

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Homenaje a D. Héctor Delgado Castro

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

Homenaje a D. Héctor Delgado Castro

JULIO ARMAZA GALDOS
DIRECTOR

LUIS VARGAS FERNÁNDEZ - JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

BERND SCHÜNEMANN (ALEMANIA) - EUGENIO RAÚL ZAFFARONI (ARGENTINA)

NILO BATISTA (BRASIL) - JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)

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

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

RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ (ESPAÑA)

COMITÉ CONSULTIVO

LUIS VELANDO PUERTAS - JUAN CARLOS VALDIVIA CANO

GABRIEL TORREBLANCA LAZO - MAURO PARI TABOADA

FERNANDO BUSTAMANTE ZEGARRA - ANA MARÍA AMADO MENDOZA

CONSEJO DE REDACCIÓN

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

JULIO ARMAZA GALDOS
DIRECTOR

EDGAR LUIS CONDORI QUILCA
MILAGROS SACSI CHAUCCA
COORDINACIÓN GENERAL

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Núm. 2009-14421
ISSN: 2077-0723
PROYECTO EDITORIAL NÚM. 10401000900885

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

Noviembre - 2013
Año 8 - núm. 7

© ADRUS D&L EDITORES S.A.C
Cercado, Lima - Perú
Av. Tacna núm 539, Dpto. 74 - B
Teléf. 01 - 4016451
adrusdyleditores@hotmail.com
www.adrusdyleditores.com

TIRAJE: 500 EJEMPLARES
IMPRESO EN AREQUIPA—PERÚ

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

DR. ABEL TAPIA FERNÁNDEZ
RECTOR

DR. MANUEL VÁSQUEZ HUERTA
VICERECTOR ACADÉMICO

DR. GASPAR DEL CARPIO RODRÍGUEZ
VICERECTOR ADMINISTRATIVO



DR. ABEL TAPIA FERNÁNDEZ
RECTOR DE LA UCSM

SUMARIO

Nota al presente volumen.....	15
-------------------------------	----

I. DOCTRINA

Los órganos de gobierno en el proyecto de la nueva Ley universitaria JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE.....	19
Naturaleza jurídica del vínculo médico-paciente ¿contractual o extracontractual? PATRICIO MARCELO FAJARDO PASSANO.....	25
El control, la empresa <i>holding</i> y la concentración empresarial CLAUDIA PIA CHIRINOS Y PACHECO DE RIVERO.....	43
Internet, comercio y derecho: ¿Cambios esperados o desesperados por el cambio? JUAN CARLOS AGRAMONTE MOSTAJO.....	55
Análisis sobre la influencia del alcoholismo como problema público y factor de riesgo desencadenante de la violencia familiar en la provincia de Arequipa – 2013 GABRIEL TORREBLANCA LAZO.....	75
Responsabilidad civil de los jueces JOSÉ ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ.....	83
La fuerza física irresistible JULIO ARMAZA GALDOS/MARILIANA CORNEJO SÁNCHEZ.....	97
Comentarios a la reforma del sistema privado de pensiones en el Perú MAURICIO MATOS ZEGARRA.....	105
El Tribunal Constitucional y su desarrollo constitucional JORGE LUIS CÁCERES ARCE.....	131
Universidad vs derecho de igualdad DAVID FERNANDO DONGO ORTEGA.....	153
Aproximaciones al carácter oral y consuetudinario del Derecho en el Perú prehispánico y su vigencia actual CÉSAR BELAN.....	157
Derecho corporativo alemán LUDY LARICO LUQUE.....	181

II. SECCIÓN ESTUDIANTIL

MOEA: Un foro de debate para universitarios de las américas ANDRÉS ALONSO ZÚÑIGA NAJARRO.....	193
La privatización del Gobierno DIEGO ÁNGULO OSORIO.....	197
Una aventura extraordinaria ANDREA COAGUILA GÓMEZ.....	203
Pero yo no intervine ¿Qué puedo hacer? CLAUDIA SALAS MARÍN/CARMEN MENDIVAL PELINCO.....	207

III. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Año lectivo 2013.....	221
Matrícula en la Escuela de Derecho.....	221
Docentes del programa académico de Derecho.....	221
Personal administrativo.....	222
Personal administrativo del consultorio jurídico.....	222
Conferencias y otras actividades académicas.....	222
Designación de alumnos al Consejo de Facultad.....	223
Alumnos destacados.....	223
Publicaciones de nuestros profesores.....	224
Información sobre profesores vinculados a nuestra facultad.....	224
Necrología.....	224

IV. ALGO MÁS SOBRE NUESTROS PROFESORES

Héctor Delgado Castro por Nuria Oblitas Parrillo.....	229
---	-----

V. INTERVIÚ

(a cargo de Mariliana Cornejo Sánchez)

Entrevista a D. Carlos María Romeo Casabona.....	233
Entrevista a D. Jorge Luis Salas Arenas.....	237

VI. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

José Alfredo Lovón Sánchez, <i>Esquemas del proceso civil</i>	243
Juan Carlos Nalvarte Lozada, <i>Síndrome de nothing hill</i>	243
Jorge Luis Salas Arenas, <i>Indemnidad sexual, tratamiento jurídico de relaciones con menores de 14 a 18 años de edad</i>	243
Jaime Coaguila Valdivia, <i>Los derechos del imputado y la tutela de derechos en el nuevo Código Procesal Penal</i>	245
Fort Ninamancco, <i>Embargo inscrito y tercería de propiedad</i>	246
Emilio José Armaza, <i>El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso</i>	247
Carlos María Romeo Casabona, <i>Derecho penal, Parte General</i>	249

VII. NOTICIAS SOBRE EL FORO Y ALGUNOS OTROS DATOS

El Foro.....	253
--------------	-----

VIII. MISCELÁNEA

Marea Azul	
VÍCTOR MARÍN CHOQUE.....	259
El Chalzo Grande	
JOVIN VALDÉZ PEÑARANDA	267

IX. PROYECTOS Y CÓDIGOS

Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica.....	281
Apéndice	
D. Manuel de Rivacoba y el Código Penal Tipo para Latinoamérica	
JULIO ARMAZA GALDOS.....	293

X. PUBLICACIONES RECIENTES

Carlos María Romeo Casabona, et alii, <i>Derecho penal, Parte general</i>	301
Jorge Luis Salas Arenas, <i>Indemnidad sexual</i>	303
Emilio José Armaza, <i>El tratamiento penal del delicto imputable peligroso</i>	305

NOTA AL PRESENTE VOLUMEN

Con enorme satisfacción anteponeamos las presentes líneas para que sirviendo de proemio salgan a luz junto a la Revista de la Facultad que, merecidamente, se consagra en homenaje al señor decano saliente D. Héctor Delgado Castro, querido compañero y amigo recientemente jubilado.

Si bien cada una de las contribuciones que nutren este pequeño volumen tienen en sí y por sí destacadísimo valor, importaría llamar la atención por lo pronto sobre dos. Ambas, según se dirá enseguida, se materializaron gracias al empeño que en ello puso doña Mariliana Cornejo Sánchez (quien salvando las distancias y mares, nos aproximó al destacadísimo jurista español Carlos María Romeo Casabona y, luego, a D. Jorge Luis Salas Arenas, vocal supremo en lo penal que, desde hace unos años, radica en Lima). No menos interesantes, de otro lado, son los trabajos de los profesores Gabriel Torreblanca Lazo, Alfredo Lovón Sánchez, Patricio Fajardo Passano, Juan Carlos Agramonte Mostajo, Jorge Luis Cáceres Arce, David Fernando Dongo Ortega, Claudia Pía Chirinos, Mauricio Matos Zegarra, Víctor Marín Choque, Jovin Valdéz Peñaranda y, por cierto, los de los alumnos y ex alumnos César Belán, Ludy Larico Luque, Diego Angulo Osorio, Andrea Coaguila Gómez, Claudia Salas Marín, Carmen Mendival Pelinco y Andrés Zúñiga Najarro.

El número 7 de la Revista, correspondiente al año 2013, testimonia lo institucionalizada que se halla entre nosotros la sobredicha publicación y, junto a ella, la idea de seguir manteniéndola como órgano escrito de difusión del pensamiento de quienes integramos la superior casa de estudios que me honro representar.

JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE
DECANO

1. DOCTRINA

LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO EN EL PROYECTO DE LA NUEVA LEY UNIVERSITARIA

POR JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE

1. Introducción

El Congreso de la República viene debatiendo el Proyecto de la nueva Ley Universitaria, que tiene por objeto normar la creación, funcionamiento, supervisión y cierre de las universidades.

Esta Ley se aplicará a las universidades bajo cualquier modalidad, sean públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

El proyecto se encuentra estructurado en XVI capítulos, 136 artículos, 17 disposiciones transitorias y 5 disposiciones complementarias finales.

Uno de los capítulos que he analizado con detenimiento y que me parece sumamente importante, es el capítulo VII denominado: Gobierno de la Universidad.

Se establece en el art. 51 los siguientes órganos de gobierno:

1. La asamblea universitaria
2. El consejo universitario
3. El rector
4. Los consejos de facultad
5. Los decanos

Se mantiene la misma estructura de gobierno en la actual Ley Universitaria núm. 23733, (la que denominaremos en adelante como: la ley), con algunas observaciones que podrían ser útiles revisar.

2. La asamblea universitaria

Es un órgano colegiado constituido por:

- a) El rector
- b) Los vicerrectores
- c) Los decanos de las facultades y el director de la EPG.
- d) Los representantes de los docentes, en un número igual al doble de las autoridades antes referidas, conformado por el 50% de docentes principales, 30% asociados y 20% auxiliares.
- e) Los representantes de los alumnos de pregrado y postgrado, que constituyen el tercio del número total de los miembros de la Asamblea.
- f) Un representante de la asociación de graduados, con voz y voto.
- g) Un representante de los trabajadores administrativos, con voz y sin voto.

Estos dos últimos representantes, en la práctica sería más eficiente su participación integrando un consejo consultivo.

De esta manera la Asamblea debería quedar conformada por los tres estamentos colegiados: las autoridades, los docentes y los estudiantes.

3. El consejo universitario

El art. 54, establece que el Consejo Universitario es el órgano de gestión, dirección y ejecución académica y administrativa y está integrada por:

- a) El rector
- b) Los vicerrectores
- c) Un cuarto del número de decanos elegidos entre ellos más el director de la EPG.
- d) Los representantes de los estudiantes regulares que constituyen el tercio del número total de los miembros del Consejo.
- e) Un representante de la asociación de graduados, con voz y voto.

Actualmente la Ley conforma el Consejo Universitario con la totalidad de los decanos de las facultades y al director de la EPG, reduciendo el proyecto a solo 25% del total de los decanos.

Por otro lado, tanto la Ley como el proyecto han omitido la representación de los Docentes, que es uno de los estamentos esenciales de la dirección y administración de la Universidad, lo que debe subsanarse incluyendo a los docentes en la proporción que corresponda a un tercio del total de miembros del Consejo.

De esta forma el Consejo estaría conformado por un tercio de autoridades, un tercio de docentes y un tercio de estudiantes. El representante de la Asociación de graduados pasaría a conformar únicamente el consejo consultivo.

4. Los consejos de facultad

El art. 63 define al Consejo de Facultad como el órgano de Gobierno de la Facultad y está conformado por:

- a) El Decano, que lo preside.
- b) Los representantes de los docentes titulares, en la siguiente proporción: el 50% deben ser docentes principales, el 30% docentes asociados y el 20% docentes auxiliares.
- c) Los representantes de los estudiantes regulares que constituyen el tercio estudiantil.

Se observa que no se indica el número de los representantes de los docentes de la Facultad, en todo caso, debería completarse la norma indicando que su número será establecido en el Estatuto de cada Universidad.

5. El rector y los vicerrectores

Tienen a su cargo la dirección, conducción y gestión del gobierno universitario.

Deben ser doctores, contar con 15 años de docencia y de los cuales 5 años como docentes principales.

Se establece que podrá haber varios Vicerrectorados, siendo obligatorio el Vicerrectorado Académico y el Vicerrectorado de Investigación.

El proyecto elimina el vicerrectorado administrativo, habiéndose creado en su lugar el cargo de director general de administración, que podría llamarse gerente administrativo.

6. Los decanos de facultad

El art. 64 señalado que es la máxima autoridad de gobierno de la Facultad y es elegido por un período de cuatro años. Actualmente es de tres años.

7. Otros órganos

Se regula el funcionamiento de los siguientes órganos de apoyo:

- a) Comité electoral universitario
- b) Secretaría general
- c) Director general de administración

- d) Tribunal de honor universitario
- e) La comisión permanente de fiscalización

8. Conclusiones

Primera: El gobierno de la universidad debe estar conformado por los siguientes órganos colegiados:

1. Órganos de gobierno

- a) La asamblea universitaria
- b) El consejo universitario
- c) Los consejos de facultad

2. Órganos de representación y gestión

- a) El rector
- b) Los vicerrectores
- c) Los decanos

3. Órganos de apoyo:

- a) El comité electoral universitario
- b) El tribunal de honor universitario
- c) El director general de administración
- d) La comisión permanente de fiscalización
- e) El consejo consultivo

Segunda: Debe crearse el consejo consultivo, integrado por:

- a) Cuatro representantes de los graduados de la universidad, elegidos por los colegios profesionales.
- b) Un representante de los trabajadores administrativos.

Tercera: La asamblea universitaria debe estar conformada únicamente por autoridades, docentes y estudiantes, en partes iguales.

Cuarta: El consejo universitario debe estar conformado por el rector, los vicerrectores, por todos los decanos (eliminando el 25% que establece el proyecto) e incluyendo a los docentes regulares cuyo número será determinado por el Estatuto de la Universidad, correspondiendo el 50% a los docentes principales, 30% a los docentes asociados y el 20% a los docentes auxiliares; y por los representantes de los alumnos, conformando el tercio estudiantil.

En su conformación deberá mantenerse la proporción de un tercio para cada estamento.

Quinta: El rector, los vicerrectores y los decanos serán elegidos por un período de cinco años y no de cuatro años como es la propuesta para la elección de los Decano.

NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO MÉDICO-PACIENTE ¿CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL?

POR PATRICIO MARCELO FAJARDO PASSANO

1. Generalidades

Consideramos necesario precisar algunas definiciones básicas acerca de la *Responsabilidad Civil Médica*.

1.1 Definiciones de responsabilidad civil médica

La mayor parte de la doctrina recurre a Lacassagne quien procede a definir la *Responsabilidad Civil Médica* en los siguientes términos: «aquella obligación para los médicos de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas que puedan comportar una doble acción: civil y penal»¹.

Para Juan Antonio Gisbert «la responsabilidad médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios dentro de ciertos límites, y cometidos en el ejercicio de su profesión».²

Dentro de la doctrina nacional hemos preferido la definición que da Marianne Denegri, la cual al respecto señala: «responsabilidad civil médica es aquella que afecta al médico por sus actos u omisiones que puedan considerarse culpables, ya sea por imprudencia, descuido, ligereza, por error en la administración de juicios científicos o en cualquier acto en que intervenga en calidad de profesional médico»³.

¹ Vicente Acosta Rodríguez, *De la Responsabilidad Civil Médica*, Ed. Jurídico de Chile, 1999, p. 19.

² Juan Antonio Gisbert Calabuig, mencionado por Yungano López Bolado y Poggi Bruno, *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Ed. Universidad de Bs. As., 1982, p. 26.

³ Denegri Hacking Marianne, *Análisis de la responsabilidad Civil Médica en*

1.2 Evolución

La real evolución de la responsabilidad médica, se inicia prácticamente a partir de mediados del siglo XX, es de hecho, una figura jurídica nueva ya que en la antigüedad la medicina era considerada como una «ciencia-arte» y en algunos casos como un sacerdocio, por cuanto, quien la ejercía gozaba de plena impunidad.

Los cambios mundiales de las últimas décadas han permitido que estas ideas muten y que actualmente los galenos respondan por los daños que produzcan en el ejercicio de su profesión.

Las razones que han motivado esencialmente este cambio, según el criterio de Teresa de Jesús Seijas, son:

- a) El aumento de la actividad médica.
- b) El progreso de la medicina permite tratar enfermedades que hace poco eran incurables.
- c) La divulgación por los medios de comunicación de masas de los problemas médicos y de sus soluciones, casi siempre presentadas con carácter triunfalista da lugar a que el enfermo considere su curación un derecho. Curación además, rápida y completa, y por ello, si no se logra, la considera como un fracaso del médico, del que este debe responder.
- d) El hedonismo actualmente generalizado, hace rechazar el dolor y el sufrimiento. Si la enfermedad aparece con aquellas, el paciente hace responsable al médico frente al que desarrolla una actitud de oposición.
- e) El ansia de ganancias fáciles por la vía de indemnización a que puede ser condenado el médico como consecuencia de un litigio por responsabilidad profesional.

1.3 Tesis que explican la responsabilidad civil médica

Para tratar estas tesis nos referimos a lo expuesto por Vicente Acosta Ramírez⁴, quien señala:

a) Tesis de la irresponsabilidad absoluta

La cual propugna que el médico no debe ser materia de ninguna responsabilidad (civil o penal) por los daños producidos al paciente en el ejercicio de la medicina. Las razones fueron:

- El responsable en sí es el paciente, pues es él quien

la Legislación Peruana, en Advocatus 5, 2001.

⁴ Vicente Acosta Ramírez, op. cit., p. 37.

eligió incorrectamente al galeno, debiendo de haber elegido a uno de mayor habilidad.

- Del ejercicio de la actividad médica solo emana un deber moral, pero no una responsabilidad jurídica.
- Un proceso judicial contra el médico, solo pretende obtener una ventaja pecuniaria por parte del paciente o de sus familiares, aprovechándose de la situación acontecida.
- El título universitario implica idoneidad profesional.
- La medicina no es una ciencia matemática, capaz de ser sometida a norma alguna.

b) Tesis intermedias

Reconoce la responsabilidad civil del médico más no la penal.

Los médicos sólo deben responder cuando han procedido con intención dolosa y con mala fe.

c) Tesis de responsabilidad amplia

El médico se encuentra en la obligación de reparar el daño causado como consecuencia de actos u omisiones que hayan generado daño a otro.

2. Importancia de la diferenciación entre responsabilidad civil contractual y extracontractual

La trascendencia de esta diferenciación radica en el hecho de determinar si es conveniente o no, enmarcar la responsabilidad civil médica en el régimen contractual o en el extracontractual; o quizás establecer determinados casos en los cuales la responsabilidad pueda ser considerada en uno u otro de los regímenes mencionados. A este efecto, se señala que: «esta distinción no es ociosa, pues reviste no solo importancia doctrinaria sino también fáctica, ya que de acuerdo con la tesis que prevalezca serán muy distintas las consecuencias que se deriven, si se tiene en cuenta el doble sistema de responsabilidad que establece el Código Civil»⁵.

