Parlamentarias] Esta absurda y abusiva norma inconstitucional impidió que los integrantes de este sector político, candidatearan para los comicios generales de: 1936, 1939, 1945, 1950 y 1956, respectivamente.

Al respecto el desaparecido constitucionalista Enrique Chirinos Soto, relata con acierto «... El aprismo impedido de votar por su jefe, decide votar por Luis Antonio Eguiguren. Al efectuarse los primeros cómputos, se advierte que la tendencia favorece al candidato apoyado por el Apra. En el orden de la votación Flores, Prado y Villarán siguen

⁵⁷Pareja, José, *Comentarios*, Ob. cit., p. 7.

⁵⁸García, Domingo, Ob. cit., p. 128.

a Eguiguren. El Jurado Nacional de Elecciones decide entonces suspender los escrutinios, en vista de que los votos en favor de Eguiguren provienen de un partido internacional... como si pudiera distinguirse la filiación del voto secreto... El mismo Jurado Nacional somete el problema al Congreso. Convocado este extraordinariamente por el Poder Ejecutivo, anula las elecciones; prorroga por tres años el mandato a Benavides...»⁵⁹ [De 1936 a 1939]

Avocándonos al tema central de este análisis, el Presidente solo podía ser acusado durante su mandato por los delitos de traición a la patria y por impedir las elecciones generales o parlamentarias, por disolver el Parlamento [Art. 150].

Las causales de «Vacancia de la Presidencia de la Nación» estaban normadas en el numeral 144 y las razones eran de origen: Natural, de orden político, de alcance moral y por factores judiciales.

Las razones esbozadas, las analizamos. La causal de incapacidad física, podía originarse por locura, demencia, idiotez u otra razón similar. La incapacidad moral, generada por un acto de corrupción, de ausencia de componentes axiológicos. Empero no bastara la existencia de la dolencia moral o física, era necesaria la voluntad política consensuada en el Parlamento.

Las causales también se referían al caso a la muerte del mandatario [Fue el caso del Presidente Luis Sánchez -Cerro que fue asesinado el 30 de abril de 1933] a los veintidós días de haber sido promulgada la carta del 33, por el propio general Sánchez-Cerro.

El procedimiento de vacancia señaló, que la Cámara de Diputados acusaba ante el Senado, a manera de Fiscal, al Jefe del Ejecutivo por los delitos. El Senado, se convertía en Jurado y determinaba si ha lugar o no a la formación de causa de la votación, el expediente era remitido a la Corte Suprema, quienes, respetando el debido proceso, emitirían el veredicto judicial [En el anteproyecto presentado por la Comisión Villarán, se estableció que la Vacancia por incapacidad permanente del Presidente, debía ser aprobada por ambas Cámaras]. El Procedimiento indica-

⁵⁹Chirinos Soto, Enrique, Chirinos Soto, Francisco, *La Constitución Lectura y Comentarios*, Editorial Rodhas, Lima, 2008.

do estuvo legislado en los Arts. 121 y 122.

La Presidencia a su vez podía suspenderse por tres razones estipuladas en el numeral 145. Una de ellas era por mandar personalmente a la fuerza armada, sin el debido permiso del Parlamento. Esta causal quería evitar que los Jefes de Estado, abusando del poder político utilizaran a las fuerzas militares para fines del ejercicio excesivo del mismo o pretender prolongar sus mandatos, violentando el «Texto Supremo». Los actos presidenciales, requerían del refrendo ministerial [Art. 166].

Producida la «Vacancia Presidencial», es decir declarada por el Senado [Art. 122] la carta del 33 legisló originalmente que «Mientras se llena la Presidencia Vacante, o mientras dure la suspensión de su ejercicio, ejercerá el Poder Ejecutivo el Consejo de Ministros».⁶⁰ Este dispositivo fue reformado en abril de 1936, mediante la ley 8237, que creó las Vice-Presidencias y que normó el procedimiento de la sucesión presidencial. A falta del Presidente o impedimento de éste o de los vice-Presidentes, asumía transitoriamente el mando el Consejo de Ministros, hasta que el Congreso eligiera al ciudadano Presidente. Estas figuras no se practicaron estando al mandato constitucional.

Precisaremos que a la muerte del Presidente Sánchez Cerro [abril de 1933] no se contaba con Vice-Presidente. Asumió por mandato del Congreso el entonces general Oscar R. Benavides, la Presidencia, quien debía completar el período [1931-1936] El oficial Benavides se desempeñaba como Jefe del Ejército al fallecimiento de Sánchez-Cerro. La decisión del Parlamento fue inconstitucional, por la condición del ciudadano Benavides, quien era oficial del Ejército y el numeral 137, inciso 1° dijo: «Son inelegibles Presidente de la República... los miembros de las fuerzas armadas que se hallen en servicio».⁶¹

El Gabinete era presidido por José Matías Manzanilla, a quien Benavides mantiene en el cargo hasta junio de 1933 y es reemplazado por Jorge Prado y Ugarteche, quien da a conocer ante el Parlamento Constituyente «Un Programa llamado de Apaciguamiento y Concordia

⁶⁰García, Domingo, Ob. cit., p. 144.

⁶¹García, Domingo. Ob. cit. p. 142.

y obtiene abrumador voto de confianza». ⁶² Era necesario según el numeral 167 de la carta de 33, para asumir las funciones de Presidente del Consejo de Ministros, presentar un plan político. El Presidente Benavides terminó gobernando entre abril de 1933 a diciembre de 1939 [Ley N° 8463] no podemos dejar de mencionar que en 1936 se efectuaron las elecciones generales, cuyo resultado fue la elección de don Luis Antonio Eguiguren, acto anulado por el Gobierno del Mariscal Benavides.

Se hace necesario reflexionar sobre la figura de las «Vice-Presidencias» que fueron incorporadas a la carta del 33, producto de una reforma constitucional de 1936 [Ley 8237].

Las cartas de 1834, 1839 y 1920, no legislaron sobre la figura de la Vice-Presidencia de la República. En las leyes constitucionales de 1834 y 1839, se estableció frente a la «Vacancia Presidencial», qué quien asumía la función era el Presidente del Consejo del Estado. La historia registra que don Manuel de Tellería en 1832 y el ciudadano Manuel Menéndez en 1841, entonces Presidentes de este órgano constitucional recogido de la tradición política napoleónica [Estatuto de Bayona de 1808] asumieron la presidencia de la Nación.

La carta leguista del 20, señaló que el Congreso se ocupaba de elegir al reemplazante, por muerte o «Vacancia Presidencial», gobernando interinamente el Consejo de Ministros [Art. 116].

Las cartas de 1823, 1826, 1828 y de 1856, consideraron a un Vice-Presidente y las Constituciones de 1860, 1979 y la vigente del 93, legislaron sobre dos Vice-Presidencias de la República.

Es menester indicar, que durante el Gobierno de facto del General Manuel Odría, en noviembre de 1949, se dictó el Decreto Ley N° 10894, que estableció disposiciones para la «Vacancia de la Presidencia» de la Junta Militar de Gobierno, como lo señala el jurista Domingo García Belaunde. [García Belaunde, 1992]

Asumimos ahora el estudio de la Constitución del Estado de 1979, carta fundamental que fue producto del consenso político, de carácter horizontal [Pactada], garan-

⁶²Chirinos Soto, Enrique, *Historia de la República 1821 - 1978*, Editorial Andina, Lima, 1978.

tista, tolerante ante la pluralidad de ideologías, participativa y que apostó por un Estado descentralizado, fue una norma constitucional con un alto contenido axiológico. El maestro Domingo García Belaunde ha dicho de ella: «Fue un texto consensuado, ... para lo cual hubo acuerdo de intereses, antes que de ideologías... porque ninguna de las fuerzas políticas tenía una mayoría absoluta como para hacer primar sus decisiones». [García Belaunde, 1992]

Nos encontrábamos en pleno régimen de facto [Gobierno del general Francisco Morales-Bermúdez Cerruti] El país soportaba cuatro años de intensas movilizaciones sindicales y políticas, producto de la crisis económica [Crisis mundial del petróleo].

Ante las protestas de los sólidos sindicatos del magisterio nacional [SUTEP, liderado por el profesor de origen moqueguano don Horacio Zevallos Gámez] del sector de los trabajadores bancarios y de los estudiantes universitarios [Entre febrero de 1973 y julio de 1979, el Gobierno emitió el Decreto Ley N° 219 del año 77, que convocó a una Asamblea Constituyente, para elegir a 100 legisladores constituyentes. [Decreto Ley N° 219]

Elegidos el 18 de junio de 1978 los cien constituyentes, representantes de distintas tiendas ideológicas [Social cristianos, social demócratas, marxistas, socialistas y apristas] se instaló la «Comisión Principal de Constitución» presidida por el célebre Luis Alberto Sánchez [Tres veces Rector de San Marcos] el 12 de setiembre de 1978, e integrada por Enrique Chirinos Soto, Ramiro Priale, Javier Valle-Riestra, Mario Polar, Héctor Cornejo Chávez, Ricardo Napuri, Jorge del Prado, Genaro Ledesma, Andrés Townsend, Ernesto Alayza, Carlos Malpica, Jorge Lozada, Roberto Ramírez del Villar, Roger Cáceres, Fernando León de Vivero, Andrés Aramburú Menchaca, entre otros políticos de clase y con una severa formación ideológica, iniciaron la labor constituyente, liderada por el magnífico Presidente de la Asamblea Víctor Raúl Haya de la Torre [1895-1979].

Los primeros debates estuvieron centrados a la posibilidad de efectuar enmiendas y/o reformas a la carta del 33. Don Luciano Castillo constituyente del 33 así lo aseveró. El entonces ex-Presidente Fernando Belaunde Terry, cuyo partido [Acción Popular] no participó de las

elecciones, envió una carta al Presidente de la «Comisión Central de Constitución» don Luis Alberto Sánchez [De fecha 18 de octubre de 1978] donde expresó el sentir de sus partidarios, de ir por el camino de la reforma y no dictar un nuevo texto.

La mayoría de constituyentes, descartó esta postura y entendieron que la carta del 33, con más de 45 años de vigencia, había agotado su vigor político y jurídico y era necesario un texto consensuado que incluyera instituciones, garantías y libertades plenas.

Destacamos las principales innovaciones y aportes que hicieron de esta carta, una de las más eficaces y eficientes de los textos constitucionales peruanos. En materia de derechos humanos. Lo dispuesto en su numeral primero, donde le otorga el status constitucional a la persona humana como sujeto de derechos, reconoce a la dignidad del hombre como derecho constitucional [Art. 4] recogiendo esta acertada propuesta de la ley fundamental de Bonn de 1949.

Desarrolla los alcances normativos y doctrinarios de las diferencias entre derechos fundamentales y constitucionales y le otorga el rango de garantía constitucional al amparo, recogido del sistema mexicano, de su texto federal de Yucatán de 1841, al igual que la carta de 1920, ubicó el hábeas corpus dentro del contenido constitucional, definitivamente predominó la tendencia jusnaturalista, que estuvo liderada por el ex Decano del Colegio de Abogados de Lima don Andrés Aramburú Menchaca.

Estableció rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos y la protección incólume a los derechos sociales y políticos.

A los partidos políticos, los ubicó dentro del texto supremo como órganos que expresan el pluralismo democrático y como instrumentos fundamentales para la adecuada y eficaz participación política de la ciudadanía. No admitió trato preferencial a ninguna fuerza política, ni excluyó a ninguna tendencia ideológica, ni menos a sus militantes y/o partidarios de acceder a cargo público. Lo indicado estuvo legislado entre los numerales 68 al 71 de la carta del 79.

En materia de derechos políticos, admite el voto de los analfabetos y luego producto de una reforma se incorpora

el voto preferencial e introdujo la segunda vuelta para las elecciones presidenciales, recogida del sistema francés.

Otorga el reconocimiento constitucional a los Colegios Profesionales, como instituciones autónomas y con personería de derecho público [Art. 33].

En la línea de aportes significativos, introdujo el «Control Concentrado» a través del novedoso Tribunal de Garantías Constitucionales. «El control difuso» lo reserva para el Poder Judicial, creándose la «Jurisdicción Constitucional» [Arts. 236, 296 y 298 respectivamente].

Se constituye como órgano autónomo frente al Poder Judicial, al Ministerio Público, como titular de la defensa de la legalidad, de la acción penal y como representante de la sociedad [Art. 250].

Del sistema francés, se recoge el «Consejo Nacional de la Magistratura», órgano que evalúa a los magistrados superiores y de primera instancia [Consejos Distritales]. A los jueces supremos, la ratificación le correspondía al Senado [Art. 245].

En materia de la organización política del Estado, se establecen tres niveles de Gobierno [Nacional, Regionales y Locales] dotados de autonomía económica y administrativa [Arts.: 252 y 261] se restablecieron las elecciones municipales en 1980, que no se han interrumpido en estos 38 últimos años [1980-2018]. Las elecciones regionales se efectuaron en 1989 y producto del «Auto-golpe» propiciado por el ex- Presidente Alberto Fujimori, los Gobiernos Regionales fueron disueltos inconstitucionalmente y sustituidos por los llamados «Consejos Transitorios de Administración Regional CTAR» en abril de 1992 y que funcionaron hasta diciembre del año 2002. En enero del 2003 se instalaron los Gobiernos Regionales en todo el país y no se ha interrumpido su funcionamiento a la fecha [2018].

El desaparecido demócrata don Pedro Planas Silva, definió al texto del 79 «Nuestra lesionada Constitución de 1979, tiene en su haber un mérito enorme, pocas veces reconocido. Vista en perspectiva ella no es una Constitución más, de esas tantas que enrolan nuestra vida republicana. Por factores tan diversos como su origen consensual, su amplitud y previsión, su proyecto programático, su aplicación normativa y su desarrollo institucional, la

Constitución de 1979 ha logrado ocupar un lugar de excepción en nuestra accidentada trayectoria política». ⁶³

Si debemos rescatar aquellos textos supremos que merecen prevalecer por sus contenidos y alcances axiológicos e institucionales, no dudamos, encontramos a tres de ellas, dentro de la docena de cartas que han regido nuestro desarrollo republicano. Partimos de la carta liberal y garantista de 1828, la madre y la fuente del constitucionalismo del Estado peruano, la denominada «Constitución Histórica». Luego la carta promulgada y derogada por Don Ramón Castilla, la de 1856, de carácter liberal, anticlerical y antimilitarista y cerramos con la Constitución de 1979, consensuada, garantista, socializante, tolerante y reflexiva frente a los acontecimientos políticos del siglo vencido. Estos tres textos constitucionales no se elaboraron para la siluete, ni para el perfil de un caudillo militar o civil, expresaron la esencia, el espíritu y el sendero de la peruanidad y la profunda identidad cultural y social de nuestra patria. Una Constitución del Estado es trascendente, no por su vigencia y temporalidad jurídica, sino por su vigor moral e histórico.

La carta participativa y descentralista de 1979, que fue promulgada el 12 de julio de 1979 por el político del siglo XX Haya de la Torre y que entró en vigencia el 28 de julio de 1980, siendo el primer acto del reciente juramentado Presidente Fernando Belaunde Terry, se ocupó del Poder Ejecutivo y de la figura de la «Vacancia Presidencial».

El Presidente podía ser acusado durante su mandato por traición a la patria; por disolver la Cámara de Diputados, no podía disolver el Senado [Art. 230] por impedir las elecciones: generales, parlamentarias, locales o regionales y por impedir el funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal de Garantías Constitucionales [Art. 210].

De haberse aplicado este mandato, producto de los hechos y actos inconstitucionales del 5 de abril de 1992, el ex-Presidente Alberto Fujimori, debió ser acusado y vacado por incapacidad moral en el año 92. No se pudo materializar, ya que el Parlamento fue disuelto, como los Gobiernos Regionales y el Tribunal de Garantías, en forma inconstitucional.

⁶³Planas, Pedro, Ob. cit., p. 403.

Las causales de «Vacancia Presidencial» eran similares a las establecidas en la carta de 1933. Por razones naturales, de orden moral y político y sentencia judicial, producto del «Juicio Político» por incurrir en traición a la patria, las otras razones ya expuestas y que aparecen en el numeral 210.

El Gabinete que acompañó a don Alberto Fujimori después del 5 de abril de 1992, presidido por Oscar de la Puente, fue acusado constitucionalmente, como los altos mandos militares y policiales, por violentar contra el orden Constitucional. Empero la carta de 1979 fue derogada, por el Decreto Ley N° 25418 del 6 de abril de 1992 [Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y de Reconstrucción Nacional]; que fue refrendada inconstitucionalmente por el Gabinete de facto integrado entre otros por Fernando Vega [Justicia], Víctor Joy-Way [Industrias], Jaime Yoshiyama [Energía y Minas], Víctor Malca [Defensa], Carlos Boloña [Economía], Absalón Vásquez [Agricultura]. Es necesario precisar que estos Ministros de facto, fueron sometidos al debido proceso constitucional [Juicio Político], con las reglas políticas de la carta vigente del 93, luego de la caída del Ingeniero Fujimori en noviembre del año 2000, por el Congreso Unicameral inspirado por los golpistas.

Las causales de suspensión del mandato presidencial fueron dos: Por incapacidad temporal, declarada por el Congreso o por estar sometido a «Juicio Político» [Art. 207].

La carta del 79, estableció que la declaratoria de vacancia era competencia del Parlamento. Le correspondía a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado al Presidente, Ministros, Parlamentarios entre otros funcionarios. El Senado era el responsable de determinar, si hay o no lugar a formación de causa. El Congreso Bicameral debía velar por el respeto de la Constitución y hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. Lo comentado se encontró normado por los numerales 183, 184 y 185, inciso 2 respectivamente.

La sucesión presidencial, preceptuó que, ante la vacancia del Jefe de Estado, el primer Vice-Presidente asumía las funciones, en defecto de éste, el segundo Vice-Presidente. Ante el impedimento de los Vice-Presidentes, le correspondía al Presidente del Senado, quien debía con-

vocar a elecciones [Art. 208].

En relación al referendo ministerial los actos del jefe del Ejecutivo, eran nulos cuando no contaban con el respaldo del Ministro o del Gabinete, según la decisión de orden: administrativo y política [Art. 213] los Ministros asumían la responsabilidad de sus actos y de los del Presidente [Art. 221].

El debate constituyente se efectuó entre noviembre de 1992 y agosto del 93. El proyecto constitucional se derivó al ente electoral y la ciudadanía fue consultada en el Referéndum del 31 de octubre de 1993 [El Referéndum fue convocado mediante la ley constitucional del 31 de agosto de 1993]. Los resultados reflejaron que en once departamentos triunfó el Sí y en catorce departamentos se votó por el No, «El sí obtuvo el 33.5% [3'895.763 votos] y el No 30.5% [3'548.34 votos]». ⁶⁴ La diferencia de votos fue de 347.429 sufragios, entre las dos opciones. El ausentismo ciudadano alcanzó el 29.6% [3'442.078 votos] según los resultados oficiales emitidos por el órgano electoral.

«Sí la Constitución de 1993 fue un instrumento de entrada de un régimen autoritario, la Constitución de 1979 fue un mecanismo de salida, de despedida de otro Gobierno vertical». ⁶⁵

Los principales caracteres de la ley suprema del 93, se centraron, en el fortalecimiento del Poder Ejecutivo y por ende del jefe de Estado, la reelección presidencial, la facultad Presidencial de disolver el Parlamento [No puede ser disuelta la comisión permanente], la Unicameralidad, la desprotección de los derechos labores, el dinamismo de los derechos políticos de: control y participación ciudadana, la incorporación del status constitucional del derecho a la identidad, la disminución de las competencias de los gobiernos subnacionales, las nuevas garantías constitucionales del hábeas data y del llamado proceso de cumplimiento [Qué tutela derechos difusos]; el rol más activo, creativo y liberal del Tribunal Constitucional y sin duda el régimen económico de tendencia liberal, donde prima la fuerza del mercado en la sociedad. Con un Estado regulador y controlador y no competitivo, ni inversionista, que

⁶⁴Abad Yupanqui, Samuel, *Constitución y Procesos Constitucionales*, 7° edición, Ed Pa-lestra, Lima, 2018.

⁶⁵Ramos, Carlos, Ob. cit., p. 109.

promueva el pluralismo económico, la libre competencia, la iniciativa privada y no tolere las prácticas monopólicas.

Se incorpora las instituciones de la Defensoría del Pueblo [Ombudsman] recogida de la Constitución Sueca de 1809. Se constituye el sistema electoral y nacen dos órganos: ONPE y RENIEC.

Considero que el órgano que merece rango constitucional, es el Jurado Nacional de Elecciones, que apareció en 1931, como suprema autoridad en Justicia Electoral y no los dos entes que deben ser parte del sistema electoral, como instancias administrativas y no constitucionales.

Dentro de las invocaciones de Gobierno, se ha establecido, que el Primer Ministro o Presidente del Consejo de Ministros, no requiere que se le asigne cartera, dotándolo de mayor protagonismo político, siendo el portavoz del Ejecutivo, luego del Jefe de Estado [Art. 123].

Todo texto constitucional que se viene legalizándose producto de las prácticas políticas, cuenta con dos grandes contenidos. La parte dogmática y la orgánica. La primera de alcance histórico, axiológico y filosófico y con ella los derechos, las libertades, las garantías constitucionales. Ante ello el jurista Víctor García Toma anota «A partir de la Constitución de 1979, dicha sección es colocada precedentemente a la parte orgánica, ello en virtud a que la persona humana es la que explica implícitamente la razón de ser del Estado y la sociedad; así como la orientación histórica del Constitucionalismo... En tal virtud, tiene como atributos esenciales la libertad, la racionalidad y la sociabilidad que son la raíz y el fundamento de su dignidad». [García Toma, 2011]

La parte orgánica y sus seis componentes imprescindibles, así enumerados con acierto doctrinario por el académico García Toma son: El Estado Constitucional, que exterioriza al acuerdo político, luego tenemos al tipo de Estado, nosotros el unitario, cuyo ideólogo fue Luna Pizarro, con sus sub-componentes: La unificación de poderes, de la población y del territorio. Luego el Estado democrático y social, que lo expresamos, en el horizonte ideológico de la patria y de su Gobierno. El sistema republicano que requiere para su permanencia de los principios de independencia, soberanía y civismo. El régimen de Gobierno, que es producto del desenvolvimiento histórico de la

Nación. En el caso peruano, hemos recogido y adaptado los caracteres de los dos regímenes clásicos; el régimen parlamentario europeo con su figura central del Gabinete y el régimen americano, con un Ejecutivo unipersonal empoderado, empero controlado [Forma latinoamericana de Gobierno, como denominó Pedro Planas, a los regímenes latinos]. Finalmente, a los poderes estadales tradicionales y con ellos a los órganos autónomos con status constitucional, que en el caso peruano son once, que requieren para su adecuado funcionamiento del ejercicio pleno de los sagrados principios de división, separación y equilibrio de la función pública, que aseguren gobernabilidad y por ende estabilidad social, política, jurídica y económica de todo Estado democrático.

Todo texto constitucional, requiere para su adecuada eficacia, de fórmulas, la garantista [Procesos Constitucionales] la fórmula económica [Caso peruano: economía social de mercado] y la fórmula de revisión [Enmienda o reforma constitucional] En este último componente la carta del 93, cuenta con 35 numerales modificados y/o enmendados a través de 17 leyes de reforma constitucional, unas trascendentales y otras irrelevantes, que se han dictado desde junio de 1995, durante el Gobierno de Alberto Fujimori [Ley 26470 del 12 de junio de 1995, [Ley 26470, 1995] que estableció la no procedencia del hábeas data para tutelar el derecho de rectificación] [Ley 26470, 1995], hasta la última reforma que data de marzo del 2018, que marcó los últimos días del Gobierno de Pedro Pablo Kuczynski [Ley 30738 del 13 de marzo del 2018, que ha determinado que los hijos de peruanos nacidos en el extranjero, podrán obtener la nacionalidad peruana, sin límite de edad]. [Ley 30738, 2018]

Al evaluar y analizar la figura política de la «Vacancia Presidencial», en el texto vigente del 93, revisamos su sentido estricto. Enrique Bernales, connotado constitucionalista dice «Vacancia es aquella situación mediante la cual un empleo permanente o delegado carece de titular» [Bernales, 2012]

La vacancia es atribución ineludible del Parlamento, como ente controlador y fiscalizador de los actos del Jefe del Ejecutivo, en sí es un elemento sustantivo, que toda carta constitucional contiene y la reserva al Legislativo. El numeral 113 de la suprema norma desarrolla las cinco

causales de la «Vacancia Presidencial». Contiene razones similares a las expuestas en la Constitución de 1933. La causal de orden natural [Fallecimiento del mandatario] ante esta lamentable situación, el primer Vice-Presidente le corresponde asumir el cargo y culminar el período presidencial. [La historia republicana nos relata que, en 1904, muere el Presidente Manuel Candamo, su primer Vice-Presidente Lino Alarcón falleció antes, asumió las responsabilidades de Gobierno, el segundo Vice-Presidente, el pedagogo cuzqueño Serapio Calderón, quien convocó a elecciones estando a lo dispuesto en el numeral 91 de la carta de 1860].

La causal de «Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso» es la que genera imprecisiones, debates y posturas unas objetivas y otras subjetivas [Casos concretos: de los ex presidentes Alberto Fujimori de noviembre del 2000 y de don Pedro Pablo Kuczynski de diciembre del 2017]. La Constitución de 1979, en este extremo conto con una mejor redacción y narró «Incapacidad moral o permanente incapacidad física declarada por el Congreso»⁶⁶ así lo preciso el art. 206, inciso 1. Lo recomendable hubiera sido que ésta fórmula del 79, debió permanecer por razones de claridad y precisión.

La causal de incapacidad física permanente, encontrará, el sustento objetivo, en certificados, informes y/o dictámenes de médicos o de una junta médica, que diagnostique la enfermedad o dolencia del Presidente, que le imposibilite el ejercicio gubernamental, en forma permanente [Locura, idiotez, parálisis entre otras incapacidades físicas].

La permanente incapacidad moral, declarada por el Parlamento, que aparece constitucionalizada en el art. 113, inciso 2, es la que nos conllevará a debates académicos, políticos y jurídicos interminables, en distintos escenarios, la Universidad, el Parlamento, el fuero social y la prensa.

El jurista Enrique Bernales en relación a esta causal de orden axiológico dijo: «¿En qué consiste la incapacidad moral? Puede darse en efecto situaciones públicas que hagan evidente la incapacidad hasta el extremo de interferir las funciones presidenciales y hacer aconsejable su

⁶⁶García, Domingo, Ob. cit., p. 234.

remoción. No puede descartarse, sin embargo, el peligro de apreciaciones subjetivas por enemistad política de un Congreso mayoritariamente hostil». [Rubio Correa, 1988] Lo señalado por el profesor Bernalles Ballesteros sucedió cuando en diciembre del 2017, el Parlamento con una entonces mayoría de la mayoría [Fuerza Popular – tendencia Fujimorista] pretendió vacar al ex - Presidente Pedro Pablo Kuczynski, por la causal de permanente incapacidad moral. Los grupos parlamentarios como: Fuerza Popular, APRA, Acción Popular y Alianza para el Progreso, impulsaron la primera solicitud de vacancia, por razones de orden político, por los supuestos vínculos y contratos de asesoramiento de las empresas consultoras del Sr. Kuczynski con la contratista brasilera Odebrecht, cuando se desempeñó como Primer Ministro y Ministro de Economía durante la gestión de Alejandro Toledo [2004-2005].

El debate parlamentario por el requerimiento de vacancia se prolongó por más de veinte horas, la defensa del ex mandatario estuvo a cargo del reconocido político Alberto Borea Odría. Luego de los argumentos y fundamentos de la defensa y de los parlamentarios acusadores, el resultado fue adverso a la solicitud de vacancia.

El resultado político fue de 79 votos a favor de la vacancia [Grupos parlamentarios: Fuerza Popular, sin los votos del sector de Kenyi Fujimori, el Apra sin los votos de Jorge del Castillo y Luciana León, Acción Popular, Alianza para el Progreso y el Frente Amplio liderados por Marco Antonio Arana], 19 votos en contra de la solicitud de vacancia [Grupo parlamentario de peruanos por el cambio] y 21 abstenciones de los congresistas disidentes del fujimorismo encabezados por el entonces parlamentario Kenyi Fujimori y los legisladores Apristas del Castillo y León]. El grupo parlamentario Nuevo Perú, guiados por Maritza Glave abandonaron el hemiciclo y no registraron votación, ante la solicitud de vacancia [Fuente: oficialía mayor del Congreso de la República]. Estos hechos sucedieron en el recinto del Parlamento el 22 de diciembre del 2017, no procediendo la «Vacancia Presidencial» por incapacidad moral, al ex mandatario Pedro Pablo Kuczynski estando a lo normado en el Reglamento del Congreso de la República [Art. 89-A] que exige para esta votación, el de mayoría calificada de los legisladores [87 votos a favor y obtuvieron 79 votos por el requerimiento de la «Vacancia

Presidencial»].

Posterior a éste pedido de vacancia en el mes de marzo del 2018, el congresista de la tienda política de Alianza para el Progreso César Villanueva [Actual Primer Ministro] presentó una seguida solicitud de «Vacancia Presidencial», estando a las denuncias políticas y a los actos carentes de transparencia vinculados al indulto concedido al ex-Presidente Alberto Fujimori, el 24 de diciembre del 2017, a cargo del entonces jefe de Estado Pedro Pablo Kuczynski [Conforme a lo normado en el art. 118, inciso 21] y a las constantes denuncias vinculadas a los supuestos negocios incompatibles entre las empresas consultoras del Sr. Kuczynski y las constructoras lideradas por el grupo Odebrecht.

Esta segunda solicitud de «Vacancia Presidencial» recibió el respaldo de congresistas de la bancada oficialista como Alberto de Belaunde [Quien renunció al grupo parlamentario] y de los sectores fujimoristas, socialistas, comunistas y social demócratas entre otros. Fue presentada el 16 de marzo del 2018, producto de los escándalos de videos y audios que se difundieron como antesala del indulto concedido en diciembre del 2017 al Sr. Fujimori, que comprometían a Congresistas entre ellos a Kenyi Fujimori y Bienvenido Ramírez, a Ministros de Estado y altos funcionarios del Ejecutivo.

Frente a la crisis desatada, que involucraba al Presidente, Congresistas y Ministros, el ciudadano Kuczynski fue citado por el Parlamento, para que asuma su defensa ante esta segunda solicitud de vacancia, para el 22 de marzo. La «Vacancia Presidencial» era inminente, el grupo parlamentario «Peruanos por el kambio» se dividió y un sector apoyaba el pedido político. El mandatario presento su renuncia ante el Congreso de la República el 21 de marzo del 2018, la misma que fue aceptada por el pleno del Legislativo, estando a lo normado en el numeral 113, inciso 3 de la carta del 93.

Ante la aceptación de la renuncia del Presidente de la República, a cargo del Congreso, el entonces primer Vice-Presidente Martín Vizcarra Cornejo [Quién se desempeñaba como Embajador en Canadá], asumió el mando supremo, juramentando el 23 de marzo del 2018, ante el pleno del Parlamento como lo dispone el art. 116 de la carta del 93. La sucesión presidencial se materializó, en

forma regular y estando a lo dispuesto en el numeral 115 de nuestra Constitución del Estado. El ingeniero Vizcarra [Quien desempeñó los cargos del Ministro de Transportes y Comunicaciones y Presidente del Gobierno Regional de Moquegua] deberá culminar el período presidencial que vence el 28 de julio del 2021.

No podemos dejar de considerar, los hechos sucedidos entre agosto y noviembre del año 2000, vinculados al ex-Presidente Alberto Fujimori, ante su solicitud de renuncia y la posterior vacancia aprobada por el pleno del Parlamento en noviembre del 2000.

El 28 de julio del 2000, asumió su tercer mandato, eminentemente inconstitucional, por trasgredir lo normado en el numeral 112 de la carta del 93 [Reelección de reelección Presidencial. Ley de interpretación auténtica del art. 112 de la Constitución de 1993, N° 26657]. [Ley 26657, 1996]

El académico Enrique Bernales, anota con acierto político y jurídico, en relación a la segunda reelección presidencial «La primera cuestión que se presenta para el análisis es que la pretendida «Interpretación auténtica» persigue una burda alteración de la realidad, la historia, el derecho y las matemáticas. Pretenden desconocer que el Presidente Fujimori fue elegido por primera vez en 1990, por segunda vez en 1995, lo cual significó que la elección del 2000 fuera por su tercer período consecutivo. Es decir, clara e inequívocamente tres períodos; pero la mayoría parlamentaria dice que no, que son dos, y ordene por ley que tres sea igual a dos»⁶⁷

La llamada ley de interpretación auténtica del numeral 112, fue dictada por un Congreso ordinario y constituido y no por un Congreso Constituyente, que en el debate y su posterior aprobación introdujo la figura de la reelección presidencial, a los que se acogió y se benefició políticamente el entonces Presidente Fujimori, en el año 95. Fue reelecto por primera vez para el período presidencial 1995-2000, sujetándose a lo dispuesto en el art. 112, que permitía una reelección y no dos [Mediante la ley N° 27365 del 5 de noviembre del 2000], se reformó este numeral constitucional y hoy está prohibida la reelección

⁶⁷Bernales Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993*, Editorial Idemsa, Lima, 2012.

presidencial, en bien de la salud de la política peruana. [Ley N° 27365, 2000]

El Derecho Constitucional, ha diseñado y debidamente sustentado, que es una interpretación auténtica «La define, como el proceso por el cual el órgano competente que dictó una norma, aclara su sentido posterior. Pero solo puede apelarse a ella para interpretar las normas con rango de ley que son las que dicta un Congreso Ordinario, que no es un Congreso Constituyente».⁶⁸

El inicio del tercer período inconstitucional del Sr. Fujimori, estuvo embestido de reclamos sociales y políticos que generó una gran resistencia civil [La marcha de los cuatro suyos, liderada por el ex candidato presidencial Alejandro Toledo].

Se difundió por todos los medios de prensa los primeros llamados «Vladi-videos». El 14 de setiembre aparece el video «Kouri-Montesinos» que comprometía en actos de corrupción al entonces asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres y al Congresista por el Callao Alberto Kouri.

Producto de las movilizaciones sociales, los reclamos de estudiantes universitarios, de los sectores sindicales y políticos, y la visualización de los videos de la corrupción [Que comprometían a Congresistas, a Empresarios de la Televisión, a generales y almirantes de nuestras Fuerzas Armadas y Policiales y a Magistrados Supremos] El Ingeniero Fujimori anuncia el 16 de octubre, que se convocará a elecciones generales, en cuyo proceso electoral él no participará.

El Parlamento autoriza la salida del Presidente Fujimori al exterior y desde Tokio, el 19 de noviembre, remite su renuncia vía fax, a la presidencia de la República, decisión carente de moral política y de ética. Violentando a la alta magistratura de la Nación y del Estado Constitucional. Con este acto amoral se quebró lo componentes axiológicos de la Constitución Política que promulgó y juró respetarla [La promulgó el 29 de diciembre de 1993 y juró ante ella, el 28 de julio de 1995, para su segundo mandato] Mediante Ley N° 27600 del 16 de diciembre del 2001, se suprimió la firma de Alberto Fujimori, del

⁶⁸Bernales, Enrique, Ob. cit., p. 566.

acto de promulgación de la Constitución de 1993. [Ley N° 26657, 1996]

El 21 de noviembre del 2000, el Parlamento Nacional en una decisión motivada de moral y de civismo, no aceptó la descortés e informal renuncia al cargo más significativo de la patria, como es la presidencia del Estado y aprobó declarar la «Vacancia Presidencial», por permanente incapacidad moral del ciudadano Alberto Fujimori e inhabilitarlo para la función pública por diez años [Mediante Resolución Legislativa N° 009-2000-CR y la Resolución Legislativa 018-2001-CR, del 23 de febrero del 2001 que lo inhabilita políticamente y la Ley N° 27600, 2001] se declaró su permanente incapacidad moral y, en consecuencia, la vacancia de la Presidencia de la República]. La votación que se registró para la declaratoria de vacancia fue, de 62 votos a favor, 9 en contra, 9 abstenciones. 31 parlamentarios del grupo de gobierno «Perú 2000» se retiraron del hemiciclo antes de la votación [Fuente: Congreso de la República – Oficialía Mayor].

Estando a lo dispuesto en el numeral 115 de la carta del 93, que dice «Por impedimento temporal o permanente del Presidente de la República, asume sus funciones el primer Vice-Presidente. En defecto de este, el segundo Vice-Presidente. Por impedimento de ambos, el Presidente del Congreso. Si el impedimento es permanente, el Presidente del Congreso convoca de inmediato a elecciones»⁶⁹ Habiendo el Congreso vacado por permanente incapacidad moral al Sr. Fujimori, los Vice-Presidentes de la República don Francisco Tudela [Quien se desempeñó como Canciller] y don Ricardo Marquéz [Empresario y fue primer Vice-Presidente en el segundo período de Alberto Fujimori 1995-2000] presentaron ante el pleno del Legislativo sus renunciaciones, las que fueron debatidas y aprobadas el 21 de noviembre y obtuvieron la siguiente votación; 104 votos a favor, 3 en contra y 1 abstención [Fuente Congreso de la República, Oficialía Mayor].

Con las renunciaciones de los dos Vice-Presidentes de la República, aceptadas por el Parlamento [Las vicepresidencias se incorporaron con la Constitución de 1860] y [Luego las suprimen las cartas de 1920 y 1933 y producto de una reforma constitucional del año de 1936, mediante

⁶⁹García, Domingo, Ob. cit., p. 336.

Ley N° 8237 se reestablecieron hasta la fecha] se aplicó lo dispuesto en el art. 115 de la carta del 93, el Presidente del Congreso asumió el mandato presidencial por encargo del Parlamento, el 21 de noviembre del 2000 hasta el 28 de julio del 2001, don Valentín Paniagua Corazao, experimentado político y constitucionalista [Fue Ministro de Justicia y de Educación, en el primer y segundo Gobierno del arquitecto Fernando Belaunde y Presidente de la Cámara de Diputados] gobernó el país con tolerancia, con pluralismo ideológico, con calidad política y con descendencia. Entregó el mando presidencial el 28 de julio del 2001 al economista Alejandro Toledo Manrique.