Ricardo Rabinovich⁶, Marcelo J. López y Félix Trigo Represas⁷, consideran que dos serían las diferencias entre uno y otro régimen⁸, la primera referida a la medida o extensión del re-

⁵ Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, *Tratado de las Obligaciones*, Ed. PUCP, Lima, 2003, p. 1819.

⁶ Ricardo Rabinovich-Berkman, *D. Responsabilidad del Médico*, Ed. Astrea, Bs. As., 1999, p. 31.

⁷ Marcelo López Mesa y Trigo Represas Félix, *Responsabilidad Civil de los Profesionales*, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2005, p. 40.

⁸ Aclaremos que solo nos referimos a la Responsabilidad Civil Médica.

sarcimiento, y la segunda referida a la prescripción de las acciones resarcitorias.

Respecto al resarcimiento, en la vía contractual solo se responderá por las consecuencias inmediatas y directas del hecho, mientras que en la vía extracontractual se responderá ampliamente por todos los daños que tengan una relación adecuada de causalidad con el hecho culposo; en referencia a la prescripción la responsabilidad contractual prescribe a los 10 años mientras que la extracontractual lo hace a los 2 años.

Ambas diferencias son de aplicación en el ordenamiento jurídico nacional donde haciendo una comparación entre los capítulos de «Incumplimiento de obligaciones» y el de «Responsabilidad extracontractual», además de las señaladas, podemos señalar las siguientes:

a) Respecto al factor de atribución

La responsabilidad civil contractual se basa en el dolo, culpa inexcusable o culpa leve, mientras que la responsabilidad civil extracontractual sólo lo hace respecto al dolo o la culpa.

b) Respecto a la graduación de la culpa

La responsabilidad civil contractual se basa en dos clases de culpa: la inexcusable (negligencia grave) o la leve (omisión a la diligencia ordinaria), mientras que en la responsabilidad civil extracontractual se basa sólo en la culpa.

c) Respecto a la relación de causalidad

Si bien es cierto esta diferencia fue considerada anteriormente es necesario señalar que, la responsabilidad civil contractual se basa en la teoría de la «causa próxima», es decir se resarcen los daños que sean su consecuencia inmediata y directa y si existe culpa leve, el daño que pudo preverse al tiempo en que se estableció la relación obligatoria; mientras que la responsabilidad civil extracontractual se basa en la teoría de la «causa adecuada» es decir se resarcen los daños que puedan enlazarse con la realización del acto ilícito.

d) Respecto a la carga de la prueba

En la responsabilidad civil contractual es el paciente perjudicado quien deberá probar el dolo o la culpa inexcusable en la que incurrió el médico (lo que determinada parte de la doctrina denomina *Probatio Diabolica*). La culpa leve se presume. En la responsabilidad civil extracontractual el dolo y la culpa se presume que lo cometió el profesional de la salud, correspondiéndole a este su descargo.

Como acabamos de establecer, las diferencias entre ambos regímenes traen consecuencias disímiles respecto a la tratativa de los elementos de la responsabilidad civil, y dado que el código civil peruano se adscribe a esta duplicidad de regímenes, es allí donde radica la importancia de establecer la naturaleza jurídica del vínculo médico-paciente.

3. Tesis que tratan de explicar la contractualidad o extracontractualidad de la responsabilidad civil

La discusión doctrinaria relacionada a determinar si la responsabilidad civil médica (relación médico-paciente) es contractual o extracontractual no ha terminado, con frecuencia es posible encontrar diversos criterios doctrinales y jurisprudenciales que se avocan a analizar esta problemática. Siendo la responsabilidad civil médica una categoría de la responsabilidad civil, y teniendo aquellos aspectos peculiares, es necesario analizar los principales criterios doctrinarios desarrollados y determinar cuál de ellos es el más adecuado para su aplicación.

Para poder realizar un correcto análisis del tema, debemos referirnos a un análisis sintético de las diversas teorías que han surgido para establecer la contractualidad o extracontractualidad de la responsabilidad civil en general.

En la doctrina han surgido tres tesis:

a) Tesis dualistas

Acogida en el código civil francés, donde se recogía la dualidad del concepto de culpa: culpa contractual y culpa extracontractual. De tal manera que «las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho pueden ser reguladas ya sea por la ley o por el contrato...»⁹.

En la responsabilidad contractual, el deber de indemnizar deriva de otro deber, el deber de cumplir, que ha sido infringido. En la responsabilidad extracontractual, la obligación de indemnizar surge por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales respecto de los demás, impuesta por la convivencia¹⁰. A pesar de las críticas que ésta tesis ha tenido en los últimos años el código civil peruano, se afilia a esta.

b) Tesis monistas

Esta tesis alegaba que no existe diferencias entre la ley y el

⁹ Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 52.

¹⁰ Ángel Yagüez Ricardo, *La responsabilidad civil por actos médicos*, Ed. Dykinson, 1999, p. 23.

contrato, basándose en que la ley es el contrato social y el contrato es ley entre las partes. A este efecto debemos mencionar, como lo hace la doctrina mayoritariamente que la ley y el contrato no son idénticos. La ley es «un mandato con eficacia social organizadora» mientras que el contrato «es un acuerdo de voluntades fuente de las relaciones jurídicas patrimoniales».

c) Tesis eclécticas

Parten de la premisa que la responsabilidad es una sola, de tal manera que no se podrá diferenciar la responsabilidad contractual de la extracontractual, sin embargo existen diferencias de régimen, es decir que ambas responsabilidades se identifican en sus principios, más no en sus efectos.

A. A. Alterini¹¹ sostiene que existen diversas «Zonas Grises» donde no se pueden establecer con certeza si los supuestos producidos corresponden a una responsabilidad civil contractual y extracontractual, a este efecto, el autor propone las siguientes tesis:

c.1) Tesis de la incompatibilidad

Sostiene que ambas responsabilidades son irreconciliables y que el problema se tiene que resolver en base a la fuerza absorbente del contrato o, más latamente, de la obligación; es decir en base a las reglas de una responsabilidad contractual.

c.2) Tesis de la compatibilidad

Sostiene que en los casos en que, concurren al mismo tiempo presupuestos de la responsabilidad contractual y extracontractual, el perjudicado pueda accionar en cualquiera de estas dos vías.

Puede ejercerse por:

- Opción: El dañado puede escoger entre accionar en la vía contractual o extracontractual, podría ser el derecho que tiene el paciente víctima del daño proveniente de la inejecución de una obligación médica contractual, de elegir a su gusto si acciona por la vía contractual o extracontractual para reclamar la indemnización del perjuicio causado, teniendo en cuenta las ventajas que podría depararle una u otra. «Al admitir la opción no se está sino reconociendo la unidad esencial del sistema de la responsabilidad civil»¹².

- Cúmulo: Por esta se permite al dañado la obtención de una ventaja que con el ejercicio de una de las acciones no ha

¹¹ Mencionado por Juan Espinoza, op. cit., p. 62.

¹² Woolcott Oyaque, *La Responsabilidad Civil de los Profesionales*, Ara, Lima, 2002, p. 344.

sido lograda; de esta forma el dañado elige lo que más beneficioso de cada una de estas vías como puede ser el plazo prescriptorio, carga de la prueba, etc. Esta posición ha sido criticada pues se habla mal de la palabra «cúmulo» donde no existe acumulación de acciones, pues no se trataría de obtener una indemnización primero por la vía contractual y luego por al extracontractual. El cúmulo no ha aceptado mayor cabida en la doctrina, a pesar que es muy utilizada en la experiencia jurídica italiana.

Para concluir debemos de señalar lo expresado por Juan Espinoza «la discusión sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual se torna en bizantina, por cuanto, en ambas se produce un daño y el derecho debe de intervenir para repararlo. No importa el origen del daño, sino de cómo solucionar las consecuencias»¹³.

Posición con la cual simpatizamos ya que lo importante en interponer una demanda, ya sea por la vía de responsabilidad civil contractual o por la extracontractual es determinar el daño producido y fijar la respectiva indemnización.

Debemos de añadir, que al accionar en un caso de responsabilidad civil médica, no siendo claro a que clase de responsabilidad debemos de adscribirnos (zona gris) el nivel de desventaja en el que se encuentra el paciente perjudicado es grave, ya que si por ejemplo se acciona por responsabilidad civil contractual y en el séquito del proceso el órgano jurisdiccional considera que se trata de un caso de responsabilidad extracontractual y no contractual, es muy posible que la acción devengue en infundada, perjudicando al paciente quien gastó tiempo, dinero y esfuerzo, quien es de presumir no tenga deseos de entablar un nuevo proceso judicial, quedando de esta forma impune la conducta médica.

4. Teoría de la extracontractualidad del vínculo médico-paciente

La doctrina y jurisprudencia francesas hasta antes de 1936 señalaban que la responsabilidad civil del médico era de carácter extracontractual acorde a los fundamentos de los art. 1382¹⁴ y 1383¹⁵ de su código civil.

En 1902 Aubry y Rau¹⁶ sostuvieron que los actos que depen-

¹³ Juan Espinoza, op. cit., p. 64.

¹⁴ Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual haya sucedido.

¹⁵ «Cada cual es responsable del daño que haya causado no solo por sus hechos, sino también por su negligencia o por su imprudencia».

¹⁶ Mencionado por Acosta Ramírez Vicente, *De la Responsabilidad Médica*, op. cit., p. 76.

den de una profesión literaria, científica o artística, no puede constituir el objeto de un contrato señalando textualmente as «el convenio hecho por un médico para tratar a un enfermo o por el abogado para defender una causa, no engendra contra ellos ninguna acción, salvo la responsabilidad a las cuales pueden estar sometidos en virtud de los art. 1382 y 1383 del C.C.».

Demogue¹⁷ siguiendo con la corriente de la extracontractualidad de la relación médico-paciente sostuvo que el profesional goza de independencia en la ejecución de sus contratos que le dan simplemente la posibilidad de emplear su libertad en cierta forma, de manera que, haciendo mal uso, surge la culpa aquiliana.

En la doctrina italiana surge C. Gabba¹⁸ quien señala «la responsabilidad del profesional será exclusivamente extracontractual ya que tiene su origen en el abuso de la facultad que le fue acordada y en la falta de condiciones para ejercerla y no en los contratos de locación ni mandato».

Surge la denominada «doctrina del alea», la cual afirma que en la actuación médica existen factores imprevisibles, por los cuales el hombre no debe responder. Asimismo se menciona una «culpa especial o profesional» la cual conforme lo conceptualiza Trigo Represas¹⁹ «es aquella en la que incurre una persona que ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ella le impone: se trata pues, de una infracción típica, concerniente a ciertos deberes propios de una determinada actividad».

A este efecto debemos señalar que la «doctrina del alea» si bien no ha sido reconocida expresamente por nuestro ordenamiento jurídico, (darle cabida significaría crear una especie de impunidad contra los profesionales de la salud, pues en cada demanda entablada sería muy fácil recurrir a ella para salir librado de cualquier proceso por responsabilidad civil profesional) tiene una estrecha relación con el concepto de «culpa profesional o especial». En los capítulos referidos a incumplimiento de obligaciones y responsabilidad civil extracontractual de nuestro código civil, no se hace mención a ésta, pero encontramos un artículo muy peculiar en lo referido a prestación de servicios (responsabilidad contractual), nos estamos refiriendo al art. 1762, donde de alguna manera se es-

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ Mencionado por Lorenzetti Ricardo Luis, *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Ed. Grijley, 2005, p. 7.

¹⁹ Félix Trigo Represas, *Responsabilidad civil de los profesionales*, Ed. Astrea. Buenos Aires, 1978, p. 70.

taría reconociendo una «culpa especial» y porque no decirlo un reconocimiento tácito a la «doctrina del alea», para «asuntos técnicos o profesionales de especial dificultad».

Uno de los más connotados defensores contemporáneos de la extracontractualidad de la relación jurídica médico-paciente es el profesor argentino Guillermo A. Borda.

Sostiene el mencionado que, «aceptar como principio que la responsabilidad es contractual y al propio tiempo, admitir que en algunos casos es extracontractual, significa juzgar con reglas y criterios jurídicos distintos una responsabilidad idéntica»²⁰. Menciona que la responsabilidad civil médica es la misma, tenga o no tenga origen en el contrato, pues está impuesta por obligaciones derivadas del ejercicio de la medicina. Termina afirmando que «no se niega lo evidente: el carácter contractual entre médico y enfermo, lo que niega es que la responsabilidad civil médica surge del incumplimiento de las cláusulas del contrato, sino del incumplimiento de sus obligaciones profesionales, muchas de las cuales suelen ser ignoradas por los pacientes, como ocurre con las prescripciones del Código de Ética Médica»²¹.

Bustamante Alsina, no estuvo de acuerdo con la tesis propuesta por Borda señalando que «se estaría confundiendo la fuente de la obligación con la obligación misma»²² criterio que es seguido por Ricardo Luis Lorenzetti y Rossana Pérez de Leal²³ quienes acertadamente afirman «son las partes y no las normas imperativas las que fijan si se estructura una prestación de equipo o individual, si habrá consultas, o si se utiliza tal o cual tecnología»²⁴.

El Dr. Borda señala asimismo que si entre médico y paciente se crearía un contrato se vería el médico expuesto a la culpa una vez acreditado el incumplimiento; contrariamente si este vínculo fuera extracontractual, el paciente debería poner en evidencia los extremos de su procedencia. En nuestra legislación nacional tal aseveración no es aplicable del todo ya que tal como es sabido en el incumplimiento de las obligaciones es el agraviado (paciente) el que deberá de probar la culpa inexcusable o el dolo en el que a incurrido el medico (prueba dia-

²⁰ Guillermo Borda, *Nuevos perfiles de la Responsabilidad Civil Médica*, en *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, núm. 11, 1997.

²¹ *Ibidem*.

²² Jorge Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, p. 42.

²³ Rossana Pérez de Leal, *Responsabilidad Civil de Médico*, Ed. Universidad de Bs. As, 1995, p. 10.

²⁴ *Op. cit.*, p. 14 y 15.

bólica) presumiéndose supuestamente la culpa leve²⁵, mientras que en la responsabilidad civil extracontractual el dolo y la culpa se presumen debiendo el médico proceder a realizar sus descargos. Al margen de lo señalado, debemos acotar que no nos encontramos de acuerdo con lo señalado por el Prof. Borda, ya que es el médico quien en todos los casos debería de probar que actuó con la diligencia requerida, pues es él quien tiene a su disposición los conocimientos científicos para tal fin.

Quizás, el más grave error en el que incurre el jurista mencionado a nuestro criterio es señalar que el médico solo debe de responder por culpa grave, por evidentes y groseras infracciones al arte de curar. Tal errónea aseveración, pondría a los pacientes en una situación totalmente desventajosa en relación a los galenos ya que estaríamos desprotegidos de aquellos errores cometidos por culpa inexcusable, o culpa leve, quedando estos en una situación de desamparo jurídico.

Debemos señalar que la extracontractualidad de la relación médico-paciente estuvo determinada por los siguientes argumentos:

a) El carácter intelectual del trabajo suministrado se opone a la existencia de un contrato entre el profesional y su cliente.

b) Tales contratos serían nulos por recaer sobre derechos de la personalidad (salud, vida humana).

c) Los deberes y derechos están impuestos por normas legales que conforman el estatuto de la profesión médica, y no pueden nacer de un contrato.

d) El médico goza de independencia en la ejecución de los contratos.

e) A los médicos no se les imponía obligaciones mayores que las derivadas de la prudencia y la diligencia, así como el desconocimiento de la diferenciación entre las obligaciones de medios y de resultado.

5. Teoría de la contractualidad del vínculo médico-paciente

La posición doctrinaria que admitía la relación jurídica del médico-paciente como una de carácter extracontractual cambió drásticamente con el fallo de la Cámara Civil de Casación de Francia de fecha 20 de mayo de 1936, caso de los esposos Mercier, donde se decidió que «entre médico y paciente se perfecciona un verdadero contrato, que implica para el galeno la obligación si no tan evidente de curar al enfermo...al menos de prestarle cuidados concienzudos, solícitos y haciendo la reserva de las circunstancias excepcionales, conforme a los

²⁵ Aseveración que tiene estricta relación con el art. 1762 del C. C.

resultados adquiridos por la ciencia; que la violación, incluso involuntaria, de esa obligación contractual está sancionada con una responsabilidad de igual naturaleza, asimismo contractual»²⁶.

Distintos juristas franceses²⁷ orientaron su pensamiento hacia este criterio entre los que podemos mencionar a: Mazeaud-Tunc, Demogue, Colin, Capitant, Savatier, Planiol y Sourdat.

Es de importancia mencionar la corriente doctrinaria argentina encabezada por el Dr. Arturo Ricardo Yungano, quien sostiene «esta relación contractual se extiende, asimismo a otros supuestos que se han juzgado, no adecuadamente, como extracontractuales. Cuando el médico presta sus servicios a alguien que se ha desmayado en la vía pública o ha sido atropellado y está en estado de inconciencia o de shock, pensamos que actúa en virtud de su deber legal fundado sobre su fundamento profesional, lo que generaría una obligación *ex lege* o bien en virtud de una voluntad <tácitamente anticipada> según la cual en caso de accidente la persona aceptará los servicios del médico que, ocasionalmente la asista»²⁸.

Tal como se aprecia se estaría hablando de la «Teoría de la Voluntad Tácitamente Anticipada», por medio de la cual no importaría si el paciente es un suicida, es atendido en la vía pública, es un demente, o cuantos más casos puedan establecerse; siempre entre médico y paciente habrá una relación contractual pues siempre hubiese existido una manifestación de voluntad (pues el paciente hubiese aceptado la atención médica de encontrarse en la normalidad) la cual es tácita y anticipada a la ocurrencia del hecho.

Nuestra posición podría adherirse a la planteada por el Dr. Yungano, pero hacemos la salvedad que la teoría de la «voluntad tácitamente anticipada» solo podría aplicarse en los supuestos de falta de manifestación de voluntad ya sea por la inconciencia sobrevenida al paciente por algún accidente, enfermedad, etc., o en el caso de los suicidas; pero al margen de estos supuestos siempre hay diversas situaciones donde la relación-médico paciente devendría en una de naturaleza extracontractual.

Actualmente no se puede negar que existen determinados supuestos en los cuales se configura la responsabilidad civil

²⁶ Henry Mazeud y André Tunc, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Ed. Jurídica Europa América, Bs. As., 1963, tomo 1, p. 250.

²⁷ Hacemos referencia que de la Bibliografía consultada no se hace referencia alguna a doctrina italiana que apoye la contractualidad del vínculo médico-paciente.

²⁸ Yungano Lopez Bolado y Poggi Bruno, op. cit., p. 36.

extracontractual, «pues hay casos en los que el médico tiene la obligación legal (no contractual) de atender al paciente, en tal caso existe una obligación impuesta con base en una decisión privada lícita de la ley: la de no dañar al prójimo»²⁹.

La doctrina³⁰, acorde a criterios subjetivistas de diversa índole han establecido las situaciones en las cuales la responsabilidad sería de naturaleza extracontractual.

Nosotros consideramos que se configuraría en los siguientes casos:

- a) Incumplimiento de contrato entraña delito penal.
- b) Cuando se declara la nulidad del contrato de asistencia médica por vicio imputable al médico o al paciente.
- c) Cuando se ocasione muerte o lesiones al paciente, produciéndose de esta manera daños a terceros.
- d) Cuando se ocasionen daños que estén fuera de la órbita del contrato.
- e) Cuando la relación médico-paciente sea interpuesta coactivamente (casos de emergencia).
- f) Cuando el médico emite certificados médicos falsos o de complacencia.

José de Aguiar Días³¹ manifiesta que la responsabilidad médica es contractual solo cuando existe convención, la cual puede ser escrita o verbal, menciona como ejemplo de esta última el hecho del llamado, y la consecuente visita médica. La estipulación puede darse directamente con el paciente, con miembro de la familia o por cualquier otro; deviniendo la acción en extracontractual cuando existan miembros de la familia que no estipularon y sufrieron daños con la muerte del paciente. Asimismo señala que la acción es extracontractual cuando en ausencia de contrato el médico obra con impericia e imprudencia en el tratamiento, o rehúsa darlo a persona en peligro inminente. Lo peculiar en este criterio, es que De Aguiar sostiene que el carácter extracontractual de la relación no impide invocar reglas contractuales.

Hemos querido mostrar hasta este momento las dos corrientes existentes respecto a determinar si la naturaleza jurídica de la relación existente entre médico y paciente pertenece al ámbito de la contractualidad o al de la extracontractuali-

²⁹ Luis María Boffi Boggero, mencionado por Woolcott Oyague, op. cit., p. 343.

³⁰ Luis Andorno, *La Responsabilidad Médica*, en Zeus, oct/dic., Rosario, 1982, p. 113; Bueres Alberto, *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Ed. Hammurabi, tomo 1, p. 59; Bustamante Alsina Jorge, op. cit., p. 395.

³¹ Citado por: Woolcott Oyague Olenka, op. cit., p. 345 a 346.

dad, las posiciones doctrinarias abundan; es cierto que la doctrina moderna apunta hacia la unificación de la responsabilidad civil general desde el punto de la reparación del daño, lo cual no se ha plasmado en nuestro código civil aún, de allí la importancia de hacer la diferenciación correspondiente, que quizás en algún momento de la evolución jurídica pierda trascendencia.

Finalmente debemos de mencionar a Posner³² quien en un estudio económico del derecho ha considerado que en los supuestos extracontractuales de la relación médico-paciente se produciría un «contrato implícito» dado que sería excesivamente costoso una transacción voluntaria, pues una persona cuya vida está en peligro no puede detenerse a negociar los términos de ningún contrato, pues el costo de dicha transacción podría ser su vida. Por ello el derecho debe entender que de no haber mediado dichas circunstancias, las partes habrían llegado a celebrar un contrato, y los términos de este contrato deben de ser los comunes a esa transacción. Se recurre así a una ficción que nos permite salir del entrapamiento y contar con una regulación para esa situación.

Coincidimos con lo señalado por Olenka Woolcott Oyague³³, lo importante no es hacer una lista de todas las hipótesis de la relación extracontractual, sino destacar el hecho de que si bien el profesional y el beneficiario de sus servicios pueden no estar unidos a través de un contrato de servicios profesionales, esto no quiere decir que no exista vínculo jurídico entre ambos, por el contrario, si existe y es de naturaleza extracontractual. Se trata de un vínculo que surge porque en algunos casos la ley atribuye determinados efectos a cierto accionar, o porque, en otros, crea directamente la obligación de asistir profesionalmente a alguien que presenta las condiciones que la misma ley contempla. Pero en todo caso, vienen impuestos al profesional los mismos deberes que si se tratase de la fuente contractual. Los deberes profesionales que conciernen a cada profesional en particular desde que se halla debidamente habilitado para el ejercicio, generando el título profesional una presunción de idoneidad (respecto a la materia científica de cuya aplicación se requiere en el caso particular).

6. Posición de la doctrina nacional

Si bien es cierto la doctrina nacional no ha analizado con detenimiento la dualidad de regímenes de la responsabilidad

³² Mencionado por Gutiérrez Camacho Walter, *El Contrato de Servicio Médico y la Responsabilidad del Médico*, en *Dialogo con la Jurisprudencia*, tomo 22, p. 60.

³³ Olenka Woolcott Oyague, op. cit., p. 215.

civil en el campo médico, encontramos algunas opiniones que consideramos importantes mencionarlas.

El Dr. Enrique Varsi, señala que la responsabilidad civil médica es siempre de carácter contractual, «siendo excepcionalmente extracontractual cuando el médico realiza conductas antijurídicas o prohibidas o viola disposiciones reglamentarias de su profesión»³⁴. «La relación entre médico y paciente es de tipo contractual aún en aquellos supuestos donde el paciente carece de la capacidad para manifestar su consentimiento, por ejemplo en el caso de una persona que ha sufrido un desmayo y el médico le asiste, éste actúa por un deber legal que se basa en una obligación *ex lege* (esto se debe a que la actividad médica es un servicio de pública necesidad)»³⁵.

Fernando de Trazegnies³⁶, sostiene que la responsabilidad profesional debe de ser considerada dentro de un régimen único para un mismo tratamiento jurídico. De esta manera considera que los límites entre la responsabilidad contractual y extracontractual son imprecisos por lo cual la responsabilidad profesional debe de ser enmarcada dentro de la extracontractual por ser ésta un régimen mas benigno y mucho mas adecuado para la solución de estos conflictos.

Encontramos una interesante opinión del mismo jurista que dice «no cabe duda que no estamos ante uno de esos casos jurídicos perfectamente nítidos en los que todo parece evidente. En el fondo, sentimos que hay algo que no encaja totalmente, porque estamos tratando una relación que tiene toda la apariencia de contrato como si no fuera contrato y para ello hemos tenido que desarticularla en acciones aparentemente inconexas (enriquecimiento indebido y responsabilidad extracontractual) que, aunque cumplen relativamente su finalidad, nos dan la impresión de que existe una vinculación entre ellas que no ha sido explicada».³⁷

Para Marianne Denegri³⁸ se configura la responsabilidad civil contractual cuando se viola una obligación específica previa entre las partes (es decir, debe haber una relación obligatoria previa entre las partes), por su parte, en la responsabilidad extracontractual se viola el deber jurídico genérico del *nemimen laedere*; por lo tanto la diferencia entre ambos regímenes no es

³⁴ Varsi Rospigliosi Enrique, *Derecho Médico Peruano*, Ed. Universidad de Lima, 2001, p. 81.

³⁵ De Trazegnies Fernando, op. cit.

³⁶ De Trazegnies Granda Fernando, *Responsabilidad No Derivada de un Acto Jurídico*, en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del C.C.*, Ed. PUCP, Lima, 1980, p. 389.

³⁷ De Trazegnies Fernando, *La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Ed. PUCP, Lima, 1999, p. 470.

³⁸ Denegri Hacking Marianne, op. cit., p. 107.

la existencia previa de un contrato sino de una relación obligatoria entre las partes, sin importar el origen de la obligación.

A este efecto, en los casos de responsabilidad médica, aún en los casos de emergencia, existe una relación médico-paciente, en donde el médico está en la obligación de prestar de la manera más diligente posible la prestación de sus servicios profesionales y el paciente de cumplir con la remuneración. Del mismo modo, estamos ante una prestación de servicios médicos, el cual puede acarrear una responsabilidad civil contractual.

Para Juan Espinoza³⁹ siguiendo la corriente Italiana y en especial lo mencionado por Rossello, menciona que «puesto que la lesión de la integridad personal del paciente ocasionada por el médico en ejercicio de su actividad profesional configura una hipótesis típica, en la cual el cruce entre el interés del acreedor a la correcta ejecución de la prestación y el interés a no ver lesionado el derecho subjetivo a la salud, determina tradicionalmente el operar de una responsabilidad a doble título, en realidad la jurisprudencia italiana ha elaborado sobre la materia un cuerpo de reglas unitarias, dentro del cual, la distinción entre responsabilidad contractual y aquiliana se esfuma y pierde significado».

Para Olenka Woolcott⁴⁰ la relación jurídica que puede establecerse entre un profesional y el destinatario de su servicio puede ser de índole contractual o extracontractual, en este último caso los sujetos quedan vinculados por mandato de la ley. Se rechaza de esta manera la tesis anticontractualista de la relación jurídico-profesional conforme a la orientación unánime de la doctrina, jurisprudencia y legislación comparadas.

Javier Pazos⁴¹ en una interesante posición sostiene que el problema no solo se debe referir al incumplimiento de la obligación principal, pues habría en juego otro deber que integra la relación médico-paciente, el referido al principio general de la buena fe. Así como lo señala Jordano, la buena fe convierte a una mera relación fundamental centralizada por el derecho a la prestación, en una relación compleja, expresando a estos efectos que «existen deberes de protección, que juntamente con el interés fundamental del acreedor en el cumplimiento de la prestación, se encaminan a que dicho cumplimiento, o las actividades conexas, no deriven en perjuicios para ninguna de las partes»⁴².

³⁹ Juan Espinoza Espinoza, op. cit.

⁴⁰ Olenka Woolcott Oyague, op. cit., p. 120.

⁴¹ Pazos Hayashida Javier, *La Adscripción de la Responsabilidad del Profesional a los Regímenes Generales de la Responsabilidad Civil*, en Gaceta Jurídica, 97, Lima, 2006, p. 107.

⁴² Francisco Jordano Fraga, *La responsabilidad Contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 139.

Es así que cuando se incumpla la prestación a la que se encuentre ligado el profesional, o se incumpla alguno de los deberes conexos al cumplimiento de la misma y que surgen para integrar el contenido contractual sobre la base del principio general de buena fe, el régimen de la responsabilidad aplicable será el contractual.

7. La unificación de ambos regímenes y su trascendencia en la responsabilidad civil médica

Doctrina contemporánea ha señalado que la función primordial de la responsabilidad civil es la de la reparación del daño causado, es decir existe una mayor atención hacia las consecuencias perjudiciales que surge la víctima, donde no interesa que la responsabilidad se produzca en la esfera contractual o extracontractual, pues lo importante sería, como ya lo acabamos de mencionar el daño causado, tomando en cuenta que ambas esferas de la responsabilidad tendrían elementos comunes tales como: el hecho antijurídico, el daño, la relación causal entre hecho y daño y los factores de atribución de la responsabilidad.

León Leysser⁴³, enmarca las dos corrientes de unificación de la responsabilidad civil, llamando a la primera «Perspectiva Ontológica de la Unificación»⁴⁴ y a la segunda como «Perspectiva Pragmática de la Unificación»⁴⁵.

Para la primera corriente es decir la perspectiva ontológica, considera que la separación de ambos tipos de responsabilidad es un dogma que debe erradicarse, señalando que un mismo hecho, es decir el dañoso, no puede estar sujeto a distintos tipos de responsabilidad.

Para la segunda corriente es decir la perspectiva pragmática, considera que ambos tipos de responsabilidades tendrían nexos con el principio de «no dañar a nadie» es decir el principio *neminem laedere* por lo tanto su separación carecería de importancia. Además sostiene que en caso de duda en la aplicación de las normas de uno u otra clase de responsabilidad, podría aplicarse la teoría del cúmulo de responsabilidades (tratada con anterioridad).

Para Olenka Woolcott⁴⁶ toda aquella doctrina que está de acuerdo con la unificación de ambos regímenes de responsabilidades, sostienen que las diferencias que las separarían se dividen en dos:

⁴³ León Leysser, *La Responsabilidad Civil*, Ed. Normas Legales, Lima-Perú, 2006, p. 12.

⁴⁴ Seguida por: Gastón Fernández Cruz.

⁴⁵ Seguida por: Juan Espinoza.

⁴⁶ Woolcott Oyague Olenka, op. cit., p. 234.

a) Diferencias aparentes

Entendidas como aquellas que han sido sostenidas por la doctrina y jurisprudencia tradicional cuyo objetivo era una configuración de conceptos distintos a través de la alegación de elementos diferentes para ambos casos. Entre estos tenemos a la culpa, carga de la prueba, la mora, reparación del daño no patrimonial.

b) Diferencias reales

Circunstanciales o contingentes: la extensión de la reparación, la prescripción, la solidaridad y mancomunidad.

Asimismo, parte de la doctrina señala que existen dos razones por las cuales debe existir una unificación entre ambos regímenes de la responsabilidad civil, las cuales son:

b.1) De orden sustantivo

Se sostiene que una duplicidad de regímenes de responsabilidad civil sería adecuado para una economía poco desarrollada, pero no en una situación en la cual «la constante exposición a los riesgos de la vida diaria reclama una cada vez más vigorosa defensa de la persona, y en el que la especialización en las actividades permite esperar de cada deudor una previsión proporcionada a esa especialización...».⁴⁷

Así, actualmente se admite que la responsabilidad contractual no es simplemente un efecto del contrato, y que la responsabilidad aquiliana no es la única fuente autónoma de la obligación de reparar los daños. En ambos casos, se considera que la obligación (de origen contractual o legal) que ha sido violada da origen a una nueva obligación que consiste en la reparación del daño causado.

Actualmente se habla de la «unicidad del fenómeno resarcitorio» que conduce a través del daño a la concepción unitaria de la responsabilidad civil. Por ello la importancia de la culpa en el régimen de la responsabilidad civil en décadas pasadas, ha perdido trascendencia hoy en día, pues actualmente se consideraría al daño el presupuesto central de la responsabilidad civil.

b.2) De orden sistemático

Nuestro código civil al igual que el código civil Francés ha considerado que la responsabilidad civil contractual esté dentro del libro de las «obligaciones» mientras que la responsabilidad civil contractual está dentro del libro de «fuentes de las obligaciones». De esta manera es fácil encontrar autores que

⁴⁷ Izquierdo Tolsada, *Sistema de Responsabilidad Contractual y Extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 83.

no aborden a la responsabilidad contractual como lo hacen con la contractual, es decir analizándola en sus elementos esenciales, es decir: antijuricidad, nexo causal, factores de atribución y daño causado; pues es casi imposible encontrar por ejemplo programas profesionales que aborden estos elementos dentro del incumplimiento del contrato y sus efectos, tal como lo señala Mariano Izquierdo «el lenguaje propio de la responsabilidad contractual no viene siendo, a diferencia de lo que sucede con la aquiliana, un lenguaje de responsabilidad, sino de incumplimiento»⁴⁸.

8. Conclusiones

Primera: A lo largo del siglo XX se han dado diversas opiniones para justificar la contractualidad o extracontractualidad de la naturaleza jurídica del vínculo médico-paciente. Si bien es cierto en la actualidad aún subsisten opiniones referidas a la tratativa únicamente extracontractual del referido vínculo, a partir del año 1936 con el fallo en el caso de los esposos Mercier, se estableció que entre médico y paciente existía una relación de contractualidad, teoría que es aplicada y seguida en su mayoría en la doctrina contemporánea, sin dejar de establecer que existen determinados supuestos en los cuales el vínculo será siempre extracontractual.

Segunda: Adscribir la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente a un régimen contractual o extracontractual genera, en ambos casos, situaciones desfavorables para el acreedor (paciente víctima de una negligencia médica). Así, si éste acciona en la vía contractual tendrá que probar el incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso en el que incurrió el médico (prueba diabólica); tendrá que probar que se actuó con dolo o culpa inexcusable, pues si se tratase de culpa leve, la acción no procedería debido a lo señalado en el art. 1762 del C.C. Contrariamente, si se acciona en la vía extracontractual, habrá que tener cuidado de no exceder el plazo de prescripción (2 años).

Tercera: De lo expresado en la anterior conclusión podemos señalar, que si bien es cierto, considerar contractual la naturaleza jurídica del vínculo médico fue un gran avance jurídico, es lamentable que en nuestra legislación, considerarlo como tal, es colocar al paciente es una situación de desventaja respecto al médico, produciendo de esta manera acciones judiciales que sean muy difíciles de ganar.

⁴⁸ Izquierdo Tolsada, op. cit., p. 84.

EL CONTROL, LA EMPRESA HOLDING Y LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

POR CLAUDIA PIA CHIRINOS-PACHECO DE RIVERO

1. Grupos de sociedades y la holding

Si bien es cierto, «el grupo de sociedades» no ha sido regulado aún en nuestra legislación y existen como tales en el *argot* económico «grupo económico o grupo empresarial» estamos frente a lo que en el derecho anglosajón le denomina la empresa «holding» pero sin contrato de dominación grupal ni la problemática de los *squeezeouts*. Es en este sentido que el presente artículo trata de ese fenómeno económico derivado de las sociedades de capitales, de la globalización de la economía y los mercados; lo que hace necesario la adaptación y creación de nuevas figuras jurídico-mercantiles en la legislación peruana a fin de establecer el funcionamiento de derecho de las sociedades y dar una mejor protección a los inversionistas institucionales, ello respecto al mercado de valores en donde a pesar de existir una legislación acorde también se presenta una deficiente regulación en muchos casos, es decir ¿Por qué no todas las empresas del Perú sobre todo las medianas empresas no cotizan en bolsa, por que las transacciones de emisión son muy onerosas o por que la legislación de la Ley núm. 26702 no puede estandarizar procesos a las empresas que pudieran cumplir con ciertos requisitos y tener un financiamiento más económico y un crecimiento sostenible?

El tema se presenta complejo a simple vista pero en los países desarrollados cotizar en bolsa o acceder a financiamiento bancario es igual en función de costos sólo que la empresa que cotiza tienen un mayor valor al momento de *Oparse* (oferta pú-

blica de adquisición), o de fusionarse es decir de concentrarse un grupo de varias empresas en rubros complementarios o no complementarios a fin de reducir el riesgo de los portafolios de acciones y valores.

El artículo 105 de la LGS señala a tenor lo siguiente: «Control Indirecto de Acciones: las acciones de propiedad de una sociedad que es controlada por la sociedad emisora de tales acciones no dan a su titular derecho de voto ni se computan para formar quórum. Se entiende por sociedad controlada aquella en la que, directa o indirectamente, la propiedad de más de cincuenta por ciento de las acciones con derecho a voto o el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio corresponda a la sociedad emisora de acciones». Aquí aparecen dos figuras que la Ley no ha desarrollado la empresa emisora a la que llamaremos *holding* y la sociedad controlada más conocida como sociedad subsidiaria.