El Dr. Valentín Paniagua, calificado profesor de Derecho Constitucional, convocó a un selecto grupo de peruanos, que lo acompañaron en el Gabinete que presidió el calificado Diplomático Javier Pérez de Cuellar y los Ministros Marcial Rubio [Educación], Javier Silva Ruete [Economía] entre otros destacados ciudadanos como Juan Inchaustegui [Energía y Minas]. Es necesario señalar que para la adecuada interpretación del art. 115, de la carta del 93, el Parlamento aprobó la Ley N° 27375 del 5 de diciembre del 2000, que estableció en su numeral único «Interprétese el mandato conferido por el art. 115 de la Constitución Política del Perú, el Presidente del Congreso de la República para que asuma las funciones de Presidente de la República por impedimento permanente de éste último y de los Vice-Presidentes, no implica la vacancia de su cargo de Presidente del Congreso, ni de su condición de Congresista de la República. [García Belaunde, 2016]

Estando a la interpretación de la norma descrita, don Valentín Paniagua, al asumir la Presidencia de la Nación, en forma provisional, no dejó de ser Presidente del Parlamento, ni menos Congresista, tareas inherentes que le permitieron asumir el mandato a la primera magistratura de la República.

La Presidencia del Congreso por encargatura, recayó en la figura de Carlos Ferrero Costa, quién se desempeñaba como primer Vice-Presidente del Parlamento Nacional [Luego ocupó el cargo de Primer Ministro, en el Gobierno de Alejandro Toledo].

Retomando las causales de la «Vacancia Presidencial» en nuestro país, encontramos en el art. 113, a parte de las razones ya comentadas [Muerte, incapacidad moral v

física y la renuncia, la de ser destituido, tras haber sido sancionado por traición a la patria, por impedir el funcionamiento del Congreso o impedir las elecciones generales, parlamentarias, regionales y locales [Art. 117]. La otra causal se ciñe, cuando el mandatario viaja el exterior sin permiso o no retorna en el plazo establecido en la Resolución Legislativa que autorizó el viaje [Esta causal se debió activar cuando Alberto Fujimori, en noviembre del 2000, no retornó al país y prefirió quedarse en el Japón.

La suspensión del mandato presidencial aparece en el numeral 114, que establece dos razones, una de orden político, por hallarse sometido a «Juicio Político» y por incapacidad temporal declarada por el legislativo. «El art. 114 complementa algunos supuestos del art. precedente. En efecto si el congreso puede declarar la vacancia o destituir, está habilitado, con el mismo argumento, a suspender el ejercicio de la Presidencia de la República, por incapacidad temporal o por hallarse el Presidente sometido a proceso judicial»⁷⁰ El mandatario si es sometido a «Juicio Político» por las causales del numeral 117, por decoro, por ética, por gobernabilidad, deberá apartarse del cargo, hasta que concluya el proceso judicial [Ante la Corte Suprema] al que está sometido. De absolverlo retornará a las funciones. De lo contrario será vacado [Destituido por el Congreso]. Mientras se encuentra en curso el proceso judicial, asumirá temporalmente las responsabilidades de palacio de Gobierno el Primer Vice-Presidente, estando a lo preceptuado en el numeral 115 de la carta.

El Presidente, no es responsable por los actos de Gobierno, lo son los Ministros, toda acción presidencial requiere del refrendo Ministerial. Recordemos que el Presidente solo puede ser acusado durante su mandato por traición a la patria, por disolver el Parlamento e impedir el desarrollo de los procesos electorales. Los Ministros asumen la responsabilidad por los actos de Gobierno, ellos pueden ser interpelados y hasta censurados [El Ministro censurado renuncia. Lo hizo Fernando Rospigliosi, en junio del 2002, frente a los hechos ocurridos en el denominado «Arequipeñazo»]. El principio de la irresponsabilidad civil y penal del Presidente recogido de la tradición constitucional, lo protege, lo custodia durante el período

⁷⁰Bernales, Enrique. Ob. cit. p. 573.

de su Gobierno.

Los Ministros son responsables políticos y administrativos de la gestión del Gobierno [Art. 119 y 120] recordemos que el Jefe de Estado, es jurídicamente y políticamente irresponsable, tanto por los actos y decisiones que se adopten en el seno del Consejo de Ministros, como por separado con cada Ministro. Si no se cuenta con el refrendo ministerial, el acto jurídico y/o político es nulo de pleno derecho, el acto es ineficaz, no es válido y genera responsabilidad. El Tribunal Constitucional se pronunció mediante el expediente N° 0008-2003-AI/TC respecto al refrendo ministerial de los Decretos de Urgencia. [TC N° 0008-2003-AI/TC]

Los Ministros, los tenemos desde la carta de 1823, y con ella se incorporó el refrendo, recogido del sistema francés. La carta libertad de 1856 creó el Consejo de Ministros, figura heredada del Gabinete inglés y en el Gobierno de Ramón Castilla, se dictó su primera norma de desarrollo «Ley de Ministros de 1856». La actual ley que regula a este órgano data el 20 de diciembre del 2007 [Ley Orgánica del Poder Ejecutivo N° 29158. [Ley 29158, 2007]

Debemos diferenciar la responsabilidad política, de la penal. Cuando un Ministro comete un delito en el ejercicio del cargo, puede ser acusado constitucionalmente ante el Parlamento, hasta cinco años después de haber dejado el cargo. [Sometido a Juicio Político] y procesado judicialmente ante la Corte Suprema previa acusación del ministerio público [art 100 de la carta del 93].

Cuando se presenta la responsabilidad política, no vamos a evaluar, si cometió algún delito el Ministro. La evaluación comprende, a su gestión, a los aciertos o desaciertos políticos, si cumplió con los planes o proyectos trazados. Este examen le corresponde al Parlamento, no para instaurarle «Juicio Político». Es sometido el Ministro a la interpelación y posible censura. Estamos frente a un examen de oportunidad y acierto. En el caso de la responsabilidad penal nos encontramos ante un examen de legalidad, como lo precisa el tratadista español José Ramón Montero. Podemos anotar que don Alfonso de los Heros, quien era Ministro de Trabajo y Promoción Social [Hasta el 5 de abril de 1992, que se produjo el atentado golpista,

del Presidente Fujimori], renunció al cargo, no quiso estar involucrado en futuras responsabilidades políticas.

Finalmente, en la línea de las responsabilidades del Gabinete y de sus integrantes, en marzo del año 2018, se apertura un debate político en relación a las figuras constitucionales de la «Cuestión de Confianza» y el «Voto de Confianza» [Voto de Censura o Voto de Desconfianza], este debate se generó ante la dación de la Resolución Legislativa N° 007-2017-CR del 9 de marzo del 2018, que modificó el art. 86 del Reglamento del Congreso de la República [Un grupo de parlamentarios de Peruanos por el Cambio] han interpuesto demanda de inconstitucionalidad en contra de la Resolución Legislativa N° 007-2017-CR] donde el Tribunal Constitucional, ha declarado fundada por unanimidad la demanda el pasado 6 de noviembre de 2018tendrá que pronunciarse al respecto.

Para los parlamentarios y líderes de distintas agrupaciones políticas, existe una confusión entre ambas figuras. Para la doctrina constitucional y los entendidos en la materia, considero que las diferencias son notorias.

La «Cuestión de Confianza», que es un atributo del Poder Ejecutivo, la encontramos en la carta española de 1978, en su numeral 112 «El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, puede plantear ante el Congreso de Diputados la «Cuestión de Confianza» sobre su programa o sobre una declaración de política general-. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma la mayoría simple de los Diputados». ⁷¹

El jurista Domingo García alcanza una explicación respecto a una y la otra figura «Son dos instituciones, con fines y orígenes distintos, que no se han distinguido precisamente por nuestra falta de experiencia y en cierto sentido tampoco ha sido feliz, ni uniforme la redacción constitucional en este punto, que ha creado más de una confusión. No creo que era necesario modificar la Constitución, pero si se hubiera hecho por ley expresa de desarrollo constitucional hubiera sido mejor. Es decir: la censura, «Voto de Confianza» o no confianza o desconfianza, son armas de control parlamentario, que si se excede, puede llevar a la disolución del Congreso. La «Cuestión de

⁷¹Montero, Julio, Ob. cit., p. 231.

Confianza» es un instrumento de defensa del Ejecutivo que puede provocar una crisis ministerial, pero nada más. El Ejecutivo en nuestro sistema no se disuelve y tampoco lo que plantea sirve de cómputo para nada.»⁷²

Ante lo mencionado, «La Cuestión de Confianza» es una herramienta política de defensa, que le corresponde al Poder Ejecutivo, solicitarla ante el Parlamento, para que este último poder exprese o no su respaldo, su confianza al Gabinete o a un Ministro. El rechazo a la «Cuestión de Confianza», no puede ser considerada para el cómputo, de la facultad presidencial de disolver el Congreso. Este cómputo se produce en la otra figura el «Voto de Confianza» cuyo titular de esta prerrogativa es el Legislativo. Se genera cuando el Parlamento le niega la confianza a dos Gabinetes en forma consecutiva [Voto de Desconfianza o de Censura] lo antes comentado se encuentra debidamente normado en los Arts. 132, 133 y 134 respectivamente.

El Presidente de la República, se encuentra facultado para disolver el Parlamento, en el escenario que el Congreso haya censurado a dos Consejos de Ministros [Art. 134]. Es cuando nos encontramos ante la figura del «Voto de Confianza o Desconfianza o de Censura» y que surge del propio Parlamento. «La Cuestión de Confianza» es potestad que fluye del Ejecutivo, del Primer Ministro, quien solicita se le otorgue la confianza. De ser rehusada se produce la crisis total del Gabinete, no por ello el Presidente está facultado para disolver el Congreso [Art. 133].

«La Cuestión de Confianza», ha sido recogida de los sistemas parlamentarios europeos, de España y Francia. Se incorpora a la carta del 93, como un arma de defensa del Ejecutivo. Como bien indica don Domingo García «Era precisamente la antípoda de la moción o Voto de Censura...».⁷³

Ambas figuras [Voto de Confianza o Desconfianza y la Cuestión de Confianza] que cuentan con orígenes normativos distintos, no deben ser utilizados con exceso, ni para disolver el Congreso, ni para generar crisis total del Gabinete. Son herramientas legítimas de autodefensa de los Poderes tanto el Legislativo, como el Ejecutivo, son

⁷²García Belaunde, Domingo, *En Ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Adrus, Arequipa, 2018.

⁷³García, Domingo, *En Ponencias*, Ob. cit, p. 22.

instrumentos políticos de control, que permiten equilibrar el ejercicio del poder estadual, es decir la adecuada ponderación de la tesis de «Pesos y Contrapesos».

La moción de censura o de confianza, nace del Congreso, es una propuesta de carácter político a evaluar [Voto de Confianza o Censura] y que el pleno del Parlamento luego del debate decide. Aquí nos encontramos ante la posibilidad, que el Jefe de Estado, pueda disolver el Congreso, cuando este le negó la confianza a dos Gabinetes [Arts. 132 y 134 respectivamente].

«La Cuestión de Confianza», parte de la iniciativa de un Ministro o del Jefe del Gabinete [Fue el caso de la ex Ministra de Educación Marilú Martans, integrante del Gabinete presidido por Fernando Zavala, hechos ocurridos el 17 de setiembre del año 2017 y que culminó con la crisis total del Consejo de Ministros] Esta solicitud de confianza está relacionada con una propuesta o postura política, en la que tiene interés el Gobierno y se plantea solo a iniciativa ministerial, así lo norman los numerales 132, primer párrafo y 133 de la carta del 93. «La Cuestión de Confianza» tiene por finalidad apoyar una propuesta o política gubernamental y no puede evitar interrumpir una interpelación o una posterior censura a un Ministro [Caso de la entonces Ministra Marilú Martans]. Estamos ante la reciente solicitud de «Cuestión de Confianza» formulada por el Premier César Villanueva, en relación a los cuatro proyectos de reforma constitucional, que deberán ser debatidos por el Parlamento [19 de setiembre del 2018] estando a lo normado en el art. 133 de la carta del 93.

El pedido de la «Cuestión de Confianza» ha sido atendido por el Parlamento, el pasado 19 de setiembre, después de más de siete horas de debate fue aprobado por la representación nacional obteniendo: 77 votos a favor, 21 votos en contra y 12 abstenciones [Fuente: Oficialía Mayor del Congreso de la República].

Producto del respaldo político del Legislativo al Ejecutivo, las propuestas de reformas constitucionales que fueron debatidas y aprobadas por el pleno del Parlamento son: la creación de la «Junta Nacional de Justicia», sustituyendo al Consejo Nacional de la Magistratura.

Una segunda reforma que será consultada, está vincu-

lada al «Sistema Bicameral», con dos cámaras legislativas, diputados con 130 representantes y 50 senadores».

La tercera propuesta que será sometida a consulta ciudadana es la relacionada al «Financiamiento de organizaciones políticas» y la última propuesta es la que ha generado mayor debate en el hemiciclo, fue la que «Prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la República». Los planteamientos de reforma constitucional fueron analizados, debatidos y aprobados, respetando el debido proceso parlamentario [Reglamento del Congreso de la República] entre el 19 de setiembre y el 3 de octubre último [Fuente: oficialía mayor del Congreso de la República].

Mediante Decreto Supremo N° 101-2018-PCM, publicado el 10 de octubre, se convocó a «Referéndum Nacional» a llevarse a cabo el domingo 9 de diciembre, [diario oficial El Peruano, 2018]. En la consulta ciudadana, los peruanos y peruanas nos pronunciaremos sobre las cuatro propuestas de reforma constitucional ya comentadas. Consideramos que los electores deberán evaluar con alta responsabilidad y civismo los planteamientos generados por el Gobierno, debatidas y aprobadas por el Parlamento nacional.

Conclusiones

- La figura de la vacancia presidencial se constituye en un instrumento de control político del Parlamento hacia el Poder Ejecutivo y que ha permitido la adecuada aplicación de los principios políticos de separación y división de poderes. Con el uso racional de esta figura política, que está reconocida en los doce textos constitucionales de la República peruana.

- En los tres casos de vacancia presidencial aplicados en la historia republicana [A: José de la Riva Agüero, Guillermo Billinghurst Angulo y Alberto Fujimori Fujimori], se ha respetado el debido proceso parlamentario, encontrando la debida motivación para la declaratoria de vacancia a cargo del Congreso de la República.

- Se requiere el uso ponderado, prudente y racional de ambos institutos políticos, que involucran a un Ministro, a Ministros o a todo el Gabinete [Crisis total del Ejecutivo] sea para efectuar una labor de control político o apoyar o dar el espaldarazo a una postura, política o

proyecto del Gobierno. Sin duda la cuestión de confianza encuentra su origen en la solicitud que formula el Primer Ministro ante el Parlamento. La otra el voto de confianza que puede culminar en el voto de censura o desconfianza, que nace o surge en el Congreso, está vinculada a su tarea innata de fiscalización política, producto de un debido proceso constitucional de carácter parlamentario.

- El Ejecutivo no debe incurrir en el uso inadecuado de la cuestión de confianza que genere crisis de Gabinetes, ante propuestas gubernamentales inapropiadas o impracticables constitucionalmente y el Legislativo no debe abusar en descalificar a los Ministros o al Consejo de Ministros, interpelándolos constantemente y conllevando a censuras continuas, que ante su práctica descontrola [Dos gabinetes censurados] el Presidente de la República, está facultado para disolver el Parlamento.

Sugerencia

- Es necesario promover la dación de una ley de desarrollo constitucional, que conceptualice, estructure, ordene y distinga a estas figuras [Voto de confianza, Voto de Censura y Cuestión de Confianza] esta propuesta legislativa evitará el uso excesivo de estas figuras, una de control [Voto de Censura] y la otra la cuestión de confianza [Propuesta gubernamental que requiere del respaldo a un proyecto político].

Referencias bibliográficas

Abad Yupanqui, Samuel, *Constitución y Procesos Constitucionales*, 7ma edición, Ed. Palestra, Lima, 2018.

Alzamora Silva Lizardo, *Estudios Constitucionales*, Ed. Grijley, Lima, 2004.

Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú [1821-1933]*, Tomo I, 5ta edición, Ed. Historia., Lima, 1964.

Bernales Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993*, Ed. Idemsa, Lima, 2012.

Bonzat, Gabriel, *Poder Ejecutivo. Poder Presidencial y Crisis Política en Argentina*, Sela editores, Buenos Aires, 2006.

Brinkley, A., Briceño, C. J., Esquivia, M., & Félix, A., *Historia de Estados Unidos: un país en formación*, 2003.

Cáceres Arce, Jorge Luis, En Arce Espinoza, Mario. *El*

Tiempo Político de Ramón Castilla [Prólogo], Ed. Antares, Fondo Editorial U.C.S.M., Arequipa, 2018.

Centro de Estudios Constitucionales, *Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado de 1931*. C.E.C. Tribunal Constitucional, Lima, 2017.

Comellas, J. L. [1962], *Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812*, Revista de estudios políticos, [126], pp. 69-112.

Chanamé Orbe, Raúl, *Comentarios de la Constitución Política*, Ed. Jurista, Lima, 2005.

Chirinos Soto, Enrique – Chirinos Soto, Francisco, *La Constitución, Lectura y Comentario*, Ed. Rodhas, Lima, 2008.

Chirinos Soto, Enrique, *Historia de la República 1821-1978*, Ed. Andina, Lima, 1978.

Díaz Revorio, Francisco Javier, *Textos Constitucionales Históricos*, Ed. Palestra, Lima, 2004.

Diario Oficial El Peruano, Lima, Octubre del 2018.

Fuentes Pastor Hélar, *Historia del cementerio general de la Apacheta*, Ed. Gutenberg, Arequipa, 2016.

García Toma, Víctor, *En la Constitución Política del Perú. Estudio introductorio a la Constitución de 1993*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

García Belaunde, Domingo, *Esquema de la Constitución Peruana*, Ed. Justo Valenzuela, Lima, 1992.

García Belaunde, Domingo, *Las Constituciones del Perú*, Tomo I y II, Fondo Editorial: Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2006.

García Belaunde, Domingo, *El Hábeas Corpus en el Perú*, Ed. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1979.

García Belaunde, Domingo, *Las Constituciones del Perú*, Tercera Edición, Jurado Nacional de Elecciones, Lima, 2016.

García Belaunde, Domingo, *En ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Adrus, Arequipa, 2018.

García Toma, Víctor, *Diccionario de Derecho Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

Ley N° 26470, Ley de no procedencia del hábeas data para tutelar el derecho de rectificación, [12 de junio de 1995]. Recuperado de: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/reforconst/Ley26470.pdf>.

Ley N° 8237, Ley de Reforma Constitucional Disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/08237.pdf>.

Ley N° 30738, Ley de reforma del art. 52 de la Constitución política del Perú [13 de marzo del 2018]. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-de-reforma-del-articulo-52-de-la-constitucion-politica-ley-n-30738-1625801-1/>

Ley N° 26657, Ley de interpretación auténtica del art. 112 de la Constitución referido a la Reelección presidencial [del 23 de agosto de 1996]. Recuperado de: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26657.pdf>

Montero Díaz, Julio, *Constituciones y Códigos Políticos Españoles 1808 - 1979*, Editorial Practicum, Barcelona 2008.

Ley N° 27600, Ley de interpretación auténtica del art. 112 de la Constitución referido a la Reelección presidencial [diciembre, 2001]. Recuperado de: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26657.pdf>

Pacheco y Rivero, Toribio, *Cuestiones Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional, Lima, 2016.

Pareja Paz-Soldán, José, *Historia de las Constituciones nacionales [1812-1979]*, Fondo Editorial P.U.C.P., Lima, 2005.

Pareja Paz Soldán, José, *Comentarios a la Constitución Nacional*, U.C.P., Lima, 1939.

Planas Silva, Pedro, *Democracia y Tradición Constitucional en el Perú*, Ed. San Marcos, Lima, 1998.

Ramos Núñez, Carlos, *La Letra de la Ley. Centro de Estudios Constitucionales*, Tribunal Constitucional, Lima, 2018.

Rubio Correa, Marcial y Bernalles Ballesteros, Enrique, *Constitución y Sociedad Política*, Tercera Edición, Mesa Redonda editores, Lima, 1988.

Soboul, A., & Martínez, P. , *La revolución francesa*. Oikos-tau, 1981.

Sánchez Sánchez, Luis Alberto, *Leguía. El Dictador*, Editorial Pachacutec, Lima, 1993.

Tribunal Constitucional N° 0008-2003-AI/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional. [11 de noviembre 2003]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Valle-Riestra Gonzáles-Olaechea, Javier, *La Responsabilidad Constitucional del Jefe de Estado*, Ed. H. Benítez – Rivas, Lima, 1987.

Villarán Angulo, Luis Felipe, *La Constitución Peruana Comentada*, Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional, Lima, 2016.

Villarán y Godoy, Manuel Vicente, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Fondo Editorial. PUCP, Lima, 1998.

LITIGACION ORAL EN MATERIA CIVIL

Carlos E. Polanco Gutiérrez

Un hombre tenía un perro acostado en el piso de madera de su casa...Con la particularidad que cada vez que el perro se movía, se quejaba.

El amigo del hombre, que había ido de visita, se extrañó al ver al perro tumbado, molesto y aullando cada vez que hacía determinado movimiento. Así que decidió preguntar...

- ¿Qué le pasa a tu perro que se queja de esa manera?

- ¡Ah!, es que está acostado sobre un clavo y cada vez que se mueve le duele.

- Bueno ¿y por qué no se corre?

- Creo que porque «le molesta lo suficiente como para quejarse pero no lo necesario como para cambiar de lugar».

Patricia Hashuel [2018]

Resumen

El presente artículo contiene un análisis sobre el retorno a la litigación por audiencias que impulsó el Código Procesal Civil de 1993, que no produjo los resultados esperados, ocasionando diferentes modificaciones legislativas que privilegian el sistema de litigación por escrito. Se eliminaron las audiencias que preveía el Código, con algunas excepciones en la actuación de prueba. Un sistema de litigación por audiencias, requiere de un adecuado entendimiento de los principios procesales que la propia norma procesal contiene, con un renovado rol del Juez como Director del Proceso, que pasa a ser un activo conductor de la litis [sin que suponga un cambio de modelo dispositivo a inquisitivo]. Si el sistema de litigación por escrito, es una de las razones de la deslegitimación que enfrenta la justicia civil peruana, urge pasar del plano de la queja y espera pasiva de reformas legislativas, a variar la forma de ad-

ministración de justicia, respetando el debido proceso.

Palabras claves

Litigación por audiencias; principios procesales; teoría del caso; debido proceso.

Sumario

1. Introducción; 2.- Método; 3.- Del sistema escrito a una litigación por audiencias y viceversa; 4.- ¿Es posible la litigación por audiencia con el actual Código Procesal Civil?; 5.- La teoría del caso en materia civil; 6.- El debido proceso; 7.- Las experiencias del 7mo. Juzgado Civil de Arequipa; 8.- Conclusiones; 9.- Referencias bibliográficas.

I. Introducción

En el año 1967, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, inició la labor de preparar un anteproyecto de Modelo de Código Procesal Civil para Iberoamérica, además del modelo en materia Penal, labor que concluyó en 1988. La elaboración de este modelo, no fue simple, requirió de diversas jornadas de formulación, debate y finalmente aprobación. Como lo indica el prólogo de tan magno documento, la finalidad, no fue la imposición de modelo alguno, sino que pretendía servir como documento base para la reforma procesal civil que se buscaba en América Latina.

Uruguay fue el primer país que adoptó oficialmente la oralidad e inmediatez en los procesos no penales, gracias a la labor del insigne procesalista Vescovi, quien logró que se aprobara el Código General del Proceso, vigente desde 1989, con un significativo cambio en el 2013. Uruguay se jacta de ser el primer país de Latinoamérica con una reforma procesal civil con casi 30 años de implementación de un proceso que se aplicó en primer lugar en materia civil, a diferencia de la usual práctica procesal regional, de que las reformas en principio se aplican en el ámbito penal, por ello su importante repercusión en el contexto internacional [Pereyra, 2017].

En el Perú, la primera norma procesal, fue la Ley de Enjuiciamiento en materia Civil de 1852, cuya característica fue la regulación de un litigio escrito y uso del papel, sin oralidad. Posteriormente se promulgó el Código de Procedimientos Civiles [1912], que tuvo como fuente de inspiración [base] la Ley de Enjuiciamiento Civil de España [1881], norma última que sufriría modificaciones,

dentro de la cual se destaca, entre otros, la introducción a la Audiencia Preliminar en el Juicio Ordinario [Ley N° 34/1984, de 6 de agosto de dicho año: Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil]. El Código de Procedimientos Civiles, en un principio aceptó normas de oralidad, pero sin inmediación obligatoria, por lo que no se logró apartar de su carácter escrito, y concluyó su existencia en un desorden de escritos y formalidades [excepto en el denominado juicio de menor cuantía: juicio sumario], pues si bien existían plazos para las actuaciones procesales, las presentaciones de pruebas privilegiadas podía realizarse en cualquier momento del proceso, lo que permitió que los procesos judiciales no culminaran dentro de un plazo razonable. Por citar un ejemplo, existieron causas en las cuales se discutía algún derecho real sobre inmuebles, y no era extraño que luego de muchos años de juicio, la Corte Suprema, declarara la nulidad de todo lo actuado y dispusiera nueva calificación de la demanda, puesto que no se presentó, junto con ésta, la copia de la declaración anual del impuesto al valor del patrimonio predial [el autoavalúo].

Priori [2016, 129], critica la delegación del juez, que permitía el Art. 470 del Código de Procedimientos Civiles, que con anuencia de las partes, disponía que las declaraciones pudieran ser tomadas por el escribano [secretario], eliminando toda inmediación, «... pues sin inmediación, no hay oralidad ...».

Con tal antecedente, se promulgó el vigente Código Procesal Civil [24 de julio, 1984], con la finalidad de sustituir el modelo escriturario por uno de audiencias [sin eliminar los escritos]. Si bien, como en el caso uruguayo, el nuevo modelo procesal civil se instauró antes que la reforma procesal penal, en el Perú, los civilistas no comprendieron la importancia de la litigación por audiencias, no se contaron con los medios tecnológicos necesarios y el nuevo modelo procesal no produjo un beneficio tangible para los litigantes, sino que, por el contrario, se estimó que las audiencias solamente dilataban el proceso, pues los escritos seguían presentándose en igual número, hecho que originaría una «contra-reforma», cuya cumbre se presenta en el año 2008, con la expedición de los Decretos Legislativos N° 1069 y 1070, normas que, entre otros, modificaron la conciliación extrajudicial y suprimió

la audiencia de conciliación judicial, así como la de saneamiento procesal, privilegiando el juzgamiento anticipado del proceso, eliminando en algunos casos la audiencia de pruebas, si solamente se ha admitido solo prueba de naturaleza documental.

Las idas y venidas sobre si el proyecto original del Código Procesal Civil consagraba la oralidad o simplemente ordenaba el proceso escrito, responde a una real falta de exposición de motivos del CPC, además de que sus impulsores no han supieron si el proceso debería ser oral o escrito; por ejemplo, Monroy afirma la importancia de la oralidad e intermediación, para que a renglón seguido señale que el proceso escrito es el mejor medio para perpetuar la ocurrencia de un hecho o manifestación de una voluntad [Monroy 1993, 41].

No es necesario realizar profundos estudios, para sentir la desaprobación de parte de la ciudadanía, litigantes y abogados de la justicia civil, que da respuesta tardía a los pedidos que las partes formulan. La aceptación de la labor judicial en su conjunto, independientemente de la encuestadora que lo realice no supera, en el presente año, el 20%, en promedio.

II. Método utilizado

El presente trabajo, realiza un análisis normativo, doctrinario y casuístico sobre el Código Procesal Civil de 1993 [CPC] y las modificaciones que ha sufrido, para que luego de una labor interpretativa y argumentativa, se establezca que la oralidad o la gestión del proceso por audiencias, es posible con arreglo al texto vigente y se compartirá la experiencia que se tiene en algunos procesos civiles, seguidos ante el 7^{mo} Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con las técnicas de la litigación oral.

III. Del sistema escrito a una litigacion por audiencias y viceversa

Teniendo presente el Modelo de Código Procesal Civil para Iberoamérica, se promulgó el Código Procesal Civil [CPC] de 1993, con una orientación a la litigación por audiencias, teniendo presente la existencia de los principios de intermediación y concentración, pero sin clara definición de la oralidad. Basta ver que los procesos de cognición [conocimiento, abreviado y sumarísimo], dependiendo

de su complejidad, se gestionaban a través de audiencias [saneamiento procesal, saneamiento probatorio y pruebas; en el sumarísimo solamente existe audiencia única]. El modelo peruano optó por una presentación y contestación de demanda efectuada por escrito, luego de lo cual se pasaba a una audiencia preliminar [saneamiento procesal, conciliación, saneamiento probatorio y admisión de pruebas. En el caso del proceso de conocimiento, la audiencia de saneamiento procesal, era independiente, por lo que existieron tres audiencias], para concluir en una audiencia de juzgamiento [llamada de pruebas].

En el saneamiento procesal debían resolverse las incidencias de la relación procesal, como las excepciones y defensas previas; en la conciliación, el Juez debía promover el diálogo entre las partes, para que éstas lleguen, de ser el caso, a un acuerdo; en la fijación de puntos controvertidos, una vez fracasada la conciliación, el Juez escuchando a los abogados, fijaba los puntos controvertidos del proceso y finalmente admitía los medios probatorios relacionados a los puntos controvertidos. En la Audiencia de juzgamiento [pruebas], el Juez actuaba todos los medios probatorios y dictaba sentencia o difería la decisión para notificarla posteriormente a las partes del proceso.

Como se puede apreciar, la idea esencial era que excepto la demanda, contestación, excepciones y similares, que tenían que presentarse por escrito, las demás actuaciones se realizarían en audiencias, así se evitaba la dilación innecesaria del proceso debida a articulaciones procesales dilatorias o presentación desordenada de medios probatorios.

El resultado no fue el esperado, en gran medida porque los operadores jurídicos no lograron desprenderse de la lógica del proceso escrito [las audiencias orales, inclusive quedaban registradas por escrito], no desaparecieron las articulaciones procesales, el Juez no era un director que tuviera en claro sus facultades ni cómo debía conducirse. Por ejemplo, en la audiencia de saneamiento procesal, no resolvía en audiencia las excepciones, sino que difería su decisión, para dictar su decisión días luego; en la conciliación se limitaba a escuchar las posiciones de las partes sin explorar los intereses subyacentes o en el peor de los casos preguntaba si tenían intención de conciliar o no y ante el silencio o negativa inicial, daba por fracasada

la conciliación; en la fijación de puntos controvertidos, el Juez proponía como puntos controvertidos, los elementos de las pretensiones, la pretensión y no los hechos de controversia; la actuación de medios probatorios, se limitaba [y limita actualmente] a una actuación ficticia de la prueba documental, en la que el Juez sin permitir la intervención de las partes señalaba, en fórmula similar que «... la prueba documental, se tiene por actuada [valorada] y será merituada al momento de sentenciar...»; los interrogatorios a testigos y partes eran por escrito y sus respuestas limitadas al «es verdad» o «no es verdad», con un bajo nivel en el contra-examen, en resumen las pruebas del proceso se revisaban y valoraban en la soledad del Despacho del Juez al momento de sentenciar.

El sistema por audiencias no funcionó como fue proyectado y lo anterior se debió, en gran parte a que ni los jueces ni los abogados, fueron capacitados para litigar oralmente. La gran mayoría de jueces, no obtenían valor agregado de las audiencias y los abogados, tampoco, máxime que sigue siendo vigente la costumbre de cobrar por escrito presentado.

Mediante Ley N° 29057, publicada con fecha 29 de junio del 2007, se suprimió la audiencia de saneamiento procesal [Art. 449 CPC], al considerarla innecesaria; en tanto que mediante Decretos Legislativos 1069 y 1070, publicados el 28 de junio del 2008, se modificaron diversos arts. del CPC, eliminando la audiencia de conciliación, la que ahora sólo puede ser convocada cuando ambas partes lo pidan expresamente, y se eliminó la litigación por audiencias, regulando el juzgamiento anticipado del proceso, es decir, prescindiendo de la audiencia de pruebas inclusive, quedando eliminado, en la práctica, el principio de inmediación procesal, por considerar que su aplicación solamente dilataba el desarrollo de los procesos.

Las reformas del CPC, no agilizaron el proceso, sino que lo empeoraron, en parte ello porque el Juez, calificaba la demanda y luego recibía para su estudio el expediente listo para sentenciar. Su participación en el proceso fue mediatizado en la toma de decisiones, debido a que en la práctica son los especialistas legales que se encargan de la tramitación del proceso, limitándose la labor del juez a revisar y aprobar tal conducción. El Juez con las reformas citadas, perdió la inmediación del proceso.

El 27 de diciembre del 2014, se promulgó la Ley N° 30293, que supuso una nueva reforma procesal con la finalidad de promover la modernidad y celeridad procesal. Dentro del conjunto de normas modificadas es importante hacer mención al nuevo art. 204 del CPC, sobre el acta de audiencia, que establece que «La audiencia de pruebas es registrada en video o en audio, en soporte individualizado que se incorpora al expediente. Se entrega una copia a las partes dejándose constancia en el expediente de dicha entrega. En los casos en que esto no sea posible, se levanta el acta respectiva, la cual contendrá...» [El resto es similar al texto anterior]. La introducción de medios tecnológicos en la audiencia y la prescindencia, de ser posible, de una mera transcripción, es un importante aporte hacia la oralidad. También es digna de mencionar la modificación del art. 208 del CPC, inciso 2, sobre interrogatorio directo de: «... Los testigos con arreglo al interrogatorio que los abogados le realicen directamente, comenzando por el abogado de la parte que lo hubiera ofrecido. Luego de las preguntas de los abogados, el Juez podrá formular preguntas». En la práctica las partes presentan un mismo pliego interrogatorio, que obra en el expediente, para diferentes testigos; con la modificación se ha pretendido una actuación más dinámica de los abogados.

Es importante hacer mención, que actualmente los juzgados civiles no tienen equipos de audios y que las actas siguen produciéndose de la misma manera; así también, en la práctica los abogados llevan por escrito sus preguntas y las leen en la audiencia al hacer el interrogatorio a los testigos, creyendo que verbalizar es sinónimo de oralizar, siendo por demás frustrante ver que si hay, por ejemplo 6 testigos, leen en tono monocorde las mismas preguntas, pero como no se graba la audiencia, ésta toma más tiempo puesto que hay transcribir una y otra vez las preguntas que antes se anexaban al expediente.

No obstante, las últimas reformas mencionadas constituyen un gran impulso hacia la litigación oral, puesto que ya no es el frío papel el que contiene las incidencias de la audiencia, sino que el Juez puede retomar su condición de director del proceso, de manera dinámica y obtener mejor y mayor información de los medios probatorios actuados, quedando listo para dictar la sentencia correspondiente.

Con la modificación establecida por los Decretos Legislativos N^{os} 1069 y 1070, era vigente la expresión de Priori [2010, 140] cuando afirmaba que «La realidad actual del proceso civil peruano es la de un proceso escrito», pero cabe preguntarse si con las modificaciones establecidas por la Ley N^o 30293, se podría señalar que es aún posible hacer litigación por audiencias con el texto actual del Código Procesal Civil, teniendo presente además el art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que consagra el derecho de toda persona, entre otros, de ser oído por un tribunal, por lo que en tiempos de convencionalismo, es una norma que no se puede ignorar.

IV. ¿Es posible litigar por audiencias con el texto actual del Código procesal civil?

Pese a las modificaciones efectuadas, que han pretendido eliminar el litigio por audiencias y convertirlo en un litigio por escritos, las normas no derogadas del CPC, permiten que el Juez pueda convertir al proceso escrito en uno por audiencias, pero ello requiere de un Juez activo [diferente a activista] que sea un verdadero director del proceso y no un Juez Penélope, como lo señala Ariano.

4.1. El rol del Juez como director del proceso

Ariano [2002, 83] se pregunta si los juzgados que aplican el Código Procesal Civil tienen Jueces Directores [autoridad en la dirección del proceso] o Jueces Penélopes [teje y desteje a placer, que un día considera que hay caducidad y en el mismo proceso, al día siguiente considerar que no la hay]. La respuesta no es complicada, siempre se requerirán Jueces directores que sepan llevar el proceso. La condición de director del proceso, es una atribución que tiene el Juez, no para darle más poder o importancia, sino para que el proceso sea llevado de la manera más eficiente, respetando las reglas del debido proceso.

El art. II del Título Preliminar del CPC consagra que la dirección del proceso está a cargo del Juez, con responsabilidad por la demora; no solamente ello, la última parte del art. V de la citada norma, obliga al Juez como director, a reducir los actos procesales, sin afectar el derecho del contradictorio y a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del litigio que tiene que resolver.

El art. 51 del CPC que regula las facultades genéricas

que tienen los jueces civiles, establece en los incisos 2, 3 y 4 que «Facultades genéricas.- Los Jueces están facultados para...; 2. Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; 3. Ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos. Las partes podrán concurrir con sus Abogados; 4. Rechazar liminarmente el pedido que reitere otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de fundarse en razón distinta, éste pudo ser alegado al promoverse el anterior...»

También la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus arts. 5 y 6, reiteran la condición del Juez como director con las facultades que tiene para que los procesos a su cargo sean tramitados en el menor tiempo posible, respetando el derecho de las partes al debido proceso.

Las normas mencionadas permiten, entonces que el Juez convoque a una «Audiencia Preliminar», para esclarecimiento de los hechos, que le permita sanear el proceso, fijar los puntos controvertidos, puntos no controvertidos, realizar convenciones probatorias y procesales y finalmente admitir los medios probatorios para su posterior actuación. El Juez puede, en dicha audiencia, promover la conciliación, puesto que es vigente el art. 185, inc. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que así lo establece.

4.2. Los principios procesales

Los principios tienen varios significados, que van desde la mera identificación con máximas o aforismos, pasan por las generalizaciones ilustrativas y/o son dispositivos positivados que en su interpretación contienen los aspectos centrales de un ordenamiento jurídico. Oteiza [2011], refiere que en esta última acepción, son conceptos que describen los rasgos más salientes de un ordenamiento jurídico. Si se trata de disposiciones son reglas cuyo cumplimiento es obligatorio y dejan de ser solamente disposiciones inspiradoras de un sistema jurídico.

El Art. V del Título Preliminar del CPC contiene, entre otros, los principios de Inmediación y concentración, en tal sentido obliga a que las audiencias y actuación de los medios probatorios se realicen ante el Juez, bajo sanción de nulidad [con excepción de las actuaciones procesales

por comisión, por ejemplo, la inspección judicial de un inmueble ubicado en otro distrito judicial].

El principio de inmediación «tiene por objeto que el Juez –quien va en definitiva resolver el conflicto de interés o la incertidumbre jurídica–, tenga el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos [intervinientes] y objetivos [documentos, lugares, etc.] que conforman el proceso» [Monroy, 1993, 40]. La inmediación en la actividad del Juez, es base de todo sistema de oralidad; en tanto que la mediación, lo es de un sistema escrito.