Es importante metodológicamente que revisemos algunos conceptos para determinar el *Control y la Empresa Holding*; en este orden de ideas podemos hilar diferentes conceptos de la doctrina anglosajona como de la doctrina del Perú, así que Echaiz Moreno citando a Sergio Le Pera¹ señala que «la dominación se manifiesta a través de mecanismos, los cuales pueden ser internos y externos. Esa dominación tendrá que revestir particular intensidad a efectos que pueda influir decisivamente en la organización interna de una empresa. Pero, además deberá extenderse en el tiempo, puesto que una dominación efímera (así sea intensa) no posibilitará incidir efectivamente en la conducción de una empresa, al no haberse logrado el control (punto máximo al cual se aspira dentro de esta temática y que es la forma de ejercer la dominación). La contrapartida olvida del control obtenido es la dependencia de la empresa ahora subordinada». Es importante el hecho que existan varias acepciones de las palabras «dominación» y «control»; el autor francés Michel Vanhaecke ha llegado a decir que la definición debe provenir de la casuística (Los grupos de sociedades 1962, p. 187)². La discusión semántica surge entonces de la similitud para algunos o la diferencia entre los conceptos de «dominación» y «control». Es importante establecer una posición al respecto una empresa dominada por la tenencia de acciones es una empresa controlado por la sociedad matriz o sociedad *holding*, creo claro expresar mi punto de vista a fin de unificar un criterio de tal forma que se puede utilizar ambas

¹ Daniel Echaiz Moreno, *Características estructurales de los grupos de Empresas*, Asesorandina SRL., Perú, 2004.

² Citado por Daniel Echaiz Moreno en *Características estructurales de los grupos de empresa*.

palabras como si se trataran de sinónimos, no siéndolos para efectos del presente.

Antes de pasar a desarrollar las manifestaciones empresariales del control, vamos a explicar no sólo que en una sociedad que ostenta el control sino más bien ¿qué es una *holding*?

Se denomina *holding* a una forma de organización de los negocios dentro de una estructura corporativa compleja y tiene varios nombres:

- Sociedad de cartera
- Sociedad de inversiones
- Sociedad portafolio de inversiones

Estas tres denominaciones están expresadas dentro del concepto del artículo 105 de la LGS, lo cual no signifique que la Ley citada no debió establecer un concepto más amplio y menos técnico, sino más bien a través de la identificación de los grupos económicos o grupos empresariales se hubiera especificado con mayor exactitud que es un «grupo de sociedades», ¿cómo se constituyen? o si estos generan o no concentración empresarial, asimismo hubiese sido interesante que el legislador de la LGS hubiese desarrollado el tema con más amplitud sobre todo si se toma en cuenta que las empresas subsidiarias se les denomina en la doctrina «grupo societario e implica tanto a la *holding* o empresa que ejerce el control como a las empresas controladas o dominantes».

Como lo establece la LGS³ la sociedad *holding* tienen por objeto social invertir en otras sociedades en las cuales tiene una participación accionarial mayoritaria que le permite ejercer el control o dominar a éstas últimas. Control que se plasma en el hecho que el accionista mayoritario.

Es la sociedad de inversión o la *holding*, las empresas subsidiarias tienen personalidad jurídica propia como resultado final mientras que éstas están controladas o dominadas por la *holding*.

Una empresa *holding* no se forma por la exclusiva voluntad de las partes (accionistas que pueden ser personas jurídicas o naturales) o por medio de un solo acto de constitución sino que surgen de la evolución del rubro del negocio o de la necesidad de diversificación del portafolio de inversiones (cuando la *holding* no tiene actividades productivas complementarias sino diversificadas), entonces no se puede crear una *holding* en un día pero si se puede reorganizar un grupo de sociedades

³ Art. 105 de la Ley General de Sociedades.

(grupo económico) desordenado dando lugar a una holding.

2. Características de las holdings

La holding puede considerarse como una forma de «integración empresarial» con todos los beneficios que esta representa como es la eficiencia fiscal: la carga tributaria sobre la cuenta de resultados consolidados puede ser menor que la suma de las cargas sobre cada una de las empresas del grupo consideradas individualmente. Este efecto puede ser más interesante cuando la sede de la holding se encuentra en un país que es un paraíso fiscal.

Las holdings también pueden surgir como grupo de sociedades cuando un conjunto de accionistas va adquiriendo diversas empresas buscando la rentabilidad de su inversión tengan o no el control o la gestión.

La holding es una agrupación de empresas de capitales comunes que buscan maximizar los recursos económicos de éstas, utilizando las sinergias que se dan entre sociedades que pertenecen al mismo rubro o sector.

3. Clases de holding

Holding perfecto, en este caso la sociedad se constituye con este propósito, es decir para ejercer como holding. Ser titular de acciones y dirigir estas inversiones, las cuales constituyen sus únicos activos. Desde el punto de vista del Derecho societario, las holdings perfectas son sociedades constituidas específicamente para adquirir acciones en otras empresas o constituir nuevas sociedades teniendo el control de estas. Un ejemplo de estas en el Perú es la Holding GRAÑA Y MONTERO S.A.A. Podemos acotar que a estas empresas que se constituyen como una holding de derecho.

Holding imperfecto, en este caso ésta no ha sido constituida esencialmente con ese fin, es decir que el objeto financiero coexiste con otras actividades comerciales o industriales. Se trata de empresas operativas que desarrollan una actividad real en algún sector económico pero también posee acciones en otras empresas del sector o de otros rubros económicos. Es así que a este tipo de empresas que han generado concentración empresarial se les denomina holding de hecho pues se van formando a través del tiempo y concentran su participación accionarial en uno rubro es decir modelo horizontal o diferentes rubros o modelo vertical pero no se constituyen para tal fin sino la economía y su crecimiento permite esta forma de concentración empresarial a través de fusiones, OPAS y contratos asociativos. En el Perú este caso es el Grupo CREDICORP y

la mayoría de grupos de sociedades atienden a nominación de una holding imperfecta. Dentro de las ventajas que presentan estas holdings tenemos:

- Disminuyen el riesgo de la empresa debido a la diversificación del capital en diferentes sociedades.
- Permite conseguir el control de diversas sociedades con un capital comparativamente reducido ya que basta con tener el 50% de la titularidad de las acciones e inclusive menos en sociedades de accionariado disperso.
- El control empresarial se ejerce en un marco de directrices concentradas.

4. Características de los grupos de empresas

Si bien es cierto hemos desarrollado la holding y hemos visto un grupo de esquemas para entender el fenómeno del control y las relaciones de dominación —dependencia o control— dependencia, es preciso ver las características de los grupos de sociedades:

4.1 Autonomía jurídica

Una de las características de los grupos de empresas es que estos tienen «autonomía jurídica», esta característica que es de derecho, normativa y no económica o empresarial, se entiende como la existencia de una pluralidad de empresas o sociedades independientes. Es decir cada sociedad es un sujeto de derecho individualizado, conservan su propio objeto social, denominación social, representantes legales, Directorio, JGA, trabajadores así como obligaciones (pasivos), activos así como el patrimonio de la sociedad. No obstante la empresa dominante o holding puede determinar modificaciones de la denominación social, podría darse la fusión de dos empresas que tienen actividades complementarias. Es importante destacar que las sociedades pertenecientes a un grupo son autónomas jurídicamente pero son vinculadas desde el punto de vista económico.

Alonso Morales Acosta⁴ señala que la autonomía jurídica se «concretiza en dos niveles de la empresa: externo e interno». Vamos a ver estos niveles para entender mejor la autonomía jurídica.

a) Nivel externo

Este nivel está ligado a las relaciones que se establecen entre la sociedad y sus socios, los trabajadores, los acreedores,

⁴ Alonso Morales Acosta, *Los grupos de sociedades*, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, núm. 44, 1994, p. 110.

los clientes y el Estado (es decir lo que se llama el grupo de interés empresarial o *stakeholders*). Se ejerce con total independencia, la sociedad se muestra como una empresa individual, desvinculadas de otras.

b) Nivel interno

En el nivel interno se puede ver el carácter relativo de la autonomía, pues esta es jurídica mas no económica e implica el dominio ejercido por determinado sujeto (dominio intragrupal) y se concreta en el poder de gestión, la participación en las utilidades y los riesgos que asume la sociedad dominante, así como la dirección de la sociedad o sociedades dominadas.

5. El control

5.1 Relación de control-dependencia

En los grupos de sociedades la relación dominación-dependencia o control-dependencia es parte de una de las características de los grupos de sociedades. Esta relación implica cinco elementos⁵ y que son: dominación, intensidad, duración, control y dependencia. Aunque nuestra postura es que la dominación económica implica ya el control y la dependencia, por lo que diferimos con Echaiz Moreno, en este sentido siento que al existir dominación el control y la independencia es parte de esta vinculación dominante económica entre la holding y cualquiera de las subsidiaria, por lo que pensamos que solo debemos considerar 3 elementos.

La dominación suele manifestarse a través de mecanismos que pueden ser internos y externos y que en líneas anteriores hemos desarrollado con la finalidad metodológico de comprender este fenómeno económico del grupo empresarial.

Tenemos la siguiente clasificación que constituyen además las características de los grupos de sociedades:

a) Dominación interna de Derecho

Es aquella que nace en la propiedad sociedad y se trata de la vinculación entre la sociedad dominante y la sociedad dominada, existiendo dos formas, la de derecho y la de hecho. La dominación interna de derecho es la dominación accionaria que depende del modelo empresarial, esta permite que se llegue a ella por medio de tres medios: absoluta si se posee el 100% de las acciones de la empresa holding, dominación mayoritaria si se posee más del 50% y menos del 100% de la par-

⁵ Daniel Echaiz Moreno, *Características estructurales de los grupos de Empresas*, Asesorandina SRL., Perú, 2004.

ticipación accionarial, cuando se posea menos del 50% de la participación accionarial de la sociedad debe de celebrarse un contrato de sindicación de acciones con la finalidad de lograr mayorías calificadas y tomar el poder interno de la sociedad.

b) Dominación interna de hecho

Para poder explicar esta dominación es necesario que el modelo de control y gestión que se utiliza mucho en las grandes empresas en los Estados Unidos; es decir el accionista que ostenta el control y el que no lo ostenta que contrata a través de un contrato de agencia a quien representa sus intereses, en este sentido los inversionistas sólo ingresan a la sociedad por el interés de comprar papeles de deuda y no para gestionar la empresa mientras que los accionistas titulares tienen el control de la empresa o en su defecto representan los intereses económicos de otros y de sí mismos.

c) Dominación externa

Este tipo de dominación es de naturaleza contractual denominado como «Contrato de Dominación Grupal» y que aparece en el Derecho mercantil alemán. La doctrina argentina señala que «existe un grupo contractual de derecho cuando entre las sociedades integrantes se ha celebrado un contrato cuya finalidad es la constitución de éste. El vínculo contractual general la relación de dominación-dependencia y conlleva al establecimiento mediante cláusulas de subordinación de las subsidiarias o filiales a que la empresa dominada deberá observar respecto de la de la holding o sociedad dominante, un conjunto de obligaciones y básicamente es la dependencia económica de las subsidiarias a la matriz o holding».

En la dominación externa de hecho implica la celebración de un control donde la dominación no es su propósito principal sino un efecto secundario y derivado que aparece de la relación entre las partes y podemos apreciar que la tenencia de una participación importante de acciones de la holding en cada una de las filiales debe ser importante pues hablamos de un contrato regulado y con obligaciones y derechos entre ellas en beneficio de los accionistas y de los otros *stakeholders* que tengan un interés dentro de la holding. Ahora cuando hablamos de dominación externa estamos frente a un contrato no regulado en el Perú pero que es factible de ser celebrado en función a las cláusulas generales de contratación y existen un conjunto de figuras contractuales que aparecen como necesarias como por ejemplo el suministro, la concesión mercantil, las licencias de marca, la franquicia y otros que producen la dominación externa de derecho.

5.2 Dirección unificada

Cuando hablamos de dirección unificada nos referido a otra característica de los grupos de sociedades que se refiere que la sociedad dominante determina las decisiones a la empresa dominada estableciéndose en este caso el interés grupal⁶

⁶ El caso de Raffovrs Romero; es necesario hacer un comentario del caso para poder entender el interés de la sociedad frente al interés del grupo.

...«Fabrica de Tejidos San Cristobal S.A. y Consorcio Peruano de Confecciones (pertenecientes al Grupo Raffo y que son las deudoras); Shapaja S.A. (empresa integrante del Grupo Raffo - Romero, dedicada exclusivamente al negocio inmobiliario y a la que también en adelante se denominará como la demandada), se constituyo como fiadora solidaria ante diversos acreedores de las empresas deudoras, procediendo a constituir hipotecas sobre varios inmuebles de su propiedad con lo que afectó al pago de diferentes obligaciones. Ante el inminente de acciones judiciales cuyo objeto es rematar las garantías otorgadas por Inversiones Shapaja y con la finalidad de evitar que los inmuebles afectados fueran rematados a precios inferiores respecto a su valor, la demandada dispuso entregar algunos de sus bienes como dación en pago pagando a los acreedores garantizados por la empresa Shapaja, tal decisión fue adoptada por acuerdo de JGE (Junta General Extraordinaria de Accionistas). Es por ello que Carlos Raffo accionista minoritario de Inversiones Shapaja S.A. y otros socios de ésta impugnaron judicialmente la adjudicación en pago efectuada por ésta por con los siguientes fundamentos:

a) Que, la Junta General Extraordinaria de Accionista ha decidido ilegalmente disponer de los activos de la sociedad, sin ningún beneficio evidente para ésta con la finalidad de pagar deudas de terceras empresas afectando el patrimonio social de las empresas deudoras.

b) Que se ha contrariado el verdadero objeto social para lo cual Inversiones Shapaja fue constituida.

c) Que, existe conflicto de intereses entre los directores de la demandante y las empresas deudoras

d) Inversiones Shapaja S.A. responde la demanda solicitando se le declara inadmisibile por que los demandantes no cumplieron con presentar el certificado que acredita el depósito de sus acciones en una institución de crédito y además que se declara infundada en su oportunidad bajo los siguientes argumentos:

e) Que, los acuerdos fueron adoptados por unanimidad por todos los socios concurrentes a la Junta general extraordinaria de accionistas, los mismo que representaban el 92.49% del capital social.

f) Que, el acuerdo adoptado no modifica ni altera el patrimonio social de la demandada, toda vez que en la misma manera se reduce el activo de la empresa (al dar sus bienes en pago), se reduce su pasivo (obligaciones por pagar a terceros), de forma tal que el patrimonio de Inversiones Shapaja S.A. se mantiene inalterable.

g) Que, no puede hacerse referencia a empresas beneficiadas por el acuerdo de dación en pago cuando estamos frente al cumplimiento de obligaciones las misma que, en última instancia han favorecido a todo el Grupo Romero - Raffo.

h) Que, el acuerdo adoptado no modifica ni altera el objeto social de la demandada.

El 30 Juzgado Civil de Lima emitió sentencia declarando infundada la demanda interpuesta por el Sr. Raffo y otros en base a los siguientes fundamentos:

a) Según se desprende del artículo 29 del estatuto de Inversiones Shapaja S. A. el directorio está facultado para otorgar garantías a favor de terceras empresas y que habiéndose acordado adjudicar en pago diversos bienes de la demandada a

y en este sentido tenemos un caso emblemático: Raffovrs Romero; en el cual podemos destacar del análisis que por primera vez en vía judicial se refiere al interés grupal que más adelante desarrollaremos. La dirección unificada permite a la sociedad dominante la transferencia del poder de dirección, planificación y gestión de la empresa que es de interés exclusivo de sus titulares o accionistas; no obstante en el presente caso existe el elemento de la dominación económica lo que permite que la sociedad dominante acuerde las actividades y las empresas dominadas sin que existe en muchas ocasiones capacidad y libertad de decisiones estratégicas económicas de la sociedad dominada.

6. Clases de interés dentro del grupo de sociedades

Interés individual: Es el conjunto de intereses subjetivos e intrínsecos que permite de cada accionista rentabilice su capital o en su defecto lograr tener el poder de la holding.

Interés empresarial: Se refiere al conjunto de decisiones y acuerdo que se adoptan al interior de la sociedad dominante o holding para tener una mayor participación en el mercado, mantener su liderazgo, establecer su crecimiento en la próxima década, es así que el interés individual pasa a un segundo lugar respecto al interés empresarial.

favor de los acreedores de las empresas deudoras, su consecuencia es el pago no pudiendo considerársele ilegal.

b) El hecho que Inversiones Shapaja hubiera adjudicado parte del importe de sus activos para pagar las obligaciones que mantenía con las empresas deudoras no constituye un criterio legal válido para concluir que dichos acuerdos resultan contrarios a la Ley.

c) Las empresas deudoras están integradas a su vez por empresas de las cuales los demandantes son accionistas, sin que este hecho fuera desvirtuado por los actores.

Contra la sentencia reseñada los demandantes interponen recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia de primera instancia y declarar fundada la demanda. Posteriormente la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la sentencia recurrida declarando improcedente la demanda pues los demandante habían accionado judicialmente sin antes depositar los títulos y sin que haya expedido la Constancia de depósito por la institución de crédito correspondiente a efectos de adjuntarla a la demanda para ejercer sus derechos atendiendo a lo prescrito en el artículo 145 de la LGS...».

En el presente caso la decisión judicial se toma en cuanto al grupo de empresas y la naturaleza de un grupo de estas y no en función de interés de una empresa es por ello que este artículo nos ayuda a graficar la dinámica del grupo de empresas frente a la importancia de un caso de Responsabilidad ultravires que como no es tema del presente no hemos hecho la referencia al segundo tema y si al primero que genera un precedente la resolución de 1 instancia para casos iguales aunque no se puede hablar de jurisprudencia y si de doctrina, pues alrededor de este caso se ha escrito y se ha opinado bastante.

Interés grupal: En este caso el interés grupal no tienen relación con el interés individual y empresarial pues se enfoca en el grupo de sociedades y en que existen un conjunto de intereses que se basan en el crecimiento empresarial o la capacidad de esa empresa de tener una mayor participación en el mercado o ser altamente competitivos frente a entornos cambiantes.

Concluimos el presente artículo, teniendo en cuenta que los Grupos de sociedades están presentes los grupos económicos del Perú no siendo este un fenómeno nacional sino de naturaleza mundial, es por ello que en varias legislaciones el Grupo de sociedades han sido regulados pues una de las incidencias más evidentes de estos sino están regulados es la afectación de los Derechos de los consumidores, la afectación de los derechos de los inversionistas así como el tratamiento laboral de estos grupos que en la práctica ya es común que un mismo trabajador rote por varias empresas no obstante se debe tener en cuenta que en varios grupos en el Perú al trabajador se le liquida de una empresa y empieza en otra del mismo grupo como trabajador nuevo afectándose los derechos laborales no siendo acumulativos.