Este principio exige, actualmente al Juez, una actuación dinámica que no sustituya a las partes, pero que les permita la presentación de su teoría del caso en su presencia. Esta forma de pensar la inmediación judicial, en palabras de Barbiero y García [2011, 98] es un reconocimiento a su ventaja al posibilitarse su aplicación en el denominado proceso por audiencias y más allá de una justicia real, es una justicia posible. Un nuevo escenario de la inmediación, permite la actuación virtual del Juez, que está presente en tiempo real, en la actuación de los medios probatorios a través de videoconferencias y dicha inmediación virtual, producirá los mismos beneficios que la inmediación física [Rafael, 2011, 128].

La acción directa del Juez con las partes y los medios probatorios, permiten obtener una mejor información de calidad, que facilitará la resolución inmediata de la controversia a su cargo. Es labor del Juez, fomentar y permitir un debate que le proporcione información de calidad, lo que no se consigue en un proceso escrito. Peyrano [2011, 150-154], destaca como ventajas de la oralidad, el mejor aprovechamiento de las pruebas personales, la apreciación conjunta de la prueba en la medida que se produce, las rápidas aclaraciones, y pronto dictado de la sentencia, empero también advierte sus desventajas como el desgaste emocional y físico del magistrado que recibe la prueba, los riesgos de la valoración pronta de la prueba, la demora por la agenda de señalamiento de la audiencia, entre otras.

El principio de concentración, se deriva del de inmediación; pues como el Juez debe estar presente en las audiencias procurará el mayor número de actuaciones posibles en la audiencia convocada y en caso de ser necesario diferir la continuación de la audiencia, debe hacerlo para

fecha próxima.

El principio de formalidad, está consagrado en el Art. IX del Título Preliminar del CPC, estableciéndose su carácter imperativo, que debe ser adecuado por el Juez a la exigencia al logro de los fines del proceso, es por ello que se reputará por válido el acto procesal que aún incumplimiento una formalidad general, cumpla su objetivo. Este principio permite la flexibilización del proceso.

En el proyecto de reforma del CPC, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 0070-2015-JUS, de fecha 5 de marzo del 2018, se perfecciona la redacción del referido Art. IX, señalando que «Ninguna formalidad prevista en este Código es de carácter imperativo, siempre que, habiéndose realizado de otro modo, se respeten los derechos fundamentales que con dicha formalidad se buscaban proteger y que, de ser el caso, se logre la finalidad del proceso. El Juez en todo momento privilegia la expedición de un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, sea principal o incidental, buscando subsanar inmediatamente los vicios que puedan afectar el proceso, respetando el contradictorio previo. El Juez, en cualquier instancia, únicamente anula un acto procesal cuando ello sea imprescindible para reencaminar el proceso, evitando que pueda generarse un mayor perjuicio a la finalidad de este. Asimismo, el Juez está obligado a darle trámite a los actos procesales a pesar de que adolezcan de un defecto formal que no afecte el ejercicio de los derechos procesales de las partes, sin perjuicio que ordene su cumplimiento». Este art., es referido en la exposición de motivos como el principio del informalismo que concibe a la nulidad «como un instituto procesal residual y excepcional», debido a que el exceso de formalidades puede impedir la verdadera realización de los derechos materiales y procesales de las parte, por lo que en expresión de sus autores, la reforma procesal propuesta busca un Código Procesal anti-formalista y anti-nulidades.

4.3. Características de un sistema de litigación por audiencias

Priori [2010, 141], señala las características mínimas que debe tener un sistema de litigación por audiencias, precisando que es un error considerar que supone la supresión absoluta de los escritos [siempre la demanda y su contestación, serán escritas]. Dentro de los requisitos que

propone tal autor, se señalan:

- Existencia de por lo menos una audiencia, donde se haga vigente la inmediación del Juez, para que tenga la versión personal y directa de las partes en sus posiciones iniciales;

- El Juez que desarrolla la audiencia de juzgamiento [pruebas], es el que sentencia;

- Se debe concentrar la mayor cantidad de actuaciones procesales posibles, sin descartar las audiencias adicionales, que sean próximas en el tiempo. La razón de ello es que en plena actuación, el Juez va viendo como los medios probatorios «hablan» y va extrayendo conclusiones;

- Respeto y efectivo ejercicio del contradictorio, en la actuación de las partes, peritos, testigos y el debate entre los abogados no sobre el derecho, sino sobre el derecho en litigio y las pruebas que han presentado las partes al respecto, para lo cual se requiere abogados y jueces debidamente preparados. La no preparación del abogado, será evidente y no le permitirá participar adecuadamente en tal debate;

- Valorar las actuaciones orales tanto como las escritas y en caso de contradicción entre lo escrito y lo declarado, el Juez pueda elegir lo oralizado, fundamentando sus razones;

- Restricción en la impugnación de resoluciones de articulaciones e interlocutorias;

- Dictar la sentencia en audiencia.

Las condiciones mínimas referidas, pueden ser satisfechas, con el actual marco normativo, lo que no significa que no sea mejor una nueva reforma procesal, que de manera clara establezca tales procedimientos, para que la restauración de la oralidad deje de depender del Juez y su labor interpretativa solamente, sino que sea un renovado sistema de litigio por audiencias; en tal sentido es saludable que el Proyecto de Reforma del CPC [05 de marzo de 2018], restaure la litigación por audiencias en dos tipos de procesos: el de cognición y el sumarísimo. En el proceso de cognición, existirán las audiencias preliminar y la de juzgamiento, ésta última sólo en los casos en que haya medios probatorios que tengan que actuarse [declaraciones, pericias, inspecciones y similares], de lo contrario los medios probatorios se actuarán en la audiencia prelimi-

nar. Si hay audiencia de juzgamiento, se dictará sentencia al terminar ella; si sólo hay audiencia preliminar y juzgamiento anticipado, también se deberá dictar sentencia al término de la misma. El proceso sumarísimo mantiene su estructura, contando solamente con una audiencia única.

V. La teoría del caso en materia civil

Suele preguntarse con frecuencia, si es que no hay una teoría del caso establecida por el CPC, qué pautas tendrían los abogados para oralizar sus pretensiones. Tanto el art. 424 [demanda] y 442 [contestación] del CPC, contienen la estructura de una teoría del caso civil, situación que no ha sido desarrollada por los operadores jurídicos, simplemente porque la enseñanza que se impartió e imparte en aulas universitarias y foro, lo hacen ver solamente como requisitos de la demanda y contestación, sin explicar que contiene todos los elementos para que cada parte exponga su propia teoría del caso y así poder ser oralizada en la audiencia preliminar.

La Nueva Ley procesal del Trabajo N° 29497, que regula la litigación por audiencias en la justicia laboral y contiene el principio de oralidad, por ejemplo, al momento de establecer los requisitos de la demanda, no hace mención a la teoría del caso, sino que se limita a señalar que ésta debe contener los requisitos y anexos establecidos en la norma procesal civil [Art. 16].

La teoría del caso va más allá del relato y negación que propongan los abogados, sino que contiene la estrategia de la parte para que, a través de su relato y medios probatorios aportados, un tribunal les dé la razón y no se la dé a la contra parte. Moreno [2012] señala que es una metodología de trabajo que se retroalimenta en el tiempo para llegar a una versión definitiva.

En conclusión, el actual texto normativo del Código Procesal Civil, permite una litigación por audiencias, sea por normas expresas que autorizan al Juez como director del proceso, así como por la vigencia de los principios del proceso civil; y además contiene para las partes, la teoría del caso que les permita litigar de manera oral.

VI. El debido proceso

Un aspecto que es importante reconocer es la nueva configuración del debido proceso, no como un conjunto de reglas que deben de ser cumplidas, sino como un es-

tándar, que debe garantizar el derecho al contradictorio para ambas partes. El objetivo central del debido proceso, es crear las condiciones para que las partes puedan manifestar sus puntos de vista y controvertir los de su contraparte, tal como lo señalan Duce, Marín y Riego [2008], investigadores del Centro de Estudios de Justicia para América Latina – CEJA.

Si la finalidad del debido proceso es garantizar plenamente la exposición propia y el contradictorio ajeno, se puede afirmar que no es un conjunto de reglas, que invariablemente tengan que ser cumplidas, sino que en su aplicación se exige razonabilidad en el desarrollo del proceso. Los citados investigadores, señalan que tales estándares se aplican por ejemplo en la valoración de la prueba; en la que en materia civil, el demandante ganará el proceso si es que convence al Juez en un 51%; pero, que en materia penal, al existir la duda razonable, dicho estándar probatorio se eleva más allá de un 90% por lo menos, de formada la convicción. El hecho que en materia civil y penal el grado de convicción sea diferente, el proceso será debido, si se permitió a las partes el pleno ejercicio del derecho defensa y contradicción.

Finalmente, sobre este punto, debe reconocerse que el principio del debido proceso evoluciona, lo que se debe tener presente. Por citar un ejemplo, en el que se aprecia la superación del formalismo tradicional, en el Expediente. N° 07039-2015-PHC/TC, el Tribunal Constitucional, con referencia a una notificación defectuosa en un proceso penal, precisó en el fundamento «4. ... que la notificación es un acto procesal cuyo cuestionamiento o anomalía no genera, per se, violación del derecho al debido proceso o a la tutela procesal efectiva; para que ello ocurra resulta indispensable la constatación o acreditación indubitable por parte de quien alega la violación del debido proceso, de que con la falta de una debida notificación se ha visto afectado de modo real y concreto el derecho de defensa u otro derecho constitucional directamente implicado en el caso concreto»; es decir que no basta señalar que la notificación no se realizó cumpliendo la formalidad prevista, sino que dicho incumplimiento haya ocasionado una indefensión en el litigante, al limitar su derecho al contradictorio, como contenido esencial del debido proceso.

VII. Las experiencias del 7^{mo} Juzgado civil de la Corte Supe-

rior de Justicia de Arequipa

Para quienes trabajan administrando justicia en los Juzgados Especializados en lo Civil, es claro que la justicia está en crisis; por lo que existen dos caminos, lamentar y esperar una reforma legislativa o tratar de proponer cambios en la gestión del proceso. La segunda alternativa es la que se ha elegido.

Conscientes de las ventajas de la oralidad, se decidió, en aplicación del Art. 51, incisos 2 y 3 del Código Procesal Civil, «restituir la vigencia de los no derogados principios de concentración e inmediación», convocando a denominadas «Audiencias Preliminares» a partir del mes de noviembre del 2017, en las que previamente al esclarecimiento de hechos, se invita a las partes a hacer orales la demanda y la contradicción a la misma; se explora y promueve de una manera activa la posibilidad de una conciliación y ante su fracaso, se precisan cuáles son los hechos que no son materia de controversia por estar las partes de acuerdo y, cuáles serán los puntos controvertidos, que se fijan dejando la manera clásica de fijar como tales los elementos de la pretensión o en algunos casos, la pretensión en sí. Se admiten los medios probatorios referidos en esencia a los puntos controvertidos, luego de lo cual se convoca a audiencia de pruebas o, si se trata solamente de prueba documental, se realiza el juzgamiento anticipado, esto último que debe ser modificado, puesto que se continúa con la práctica usual de señalar que se tienen por actuados y valorados las pruebas documentales que serán meritadas al momento de sentenciar. Esta actuación será modificada, en una segunda etapa, en la que en la audiencia preliminar, serán los abogados defensores quienes deben indicar oralmente al tribunal de lo que se pretende probar con cada documento y refutar la prueba contraria, expidiéndose, como regla general, la sentencia al término de la audiencia.

Las primeras materias en las que se inició la gestión de procesos por audiencias en un renovado rol, fueron las de división y partición, petición de herencia y prescripción adquisitiva. Un proceso a resaltar es el Expediente N° 4763-2017, en la que la intervención proactiva de los abogados, permitió que el proceso concluya con sentencia consentida en un plazo de cinco meses [Descontando el mes de vacaciones judiciales] contados a partir de

la presentación de la demanda. Aunque pudiera parecer largo el plazo, la práctica usual demuestra que este tipo de procesos duran más de dos años. El caso trataba de una división y partición de bienes de la herencia entre seis hermanos con tres abogados patrocinadores diferentes, existiendo además la pretensión del pago de los gastos de la última enfermedad del causante y partición de cuentas bancarias. Las partes con sus abogados concordaron en la titularidad de los bienes materia de partición [cuyos títulos estaban inscritos en Registros Públicos], así como en la necesidad de partir el dinero que se encontrare en bancos. Sobre lo que no existió acuerdo, fue el reconocimiento de gastos de la última enfermedad del causante, que uno de los hermanos señalaba haber efectuado en el extranjero. Como la controversia se definió en establecer a cuánto ascendían los gastos de la última enfermedad, el debate y posterior sentencia se centró en ello. La sentencia, en este extremo, reconoció en parte los gastos de la última enfermedad que deberían asumir los demandados. Notificada la sentencia, ninguna de las partes apeló y el proceso se encuentra en ejecución.

Como el caso anterior, existen varios, entre los que se mencionan, para efectos de verificación, los expedientes 1149-2016, 4242-2017, 4280-2017, 5713-2017, 1859-2017, 1966-2017, entre más causas en las que se ha podido apreciar las ventajas de la audiencia preliminar. En el caso de los procesos sumarísimos, la conducción de la audiencia única, varió con un rol activo del Juez, permitiendo la expedición de sentencias en la misma audiencia.

¿Cuáles son los problemas que se presentan? La inasistencia de las partes, lo que dilata el proceso; es por ello, que la preocupación del cumplimiento de la formalidad de la notificación, se convierte en una preocupación de que las partes asistan a la diligencia preliminar donde se obtiene información de calidad sobre el proceso y las pruebas presentadas.

Otro problema es la asistencia solamente de una de las partes y la presentación de certificados médicos por el inasistente. En estos casos se han intentado hasta tres soluciones, la primera es otorgar un plazo adicional al inasistente para que proponga sus puntos controvertidos; la segunda es convocar a una nueva audiencia; y la tercera suprimir la diligencia preliminar y seguir tramitando el

proceso de la manera usual [ésta última alternativa es la menos utilizada]. También se ha intentado, para evitar el Certificado médico dilatorio, que la audiencia preliminar se convoca luego del saneamiento procesal, para que las partes lleguen con su propuesta de puntos controvertidos a la Audiencia y ante la ausencia de alguna parte, fijar los puntos controvertidos de la manera tradicional. Tampoco deja de ser una preocupación, la reacción de la instancia superior a estas prácticas [aunque sobre estas audiencias preliminares, las decisiones tomadas, no suelen ser apeladas, salvo que sea la sentencia].

Si algo caracteriza a la audiencia preliminar, además de la concentración e intermediación, es la eliminación del formalismo y el privilegio al derecho del contradictorio que tienen las partes, como parámetro del debido proceso.

En los procesos sumarísimos, cuya sentencia se dicta en audiencia única, se ha encontrado como problemas el ofrecimiento que hacen las partes en su demanda y/o contestación de informes que deben expedir terceros. Como quiera que en la audiencia única se sana el proceso, se fijan los puntos controvertidos, se establecen los hechos no controvertidos, se formulan convenciones probatorias y admiten los medios probatorios, se presentan casos en que no se puede dictar sentencia por falta de los informes que en dicha audiencia se dispone recién se oficie a los terceros. Para resolver este problema se está procurando que al admitir la demanda y/o contestación, se expidan los oficios para obtener los informes necesarios. La finalidad perseguida es que al momento de realizarse la audiencia única se cuente con tales informes, aun cuando en el desarrollo de la audiencia puedan no ser admitidos.

Debe reconocerse que hay audiencias preliminares que salen mal, en parte porque la conducción no fue la adecuada [motivación personal insuficiente] o por la tradicional actitud de algunos abogados que se limitan a señalar que todo se encuentra en el expediente y no tienen más que decir o cuando se les pide oralizar su caso, se limitan a dar lectura a la demanda y/o contestación. Una labor de capacitación es necesaria.

La iniciativa descrita es apoyada por el CEJA, que ha elaborado un plan para que en una segunda etapa, se privilegie la litigación por audiencias, aprovechando la au-

torización de grabaciones permitidas normativamente y resaltar la oralidad en la gestión del proceso.

VIII. Conclusiones

Lo expresado, nos lleva a concluir que si bien es cierto el Código Procesal Civil, pretendió la instauración de un proceso civil por audiencias, con el paso del tiempo, legislativamente migró al sistema de litigación escrita; empero existe la normatividad legal que permite, sin modificación legislativa, la gestión de este proceso por audiencias, siendo necesaria una renovada actuación del Juez como Director de la litis, respetando el debido proceso. Existen experiencias exitosas, en el 7^{mo} Juzgado Especializado en lo Civil, que deben ser articuladas como un sistema que permitirá una mejor administración de justicia; empero para ello será necesario la capacitación de los operadores jurídicos.

Referencias bibliográficas

Ariano, E., *Los problemas del Proceso Civil*, Jurista Editores, Lima, Perú, 2003.

Ariano E., *¿Jueces «directores» o jueces «penélopes» [reflexiones sobre las vicisitudes de las excepciones procesales, el saneamiento y el contradictorio en el CPC de 1993]*, 2002, pp. 83-102,.

Avendaño, J., et al, *Revista El Derecho, Orientaciones y Tendencias sobre el Código Procesal Civil*, Colegio de Abogados de Arequipa, Perú, 1993.

Barberio, S. y García, M., *Lineamientos de los principios de inmediatez y mediación*, 2011 93-99

Berizonce, R. Coordinador, *Los principios procesales*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, Argentina, 2011.

CEJA, *Justicia Civil: una perspectiva para la reforma en América Latina*, CEJA, Santiago, Chile, 2008.

C. Rafael, *El principio de Inmediatez – Desde su clásico elogio hacia su reformulación*, 2011, pp. 101-132.

Duce, M., Marín, F. y Riego, C., *Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información*, 2008, pp. 13-93-

Fandiño, M. Director, *Estudios comparados sobre reformas al sistema de Justicia Civil: Alemania – España – Uruguay*, Santiago Chile, Centro de Estudios de Justicia para

las América – CEJA, 2017.

Moreno, H., *Teoría del caso*, Ediciones Didot, Buenos Aires, Argentina, 2012.

Monroy, J., *Los principios procesales en el Código procesal civil*, 1993.

Oteiza, E., *Principios procesales: Aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad*, 2011.

Pereyra, S., *El sistema de Justicia Civil en Uruguay*, 2017.

Peyrano, J., *Nuevos horizontes de la Oralidad y Escritura*, 2011, pp. 141-174.

Peyrano, J., *Principios Procesales*, Tomo II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, 2011.

Priori, G., *Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano*, 2010, pp. 123-143.

THEMIS núm. 58, *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. 2010.

<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/23/pr/pr14.pdf>

<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n35/a05.pdf>
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100018

http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1167/laoralidadenlosprocesosciviles_eros.pdf?sequence=1&isAllowed=y

<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1180/lareformadelajusticiacivilenuruguay.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=&Apendice=&Expresion=&Dominio=Tesis%20%20publicadas%20el%20viernes%2028%20de%20septiembre%20de%202018.%20Todo&TA_TJ=2&Orden=3&Clase=DetalleSemenarioBL&Tablero=&NumTE=64&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&SemanaId=201839&ID=2018013&Hit=19&IDs=2018031,2018030,2018029,2018028,2018027,2018026,2018025,2018024,2018023,2018022,2018021,2018020,2018019,2018018,2018017,2018016,2018015,2018014,2018013,2018012&Epoca=-100&Anio=-100&Mes=-100&SemanaId=201839&Instancia=-100&TATJ=2

**PRESUPUESTOS A TENER EN CUENTA AL MOMENTO
DE INTERPONER UNA DEMANDA DE NULIDAD DE COSA
JUZGADA FRAUDULENTA**

José Alfredo Lovón Sánchez

Resumen

El instituto de la cosa juzgada, es el efecto jurídico que surge luego de concluido el proceso. En este sentido, la cosa juzgada marca el hito procesal en el que ya no cabe más revisión, al punto que se presume iuris tantum que el proceso se ha seguido con regularidad. Siendo así, para poder interponer, en este caso, una demanda de NCJF de forma válida y correcta; se deben concurrir copulativamente [esto es conjuntamente] a tres presupuestos: un acto procesal que de por finalizado el proceso [auto o sentencia], la existencia de fraude dentro del proceso y la necesaria afectación del derecho al debido proceso.

Palabras claves

Fraude, omisión, afectación, NCJF [nulidad de cosa juzgada fraudulenta].

Abstract

The institute of res judicata is the legal effect that arises after the conclusion of the process. In this sense, res judicata marks the procedural milestone in which there is no room for further review, to the extent that presumably iuris tantum that the process has been followed regularly. That being the case, in order to be able to interpose, in this case, a claim of NCJF in a valid and correct way; they must concur [this is jointly] to three budgets: a procedural act that ends the process [auto or sentence], the existence of fraud within the process and the necessary effect of the right to due process.

Keywords

Fraud, omission, affectation.

I. Primer presupuesto: Un acto procesal pone fin definitiva-

mente una controversia:

El art. 178 del CPC consagra que el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta busca la nulidad de una «sentencia o de un acuerdo homologado por las partes que pone fin al proceso. La sentencia es el acto procesal con el que normalmente finaliza el proceso judicial.

No obstante, estos actos procesales tampoco son los únicos mediante los cuales finaliza un proceso, sino también lo es por ejemplo el auto firme que declara fundada una excepción perentoria [como la excepción de cosa juzgada, convenio arbitral o conciliación] o también podría ser una resolución que ordena el archivo del proceso a raíz de un desistimiento de la pretensión, resaltando que este acto procesal unilateral del demandante no es un acuerdo y tampoco es bilateral [como señala el art. 178 del CPC].

Ahora bien, estos actos procesales son únicamente el efecto final del fraude, ya que el fraude puede perpetrarse en la notificación [es decir emplazamiento fraudulento] o en el ofrecimiento de una prueba fraudulenta, no obstante los efectos finales de estos actos se efectivizarán en un acto procesal, que por naturaleza, también deviene fraudulento [como la sentencia] o el auto que da por concluido el proceso.

En el caso que se trate de un auto que quedo consentido, debemos entender que la parte perjudicada con el fraude, no advirtió del mismo. Pues de lo contrario debió de impugnarlo, por lo que es indispensable que dicho acto procesal de por finalizado el proceso. En lenguaje jurídico procesal: debe ser un acto consentido o ejecutoriado. Ya que de lo contrario, si el proceso sigue en conocimiento del juez, pueden interponerse los medios impugnatorios correspondientes y hacerse valer en el mismo, la defensa contra el fraude. Es decir el proceso de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta sólo procede cuando el fraude no es «advertido» dentro del proceso originario y este concluye definitiva.

En ese sentido, un proceso puede concluir por un acto procesal consentido o ejecutoriado; será consentido en tanto el plazo para apelar dicho acto haya vencido sin existir impugnación alguna. Será ejecutoriado si es que habiéndose interpuesto apelación, el tribunal de alzada confirmó la resolución recurrida de forma definitiva, de

modo que se convierte en inimpugnable y adquiere la autoridad de cosa juzgada.

Por lo que el proceso puede finalizar por diversos actos procesales como la sentencia, el auto que aprueba la conciliación o transacción, el auto que aprueba el desistimiento o los que amparan las excepciones, de forma que el art. 178 del CPC es insuficiente al consagrar como únicos supuestos que ponen fin al procesos y pasibles del proceso de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, a la sentencia y al auto que homologa el acuerdo de las partes.

II. Como segundo presupuesto advertimos: La existencia de fraude dentro del proceso

El fraude es un hecho ilícito tendente a obtener un beneficio económico o de otro tipo a través de actos, realizados de mala fe y en forma totalmente planeada, al grado de conducir a la víctima al engaño.

Debemos entender que por acción supone una conducta positiva maliciosa que pretende inducir también al juez en error. Sin embargo cabe preguntarnos: ¿Puede cometerse un fraude procesal por omisión?, recordemos que el fraude por omisión, implica aprovecharse del error de la persona, darse cuenta de algún error y sin hacer nada, recibir un beneficio económico indebido. Por lo que en un eventual «fraude procesal por omisión» implicaría que un litigante advierta un error procesal del juez, que desnaturalice el proceso a tal punto que configure un fraude, y se mantenga absolutamente pasivo ante este vicio.

En ese sentido, de la revisión de los principios básicos del proceso civil y del Derecho Procesal en general, encontramos que el proceso civil necesita del impulso de parte [Alvarado Velloso, A., *El debido proceso*, p. 552], y de igual manera, encontramos que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, por lo que entendiendo que el proceso civil es [y debe ser] dispositivo y la ley no obliga al litigante a advertir el error que haya podido cometer el juez o su contraparte, consideramos que los litigantes no pueden cometer un fraude procesal por omisión.

Ahora bien, el fraude procesal por omisión no puede ser cometido por los litigantes, sin embargo, no ocurre lo mismo con el juez. El art. 178 del CPC, como hemos revisado, indica que el fraude materia del proceso de NCJF puede ser cometido por el propio juez [de forma exclusi-

va] o por el juez y las partes [colusión].

En estos dos supuestos, creemos que sí es posible el fraude procesal por omisión, en tanto el juez en su calidad de director del proceso, tiene la obligación de advertir los errores judiciales que pueden cometerse y subsanarlos. Por lo que concluimos que este segundo presupuesto referente a la comisión de fraude o colusión dentro del proceso, puede configurarse por acción [indudablemente] y por omisión, sólo cuando el juez esté vinculado con la ejecución del fraude procesal, por ejemplo en caso el juez advierta el fraude y omita ordenar «dolosamente» la suspensión del proceso y citar al tercero que puede verse perjudicado.

Ello implica que si se comete un fraude en el proceso y el juez no lo advierte y en consecuencia no subsana el ilícito no se trata de un caso de fraude del juez por omisión y de igual manera, si el juez advierte el fraude en el proceso y por negligencia o culpa no lo corrige tampoco se puede alegar válidamente el fraude por omisión del juez, lo que en buena cuenta implica que el litigante deba probar dos cuestiones para acreditar el fraude por omisión del juez: i] el conocimiento del juez del fraude y ii] que «dolosamente», omita corregir el mismo.

III. Tercer presupuesto: Afectación al derecho al debido proceso

La afectación al derecho al debido proceso es un elemento natural y espontáneo del fraude procesal, ya que es antagónico concebir un debido proceso afectado por el fraude.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la interpretación de los art. 8 y 25 del Pacto de San José, ha indicado en el caso Jorge Carpio Nicolle que la existencia de fraude en el proceso viola de forma grave las debidas garantías que debe tener el mismo así como el derecho a un recurso judicial efectivo, ambos con categoría de derechos fundamentales de la persona [Corte IDH. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala].

Así, el fraude en la notificación judicial puede ser perpetrado con el objeto de privar del derecho de defensa del litigante o de igual manera, el fraude puede ser perpetrado con el objeto de privar de tutela efectiva al demandante cuando el juez maliciosamente rechaza la demanda;

de esta forma concluimos que, cuando un acto de fraude afecta al proceso judicial se produce, necesariamente, una afectación a las garantías del debido proceso. O en el sentido contrario, no puede existir un debido proceso ante la existencia de fraude.

Por tanto concluimos que los presupuestos del proceso de NCJF son I] un acto procesal que pone fin definitivamente al proceso [no necesariamente una sentencia], II] la existencia de un fraude dentro del proceso que es «descubierto» después de culminado definitivamente el mismo y III] la afectación al debido proceso como consecuencia del fraude.

LA UNIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN: NO MÁS DIFERENCIAS

Ana María Amado Mendoza

Introducción

La Constitución Política del Perú en su art. 6 establece la igualdad de categorías de filiación respecto de los hijos. «Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes» no se debe hacer diferenciación entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, más aún que ha aceptado que la única fuente generadora de la familia no es el matrimonio, sino también las uniones de hecho.

Sin embargo, si revisamos la legislación civil encontramos contradicción con la norma constitucional, en cuanto al establecimiento de la filiación ya que los hijos nacidos dentro del matrimonio tienen un tratamiento distinto de los que son producto de las uniones de hecho, ello en razón que no se encuentran amparados por la presunción de la paternidad. Entendible hasta cierto punto teniendo en cuenta que el Código Civil de 1984 está bajo el amparo de la Constitución de 1979, en la que se protegía al matrimonio, considerado como la única forma de conformar una familia. Esta presunción establece la principal diferencia en el tratamiento de la filiación matrimonial y no matrimonial, la misma que se encuentra en la aplicación de la presunción pater est en el caso de los hijos matrimoniales, quienes se tienen por hijos del marido, salvo que la madre declare lo contrario, mientras que los no matrimoniales, deben esperar el reconocimiento voluntario o judicial de su padre.

Es momento de cambios que favorezcan a los menores y el derecho a la identidad.

Método

Se aplica el método exegético sistemático, que nos permitirá contextualizar la norma del Derecho de Familia a la luz de los derechos constitucionales y derechos humanos lo que va a permitir establecer la contradicción entre la norma civil y la Constitucional y la limitación de los derechos del niño en cuanto a la filiación.

Discusión

La filiación está relacionada con los principios de: *favor veritatis*, *favor legitimitatis*, *favor filii*, los mismos que a la fecha guardan la misma relevancia que en sus orígenes, sin embargo, por la orientación en la protección de los derechos del menor, podemos decir que la ponderación ha variado, ya que predomina el derecho a la identidad y a conocer su origen biológico, es decir el *favor veritatis*, el mismo que se ha reforzado inicialmente con la permisividad de la investigación judicial de la paternidad, y más adelante, con la existencia de pruebas biológicas para la determinación de la paternidad, como es el caso del ADN. Claro está que existen excepciones a dicho principio, como es el caso de la utilización de las TERAS heterólogas, en el que prima el derecho a la intimidad del donante, claro está que a la fecha siguen los cuestionamientos en cuanto a la regulación de éstas técnicas, pero ello no constituye disertación de este trabajo.

El principio biológico se sustenta en la verdad biológica: transferencia de genes entre progenitores y generados, *favor veritatis*. Utiliza el presupuesto biológico o genético de la filiación, dejando de lado el aspecto social. El sistema legal tiende a ello, favoreciendo la determinación de la filiación conforme a la realidad biológica. Se sustenta en el vínculo biológico, el ADN. [Varsi Rospigliosi, 2018]

El principio *favor veritatis*, se encuentra contenido en el art. 2 inciso 1 de la Constitución:

Art. 2°.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Es considerado por el art. 8 de la Convención de los Niños,

Art. 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño y preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias lícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente a su identidad.

El derecho a la identidad considera dos dimensiones una dimensión estática y una dinámica. La primera integrada por todos aquellos elementos que distinguen al sujeto en un plano físico o corporal y que son en principio inmutables, a saber, huellas dactilares, señales antropométricas, constitución genética, etc. La identidad dinámica por su parte, es cambiante, pues el ser humano es mutable por naturaleza con el transcurso del tiempo. De allí que esta incluya el perfil social del sujeto, aquellos rasgos que forman parte de su historia y esencia, caracterizándolo en lo político. Para algunos este elemento dinámico es lo que configura realmente el derecho a la identidad, excluyendo así la parte estática, a fin de no confundirla con otros derechos o atributos [Fernández Sessarego, Daño a la identidad Personal, 1997]

En el caso de la identidad estática, se ha establecido la importancia de la filiación biológica a través de la prueba de ADN, que permite establecer con certeza la paternidad de los niños y siguiendo el contenido de los Arts. 7.1 8.1 9.1 y 20 de la Convención de los Derechos de los Niños, coincidimos en que debe priorizarse la familia biológica, ya que permite establecer claramente la filiación del menor, teniendo en cuenta que a partir de ésta se van a hacer efectivos todos los derechos y deberes tanto de padres a hijos como de hijos a padres en su momento.

La determinación de la filiación consiste en su establecimiento jurídico con adecuación a su fundamento natural: la procreación. Ésta es el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial. Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico [filiación sin procreación: adopción]; existir hecho biológico y no filiación [procreación sin filiación: expósitos] o no existir una procreación y una filiación por establecerse [reproducción asistida y filiación indeterminada]. [Varsi

Rospigliosi, 2018]

Si bien es cierto nuestra jurisprudencia ha destacado la importancia de la identidad dinámica, a través de la casación 950-2016 de Arequipa, sobre impugnación de paternidad, en la que en palabras de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema: La menor se encuentra identificada con su padre y sus hermanos, en una dinámica familiar adecuada con muestras de afecto e identificada en su entorno social con su apellido paterno «Medina», configurándose de esta forma la identidad dinámica de la menor, consagrada en el art. 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú. En consecuencia, las instancias de mérito han infringido dicho derecho al no hacer prevalecer la identidad dinámica y el interés superior del niño sobre la identidad estática [Impugnación de Paternidad, 2018], no coincidimos con la opinión, en cuanto debe prevalecer el derecho del niño a conocer su origen biológico.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], «el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso». Si bien el mismo no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana de Derechos Humanos, la CIDH tiene dicho que la violación a tal derecho debe interpretarse a la luz del *corpus iuris* internacional. [Muñoz Genestoux, 2018]

No hay otra forma de individualizar a la persona que estableciendo con claridad cuál es su origen biológico, identificando a sus progenitores.

Al respecto la CIDH se ha manifestado en casos como el Caso Contreras y otros Vs El Salvador en el que en su considerando 89 señala la importancia de la identidad biológica de los niños a fin de proteger el vínculo respecto de su familia, lo cual le permite su identificación plena y hacer efectivo tan importante derecho como es el de la identidad considerando 110 [Caso Contreras y otros vs. El Salvador, 2011]

Por otro lado en el caso Fornerón vs. Argentina la Corte IDH señala lo siguiente en su considerando 113: [...] Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de

la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad[...] [Fornerón vs Argentina, 2012].

En dicha sentencia se otorga importancia al derecho a la identidad biológica, en un contexto de solicitar la tenencia por el padre biológico de una menor entregada en adopción por la madre, dando prevalencia a la prueba de ADN que era positiva para el padre y el hecho que la menor debe permanecer con su familia de origen, que no es otra que su familia biológica.

Podemos afirmar que el articulado de nuestro Código Civil está orientado hacia la protección del principio favor legitimitatis, ya que aún se encuentra en vigencia la presunción de la paternidad de los hijos nacidos en el curso del matrimonio.

De bases romanas: *mater semper certa est pater is est quem nuptiae demonstrant*, el mismo que se encuentra basado en la absoluta fidelidad que debe la mujer al varón y la relación de tipo monogámica.

Se había considerado filiación legítima la procedente de personas que al tiempo de la concepción estuvieran casadas entre sí. Del matrimonio se derivaba una presunción [*pater is est quem nuptiae demonstrant*], que se arbitraba con unos plazos adecuados [180 días tras el matrimonio y 300 tras su disolución o separación], sin prueba en contrario, salvo la imposibilidad física de la cohabitación [antiguo art. 108 CC, derogado en 1981]. La filiación ilegítima era la procedente de quienes al tiempo de la concepción no estaban casados. [De Castro Vítors, 2018]

Si entendemos la presunción como el «Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado» [RAE, 2018] en el caso del establecimiento de la filiación debe tratarse de una presunción basada en hechos que permitan sustentarla, como es el caso del matrimonio y el deber de fidelidad, que otorguen seguridad a las relaciones familiares. Se debe considerar que los inicios de la historia de la familia se encuentra marcada por el establecimiento del derecho hereditario. La libertad sexual de los varones

y la sumisión de las mujeres dio lugar a que éstas cayeran en el adulterio el que coexistió con la monogamia, por lo que el Código Napoleónico estableció la presunción *pater est*, basando la paternidad en un convencionalismo social, cuyo objetivo primordial es proteger los derechos de los hijos legítimos,

Dicha presunción tiene su origen en el DIGESTO [libro II, título IV, ley 5], que reza: *Pater est is quem justae nuptiae demonstrant*, padre es el que se demuestra con las nupcias; sin embargo, la presunción de paternidad antes referida se encontraba sujeta a dos limitaciones, que «sólo se considera procreado dentro del matrimonio al hijo que nazca después de los ciento ochenta y dos días de celebrad el matrimonio y antes de los trescientos de su disolución

La situación jurídico social en la que se basa la presunción *pater est* responde a la familia fundada en el matrimonio, la única que tenía validez y generaba efectos jurídicos, de tipo monogámica, por lo que se exigía la absoluta fidelidad de la mujer hacia el varón, haciendo posible la aplicación de este principio sin limitación alguna.

Para las mujeres, la defensa del honor estaba vinculada con la conducta sexual y difería según se tratara de una mujer soltera o casada. Para las solteras, una conducta honorable significaba la permanencia en la castidad; para las casadas, la fidelidad y una vida de recogimiento eran las virtudes que salvaguardaban el honor de una esposa.

Era el sentir de la mayoría de los teólogos morales, que la honra de la familia, de su marido sólo dependía de la mujer. Por ese motivo, los hombres debían proteger el honor de sus mujeres en el hogar, puesto que el suyo propio estaba en juego si ellas flaqueaban.

Esta responsabilidad asignada a la mujer en la defensa del orden familiar aumentó su sometimiento y reforzó la autoridad patriarcal, se entendía que el hombre era quien debía guiar su camino, ya que la mujer era considerada un ser proclive al pecado y a las malas decisiones.

El estado matrimonial sería descrito como un estado decente, al que además se acogía la mayor parte de la población, cuya máxima finalidad era la de asegurar la descendencia y frenar el impulso sexual que quedó en el hombre y, sobre todo, en la mujer, como castigo tras la expulsión del Paraíso.

Los diversos tratados que se escribieron acerca de la mujer, estaban dirigidos a la creación de un arquetipo ideal caracterizado por una mujer callada y virtuosa, obediente y casada. Este modelo de organización social, estrictamente jerarquizado, inflexible y patriarcal, en el que la debilidad achacada a las mujeres, sirve como pretexto para la creación de una serie de arquetipos que perpetúan su papel desigual respecto a los hombres; desigualdad que, en el ámbito matrimonial, cobra un destacado protagonismo, así como su supuesta inferioridad física, moral e intelectual; aspectos que provocarían su reclusión en el ámbito privado y doméstico, y la necesidad de un tutelaje masculino. Esta tutela se manifestará como permanente en la vida de las mujeres, ya que si para muchas, el matrimonio constituía una manera de escapar a la tutela paterna, pronto debían percatarse de que habían pasado a estar bajo la tutela del marido; y ni siquiera la viudedad les ofrecía una cierta libertad en este sentido, ya que la tutela pasaba entonces al hijo mayor o a cualquier otro varón de la familia. Las mujeres, en definitiva, se encontraban permanentemente sujetas a la figura del hombre.

Así las cosas, es evidente que la presunción de paternidad tenía asidero no sólo jurídico sino social, lo cual permitía un adecuado establecimiento de la filiación de los hijos nacidos en el matrimonio, no había forma que se dudara de la paternidad de los mismos.