De otra lado es importante ver el crecimiento de los grupos económicos y conocidos como grupos económicos que pueden ser de naturaleza horizontal o vertical en función no sólo de la diversificación del costo sino además del proceso productivo, si bien el crecimiento de los grupos sobrevivientes a la década de los noventa resulta interesante también es importante que el Derecho cuya naturaleza es reguladora, cree una regulación debida en todos los ámbitos de interés respecto a los grupos lo cual no impedirá la concentración empresarial o que estos ingresen a nuevos rubros económicos y a nuevos países.

Uno de los elementos más importantes en los Grupos de empresas es el control y este es el motivo por el cual en el presente nos referimos a las Holding como modelo de crecimiento económico y figura regulada en otras legislaciones como un grupo de empresas en la cual existe la empresa dominante que es que tiene acciones en otras empresas que permitan una vinculación económica y que el control de las empresa matriz respecto de las filiales, en los grupos de empresa el control es un elemento que requiere ser una empresa que al dominar determine las estrategias de crecimiento, la fusión de alguna del grupo a otra que pueden hacer servicios complementarios o su escisión, el mecanismo de control de una sobre las otras es básicamente económico pues cada empresa tiene independencia jurídica, en este sentido tienen una denominación social, un

objeto social, su estatuto, un patrimonio determinada y las actividades propias de la empresa, además que cuenta con una JGA, un Directorio, y el Gerente General y su función jurídica es independiente totalmente de la empresa dominante. Es obvio que la realidad nos muestra que la dependencia económica también tiene una importante injerencia en el nombramiento de los Directores, gerentes que normalmente rotan dentro del grupo como es el caso de explicado del Raffo y Romero.

INTERNET, COMERCIO Y DERECHO ¿CAMBIOS ESPERADOS O DESESPERADOS POR EL CAMBIO?

POR JUAN CARLOS AGRAMONTE MOSTAJO

*Al derecho hay que contemplarlo no sólo
en conexión con un determinado pueblo,
sino en relación con el tiempo.*

SAVIGNY

Me consideras un hombre culto y leído
Sin duda —replico Zi gong— ¿No lo crees?
En absoluto —dijo Confucio—
Tan sólo he agarrado el hilo que enlaza el resto
Prologo de *La red y yo*, Manuel Castelles

I. Introducción

Si alguno de nuestros bisabuelos pudiera resucitar, ¿cómo le explicaríamos qué es internet? ¿qué hacemos horas y horas sentados *on line* detrás de una pantalla haciendo pagos, bajando información, accediendo a bibliotecas virtuales, o simplemente «chateando»? La explicación no sería fácil.

Sin darnos cuenta, la dependencia de nuestras actividades diarias con la tecnología cada vez es mayor. Al salir a trabajar todas las mañanas, tenemos que verificar que llevamos el teléfono celular, la computadora portátil, las tarjetas de crédito, y una lista entera de claves o *passwords* para poder realizar nuestras actividades. La famosa frase, «no hay sistema», es sinónimo de paralización total de las operaciones, y que a pesar de nuestras buenas intenciones no hay nada que podamos hacer para que las cosas sigan funcionando, en otras palabras una dependencia total a la tecnología.

Hoy en día no hay aspecto de nuestra vida diaria que no pase por algún tipo de transacción o elemento digital, desde los cientos de correos electrónicos que enviamos y recibimos,

el abono de nuestro sueldos, o el pago de los servicios públicos que mensualmente realizamos sin necesidad de las tediosas colas de hace algunos años. En el ámbito público, el acercamiento del Estado a los ciudadanos por la tecnología también ha resultado muy provechosa, hoy día podemos solicitar un duplicado o la renovación de los documentos de identidad, o hacer nuestras declaraciones de impuestos vía telemática, o la ansiada corporativización de las compras estatales en un gran *market place* que nos genere ahorros por las compras conjuntas y elimine el grave problema de la corrupción en las compras estatales.

Actividades que nos parecen normales, cotidianas y sobre todo simples, serían muy difíciles de explicar a nuestro confundido bisabuelo, a pesar del nivel de complejidad que suponen. El internet, el comercio electrónico y la digitalización de la información han dejado ser una novedad hace tiempo, y con el advenimiento de las nuevas tecnologías han surgido nuevas oportunidades comerciales y laborales, pero también nuevas fuentes de discriminación y de violaciones de la intimidad y privacidad de las personas, o el aumento de la «brecha digital»¹ como nueva fuente de discriminación entre las personas y los países.

Esta nueva sociedad de la información y digitalización², carac-

¹ Se entiende por brecha digital a la diferencia socioeconómica que existe entre sociedades que tienen acceso a Internet y las que no. Este término también hace referencia a las diferencias que hay entre grupos según su capacidad para utilizar las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación) de forma eficaz, debido a los distintos niveles de alfabetización y capacidad tecnológica (Wikipedia).

Para la Naciones Unidas: La brecha digital separa los que están conectados a la revolución digital de las TIC —Tecnologías de la Información y las Comunicaciones— de los que no tienen acceso a los beneficios de las nuevas tecnologías. La brecha se produce tanto a través de las fronteras internacionales como dentro de las comunidades, ya que la gente queda a uno u otro lado de las barreras económicas y de conocimientos. En la CMSI —Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información— de Ginebra los líderes mundiales declararon: «Estamos plenamente comprometidos a convertir la brecha digital en una oportunidad digital para todos, especialmente aquellos que corren peligro de quedar rezagados y aún más marginados». Para mayor información puede consultar, la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información en <http://www.itu.int/wsis/index-es.html>.

² Manuel Castells, op. cit., p. 15. Las nuevas tecnologías de la información están integrando al mundo en redes globales de instrumentalidad. La comunicación a través del ordenador engendra un vasto despliegue de comunidades virtuales. No obstante, la tendencia social y política característica de la década de 1990 es la construcción de la acción social y la política en torno a identidades primarias, ya estén adscritas o arraigadas en la historia y la geografía o sean de reciente construcción en una búsqueda de significado y espiritualidad. Los primeros pasos históricos de las sociedades informacionales parecen caracterizarse por la preeminencia de la identidad como principio organizativo. Entiendo por identidad el proceso mediante el cual un actor social se reconoce a sí mismo y construye el significado en virtud sobre todo de un atributo o conjunto de atributos culturales determinados, con la exclusión de una referencia más amplia a otras estructuras sociales.

terizada por un cambio del modelo de producción ha dejado atrás a la sociedad industrial y ha dado paso a un nuevo modelo donde los servicios y la información han reemplazado a los bienes tangibles como modelo de producción, hoy incluso se habla que la *Sociedad Post Industrial* ha quedado en el pasado, y es reemplazada por la *Sociedad del Conocimiento*.

Carlos P. Reusser³, en un artículo publicado en la revista digital Alfa Redi, titulado *Qué es la Sociedad de la Información*, explica la evolución histórica de esta forma: «Así, en un muy sintético análisis de la historia de la humanidad occidental, veremos que en sus distintas etapas ha ido cambiando la base de su sistema de producción; la sociedad antigua clásica se sostiene sobre un régimen en que el poder económico reside en quién más esclavos posee, y cuando estos alcanzan la libertad, el poder pasa a quienes poseían la tierra, generándose un sistema de producción en torno a los siervos de la gleba que no poseían terrenos, lo que en general caracterizó a la Sociedad Feudal. Cuando estos escapan a las ciudades, cobra auge el intercambio de bienes, floreciendo una sociedad en que los comerciantes son los que gobiernan, como se refleja en forma directa en Venecia y Florencia e indirectamente en la compra de la Corona Imperial por Carlos V. La acumulación de capitales permite enfrentar proyectos de envergadura como los llevados adelante por las Coronas de Castilla y Portugal, haciendo posible la construcción de los Estados Nacionales. Entonces el poder económico ya no reside en los dueños de la tierra, sino que se ha desplazado a los dueños del capital, quienes para acrecentarlo y gracias a los progresos del siglo de las luces, financian las industrias que producirán los bienes que la Sociedad requiere para el funcionamiento a través de las fórmulas de Ford y Taylor, es decir, de la fabricación en cadena y las cuotas de producción, utilizando gran cantidad de mano de obra no calificada, lo que en definitiva condujo a un modelo social llamado Sociedad Industrial. Y cuando la producción de bienes cede en importancia a la prestación de servicios, surge la Sociedad Postindustrial. Y aquí llegamos al objeto de nuestro estudio: cuando se logra la automatización de los servicios respecto de un bien inmaterial e ilimitado el sistema económico vuelve a reorganizarse y, por ende, el modelo social sufre una profunda transformación: es el inicio de la Sociedad de la Información».

Dentro de este contexto, surge el cuestionamiento del rol del derecho frente a la sociedad de la información, su funcionalidad como elemento regulador y organizador de conductas que permiten la convivencia humana de alguna manera se ha

³ Carlos Reusser Monsalvez, *Qué es la Sociedad de la Información*, en *Revista Digital Alfa Redi*, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1307>.

visto alterada. Estas inconsistencias surgen al querer aplicar principios y paradigmas jurídicos a situaciones nuevas, radicalmente distintas, obteniendo como resultado una norma que nadie cumple, o incluso peor, que es imposible cumplir. Algunas de las consecuencias jurídicas de la nueva sociedad de la información, son imposible de regular únicamente con la ley, porque existen nuevos elementos que desbordan a la norma jurídica como tal, como lo afirma Lawrence Lessig, la regulación debe ser una combinación interactiva de la ley, las normas, el mercado, y la arquitectura, al cual nos referiremos más adelante en este artículo⁴.

La crisis o los cambios pueden inmovilizarnos o tentarnos a adoptar una actitud reactiva frente a los nuevos hechos pero con las herramientas del pasado, que nos dan la apariencia de avanzar cuando en realidad nos mantienen en el inmovilismo, y el derecho no es ajeno a esas tentaciones. Los cambios siempre son oportunidades para llegar a nuevos destinos que nunca hubiéramos alcanzado sin el advenimiento de la crisis. El reto que enfrenta el derecho es asimilar los cambios, romper algunos de los paradigmas intocables de la teoría jurídica, y no desesperarse ante cambios que impone internet y la sociedad de la información.

La coyuntura del surgimiento de la *Lex informática*, que pretende regular la aplicación del derecho a las nuevas tecnologías, es similar al nacimiento de la *Lex mercatoria*, por lo que, es importante revisar las teorías de las fuentes del derecho comercial, para que nos ayuden a comprender los nuevos fenómenos relativos al comercio electrónico y el internet.

2. El comercio como actividad humana

Para, Ulises Montoya: «(...) el comercio tiene por objeto el cambio de bienes o servicios que están en el dominio de los hombres y que son necesarios para la satisfacción de las necesidades humanas».⁵ Dada la magnitud de la actividad comercial las antiguas culturas vieron la necesidad de regular esta actividad, tan es así que en sistemas jurídicos clásicos como el de Grecia y Roma se encuentran anotaciones que están dirigidas a regular en cierto modo el comercio «constituyéndose así en gérmenes del derecho mercantil»⁶.

Durante el imperio romano, merced de innumerables invasiones bárbaras que impedían un adecuado tráfico comercial,

⁴ Lawrence Lessig, *The Laws of Cyberspace*, Draft 3.

⁵ Ulises Montoya Manfredi, *Derecho Comercial*, tomo 1, Editorial Desarrollo S. A., 1980, p. 17.

⁶ Felipe de Jesús Delgadillo Blanno, *Derecho Mercantil*, <http://www.universidadabierto.edu.mx/Biblio/D/Delgadillo%20Felipe-DerMer.htm> 14 de octubre 2006.

que se coronó con la caída del imperio romano, generó que el comercio se viera reducido en cantidad. No es sino hasta iniciada la edad media que nuevamente se inicia el crecimiento del comercio marítimo y terrestre gracias, en cierto modo, a las cruzadas. «Este florecimiento del comercio ocurrió en condiciones políticas y jurídicas muy distintas a las que habían prevalecido en Roma».⁷ Nacieron los gremios de comerciantes que sirvieron para poder solucionar las controversias entre sus agremiados, esto claro está sin las formalidades que muchas veces genera el derecho. Pero eso no es todo ya que fueron creándose normas de carácter consuetudinario que los comerciantes aplicaban con gran respeto, a fin de que no se interrumpa el tráfico comercial, se generen desconfianzas, y por lo tanto, reduzcan su actividad de comercio trayendo con ello grandes pérdidas.

Siguiendo a Le Pera, lo que llamamos derecho comercial apareció históricamente como un derecho descentralizado y siguió en su evolución las etapas propias de éstos. «(...) Este proceso se desarrolló lenta y laboriosamente, y aun hoy es fuente de gran ambigüedad la calificación de un acto como «comercial», ya que de esa manera puede aludirse a por lo menos dos aspectos distintos: ley aplicable por un lado y jurisdicción por otro».⁸

Pero en el fondo, si se mira con detenimiento lo que sucede en el comercio electrónico no es tan distinto a lo que sucedió cientos de años atrás, cuando empezó el auge del comercio marítimo, la diferencia sustancial es el medio por el cual se realizan las transacciones comerciales. Este medio es la red, que utiliza la tecnología para poder promover el intercambio de bienes y de servicios.

Para Carlos Soto Coaguila el comercio electrónico es un «conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos, incluyendo texto, sonido e imagen».⁹ Esta situación permite crear un «mercado electrónico de todo tipo de productos y servicios, tecnologías y bienes, e incluye todas las operaciones de compra venta, matching, negociación, información de referencia comercial, intercambios de documentos, acceso a la información de servicios de apoyo (...) en condiciones de seguridad y confidencialidad razonables».¹⁰

Desde nuestra perspectiva el comercio electrónico son todas y cada una de las relaciones de intercambio de bienes, servi-

⁷ Felipe de Jesús Delgadillo Blanno, ob. cit.

⁸ Sergio Le Pera, *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, Editorial Astrea, 1979.

⁹ Carlos Alberto Soto Coaguila, *Comercio Electrónico*, Ed. Temis, Bogota, 2003, p. 128.

¹⁰ Cfr. Ana Piaggi, *El comercio electrónico y el nuevo escenario de los negocios*, en *Instituciones del derecho Privado - Contratación Contemporánea*, vol. 2, p. 22.

cios, de manera onerosa o gratuita, que realizan las personas utilizando los medios informáticos, conectados entre sí, ya sean privados o públicos.

Lorenzetti¹¹ señala que las características del comercio electrónico son: a) «Que es una red abierta», ya que cualquiera puede acceder a ella; b) «Es Interactiva», ya que los usuarios entran en actividad con los ordenadores mandando y recibiendo información; c) «Hay multiplicidad de operadores», es decir que no existe un monopolio que se encargue de controlar toda la red; d) «Se construye el orden a partir de las reglas del caos»; e) «Tiene aptitud para generar sus propias reglas en base a las costumbres», esta característica es importante ya que muestra el valor de la costumbre en el comercio en general y en el comercio electrónico en especial, con la finalidad de lograr un espacio que permita a los usuarios transitar con un grado de orden; f) «Permite una comunicación en tiempo real y desterritorialización en las relaciones jurídicas», es decir que la recepción de nuestro mensaje puede ser recibido casi en el mismo momento en que lo estamos enviando, y por lo tanto, podemos conocer con esa misma velocidad la respuesta de nuestro receptor, respecto a la desterritorialización pues se hace referencia a que estas transacciones financieras-comerciales trascienden las fronteras de los países; g) «Disminuye los costos de transacción» es decir que es más económico el procedimiento previo a la contratación que en otras vías, haciéndolo más atractivo al momento de contratar.

En este orden de ideas, lo que llamamos *Ciberespacio* es un territorio inmaterial, que se caracteriza por su flexibilidad, completamente autónomo donde los *Cibernautas* han ido creando reglas de conducta y códigos que permiten su funcionamiento. Tiene pues una naturaleza no territorial y no está dirigida por ninguna autoridad central, lo que la hace perfectamente democrática, ya que no existe discriminación entre sus usuarios, característica que va de la mano con el grado de impersonalidad que se da en este tipo de relaciones.

Para explicar el comercio electrónico se plantean, «la teoría Ontológica y la teoría Instrumental». Para la primera el comercio electrónico debe de generar sus propios espacios de autorregulación sin necesidad de depender del derecho para generarse un marco jurídico, pues cree en la posibilidad que se genere un derecho constituido por normas técnicas, que dejen de lado el lenguaje ambiguo muchas veces utilizado por los legisladores y que bastará utilizar simplemente la lógica formal. La posición Ontológica señala que el *ciberespacio* no

¹¹ Lorenzetti Ricardo Luis, *Comercio Electrónico*, ob. cit., p. 20.

necesita de la intervención del derecho, pues cree más en las posibilidades de generarse un marco normativo autoregulatorio que se encargará de vigilar el funcionamiento de la red.

Bullard se hace una interesante pregunta: «¿Qué hubiera pasado si los estados hubiesen querido regular el uso de las letras de cambio..?» responde: «no habría aportado mucho al sistema cuyo valor estaba precisamente en la confianza en lo privado»¹². A decir de Bullard la intervención estatal en materia de comercio electrónico puede generar mayores perjuicios que beneficios a su desarrollo, y que es importante que los involucrados en este tipo de comercio y de comunidad virtual sean quienes formulen sus propios parámetros de convivencia y comercio.

En tal sentido¹³, ampliando en las particularidades que tiene el comercio electrónico, explica: «los mecanismos ideados para conseguir el cumplimiento de los contratos pueden ser resumidos en tres categorías. La primera el autocumplimiento, por la cual las partes se han generado los incentivos necesarios para cumplir libre y espontáneamente no siendo necesario recurrir al poder judicial para su ejecución. Las compras en Amazon son ejecutadas de esa manera. Debe ser muy inusual acudir a las Cortes o a algún mecanismo estatal para ejecutar una operación de compraventa de libros a través de ese sistema. Y es importante ver como este hecho reduce a su vez los costos de transacción. Como los consumidores saben por preferencia o por experiencia que Amazon cumple sus obligaciones, el volumen de contratación se multiplica, aumentando el bienestar de los consumidores (que pueden contratar de manera rápida y barata) y las utilidades de Amazon. Los objetivos de mayores ventas y mayores utilidades se alcanzan mejor cumpliendo que incumpliendo. La segunda, la ejecución por segunda persona, en Roma, cuando una parte quería que la otra cumpliera su obligación tomaba un rehén. Este rehén (que podía incluso ser un hijo del deudor) era mantenido en poder del acreedor hasta que la obligación fuese cumplida. Por este mecanismo se confiaba en que la obligación fuese cumplida. En el mundo moderno hemos sustituido al rehén por las fianzas, avales o incluso el uso de marcas que garantizan la calidad de los bienes y servicios, marcas que identifican productos que no necesariamente son fabricados por su titular, sino por un licenciataria, pero que adquirimos confianza que el licenciante garantiza su calidad, es decir que garantiza el

¹² Alfredo Bullard González, *La Fábula de los tres chanchitos, Internet y los nuevos paradigmas contractuales, Instituciones del Derecho Privado, Comercio electrónico*, tomo 3, Editorial Temis, Bogotá, 2003, p. 101.