La mujer poco a poco se fue insertando en el ámbito social y laboral, lo que cambió su status en todos los niveles, lo que le ha permitido que tome sus propias decisiones. Ya no es considerada el ser débil

Frente a éstas consideraciones, existía el impedimento de realizar la investigación judicial de la paternidad. Podemos definir la investigación de la paternidad como la acción a través de la cuál establecemos la filiación de un menor, cuando ésta se encuentra en duda y que de hecho por la trascendencia social ha tenido diversas limitaciones en el discurrir del tiempo. Inspirados en el Código Civil Francés, nuestra legislación optó por la prohibición de la investigación judicial de la paternidad, basada en el fundamento de la honra y tranquilidad de la familia, sobre todo del marido, teniendo en cuenta que a éste se le permitía mantener relaciones sexuales con las mujeres que considere, por lo que alguna de ellas podía quedar embarazada,

sin embargo no había lugar a solicitar un reconocimiento al tratarse un hijo ilegítimo adulterino.

Dicha situación dio lugar a la distinción de categorías de filiación que fueron base para las distinciones actuales, por cuanto los hijos legítimos al nacer en el seno del matrimonio, tenían la filiación asegurada, en el caso de los hijos ilegítimos se presentaba el problema, ya que no podían ser reconocidos voluntariamente ni a través de un proceso judicial, es cierto que con el Código Civil de 1936 se atenuó la diferencia y el Código de 1984 la mantuvo con un «halo» de igualdad, pero con la diferencia de fondo «filiación matrimonial y no matrimonial».

En cuanto al principio Favor Fili, que enmarca la protección a los niños en lo que les sea lo más favorable, en un marco legal internacional en la Convención de los Niños en su art. 2.1 y 2.1. y a nivel nacional en el Código de los niños y adolescentes en su art. IX del título preliminar.

Esta protección encuentra su asidero en el principio del interés superior del niño.

El principio del interés superior del niño[a] hace referencia a que a los niños[as] se les debe otorgar un trato preferente en todos los aspectos, acorde con su caracterización jurídica de sujetos de especial protección. Ahora bien, a raíz de los conflictos jurídicos que se crean cuando se pretende aplicar el principio del interés superior del niño[a], es que se hace necesaria una ponderación entre el derecho a la familia y cualquier otra situación jurídica que se encuentre en contraposición, en donde, por supuesto, debe primar el derecho del niño[a] [Pradilla Rivera, 2011]

El principio del interés superior del niño debe ser considerado en todos los ámbitos, teniendo en cuenta las diversas amenazas a que están expuestos los menores y en el caso en particular el tener una filiación establecida de manera fehaciente, no sometida a «presunciones», la misma que sirve de punto de partida para otros derechos elementales como el de tener una familia, un nombre. Si bien es cierto el niño se encuentra en una situación de protección integral y es sujeto de derechos, para hacerlos efectivos requiere de la asistencia de los adultos. Por ello se destaca la importancia de la intervención del Estado y de la familia:

«De acuerdo con lo expresamente señalado en el art.

19 de la Convención Americana, el Tribunal ha resaltado que la protección respecto a los niños, niñas y adolescentes vincula no sólo al Estado sino también a la familia y a la sociedad. Así, por ejemplo, ha indicado que «[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas». Es importante que tratándose de NNA, la Convención haya hecho esta precisión de manera expresa en cuanto al deber de protección que vincula a la familia y a la sociedad. Si bien resulta implícito que no sólo el Estado está obligado a respetar los derechos de los individuos bajo su jurisdicción, el que el art. 19 de la Convención señale que este deber trasciende la esfera estatal constituye un mensaje en cuanto a la especial protección que aquellos ameritan desde las primeras etapas de su vida y respecto de todos los que conforman su entorno». [Ibañez Rivas, 2018]

Sobre el art. 19, la Corte consideró que se refiere a la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su condición de tal, la cual irradia sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad. Al respecto, la Corte resaltó que se trata de la única norma que consagra una obligación no solo para el Estado, sino también para la sociedad y la familia. Por ello, las medidas de protección que el niño requiera por su condición de tal y sean adoptadas por el Estado, pueden ser, por sí solas, insuficientes y deban, en consecuencia, ser complementarias a las que deban adoptar la sociedad y la familia. [Humanos, 2018]

El principio del interés superior del niño es regulado por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 y luego en la Convención sobre los Derechos del Niño e incorporado en el Código de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Art. 3 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de

él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Si consideramos las prerrogativas del art. en mención, es evidente que el Estado debe buscar las formas de garantizar el cumplimiento de la protección al Derecho la Identidad de los menores, de hecho hay cambios que así lo reflejarían, como es el caso del procesos de filiación extramatrimonial y las modificatorias referidas a la impugnación de la paternidad, pero el mantener la vigencia de una presunción en el Código Civil, hace que tengamos que recurrir a procesos, que encima son de conocimiento para establecer una adecuada filiación, cuando tenemos de por medio las pruebas biológicas que no dejan lugar a dudas y que permiten un establecimiento de la filiación en la que no quepan cuestionamientos, que sólo hacen que derechos de los menores puedan ser vulnerados, al generar vínculos basados en presunciones.

Normas tales como el art. 396 del Código Civil peruano dispone que: «El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido impugne la paternidad y obtenga sentencia favorable», lo que implica entonces que la ley privilegia la presunción de paternidad matrimonial a pesar de que la realidad diga que existe más bien una paternidad extramatrimonial. Ello es una consecuencia lógica de lo prescrito por el mismo Código de 1984, para el cual todo hijo habido durante el matrimonio se presume que es del marido [art. 361] y solo éste puede cuestionar la paternidad [art. 363], presumiéndose que es matrimonial aun cuando la esposa declare que no es de él o incurra en adulterio [art. 362]; existiendo, además, un estrecho tiempo de 90 días para contestar la paternidad [art. 364], sólo demuestran nuestra desfasada regulación en cuanto al tema de filiación y la regulación efectiva del derecho a la identidad de los niños y niñas.

Toda persona tiene derecho a su identidad, derecho establecido en nuestra Constitución en el inciso 1 del art.

2 de la Constitución, pudiendo definirse la identidad personal, «todo aquello que hace que cada cual sea «uno mismo» y «no otro» [Fernández Sessarego]

Resulta comprensible que, dado que el art. señalado se redactó cuando no era posible técnicamente establecer la filiación precisa, se hiciera valer la presunción de que un hijo habido durante el matrimonio era hijo de éste. Otra redacción de la norma habría derivado en una gran inseguridad para el niño o niña en el caso de que ambos hombres estuvieran en posibilidad de ser los padres, ya que hubiera sido prácticamente imposible establecer la filiación. Hoy el panorama es radicalmente distinto, pues los avances en materia de genética permiten determinar la paternidad sin lugar a dudas. [Gonzales Contró, 2018]

En este punto debemos recordar, que si bien es cierto la familia que protege el Código Civil de 1984, vigente aún, es aquella basada en el matrimonio, a la fecha la Constitución de 1993 y el Tribunal Constitucional en diversos fallos ha reconocido y otorgado protección a las familias que provienen de las uniones de hecho, así como la igualdad de categorías de filiación, norma que estaría siendo vulnerada ya que los hijos nacidos en matrimonio tendrían un trato distinto a los que han nacido en uniones de hecho en cuanto a la filiación se trata, ya que en el caso de los primeros la tendrían asegurada sólo por el hecho que sus padres contrajeron matrimonio y en el segundo deben esperar a la voluntad de reconocimiento o en todo caso deberán iniciar un proceso de reconocimiento para hacer efectivos sus derechos. Evidente situación de discriminación, por el mantenimiento de una norma basada en principios, situaciones sociales y familiares que ya han perdido vigencia en el tiempo.

Es evidente que en la actualidad, con el uso de las pruebas biológicas, no hay asidero alguno en considerar que una presunción de paternidad pueda proteger el Derecho a la Identidad del menor.

Conclusión

Con mucho acierto se han producido modificatorias acerca del tema de la impugnación de la paternidad y es que hablar de una presunción de paternidad en el siglo XXI sale totalmente fuera de contexto, considerando que podemos tener la certeza de ello a través de pruebas científicas.

cas y hacer efectivos derechos de los menores y la responsabilidad de los padres de asumir a un hijo como suyo y sobretodo de la madre de tener la certeza de la paternidad de su hijo.

La legislación debe ser coherente. Si la Constitución reconoce el matrimonio y las uniones de hecho como formas generadoras de familia y establece la igualdad de los hijos ello debe evidenciarse. Se debe dar prioridad a la verdad biológica y dejar de lado las presunciones que en su momento fueron fundamento del llamado «favor legitimitatis».

Para ello se hace necesario una filiación única en la que el padre realice un reconocimiento voluntario o judicial, no considerando la relación entre los padres, es decir si es matrimonial o extramatrimonial y que la madre pueda señalar al padre de sus hijos, situación que puede ser corroborada a través de la prueba de ADN. Ya no más presunciones, y atribuciones erróneas al varón, a fin de establecer la filiación.

Bibliografía

Caso Contreras y otros vs. El Salvador [Corte Interamericana de Derechos Humanos 11 de agosto de 2011].

De Castro Vítores, G. [25 de septiembre de 2018]. Universidad de Valladolid. Obtenido de <http://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/5637/1/Dc4.%20Tema.%20Filiacion.%202003.pdf>

Fernández Sessarego, C., *Daño a la identidad Personal*, Themis, 1997, pp 245-272.

Fornerón vs Argentina [Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de abril de 2012].

Gonzales Contró, M., *Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México*, [27 de septiembre de 2018]. Obtenido de Scielo: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332011000100004

Humanos, C. I. [12 de octubre de 2018]. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin1spa.pdf>

Ibañez Rivas, J., *Los derechos de los niños, niñas*, [12 de octubre de 2018]. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25555.pdf>

Impugnación de Paternidad, 950-2016 [Sala ci-

vil Permanente de la Corte Suprema 12 de octubre de 2018]. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6251ed80427edec28b819febdcad219d/Bolet%C3%ADn+N%C2%B0+56-2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6251ed80427edec28b819febdcad219d>

Muñoz Genestoux, R., *El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con doante anónimo*, [12 de octubre de 2018], Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100011

Pradilla Rivera, S., *Aplicación del inetrés superior del niño como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y no ser separado de ella. Estudios socio jurídicos*, pp. 329-348 [12 de octubre de 2011]. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/733/73318918011.pdf>

RAE. [25 de septiembre de 2018]. Real Academia de Lengua Española. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=U7ZEVjW>

Varsi Rospigliosi, E., Scielo, [08 de octubre de 2018]. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00006.pdf>

**DE LA TRATA, LA TRATANTE Y LA TRATADA.
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA TRATA DE
PERSONAS EN EL PERU**

Maria Eugenia Neyra Surco

Resumen

Observar la trata de personas no solamente como un delito sino como una problemática que se encuentra dentro de un contexto histórico, social, económico y cultural es un gran paso a efectos de prevenir su comisión; en el presente ensayo precisamente se pretende comprender la trata de personas en el Perú, desde tres ejes: la sanción del delito, la protección de la víctima y la prevención, considerando el respeto de los derechos humanos, un enfoque de género y de niñez y adolescencia, apostando por una búsqueda de prevención y protección más que de sanción; todo esto desde una perspectiva integral de la trata de personas.

Palabras clave

Trata de personas, explotación, Protocolo de Palermo, víctimas indirectas, principio de legalidad.

Abstract.

Studying human trafficking not only as a crime but as a problem that is found within a historical, social, economic and cultural context is a big step in order to prevent its commission; In this essay, the aim is precisely to understand human trafficking in Peru, from three axes: the punishment of crime, the protection of the victim and prevention, considering respect for human rights, a gender and childhood and adolescence, betting on a search for prevention and protection rather than punishment; all this from a comprehensive perspective of trafficking in persons.

Keywords

Trafficking in persons, exploitation, Palermo Protocol, indirect victims, principle of legality

Sumario

Resumen. Sumario. Introducción. 1. Alcances históricos relacionados a la trata de personas en el Perú. 1.1. La fiebre del caucho. 1.2. Otro asunto fue la época del guano. 1.3. También los culíes chinos. 1.4.-Los tiempos de la minería y la tala indiscriminada. 2. Marco jurídico del delito de trata de personas. 3. Del tipo penal de la trata de personas en el Perú. 4. De la atención a las víctimas de la trata en el Perú. 5. Enfoques relacionados a la trata de personas. 5.1. Un enfoque de derechos humanos. 5.2. Un enfoque de género. 5.2. Un enfoque de niñez y adolescencia. 6. De los perfiles penitenciarios. 7. De la trata en madre de dios: una historia de trata. Conclusiones. Referencias.

Desarrollo temático

«No es posible romper el ciclo de la trata de personas sin prestar atención a los derechos y las necesidades de las víctimas».

«Directriz núm. 6 del documento «principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas»

Introducción

Del delito de trata de personas, es consabido por muchos que está inexorablemente reprimido y sancionado, no sólo por el Estado peruano, sino también por todos los estados comprometidos en garantizar los derechos humanos, también lo es que hay diversas herramientas tanto a nivel internacional como nacional que ponen énfasis en lo relacionado a la sanción de este delito, tan es así que el tipo penal peruano ha sido modificado y seguramente lo seguirá siendo, amén, siguiendo las prescripciones de incommensurables documentos base como el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional, mejor conocido como el Protocolo de Palermo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc.

El protocolo de Palermo establece una definición de la trata de personas que ha sido asumida por muchos países, dada la complejidad de la trata de personas esta definición es bastante amplia y en algunos aspectos ambigua,

que tendría que ser interpretada de forma conjunta con otros instrumentos internacionales; este Protocolo también establece la implementación que deben realizar los países para la protección de las víctimas de la trata de personas. Dentro de este contexto, en el presente art. se analizará la trata de personas en el Perú, desde tres ejes: la sanción del delito, la protección de la víctima y la prevención, considerando el respeto de los derechos humanos, un enfoque de género y de niñez y adolescencia, apostando por una búsqueda de prevención y protección más que de sanción; todo esto desde una perspectiva histórica e integral de la trata de personas como una problemática y no meramente como un delito, asimismo se planteará una reflexión que propone una visión humanista de la trata de personas en Madre de Dios, en el Perú.

1. Alcances históricos relacionados a la trata de personas en el Perú

La explotación del hombre por el hombre ha sido un tópico recurrente en la historia de la humanidad, desde el comercio de esclavos que era aceptado socialmente o la conocida trata de «blancas» que en su tiempo significó la prohibición solo de la trata de personas de color de piel blanco, o tráfico de «culies» que estaba relacionada al tráfico de personas asiáticas, en fin, esta explotación del hombre por el hombre es tan remota que no bastaría un libro para exponerla, lo que se pretende en el presente apartado es plantear que a pesar de las diferencias de la trata de personas, como concepto actual y los antecedentes de ésta, siempre ha existido un elemento común: la explotación del hombre por el hombre, además de su relación a otras actividades de explotación y extracción, por ejemplo en el Perú, la tala indiscriminada, la extracción del caucho, del guano, de la castaña, la minería informal e ilegal, etc., esta visión permitirá reconocer un panorama de la trata, no solamente como un delito sino como una problemática, frente a la cual corresponde actuar sobre todo vía prevención y protección.

1.1. La fiebre del caucho

La «fiebre del caucho», considerado el período de mayor demanda y comercialización del caucho en Europa y Estados Unidos en el siglo XIX, tuvo graves consecuencias económicas y sociales en el Amazonas, en América un claro ejemplo es lo acontecido en Putumayo:

«El Libro Azul Británico contiene una traducción completa al español de la carpeta oficial con cincuenta cartas –que van de 1910 al 1912– del servicio diplomático británico sobre las crueldades cometidas en el Putumayo por los agentes de la compañía cauchera británica Peruvian Amazon Company [PAC] y su predecesora, la Arana Hermanos.» [Boletín temático Servindi, N° 67, 2012, p.2] Esta fiebre del caucho ya había empezado algunas décadas atrás, cuando en el Brasil se inició de forma sistemática la explotación del látex de *Hevea brasiliensis*, esto debido a la creciente demanda de caucho natural por parte de grandes industrias de Estados Unidos, Inglaterra, Francia y otros países europeos, en el Perú, en el alto Amazonas, la población de Iquitos se consolidó como el centro de los negocios del caucho. La necesidad de la explotación de este material implicaba la necesidad de mano de obra para poder trabajarla, por tanto se requirió la mano de obra de muchos indios, ahora con relación a la población, téngase presente que un censo del año 1849 [Pineda, Roberto, 2003], estimaba la población de 242 personas «racionales» [funcionarios, comerciantes y colonos], 16.549 de indios «civilizados» [influidos por las misiones católicas], y una gran cantidad de «salvajes», «antropófagos» e «irracionales», grupos que vagaban por el bosque y cuyo número se desconocía, lo cual evidencia las distinciones que ya existían entre las personas y, como consecuencia, mayor propensión al abuso hacia un determinado grupo «inferior».

1.2. Otro asunto fue la época del guano

Mucho se habla de la explotación del guano en el Perú, de los aspectos políticos y económicos, pero se han olvidado sus consecuencias con relación a la mano de obra, un claro ejemplo del abuso del hombre por el hombre con relación a la explotación del guano en el Perú se resume en la frase de un periodista norteamericano que se cita en *Los trabajadores guaneros del Perú. 1840-1879* [Mendez, Cecilia.9, Lima, 1987].

«[...]todos generalmente han oído hablar de las virtudes fertilizantes del huano [...], y los comerciantes, y los navegantes y traficantes saben que es un art. sobremanera lucrativo de comercio; mas pocos probablemente están dado a saber que la adquisición de este abono , que fertiliza tierras y llena las arcas de nuestros negociantes

, acumula inmenso males y padecimientos sobre una porción de nuestros prójimos, cuya relación se calificaría de imaginaria, si no estuviese atestiguada por personas fidedignas» [Ibidem, p.41.]

En la primera década [40] de explotación del guano, cuando el Gobierno peruano autoriza la explotación del abono en las islas Chincha, son los propios comercializadores en el exterior a quienes se les delega las labores de extracción, y estos, por la distancia, subcontrataban los servicios; ya en 1849, con mayor demanda del abono en el exterior, el Estado firma un contrato de carguío del guano con Domingo Elías; Cecilia Méndez explica que a partir de ese momento la industria del guano participo de las conductas que incluso ahora se consideran para el tipo penal de la trata: «los más diversos sistemas coercitivos de captación y retención de mano de obra empleo de esclavos hasta 1854, de trabajadores chinos entre los cincuenta y de ambos a finales de los setenta [también común al sector agrario costeño] y la concurrencia de presidiarios [a quienes se empleó también en la construcción de vías férreas y diversas obras públicas]. Se sumaban eventualmente a ellos sujetos reclutados como vagos y desertores del ejército» [Ibidem, p.46.] [Subrayado agregado].

1.3. También los culíes chinos

En el siglo XIX, en vista de la falta de mano para la actividad agrícola, el propietario prefirió la importación de «culíes» frente al empleo de los trabajadores locales, Cecilia Méndez explica que la importación de mano de obra entre 1849 y 1874 trajo consigo el ingreso de cien mil chinos en el Perú, quienes aunque formalmente ingresaron con contratos en realidad se trataba de una esclavitud disfrazada.

1.4. Los tiempos de la minería y la tala indiscriminada

Actualmente la actividad en auge, probablemente debido a la elevación del precio del oro a nivel internacional, sea la minería informal e ilegal, entiéndase que en Latinoamérica el Perú ocupa el primer lugar en la producción de oro [Dammert, A., Molinelli, F. Panorama de la minería en el Perú, 2007, p.10.] -- el precio del gramo de oro a nivel internacional al 100% es de 34.93 [€/gr], y el precio en lugares como Madre de Dios ronda entre 100 y 130

soles el gramo--, esto obliga en primer lugar a observar a la trata de personas, no como un delito, sino como una problemática que está relacionada a aspectos sociales, políticos, económicos que traen consigo gravísimas consecuencias, y en segundo lugar, que dichas consecuencias afectan a la víctimas, a quienes les correspondería, más allá de la sanción del delito, una adecuada reparación, protección y rehabilitación, es más, el alcance de esto no sólo debería dirigirse a los agraviados de este delito sino a las víctimas en su totalidad, niños, niñas y adolescentes, personas adultas mayores y con capacidades distintas, etc. quienes se encontrarían expuestos a peligros e inseguridad propios del lugar como la contaminación, los campamentos mineros, bares, centros nocturnos, asaltos a mano armada, etc.

2. Marco jurídico del delito de trata de personas

El marco del delito de trata de personas en el Perú se ha desarrollado sino satisfactoria al menos copiosamente, y como consecuencia existe una sanción drástica del delito, habiéndose modificado el tipo penal por última vez el 21 de octubre del 2014 mediante la Ley N° 30251, Ley que perfecciona el delito de trata de personas, adecuando los medios comisivos y fines al Protocolo de Palermo, en adelante Protocolo, asimismo, mediante Decreto legislativo 1323 se ha creado el delito de explotación sexual, esclavitud y otras formas de explotación y trabajo forzoso, mediante el cual se separa la mera explotación de la trata de personas; en principio este Protocolo define en su art. 3° a la trata de personas de la siguiente manera:

Es la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una personas que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las practicas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

La importancia del Protocolo también radica en que establece medidas que los Estados deben tomar a favor

de la víctima, a efectos de su protección, recuperación y asistencia, siendo estos los cambios resaltantes del mismo, además del establecimiento del tipo penal, es decir la sanción del delito de trata de personas.

El Perú y otros países han asimilado el Protocolo en varios aspectos, en base al cual se debe abordar la trata desde una perspectiva de derechos, asociando de manera transversal principios y enfoques en derechos humanos, generándose, en consecuencia diversos documentos a nivel nacional como Protocolos de atención del Ministerio público, del Ministerio de la mujer y poblaciones vulnerables, de la Policía Nacional del Perú, etc., mediante los cuales se pretende la prevención, protección, persecución del delito de trata de personas, debiendo tenerse en cuenta diversos convenios y tratados internacionales como como el Convenio 29 de la OIT relativo al trabajo forzoso y obligatorio, el Convenio 105 de la OIT relativo a la abolición del trabajo forzoso, el Pacto internacional de derechos económicos y sociales [28 abril de 1978], Pacto internacional de derechos civiles y políticos [28 de abril del 1978], Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer [13 de septiembre de 1982], Convención sobre los derechos del niño [4 de diciembre de 1990], Convenio 182 de la OIT relativo a las peores formas del trabajo infantil [10 de enero del 2002], Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de Niño relativo a las venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía [8 de mayo de 2002], el Estatuto de Roma de la Corte penal internacional [10 de noviembre del 2001], la Convención internacional sobre Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares [14 de septiembre del 2005], la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional [23 de enero del 2002], el Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad [30 de enero del 2008], la Convención Americana sobre Derechos Humanos [12 de julio del 1978], la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer [2 de abril del 1996], la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores [20 de abril de 2004].

3. Del tipo penal de la trata de personas en el Perú

En el Perú como en muchos países se ha trasladado

casi literalmente la definición ofrecida por el Protocolo de Palermo, en el siguiente tenor:

Art. 153°.-

1.- El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la Republica o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o practicas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

3.-La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.

4.-El consentimiento dado por la victima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídico cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.

5.-El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas.

Como se puede observar, en la redacción del tipo penal de trata de personas se considera la definición dada por el Protocolo, con ciertas diferencias como el añadir una conducta alternativa [retención], o añadir las modalidades de venta de niños, niñas y adolescentes, explotación laboral, mendicidad, aunque sigue considerando «otros tipos de explotación» [clausula abierta].

Dada la complejidad de la definición de la trata de personas se entiende la presencia de medios, conductas y fines, la pregunta es cuántas conductas, medios y fines con-

tiene dicho tipo penal, puesto que para que se configure el delito de trata de personas es necesaria la interrelación de estos elementos [no se considera casos de niños, niñas y adolescente donde no es necesario que se presente algún medio comisivo].

- La mayoría de los autores refieren que en la tipificación del art. 153° del Código penal peruano se identifican tres elementos básicos que caracterizan el tipo penal de la trata de personas [Geronimi, Eduardo, 2002, p. 20] [Montoya, Yvan, y otros, 2017, p. 102].

Como afirma Yvan Montoya, se configura un caso de trata cuando confluya cualquiera de los medios, conductas y finalidades, pero esto no significa «que la captación o el transporte sean elementos necesarios para la configuración del delito. En este sentido, si bien será usual que en la realidad [ámbito de la criminología] la trata de personas está asociada a la captación y el transporte, el tipo penal [ámbito del derecho] es aplicable a supuestos en los que esto puede no ocurrir o evidenciarse.» [Ibídem, p.86.], asimismo el Juez supremo Víctor Prado indica que la trata de personas es un tipo alternativo, se entiende entonces [omitiendo el inciso 3 del art. 153] que mínimamente se requiere la presencia de una conducta, un medio y un fin [conjunción] en un determinado espacio para que se configure el tipo penal de trata de personas, no siendo necesario por ejemplo que la captación o el transporte sean elementos concurrentes para que se configure el delito, resultando difícil un análisis combinatorio, esto sin considerar los medios y fines en mayúscula [cláusulas abiertas] porque si se considerasen estos ya se estaría hablando de infinitas posibilidades de combinación para tipificar el delito de trata; incluso si no se considerase estas cláusulas abiertas, el número sería colosal, porque no necesariamente sucede que se da una conducta, un medio y un fin, sino que pueden ser varias conductas, varios medios y fines [disyunción], por ejemplo A capta y traslada a B con engaños hacia Puerto Maldonado con la finalidad de explotarla sexualmente, encontramos dos conductas; por otro lado, en el caso de delito de trata de personas, Montoya y otros autores refieren que en el art. en análisis existe una remisión interpretativa implícita a los tratados [Montoya, Yvan, y otros, 2017, p.62], cuando se hace referencia a los tratados se puede entender a

todos de los cuales el Perú es un Estado parte y que ya se han mencionado anteriormente; frente a esto cabría preguntarse si el principio de legalidad, específicamente la reserva de ley se vulneraría al permitir al operador de justicia interpretar conceptos, algunos no tan claros, Montoya y otros concluyen que «el principio de legalidad se encuentra plenamente salvaguardado en la medida que, desde una perspectiva objetiva, lo prohibido [trata de personas] se encuentra descrito en el tipo penal y es cognoscible por el ciudadano» y que «el principio de legalidad penal no puede de ninguna manera ser usado por el operador de justicia como pretexto para no considerar lo dispuesto por los tratados internacionales, tanto más si lo que se pretende es asegurar la protección de los derechos humanos con criterio de observancia obligatoria para la interpretación de elementos normativos del tipo penal de trata de personas», frente a las conclusiones citadas no se encuentra premisa alguna que las sustenten, tan solo se justifica la posibilidad de acudir a tratados internacionales para atribuir significados a algún elemento normativo del tipo penal de trata, es más, si tan solo fuere válida dicha premisa se tiene que observar que hay bastantes convenciones, acuerdos internacionales que definirían una palabra de distinto modo. Yendo más allá, no se consideran las cláusulas abiertas que contendría el propio art., es decir, ya no estaríamos hablando de conceptos ambiguos de algún elemento sino de que el operador de justicia deberá interpretar analógicamente para la tipificación del delito, estas cláusulas abiertas que se encuentra subrayada en el cuadro realizado: «otras formas de coacción», «cualquier forma de explotación sexual», «prácticas análogas a la esclavitud», es decir al número colosal de distintas combinaciones de conductas, medios y fines, hay que reemplazarlo por una infinita combinación de configuraciones del tipo penal que, frente al principio de legalidad, específicamente de taxatividad o de la exigencia de la *lex certa*, sería una vulneración y, si bien es cierto que el Tribunal constitucional [Sentencia del TC de Exp. 10-2002-AI/TC, Fundamento jurídico 47] ha hecho referencia a estas cláusulas abiertas, afirmando que la certeza de la ley es compatible, en ocasiones, con cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y que el Tribunal Constitucional español refiere que «la exigencia de la «*lex certa*» no resulta vulnerada cuando el

legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada» [Sentencia 69/1989 del 20 de abril], es necesario que se realice un análisis a la norma en concreto a efectos de evaluar la posible afectación a dichos principios, para lo cual al momento de la redacción de dicho art. debe considerarse el respeto de los derechos humanos, de todos los seres humanos, interpretar el art. 153° a la luz de del principio pro homine, que también desarrolla Montoya, en materia de trata, quien refiere que debe aplicarse en favor de los derechos humanos, agrego que efectivamente se deben considerar los derechos de «todos los seres humanos», incluso el derecho de cada persona de conocer sin duda alguna qué conductas no debe realizar y cuál es su ámbito de libertad, exigencia de la lex certa, esto bajo una visión humanista y de respeto de los derechos fundamentales, considerando que la trata de personas más que un delito es una problemática que cuyos actores son personas que viven bajo violencia continuamente, viviendo dentro de un entorno que no ofrece la garantía del respeto de sus derechos; considerar la realidad histórica y social de nuestro país es un deber, lo mismo que reconocer que muchas personas procesadas por el delito de trata de personas, paradójicamente, en algún momento de su vida fueron víctimas de violencia o de trata.

4. De la atención a las víctimas de la trata en el Perú

En el Perú, se ha regulado la actuación de muchas instituciones, propagándose diversos protocolos de actuación por parte de las entidades responsables del cumplimiento de las acciones que han sido recogidas de manera integral en mayo del 2016, a través del «Protocolo Intersectorial para la Prevención y Persecución del Delito y la Protección, Atención y Reintegración de Víctimas de Trata de Personas» que divide distintos ejes de actuación con relación al delito de trata de personas como la prevención, protección, atención, reintegración de la víctima y la persecución del delito, tratando de tomar en cuenta lo reconocido por el Protocolo de Palermo, pero es preciso considerar que, con relación al delito de trata de personas

en el Perú, este conviene en una suerte de ciclo, dentro del cual, en muchos casos las víctimas terminan siendo agresores, es más, víctimas que ni siquiera comprenden su posición, probablemente menos comprendan la posición de agresor, y con la dureza con que se busca sancionar el delito, el Estado peruano estaría omitiendo algo muy importante, que la trata de personas no es solo un delito, pues implica la recuperación y rehabilitación de las víctimas, la concienciación de la sociedad, la protección de otros bienes jurídicos y comprender que las víctimas de trata de personas no son sólo los agraviados sino quienes sufren un daño colateral de este delito como su familia, como los niños, niñas y adolescentes que se encuentra inmersos dentro de esta situación; efectivamente se está adecuando el Protocolo de Palermo en nuestro país, hay muchos manuales, se están creando instituciones que apoyan a las víctimas de violencia contras las mujeres e integrantes del grupo familiar, se realizan actividades de promoción de la lucha contra la trata de personas, pero se nos está olvidando observar nuestro derredor, cómo es que la trata de personas se estaría generando y en base a esto crear políticas de prevención, toda vez que parte de la labor del Estado involucra el análisis de las causas estructurales de este delito, considerando que en nuestro país la trata internacional no es muy común, que la trata relacionada a otras actividades extractivas existe, especialmente la minería, tala de árboles, extracción de castaña, que en muchos casos las víctimas no se reconocen como tales, que muchas víctimas son revictimizadas y forzadas a buscar refugio en el único lugar que conocen y les da cierta seguridad [desde su punto de vista]; todo esto dentro de una sociedad que, en muchos casos, pretende buscar penas más draconianas y en el que la razón pierde la batalla frente a una avalancha de emociones, de las grandes multitudes, del enardecimiento de quienes creen que la solución está en el castigo y la venganza.

5. Enfoques relacionados a la trata de personas

5.1.-Un enfoque de derechos humanos

Un enfoque de derechos humanos es el eje principal de cualquier acción por parte del Estado, en el Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas [Montoya, Yvan, y otros, 2017, p. 71], se afirma que el

propósito de este enfoque es identificar y corregir las desigualdades estructurales que imposibilitan el progreso, a través de políticas públicas. En el caso de trata de personas, se aprecia que con este delito no solo se afecta del derecho fundamental a la libertad y dignidad, sino que la víctima arriesga otros derechos relativos a su seguridad personal, salud, educación, etc.; es así que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas necesarias orientadas a la investigación, persecución, sanción y prevención, con relación a este último es preciso resaltar que según en Manual ya citado involucra el análisis de las causas estructurales de este delito, cuya finalidad es evidente: poder establecer medidas eficientes y eficaces de prevención y protección de víctimas, esto que aún está por mejorarse por parte del Estado; finalmente este enfoque aplicado a la trata de personas implica reconocer que este fenómeno y las prácticas que lleva asociadas suponen una violación a los derechos humanos, por lo que la respuesta por parte del Estado no puede tener medidas que afecten los derechos de los seres humanos, y en el caso de trata, es preciso hacer referencia a todas las partes y al contexto en el que se desarrolla la trata de personas.

5.2. Un enfoque de género

El Consejo económico y social de las Naciones Unidas ha destacado la importancia de incluir una perspectiva de género de manera transversal, siendo una estrategia que busca hacer que las preocupaciones tanto de las mujeres como de los hombres, sean un elemento integrante en la elaboración, aplicación, supervisión y evaluación de las políticas que el Estado debe tomar a efectos de que la desigualdad sea eliminada, en el Manual se afirma que si bien es cierto que cualquier persona puede ser víctima de trata, lo cierto es que hay un sector que es más vulnerable: «[...] se ha evidenciado que el grupo más vulnerable lo ocupan fundamentalmente las mujeres, las y los niños, especialmente cuando se habla de explotación sexual, servidumbre y algunos sectores de explotación económica como el trabajo doméstico, el agrícola o las maquiladoras». Asimismo el Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos [ACNUDH] refiere que en los casos de trata de mujeres y niñas sometidas a violencia sexual, el Estado debe considerar algunos aspectos:

- Riesgos potenciales del daño psicológico.

-Estigma.

-Exclusión comunitaria y familiar.

Precisamente en caso de víctimas mujeres de trata de personas, muchas mujeres son alejadas de su hogar, de su comunidad y se sienten estigmatizadas, en muchos casos son alejadas desde niñas, lo cual, por un lado permite cierto acostumbamiento a su situación, negando su situación de vulnerabilidad, y luego con el tiempo se encuentran apartadas ya de su vínculo familiar, quedando pocas opciones para salir de su encierro.

5.3. Un enfoque de niñez y adolescencia

Con relación a este enfoque, se encuentra reconocido por la Declaración internacional de los Derechos humanos, dentro de tantas obligaciones por parte del Estado es preciso mencionar la siguiente, que es ofrecida en el Manual de capacitación para operadores de justicia: «los niños víctimas de la trata no debe ser penalizados en modo alguno ni correo riesgo de ser procesados por cualesquiera delitos relacionados con su situación» [Montoya, Yvan, y otros, 2017, p.75], esta aseveración nos permite entender que por la edad, los niños, niñas y adolescentes se encuentran vulnerables frente a cualquier delito, pero con relación a la trata de personas se deben considerar otros aspectos psicológicos como el síndrome de indefensión o de acomodación, otro aspecto que no asoma aún en el debate es incluso que sucede con aquellos adolescentes que siendo víctimas de trata [han sido extraídas de su núcleo familiar y llevada a una zona de explotación] y son explotadas, llegan a la mayoría de edad y se quedan en su lugar de explotación por diversos factores [vergüenza, acomodación, etc.,] o incluso luego de ser rescatadas vuelven a su lugar de explotación continuando en sus mismas labores o como suele suceder en Madre de Dios «ascendiendo» a otros puestos que podrían ser sancionados, un ejemplo es el caso de las cajeras que participan del delito de trata, en este caso ¿es posible que su posición de víctima haya variado? se espera que esta interrogante se plantee de mejor manera en los siguientes apartados.

6. De los perfiles penitenciarios

El propósito del subtítulo es resaltar que en los perfiles de la víctima y del tratante, aunque no existe un perfil bien delimitado de las víctimas y de los tratantes,

la «trata de personas afecta mayormente a las mujeres y especialmente a las más jóvenes» [Consejo nacional de política criminal, 2015, P. 80] y de los datos de la Policía Nacional del Perú de los años 2009 y 2013 muestran un mayor porcentaje de presuntos autores del delito de trata de personas del sexo femenino [331 casos en 2012 frente 273 casos de presuntos autores varones], asimismo el «rango de edad del mayor porcentaje de condenados por trata de personas, se encuentra entre los 20 y 34 años y que el segmento específico que cuenta con mayor número de internos va desde de los 30 a 34 años» [Ibídem, p. 87.]; si los números asoman las palabras sobran, un peculiar e interesante estudio es la investigación realizada por el Ministerio de Justicia y derechos humanos [MINJUS] y la ONG CHS Alternativo [Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y ONG CHS Alternativo, 2017.], que estudia las características sociodemográficas que presenta la población penal por el delito de trata de personas en el Perú, y con relación al tema en debate concluye lo siguiente:

- Según el registro oficial , el 40.1% de internos por trata de personas es mujer.

- En algunos casos, se configurarían «tránsitos biográficos» de condición de víctima a victimaria.

- El 59% de reclusas declara que fue víctima de violencia en algún momento de su vida, la mitad de este porcentaje declara que fue víctima de trata o de explotación sexual, el 15% de violencia física y un 9% de explotación laboral.

- «se comprueba entonces la probabilidad de transiciones biográficas intrínsecas a redes de trata; en otras palabras, el transito biográfico de condición de víctima a condición de imputable» [Ibidem, p.67].

- Como prevención plantea que las Municipalidades tiene un rol importante y la importancia de prevención en adolescentes de etapa escolar.

Efectivamente, esta transición, llamado transito biográfico parece común en las víctimas del delito de trata de personas y debe ser considerado al momento de generar políticas de gobierno, junto a los enfoques de derecho humanos, de género y de niñez y adolescencia que ya se expusieron, tanto en la protección, prevención, persecu-

ción y sanción del delito, más aun, en momentos en los que la política demagógica hace su aparición acompañada de la emoción, clamando penas más duras, limitaciones a beneficio penitenciarios, modificaciones que apelan a la emoción más que a la razón, sin considerar que el derecho penal no es el único medio, para prevenir delitos, ni siquiera el más eficiente.

7. De la trata en Madre de Dios: Una historia de trata

Para hablar de la trata de personas en el Perú, arbitrariamente, podría hablar de la trata de personas en Madre de Dios, y no porque sea un lugar que conozca, sino porque la trata en el Perú implica sobretodo un tipo de trata nacional o interna; a través de una serie rutas en el interior del país, Madre de Dios se convierte en un foco de captación, transporte, acogida y retención, luego de que la víctima es captada llega a Mazuko, una pequeña localidad del distrito de Inambari, lugar de distribución hacia campamentos mineros en zonas permitidas [el lado izquierdo de la carretera Interoceánica] y zonas prohibidas [lado derecho de la Carretera interoceánica en zonas de amortiguamiento de las reservas naturales] [Sanz, T., 2015, Perú, p. 15.], muchas en Huepetuhe, Malinoswky, Laberinto, Delta 1, 2 y 3, y otros muchos dentro de la Pampa, la mayoría de estos, informales e ilegales. Pequeñas ciudadelas de polietileno, en muchos casos protegidas por la frondosidad de la selva y la peligrosidad de los ríos, cuyas habitaciones, ubicadas paralelamente forman una fila de servicios como farmacias, refrigerios, abarrotes, bares situados alrededor o cerca del lugar de extracción de mineral y cuyo ingreso estaría supeditado a las propias «autoridades» de cada zona.

Julia estuvo es uno de esas favelas andantes...

Julia ha salido a caminar antes de comenzar la audiencia y recuerda, diez años después de aquello, esas miradas de hombres que la volverían a encontrar cada noche, todas las noches, en uno de esos bares de polietileno, miradas que se tornan en besos y los besos en caricias, recuerda los tragos que tenía que beber hasta vomitar. Y ahora, también encerrada, los recuerdos de veinte horas de viaje en bus para llegar a Mazuko luego de despedirse de sus padres, con tan solo 11 años de edad, con esperanza de juntar algo de dinero en su viaje junto a su «padrino».

Diez años superviviendo casi un mismo encierro agotan su limitada existencia, no sabe con quién se ha quedado su hijo Dani, tal vez ya ni sea suyo, piensa; también solía caminar y recordar para olvidar el encierro, en varias ocasiones intentó tomar sus documentos y huir, la única forma de salir era en moto lineal y siempre la devolvían, el último intento fue el menos audaz y al mismo tiempo el que más dolor le causó por la enorme golpiza, pensó erróneamente, si se encontrara entre la vida y la muerte la llevarían a hospital y la dejarían por temor, luego comprendió, que entre a vida y la muerte, por esos lugares la gente siempre apostaba por lo segundo, su padrino así hizo, prueba de ello son los restos de esqueletos que están al otro lado del ya antiguo y explotado campamento, al que podía ir solamente junto a la mirada inquisitiva de uno de los maraqueros, entonces, recostada sobre la tierra que cubre otros como ella, recordaba la historia sobre unos elefantes de circo, estos nunca se escapan de sus cadenas, efectivamente, lo único que separa al elefante de su libertad es una pequeña cadena atada a una estaca incrustada en la tierra, pese a su gran peso y tamaño que lo haría capaz de tumbar un auto, el elefante sigue atado a sus cadenas, —¿Por qué razón no escaparían?, si alguna vez lo intentarían, lo lograrían, pensó. Cuando un elefante recién nacido es capturado, su opresor lo enjaula y le amarra cadenas incrustadas en concreto, así, después de tantos intentos de escapes, el elefante aprende que no es posible la fuga. Recién a los 17 años, con su hijo en brazos, ahora ambos resguardados en un albergue luego de un operativo de rescate, Julia sintió el mismo encierro y decidió que superaría a los elefantes, lo que significa que rompería todas sus cadenas, huiría, pero además saldría adelante y nadie más la sometería, ahora ella sería la jefa, fue entonces que, junto a Dani, desapareció en la espesura del monte e instaló lo que sería su nuevo hogar.

Julia ha salido a caminar y me saluda, ya es hora de su audiencia, ahora es llevada a la pequeña salita del penal y con marrocas en mano, mira a través de esos barrotes, —quizá mi padrino pudo haber estado sentado aquí, en el mismo lugar—, piensa mientras espera la sentencia final.

Sentada detrás de la reja, frente a esos hombres y mujeres serios y bien vestidos, escuchamos:

—Magistrado, solo queremos que se haga justicia, la

imputada ha reconocido los hechos, —señor juez, el delito de trata se ha configurado en todos sus extremos y con los medios probatorios actuados se acredita la comisión del delito, —señor juez, la agraviada de iniciales A.A.A.A. ha sido una víctima de muchas de la imputada y ésta merece la máxima pena, es preciso que se aplique la Ley.

—Julia ahora de 21 años, detrás de la reja, ya no del campamento o del albergue piensa en la Ley, si, quien está detrás de todo, también lo estuvo cuando metieron preso a su padrino, piensa en su hijo y en la Ley, ésta que ahora es quien la somete.

Por ahora, de la trata de personas en Madre de Dios, sólo tengo el recuerdo de miradas confundidas de quienes luego de ser víctimas, siguen encerradas, ya no en aquellos campamentos mineros, en bares, en albergues sino en una cárcel, esperando comprender dónde cambió su vida, guardo en la mente miradas borrosas de aquellas víctimas aún más indirectas, hijos de mineros, de cocineros, de víctimas de trata como Daniel, que forman parte de aquellas pequeñas favelas itinerantes que arrasan con nuestra naturaleza, y de las cadenas que aún no se rompen porque nadie sabe que existen y cuando en algunos casos se rompen, solo implica una libertad física, dejando de lado que para ser libres verdaderamente existe la necesidad de considerar el buen desarrollo del ser humano a través de otros derechos como la educación, la salud, el trabajo, etc..

En algún momento escuche a un investigador dar noticias apocalípticas con relación a la trata de personas en Madre de Dios, para lo cual tuvo un buen sustento, además frente a la continua interrogante de qué hacer frente a esto, atinó a responder:

—Nada, nuestra labor culmina con los resultados de la investigación.

En la respuesta estaría implícita una respuesta algo positiva, y es que es preciso que se investigue de forma seria la problemática posibilitando la adecuada organización de la información y con esto lograr tomar medidas que se adecuen a los hechos, al lugar, a la población, que se considere la situación de la víctima para que, en un futuro, no sea una procesada más y que se desarrollen políticas de prevención y protección a la víctima.

Ahora, de la trata de personas en el Perú, solo sé que, hay más de una muchacha como Julia y niños como Dani, muchos elefantes a quienes rescatar.

Conclusiones

I. Es necesario observar la trata de personas no solamente como un delito sino como una problemática que se encuentra dentro de un contexto histórico, social, económico y cultural.

II. La trata de personas, como explotación del hombre por el hombre siempre se ha encontrado relacionado a otras actividades de explotación como el guano, el caucho, etc. y actualmente se encuentra relacionada a otras actividades de explotación como la minería, la tala de árboles, extracción de castaña, especialmente en la zona de la selva peruana.

III. A través del protocolo de Palermo se establece la definición del delito de trata pero también establece que los países deben proponer medidas para la prevención del delito y para la protección de las víctimas de la trata de personas.

IV. El Perú así como otros países han copiado casi literalmente la definición de la trata de personas ofrecida por el protocolo de Palermo para establecer el tipo penal en sus legislaciones, siendo que el contenido tiene términos un tanto imprecisos y ambiguos, además de algunas cláusulas abiertas que atentarían contra el principio de legalidad.

V. Es importante que el tipo penal de trata se encuentre redactado sin contener cláusulas abiertas que puedan vulnerar el principio constitucional de legalidad, taxatividad y la exigencia de la lex certa, en el caso específico, incluso el derecho de cada persona de conocer sin duda alguna qué conductas no debe realizar y cuál es su ámbito de libertad, esto bajo una visión humanista y de respeto de los derechos fundamentales, considerando que la trata de personas más que un delito es una problemática que implica a personas que viven bajo violencia continuamente, dentro de un entorno que no ofrece la garantía del respeto de sus derechos.

VI. Algunas personas procesadas por el delito de trata de personas en el Perú, en algún momento de su vida fueron víctimas de violencia o de trata de personas, por tanto

se debe considerar esto a efectos de generar políticas de lucha contra la trata de personas, teniendo en cuenta su eficiente y eficaz recuperación a efecto de no caer en esta suerte de «transito biográfico».

VII. En trata de personas, en el Perú, es necesario comprender los enfoques establecidos por tratados internacionales, como el enfoque de derechos humanos, de género, y de niñez y adolescencia y aplicarlos en la prevención, protección de las víctimas, en la persecución y sanción del delito, reconociendo la existencia de ciertos factores de vulnerabilidad en caso de mujeres, niños, niñas y adolescentes.

VIII. Es necesario generar información de confianza y que contengan datos objetivos, a través de la investigación en el tema.

Bibliografía

Dammert, A., Molinelli, F. *Panorama de la minería en el Perú*, Lima, 2007.

Geronimi, Eduardo, *Perspectivas sobre migraciones laborales. Aspectos jurídico del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*, Ginebra, 2002.

Mendez, Cecilia, *Los trabajadores guaneros del Perú. 1840-1879*, Lima, 1987.

Montoya, Yvan, y otros, *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*, Lima, 2017.

Pineda, Roberto, *La casa Arana en el Putumayo. El caucho y el proceso esclavista*, Tomado de la revista *Credencial Historia*, Edición 160, Bogotá, Colombia, Abril del 2003.

Sanz, T., *Caracterización de las condiciones de trabajo forzoso en la minería de oro en Madre de Dios y una aproximación a los factores de riesgo*, Organización Internacional de trabajo, Lima, 2015.

P.s web

ACNUDH, *Derechos humanos y la trata de personas*, Folleto informativo 36, recuperado de http://www.ohchr.org/documents/publications/FS36_sp.pdf el día 01 de noviembre del 2016.

Boletín temático Servindi, núm. 67 Octubre de 2012, Lima, recuperado de <http://www.servindi.org> el día 17 de julio

del 2017.

Organización de los Estados americanos y organización internacional para las migraciones, Trata de personas: aspectos básicos, 2006, recuperado de: <http://www.oas.org/atip/reports/trata.aspectos.basicod.pdf> , el día 01 de noviembre del 2016.

Recuperado de <http://www.ministeriointerior.gob.ec/el-origen-de-la-trata-de-personas/>, el día 04 de octubre del 2017.

Jurisprudencia

Sentencia del TC de Exp. 10-2002-AI/TC

STC 69/1989

Diccionario

Diccionario virtual de la Real Academia de la Lengua Española.

EL CONTROL SUSTANCIAL DE LA ACUSACIÓN EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Carlos Enrique Montes de Oca Valencia

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo establecer la importancia del Control Sustancial de la acusación que es realizado por el Juez de Investigación Preparatoria cuando nos encontramos en la etapa intermedia del proceso común, y sostener que el Juez debe verificar en la Acusación Fiscal la existencia de hechos que se puedan subsumir en cada uno de los elementos del tipo penal y que se encuentren apoyados por los elementos de convicción que fueron reunidos por el Fiscal en la investigación, es decir, verificar la existencia de una imputación concreta del hecho punible.

No olvidemos que, cuando nos referimos al control judicial de la acusación, éste se presenta como un medio para evitar la arbitrariedad, parcialidad o ausencia de sustento de la misma, en especial en aquellos casos en los que el Fiscal ha actuado con cierto monopolio al formular la acusación, no olvidemos que a juzgamiento solo deben pasar aquellos casos que ameriten ser vistos en esta etapa, no cualquiera.

Entonces, analizaremos la trascendencia de la etapa intermedia, teniendo en cuenta que el éxito de los juicios orales, etapa principal del proceso común, se funda en una preparación conveniente, por tanto, es imprescindible que el órgano jurisdiccional cumpla su función como director de la etapa de control, habiéndonos dado cuenta que al momento de ejercer el control de la acusación, tan solo se hace uno formal más no uno sustancial.

Palabras clave

Control sustancial de la Acusación, en la Audiencia Preliminar.

Sumario

1. Introducción. 2. La Etapa intermedia en el Proceso Común. 3. La Acusación. 4. Tipos de Control de la Etapa Intermedia. 5. La Imputación Concreta.

1. Introducción

La etapa intermedia del proceso común, presenta una gran importancia para la adecuada realización del Juicio Oral, como para el resultado final del pleito. En efecto, el resultado final y normal de la etapa de juzgamiento es la dación de una sentencia, pero para ello se hace necesario que la etapa de investigación y la etapa intermedia sean llevadas a cabo en estricto cumplimiento a lo establecido en el Código Procesal Penal.

Bajo este orden de ideas, los que interviene en el desarrollo de estas etapas, deben desarrollar sus actos procesales de acuerdo a las funciones que en el Código Procesal Penal se han establecido y atribuido para cada etapa del proceso.

Ahora bien, la etapa que nos llama mucho la atención, para la realización del presente trabajo, es la etapa intermedia o también conocida como etapa de preparación del juicio, ya que es en este momento en donde el Juez de Investigación preparatoria [juez competente] efectúa el control del Requerimiento acusatorio, entonces debemos resaltar la trascendencia de la etapa intermedia, teniendo en cuenta que el éxito de los juicios orales, etapa principal del proceso común, se funda en una preparación conveniente, por tanto, es imprescindible que el órgano Jurisdiccional cumpla sus funciones como director de la etapa intermedia

Por lo expresado anteriormente resulta pertinente realizar un análisis con el objetivo de determinar la naturaleza jurídica de la fase intermedia en el proceso común, con la finalidad de determinar y comprender de mejor forma las atribuciones que corresponde en esta etapa a los intervinientes. Especialmente, para delinear la función del juez al momento de realizar el control sustancial de la acusación.

Ahora bien, el presente trabajo, no solo hará un análisis de la etapa intermedia, sino que a raíz de la reforma procesal, enfrentamos un grave problema y es la precariedad de las imputaciones del hecho punible en la acusación formulada por el Fiscal. Siendo esto así, observamos serios defectos que de una u otra forma va a incidir en

el objeto del debate y para ser bastante claro, advertimos una precaria imputación, por ausencia o defecto de proposiciones fácticas que determina que el juicio oral degenerare en un debate de prejuicios, sospechas o conjeturas.

2. La etapa intermedia

En principio se puede afirmar que la Etapa Intermedia comienza con la formulación de la acusación y termina con la resolución jurisdiccional de apertura del juicio que es dictada por el Juez de investigación preparatoria, pero para el presente trabajo, no es suficiente señalar ello ya que al encontrarnos en esta etapa implica un conjunto de actuaciones procesales que constituirán el filtro necesario para que la persecución penal pase adecuadamente a la etapa final.

Ahora bien, también encontramos que, «se denomina etapa intermedia a aquel conjunto de actuaciones orientadas a verificar si la investigación preparatoria es completa y suficiente, y si se dan los presupuestos necesarios para pasar a la fase de juicio oral o, por el contrario, para proceder al sobreseimiento de la causa. En ese sentido, la fase intermedia constituye un filtro o tamiz que permite depurar el proceso de todo vicio, defecto o irregularidad que impida tomar una decisión definitiva sobre su destino, o pueda afectar posteriormente una decisión sobre el fondo del asunto [Ore Guardia. 2016 p 134]

«Desde una perspectiva estrictamente formal, la Etapa Intermedia es la fase o periodo en el que ocurren un conjunto de actuaciones procesales y que se ubica entre la conclusión de la investigación Preparatoria y la Apertura del Juicio Oral» [Del Rio Labarthe 2010, p. 55], en este sentido, el concepto señalado resultaría muy sencillo para lo que pretendemos en el presente trabajo, encontrando que «La etapa intermedia consiste en el conjunto de actos procesales en los cuales se discuten preliminarmente las condiciones de forma y de fondo de los requerimientos efectuados por el titular de la acción penal, se constituye en una etapa procesal de crítica a los resultados de la investigación efectuada por el titular de la acción penal» [Salinas Siccha. 2014. P. 65].

Para los efectos de este trabajo se realizará el análisis utilizando el enfoque siguiente cuando se señala que «el Juez de Investigación Preparatoria, tiene la responsabi-

lidad de habilitar y preparar el juicio oral, sobre la base de una imputación concreta para no someter innecesariamente al imputado al escarnio público, sino se tiene configurada una causa probable [Celis Mendoza. 2012 p. 189], esto nos conlleva a una aproximación del control sustancial de la acusación que debe realizar el Juez de Investigación Preparatoria.

Es necesario dejar sentada nuestra posición en el sentido que el control de validez del proceso, es atribución de todos los sujetos procesales vinculados a la relación jurídico procesal, pero dejar en claro que la Etapa Intermedia es una de control y análisis de la acusación, de forma de asegurar que existan motivos justificados, tanto desde el punto de vista formal como material, para proceder en contra de un imputado y, en definitiva, que se justifique la realización de Juicio Oral en contra de un ciudadano. En efecto, se trata de una verdadera fase procesal intermedia entre la investigación y el juicio oral, con claros elementos de valoración jurídica de factibilidad de la realización del juicio oral, cuyo resultado será una resolución de auto de enjuiciamiento.

3. La acusación

Resulta necesario conocer en qué consiste la acusación, ello para poder encontrar un nexo que nos permita entender el control que debe ejercer el Juez de Investigación Preparatoria en la etapa intermedia, y ello nos conduce a conocer que «la acusación Fiscal consiste en la pretensión procesal penal de una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una pena a una persona por un hecho punible que se afirma que ha cometido [Del Rio Labarthe. 2010. P. 137], para tenerlo más claro, «La Acusación es una solicitud fundamentada que realiza el Fiscal a la autoridad Jurisdiccional por la cual le pide que el caso investigado pase a juicio oral y, por tanto, contiene una especie de promesa en el sentido que el hecho delictivo investigado, así como la responsabilidad penal del imputado serán acreditados en el juicio oral público y contradictorio» [Salinas Siccha. 2014 p. 132], compartimos esta última definición por considerar que nos permitirá hacer el análisis de la imputación concreta del hecho punible.

Ahora bien, cuando el autor habla que la acusación debe ser debidamente motivada, se refiere a que «se hará

una justificación tanto interna como externa, utilizando para tal efecto los elementos de convicción con los que cuenta el Fiscal responsable del caso. Esto significa que el deber de motivación de las acusaciones, impone al fiscal la obligación de que los requerimientos de acusación que emita han de ser fundados en derecho. De modo que requiere suficiente explicación que permita conocer, aun de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales que fundamenta la decisión de solicitar pena y reparación civil para el acusado» [Salinas Siccha 2014 p. 135].

Siendo esto así, queda claro que, «Es necesaria una acusación propuesta en forma, pues es el medio para evaluar la concurrencia de una imputación concreta, en efecto, los requisitos previstos en el art. 349 del CPP, constituyen el medio para verificar la atribución de una imputación concreta. Es concreta porque las respuestas a los interrogantes ¿A quién se imputa? ¿Qué se imputa? ¿Por qué se imputa? Surgen de las proposiciones fácticas de la imputación. Tiene que estar definido quién es el sujeto imputado, qué hecho punible se le imputa; y por qué se le imputa. El poder dar una respuesta a cada una de las interrogantes permite afirmar que la acusación está propuesta en forma» [Mendoza Ayma 2012. P. 226].

A pesar de la definición clara de la acusación y que esta debe ser fundamentada, lamentablemente no encontramos una correcta aplicación, teniendo como consecuencia negativa que tengan que verse casos en Juzgamiento cuando estos no lo ameriten.

4. La imputación concreta del hecho punible

El objeto del proceso penal, que si bien es un hecho concreto, se construye como resultado de los actos que le son inherentes, cuyo elemento nuclear es el hecho punible atribuible a un sujeto determinado como exigencia para configurar una imputación capaz de motivar y guiar la actividad jurisdiccional con la finalidad de obtener la punición.

Bajo este orden de ideas debemos entrar al análisis de la imputación concreta del hecho punible, que ciertamente es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal [...]. La imputación concreta no

puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción.

Encontramos diversas definiciones de lo qué es la Imputación Concreta, «La imputación es la vinculación entre un hecho [el objeto de la norma] y una persona [sujeto de la norma], y un concepto operativo de la imputación concreta, sin mayor pretensión teórica, permite definirla como el deber de la carga que tiene el Ministerio Público de imputar a una persona natural, un hecho punible proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal [Mendoza Ayma. 2012. P. 100].

Se trata pues, de describir un acontecimiento considerado real en el que están presentes todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubican en el mundo de los hechos. La descripción correcta de los hechos y sus circunstancias posibilita el ejercicio efectivo del derecho a la defensa e impide estados de indefensión frente al proceso, facilitando además el cumplimiento de la función delimitadora del objeto procesal, como condición de garantía para todos los intervinientes en sus actos.

Ahora bien, la estructura de la imputación concreta nos pone de manifiesto dos componentes completamente conjugados, son las proposiciones fácticas y su calificación jurídica. «En efecto, las proposiciones fácticas de la imputación de un hecho punible, no son libres o discrecionales, están vinculadas a la aplicación de la ley, por ello, una imputación concreta, tiene la estructura de un tipo penal. Si faltan proposiciones fácticas exigidas por el tipo, entonces el hecho es atípico. El tipo es el punto de necesaria referencia normativa, para construir la imputación del hecho punible y el tipo está estructurado con elementos subjetivos y objetivos, cada uno de ellos exige la concurrencia positiva de proposiciones fácticas. [Mendoza Ayma. 2012. p 102]

Los elementos de convicción, son el tercer componente de la estructura de la imputación concreta. Cada uno de los componentes presenta problemas particulares que tiene que ser resuelto.

De acuerdo a lo anteriormente mencionado, debo de

indicar que esta identidad debe atenderse en los actos que conforman la formalización de cargos y la formalización de la imputación, la que una vez realizada la evaluación a los efectos de fijar el objeto procesal en torno al cual se ha de realizar el debate, debe ofrecer de manera específica las respuestas a las interrogantes: ¿qué? ¿Quién? ¿Cuándo? ¿Cómo? ¿Dónde?, ¿Para qué? y ¿Por qué?. Los fundamentos fácticos no pueden prescindir de las presunciones jurídicas³⁴ que permitan la comprensión del todo a través de sus partes. Y en este sentido, se reconoce como esencial para la postura que se asume en la investigación, que no existan discrepancias que trasciendan a la individualización del objeto procesal o que conduzcan a confusiones.

La imputación concreta y el significado que para ella adquiere la identidad del objeto procesal sobre el cual ha de pronunciarse el órgano jurisdiccional, revela la trascendencia que posee el camino por el que este se construye, para el cumplimiento de su función delimitadora. Se condiciona así, para el logro de la defensa penal efectiva la calidad del contenido de la imputación que ha de servir de base para el logro de la correlación imputación - sentencia

La condición de que la imputación sea concreta para el logro de la correlación tiene su asidero en el debido proceso del que dimanar los fundamentos jurídicos y políticos del respeto a la dignidad humana en el proceso penal. Este instituto, incluso, aparece reconocido en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

5. Control sustancial de la acusación

El presente trabajo aborda un tema muy controvertido, el mismo que reviste de gran importancia en nuestra realidad, la problemática gira en torno a «el control formal y sustancial de la acusación fiscal en la etapa intermedia del proceso penal y la garantía del debido proceso legal, la finalidad del presente trabajo no es analizar el control formal de la acusación, sino, el control sustancial de la misma.

Analicemos un primer problema que se presenta al momento de realizar el control de la acusación por el Juez de investigación preparatoria y es que he podido advertir que la tendencia de los Juzgados de Investigación Preparatoria es la realizar tan solo un control forma de la acusa-

ción, dejando de lado el control sustancial de la acusación y que está referido a determinar la existencia de la imputación concreta.

«Lo central es el control de la imputación del hecho punible, pues este constituye el objeto del proceso. Diferenciar el acto procesal de la acusación del acto procesal de la imputación concreta del hecho punible o pretensión punitiva, es de trascendencia práctica. El núcleo de la audiencia de control de acusación es el control de la imputación; por tanto un Juez que no conozca la estructura básica de la imputación del hecho punible, no podrá realizar ese control sustancial de manera adecuada [Mendoza Ayma. 2012. p 113], considero que el Dr. Celis Mendoza trata el tema de imputación concreta con mucha objetividad.

Ahora bien, no cabe duda que para realizar el control de la acusación, el Juez de Investigación Preparatoria debe hacer un análisis de las proposiciones fácticas, las mismas que deben estar íntimamente ligadas con el juicio de tipicidad, debiendo mantenerse una estrecha coherencia entre las proposiciones jurídicas y las proposiciones fácticas.

Ya en el ejercicio de la defensa, y desde nuestra perspectiva como Abogado Defensor, cuando postulamos la ausencia de imputación concreta, debemos indicar cuál es el elemento del tipo que no aparece con su proposición fáctica y advertir muy bien que, cuando el Ministerio Público establece sus proposiciones fácticas, éstas no deben ser formuladas repitiendo lo que el tipo penal señala para el caso en concreto.

Lo claro es que, si nos encontramos en la etapa intermedia, el objeto del saneamiento procesal es la pretensión punitiva, esto es, la imputación concreta del hecho punible, ahora bien, si el Juez de Investigación Preparatoria considera que no hay sospecha suficiente de haberse cometido el delito imputado, decidirá por disponer el sobreseimiento.

Con todo lo expresado anteriormente, emerge así la necesidad de la igualdad para el ejercicio del derecho a la defensa penal efectiva, que nos conduce inexorablemente a prestar atención a los actos de formulación de cargos, a la intimación, a la configuración de la imputación y a las

especificidades con que se ha de formular la imputación.

6. Conclusiones

- El CPP entró en vigencia en el año 2007, me permito afirmar que el modelo procesal anterior, va quedando en el olvido, contando este modelo con objetivos más claros que nos permitirá contar un debido proceso.
- Tener muy claro que, la etapa intermedia es la fase o periodo en el que ocurren un conjunto de actuaciones procesales y que se ubica entre la conclusión de la investigación Preparatoria y la Apertura del Juicio Oral.
- La acusación debe ser debidamente motivada, se refiere a que se hará una justificación tanto interna como externa, utilizando para tal efecto los elementos de convicción con los que cuenta el Fiscal responsable del caso.
- La imputación es la vinculación entre un hecho [el objeto de la norma] y una persona [sujeto de la norma],
- El control sustancial de la acusación, está referida a que el Juez de la Investigación Preparatoria deberá verificar la existencia de la imputación concreta.
- Los jueces de investigación preparatoria, con mucha frecuencia realizan un control formal de la acusación, dejando de lado el control sustancial.

7. Bibliografía

Del Río Labarthe, Gonzalo, *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*, ARA Editores EIRL, Perú, 2010.

Mendoza Ayma, Francisco Celis, *La Necesidad de una Imputación Concreta en la Construcción de un proceso penal cognitivo*, IDEMSA, Lima, 2012.

Ore Guardia, Arsenio, *Derecho procesal penal peruano*, T. III., GACETA JURÍDICA, Lima, 2016.

Salinas Siccha, Ramiro, *La etapa intermedia y resoluciones judiciales según el Código procesal penal del 2004*, GRIJLEY, Lima, 2014.

DE UN PAIS DE POSEEDORES A UN PAIS DE PROPIETARIOS

Mary Luz Catacora Molina

Los que poseen algo, temerosos de perderlo, en continua zozobra, son más desdichados que los que nada poseen.

Anatole France

Resumen

Este art. se basa en la investigación realizada por la suscrita en relación a la importancia que nuestro Estado Peruano debe darle a la formalización, la importancia de consolidar la propiedad, la importancia de convertir a los poseedores en propietarios, la necesidad de la seguridad jurídica, la necesidad de mejorar nuestra calidad de vida; todo ello se consigue a través del saneamiento.

Es considerable saber que para ello se necesita sembrar una cultura que haga que los ciudadanos se encuentren llenos de voluntad para iniciar y culminar el saneamiento, esa cultura es una labor proactiva del Estado que tiene que realizarla a través de entidades como Registro Públicos, COFOPRI incluso con intervención de Notarias.

Palabras Clave

Poseedor, Propietario, Registros Públicos, COFOPRI, Notario, saneamiento, seguridad jurídica.

Abstract

This article is based on the research carried out by the undersigned regarding the importance that our Peruvian State must give to the formalization, the importance of consolidating the property, the importance of converting the owners into owners, the need for legal security, the need to improve our quality of life; all this is achieved through sanitation.

It is important to know that this requires creating a culture that makes citizens willing to initiate and complete sanitation. This culture is a proactive task of the State that has to carry it out through entities such as Public Registry, COFOPRI, etc. with the intervention of Notaries.

Keywords

Owner, Owner, Public Registries, COFOPRI, Notary, sanitation, legal security

Historia de la formalización en el Perú

Hace varios años atrás nuestro País era considerado más un país de poseedores que un país de propietarios. Es en aquel año de 1996, que surge una entidad que nace como un proyecto llamado COFOPRI [Comisión de Formalización de la Propiedad Informal] idea que plasma un economista arequipeño muy reconocido internacionalmente como es Hernando de Soto.

Hernando de Soto en sus diferentes libros como «El otro Sendero» y el «Misterio del Capital» nos habla de las miles de formas de lograr la formalización en diferentes aspectos y uno de los tantos aspectos es la formalización de los bienes inmuebles y la importancia de sanearlos.

Hernando de Soto ya hablaba de la creación de una entidad dedicada a la formalización y en la gestión gubernamental de Alberto Fujimori se crea COFOPRI, un proyecto titulado Este ente encargado de emitir títulos de propiedad en base a la posesión o regular la propiedad ya existente que por algún motivo no se pudo terminar de sanear. Dicha entidad cuyo objetivo máximo es el saneamiento de la propiedad inmueble, en un comienzo sólo urbano, con el tiempo además la rural, hoy esta última está en manos de los gobiernos regionales. Muy a pesar que la entidad-proyecto COFOPRI fue creada con fines importantes como es que a través del saneamiento mejorar la calidad de vida de los que menos tienen, fue muy criticada pues se pensó que la idea era desaparecer al Registro Público como entidad de saneamiento y crear a este nuevo proyecto con un personal que más labora en campo que en gabinete y que vaya de la mano con un registro creado en aquel entonces denominado Registro Predial Urbano.

Tal vez haya sido la época más crítica de los Registros Públicos de Arequipa y del país, pues se cuestionaba su

exquisitez, se cuestionaba la cantidad de observaciones planteadas a los títulos presentados y ante tal exquisitez los ciudadanos interesados en sanear su propiedad simplemente tiraban la toalla y quedaba en la misma nada. Es así que nos íbamos convirtiendo en un país con un porcentaje de saneamiento muy bajo, muchos solo poseedores porque no tenían dinero ni siquiera para intentar el saneamiento, y otros porque haciendo el esfuerzo económico no lo lograban ante la exigencia de tantos requisitos del Registro Público.

Registro Predial Urbano, COFOPRI y el Sistema Notarial Peruano

El Registro Predial Urbano caminaba de la mano con COFOPRI convirtiéndose en un registro más flexible, un registro más tolerante y una Comisión de Formalización de la Propiedad Informal creada para el Perú, creada para nuestra accidentada realidad.

Pero COFOPRI y el Registro Predial Urbano, no sólo se llevó de encuentro al Registro Público sino también a los Notarios, ya que al estar autorizados por norma expresa, el otorgar títulos de propiedad les quitaba un buen porcentaje de clientes a las notarías y no sólo ello, pues el Registro Predial Urbano una vez culminado el saneamiento se podían celebrar diversos actos jurídicos en unos formularios autorizados por ley y que tenían el mismo valor y peso que una escritura pública notarial; actos que disminuían el ingreso económico a las notarías, finalmente los notarios consiguieron que dichos formularios se declararan inconstitucionales.

Con el tiempo el Registro Predial Urbano se fusionó con el Registro Público y este último asumió el personal del llamado Registro Predial Urbano pues no era prudente que en un país existan dos Registros en relación a la figura del saneamiento.

Leyes y COFOPRI

Es difícil encontrar leyes que realmente calcen en nuestra sociedad. Muchas veces tenemos leyes ciegas sin un estudio exhaustivo de campo, pero COFOPRI llevaba mucha información de campo y lo necesario en gabinete y se la entregaba toda esta información al Registro Predial Urbano y algunas veces se convirtieron en propuestas normativas y como consecuencia en normas. Este es el

caso de la norma especial para los Pueblos Tradicionales como Sabandía, Characato, Yanahuara, Cayma y otros, que contaban con un índice alto de informalidad pero no podían ser considerados como Pueblos Jóvenes .

Al parecer nuestras leyes ciegas, nuestros funcionarios y servidores aún no se dan cuenta que vivimos en un país en vías desarrollo, que nuestra realidad no es la de Europa o EEUU. Nuestra realidad es especial, es única, y dentro de esa denominación en vías de desarrollo tenemos una riqueza incalculable que sólo se puede conocer si dejamos nuestras oficinas dejando de lado el conocimiento sólo legal, desde documentos, y conocemos realidades que permitirán encajar las leyes a la realidad y no al revés.

El saneamiento se torna en una fortaleza para lograr aquella denominada calidad de vida de países desarrollados pues se torna en una cadena. El sanear la propiedad significa que uno puedes acceder a un crédito para un negocio, mejorar su casa, se siembra cultura de crédito para constituirse en un buen pagador, se tiene ganancias y listo. Responsablemente se mejora la calidad de vida personal, familiar y finalmente social.

Así se construye el Perú.

Referencias bibliográficas

De Soto Hernando, *El Otro Sendero*, Editorial Printer Colombiana Ltda Bogotá – Colombia, 1987.

De Soto Hernando, *El Misterio del Capital*, Empresa Editora El Comercio S.A., 2000.

Decreto Legislativo 803 «Ley de Formalización de la Propiedad Informal».

Decreto Legislativo 1049 «Ley del Notariado».

Ley 26366 «Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia General de los Registros Públicos»

**HACIA UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS
EDUCATIVOS CARCELARIOS EN EL CONTEXTO
LATINOAMERICANO**

Julio Armaza Galdos

Resumen

La presente contribución, pone en evidencia la necesidad de estudiar los sistemas educativos carcelarios de los vecinos países de habla española y portuguesa para, a través de un trabajo posterior, compararlos con el nuestro. El método que tendría que utilizarse, con dicho propósito, sería el comparativo del que con detalle se ocupó George Z. F. Bereday. Como fuere, el estudio permitiría conocer las características de los sistemas educativos de otros países y, a su vez, tomar nota de las diferencias y similitudes que existen con relación al nuestro —permitiendo, de ese modo, proponer modificaciones sustanciales en la práctica educativa nacional—.

Palabras clave

Educación carcelaria comparada, Características de los métodos educativos Latinoamericanos, Educando presos en Hispanoamérica.

1 Planteamiento del problema

Ni los entendidos en Pedagogía ni, por otra parte, los más prominentes cultores del Derecho penitenciario, consideran atractivo y útil el estudio de los sistemas educativos carcelarios latinoamericanos; esa postura, acaso en parte tenga que ver con el desprecio que el común de las personas siente por el recluso y por cuanto esté relacionado con las prisiones. Consecuencia de lo indicado, sin duda, es la ausencia de textos de consulta sobre tan

fundamental materia y, al propio tiempo, nuestra suprema ignorancia con lo que tiene que ver con la educación entre rejas.

2 Exploración de la importancia del problema

Según criterio extendido entre los estudiosos, un modo eficaz de impedir la reincidencia criminal es a través de la reeducación. Ahora bien, dado que el fenómeno reeducativo es tarea que únicamente puede ser llevada a cabo por quienes ejercen la profesión de educadores, son ellos los que con solvencia podrían proponer cómo y en qué medida tendría que implementarse la enseñanza carcelaria —y qué mejor si lo hiciesen, una vez familiarizados con el modo en que en el extranjero se educa o reeduca al sentenciado—.

3 Descripción de trabajos previos

Se ocuparon del tema educativo carcelario, pero no necesariamente desde la óptica por nosotros adoptada, Torres-Puentes y Arias-Gómez [2011], Gil Cantero [2016], Birkbeck y Pérez Santiago [2004], Francisco Scarfó [2009] y, entre otros más, Hugo Rangel [2009].

La obra de Torres-Puentes y Arias-Gómez, lleva por título *La pedagogía crítica en la experiencia carcelaria* y básicamente está consagrada al estudio del llamado Plan de Acción y Sistema de Oportunidades [PASO] que se instituyó en Colombia a principios del milenio para, preeminentemente, posibilitar la educación de los presos. Aunque altamente valiosa, sus límites espaciales son más que evidentes.

No menos interesante es el trabajo de Fernando Gil Cantero, pues elabora todo un decálogo pedagógico *ad hoc* para las prisiones. Helo aquí:

Si quieres ejercer como profesional de la educación social en la prisión sal del despacho.

Si quieres ejercer como profesional de la educación social en la prisión no identifiques tus funciones profesionales con la vida general del preso.

Si quieres ejercer como profesional de la educación social en la prisión apoya la existencia de una lista concreta de funciones profesionales.

Si quieres ejercer como profesional de la educación social en la prisión responsabilízate de la función de las ONGS.

Si quieres ejercer como profesional de la educación social en la prisión no confundas la humanización de la prisión con la acción educativa social.

Si quieres ejercer como profesional de la educación social en la prisión no defiendas el derecho del preso a no hacer nada, defiende su derecho a adquirir la condición de agente de sí mismo a través de la actividad y la participación.

Si quieres ejercer como profesional de la educación social en la prisión no colabores en la «medicalización» de la delincuencia.

Si quieres ejercer como profesional de la educación social en la prisión fíjate más en las posibilidades concretas de cambio de los internos que en los constructos teóricos invasivos.

Si quieres ejercer como profesional de la educación social en la prisión supera la perspectiva legalista por la perspectiva educativa.

Si quieres ejercer como profesional de la educación social en la prisión cultiva más la esperanza que la ciencia: aunque todos los hechos te lo nieguen una y otra vez, no dejes nunca de creer en las posibilidades de cambio educativo de los internos [pp. 55 a 65].

Christopher Birkbeck y Neelie Pérez Santiago, por su parte, compusieron una Redención de la pena y el tiempo de la condena: Estudio de una cárcel venezolana que, de manera especial, hace hincapié en el modo en que el preso, de estudiar durante el encierro, se vería beneficiado con el otorgamiento de una reducción en el quantum de la sanción.

Francisco Scarfó, autor de *A educação pública em prisões na América Latina: Garantia de uma igualdade substantiva*, advierte sobre los inconvenientes hacia los que nos conducen las dictaduras, mismas que al retraerse en sí, se despreocupan por la cooperación internacional en el ámbito educativos de los presos: «As ditaduras careciam de uma visao internacional» [p. 177].

Hugo Rangel [2009], en su *Mapa regional Latinoamericano sobre educación en prisiones*, destinó muchísimas páginas al estudio del tema referido a la presente investigación, pero omitió ocuparse de la educación carcelaria en Nicaragua, Bolivia, Cuba, Andorra y Baja California e, incluso, pretirió efectuar una comparación entre cada una de las disposiciones que regulan la educación en prisión

en los países que conforman Latinoamérica.

4 Objeto de comparación y estudio

Objetos de estudio deberían ser los sistemas de enseñanza carcelarios Latino Americanos que se analizarán, pormenorizada y exclusivamente, a través de las leyes penitenciarias correspondientes a cada uno de los países hispanoparlantes —dentro de los que también habría de incluirse a Brasil, España y Andorra—; más concretamente, objeto de cotejo serán las Leyes o Reglamentos penitenciarios de Uruguay [1975], Honduras [1984], República Dominicana [1984], Perú [1991], Colombia [1993], Argentina [1996], España [1996], El Salvador [1997], Chile [1998], El Salvador [2000], Nicaragua [2003], Ecuador [2006], Guatemala [2006], Andorra [2007], Costa Rica [2007], Baja California Sur [2011], Guatemala [2011], Honduras [2014], Paraguay [2014], Venezuela [2015] y los Estados Unidos Mexicanos [2016].