¹³ Op. cit., Bullard, p. 95 a 97.

cumplimiento de las obligaciones asumidas. (...) Estos mecanismos, si bien son más costosas que el autocumplimiento, permiten precisamente conseguir un cumplimiento a relativamente bajo costo. Son un mecanismo efectivo de reducción de costos de transacción. Estos se reducen por la confianza en la segunda persona hace más fácil contratar y medir los riesgos e incertidumbres de todo contrato.

Finalmente, la ejecución por tercero imparcial, cuando un obligado no cumple con aquello a lo que se obligó, entonces lo podemos demandar ante el poder judicial o ante un árbitro si así se hubiera pactado. (...) Cuando los agentes del mercado saben que hay una forma de hacer cumplir los acuerdos tienden a cumplir sus obligaciones porque saben que conductas estratégicas orientadas a incumplir no funcionarán o serán sancionadas».

En respuesta a teoría ontológica surge el *Instrumentalismo*, señalando que a través de la analogía o de la regulación que se puede normar las relaciones comerciales o no, que se den en una plataforma informática. Es decir que consideran que el estado debe extender su protección a aquellas relaciones jurídicas que se forman en la red. Sin embargo, corremos el riesgo que cuando el estado empieza a intervenir puede distorsionar por completo la naturaleza de Internet como una comunidad libre y capaz de poner sus propios límites.

El estado debe jugar un rol promotor del comercio y de las relaciones electrónicas, cautelando que no se vulneren los derechos de sus usuarios, evitando delitos, y asimetrías entre proveedores y usuarios consumidores de plataformas electrónicas, pero no debe regular cada una de las situaciones que se presentan en la red.

No es difícil darse cuenta que el papel de las nuevas tecnologías en la actualidad marcan nuevas pautas que la sociedad debe ir tomando en cuenta para su propio desarrollo, y que internet trae consigo nuevas prácticas que sin duda alguna van posicionándose en la vida social como en su momento lo fue el comercio marítimo.

Pero como indica Ulises Montoya en su libro sobre *Derecho Comercial*, «para que las prácticas adquieran obligatoriedad es preciso que presenten cierta características:

- a) Deben ser prácticas generales
- b) Constantes y Duraderas
- c) No meramente individuales, o transitorias
- d) Ser uniformes, mismos efectos y modalidades

e) Ser públicas y notorias

f) Practicarse como cosa debida y obligatoria».¹⁴

Los usos y costumbres son el primer pilar sobre el cual se erigió el derecho mercantil, y que su utilización se debió a que «en los casos en que la ley civil no se adaptaba a las exigencias propias del tráfico mercantil, los comerciantes se apresuraban a aplicar los usos extralegem»¹⁵ para evitar de que la actividad se viera interrumpida por falta de regulación al respecto y por lo tanto se generen daños.

Para Pirenne el *jus mercatorum* «consistía en un conjunto de usos surgidos de la práctica, una especie de derecho consuetudinario internacional que los mercaderes aplicaban entre ellos en sus transacciones»¹⁶. Estos apuntes son importantes para darnos cuenta de la magnitud que tienen los usos y costumbres para poder autoregularse conforme a las necesidades que se tengan, es decir de no ser por los usos y costumbres entre mercaderes no se hubiera podido desarrollar primero el comercio como actividad y segundo el derecho.

Como menciona Ulises Montoya¹⁷, al que nos permitimos parafrasear, fue tanta la importancia de los usos y costumbres que los comerciantes llegaron a gozar de autonomía y jurisdicción propias, es decir que no dependían del estado, tanto así que dictaron sus propias reglas de gobierno, las que funcionaban como leyes de excepción o como si fuese una ley general para todos los involucrados en el comercio de entonces. Es así que, gracias a las prácticas, usos y costumbres se fueron originando ciertas normas que los grupos de comerciantes empezaron a recolectar en estatutos, las mismas que fueron aplicadas en jurisdicciones especiales dirigidas por ellos mismos, dando nacimiento al derecho comercial.

3. Los usos y costumbres en el comercio electrónico

De lo visto hasta el momento se notan grandes similitudes en el origen del derecho comercial, y lo que hoy estamos viviendo con internet. Para Montoya, «la diversidad de legislaciones nacionales es un obstáculo para alcanzar los fines perseguidos por la integración»¹⁸, esto quiere decir que lo conveniente para que un mercado se integre, como en el caso del mercado virtual, es evitar la dispersión de la legislación, y que cada estado

¹⁴ Ulises Montoya Manfredi, op. cit., p. 50 a 51.

¹⁵ Ibid, op. cit., p. 48.

¹⁶ Pirenne Henry, *Historia Económica y Social de la Edad Media*, Fondo de Cultura Económica, Clásicos de la Economía, Colombia, 1993, p. 45.

¹⁷ Ulises Montoya Manfredi, op. cit., p. 23.

¹⁸ Ulises Montoya Manfredi, op. cit., p. 31.

nacional tenga sus propias normas para un fenómeno global. Una salida al tema sería la de generar acuerdos internacionales que velen por el correcto desempeño del comercio electrónico, pero aún así no se logrará cubrir todos y cada uno de los supuestos que se dan en internet.

Del análisis histórico previo, nos damos cuenta que en realidad la actividad comercial siempre tuvo un carácter internacional, lo que dio origen a que se viera la forma de generar reglas iguales para los distintos estados, es decir que tenían que homogenizar la regulación para que ésta pueda ser fácilmente aplicable tanto a unos como a otros. Pero cabe preguntarnos, ¿será posible que se logre una regulación uniforme en materia de comercio electrónico?, creemos que no es tan sencillo, ya que internet tiene complejidades adicionales que sin duda hacen más difícil el pensar en el nacimiento de una regulación mercantil virtual, no sería eficiente pretender generar una regulación nacional o internacional, que trate de regular las actividades en Internet, ya que sin duda no se lograría cubrir todos y cada unos de los supuestos que ahí se presentan. Lo eficiente sería dejar que quienes están en permanente contacto con la red sean los que se encarguen, en base a su experiencia y formar sus propios lineamientos técnicos y normativos que controlen su utilización. En este sentido, Bullard señala: «la respuesta a más complejidad es más simplicidad, lo que implica generar reglas que confíen en la autorregulación»¹⁹.

La mejor manera de poder enfrentar la complejidad que significa para el Derecho el comercio electrónico, es básicamente dejar a las partes libremente para que en base a la confianza, y al ejercicio de la autonomía privada, busquen la mejor solución a sus problemas. Lo que conviene al comercio electrónico es la autorregulación, no somos partícipes en que el estado intervenga, no creemos en el dirigismo contractual, que a decir de Montoya, «sería la negación de la libertad», y cuando se pretende regular algo que, en el fondo no le pertenece a ningún estado, estamos ante una tarea imposible de cumplir.

En la actualidad, como en la edad media, nuestros sistemas jurídicos han demostrado no estar preparados para enfrentarse al vertiginoso avance de la tecnología, por lo que ya existen dentro de la comunidad del ciberespacio normas, generadas por sus propios usuarios que les permite convivir, entiéndase convivencia virtual, unos con otros, poder intercambiar información y ahora poder realizar transacciones comerciales, para unos el estado debe de ser quien ponga las normas que permitan regular este tráfico cada vez mayor de información y de

¹⁹ Alfredo Bullard Gonzáles, op. cit., p. 105.

bienes. Para otros la comunidad de internet es capaz de poder controlarse a sí misma, generándose sus propios patrones de conducta conforme a sus usos y costumbres.

Frente a esta realidad, en la que, tanto los avances tecnológicos, como sociales son cada vez más veloces y que se encuentran en «permanente evolución las posibilidades de obsolescencia normativa son mayores que en otros casos»²⁰ por lo que resulta necesario, casi imprescindible, que quienes están en uso permanente de la red sean quienes, conforme a sus necesidades regulen las relaciones entre sus integrantes. En países con alto desarrollo tecnológico como los integrantes de la unión Europea, tanto en foros internacionales, como las instancias comunitarias y sus legisladores han empezado a reconocer el valor y la eficacia de los mecanismos de autorregulación creados por la propia industria, y que sirven como complemento de los sistemas legales y jurisdiccionales de los diferentes países. Y en este sentido, son muchas las voces autorizadas que han expresado la necesidad de una adecuada promoción de los sistemas de autorregulación como imprescindible complemento de las tradicionales estructuras de Derecho para regular este nuevo medio y garantizar unos niveles elevados de seguridad jurídica y protección de los derechos de todas las partes implicadas.²¹

De esta forma, como en la época de la *Lex mercatoria* se irá transformando en lo que ya algunos autores denominan la *Lex Informática*, que se irá consolidando conforme las costumbres y usos de los integrantes de la comunidad virtual vayan asumiendo como patrones de conducta que deben respetar unos a otros, lo que con el tiempo generará un sólido marco jurídico que permitirá un tráfico comercial ágil sin intervencionismos estatales más allá de los meramente promotores que el estado debe mantener.

4. Nociones de la denominada *lex informática*

Se entiende por *Lex Informática*, a la regulación que el derecho da a las nuevas tecnologías de la información y comunicación. A decir de Pérez Luño²², estamos ante la aparición de una nueva disciplina jurídica y no ante un mero reagru-

²⁰ Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva en vigor desde enero de 2003. Ésta es su última versión, con las modificaciones introducidas entre noviembre de 2004 y junio de 2005, con el fin de adaptarlo a los requisitos del Real Decreto 292/2004, España.

²¹ Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva en vigor desde enero de 2003, p. 2 y 3.

²² Antonio Enrique Pérez Luño, *Manual de Informática y Derecho*, Editorial Ariel S. A., Barcelona, 1996, p. 19.

pamiento de problemas conexos con un campo de estudio peculiar. El objeto delimitado de estudio, está constituido por la propia tecnología de las computadoras, y de las consecuencias de quienes se ven afectados por la informática. En tal sentido, para el derecho informático, la informática constituye el objeto inmediato de estudio, mientras que su objeto mediato es la propia información.

De acuerdo a Lorenzetti, para el pensamiento tecnológico, estamos ante una *paradigma digital*, un nuevo modo de concebir el mundo, que transformará sustancialmente las relaciones humanas. Evidentemente si esto sucede el derecho que conocemos no puede trasladarse al mundo de los *bites*. Para el pensamiento liberal, internet debe autoregularse siguiendo el modelo de la descentralización; habrá diferentes puntos decisionales que irán creando un consenso gradual; por ello que calificarla como un espacio privado, que no puede ser regulado sino en situaciones especiales, en la que la carga demostrativa de la restricción incumbe a quien la impulsa. La idea es que exista autorregulación, y una absoluta flexibilidad dejando que la costumbre vaya generando sus propias reglas. Así como existe una *lex mercatoria*, debe existir una *lex informática* autoreferente, adaptada a las necesidades específicas del medio. Una expresión concreta del camino que está siguiendo internet son los códigos de conducta²³ que las partes se autoimponen y cumplen sin necesidad de coacción alguna.

Algunas otras experiencias, que van en el mismo sentido de la autorregulación es el proyecto del «cibertribunal peruano», que busca resolver en la misma red, los conflictos que se generan entre los usuarios, debido a que el sistema formal es insuficiente o inadecuado para resolver los problemas que se derivan de la Red. Alfonso Alvarez Calderon, presidente del Proyecto del Cibertribunal Peruano²⁴, explica el proyecto de la siguiente forma: «El

²³ Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva, vigente para el derecho español.

²⁴ Dentro de los objetivos que tiene el Cibertribunal podemos citar: Incentivar el uso de este medio de resolución de conflictos con el fin de agilizar el comercio electrónico y las relaciones en el ciberespacio y del idioma español.

Especializar y capacitar a los miembros y abogados y especialistas en este novedoso sistema de resolución de conflictos generando de esta manera un sistema de prevención de los mismos.

a) Generales: Constituir un instrumento de apoyo a la resolución de conflictos ocurridos mediante el uso de Internet. Desarrollar mecanismos de regulación del comercio electrónico sustentados en los casos prácticos estudiados por el Cibertribunal.

b) Específicos: Establecer un sistema de conciliación y arbitraje tendiente a la resolución de situaciones conflictivas ocurridas en la red. Proponer cláusulas - tipo a ser consideradas en las legislaciones que regulen el comercio electrónico. Notificar la existencia de nuevos delitos informáticos. Apoyar el sistema de seguridad de las transacciones y comunicaciones electrónicas.

propósito del Cibertribunal es el de proveer de servicios apropiados para prevenir y resolver conflictos que surgen en el ciberespacio. Se centra en la prevención de conflictos y en mecanismos de resolución a dos niveles: la mediación y la conciliación en un primer nivel y, el arbitraje en un segundo nivel. Dado que los conflictos se originan en el ciberespacio, ningún país puede decir que tiene el monopolio para imponer las leyes de su país dado que en muchos casos las partes en conflicto se encuentran en diferentes partes del mundo.

El <Cibertribunal Peruano> surge inicialmente como parte del Instituto Peruano de Comercio Electrónico IPCE con el fin de prevenir y resolver conflictos en el ciberespacio en idioma Español y que se relacionen en un principio al comercio electrónico sin ser un carácter limitante».

De esta forma, podemos concluir que Internet y el Comercio electrónico han impuesto nuevos retos al derecho, y que la globalización y la naturaleza de los bienes, da como resultado que la autorregulación y el autocumplimiento tengan un rol preponderante en este nuevo espacio, que es un espacio de libertad y confianza.

5. El código (code) de *lessig*, un agudo análisis para entender la regulación en internet

La sociedad de la información, tiene como elemento esencial que subyace a todo su desarrollo, al conocimiento. El conocimiento se nutre de la información, por ello el acceso libre y voluntario a este bien se convierte en un derecho básico para los nuevos ciudadanos, y su privación, por otra parte, en una nueva fuente de discriminación, de sometimiento y mantenimiento de situaciones de pobreza y marginación. Dentro de este desarrollo, el elemento revolucionario que permite la libre difusión y acceso a la información, es el internet, entendido como una plataforma de interconexión entre diversas redes. El crecimiento que tiene internet es exponencial, cada año que pasa las conexiones y las personas que están on line aumentan más y más, pero quien lo dirige, quien regula los contenidos, o la información que está disponible.

Veamos un ejemplo, la enciclopedia británica ha sido por mucho tiempo, uno de los bienes más preciados para cualquier padre de familia, que quería tener todos los tomos del conocimiento compilado de la sociedad occidental, para poder brindar a sus hijos una fuente de información completa que contribuya a su educación, cabe decir que el precio de la enciclopedia completa era y es en la actualidad muy oneroso, y que cualquier familia media tiene que hacer muchos sacrificios para después mostrarla orgullosamente en la sala de la

casa. Sin embargo, hoy en día, los estudiantes desde la escuela primaria hasta la universidad consultan a *Wikipedia*²⁵, la enciclopedia libre, que es un proyecto enciclopédico en varios idiomas, que tiene la gran virtud de ser interactivo, cualquier persona que la consulte se convierte en un nodo de información que recibe (baja) y comparte (sube) información a la enciclopedia de manera gratuita y de esa forma la va completando con información actual. Se puede cuestionar la rigurosidad científica de la información, pero a pesar de ello, se ha convertido en un elemento de consulta muy usado por todos. Para acceder a la información, a diferencia de la enciclopedia británica no se necesita acumular un gran capital, y su «interactividad» hace que esté permanentemente actualizada sin riesgo de obsolescencia. Podemos decir que pertenece a todo y no pertenece a nadie, todos contribuimos a mantenerla actualizada.

El ejemplo de *Wikipedia*, dentro de muchos que están en internet, nos hace preguntar quién regula la red, y entre las muchas teorías explicativas destaca la del profesor de la Universidad de Stanford Lawrence Lessig que en su trabajo *Code and Other Laws of Cyberspace*, da una explicación sobre la conjunción de elementos de hecho que coinciden en internet, originando que la ley, entendida como el conjunto del sistema jurídico compuesto de normas, no sea suficiente para una regulación.

Para entender el modelo de Lessig, debemos describir su teoría de la regulación, en la cual cualquier derecho, regulación en particular o conducta humana pueden explicarse por

²⁵ Wikipedia es una enciclopedia libre plurilingüe basada en la tecnología wiki. Wikipedia se escribe de forma colaborativa por voluntarios, permitiendo que la gran mayoría de los artículos sean modificados por cualquier persona con acceso mediante un navegador web. El proyecto comenzó el 15 de enero de 2001, fundada por Jimbo Wales y Larry Sanger como complemento de la enciclopedia escrita por expertos Nupedia. Ahora depende de la fundación sin ánimo de lucro Wikimedia Foundation. Wikipedia tiene más de 5.181.000 artículos, incluyendo más de 1.461.000 en su edición en inglés, y a finales de febrero de 2006 alcanzó la cifra de 1.000.000 de usuarios registrados. Desde su concepción, Wikipedia no sólo ha ganado en popularidad sino que su éxito ha propiciado la aparición de proyectos hermanos. Existe, sin embargo, controversia sobre su fiabilidad. En este sentido, la revista científica Nature declaró a la Wikipedia en inglés casi tan exacta como la enciclopedia Britannica en artículos científicos.

Los medios de comunicación y la comunidad científica citan a Wikipedia, algunas veces de manera crítica, otras ensalzándola por su carácter de libre distribución, mejora constante, y multifacética, no sin mencionar su naturaleza plurilingüe. A menudo no es citada como fuente única, sino como fuente informativa complementaria.

Actualmente Wikipedia tiene ediciones en más de 229 idiomas, pero solamente 137 están activas (mayo de 2006). Quince ediciones superan los 50.000 artículos: inglés, alemán, francés, japonés, polaco, italiano, sueco, holandés, portugués, español, chino, ruso, finés, noruego y esperanto.

la interacción de las siguientes cuatro modalidades: la ley, las normas sociales, el mercado y la arquitectura.