5 Criterios a comparar

Cuatro, por lo menos, son los elementos constitutivos de todo sistema educativo: 1] Gestión, 2] contenidos, 3] estrategias pedagógicas y, 4] actores en el proceso enseñanza-aprendizaje. Elvia Marveya Villalobos Torres [2013, pp. 56 a 58], además de los arriba consignados, incluye las finalidades, las metas y los objetivos.

5. 1 Criterios a comparar vinculados con la gestión. De pronto, acaso sean los a continuación señalados:

1 Qué países permiten la convivencia heterosexual en la jornada de estudio.

2 Qué países exigen la implementación de bibliotecas en las cárceles.

3 Qué países distribuyen gratuitamente útiles escolares a los presos.

4 Qué países determinan la duración de la jornada educativa en las cárceles.

5 Qué países mencionan las características arquitectónicas especiales que debe tener el local donde estudian los presos.

6 Qué países establecen que de producirse el traslado del preso, podrá este retomar sus estudios en el nuevo establecimiento [sin perder los que venía cursando].

5. 2 Criterios a comparar vinculados con los contenidos. Interesaría yuxtaponer los aspectos siguientes:

1 Qué sistemas indican que los programas de educación deben adaptarse a los que de carácter oficial se imparten en el país.

2 Qué sistemas exigen que la educación del preso sea laica.

3 Qué sistemas ofrecen una educación bilingüe a los presos indígenas.

5. 3 Criterios a comparar vinculados con las estrategias pedagógicas. Que bien podrían ser

1 Qué países revén la redención de pena por el estudio.

2 Qué países permiten el uso de aparatos electrónicos únicamente por razones de seguridad y no por razones de estudio.

3 Qué países permiten el uso de las nuevas tecnologías en el proceso de enseñanza.

4 Qué países expresamente prohíben a los presos la tenencia de aparatos electrónicos y, por ende, de un ordenador.

5 Qué países estipulan que en los certificados de estudios otorgados al preso debe omitirse mención alguna al lugar donde fueron cursados los estudios.

6 Qué países admiten el uso de nuevas tecnologías en la educación carcelaria.

7 Qué países tienen en cuenta, para agrupar a los presos, criterios de carácter educacional.

5. 4 Criterios a comparar vinculados con los actores del proceso de 1991o enseñanza-aprendizaje

1 Qué sistemas encargan la educación de los presos a personal especializado.

2 Qué sistemas asignan responsabilidades a las autoridades del sector educación para que se preocupen por hacer cumplir las leyes penitenciarias.

3 Qué sistemas admiten el derecho a participar en el proceso educativo en igualdad de condiciones.

4 Qué sistemas permiten a los presos desempeñar actividades educativas.

5 Qué sistemas expresamente estipulan que el equipo

técnico de tratamiento debe estar integrado por un experto en educación.

6 Qué sistemas reconocen el derecho de los hijos de los presos a estudiar dentro del establecimiento carcelario.

Resultados

Efectuada la comparación de los 22 criterios, bien podría proponerse modificaciones en los siguientes documentos: Decreto Legislativo para la Promoción e Implementación de Cárceles Productivas [núm. 1343 de 6 de enero de 2017], Código de Ejecución Penal [Decreto Legislativo núm. 654 de 2 de agosto de 1991] y Reglamento del Código de Ejecución penal. [Decreto Supremo núm. 15-2003-JUS de 11 de septiembre de 2003].

Mientras no efectuemos la comparación propuesta, los avances en materia de educación —la que por cierto debería ser de calidad, tal y como lo establece el Proyecto Educativo Nacional al 2021—, serán visiblemente modestos.

Bibliografía utilizada

Bedi, Kiran. *Siempre es posible. La mujer que transformó el sistema penitenciario indio*, Prefacio del Dalai Lama, traducción de Raquel Duato García, Editorial Dipankara, 2010.

Bereday, George Z. F. *El método comparativo en pedagogía*, Editorial Herder, Barcelona, 1968.

Castellanos, G. E. Rosas, M. E. D. Mora, V. M. y Ruiz, A. H., *Estilos de aprendizaje en la población penitenciaria de la ciudad de México*, Revista de Estilos de Aprendizaje, vol. 8, núm. 16, 2016.

Cavero, Ranulfo, *La educación de los excluidos. Ayacucho 1900-1961. Propuesta del Estado, el pensamiento de los maestros y los indígenas como actores educativos*, Editorial San Marcos, Lima, 2014.

Gil Cantero, Fernando. *Decálogo pedagógico de la educación social en prisión*, Revista de Educación Social, núm. 22, 2016.

Gutiérrez, Mariano Hernán. *La educación en las cárceles: ¿política criminal o política educativa?*, disponible en www.unicen.edu.ar/la-educación-en-las-cárceles-¿política-criminal-o-política-educativa.

López, Carolina. *Efecto de la Educación sobre el Delito. Evidencia para Argentina*, disponible en sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle

Mathiesen, Thomas. *Juicio a la prisión*, Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni, traducción de Amanda Zamuner, EDIAR, Buenos Aires, 2003.,

Rangel, Hugo. *Educación contra Corriente en las Cárceles Latinoamericanas: la enseñanza vs el castigo*, publicado en *Educação & Realidade*, Porto Alegre, vol. 38, núm. 1, 2013.

Rangel, Hugo [Coordinador]. *Mapa regional latinoamericano sobre educación en prisiones. Notas para el análisis de la situación y la problemática regional*, CIEP, 2009.

Raventós Santamaría, Francisco. *El fundamento de la metodología comparativa en educación*, disponible en <http://hdl.handle.net/2445/22333> [consultado el 30/6/2017].

Rosselló, Pedro. *La educación comparada, al servicio de la planificación* [Estudio presentado al Seminario de estudios interamericanos sobre la planificación general de la educación, 1958].

Scarfó, Francisco. *A educação pública em prisões na América Latina: Garantia de uma igualdade substantiva*, publicado en *Educação em prisões na América Latina. Direito, liberdade e cidadania*, Unesco, 2009.

Quintana Cabanas, Josep María. *Epistemología de la pedagogía comparada*, pp. 25 a 59.

Villalobos Torres, Elvia Marveya. *Conjeturas en torno a la educación comparativa, en el libro colectivo Comparar en educación: Diversidad de intereses, diversidad de enfoques, publicado por la Sociedad Mexicana de Educación Comparada*, México, 2013.

Bibliografía a utilizarse de emprenderse el análisis comparativo

1 Código Orgánico Penitenciario de la República Bolivariana de Venezuela [publicado en la Gaceta Oficial el 28 de diciembre del 2015].

2 Código Penitenciario y Carcelario de Colombia [promulgado por Ley núm. 65 del 19 de agosto de 1993].

3 Código de Ejecución Penal para la República del Para-

guay [del 17 de octubre del 2014].

4 Código de Ejecución Penal del Perú [Decreto Legislativo núm. 654 del 2 de agosto de 1991].

5 Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social de Ecuador [dado en Quito el 6 de noviembre del 2006].

6 Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 43/173.

7 Declaración de Kampala sobre las condiciones penitenciarias en África, aprobada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas a través de la Resolución 1997/36.

8 Declaración de Arusha sobre buenas prácticas penitenciarias, aprobada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 1999/27.

9 V Informe sobre Derechos Humanos. Sistema Penitenciario, Trama Editorial, Madrid, 2007.

10 Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad para la República Argentina [sancionada el 19 de junio de 1996].

11 Ley de Ejecución de Sanciones y Medidas de Seguridad para el Estado de Baja California Sur [publicada en el Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Baja California Sur el 18 de junio de 2011].

12 Ley Penitenciaria de la República de El Salvador [promulgada el 30 de abril de 1997].

13 Ley Nacional de Ejecución Penal de los Estados Unidos Mexicanos [publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016].

14 Ley del Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena de la República de Nicaragua [promulgada el 21 de noviembre del 2003].

15 Ley del Régimen Penitenciario de Guatemala [promulgada el 5 de octubre del 2006].

16 Ley de Rehabilitación del Delincuente de Honduras [promulgada el 15 de octubre de 1984].

17 Ley Orgánica General Penitenciaria de España [dada en Madrid, el 26 de septiembre de 1979].

18 Normas sobre Reclusión Carcelaria para Uruguay

[dadas el 25 de noviembre del año 1975].

19 Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 45/111.

20 Procedimientos para la aplicación efectiva de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas a través de la Resolución 1984/47.

21 Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario de Costa Rica [promulgado el 11 de julio del 2007].

22 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios de Chile [Decreto núm. 518 del 22 de mayo de 1998].

23 Reglamento Penitenciario de España [Real Decreto 190/1996, del 9 de febrero de 1996].

24 Reglamento del Código de Ejecución Penal del Perú [Decreto Supremo núm. 015-2003-JUS, del 11 de septiembre del 2003].

25 Reglamento General de la Ley Penitenciaria para la República de El Salvador [del 14 de noviembre del año 2000].

26 Reglamento General de la Ley del Sistema Penitenciario Nacional de Honduras [dado el 2 de diciembre del 2014].

27 Reglamento de la Ley del Régimen Penitenciario de Guatemala [aprobado por Acuerdo Gubernativo núm. 513-2011 del 27 de diciembre del 2011].

28 Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas por las Naciones Unidas en agosto-septiembre de 1955.

29 Sobre el Régimen Penitenciario de la República Dominicana [Ley núm. 224 del 26 de junio de 1984].

30 Directiva núm. 11-2016-INPE-DTP [Gestión y desarrollo de la educación penitenciaria].

31 Proyecto Educativo Nacional al 2021. La educación que queremos para el Perú, disponible en www.cne.gob.pe/uploads/proyecto-educativo-nacional/version-pen/pen-oficial.pdf [consultada el 7 de enero de 2019].

Reseñas bibliográficas

Andrés Trapiello, *El final de Sancho Panza y otras suertes*, Editorial Grupo Planeta, España, 2014, un volumen de 430 pp.

La obra ya mencionada, además de ofrecer continuidad a su predecesora «Al morir don Quijote», trata la historia de personajes relacionados de alguna u otra manera con Alonso Quijano, también llamado «Don Quijote de la Mancha» o el «Caballero de la Triste Figura». Estos una vez acaecida la muerte de aquel prominente personaje, mencionado anteriormente, deciden encaminarse en un viaje incierto con destino hacia las Indias, ya sea en busca de riqueza, para escapar de la tristeza que los menoscababa o simplemente por una firme y terca lealtad, siendo poca la convicción de lo que les esperaba, mientras que el temor tanto como la intriga embargaban sus almas. Cabe mencionar que, como sentencia en su título «El final de Sancho Panza y otras suertes», está finalizada en la muerte de Sancho, a consecuencia de una serie de coincidencias tan precisas, narradas con tal seguridad y detalle que nos hace sentir y creer más allá de toda duda la veracidad de los hechos, he ahí una de las maravillas de esta obra.

Andrés Trapiello [Man-

zaneda de Torío, 10 de junio de 1953] es un autor español con producción literaria en poesía, novela y ensayo. Destaca por su poesía [Premio de la Crítica de poesía castellana 1993], sus Diarios [hasta el momento 21 volúmenes, que reciben el nombre conjunto de Salón de Pasos Perdidos] y novelas. También se ha dedicado a la investigación de la historia literaria, especialmente centrada en algunos escritores recurrentes: Cervantes, Galdós, Juan Ramón Jiménez y Unamuno. Además de ser autor de títulos abiertos al gran público, también se ha dedicado a la investigación de la historia literaria, si bien, más que como investigador académico al uso, se identificaría como un ávido lector.

Este libro contiene 36 capítulos, dar una idea general es complicado, pues no es una historia que se pueda contar, sino más bien una aventura que el lector debe vivir. Sin embargo, con el fin de dar una breve introducción a la trama de esta, es que podemos verla en cuatro etapas o fases cronológicas.

La primera de ellas se desarrolla entre el momento en que el bachiller Sansón Carrasco, Sancho Panza,

Antonia Melgar, sobrina de don Quijote y esposa del bachiller, y Quiteria Romero, ama suya, al ya no tener que hacer dentro de su pueblo tras la muerte de don Quijote, abandonan la aldea y parten camino a las Indias. Tras una partida pronta y embargada de duda, es que en el pueblo surgen rumores, el primero en advertir la desaparición es su sirviente Matías Barrientos, quien con premura da aviso al cura don Pedro y al alcalde, mientras que el señor del Mal, un escribano, antiguo pretendiente de Antonia y prestamista de los Quijano, al enterarse de los hechos acude inmediatamente a la hacienda de los Quijano, si bien para hacerse con lo que ellos poseían o admirar su futura propiedad. Este al encontrar una carta dejada por Antonia, en que se mencionaban probanzas de las deudas entre otras voluntades que impedirían la adquisición del bien, enfurece e idea un plan para recuperar dichos documentos, valiéndose de Cebadón es que intenta hacerse de estos, enviándolo con buena paga y en un corcel a conseguirlos de cualquier manera posible. Mientras que los cuatro aventureros debido al mal tiempo pararon en una

venta, en donde se encontraron a dos personajes del Quijote, don Fernando y don Cardenio, quienes habrían protagonizado un altercado por el amor de Luscinda, relato contado por Sancho, y posteriormente al presentarse con dichos caballeros, cenaron juntos y estos los invitaron a recibir alojamiento en su propiedad que se encontraba a unas leguas de distancia. Sin saber que en la misma venta se hallaba alojado Cebadón.

En la segunda etapa de esta historia, los cuatro aventureros después de reposar, alimentarse y obtener algunos escudos [monedas] de los caballeros, llegan a Sevilla lugar en que realizarían los preparativos para partir a las Indias, y también donde Cebadón los esperaba ideando un plan junto a Cojo, el Pejele y el Mudo [delincuentes de renombre] para hacerse de los papeles y el poco dinero que poseían. Se presentaron varios inconvenientes, por no decir mucho, el plan de Cebadón falla y este muere a causa de ello, tanto Sancho como Sansón Carrasco son encarcelados injustamente por la muerte de este último. Durante ese tiempo el Peje y el Mudo se encaminaron al pueblo en

donde se encontraba el señor del Mal, para cobrar la recompensa por los papeles [erróneos, que habían conseguido], una vez llegaron encararon a este con el fin de recibir su paga, y es que el señor del Mal mandó a llamar al alcalde y los guardias, quienes aprisionaron ambos delincuentes ya que uno llevaba el caballo que le había concedido a Cebadón, alegando que estos junto a Cebadón habían hurtado su caballo y debían ir encarcelados .

Ya en prisión Sancho y el bachiller, se encuentran con Felipe Melgar quien era padre de Antonia, él les cuenta el origen del Quijote, como es que conoció a Miguel de Cervantes y también al mismo don Quijote, develando misterios de la historia y abriendo varias incógnitas que es el deber del lector responder. Ya una vez fuera de prisión, gracias a otro personaje del pasado, el mismo señor del Mal trata de impedir su partida a las Indias, a pesar de ello logran embarcarse en el navío, atravesando tormentas y corsarios, llegando después de un ajetreado viaje a las Indias.

Desde el momento que desembarcan afrontan adversidades, logran adquirir a una negrilla, llamada

Guiomar, quien les serviría y ayudaría a cuidar a María Sancha, hija de Antonia y Cebadón [secreto que guardaba oculto Antonia]. Dicha criatura nació mientras los cuatro aventureros eran perseguidos por indígenas, y fue que a unas cuantas horas de su nacimiento, que un mono intento acabar con su vida, siendo Sancho Panza [quien estaba de guardia] el que con valentía e ímpetu desenvainó la espada del bachiller y de una estocada derivo al animal salvando la vida de la menor, por lo que fue bautizada con el nombre de «María Sancha», causando más de una lágrima en el viejo escudero. Los aventureros fueron encontrados por unos caballeros que llevaban a un estafador quien antes, con otros dos cómplices, había suplantado a don Quijote y a Sancho Panza, después de que este maleante provocara a Sancho, se dirigieron a la ciudad más cercana. Posteriormente los aventureros consiguen un navío dispuesto a llevarlos a Puerto Viejo, Perú, acompañados de un perrero. Y es que al no tener alojamiento decidieron quedarse en aquel barco, esperando el momento de partir hacia Arequipa, para así llegar a conocer al tío de Sansón

Carrasco, que supuestamente se encontraba moribundo y de quien no habían tenido noticias en un buen rato.

Al desembarcar Sansón Carrasco pregunta por quien pudiera llevarlos a Arequipa, y es que un anciano que alquilaba burros se ofrece para realizar dicha labor, más la cuota era de 50 escudos por cada uno [sin contar a María y Guiomar], al no alcanzarles hacen un trueque dando a cambio algunas prendas y joyas de Antonia, en el camino el anciano reparte estas prendas entre sus esposas. La intriga embargaba a los viajeros, las historias que contaba el anciano, junto con las nuevas experiencias que vivían [piedras sonoras, hechiceras, costumbres, comida, los tres volcanes que se alzaban imponentes y se divisaban ya desde lejos] causaban impresión en ellos. Después de varias leguas de viaje, y un descanso de unas cuantas horas, llegaron a Arequipa, en poco tiempo dieron con la hacienda del tío del bachiller Carrasco, aquel lugar parecía un castillo. Resulto ser que el tío no se encontraba mal y tampoco era pobre, su hacienda y riqueza estaban sustentados en tres pilares [cordeles, hielo

y piedras volcánicas] que le servían de sustento económico para mantener su estilo de vida. El tío se mostró generoso con los viajeros, ofreció una paga muy buena a Sancho, al igual que a Quiteria y le agarro cariño, no presiono a trabajar a su sobrino, cuido bien de Antonia, haciendo su estadía placentera. Pasaron distintas cosas después de ello, el bachiller no se sentía cómodo por lo que salió en búsqueda de una ocupación, llegaron unos duques que hacían imposible la vida a los viajeros, lastimosamente en un terremoto se produce la muerte de Sancho Panza y Antonia... Y es que al final la obra vuelve a fascinar, pues culmina con la hija de Antonia, ya una señorita, leyendo las dos partes del Quijote...

Los personajes sobresalientes son: Sancho Panza, el bachiller Sansón Carrasco, Antonia Melgar y Quiteria Romero. Seguidos de innumerables personaje secundarios desde Matías el sirviente hasta doña Toda [esposa del tío del bachiller].

En mi apreciación personal este libro es una obra magnífica, para empezar el vocablo con el que está escrito es comprensible y rico, tiene un aire de la época,

que sin ser una carga para el lector ayuda a adentrarse en la historia. La narración de los sucesos [sobre temas como los valores de la justicia y el valor, las metas trazadas, el deseo de seguir adelante, la lealtad, etc.] es realizada minuciosamente, tomando en cuenta el contexto y lugar de los hechos, así como detalles que enriquecen la lectura [prendas de vestir, costumbres, cultura], todo parece acorde con las convenciones de la época. Abre los horizontes del lector. Trapiello denota ser un gran conocedor de la obra cervantina al incluir dentro de su obra varias referencias sobre esta, ya que el Quijote influirá en el destino de la mayoría de los personajes, además de llegar a un estilo que si bien no es igual, da la apariencia de estar leyendo a los auténticos personajes de don Quijote y Sancho Panza. Trapiello nos muestra que la literatura que se enreda con la vida, y la vida supera la ficción, o se mezcla y se expande, y viajas por el mundo y ya no sabes si eres tú o eres el personaje...Este libro tiene relación con otras dos obras literarias, en primer lugar con «Don Quijote de la Mancha» de Migue de Cervantes Saavedra, cuya lectura es requisito funda-

mental para comprender y disfrutar la trama en su totalidad, en segundo lugar con «Al morir Don Quijote» de Andrés Trapiello, obra que continuará la primera ya mencionada. Siendo que «El final de Sancho Panza y otras suertes» es la continuación de las dos anteriores, a pesar de ello, a mi parecer, esta puede ser leída independientemente de la segunda, ya que si bien no deja de estar ligada al Quijote, continua una aventura con acontecimientos y sucesos basados en la idea clara y firme de los personajes de Don Quijote y Sancho Panza.

Víctor Marcelo Álvarez Núñez

Beatriz Franciskovic Ingunza,
Regulación jurídica de los animales de compañía en el Derecho civil peruano, Pacífico Editores S.A.C., 2017, un volumen de 280 pp.

Este libro es un trabajo que nace a partir de una investigación, en donde se involucra al derecho conocido como un producto social, que va creando ficciones jurídicas que tienen como fin coadyuvar a la protección y regulación de la sociedad y la necesidad de que se tome conciencia sobre la situación actual de los animales, y más específicamente de los que acompañan, conviven y coexisten con el hom-

bre dentro de un mismo habitat diariamente, nos referimos a los animales de compañía que pertenecen a una gran especie denominada «animales domésticos».

«De lo que se trata es de buscar nuevas respuestas para el mundo que se está asfixiando». La autora muestra cinco capítulos en donde «Lo que se anhela es que se mejore la situación de los animales de compañía, por ser estos seres vivos quienes más contacto tienen con los humanos y pasan a formar parte integrante de una familia».

Cada capítulo se desarrolla a detalle dividiéndose de la siguiente manera:

Capítulo I: Los Animales. En esta primera parte nos expone una idea general sobre la problemática de fondo y nos hace un alcance sobre lo que debemos de conocer como animales, empero se hace hincapié en la diferencia entre animales domésticos y el conjunto que justamente nace a partir del mismo y que resulta la fuente de toda la investigación «animales de compañía».

Capitulo II: Los Animales: Objeto o Sujetos de Derecho. Como segunda parte se da la precisión de lo que se entiende como «objeto

de derecho» y «sujeto de derecho» citándose así las diversas ideas sacadas de la doctrina que funcionan como fuente primordial en nuestro derecho.

Se establece, a grosso modo, que los animales en especial los de compañía no sean considerados como sujetos de derecho y menos que cuenten con una gama de derechos al igual que los humanos, pues carecen de libertad, voluntad y raciocinio que los pone en una posición limitada en cuanto a su auto protección pero aptos netamente para obtener cuidado y protección de seres superiores a ellos –comprobado científicamente- los humanos.

Capitulo III: Antecedentes de la Regulación Jurídica de los Animales en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Es momento de comenzar con la regulación jurídica que se dio a lo largo de los años en nuestro país, por lo tanto en esta tercera parte se da inicio a la revisión de normas en las cuales se regulo por años a los animales.

Empezando así por la constitución de 1933, la de 1979 y concluyendo esta parte con la revisión a nuestra actual carta madre expedida en 1993. Por otro lado, se hace énfasis en lo

dicho a lo largo de los años en nuestro código civil de los años 1852, 1936, 1984 respectivamente; y por último se ve una serie de normas con rango de ley, normas sin rango de ley y muy abreviadamente se da una revisión al código penal vigente.

Todo ello nos dará una visión sobre lo dicho por nuestros legisladores al respecto del controversial tema de los animales pero más específicamente esta parte nos ayudara a realizar una comparación con el siguiente capítulo que nos hará ver la realidad poco agradable, pues se advierte un tratamiento escaso en conciencia y sensibilidad dentro de la relación hombre-animal ya que a estos últimos se les trata como «simples cosas inertes y sin vida».

Capítulo IV: Antecedentes de la Regulación Jurídica de los Animales en el Ordenamiento Jurídico Internacional. Como ya se mencionó en esta cuarta parte se verá a fondo cual es la forma de regulación por la cual optaron los legisladores a lo largo del mundo y como se manifestaron en cuanto a este controversial y novedoso tema, partiendo así desde continentes lejanos como

Europa y aterrizando en la realidad de legislaciones en América Latina que resultan un poco más semejantes a la nuestra.

Sin embargo, de manera general podemos decir que «los humanos hace un uso excesivo, abusivo y desmedido de estos animales» e incluso se realizan actos de crueldad, que se configurarían como un delito sin aparente motivo o incentivo racional en ninguna de las circunstancias.

Capítulo V: Regulación Jurídica de los Animales de Compañía en el Derecho Civil Peruano. Por último, tenemos en el capítulo final alcances sobre lo que se plantea y debe de plantearse en el derecho civil peruano.

Como fundamento principal en el primer punto de este capítulo se establece las consecuencias más crudas y reales que se dan a partir de la equivocada concepción de animales como simples bienes muebles; como : experimentos, vivisección y maltrato.

También se da una explicación sobre lo que se quiere lograr con los animales, que se resume en: los animales no pueden ser titulares de derechos pero requieren de un cuidado y protección por parte de

los humanos que históricamente si resultan ser titulares de derechos, por lo cual pueden ser aptos para tener obligaciones y deberes para con los animales de compañía.

La propia autora dentro de este fragmento da a conocer expresamente su punto de vista que en términos generales involucra: trato integrado y unificado para los animales; cuidado, respeto y protección a los mismos; especificación del grupo o especie por las cual aboga para su defensa y protección adecuada; y la calificación, consideración y categoría jurídica que se les debe de dar en todo sentido.

Para culminar nos presenta una gama de propuestas modificatorias relacionadas con el animal de compañía en nuestra legislación peruana como: seis Arts. del CC; uno del CPC, la incorporación de un apartado en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, así como la modificación del art. 27 de la Ley N° 27157; entre otras.

Y es así que concluimos advirtiéndole que la investigación profunda y detallada de la Doctora Beatriz

Franciskovic Ingunza resulta de carácter original y novedoso pues como pocos dentro del mundo del derecho se preocupa no solo por los humanos y la sociedad [tema ya abordado por muchos] sino que va mas allá y exhibe su preocupación por los seres que son parte de la naturaleza y que a lo largo de los años aprendieron a convivir con nosotros.

Toda esta investigación partió entonces desde la pregunta que muchos juristas hoy en día se hacen pero pocos se atreven a responder « ¿Tienen derechos los animales?» [Aranda Torres, Carrillo Burgos, Maldonado Martínez, Muñoz Terrón y Rodríguez Rodríguez, 1997]; a lo cual creo que encontramos una respuesta razonable dotada de sensibilidad animal planteada en el desarrollo del libro que además logró integrar un tema moderno en la rutinaria visión de los juristas y estudiantes de derecho. Este ejemplar además guarda una estrecha relación con

La necesidad vital de conocer más sobre este tema, no solo nos compete a los integrantes de la sociedad común o jurídica sino también a grandes ramas como la filosofía que por el ca-

rácter crítico que contiene pueden llegar a pedir grandes explicaciones a fundamentos de este u otros calibres. Empero, podemos decir para concluir que es acertada la posición tomada por la autora del libro y resulta lo más conveniente y razonable a la fecha pues está lejos de parecer una idea descabellada ante la realidad por la que atravesamos y los ojos de los clásicos juristas y legisladores, que se espera den una aprobación parcial o total a lo planteado en cuanto a los animales de compañía.

Alejandra Tito Chauca

Elizabeth Salmón et alii, *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Editorial Pontificia Universidad Católica, Lima, 2015, un volumen de 238 pp.

El libro *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad*, es un trabajo realizado por el Instituto de Democracia y de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú [IDEHPUCP] en el 10° aniversario de la celebración de dicha Convención, en el cual se busca desarrollar su contenido fundamental, explicando

por medio de diferentes autores, la perspectiva con la que se debe comprender la discapacidad, esperando que esta información llegue a la mayor cantidad de personas posibles, para que conozcan los derechos de las personas con discapacidad, y así el contenido de la convención pase a la realidad. En la presente reseña intentaremos desarrollar y comentar el contenido de 3 de los Arts. que son parte del libro, mismos que fueron escritos por Agustina Palacios, Luis Miguel del Águila y Renata Bregaglio Lazarte, editora del libro.

Agustina Palacios es investigadora adjunta del CONICET, Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Luis Miguel del Águila, es una persona con discapacidad e impulsor del movimiento por los derechos de las personas con discapacidad en el Perú, coordinador de la Mesa Impulsora de Vida Independiente y discapacidad en la PUCP, VIDIPUCP. Renata Bregaglio Lazarte por su parte es docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, coordinadora académica y de investigación del Instituto

de Derechos Humanos de la PUCP.

El primer capítulo se encuentra escrito por Agustina Palacios, este capítulo inicia haciendo una breve explicación de cómo se ha ido comprendiendo la discapacidad a lo largo del tiempo hasta llegar al modelo social de la discapacidad. Nos menciona que a lo largo de la historia se han visto marcado tres modelos sobre los cuales se han tratado a las personas con discapacidad: El modelo de la prescindencia [usado en la edad antigua, se buscaba eliminar o excluir al discapacitado], el modelo rehabilitador [mayor importancia después de la 2da guerra mundial, buscaba curar al discapacitado, una vez curados podían ser parte de la sociedad] y el modelo social [nos señala que es la misma sociedad quien discapacita a la persona, al ponerle barreras que impiden su desarrollo como el resto de personas].

La autora continua su explicación respecto a este último modelo, el cual es amparado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad [en adelante, CDPCD o la Convención], ya que se encuentra relacionado con los valores parte de los dere-

chos humanos. Menciona los diferentes conceptos relacionados al modelo social que se han establecido en la convención respecto a la discapacidad y una serie de principios que se dirigen a un mismo objetivo «que la persona con discapacidad pueda tener igual de oportunidades que el resto de personas.»

En el capítulo «La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector», Luis Miguel del Águila, el autor del capítulo, comienza haciendo un recuento de como a lo largo de los últimos 30 años gracias a la lucha de las personas con discapacidad, la ONU ha seguido un proceso de asumir el tema de la discapacidad desde un enfoque de derechos, hasta llegar a la CDPCD, enfatizando especialmente en dos principios, el de igualdad y autonomía [principios rectores de la convención], y como es que estos dos principios han sido reformulados por la Convención en base al modelo social. Respecto al principio de igualdad nos habla brevemente, señalando que la CDPCD no busca crear nuevos derechos, sino adaptarlos de modo que las personas con discapacidad puedan hacer

goce de ellos en igual de condiciones que los demás, a su vez la Convención prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad incluyendo la negación de ajustes razonables [sobre este tema se profundizará en el siguiente capítulo]. El autor profundiza respecto al Principio de Autonomía; comienza definiendo la autonomía como «la libertad de tomar decisiones», y que sin ella no podemos ejercer nuestras demás libertades y derechos, además recalca que este principio se vincula con una serie de derechos y principios que reconoce la convención a lo largo de sus Arts.. Define a la autonomía en el ámbito de la discapacidad como la negación a cualquier tipo de imposición, ser capaz de tomar decisiones propias, por lo que se vuelve fundamental el respeto a la autonomía para que exista una verdadera inclusión, teniendo en cuenta que esto no significa la exclusión de ciertos apoyos y aliados que le ayuden a ejercer esta autonomía. El autor recalca que la independencia no es sinónimo de autosuficiencia, sino más bien el control sobre la propia vida, comenzando desde lo esencial: la elección, entrenamiento, contratación o despido de los asistentes

personales. Para finalizar Luis del Águila, menciona que, desde la perspectiva del modelo social, el Estado y la sociedad, tienen la tarea de identificar y eliminar barreras, para que de esta manera la persona con discapacidad pueda ejercer su autonomía, ofreciéndole exigencias y estándares de accesibilidad, ajustes razonables y apoyos.

Renata Bregaglio Lazarte, nos habla sobre el mandato de no discriminación en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; para ello la autora comienza hablándonos sobre cómo ha sido entendido este mandato junto con el derecho a la igualdad a lo largo de los tratados de derechos humanos, señalando que si bien se encuentran plasmados en la mayor parte de ellos, su contenido no se encuentra de manera expresa y clara en ninguno sin embargo, hoy en día es claro que la igualdad y la no discriminación se encuentran vinculados pero son independientes, y juntos consagran la prohibición de un trato diferenciado arbitrario e injustificado; se resalta que no necesariamente todo trato diferenciado es un acto discriminatorio, para ello se debe analizar la

razonabilidad de la medida, es decir si se encuentra justificado. La autora también plantea la diferencia entre discriminación y la vulneración del derecho de igualdad, en el primero se diferencia a la persona en base a un motivo prohibido [sexo, religión, raza, etc.], mientras que en el segundo el trato diferenciado no se relaciona con dichos motivos prohibidos; en el ámbito procesal esta diferencia es muy importante ya que, si se realizó por motivos prohibidos, le corresponde a quien establece el trato diferenciado justificar la razón de dicha diferenciación. En el art., se menciona que si bien la CDPCD, no tiene como eje central la no discriminación, a lo largo de la Convención el mandato de igualdad y no discriminación se concreta en tres figuras que la autora pasa a desarrollar: la accesibilidad, los ajustes razonables y las medidas de acción afirmativa. La accesibilidad se ve planteada en el art. 9 de la CDPCD; consiste en la modificación del entorno para que de manera general se permita el ejercicio de derechos colectivos de personas con discapacidad; su diferencia con el diseño universal, es que si bien ambas son de carácter general [está pensada para un

conjunto de beneficiarios], en la accesibilidad, el beneficiario específico son las personas con discapacidad, mientras que en el diseño universal es para todas las personas, cabe resaltar que el Estado está obligado a adoptar medidas de accesibilidad. Respecto a los ajustes razonables, buscan dar un tratamiento desigual teniendo en cuenta su situación de diferencia, la razonabilidad de la medida considerara, la carga indebida y la consideración de los elementos de razonabilidad, respecto a este último a quien se le solicite al ajuste puede oponerse sino le parece razonable, y a diferencia de la accesibilidad, donde la modificación era general, en este caso es más específico. Por último, la autora habla sobre la cuota de empleo como una medida de discriminación positiva, refiriéndose a aquellas medidas de carácter temporal que buscan alcanzar la igualdad entre los grupos sociales.

Decidimos elegir estos capítulos, ya que estos desarrollan ampliamente el modelo social de la discapacidad, el principio de igualdad y no discriminación y el principio de autonomía, que vienen a ser el eje en que gira la Convención, y

su comprensión es fundamental para poder desarrollar los demás derechos y principios que se consagran en ella, además que también tienen un alcance práctico, permitiéndonos entender cómo es que se puede llevar estos derechos a la realidad, teniendo en cuenta que la inclusión es tarea de toda la sociedad.

En el primer capítulo, me parece importante el desarrollo histórico que realiza la autora, ya que de esa forma podemos entender la evolución del concepto de discapacidad, especialmente porque nos permite identificar los paradigmas en los que se encontraba la persona con discapacidad, y que lamentablemente en algunas ocasiones siguen siendo parte de las creencias de un grueso de la población, en este sentido el lector podrá entender que en realidad es la misma sociedad la que discapacita a la persona y no los estigmas planteados anteriormente alrededor de ella. También nos parece importante recalcar que sirve de gran ayuda el desarrollo conjunto que hace de este modelo y los principios y derechos que consagra la CDPCD

En relación al segundo capítulo que pasamos

a analizar, elaborado por Luis Miguel del Águila, en mi opinión es de los más importantes en el libro ya que desarrolla uno de los principios más difíciles de comprender tanto por la sociedad como por algunas personas con discapacidad, «la autonomía»; considerando que es el derecho que nos permite el goce de otros derechos y la base para que exista una democracia. Rescatamos especialmente el párrafo en que se ocupa de desarrollar los excesos de este principio, ya que muchas veces el discapacitado, a razón de creerse autosuficiente o la persona regular por ignorancia, suelen cometer sin medir las consecuencias que puede traer. Por último, nos quedamos especialmente con el análisis que realiza sobre la necesidad de comprender que la autonomía en el ámbito de la discapacidad no significa ser autosuficiente, sino ser capaz de tomar decisiones, pudiendo recurrir a sistemas de apoyo para así poder ejercer esa autonomía en igual de condiciones que el resto.

Del capítulo de Renata Bregaglio, hay dos puntos que parecen fundamentales, el primero es la diferencia que realiza entre el

mandato de no discriminación y el derecho a la igualdad, especialmente por su importancia procesal. El segundo punto es la explicación que realiza sobre las tres figuras que reflejan el principio de igualdad y no discriminación: la accesibilidad, los ajustes razonables y medidas de acción afirmativa; nos parece muy útil su comprensión para que estas figuras se desarrolle en el sentido práctico, y así las personas no vean estos cambios que se realizan como un trato preferencial, sino como un camino para eliminar las barreras que generan la discapacidad y alcanzar la igualdad.

Recomendamos el libro ya que los Arts. que se plantean a lo largo del documento parecen que logran con su objetivo, darnos a comprender el contenido de la Convención, recomendamos desarrollar mayor jurisprudencia de los tribunales internacionales en los capítulos relacionados al modelo social y el principio de autonomía, detalle que si se encuentra logrado en el capítulo sobre el principio de igualdad y no discriminación; además de realizar conjuntamente una comparación entre la convención con la legislación peruana para perso-

nas con discapacidad, y así analizar si los principio y derechos planteados en la Convención se ven reflejados en las normas peruanas

A razón de saber más sobre el tema de la discapacidad el Instituto de Derechos Humanos de la PUCP, ha publicado diversos libros y Arts. que pueden servir para aumentar sus conocimientos respecto a este tema, entre ellos podemos encontrar el libro «Los derechos de las personas con discapacidad mental, manual para aplicar la Convención de las personas con Discapacidad en los centros de salud mental del Perú» y Arts. como «Informe sobre derechos a la educación de las personas con discapacidad», «Amicus curiae-caso de perros guía».

Gabriela A.Saldivar Condori

Marcial Rubio Correa, *Para conocer la Constitución de 1993*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sexta edición 2017, un volumen de 340 pp.

El trabajo elaborado por el autor del referido ejemplar, es una contribución muy importante para el conocimiento público, ya que la constitución es de todos y para todos los peruanos.

En el presente libro, Marcial Rubio Correa comenta la Constitución Política del Perú de 1993 desde lo más amplio, que son los títulos, hasta lo más mínimo, que son los incisos; dividiéndose de la siguiente manera: Presentación, Introducción, TÍTULO I: De la persona y de la sociedad, en el cual estarán contenidos los cuatro primeros capítulos, Capítulo I: Derechos fundamentales de la persona, Capítulo II: De los derechos sociales y económicos, Capítulo III: De los derechos políticos y de los deberes, Capítulo IV: De la función pública, TÍTULO II: Del estado y la nación, en el cual están contenidos los dos siguientes capítulos, Capítulo I: Del Estado, la Nación y el territorio, Capítulo II: De los tratados, TÍTULO III: Del régimen económico, el cual contiene los siguientes seis capítulos, Capítulo I: Principios generales, Capítulo II: Del ambiente y los recursos naturales, Capítulo III: De la propiedad, Capítulo IV: Del régimen tributario y presupuestal, Capítulo V: De la moneda y la banca, Capítulo VI: Del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas, TÍTULO IV: De la estructura del estado, el cual contendrá 14 capítulos, Capítulo I: Poder

Legislativo, Capítulo II: De la función legislativa, Capítulo III: De la formación y promulgación de las leyes, Capítulo IV: Poder Ejecutivo, Capítulo V: Del Consejo de Ministros, Capítulo VI: De las relaciones con el Poder Legislativo, Capítulo VII: Régimen de excepción, Capítulo VIII: Poder Judicial, Capítulo IX: Del Consejo Nacional de la Magistratura, Capítulo X: Del Ministerio Público, Capítulo XI: De la Defensoría del Pueblo, Capítulo XII: De la seguridad y de la defensa nacional, Capítulo XIII: Del sistema electoral, Capítulo XIV: De la descentralización, TÍTULO V: De las garantías constitucionales, TÍTULO VI: Reforma constitucional, Disposiciones finales y transitorias, Disposiciones transitorias especiales, Declaración y Versión original del capítulo XIV del TÍTULO IV de la constitución, antes de su modificación por la ley 27680, publicada el 7 de marzo de 2002

Abogado y catedrático peruano. Actualmente, se desempeña como rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El presente libro es un comentario descriptivo realizado por Marcial Rubio Correa de los Arts. de

la Constitución Política del Perú de 1993. En el cual se podrá encontrar un comentario sobre el significado de los términos técnicos de los que pudieren prestarse a interpretaciones diversas, también se explica las razones por las cuales fueron dictadas estas normas constitucionales.

Mi opinión con respecto al libro se resume en una crítica positiva, ya que por experiencia personal con el mismo, es un ejemplar, el cual es fácil de entender y a la vez muy interesante de leer, toda esta crítica parte del punto que siendo un estudiante de derecho de segundo año pude comprender la constitución a la perfección y a la vez pude entender el punto de vista del autor, es por ello que confirmo lo mencionado en la parte trasera del libro «Para conocer la Constitución de 1993 está escrito para estudiantes de los últimos años de colegio y los primeros de universidad, que lleven cursos en los que se estudie la Constitución. También para sus profesores y para las personas interesadas en comprender los aspectos globales de nuestras normas constitucionales.»

Sería recomendable que en las ediciones futuras se

tome en cuenta la perspectiva de dos o más autores, en diversos aspectos, tales como: un punto de vista con respecto al art. 90, el cual trata acerca de la unicameralidad y otro punto de vista sobre el cómo sería si nuestra constitución cambiara en ese art. a la forma bicameral, este segundo punto de vista sería por parte de otro experto en la materia, el cual este a favor de este método, eso en mi opinión sería lo más acertado, ya que daría a conocer los puntos de vista positivos que tiene, al ser partidario de este.

Este trabajo está vinculado a la Constitución Política del Perú de 1993

Carlos A. Rodríguez González

Manuel Atienza Rodríguez,
El sentido del Derecho, Ariel,
2012, Barcelona España, un volumen de 344 pp.

En este libro el autor de manera breve, pero con la suficiente claridad, trata varios temas relacionados a la explicación y comprensión de lo que es el Derecho. A manera de resumen del contenido de esta obra, Manuel Atienza organiza este trabajo en diez capítulos, los cuales son: Por qué en el Derecho; Pero qué es el Derecho; Derecho y normas; Derecho y moral;

Derecho y poder; Las funciones del Derecho; Derecho, justicia y derechos humanos; Derechos y saberes jurídicos; El Derecho como argumentación; y, Concepciones del Derecho.

Manuel Atienza Rodríguez [Oviedo, 1951] es un jurista y filósofo del derecho español. Estudió su licenciatura en Derecho en la Universidad de Oviedo y posteriormente obtuvo el título de doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Se ha desempeñado en el ámbito académico y ha sido profesor y conferencista de numerosas universidades en todo el mundo, así como en tribunales y escuelas judiciales además es catedrático de filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante en España.

Es así que Manuel Atienza inicia su obra explicando que el Derecho es un fenómeno omnipresente en nuestras sociedades y que lo jurídico es solamente un aspecto de lo social del que no podemos prescindir si queremos entender algo del mundo que nos rodea. Y tiene razón ya que para comprobar esto solo falta examinar el periódico del día a día donde alguna de las noticias que se ven tienen aspecto jurí-

dico presente, donde pone como ejemplo el secuestro de una aeronave que es un delito un acto contrario al Derecho Penal u otros actos como el asesinato que al menos en nuestro país sucede a diario, en pocas palabras todo lo que pasa es nuestra vida cotidiana y alrededor de nosotros tiene relación con el Derecho. Pero como consecuencia de ello nosotros mismos no nos planteamos cuestiones como la de ¿Por qué existe el Derecho? O si está bien que exista, y si nuestras sociedades son o no mejores por el hecho de estar organizadas jurídicamente.

Hoy tendemos a pensar que la evolución de nuestras sociedades es progresiva, que nuestra vida es mejor que a la de nuestros antepasados y que por tanto si nuestras sociedades [sobre todo las más desarrolladas] se caracterizan por la importancia creciente del Derecho [o del mercado] entonces estos últimos son también hechos progresivos positivos.

Pero no simplemente por tener comodidades materiales nuestra vida como individuos [será más rica y feliz] ya que nuestras sociedades aun con los avances tecnológicos que no sabemos aprovechar, no es más

justa, no es más organizada ya que no hemos podido sacar provecho de ello. Y es más las «sociedades primitivas» con un desarrollo tecnológico muy bajo resolvieron mejor que nosotros problemas básicos como el de la integración social; de su «Derecho Penal» era mucho menos desarrollado que el nuestro, pero también menos cruel y más eficiente. A lo cual al principio discrepe un poco al recordar como el Derecho Penal antes hasta castigaba a las personas que se presumían eran brujos y los encerraban en un saco con un animal salvaje y los echaban al río juntos si sobrevivía era un brujo y si moría era inocente, hasta que menciono un ejemplo.

Los indios Cheyennes castigaban la muerte de un miembro de la tribu a mano de otro simplemente con pena de destierro a unos 5 años. El «juicio» por parte del consejo de la tribu iba acompañado de una purificación en la que participaban todos sus miembros excepto el homicida y su familia y con ello se lograba no solo evitar la venganza o un castigo cruel [como sin duda es la pena de prisión] sino también reforzar los vínculos sociales en momentos críticos.

Es ciertamente difícil pensar que nuestro mundo es el mundo mínimamente bien ordenado, un mundo justo. Aun dejando a un lado el hecho de que el siglo XX ha sido el más violento de la historia, ¿Cómo no considerar radicalmente injusta una situación en la que se dispone de recursos suficientes para satisfacer las necesidades básicas y no tan básicas, de todo cuanto lo habitamos, pero la mayor parte de la humanidad carece de lo más imprescindible? Uno de cada 5 habitantes del planeta pasa hambre y más de la mitad son pobres.

En resumen, las sociedades pueden hacerse en diversos sentidos, más complejas sin que ello signifique que son más justas.

Parece que hay que aceptar que el concepto de Derecho tiene una significación tan rica que tratar de expresarla mediante una definición breve puede verse como una simplificación excesiva que oculta más problemas de los que ilumina. Esto no quiere decir que se debe renunciar a contestar la pregunta ¿Qué es el Derecho?, sino elegir otra opción que no consiste esencialmente en proponer una definición, sino en procurar aclarar el concep-

to de Derecho, poniéndolo en correlación con otros conceptos que tienen una significación próxima. Los más importantes parecen ser los de «norma», «moral», y «poder».

Una forma distinta a las anteriores de contestar a la pregunta consiste en asumir una perspectiva histórica. Ya que lo que hoy es justo puede no haberlo sido en el pasado como por ejemplo ahora es justo que todos voten en las elecciones hombres y mujeres por igual, pero antes era injusto que solo los hombres tengan el derecho a votar.

Hay quienes han caracterizado al Derecho como un sistema de control social, sin embargo, al identificar cuáles son estas funciones sociales no existe un acuerdo completo. Por ello, y reconociendo que el Derecho puede considerarse como un sistema muy complejo de control social, el autor describe cual es este concepto de control social y en dónde opera en relación al Derecho, además de su relación con el cambio social. La justicia viene a ser el valor jurídico que por excelencia debe perseguir el Derecho, sin embargo, este concepto de justicia no es fácil definir de forma unánime ya que a su

vez significa el contenido de otros valores como son la igualdad, la libertad y la seguridad.

En base a lo anterior, el Derecho tiene un enfoque argumentativo y explicativo, por ello, Manuel Atienza desarrolla lo referente a la argumentación, sus líneas argumentativas, sus concepciones, la diferenciación entre buenos argumentos y argumentos falaces, y la distinción entre la argumentación jurídica y la judicial. Pero no se queda solamente en esto, sino que además desarrolla el tema de la interpretación, sus métodos y teorías, para hacer más completo el desarrollo de este enfoque del Derecho.

Para finalizar su obra, Manuel Atienza expone las diversas concepciones y sentidos que se le han dado al Derecho de tipo occidental del siglo XX, describiendo el formalismo jurídico; el realismo jurídico; el normativismo; el iusnaturalismo; y el marxismo jurídico, para concluir en cuál es la situación actual de estas. Además de describirlos, señala quienes son sus autores y las diferencias entre ellos.

Un punto muy importante que sacare a relucir es sobre la interpretación

ya que juega un papel importante en el Derecho, porque no es algo dado en las leyes, sentencias, etc. Sino que consiste en atribuir sentido o significado a un texto problemático cuyo significado es dudoso. El significado de que es el derecho es diferente para cada persona, pero yo me quedo con la idea de fondo que me transmitió Atienza que es que, lo que da sentido al Derecho no puede ser otra que la aspiración a la justicia o para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia. Atienza en un filósofo en todo sentido de la palabra, es decir es una persona cuya actividad principal es la comprensión del mundo.

En este libro Atienza acepta el reto de contestar a la pregunta ¿Qué es el Derecho? esta obra nos ofrece un conocimiento básico para la formación teórica, recomendada para estudiantes que comienzan la carrera de Derecho, como para juristas y personas ajenas al mundo profesional del Derecho. Un libro que sin duda te hace razonar y más aun a pensar como razonamos.

Manuel Atienza también es autor de otras obras que tienen relación con esta

cuyos títulos son: Ilícitos atípicos; Tras la justicia; Marxismo y filosofía del Derecho; La guerra de las falacias; Contribución a una teoría de la legislación; Derecho y argumentación; Las piezas del Derecho; y Las razones del Derecho. Estas son algunas de las muchas obras que tiene Atienza donde siempre resalta la claridad de sus palabras.

Diana Valeria Jara Carrasco

Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, un volumen de 478 pp.

En el presente libro se hace un estudio sobre los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, pues se agrega una valoración crítica de lege ferenda como de lege lata; definiendo con toda rigurosidad la delimitación aplicativa de los delitos y fijando el ámbito de protección de la norma.

Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre es Abogado por la Universidad San Martín de Porres [USMP], con Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos [UNMSM], realizo estudios de post grado en la Universidad Castilla La Mancha [UCLM] – Espa-

ña, es profesor de Derecho Procesal Penal en la UNM-SM, profesor de la Academia de la Magistratura, Fiscal Superior y Jefe de la Oficina de Cooperación Judicial, Internacional y Extradiciones de la Fiscalía de la Nación; autor de innumerables libros de gran aporte para el mundo jurídico nacional y escribe artículos en las más prestigiosas revistas jurídicas del país.

El trabajo de Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre es muy importante, pues realiza un análisis respecto a las amenazas más graves que afronta nuestra sociedad actual, que es la afectación de bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos, aquellos que constituyen el pórtico de valores consagrados constitucionalmente, cuyo carácter ontológico adquiere reconocimiento normativo en todos los niveles y esferas del ordenamiento jurídico.

En la misma se realiza un estudio minucioso de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; parte especial del Código Penal Peruano, así como sus elementos y teorías; dividiéndose de la siguiente manera: Primera parte, denominada homicidio que

consta de doce capítulos, en los cuales analiza el autor el delito de homicidio, asesinato, asesinato por la condición de la víctima, parricidio, feminicidio como delito de odio, sicariato, homicidio bajo emoción violenta, infanticidio, homicidio culposo, homicidio a ruego e instigación al suicidio. Segunda parte, denominada aborto que consta de ocho capítulos, en los cuales el autor analiza los aspectos generales del aborto, el autoaborto, el aborto consentido, el aborto no consentido, el aborto agravado por la calidad del autor, el aborto preterintencional, abortos atenuados y descriptivos y el aborto ético o sentimental; en esta segunda parte el autor señala que la política criminal del aborto debe ser amplia, no puede apostar a una visión restrictiva de las cosas, de apuntalar únicamente a una criminalización a toda consecuencia, puede resultar nefasto e inhumano en algunas oportunidades. En tal virtud, el estado a partir de políticas sociales concretas debe orientarse a tutelar el derecho del concebido, la integridad de la madre y lanzar verdaderos programas de planificación familiar, mediante la impartición de métodos pre-

ventivos los cuales no pueden ser calificados como abortivos; además señala que se debe asumir una propuesta despenalizada, que es en aparte una posición liberadora, ser flexible en orden a evitar que la intervención del derecho penal se convierta en un arma represora de los derechos fundamentales, además dice que una concepción antiabortiva promueve la discriminación, en las clases más favorecidas si las mujeres embarazadas no desean tener un hijo, no supone mayor problema para ellas desplazarse a un país europeo, donde el aborto no constituye un delito para poder interrumpir el embarazo con la más completa impunidad. Tercera parte, llamada Lesiones que consta de ocho capítulos, en los que el autor analiza los aspectos generales de las lesiones, lesiones graves, lesiones leves, lesiones agravadas y lesiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, lesiones con resultado fortuito, lesiones culposas, lesiones al feto y determinación de la lesión psicológica. Por último la Cuarta parte, nombrada Exposición a peligro o abandono de personas en peligro, que consta de cinco capítulos en los que

el autor analiza la exposición y abandono de personas incapaces, omisión de socorro y exposición al peligro, omisión de auxilio a persona en peligro, exposición a peligro de persona dependiente y circunstancias agravantes por el resultado.

En la investigación realizada Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre se realiza un estudio minucioso tanto dogmático como de política criminal de los delitos contra la vida, cuerpo y la salud, pues la abultada cifra de criminalidad de los delitos que la representan, ha sobrepasado con creces el umbral de la estadística que comúnmente se amalgamaba en los anales de la justicia.

En cuanto a la valoración del texto podemos afirmar que es adecuado, tiene perfecta coherencia y está cohesionado, por lo que es un buen texto [gramatical y textualmente hablando].

Vemos que estos temas tratados por el autor son temas actuales, pues se puede escuchar por la radio y la televisión, terribles noticias de asesinatos, lesiones, muertes de madres por realizarse abortos clandestinos, feminicidios, etc. El autor en mi opinión da un estudio muy com-

pleto de estos temas que provocan que el lector siga leyendo, que es lo que a mí me paso por ejemplo con el homicidio por lucro y el aborto que son temas muy interesantes y se puede apreciar la valoración y los distintos puntos de vista del autor como de otros autores que cita y así poder adquirir conocimientos de estos temas, por ejemplo coincido totalmente con el autor cuando señala que actualmente el Perú afronta una regresión en el campo de los derechos sexuales y reproductivos, pues en vez de avanzar nos encontramos en un franco retroceso, producto de políticas pseudoconservadoras que penetran en esferas que nada tienen que ver con el Derecho Penal.

En consecuencia recomiendo leer el texto de Alonso Peña Cabrera Freyre.

Dentro de su relación con otras obras tenemos:

R. Peña Cabrera, *Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la vida cuerpo y la salud*.

J.M. Valle Muñiz, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*.

J. J. González Rus, *Formas de homicidio* [II]

M. Bermúdez Tapia, *Ju-*

risprudencia penal actual.

Camila Milagros Jaén Sánchez

Alfredo Lovón Sánchez, *Nulidad de cosa juzgada fraudulenta en el Código procesal civil*, Cromeo, 2018, un volumen de 210 pp.

El trabajo realizado por el abogado egresado de la UCSM. Magíster en Derecho civil, Magíster en Derecho Procesal, Doctor en Derecho, Docente de la UCSM, nos habla sobre la teoría general del fraude, analiza la evolución histórica, casos en el Perú así como en otros países, su regulación en el código, etc; dividiéndose de la siguiente manera: Primer capítulo, denominado Teoría general del fraude en el cual el autor analiza antecedentes históricos, concepto del fraude en general, ámbitos en los que se produce el fraude, las clases de fraude, quiénes cometen fraude en el proceso el juez; las partes; o colusión, la regulación del fraude en el CPC peruano de 1993 y el fraude de las partes en el proceso, el fraude en el proceso o también otras denominaciones como revisión civil la cual es un antecedente de lo que conocemos ahora como fraude procesal, fundamentos y la natu-

raleza del fraude procesal. Segundo capítulo, denominado Fraude procesal en otras legislaciones y en el derecho internacional en el cual el autor analiza el fraude procesal en distintos países latinoamericanos como por ejemplo Brasil; Venezuela; Chile; Costa Rica; etc, el fraude en el Derecho Internacional el caso de la Corte Interamericana de Derecho Humanos Jorge Carpio Nicolle contra Guatemala, antecedentes; descubrimiento del fraude y sentencia del arbitraje internacional caso de Venezuela contra Reino Unido en este caso analiza específicamente los antecedentes, el mismo proceso, el fallo así como el descubrimiento del fraude y la denuncia de Venezuela a la decisión del Tribunal Arbitral ante la ONU. Tercer capítulo, denominado El proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta en el Código Procesal Civil Peruano de 1993 en el cual se analiza la naturaleza jurídica de la NCJF, sus características, presupuestos, la pretensión, la respuesta a la acumulación objetiva de pretensiones, legitimación tanto activa como pasiva, causales, medios probatorios, Juez competente, plazos para demandar; el fraude des-

cubierto intra-proceso; los efectos de la sentencia y en la última parte nos presenta conclusiones sobre los presupuestos, pretensiones, la legitimidad, los medios probatorios etc, también nos presenta sugerencias a las mismas conclusiones que se hace y por último la propuesta de redacción legislativa del Art. 178 sobre Nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

La investigación realizada por el Dr. Alfredo Lovón Sánchez escrutó diversos aspectos de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta establecida en el Título VI art. 178 del Código Procesal Civil Peruano, explicando tanto antecedentes históricos, conceptos, y lo más importante casos de la vida real, esto hace a la obra perfecta no solo para obtener la doctrina sino saberla utilizar, es por eso que recomiendo leer esta obra para así eliminar tal vez uno de los problemas más graves de todo proceso, de todo país. Como se ve, es un estudio integral del tema el cual contiene interesantes conclusiones teóricas y prácticas, y como lo dijo el Doctor Lovón: "El proceso judicial es el método de debate por el cual dos antagónicos someten la resolución de su conflic-

to de intereses a un tercero imparcial que es el juzgador, y tiene por finalidad erradicar el uso privado de la fuerza en la sociedad. El proceso judicial en el plano práctico tiene gran incidencia en la vida de las personas, pues a través de él se decide acerca de la vida, la libertad, el patrimonio, y las relaciones familiares". A mi parecer no ha podido ser explicado mejor pero básicamente lo que quiere hacernos llegar al autor es que en estos tiempos lo más importante es cómo regulamos nuestros problemas y eso es mediante el Derecho tanto civil, penal, laboral, constitucional, etc y cada uno de estos nos ayuda a llegar a la verdad mediante el proceso, de suma importancia ya que si hay fallas en este no llegaríamos ni llegaremos a ese fin tan anhelado que es la justicia por eso erradicar todas las enfermedades, plagas de este proceso como lo es el fraude.

Leonel André Canales Vásques

Luis Jiménez de Asúa, *Libertad de amar y derecho a morir: ensayos de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*, Depalma, 1984, un volumen de 438 pp.

La estructura de esta obra, consta de tres ensa-

yos, el primero "Aspectos jurídicos de la Eugenesia y de la Selección", el segundo "Eutanasia y homicidio por piedad" y por último el tercer ensayo "Endocrinología y delincuencia", todos escritos por Luis Jiménez de Asúa quien fue un Jurista y político español, profesor de derecho penal en la Universidad de Madrid desde 1918, desarrolló luego su labor docente en diversas universidades hispanoamericanas durante la dictadura de Primo de Rivera, además se desempeñó como vicepresidente del Congreso de los Diputados y representante de ese país ante la Sociedad de Naciones. Durante la dictadura franquista se exilió en Argentina.

En este libro el autor trata temas desde una perspectiva intelectual progresista, abogando por la educación sexual de los jóvenes, el control de la natalidad, la reducción de las penas impuestas al delito de aborto, por la unión libre en lugar del matrimonio indisoluble y por la separación de las relaciones sexuales y la procreación. Jiménez de Asúa, aborda, como pionero, el análisis penal de la eugenesia y rompe con la dualidad de los cánones que monopoli-

zan este tema en el campo de la sociología y la medicina. La entiende como el estudio del control social para engendrar bien, con miras al mejoramiento de las características tanto intelectuales como físicas, busca mejorar la raza.

En el primer ensayo nos habla de los males venéreos como delito en caso de contagio, dando pie a la exigencia de un certificado médico prenupcial, el cual no tiene mucha utilidad, ya que mientras una persona está pasando por esta etapa para poder casarse, otra persona ya procreó y contagió a alguien sin que siquiera pasara por su mente la idea de un matrimonio y mucho menos tener certificado médico. Por otro lado, también nos habla de la supuesta capacidad que tienen las mujeres en limitar o agrandar su descendencia, digo supuesta porque el autor también nos habla de cómo condenan la esterilización y el aborto en la mayoría de casos. También nos dice que significa para él La Libertad de Amar, nos dice que es algo independiente del Estado, éste no puede mezclarse en los sentimientos y emociones de los humanos, sin embargo si puede utilizar mecanismos, como leyes,

para igualar a todos los humanos ante una relación de pareja.

En el segundo ensayo el autor se enfoca más en el tema de la eutanasia y homicidio de petición, primero define los términos, incorpora un análisis de los hechos históricos en estas áreas, nos habla de la doctrina y las legislaciones vigentes para llegar al enfoque jurídico sobre el homicidio piadoso, trata también la sensibilidad social que nos lleva a pensar en el derecho que tenemos de morir dignamente y que los hospitales a los cuales asistimos no solo cuenten con servicios que nos ayuden a recuperarnos de las enfermedades que podemos tener, sino también que nos ayuden al necesario, natural y amargo trance de la muerte.

En el tercer ensayo se enfoca en la relación que existe entre la endocrinología y el delincuente, este ensayo está muy ligado a lo que es la ciencia de la criminología y a las teorías de Cesar Lombroso, nos habla de los tipos de delincuentes y las posibles soluciones aplicadas a través de la historia, sin embargo el autor nos dice que si bien el estudio de la endocrinología nos puede llevar a so-

luciones respecto a los delincuentes, no es la única solución, no nos podemos centrar solo en esa rama de la medicina, ya que la Criminalidad es mucho más que eso, es tan compleja que se relaciona con distintas disciplinas, finalmente nos dice que los que interpretan toda la Criminología como Endocrinología estarán yendo por un ruta unilateral, simplista y en ocasiones errónea.

En mi opinión esta obra, para ser del año 1946 trata muchos problemas que se llevan a cabo actualmente, si bien el tema de la eugenesia lo vemos desde la Segunda Guerra Mundial,

nadie hablaba de eso, era un tema tabú, siendo Jiménez de Asúa de los primeros en escribir de este tema y hacerlo de forma clara y no solo teniendo en cuenta su opinión, sino también citando a varios juristas de la época.

Este libro tiene relación con el discurso de Mariano Ruiz Funes «La criminalidad y las secreciones internas» y su obra «Endocrinología y criminalidad», ambas concuerdan con que la endocrinología es una buena vía para descifrar los delitos y todo lo que esto conlleva.

Camila Valeria Valdivia Robles

Nuestra Facultad

**Docentes de la Escuela Profesional de Ciencias Jurídicas y
Políticas**

Agramonte Mostajo, Juan Carlos
Amado Mendoza, Ana María
Amat y León, Sebastián
Armaza Armaza, Manuel
Bustamante Zegarra, José Fernando
Cáceres Arce, José Luis
Camargo Riega, Alberto
Cano Suárez, Berly Gustavo
Carrasco del Carpio, Benjamín
Catacora Molina, Mary Luz
Chirinos Pacheco de Riveros, Claudia
Dávila Mercado, Javier Fernández
Escarza Benites Julio
Falconí Picardo, Marco Tulio
Fajardo Passano, Patricio
Fernández Huaranca, Julio Martín
Fernández Salguero, James Carlos
Farfán Rodríguez, William
Ibarra Valdivia, César
Lazo Bezold, César Fernando
Lazo Cornejo, Lelia
Lovón Sánchez, José Alfredo
Manrique Linares, Ángel María
Matos Zegarra, Mauricio
Montes de Oca Valencia, Carlos
Neyra Amat, Carlos Alberto
Parada Gonzales, José Luis
Pari Taboada, Mauro
Peralta Franciz, Saulo
Polanco Gutiérrez, Carlos
Ramírez Cueva, Gelber
Rivera García, Eduardo Alonso
Rodríguez Martínez, Carlos Alberto
Suárez Zanabria, José Alejandro
Tejada Pacheco, Neil Hernán
Torreblanca Lazo, Gabriel
Valdivia Cano, Juan Carlos
Valdivia Corzo, María Gracia
Yucra Quispe, José Luis
Zegarra Flores, Gerardo

Docentes de la Escuela Profesional de Ciencia Política y Gobierno

Arce Espinoza, Mario
Carrasco del Carpio, Benjamín
Falconí Picardo, Marco Tulio
Fernández Huaranca, Julio
Gamero Juárez, Roberto
Manrique Linares, Ángel María
Medina Rivasplata, Anthony
Tejada Pacheco, Neil Hernán
Vargas Gutiérrez, José Luis

Autoridades

Gabriel Torreblanca Lazo – Decano
Alfredo Lovón Sánchez – Jefe del Departamento Académico de Ciencias Jurídicas
Juan Carlos Agramonte Mostajo – Director de la Escuela Profesional de Derecho
Marco Falconi Picardo – Director de la Escuela Profesional de Ciencia Política y Gobierno
Mary Luz Catacora Molina – Directora del Consultorio Jurídico Externo
Patricio Fajardo Passano – Responsable del Proceso de Acreditación
Carlos Montes de Oca Valencia – Coordinador de Segunda Especialidad

Miembros del Consejo de Facultad – Docentes

Agramonte Mostajo, Juan Carlos
Amado Mendoza, Ana María
Falconi Picardo, Marco
Lovón Sánchez, Alfredo
Matos Zegarra, Mauricio
Suarez Zanabria, José
Torreblanca Lazo, Gabriel

Miembros del Consejo de Facultad – Alumnos

Benavides Catacora, Laura
Cáceres Rosado, Joaquín
Chuquitarqui Puma, Andrea

Quiroz Gómez, María Paula

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

Chavez Portugal, Alejandra
Baylón Lazo, Madyori
Rivera Neyra, Julissa
Rosas Lazo, Dunnia

Publicaciones de nuestros profesores

Armaza Galdos, Julio–Armaza, Emilio José, *Determinación culturalmente condicionada*, Ed. Pangea, Arequipa, 2018 [un volumen de 78 pp. + Colofón]

Lovón Sánchez, Alfredo, *Nulidad de cosa juzgada fraudulenta en el Código procesal civil*, Ed. Cromero, Arequipa, 2018 [un volumen de 210 pp.]

Valdivia Cano, Juan Carlos, *El caso de Adán, ética moderna y moral tradicional en el Derecho peruano*, Ed. Fondo Editorial de la UCSM, Arequipa, 2018 [un volumen de 176 pp.]

Necrología

El 3 de octubre dejó de existir el señor Dr. Oscar Díaz Velarde, antiguo profesor de Derecho procesal civil en nuestra Casa de Estudios.

El día 18 del mismo mes, falleció el señor Dr. Francisco Chirinos Soto, ex profesor de Derecho penal en nuestra Facultad.

Noticias sobre exalumnos

Acaba de ascender al Grado de General de la Policía Nacional del Perú, el señor Roberto Burgos del Carpio, integrante de la promoción 1983 y condiscípulo de otro exitoso profesor, el Dr. Carlos Ramos Núñez, Magistrado del Tribunal Constitucional.

Sus compañeros hicieron llegar a esta Revista afectuosos saludos.

Anexo

EL ASESINO DE BARRES

César Vallejo

M. Pierre Laval, nuevo Ministro de Justicia de Francia, acaba de prohibir el ingreso del público a las audiencias judiciales. Antes, las gentes ociosas y sin dinero para pagar un teatro o una sala de baile, podían distraer su aburrimiento en la sala de los tribunales, sin que les costara gran cosa. Unos cuantos minutos de espera en los patios historiados, unos pisotones, unas súplicas a los guardias y adentro, se ha dicho. Espectáculo de gran interés, el de estas audiencias, en que se ponían a la tinta edificantes matices ambientales de la urbe. Había espectáculo de los criminales, jueces, testigos, fiscales y abogados, por una parte, espectáculo del público, por otra, y, por cuerda separada, espectáculo del público y de la máquina de la justicia, juntos. ¿Qué más se podía pedir? Las gentes salían completamente satisfechas. No les había costado dinero. De un teatro salen las gentes, por lo general, insatisfechas, porque el espectador cree casi siempre, allá en los acordeones estético-económicos de su corazón, que la sesión teatral no valía lo que ha pagado: hacía mucho calor o el protagonista era malo o el decorado insípido o el vecino de la butaca espía o el empleado estuvo descortés... En cambio las audiencias de París colmaban a las gentes de una emoción desinteresada, perfecta, inobjetable. No hay que añadir la intensidad y amplitud artística de cada audiencia: la tragedia, el drama propiamente dicho; a veces, la comedia, el vaudeville, el sainete cómico y hasta la farsa del guignol, el género bufo, la ópera y aun la danza. En ocasiones, para ciertas demostraciones médico-legales, se daba cinema y las artes ocultas prestaban importantes servicios, en todo cuanto se relaciona con el mundo astro-

lógico de los destinos.

Pero he aquí que de repente M. Laval, que pertenece a un grupo juvenil y revolucionario del Parlamento francés, como Herriot, como Jouvenel, como Lamoureux y otros, viene a quitarnos tan copioso espectáculo, por el solo temor de que los estrados judiciales se conviertan, por el ejemplo en escuela de delincuencia. Un grueso de la población parisiense ha quedado sin diversiones. La vida ha encarecido más, puesto que ahora muchos tienen que distraerse pagando. El teatro y el cinema se ven obligados a derramar o a fingir que se derrama —que para el caso es igual— más sangre en el tablado y en la pantalla, en compensación a la sangre que ya no se ve en las salas judiciales. En fin, M. Laval, no sabe acaso en la que se ha metido.

Aparte de estos inconvenientes colectivos del decreto prohibitivo, cada cual sufre, por separado, alguna resonancia particular. Entre los antiguos clientes de las audiencias, conozco a un corredor de una agencia de Wagons-Lits, en quien aquel decreto no ha logrado destruir el hábito que podríamos llamar judicial o, si queréis, policial. Este bravo iniciado en los affaires de la justicia penal, ha empezado a hacer intrincadas gestiones encaminadas a adquirir una colección de armas famosas, de aquellas que han servido a grandes? criminales. Su creencia es que la empresa es hacendera y que la colección podría luego servir en gran medida al Estado, a la Ciencia, a la Humanidad.

En París todo es posible. De buenas a primeras, sucede una cosa y sanseacabó. De ello es buena prueba la conducta de este otro tipo, extrañamente judicial o judiciable, que vais a conocer enseguida. Tipo extrañamente judicial, porque no es, como el corredor de Wagons-Lits, un tipo catalogable en tal o cual casilla judicial, sino que está dentro de la justicia, sin dejar de estar fuera de ella.

M. Ferand Scatel, es un jurista de la Sorbona, que, ¡cosa original! se interesa mucho por la vida de América. He estado ayer con él, en el célebre café Boeuf sur le Toit de Montmartre tomando el aperitivo. Un joven ingresó a la sala y pasó a estrechar la mano de M. Scatel. M. Delfau, que así se llama el mozo, tendrá unos 34 años: es elegante aunque magro y muy nervioso. Me pareció haberle visto. Me pareció haberle visto precisamente en una audiencia judicial, pues Delfau tiene un aire asaz judicial. Si no lo he

visto en las tribunas de una audiencia, como espectador, debo haberlo visto en la mesa de un tribunal, en una silla de defensor, en un cordón de policías, en una fila de testigos o en un banco de acusado.

Esta amistad con Delfau, tipo judicial, con Scatel, abogado, se me antojaba perfecta, por la comunidad de aire de audiencia, que tenían ambos. Hay amistades que están muy bien.

Pero como lo supe después, M. Delfau no ha sido nunca abogado, juez, testigo ni policía y ni siquiera alguacil. M. Delfau no ha sido criminal. Ni espectador en las audiencias. Su extraña atmósfera judicial le venía de un rol que él ha jugado y que no me decido a calificar de rigurosamente judicial. M: Scatel, jurista de la Sorbona, tampoco se decide a calificar ese rol de judicial y ni siquiera de delictuoso. M. Delfau asesinó a Maurice Barrés. Pero creo que he dicho mucho. El propio M. Delfau se contenta con decirnos a M. Scatel y a mí, mientras sorbe su copa de amourette:

—Yo debía haber asesinado a Barrés, el mismo día en que murió de pleuresía. Es decir, no iba yo a asesinarle, sino a castigarle, como castiga un juez a un criminal o como guillotina un verdugo a un condenado.

Los lectores podrán imaginarse nuestro asombro ante tales palabras. Pero, como ya dije, en París todo es posible. M. Delfau nos habla largamente:

—Mi acción se redujo, por desgracia, solamente a dejarle morir por su cuenta, en la medida de un médico que deja morir a un enfermo o de un testigo que deja condenar a un asesino o de un acusador que exige ardientemente una pena capital o de un guardia, que, por dormir, permite una gran puñalada...

—No digo como un abogado que deja condenar a un acusado, ni como un acusado que no se defiende, porque usted [baja la voz Delfau, dirigiéndose a Scatel] es abogado y porque yo me estoy acaso acusando ante ustedes:

M. Delfau cruza las piernas y añade en tono dramático:

—Barrés, aunque por cuenta propia murió de todos modos, era un mal escritor, es decir, un gran criminal. Los dadaístas le juzgaron en audiencia literaria. Pero ése no era el caso. Cocteau dijo de él que hacía pensar en los cadáveres hinchados de miel de los embalsamadores grie-

gos. Pero tampoco era el caso. A los malos escritores hay que asesinarlos, como se asesina a los gobernantes. Hay que asesinar a los malos escultores a los malos músicos, con mayor razón que a los políticos. Ya en Múnich se ha asesinado al célebre actor Schollosser, en el instante en que jugaba desastrosamente un papel teatral. En Tokio, se ha hecho otro tanto con Koyague, el pintor, en el curso de una sesión de retrato: el conde de Masakoru, que posaba, desesperado de una tela en que se le estaba maltratando, disparó su revólver sobre el artista. Yo pensaba asesinar a Barrés por ser mal escritor. Sé que luego se me habría linchado por acción nacional. Yo mismo me habría entregado a la Justicia. Se quiere asesinar a Clemenceau en París y a Mussolini en Roma. ¿Por qué no asesinar en París a Barrés y en Roma a D'Annunzio?... La mala literatura es un gran delito no ya sólo de Estado sino de Humanidad.

« ¡Por este gran crimen de ser mal escritor, yo pensaba asesinar a Barrés, es decir, castigarle en sanción de hombre a hombre! Yo pensaba castigarle el mismo día en que murió de pleuresía. Más me consuela, al menos, el haberle dejado morir por su propia cuenta. En efecto Barrés envejecía y yo lo dejé envejecer. Barrés sufría, en todo su corazón de diputado, la burla de los jóvenes libres y electores y yo dejé que las sufriera. Barrés llegó a toser con frecuencia y yo también lo dejé toser. Horas tuvo de traidoras rachas de mal viento al asomar a sus ventanas del Bois de Boulogne, y yo dejé que le azotaran esos vientos. A Barrés le llegó a faltar la muerte, mientras le rebosaba la voluptuosidad y se le sovietizaba en silencios demócratas la sangre, y yo le dejé con su sangre, su voluptuosidad y su muerte. Porque menester es que se sepa que Barrés murió a causa de padecer de una carencia de muerte. Es muy importante que se sepa esto. Barrés murió de falta de muerte».

«Al revés de lo que acontece al común de los hombres, que mueren de falta de vida, a Barrés le mató la falta de muerte, lo que, por lo demás no ha de llevarnos a confundirle con los grandes hombres que también mueren de falta de muerte».

«Sébase que en los grandes hombres, la muerte por falta de muerte pone fin a esa muerte enrarecida, mientras que en los hombres menores, que están aún por debajo del común de las gentes, la muerte por falta de muerte

pone fin a una vida exuberante, como la de Barrés, verbigracia».

«Cristo y Judas son un bello ejemplo de estas dos clases de muerte por falta de muerte. Son el grande hombre y el sujeto menor. Entre ambos están los demás, están ustedes, yo y la generalidad de las gentes, que morimos por falta de vida. Estas sutilezas son muy importantes. Paul Valéry piensa que él vale lo que le falta, puesto que él posee la ciencia clara y profunda de lo que le falta. Un gran resorte de sabiduría consiste, pues, en el conocimiento de lo que nos falta: vida o muerte, dinero o hermosura, odio o amor...».

M. Delfau ha tomado al final de sus explicaciones una terrible expresión de santo. Es el asesino de Barrés, el que debió asesinarle. Ya lo pensaba yo desde el primer momento de conocerle: este mozo es un tipo extrañamente judicial.

Está escrito que en París todo es posible. De buenas a primeras sucede una cosa y sanseacabó.

[Tomado de *Variedades*, núm. 958, 10 de julio de 1926].

LA BANALIDAD DEL MAL, EL CASO EICHMANN

Juan Carlos Valdivia Cano

Los seres humanos no tenemos naturaleza [aunque seamos parcialmente partícipes de su reino] sino historia, es decir conciencia de lo que somos a través del examen y la interpretación del pasado y su recreación [especialmente la del pasado oculto]. El historicismo jurídico es esa corriente de pensamiento que reivindica el hecho que los seres humanos somos producto del tiempo y del espacio y que el derecho, como hecho humano, surge más o menos espontáneamente a partir de la experiencia, de la idiosincrasia o identidad de los pueblos, de las entrañas de su historia, que el jurista sistematiza y el legislador convierte en ley.

Aún en Alemania donde surgió el historicismo jurídico nacionalista de Putcha y Savigny, ese derecho no era puramente germánico sino romano germano y tal vez más romano que germano. Savigny, profesor de Marx, es su representante más importante. Era un derecho mestizo, como el nuestro, que es más romano germánico que andino, en todo caso. El historicismo jurídico es ante todo historicismo. Una tendencia que no es solo diferente pensamiento jurídico sino también un distinto sentimiento y en general distinta cultura, distinta *welthanschauung*, como se dice en alemán «cosmovisión».