De acuerdo a la teoría de Lessig, en el centro del diagrama está el individuo como el objeto de la regulación que se ve afectado por cada una de las modalidades. En este sentido, la ley afecta al individuo otorgándole derechos o imponiéndole restricciones que modelan su conducta. Por ejemplo, nadie puede irrumpir en el domicilio de otra persona sin su consentimiento, el derecho a la inviolabilidad del domicilio está consagrado en todas las constituciones. Las normas por el contrario, no tienen una sanción legal en el sistema jurídico formal, pero las personas saben que tienen que cumplirlas y la comunidad impone sanciones sociales a sus infractores. No hay ninguna norma que nos ordene como hay que ir vestido a un funeral, pero a nadie se le ocurre ir en ropa de baño a un entierro o la prohibición de votar papeles en la calle, la sanción en esos casos proviene de la comunidad, sanción social que puede ser muy poderosa. El tercer grupo de restricciones lo constituye el mercado, si tenemos en cuenta que las necesidades por cubrir son ilimitadas y los recursos que disponemos son limitados, el mercado modela nuestra conducta para satisfacer nuestras necesidades de una manera legal. Y por último, dentro de la teoría del profesor Lessig, la arquitectura constituye un elemento de facto que se nos impone la realidad. «El mundo físico tal y como lo encontramos, es una restricción al comportamiento. Un puente derrumbado puede restringir tu capacidad para cruzar un río. Unas vías de tren pueden restringir la capacidad de una comunidad para tener una vida social integrada. Como con el mercado, la arquitectura no impone sus restricciones por medio de castigos posteriores. Al contrario, igual que con el mercado, la arquitectura las impone por medio de condiciones simultáneas. Estas condiciones no se imponen por medio de tribunales que hacen cumplir contratos o por la policía castigando el robo sino por la naturaleza, por la arquitectura. Si se cae un peñasco de 300 kilos y te bloquea el paso, es la ley de la gravedad el que impone esta restricción»²⁶.

Lessig, propone un ejemplo integrador: «Así que, considera la libertad de conducir un coche a alta velocidad. Esa velocidad está restringida en parte por las leyes: límites de velocidad que dicen cuán rápido puedes conducir en determinados lugares a determinadas horas. Esta restringida en parte por la arquitectura: los badenes, por ejemplo, hace que la mayoría de los conductores racionales desaceleren; los reguladores en un camión, en otro ejemplo, marcan la velocidad máxima a

²⁶ Lessig Lawrence, *Cultura Libre*, LOM Ediciones, 2005, p. 105.

la que puede ir el conductor. La velocidad está restringida en parte por el mercado: la eficiencia en el consumo de gasolina limita indirectamente la velocidad. Y, finalmente, las normas de una comunidad pueden o no restringir la libertad de pisar el acelerador. Pasa a 90 Km/h por la escuela de tu barrio y es probable que los vecinos te castiguen. La misma norma no sería tan efectiva en una ciudad diferente, o por la noche»²⁷.

De esta forma las leyes tienen un poder de influir sobre las otras modalidades, porque a través de modificaciones legislativas puede propiciar un cambio de conductas, como por ejemplo subiendo o bajando el límite de velocidad, que a su vez influye en las otras modalidades. En tal sentido, dentro de la teoría de Lessig, el poder de las leyes es mayor al de las otras modalidades, ya que tiene la facultad de modelar o de propiciar cambios de las normas, el mercado o la arquitectura.

Mñigo de la Masa²⁸, comentando los estudios de Lessig señala que: «su teoría (de Lessig) pretende alertar sobre dos cosas, la primera de ellas es el hecho que la fisonomía de Internet ha cambiado, que se ha ido separando decididamente de la utopía libertaria de un espacio sin «reyes, presidentes y votaciones» configurándose progresivamente como una arquitectura panóptica que posibilita el control perfecto. El segundo asunto que preocupa a este autor es explicar cómo ha sucedido esto; según Lessig, la causa pasa por la plasticidad de la arquitectura de Internet y los intereses del comercio y del gobierno. Internet fue durante algún tiempo considerada como un espacio cuya naturaleza tornaba imposible su regulación. Esto, sin embargo, demostró ser falso. La naturaleza de Internet demostró ser el producto de un conjunto de decisiones, un espacio configurado y no descubierto; por lo mismo, carente de naturaleza. En las palabras de Lessig: «que la Red no sea regulable depende, y depende de su arquitectura». Arquitectura es la primera expresión que debe ser clarificada para comprender la plasticidad de Internet».

El punto central de la teoría de Lessig, es encontrar los factores que influyen en la naturaleza²⁹ de internet y que determi-

²⁷ Op. cit., p. 106.

²⁸ De la Masalñigo, *Code and Other Laws of Cyberspace from Lawrence Lessig*, <http://www.alfa-redi.org/revista/data/47-9>.

²⁹ De la Masa, op. cit., podemos volver ahora a la idea de que el ciberespacio no tiene naturaleza. La idea no es que la fisonomía de Internet no posea un conjunto de características que permitan identificarla; el punto en cambio es que ese conjunto de características no son necesariamente estáticas, sino dinámicas. Dicho de otra manera, Internet admite una amplia gama de diseños o arquitecturas, con algunas de ellas no resulta regulable y con otras si. La idea de que la naturaleza de Internet impedía la regulación de las conductas desarrolladas en esta plataforma proviene entonces de considerar que las características que presentaba Internet en sus comienzos guardaban una relación de necesidad con su fisonomía.

nan de hecho su regulación o funcionamiento. Ha identificado que en el *Ciberespacio*, el Código (Code) es el referente más importante, y lo equipara con la Arquitectura del mundo real, como aquellas condiciones que la naturaleza de las cosas impone y de ésta forma condiciona nuestra conducta. Por código entiende: «el hardware y software que configura el ciberespacio como es – o, más precisamente, las reglas e instrucciones contenidas en el software y hardware que, en conjunto, constituyen el *ciberespacio* como es».

Continua De la Masa: «La segunda característica que presenta la regulación del código es que comparada con la regulación directa de la conducta a través de la ley, la regulación del código resulta escasamente perceptible y, por lo tanto, fácilmente disimulable. El problema entonces no es que la regulación se realice en forma indirecta, sino la falta de transparencia de este tipo de regulación. En las palabras de Lessig: El código del ciberespacio se está transformando en otra herramienta de control de la regulación estatal. Indirectamente, a través de la regulación del código, el gobierno puede alcanzar fines regulatorios, evitando, frecuentemente, las consecuencias políticas que la persecución directa de estos fines conllevaría».

La arquitectura o código de funcionamiento de internet, es dinámica va cambiando continuamente, detrás del cambio están las necesidades de los usuarios y sus operaciones comerciales y el gobierno. En este punto Lessig es suficientemente elocuente: «Cuando los intereses comerciales determinan la arquitectura, ellos pueden crear un tipo de ley privatizada. Yo no estoy contra la empresa privada; mi impresión es que en muchos casos debe dejarse al mercado funcionar ¿No resulta, sin embargo, suficientemente claro que existen límites para esta presunción? ¿Qué los valores públicos no se agotan en aquello que IBM puede considerar conveniente? ¿Qué aquello que es bueno para America Online no es necesariamente bueno para América?».

Un ejemplo citado por De la Masa, explica la interrelación entre la ley y el código, para lo cual analiza la conducta de los fumadores y se pregunta «¿Qué factores regulan su decisión de fumar o no hacerlo?». Como ya se ha advertido, el primero de ellos es la ley. En el análisis de Lessig el papel de la ley es similar al sugerido por el análisis económico del derecho, es decir como un sistema de precios sombra. De esta manera el ejercicio de la potestad normativa del Estado puede ser utilizado para prohibir fumar en determinados lugares o prohibir la venta de tabaco a menores. Las normas sociales constituyen la segunda modalidad de regulación a través del ejercicio atomizado de sanciones por parte de la comunidad. En este caso Lessig afirma que la

regulación del tabaco en los Estados Unidos funciona básicamente determinada por este tipo de normas. El tercer factor es el mercado que funciona como un sistema de precios explícito. El precio de los cigarrillos constituye una limitación para el fumador; un cambio en el precio afecta la conducta de los fumadores. Finalmente, existe una cuarta modalidad de regulación determinada por las características del espacio real: la arquitectura. En el caso de los cigarrillos, la forma en que están diseñados—si poseen filtro o no, si contienen sustancias químicas que aumenten la posibilidad de adicción o no, el aroma y otros determinan la intensidad con que se desarrollará la conducta— fumar. El mismo esquema puede ser utilizado al examinar la regulación de conductas en el ciberespacio, la ley en este caso, la arquitectura es el código y el código regula la conducta en términos que determina cuáles conductas pueden llevar a cabo los individuos en el *ciberespacio* y cuáles no.

Como se desprende de la teoría comentada, internet es un espacio libre, pero ello no quiere decir que no tiene regulación, probablemente la regulación tradicional a través de leyes y su cumplimiento por los tribunales es ineficiente e impracticable, pero el código o su arquitectura que es diseñada por los intereses comerciales o por el Estado en algunas situaciones determina que exista una regulación impuesta por tales consideraciones. Los programadores y los analistas informáticos son quienes imponen las normas y el funcionamiento que posteriormente los usuarios debemos cumplir, esta regulación o normativa técnica no tiene un proceso político, ni de consulta para su cumplimiento, sino que, como afirma Lessig se da por la naturaleza del funcionamiento del *Ciberespacio* y determina la fisonomía de internet.

Es importante comprender la naturaleza del comportamiento regulatorio que tiene la *Red*, para evitar que el *ciberespacio* se convierta en una nueva fuente de discriminación y segregación. Si la naturaleza de internet privilegia la arquitectura o el código como fuente de regulación, no quiere decir que debemos abdicar de la fuerza de la ley como instrumento regulador de conductas sociales que trasladan los valores consensuados de la comunidad. El rol de la ley en internet es muy importante, pero su aplicación no funciona de la forma tradicional, y si pretendemos aplicarla de esa forma, no va a poder ser cumplida, ni tampoco vamos a poder exigir su cumplimiento coercitivo a través de *ius imperium* de los estados y de los tribunales. La ley tiene que actuar en conjunto con el mercado, las normas y la arquitectura, y comprender que dentro de la *Red* no tiene el monopolio de la regulación, sólo así podremos tener leyes efectivas y proteger los valores de la sociedad.

6. Conclusión

La sociedad de la información y el internet han cambiado nuestra vida, uno de esos aspectos revolucionados es el comercio, el cual, si bien en esencia continua siendo el mismo, hoy en día las transacción comerciales y los servicios que se brindan en la *Red* son cada vez mayores, y ya no importa donde están las partes, ni los bienes, un simple *clic* es suficiente para manifestar la voluntad y para concluir contratos. Este nuevo espacio, es virtual, conformado por la conexión de muchas redes privadas e intranets, que dan origen a la gran red de redes o *www.world wide web*, y es ahí, en este espacio sin fronteras, sin estado, sin tribunales o policía donde cada día más los ciudadanos el siglo XXI, trabajan, buscan información, compran bienes y servicios. Sin duda es una gran oportunidad, es un gran cambio en la forma de satisfacer nuestras necesidades, y un gran espacio libre y democrático para expresarnos, pero también implica riesgos y nuevas fuentes de delitos, de opresión o discriminación.

Ante estos cambios, ¿La Ley debe permanecer en silencio? ¿Debe dejar todo a la autonomía privada de las partes o la naturaleza del Internet? A través de éste artículo hemos presentado opiniones y ejemplos de la imposibilidad práctica del sistema jurídico, tal como está configurado hoy, para que pueda regular y solucionar los conflictos. El *Ciberespacio*, fue diseñado y está evolucionando de tal forma que deja rezagado al sistema jurídico tradicional, y son nuevamente los *cibernautas*, al igual que los comerciantes italianos del siglo XII, quienes deben elaborar sus propias normas y pautas de conducta que los guían en éste nuevo espacio. Ello no quiere decir, que el derecho tenga que estar ajeno, sino que debe comprender que no puede utilizar soluciones antiguas a problemas nuevos.

El derecho o la ley no son suficientes para regular el *ciberespacio*, sino que debe compartir su funcionalidad con otro tipo de modeladores de conductas sociales, teniendo en cuenta que su papel sigue siendo protagónico y que tiene la ventaja sobre los demás, pero sin olvidar que ya no es el único.

ANÁLISIS SOBRE LA INFLUENCIA DEL ALCOHOLISMO COMO PROBLEMA PÚBLICO Y FACTOR DE RIESGO DESENCADENANTE DE LA VIOLENCIA FAMILIAR EN LA PROVINCIA DE AREQUIPA-2013

POR GABRIEL ERNESTO TORREBLANCA LAZO

1. Introducción

Al hablar de «violencia familiar», se habla ineludiblemente de un fenómeno social de múltiples y diferentes dimensiones, causas y situaciones culturales, considerado como un problema de salud pública de primer orden por organizaciones internacionales y gobiernos.

En este sentido, la ONU en 1995 estableció entre sus objetivos estratégicos la lucha contra la violencia dirigida a las mujeres. La Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1998 declaró a la violencia familiar como una prioridad internacional para los servicios de salud, la misma que ha dado a conocer un informe mundial sobre violencia y la salud (2002), en el que se presenta la violencia, en su conjunto, como una de las principales causas de muerte y lesiones no mortales en todo el mundo, y en el que se realiza una exposición actualizada de las repercusiones de la violencia en la salud pública, a la vez que formula recomendaciones dirigidas a su prevención.

La violencia familiar es un grave problema social que afecta en mayor o menor medida a toda la población, con graves consecuencias psicológicas, sociales, laborales y económicas. La violencia familiar se refiere a toda forma de abuso: psicológico, físico, sexual o patrimonial que ocurre entre los miembros de una familia.

Corsi define la violencia intrafamiliar como: «las formas de abuso que tienen lugar en las relaciones de los miembros de una familia (...) distintas formas de relación abusiva que ca-

racterizan de modo permanente o cíclico al vínculo familiar». En este sentido, Ilunde manifiesta que en la violencia familiar se observan «malos tratos físicos, con frecuencia repetitivos, estrechamente relacionados con la práctica de la tortura mental, abandono de las necesidades básicas y el acoso sexual; por lo general se ejerce en el seno de la unidad familiar más íntima, donde existen relaciones de dependencia y redundan en perjuicios graves para la víctima».

Nos encontramos frente a un problema complejo, que como se ha señalado deriva en graves y peligrosas consecuencias de índole física, psicológica, sexual, interpersonal y comunitaria. Además, no siendo un problema del todo nuevo, se torna en ocasiones próximo, por sus repercusiones en los medios de comunicación.

Asimismo, de la tipificación del alcoholismo como una enfermedad y sus repercusiones y consecuencias en el individuo y su entorno social, así como la consideración de que la conducta adictiva no era voluntaria sino que partía de mecanismos inherentes al consumo de esa sustancia. Estos se relacionaban con factores de riesgo de carácter social, económico y laboral y provocaban alteraciones psicopatológicas, conductuales, sociales y sanitarias.

Por otra parte, la consideración del alcoholismo como una enfermedad, es uno de los motivos que ha dificultado o retrasado la denuncia o la ruptura matrimonial por parte de las mujeres que acuden por ayuda, unido al hecho de que sus parejas estuvieran bajo tratamiento o hubieran dejado de beber. De manera que se intensifica una tendencia en este colectivo de mujeres, que sostiene la creencia de que la causa de la violencia es el alcoholismo y, consecuentemente, dejará de producirse con la desaparición de éste.

2. Material y métodos

Se utilizó el diseño descriptivo. El estudio se hizo en base a la recopilación de las estadísticas por denuncias de violencia familiar reportadas por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para determinar la dimensión del fenómeno en estudio y su proyección hacia el futuro. La recopilación de información documental y el análisis de la misma nos ha llevado a determinar la trascendencia de la violencia familiar.

3. Resultados

En la provincia de Arequipa, de acuerdo a las estadísticas que presenta el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, se puede observar el notable incremento del número de denuncias en los últimos años. Así, se puede observar que

cada año las cifras se incrementan, en especial desde el año 2005. Sin embargo, al período de análisis que nos avoca entre enero y abril del 2013, las cifras son altas.

Gráfico núm. 1
Casos de violencia familiar y sexual
(Período enero – abril 2013)

Enero	169	Marzo	134
Febrero	136	Abril	161

Si hacemos un análisis de este fenómeno, en esta época contemporánea podemos darnos cuenta que el incremento sistemático en el número de denuncias interpuestas no necesariamente es el resultado de un aumento real de la violencia familiar. Se ha señalado que este incremento podría ser un indicador del reciente despliegue en nuestra sociedad de recursos sociales a disposición de las mujeres maltratadas y de la mayor sensibilidad social ante el problema que favorece que las mujeres estén mejor informadas, se sientan más respaldadas y empiecen a cambiar la resignación por el ejercicio de sus derechos.

De manera contraria, el aumento del número de denuncias también se podría interpretar como un aumento real de la violencia familiar en la provincia de Arequipa durante los últimos años, como reacción al progreso de la situación social de la mujer y a la ruptura de los privilegios de poder masculino. Sin embargo, no hay datos disponibles que permitan valorar si esta interpretación es adecuada. Algunos datos podrían ayudar a defender más una interpretación que otra. Por ejemplo, el hecho que se hayan incrementado fundamentalmente las denuncias por malos tratos psicológicos, que son más difíciles de identificar, parece defender la idea de que el aumento de las cifras es el resultado de una mayor información y concientización social del problema.

Gráfico núm. 2
Personas atendidas por violencia familiar y sexual, según sexo

Mujeres	545
Hombres	55

Los casos de violencia tiene su origen en un sistema de relaciones de género que mantiene la preeminencia de los hombres sobre las mujeres. Las mujeres objeto de violencia doméstica pueden pertenecer a cualquier cultura, religión o grupo de edad y disponer, o no, de ingresos. Tampoco existe un mayor número de víctimas en un estatus social determinado.

Los casos de violencia familiar puede presentarse, independientemente de la situación social y de relación en la que se encuentra la pareja. De tal forma, las parejas en las que se presenta este tipo de conducta pueden estar expuestas al «acontecimiento violento», tanto durante el noviazgo como en el matrimonio, o incluso, una vez separados o divorciados. Si bien la agresión se puede presentar en cualquiera de estas fases, cuando aparecen en una fase inicial (por ejemplo en el noviazgo), reaparece o se manifiesta de nuevo en las siguientes.

En los casos de los maltratadores más violentos, los malos tratos físicos comienzan durante el embarazo. Algunas mujeres podrían tener problemas de autoestima anteriores a su relación con el agresor o provenir de hogares desestructurados, donde ya sus madres fueron víctimas de agresiones, lo que hace que ellas lleguen a esta situación por no detectar las fases agresivas iniciales. Como producto de la situación por la que han pasado, parecen tener en común sentimientos de miedo, impotencia, aislamiento, culpa y vergüenza.

Respecto a los hombres, la ideología patriarcal influye notoriamente para que los varones que vivencian algún tipo de violencia no denuncien ya sea «por orgullo de hombre o por temor al ridículo», entre otros, lo que evidencia que la violencia hacia el varón existe y conocen «muchos casos que no son denunciados», ya sea por el elemento socio cultural como factor preponderante para no denunciar y factores de índole personal como es el amor a la pareja o por los hijos para que no sufran.

Gráfico núm. 3

Personas atendidas por violencia familiar y sexual según tipo de violencia

Violencia familiar	535	Violencia sexual	65
--------------------	-----	------------------	----

La Violencia Familiar se produce cuando uno de los integrantes de la familia, abusando de su autoridad, su fuerza física y su poder, maltrata física, emocional o sexualmente a otro de sus miembros. En este cuando podemos apreciar los casos de tipos de violencia, según su incidencia.