Todo ello en un contexto de consolidación de los estados [y egos] nacionales europeos, que parieron el nacionalismo y la carrera por el desarrollo competitivo entre los modernos estados nación en el siglo XIX. Carrera en la que Alemania e Italia se retardaron fatalmente. El costo de ese retraso se apellida totalitarismo fascista, que

en este caso específico se presenta como nihilismo nazi: « Han sido los primeros que han construido un Estado basándose en la idea de que nada tiene sentido y que la historia no es sino el azar de la fuerza » [Camus,166], como lo anotaba Albert Camus en « El hombre rebelde »: « La paradoja insostenible de Hitler, decía Camus, ha sido justamente querer fundar un orden estable sobre un movimiento perpetuo. Rauschning, en su Revolución del nihilismo, tiene razón cuando dice que la revolución hitleriana era un dinamismo puro, un movimiento indetectable que no va a ninguna parte, o que va hacia la nada» [Id] Nihilismo viene de nihil, que quiere decir « nada» justamente.

El romanticismo alemán representa «el clima cultural de Alemania al momento que irrumpe el historicismo jurídico» [Vigo, 145]. Y esto no es un simple dato. «Aquel movimiento enfrenta al iluminismo [o Ilustración], al imperio de la razón. Y por oposición a ésta, destacará el valor de la historia, de los sentimientos, de los grupos orgánicos configurados en naciones...», como aclara Rodolfo Luis Vigo [Id.].

Vigo establece algunas otras características del historicismo jurídico: «la concepción espiritualizada de la naturaleza; el carácter comunitario de los análisis sociales, políticos o jurídicos, asignándosele a cada pueblo un alma particular; la interpretación artística y poética de la realidad; la decidida oposición al iusnaturalismo racionalista, que lleva del historicismo al positivismo; el privilegiar el derecho consuetudinario frente al derecho legislativo» [Id].

Las cosas en derecho no solo suceden en la mente sino también en los cuerpos que están en el tiempo y el espacio, siempre determinados y determinables. Tener historia significa que no se sigue el instinto o la causalidad «natural», sino que uno mismo se la hace, se la construye, con las grandes y pequeñas decisiones de todos los días, hasta el día de la muerte. Un asunto de historia jurídica elemental, por ejemplo, es el papel de la pertenencia a una u otra familia jurídica en occidente: la romano germánica o la anglosajona. Es un factor decisivo en la configuración y la práctica de los sistemas jurídicos nacionales. El que se dé más peso a una u otra fuente jurídica no es un dato cualquiera: legislación versus jurisprudencia, por

ejemplo.

Pero en cuanto a la vinculación al asunto Eichmann y el juicio en Jerusalén, donde se aplicó el derecho hebreo y no el alemán, el origen jurídico familiar, romano o anglosajón, deviene impertinente, no solo porque no se aplica el derecho alemán, sino porque el Estado nazi es uno de desvinculación jurídica total, un estado anti jurídico formalmente jurídico : una vuelta política completa para hacer del crimen y la discriminación un objetivo perfectamente legal: lo hace posible ese tipo de estado.

El derecho romano germánico quedó derogado con el nihilismo nazi, porque con el quedó derogado todo sentido del derecho, porque nada lo tiene. No hay sentido ni fines objetivos. Solo queda el poder puro, sin principio alguno, sin ética alguna. Y un derecho sin ética, valores o principios, no es derecho. Todo era la voluntad de Hitler, cuya personalidad juega un papel decisivo, conjuntamente con otras condiciones históricas.

En una entrevista al célebre sicólogo C.G. Jung, el famoso periodista H. R. Knikerbocker le pregunta por la casi nula influencia de Hitler fuera de Alemania y el unánime fervor fanático dentro de ella. Los alemanes se postraron ante el führer. Y Jung contesta que «la razón es que Hitler es el espejo del inconsciente de cada alemán, el portavoz que amplifica los susurros inaudibles del alma alemana y los vuelve accesibles a la oreja del inconsciente [...] El poder de Hitler no es político: es mágico» [Jung, 99]. « ¿Qué entiende por mágico? », pregunta el premio Pulitzer norteamericano. Y Jung responde:

«Para comprender esto, es necesario saber qué cosa es el inconsciente. Es un parte de nuestra constitución sobre la cual tenemos poco control y que engrana toda clase de impresiones y sensaciones; contiene pensamientos y aún conclusiones que ignoramos [...] Se mantienen por debajo del suelo de la conciencia. Pero todas estas impresiones subliminales son registradas; nada se pierde [...] Alguien puede hablar con una voz apenas audible en la pieza vecina mientras que hablamos aquí. No le damos importancia, pero dentro del inconsciente la conversación se ha grabado con tanta precisión como en una grabadora. El secreto del poder de Hitler no radica en que su inconsciente sea más rico o más lleno que el de ustedes o el mío. Su secreto es doble; primeramente, su inconsciente acce-

de de manera excepcional a la conciencia: y en segundo lugar, Hitler deja actuar al inconsciente en él [en Hitler] [...]. El verdadero líder es conducido» [Id.]

El historicismo es un esfuerzo de recuperación y revalidación de la realidad tempo espacial concreta y viviente, de la historia y también las reflexiones e interpretaciones que se derivan de esa realidad histórica. En aparente o real contraste con el racionalismo deductivista y abstracto, que a la par que sobredimensiona el papel y el valor de la razón y la ciencia sin ver claramente sus límites, desmerece las facultades o potencias humanas no racionales, que el romanticismo reivindica: la totalidad como paradigma. «La verdad es el todo», decía Hegel.

Y el historicismo es romanticismo porque implica entre otras cosas «el sentimiento profundamente nacional», y la idea del «despliegue evolutivo de la realidad [que] lo lleva a privilegiar su historicidad». De allí el vínculo insoslayable del historicismo con el romanticismo alemán, que ha influido en todo el mundo. En nuestro mundo en forma de bolero, por ejemplo, como reconocimiento del sentimiento, como re creación del «espíritu» latinoamericano. Siendo otro de sus rasgos el valor reconocido a la propia historia jurídica nacional, hasta el punto que el espíritu de un Wotan resentido parece encarnado en un pequeño cabo austriaco de bigotito chaplinesco. La exacerbación de la ideología nacionalista y la estatolatría que le era subyacente se expresa ya desde la época del influyente Hegel, filósofo oficial del estado prusiano.

La idea de este «espíritu absoluto» encarnado en el Estado, que es también «encarnación de la idea moral», como decía el mismo Hegel, algo tiene que ver con la peregrina idea, también hegeliana, que «todo lo real es racional», incluso las peores atrocidades, y tiene que ver probablemente con la estatolatría y el totalitarismo y también con la personalidad y la actitud de Adolf Eichmann durante el régimen nazi y después de la guerra.

Eichmann y Hitler tienen en común un mismo triste pasado austriaco infantil y juvenil, en la misma ciudad, en el mismo colegio, en la misma época; sin trabajo ni profesión, ni dinero, ni habilidad especial; víctimas de la derrota y la crisis post bélica que rumiaba su resentimiento y sus complejos esperando la hora de la venganza. Pero uno llega a líder carismático, el otro es una pieza perfecta-

mente idónea de la maquinaria administrativa nazi.

Y la hora de la venganza llegó en forma de Estado nacional socialista, que parecía la materialización del Estado hegeliano: «El Estado es el momento culminante del espíritu objetivo» y de él Hegel llega a decir que es el «espíritu de un pueblo, su religión, culto, moral, usos, arte, constitución, leyes políticas, toda la amplitud de sus instituciones, sus sucesos y hechos, presencia de Dios en el mundo; todas estas expresiones reflejan el carácter absoluto y hasta divino que Hegel llega a reconocerle al Estado...», como recuerda Rodolfo Luis Vigo [Vigo,14]. ¿Tiene que ver con la actitud de Eichmann? ¿O será pura casualidad?

Lo preguntamos porque como lo hace ver claramente Hanna Arendt, Eichmann no solo era un tipo normal sino un disciplinado y eficiente administrador militar, buen padre de familia y un responsable súbdito del Reich. No tenía la personalidad desquiciada y luciferina de Hitler o del sicópata Streicher. Era como la encarnación del hombre normal en un contexto de guerra mundial. Y eso no le quitaba carácter igualmente terrorífico a su actividad de organizador de los traslados masivos de judíos de toda Europa, hacia los campos de exterminio, alguien que podía actuar así sin ninguna mala conciencia, creyendo más bien que estaba actuando correctamente, llegando incluso a fundar sus argumentos en el imperativo categórico kantiano, que, sorprendentemente, conocía. Su personalidad y su actitud es más inquietante aún que la de los más carismáticos representantes de la espectacularidad del mal, por así decir.

Estas son palabras clave de la gran pensadora judía sobre el sino de Eichmann y su estado del alma: «Eichmann no era un Yago ni un Macbeth, y nada pudo estar más lejos de sus intenciones que resultar un villano. Eichmann carecía de motivos, salvo aquellos demostrados por su extraordinaria diligencia en orden a su personal progreso. Y, en sí misma, la diligencia no era criminal; Eichmann hubiera sido absolutamente incapaz de asesinar a su superior para heredar su cargo. Eichmann sencillamente no supo jamás lo que se hacía. Y fue precisamente esta falta de imaginación, lo que le permitió, en el curso de varios meses, estar junto al judío alemán encargado de efectuar el interrogatorio policial en Jerusalén y hablarle con el

corazón en la mano, explicándole una y otra vez las razones por las que tan solo pudo alcanzar el grado de teniente coronel de la SS y que él no tenía ninguna culpa de no ser ascendido a superiores rangos» [Arendt, 172]. Era «terrible y terroríficamente normal», como señala Hanna Ahrent. La banalidad del mal se expresa en vivo, en directo y en concreto en la conducta normal de Eichmann.

Es el espíritu resentido con el auxilio de la poderosa ingeniería de manipulación, la más novedosa y exitosa del ingenioso Goebbels y piezas eficientes como Eichmann; pero también pesa el viejo anti semitismo europeo, y no solo alemán, que tuvo también papel preponderante; así como el resentimiento y la humillación pos bélica por la derrota en la Primera Guerra; el hambre y la crisis económica. Pero especialmente una consecuencia grave que explica la maldad nazi: la desaparición de todos los valores tradicionales y no tradicionales, religiosos o liberales, de izquierda o derecha, etc. Se llama fascismo.

Si nada tiene sentido, o lo único que tiene sentido es la nada, entonces todo está permitido. Un estado sin ideología, [salvo la de la raza «superior»] sin fe y sin más proyecto que la pura dinámica del poder y el exterminio de todo un pueblo en todo el continente europeo, solo puede terminar muy mal. Una sola raza, una sola verdad: que no hay verdad alguna. Un solo fuhrrer, Adolfo Hitler. Pero también ese poderoso, eficiente y novedoso sistema de manipulación mental de masas, que inauguró una tradición que ahora es muy bien aprovechada por los políticos y los comerciantes, vendedores, e incentivadores del consumo y del consumismo capitalista, expresión del nihilismo masivo de hoy, profetizado por Nietzsche hace más de cien años.

Lo que se juzgó en Nuremberg y Jerusalén no tenía precedentes en la historia humana, había que inventar salidas novedosas en esos procesos, los más dramáticos del siglo XX, para solucionarlos con justicia. Hannah Arendt sostiene que «el concepto de genocidio acuñado con el explícito propósito de tipificar un delito anteriormente desconocido, aun cuando es aplicable al caso Eichmann, no es suficiente para abarcarlo en su totalidad, debido a la simple razón de que el asesinato masivo de pueblos enteros no carece de precedentes. La expresión matanzas administrativas le parece más conveniente. Y

pueden ser dirigidas contra cualquier grupo, nacional [como «la muerte piadosa»] o extranjero» [Arendt, 172]. Y que no tenía precedentes lo demostró el hecho que al ser juzgado en Jerusalén [Eichmann] el derecho hebreo aplicará por primera vez en su historia milenaria la pena de muerte. Un signo no menos inquietante.

Bibliografía

Camus, Albert. «El hombre Rebelde», Editorial Lozada S.A. Novena edición, Buenos Aires, 1978.

Arendt, Hannah «Eichmann en Jerusalén» [Un Estudio Sobre la Banalidad del Mal]. Editorial Lumen, cuarta edición, Barcelona, 2003.

Vigo, Rodolfo Luis, «Visión Crítica de la Historia de la Filosofía del Derecho». Rubinzal_Culzoni Editores, Santa Fé, República Argentina, m1984.

Jung, Carl Gustav. «C.G. Jung parle, Rencontres et interviews». Buchet-Chastel, Editions, 18 rue Condé 75006, Paris, 1985.

***Noticias sobre el foro
arequipeño***

Se reproduce el escrito de fecha 12 de diciembre de 2018 presentado ante la Fiscalía de Prevención del Delito con ocasión del reiterado anuncio efectuado por un ciudadano que, tercamente, se empeñó ascender al volcán Misti [acompañado de un grupo de prosélitos suyos y, además, de siete auquénidos de la especie *Lama glama*]; asimismo, dos proveídos del Ministerio Público: El primero, servirá para verificar que se confió el destino de los animales a un informe que por igual pudo ser favorable o desfavorable, según lo hubiese elaborado un partidario o, por el contrario, un adversario del señor ECLL [entonces candidato a un puesto importantísimo en el sector público] —eso, en doctrina jurídico penal, recibe el nombre de *ordalía*—. El segundo proveído, por su parte, testimonia que de algún modo quedó zanjado el espinoso asunto.

Los miles de adjetivos ofensivos vertidos contra el denunciante a través de las redes sociales, con el tiempo, cuando nuestra sociedad se sensibilice ante el maltrato animal, se volatilizarán.

Por razones que no requieren ser explicadas, en lugar de nombres se colocaron abreviaturas.

Denuncia núm. 1234-2018-3FPPD
Fiscal Dra. CAR.
Escrito núm. 2
Insiste en advertir sobre posible delito

SEÑORA FISCAL DE PREVENCIÓN DEL DELITO

JAG, con DNI núm. [...], señalando domicilio procesal en la calle [...], a usted respetuosamente digo:

En un escrito anterior, de fecha 10 de diciembre de 2018, indicamos lo siguiente:

PRIMERO. «Es de conocimiento público que el señor ECLL, tras los resultados parcialmente difundidos el día 9 de diciembre a través de los medios de comunicación social, indicó que, de ganar las elecciones regionales, ascendería al volcán Misti con siete llamas; todo ello, a fin de festejar su triunfo, ejecutar un ritual de agradecimiento y, finalmente, para colocar la bandera de Arequipa.

De materializarse dicha amenaza, por cierto nada graciosa, sin más se vincularía al delito de **maltrato a los animales de que trata el art. 206-A del Código penal** y, a un tiempo, daría pie para que el Ministerio Público intervenga con el exclusivo fin de evitar sean maltratados los inocentes auquénidos que pretende sacrificar en el vacuo¹ proyecto en el que se empeñó intervenir voluntariamente el líder del movimiento político Unidos por el Gran Cambio.

Como fuere, habría que recordar a tal personaje, que el art. 3 de la *Declaración Universal de los Derechos del Animal* prohíbe los malos tratos y los actos de crueldad de unos seres indefensos que, con el más abierto descaro, se pretende utilizar como medio de refocilación.

Significativo es acotar, de otro lado, que de llevarse a cabo el escalamiento al Misti, el delito a punto de cometerse se vería ensombrecido por las **circunstancias agravantes** a continuación indicadas: **1]** Obrar por motivos fútiles [art. 46, inc. 2, **letra c** del CP], **2]** aprovecharse

¹Ningún beneficio reporta al pueblo arequipeño se coloque una bandera en la cima del volcán y, menos, se quiera festejar un triunfo político utilizando animales que, evidentemente, no tienen por qué compartir la alegría del señor CLL.

de la condición de superioridad respecto a los animales que se pretende utilizar [art. 46, inc. 2, **letra f** del citado CP] y, **3]** perpetrar el hecho mediante una pluralidad de agentes [art. 46, inc. 2, **letra i**].

No debe considerarse como agravante, en cambio, el hecho de que el denunciado delate insensibilidad hacia otras especies, aun cuando sea conocido que quien obra cruelmente con los animales no humanos, pueda hacer lo propio con los humanos a los que, por añadidura, espera gobernar en su condición de máxima autoridad regional —por ahora *in pectore*—».

SEGUNDO. Luego, suplicamos al Ministerio Público, que es una institución que dispone de los medios para hacerlo, evite la utilización de ganado en el innecesario ascenso al Misti, ya por la crueldad que va implícita en ello, ya por el mal ejemplo que se daría a la juventud arequipeña. Ni eso ni nada, empero, consiguió persuadir a la fiscalía que, por desgracia, se limitó a expedir un proveído con el siguiente contenido:

«Puesta a despacho la solicitud presentada por el señor [...], conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento de la Fiscalía de Prevención del Delito, aprobado por resolución de la Fiscalía de la Nación núm. 3377-2016-MP-FN, previamente, para mejor resolver, solicítense un informe al Colegio Médico Veterinario de Arequipa, a fin que indique sobre si lo manifestado por el denunciante es considerado maltrato animal».

Nos es imperativo, por consiguiente, pronunciarnos en lo tocante a lo resuelto por su despacho.

a] La llama [*Lama glama*], según el Gran Atlas Geográfico del Perú y el Mundo², a diferencia de la vicuña [*Vicugna vicugna*] y del huanaco [*Lama guanicoe*], es un **animal domesticado** que, por añadidura, habita en las «**mesetas** del Perú y Bolivia»³. Si meseta, conforme la vigesimotercera edición del *Diccionario de la lengua española*, significa «Planicie extensa»⁴ o «Porción de piso horizontal»⁵,

²AFA Editores, Lima, 1991, p. 601.

³Ibídem.

⁴Primera acepción.

⁵Segunda acepción.

fácil es colegir que la cima del Misti no es la planicie o el piso horizontal en el que, por domesticación, habita la especie *Lama glama*⁶.

b] Para Albino García Sacristán, las «variaciones en el medio externo» y la exposición al «frío» o «calor» intensos, constituyen maltrato animal⁷. Si la llama —que vive con el hombre—, es obligada a escalar desde las mesetas a la cumbre de una montaña de 5820 metros, como cualquier ser vivo, tiene que verse afectada —y en mayor medida, pues el hombre por lo menos trepa premunido de piolet, arnés, casco, pasamontañas, sogas, linternas, vestimenta apropiada, cortavientos, guantes, gafas categoría 4+1, protector solar, botiquín, etc.—

c] El primer ascenso al cráter del Misti se llevó a cabo el 3 de diciembre de 1786⁸; durante los 232 años siguientes, no se dejó testimonio alguno que sirviese para verificar que se llevaron ejemplares de la especie *Lama glama* al sobredicho lugar, bien porque el ascenso es notoriamente «penoso», bien por lo «peligroso del descenso»⁹

Ni siquiera cuando se trasladaron las varas de hierro del templo de las Carmelitas, con el propósito de colocar una cruz en la cúspide, se hizo uso de llamas; a un grupo de «indios», si ha de darse crédito a Francisco Echeverría y Morales, se encargó tan extenuante labor.

d] Hay testimonio escrito que indica que cualquier intento por escalar esa «mole colosal»¹⁰, sin más acarrearía el riesgo de que gran cantidad de piedra y arena pueda «enterrar» o, en su caso, hacer víctima de un insoportable «encalabrinamiento»¹¹ —entiéndase, al montañero—. Los animales que intenta llevar el señor ECLL, no están exentos de dichos riesgos. ¿Será necesario —consiguientemente—, solicitar informe previo al Colegio Médico Veterinario?

⁶Pues vivirían allí naturalmente.

⁷*Los derechos de los animales*, Editorial Descleé de Brouwr, Bilbao, 2002, p. 43.

⁸La expedición estuvo a cargo del Intendente Antonio Álvarez y Jiménez.

⁹Los términos «penoso» y «peligroso» referidos al ascenso y descenso han sido tomados de Edgardo Rivera Martínez, *Imagen y leyenda de Arequipa*, Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1996, p. 529.

¹⁰En palabras de Jorge Polar, *Arequipa*, Librería Editorial Juan Mejía Baca, Lima, 1958, p. 36.

¹¹Sobre ello Cfr. Ventura Travada y Córdova, *El suelo de Arequipa convertido en cielo*, Librería Editorial Juan Mejía Baca, Lima, 1958, p. 29.

e] Heinrich Witt, que alcanzó la cúspide en 1825, comprobó en el lugar denominado **Alto de los Huesos**, ubicado antes de comenzar el «verdadero ascenso», «una gran pila» de restos óseos «de caballos, mulas y burros»; las llamas, ni siquiera figuran en dicho nomenclátor, con lo cual, queda claro que son animales a los que únicamente a fuerza de maltrato lograría trasladarse a la cresta del volcán.

TERCERO. El contenido de la resolución fiscal, es manifestación de un derecho penal *ordálico* y, lleva implícito, un razonamiento pre científico o, mejor aún, una simple elucubración. Decir, como se dice allí, «previamente, para mejor resolver, solicítese un informe al Colegio Médico Veterinario de Arequipa, a fin que indique sobre si lo manifestado por el denunciante es considerado maltrato animal» es supeditar la vida de los animales a la suerte de encargar dicho informe a un Médico Veterinario simpaticizante o adverso al candidato CLL en las elecciones celebradas hace tres días.

El azar determinaría, de ese modo, si los animales corren o no peligro.¹²

CUARTO. El porqué de la denuncia. No nos mueve —lo decíamos anteriormente— interés partidario alguno [pues nos tiene sin cuidado el resultado de las elecciones]; tampoco, el afán de hacer daño [ya que no conocemos al señor CLL]; únicamente deseamos sean impedidos unos hechos que siendo de conocimiento público [al haber sido difundidos en las redes sociales], están a punto de perpetrarse y que, *per se*, constituirían verdaderos actos de crueldad y maltrato manifiestos de unos seres maravillosos que, lamentablemente, no pueden defenderse por sí mismos. En suma, creemos tener el deber de actuar como lo hacemos.¹³

QUINTO. En su momento alcanzamos a su despacho los diarios locales que el día de 10 de diciembre daban cuenta del despropósito en el que voluntariamente decidió sumergirse el señor CLL —*Exitosa* [p. 5], *Sin Fronteras* [p. 5], *Karibeña* [p. 8], *Los Andes* [pp. 1 y 2] y *Correo* [p.

¹²Luego, no es un requisito de procedibilidad la previa consulta a los Médicos Veterinarios de la ciudad.

¹³Sobre los deberes de los humanos para con los no humanos Cfr. Hans Jonas, *El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1994, pp. 34 y 35.

2]—. Hoy, hacemos lo propio con *Correo* [p. 2], *Sin Fronteras* [p. 5], *Karibeña* [p. 8] y *Exitosa* [p. 4], de fechas 11 de diciembre de 2018, pues allí insiste el señor CLL en arribar al Misti con siete llamas, con el propósito de efectuar ritos. Así, v. gr., en *Karibeña* indica que de ese modo «agradecerá a los apus».¹⁴

SEXTO. El Ministerio Público como representante de la sociedad [art. 1 del Decreto Legislativo núm. 52]. Viviendo en una época en la que el maltrato a los animales es prácticamente repudiado, la conducta arriba descrita, amén de dañar la integridad física del ganado a utilizarse, constituye un **gravísimo atentado contra la comunidad** —al mostrarnos como integrantes de una sociedad insensible, violenta e indiferente ante el dolor ajeno—; así las cosas, no puede pasar desapercibida ante las autoridades del Ministerio Público encargadas de prevenir la comisión de infracciones penales.

SÉPTIMO. Rapare que la monstruosa idea arriba evidenciada se llevará a cabo el día 15 de diciembre y, por lo mismo, sírvase tomar las medidas congruas en el curso de la mañana; dando al presente escrito la prioridad que la urgencia exige.

Por lo expuesto:

Considere lo indicado.

Arequipa, 2018, diciembre, 12

Firma JAG

¹⁴Dichos periódicos van en fs. 4.

Denuncia núm. 123-2018-3FPPD-AREQUIPA

Arequipa, dos mil dieciocho,
diciembre diez.-

Puesto a despacho la solicitud presentada por el señor JAG, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento de la Fiscalía de Prevención del Delito, aprobado por resolución de la Fiscalía de la Nación núm. 3377-2016-MP-FN, previamente, para mejor resolver, solicítese un informe al Colegio Médico Veterinario de Arequipa, a fin que indique sobre si lo manifestado por el denunciante es considerado maltrato animal.

Firma: CAR
FISCAL PROVINCIAL
3^{ra} Fiscalía Provincial de Prevención
del Delito - Arequipa

Denuncia núm. 1234-2018-MP-3FPPD-AR
Resolución núm. 488-2018-MP-3FPPD-AR

Arequipa, dos mil dieciocho,
diciembre doce

ANTECEDENTES:

Mediante escrito de fecha 10 de diciembre del presente año, don JAG solicita la intervención de este despacho a fin de prevenir hechos delictivos en contra de ECLL, manifestando que el denunciado ha difundido a través de medios de comunicación social su intención de ascender al volcán Misti con siete llamas en el caso que ganara las elecciones regionales con la finalidad de festejar su triunfo y colocar la bandera de Arequipa, señalando que de materializase dicho acto se estaría cometiendo delito de maltrato a los animales, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento de las Fiscalía de Prevención del Delito aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación 3377-2016-MP-FN, se solicitó previamente un informe al colegio médico veterinario de Arequipa para que se pronuncie respecto al hecho denunciado.

Mediante oficio 143-2018-CMVDAQP-CMVP/DECANO se ha remitido a este despacho el informe solicitado:

ANÁLISIS:

PRIMERO: El Ministerio Público, tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, así como la defensa de los derechos de los ciudadanos y de los intereses públicos, debiendo actuar fundamentalmente en la prevención del delito, a efecto de lograr la inmediata actuación de sus operadores en resguardo de la ciudadanía.

SEGUNDO: Los artículos primero y tercero de la Ley Orgánica del Ministerio Público, establecen que para el cumplimiento de sus funciones, los Fiscales ejercerán las acciones pertinentes.

TERCERO: El Reglamento de las Fiscalías de Prevención del Delito aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación 3377-2016-MP-FN en su artículo once establece que es función de esta Fiscalía disponer las acciones

destinadas a prevenir la comisión de delitos, los cuales se promueven de oficio o a pedido de parte y emitir disposiciones recomendando y exhortando a quien corresponda, la realización de acciones que contribuyan a la prevención del delito.

CUARTO: La Ley de protección y bienestar animal Ley 30407 establece en sus artículos 2 y 3 que su finalidad es garantizar el bienestar y la protección de todas las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, en el marco de las medidas de protección de la vida, la salud de los animales y la salud pública y su objetivo es proteger la vida y la salud de los animales vertebrados, domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, impedir el maltrato, la crueldad, causados directa o indirectamente por el ser humano, que les ocasiona sufrimiento innecesario, lesión o muerte; así como fomentar el respeto a la vida y el bienestar de los animales a través de la educación. Además, de velar por su bienestar para prevenir accidentes a sus poblaciones y aquellas enfermedades transmisibles al ser humano.

QUINTO: Así mismo la referida ley establece en el artículo 5 que es deber **de toda persona** procurar la protección y el bienestar de los animales, cualquiera sea su especie, evitando causarles daño, sufrimiento innecesario, maltrato de tipo físico que altere su normal comportamiento, lesión o muerte y en el artículo 7 que el Estado, a través de los sectores competentes, establece las medidas necesarias para la protección de los animales de compañía, de manera que se les garantice la vida, la salud y vivir en armonía con su ambiente; igualmente, asegura un adecuado y responsable trato y manejo zootécnico de los animales de granja, así como la conservación y el aprovechamiento sostenible de la fauna silvestre, de acuerdo con la legislación sobre la materia..

SEXTO: Del mismo modo la Ley de protección y bienestar animal en su **artículo 14 animales como seres sensibles** para fines de la aplicación de la presente ley se reconoce como animales en condición de seres sensibles a toda especie de animales vertebrados domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio.

SÉPTIMO: El artículo 22 de la citada norma legal prohíbe toda práctica que pueda atentar contra la protección y el bienestar animal, tales como a) el abandono de ani-

males en la vía pública, por constituir un acto de maltrato y una condición de riesgo para la salud pública; la utilización de animales en espectáculos de entretenimiento público y privado donde se obligue o condicione a los animales a realizar actividades que no sean compatibles con su comportamiento natural o se afecte su integridad física y bienestar.

OCTAVO: El artículo 206-A del código penal tipifica como delito de abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres los actos de crueldad contra un animal doméstico o un animal silvestre, o los abandona, el cual es reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años; señalando como agravante la posibilidad que como consecuencia de estos actos de crueldad o del abandono el animal doméstico o silvestre muere, en cuyo caso la pena es privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

NOVENO: Conforme se puede evidenciar de los recortes periodísticos anexados, en efecto el denunciado ECLL ha manifestado expresamente su intención de ascender al Volcán Misti con siete llamas para celebrar su triunfo en las elecciones regionales, habiendo tomado conocimiento a través de los medios de comunicación que tal acto se realizaría el sábado quince de diciembre.

DECIMO: El Decano del Colegio Médico Veterinario Departamental Arequipa ha informado a este despacho que las llamas y alpacas son camélidos domésticos cuya fisiología está adaptada para su supervivencia a grandes alturas, poseen adaptaciones hematológicas que le permiten captar y transportar oxígeno con mayor facilidad que otros animales señalando que el hábitat natural de estos animales se sitúa entre los cuatro y cinco mil metros sobre el nivel del mar. Así mismo informan que las llamas son utilizadas desde tiempos ancestrales como animales de carga en zonas alto andinas para el traslado de productos entre comunidades y que se utilizan en rituales mágico religiosos. Agregan que las llamas pueden cargar veinte kilos y caminar largas distancias de 10 a 15 kilómetros por jornada, por lo que concluyen que llevar una recua de llamas a la cima del Misti no constituiría una forma de maltrato animal, sin embargo recomiendan se lleve la cantidad suficiente de forraje y agua para estos animales y que las jornadas sean bien llevadas sin abusos

ni maltratos.

DECIMO PRIMERO: El denunciante ha señalado en su escrito de la fecha que la intención del denunciado sería ejecutar un ritual de agradecimiento a los apus; en efecto este hecho que es citado en el diario Karibeña del once de diciembre último en el cual señala textualmente «CLL reiteró su promesa de ascender al volcán Misti, llevando varias llamas, para agradecer a los apus y colocar la bandera de Arequipa en señal de triunfo»

DECIMO SEGUNDO: Por lo tanto estando a lo expuesto en los puntos anteriores y considerando que es de público conocimiento que la altura del volcán Misti es de 5820 metros sobre el nivel del mar y que existen algunos rituales con sacrificio de llamas como pago a la tierra «Pachamama»; teniendo en cuenta la opinión del Colegio Médico Veterinario departamental Arequipa es procedente exhortar al ciudadano ECLL para que en el caso realizar el ascenso al Misti acompañado de llamas, se realice con animales habituados a la altura y al trabajo cotidiano; no se ascienda a altura mayor de cinco mil metros sobre el nivel del mar no se realice jornadas mayores a 10 kilómetros por jornada, se lleve cantidad suficiente de forraje y agua y se abstenga de realizar ritual alguno que implique el sacrificio de los animales.

En consecuencia, esta Fiscalía en uso de las atribuciones conferidas por Ley;

RESUELVE:

EXHORTAR al ciudadano ECLL para que en el caso realizar el ascenso al Misti acompañado de llamas, se realice con animales habituados a la altura y al trabajo cotidiano; no se ascienda a altura mayor de cinco mil metros sobre el nivel del mar no se realice jornadas mayores a 10 kilómetros por jornada, se lleve cantidad suficiente de forraje y agua y se abstenga de realizar ritual alguno que implique el sacrificio de los animales. Notifíquese.-

Firma: CAR
FISCAL PROVINCIAL
3^{ra} Fiscalía Provincial de Prevención
del Delito - Arequipa

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 art. 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 p. de la cita o de la primera y última p. 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 p. 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

Alfonso de Julios Campuzano

Catedrático de Filosofía del Derecho de la *Univeridad de Sevilla-*
España

AFILIACIÓN DE LOS AUTORES

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

Carlos Polanco Gutiérrez

Magistrado del Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad Católica de Santa María*

José Alfredo Lovón Sánchez

Doctor en Derecho. Magister en Derecho procesal por la Universidad del Rosario-Argentina. Profesor de la *Universidad Católica de Santa María*

Ana María Amado Mendoza

Profesora en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad Católica de Santa María*

María Eugenia Neyra Surco

Magister en Derecho Constitucional por la *Universidad de Castilla-La Mancha-España*

Carlos Enrique Montes de Oca Valencia

Profesor de Derecho penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad Católica de Santa María*

Mary Luz Catacora Molina

Profesora de Criminología en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad Católica de Santa María*

Juan Carlos Valdivia Cano

Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas 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*

Víctor Marcelo Álvarez Núñez

Estudiante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad
Católica de Santa María*

Gabriela Andrea Saldivar Condori

Estudiante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad
Católica de Santa María*

Alejandra Tito Chauca

Estudiante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad
Católica de Santa María*

Carlos Alberto Rodríguez Gonzáles

Estudiante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad
Católica de Santa María*

Diana Valeria Jara Carrasco

Estudiante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad
Católica de Santa María*

Camila Milagros Jaén Sánchez

Estudiante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad
Católica de Santa María*

Leonel André Canales Vásquez

Estudiante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad
Católica de Santa María*

Camila Valeria Valdivia Robles

Estudiante en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la *Universidad
Católica de Santa María*

**AFILIACIÓN INSTITUCIONAL DE LOS EVALUADORES
EXTERNOS**

Jorge Luis Salas Arenas

Juez Supremo de la República. Profesor de Derecho penal de la
Universidad La Salle

José Palomino Manchego

Doctor en Derecho. Profesor principal de la *Universidad Nacional de
San Marcos*

Carlo Magno Cornejo Palomino

Juez Superior del Distrito Judicial de Arequipa

Emilio José Armaza

Doctor en Derecho. Profesor encargado de Derecho penal de la
Universidad de Deustuo [Bilbao]

María Ángeles Cuadrado Ruiz

Profesora de Derecho penal de la *Universidad de Granada*

FECHA DE RECEPCIÓN, EVALUACIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS

La vacancia presidencial, en el constitucionalismo peruano.
Jorge Luis Cáceres Arce

Fecha de recepción: 2-11-2018

Fecha de evaluación: 12-11-2018

Fecha de aceptación: 22-11-2018

Litigación oral en materia civil. Carlos E. Polanco Gutiérrez

Fecha de recepción: 2-11-2018

Fecha de evaluación: 12-11-2018

Fecha de aceptación: 22-11-2018

Presupuestos a tener en cuenta al momento de interponer
una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. José
Alfredo Lovón Sánchez

Fecha de recepción: 5-11-2018

Fecha de evaluación: 14-11-2018

Fecha de aceptación: 23-11-2018

La unificación de la filiación: No más diferencias. Ana María
Amado Mendoza

Fecha de recepción: 5-11-2018

Fecha de evaluación: 14-11-2018

Fecha de aceptación: 23-11-2018

De la trata, la tratante y la tratada. Algunas consideraciones
sobre la trata de personas en el Perú. María Eugenia Neyra
Surco

Fecha de recepción: 6-11-2018

Fecha de evaluación: 15-11-2018

Fecha de aceptación: 23-11-2018

El control sustancial de la acusación en la audiencia
preliminar. Carlos Enrique Montes de Oca Valencia

Fecha de recepción: 6-11-2018

Valeria Jara Corrasco]

Fecha de recepción: 12-11-2018

Fecha de evaluación: 20-11-2018

Fecha de aceptación: 29-11-2018

Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud* [por Camila Milagros Jaén Sánchez]

Fecha de recepción: 12-11-2018

Fecha de evaluación: 20-11-2018

Fecha de aceptación: 29-11-2018

Alfredo Lovón Sánchez, *Nulidad de cosa juzgada fraudulenta en el Código procesal civil* [por Leonel André Canales Vásquez]

Fecha de recepción: 12-11-2018

Fecha de evaluación: 20-11-2018

Fecha de aceptación: 29-11-2018

Luis Jiménez de Asúa, *Libertad de amar y derecho a morir: ensayos de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia* [por Camila Valeria Valdivia Robles]

Fecha de recepción: 12-11-2018

Fecha de evaluación: 20-11-2018

Fecha de aceptación: 29-11-2018

La banalidad del mal, el caso Eichmann [por Juan Carlos Valdivia Cano]

Fecha de recepción: 16-11-2018

Fecha de evaluación: 22-11-2018

Fecha de aceptación: 30-11-2018

Fecha de evaluación: 15-11-2018

Fecha de aceptación: 23-11-2018

De un país de poseedores a un país de propietarios. Mary Luz Catacora Molina

Fecha de recepción: 8-11-2018

Fecha de evaluación: 19-11-2018

Fecha de aceptación: 26-11-2018

Hacia un estudio comparativo de los sistemas educativos carcelarios en el contexto latinoamericano

Fecha de recepción: 8-11-2018

Fecha de evaluación: 19-11-2018

Fecha de aceptación: 26-11-2018

Andrés Trapiello, *El final de Sancho Panza y otras suertes* [por Víctor Marcelo Álvarez Núñez]

Fecha de recepción: 8-11-2018

Fecha de evaluación: 19-11-2018

Fecha de aceptación: 26-11-2018

Beatriz Franciskovic Ingunza, *Regulación jurídica de los animales de compañía en el Derecho civil peruano* [por Alejandra Tito Chauca]

Fecha de recepción: 8-11-2018

Fecha de evaluación: 19-11-2018

Fecha de aceptación: 26-11-2018

Elizabeth Salmón *et alli*, *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* [por Gabriela Andrea Saldivar Condori]

Fecha de recepción: 9-11-2018

Fecha de evaluación: 19-11-2018

Fecha de aceptación: 27-11-2018

Marcial Rubio Correa, *Para conocer la Constitución de 1993* [por Carlos Alberto Rodríguez Gonzáles]

Fecha de recepción: 9-11-2018

Fecha de evaluación: 19-11-2018

Fecha de aceptación: 27-11-2018

Marcial Rubio Correa, *Para conocer la Constitución de 1993* [por Carlos Alberto Rodríguez Gonzáles]

Fecha de recepción: 9-11-2018

Fecha de evaluación: 19-11-2018

Fecha de aceptación: 27-11-2018

Manuel Atienza Rodríguez, *El sentido del Derecho* [por Diana

Revista impresa
en febrero del año 2019,
Tipografía Fernández EIRL
Calle Palacio Viejo núm. 111. Of. 1
Cercado - Arequipa