Gráfico núm. 4

Asociación entre alcoholismo y violencia familiar

Violencia entre parejas	27%	Situaciones de muerte	18%
Maltrato Infantil	25%	Otras situaciones	20%

Los efectos primarios del alcohol, el carácter desinhibidor que produce, lleva al consumidor a actuar y manejarse sin pena o mesura. De acuerdo a esto, conciente o inconcientemente, el alcohol puede actuar directamente en la manifestación de impulsos violentos por parte del bebedor. La violencia no puede ser considerada como efecto directo del alcoholismo. De todas formas, influye sobre manera en alguien que cuente con ambas características.

La presencia de un alcohólico en la familia, mayoritariamente llega a resultados nefastos. El individuo, en su enfermedad, deja de habituarse a sus responsabilidades, cesa de realizar las actividades necesarias que exige la convivencia. De esta manera es que la violencia doméstica puede aparecer en cualquier momento, incitada por la ruptura que ya está dada.

Esta presencia del alcohol, desencadena como se ha señalado en el cuadro, en situaciones de violencia entre parejas, de maltrato infantil y de muerte principalmente.

Gráfico núm. 5
Drogodependencias como origen de la Violencia Familiar

Alcohol	66%	Heroína	16%
Cocaína	13%	Otras	5%

Las drogas juegan un papel relevante en la violencia familiar. Entre las drogas con mayor incidencia, se encuentran el alcohol, cocaína, heroína, speed, marihuana, LSD/éxtasis, medicamentos. De acuerdo a estudios especializados, un porcentaje significativo de actos violentos dentro de la familia parece estar relacionado con el abuso de alcohol. De aquí que podemos señalar que:

- El alcohol está relacionado con la violencia familiar con más frecuencia que otras drogas.
- El alcohol incrementa el riesgo de violencia familiar y por ello es importante integrar el tratamiento del abuso de alcohol para prevenir la violencia posterior.

Ahora bien, las personas que ejercen la violencia familiar pueden tener una serie de problemas relacionados con el alcohol. En general, el alcohol y las drogas deben ser observadas más bien como factores precipitadores de la violencia familiar que como factores causales. En algunos centros de tratamiento y comunidades terapéuticas todavía existe la creencia generalizada de que el tratamiento del alcoholismo por si solo elimi-

nará la conducta violenta, lo que desgraciadamente en muchos casos no es cierto. Un plan de tratamiento para hombres que agreden y que presentan problemas de alcoholismo debe incluir un programa específicamente diseñado para tratar las actitudes y creencias que apoyan el comportamiento agresor, pues los alcohólicos con problemas de violencia familiar necesitan tratar el problema del alcohol y la violencia separadamente. Este programa específico podría ser realizado en el mismo centro de tratamiento de alcoholismo u en otros centros.

4. Discusión

La violencia debe entenderse como cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción grave y/o reiterada; se caracteriza por el empleo comúnmente de la fuerza física contra la víctima (violencia física); el empleo de insultos, humillaciones, descalificaciones, indiferencia, desautorización, expulsión del hogar, amenazas de muerte o de matarse a si mismo (violencia psicológica) y el abuso sexual en su grado extremo; la misma que puede ser ejercida entre los mismos miembros de la familia (padres, hijos, tíos, abuelos), ex-cónyuges, convivientes, ex-convivientes, quienes hayan procreado hijos en común, vivan o no en la misma vivienda.

La violencia familiar se asocia con frecuencia al alcoholismo, psicopatología que se convierte en factor desencadenante de lesiones físicas, homicidios y suicidio, según estudios. Toda secuencia de la violencia familiar constituye un problema de salud porque se rompe el desarrollo armónico de la sociedad, sobre todo en grupos vulnerables como son los niños, los ancianos, adolescentes y féminas. Es conveniente aclarar que la violencia familiar se considera toda acción u omisión cometido por un medio de la familia que sin importar el espacio físico donde ocurra perjudica el bienestar físico y/o psicológico o perjudique la libertad y el derecho a pleno desarrollo de otro medio de la familia.

Toda secuencia de violencia familiar constituye un problema de salud porque se rompe el desarrollo armónico de la sociedad en su conjunto, esto de una manera silenciosa y sistemática sobre todo engrudos vulnerables como niños, adolescentes y féminas.

La forma más común de violencia contra la mujer es la violencia en el hogar o en la familia. Las investigaciones demuestran sistemáticamente que una mujer tiene mayor probabilidad de ser lastimada, violada o asesinada por su compañero actual o anterior que por otra persona. Los hombres pueden patear, morder, abofetear, dar un puñetazo o tratar de estran-

gular a sus esposas o compañeras; les pueden infligir quemaduras o tirar ácido en la cara; pegar o violar, con partes corporales u objetos agudos; y usar armas letales para apuñalarlas o dispararles. A veces las mujeres son lesionadas gravemente y en algunos casos son asesinadas o mueren como resultado de sus lesiones.

La naturaleza de la violencia contra la mujer en el ámbito familiar ha propiciado comparaciones con la tortura. Las agresiones están destinadas a lesionar la salud psicológica de la mujer al igual que su cuerpo, y suelen ir acompañadas de humillación y violencia física. Al igual que la tortura, las agresiones son impredecibles y guardan poca relación con el comportamiento de la mujer. Finalmente, las agresiones pueden sucederse una semana tras otra, durante muchos años. La violencia psicológica incluye maltrato verbal en forma repetida, acoso, reclusión y privación de los recursos físicos, financieros y personales. Para algunas mujeres, los insultos incesantes y la tiranía que constituyen el maltrato emocional quizá sean más dolorosos que los ataques físicos, porque socavan eficazmente la seguridad y la confianza de la mujer en sí misma. Un solo episodio de violencia física puede intensificar enormemente el significado y el impacto del maltrato emocional. Se ha informado que las mujeres opinan que el peor aspecto de los malos tratos no es la violencia misma sino la «tortura mental» y «vivir con miedo y aterrorizada».

5. Conclusiones

La justificación del alcoholismo es de los más inadmisibles que puede existir, las personas inician con este vicio desde edad temprana, hasta que se convierte en enfermedad, de ahí vienen las consecuencias; empiezan a ser rechazados dentro de la sociedad, sus conductas se vuelven violentas y alteran el núcleo de la familia, de ahí se desprende la violencia familiar.

En la actualidad se debate la expansión de la violencia al mismo tiempo en que se afirman, en diferentes acuerdos internacionales y legislaciones nacionales, los derechos humanos civiles y sociales. La violencia es identificada en espacios públicos y privados, en las relaciones institucionales, grupales o interpersonales. La asimetría entre la consolidación de derechos y el aumento de la violencia se basa en la convicción de que la libertad de ejercicio de los derechos humanos significa centrarse en cuestiones individuales. En el ámbito de las diferentes formas de violencias, la violencia contra la mujer causada por su pareja se encuadra en el contexto de una asimetría de poder entre los géneros, muchas veces fundamentada en la idea de que las mujeres tienen menos derechos

que los hombres, o que son «objetos» de los hombres. Importa resaltar que entre los factores de riesgo para la violencia familiar está el consumo de alcohol.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

POR JOSÉ ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ

1. Definición

La responsabilidad civil es la obligación de reparar el daño causado a un sujeto de derecho por las causas y en la forma que la ley determina.

Lo característico de la responsabilidad civil en el caso del juez, es que ella se genera en el desempeño de la función jurisdiccional por el juez y en relación a los justiciables o terceros.

Los jueces como cualquier otra persona están sujetos a la falibilidad, y por tanto, pueden cometer errores en el ejercicio de su función. Como afirma Parellada¹ «la tarea de administrar justicia es cumplida por hombres que pueden cometer errores, incurrir en defectos de conducta, e incluso, puede ocurrir que intencionalmente algún juez perjudique a alguien. El daño que se configure puede ser por error o malicia». Es precisamente la obligación de reparar el daño lo que constituye la responsabilidad civil del juez.

Cabanellas² dice que es la que recae sobre los jueces, cuando en el desempeño de sus funciones causa un daño o perjuicio infringiendo leyes por negligencia o por ignorancia inexcusable.

Al respecto Urquiza³ dice, la responsabilidad civil de los jueces, se genera en la obligación que tienen éstos de reparar

¹ Carlos Parellada, *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, 1ra. Ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 122.

² Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, 15va. Edición, tomo 6, Buenos Aires, 1982, p. 194.

³ Urquiza P. Jorge, *Nuevo Derecho Procesal Civil*, tomo 2, Arequipa, 1996, p. 950.

y satisfacer, por ellos mismos y en ocasiones especiales, el mal inferido y el daño ocasionado en el ejercicio de su función jurisdiccional.

La responsabilidad civil de los jueces tiene sustento, afirma el mismo autor, en el art. 139 inc. 3 y 7 de la Constitución Política del Estado cuando eleva a norma constitucional la observancia del debido proceso en la tutela jurisdiccional.

A lo que agregamos que la responsabilidad del juez tiene fundamento en los principios de la responsabilidad civil común y, en especial en que todo daño debe ser reparado y en el caso del daño producido en el ámbito del proceso judicial, no puede ser una excepción, por tanto, también debe ser reparado como cualquier otro daño causado por cualquier otra persona.

Los jueces no pueden estar excluidos por razones de su función a algún privilegio que es a su vez, injusticia para otro. Por el contrario, es quien por su misión esencial delicada y trascendente da ejemplo de virtud, de moralidad, de ejercicio cuidadoso y esmerado de sus funciones y por tanto, ejemplo de civilidad. Este funcionario público no debe estar exento de responsabilidad.

2. Deberes de los jueces

Deber es todo aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas.⁴

Jurídicamente, dice Cabanellas⁵ deber constituye el impulso que motiva la realización de un acto, cuya conciencia es inmanente a la necesidad de realizarse y al constreñimiento que implica el imperativo de la norma.

Entendemos por deberes de los jueces aquello a lo que se hallan obligados en relación a la naturaleza de su función.

En cuanto a los deberes funcionales, podemos definirlos como los que surgen del ejercicio de la función jurisdiccional en el sentido de ser el juez un funcionario público, son sus deberes jurar el cargo y otros. Sin embargo, no haremos mayor referencia al respecto por ser materia ajena a nuestro estudio.

De los deberes del juez, señalamos a los deberes de ciencia y a los deberes morales, por considerarlos directamente vinculados a la responsabilidad civil judicial y en especial a la civil.

⁴ Real academia española, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Vigésima primera edición, Madrid, 1992, p. 469.

⁵ Guillermo Cabanellas, ob. cit., tomo 3. p. 18 a 19.

2.1 Deber de ciencia

Es deber de ciencia el que impone el estudio constante en el juez. La contracción al estudio debe ser propia, inmanente. El juez, además de tener una conducta intachable, debe cultivar el estudio e investigación que se conocen como deberes de ciencia o intelectuales.

Son deberes de ciencia o intelectuales, dice Cuadros Villena⁶ aquellos que imponen al juez un cultivo permanente en la ciencia del derecho. No se concibe al juez que desconozca la ley y que aun conociéndola ignore la doctrina que la fundamenta. Conocer la ley no es conocer el Derecho. La ley tiene fundamento doctrinario que es preciso conocer. Y el Derecho solamente se aprende cuando es aplicado, esto es, cuando la vida concurre a perfeccionar la información.

Sobre el tema, Alvarado Velloso⁷ afirma que el deber de ciencia es el que le impone al juez el conocimiento del Derecho. Pero el conocimiento del Derecho supone una continua labor de investigación que posibilite una adecuada información jurídica para el desempeño de la función. No se habla de erudición, sino de elemental infraestructura técnica. En la compleja realidad jurídica actual, es imposible el conocimiento de todo el ordenamiento positivo.

No todos los jueces cumplen a cabalidad con este deber, ello se manifiesta claramente en el desenvolvimiento de los jueces al tramitar los procesos judiciales, donde incurrir en deficiencias y omisiones que delatan su falta de conocimiento por la ausencia de estudio suficiente.

2.2 Deberes morales

Son deberes morales los que impone la conciencia de cada quien y la sociedad. En el caso del juez son deberes morales los que le son intrínsecos a la naturaleza de su función, entre ellos señalamos los siguientes:

a) Independencia

La independencia es el deber de mantenerse alejado de cualquier relación que prive al magistrado de su imparcialidad, ésta puede ser política, social, patrimonial o de amistad.⁸

Alvarado Velloso⁹ dice, que la independencia se refiere a que el juez tenga la fuerza moral necesaria para no adular a

⁶ Carlos Cuadros Villena, *Rev. Vox Juris*, núm. 4, 1994, p. 91.

⁷ Alvarado Velloso Adolfo, *El Juez, sus deberes y facultades*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 22.

⁸ Carlos Cuadros Villena, *ob. cit.*, p. 96.

⁹ Adolfo Alvarado Velloso, *ob. cit.*, p. 17.

los poderosos, ni inclinarse ante sus pretensiones, ni someterse a despotismos, ni humillar a los débiles.

Por tanto, debemos entenderla en un doble aspecto: como firmeza de carácter, esto es, como parte de su personalidad y en otro sentido, como ajeno a cualquier influencia externa, sea del orden que fuera. En este último sentido, este deber se halla directamente vinculado a la responsabilidad civil y aún penal, si el juez es pasible de influencia.

b) Imparcialidad

Estado por el cual se juzga sin favorecer ni perjudicar a ninguno de los justiciables, ajustando el comportamiento al mandato de las normas pertinentes.

Cuadros Villena¹⁰ indica que el deber de imparcialidad es uno de los más importantes. Significa que el juez ha de actuar con serenidad de criterio, libre de prevención en favor o en contra de la parte sin prejuicio alguno. Sólo siendo leal a su imparcialidad podrá emitir sentencias justas.

La imparcialidad de ninguna manera significa distancia o alejamiento de las partes sino, compromiso con la legalidad y no con intereses personales.

Para nosotros, la independencia es resolver en función a los hechos acreditados y al Derecho que corresponda y no en función a las personas. Es aplicar la ley sin influencia de ninguna naturaleza ni siquiera las apreciaciones subjetivas basadas en simpatías o antipatías.

c) Eficiencia

La eficiencia es la virtud y facultad para lograr un efecto con prontitud y alta calidad.

En la administración de justicia es la cualidad que impone la tramitación diligente de los procesos, fallos justos y cumplimiento cabal a las decisiones judiciales.

El ordenamiento legal y en especial el procesal contienen disposiciones conducentes a este fin.

d) Lealtad

Según la Real Academia de Lengua Española¹¹ lealtad es el cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien. También es entendido como legalidad o verdad.

¹⁰ Carlos Cuadros Villena, ob. cit., p. 97.

¹¹ Real Academia Española, ob. cit., p. 874.

Alvarado Velloso¹² nos dice que la lealtad del juez hacia las partes, consiste en dejar asentados en la resolución los motivos verdaderos que lo han inducido a fallar en ese sentido.

Por nuestra parte consideramos, como el obrar adecuado a la legalidad y moralidad, ante sí mismo y los justiciables, esto es, lealtad al Derecho y a las personas.

e) Probidad

Rectitud de ánimo y proceder, integridad moral, honradez. Todo ello, realza las cualidades morales y profesionales, y constituye aureola de jueces y administradores.¹³

Sobre probidad, un viejo adagio jurídico inglés señala: «Para ser juez es necesario ser fundamentalmente un caballero (en el sentido de honorabilidad y corrección) y, si sabe algo de Derecho, será mejor».¹⁴

f) Decoro

Circunspección en el lenguaje y en la conducta, gravedad o dignidad en el ejercicio de un cargo o función. En sentido general honor, honestidad, consideración, reverencia.¹⁵

Alvarado Velloso¹⁶ nos refiere literalmente «el decoro como honor, respeto, consideración que recíprocamente se deben el juez y las partes, es un elemento esencial para el desempeño de la función. Al hablar de decoro impuesto al juez, sólo hacemos referencia al respeto que por su circunspección, gravedad, pureza, honestidad, honra y estimación, éste debe inspirar a las partes (y a la gente), necesario para que sus sentencias gocen de la autoridad emanada, no sólo de la ley, sino de la propia persona del juzgador».

El decoro es cualidad que el juez debe observar tanto en el ejercicio de la función jurisdiccional, como fuera de ella, debe ser parte de su vida.

g) Veracidad

Índole del que proclama siempre la verdad y sólo la verdad¹⁷.

En el juez, constituye cualidad esencial que le impone referirse sólo a lo efectivamente probado. Sus conclusiones deben ser no sólo coherentes y lógicas, sino ante todo ciertas.

¹² Adolfo Alvarado Velloso, ob. cit., p. 21.

¹³ Guillermo Cabanellas, ob. cit., p. 430.

¹⁴ Domingo García Belaunde, *Rev. Ius et Veritasaño*, IV PUCP, Lima, Artículo: *Reforma del Poder Judicial*, p. 70.

¹⁵ Guillermo Cabanellas, ob. cit., p. 38.

¹⁶ Adolfo Alvarado Velloso, ob. cit., p. 28.

¹⁷ Guillermo Cabanellas, ob. cit., p. 342.

h) Diligencia

Es el cuidado en ejecutar una cosa con prontitud, agilidad, prisa.¹⁸

Voz con múltiples y capitales significados jurídicos: cuidado, celo, solicitud, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona.¹⁹

La diligencia no es sólo rapidez, también es esmero e imaginación. Al juez se le exige no sólo una resolución dictada en los plazos legales, sino agudeza e ingenio para despejar las dudas que existen en un expediente.²⁰

El tiempo del juez es siempre escaso, sus múltiples obligaciones implican dedicarles muchas horas diarias, dentro y fuera de su despacho. Por ello, hoy más que nunca, la diligencia debe ser virtud que inspire su cotidiana labor.

i) Defender la dignidad humana

Tal vez, considerada como la cualidad más importante y el fin de todo su actuar jurisdiccional.

El juez no sólo será el técnico que conoce el Derecho, debe ser además, celoso defensor de la dignidad y la libertad del hombre. Y, defender la dignidad y la libertad humana, significa conocer que el hombre no podrá, en modo alguno, realizar sus propósitos vitales, si no actúa con libertad y si no es depositario de la dignidad.²¹

El juez es vindicador de la justicia, el llamado para imponer legalidad donde se produce la arbitrariedad y celoso guardián del orden, en defensa del ser humano.

Toda la actividad del juez tiene un destinatario, la sociedad, y ella, en cada hombre encuentra su razón de ser. El juez al defender la dignidad humana crea a su vez una sociedad mejor.

Como podemos apreciar todos los deberes morales se hallan estrechamente vinculados unos a otros.

Estos deberes morales, si bien en esencia son tales, tienen una trascendencia jurídica directa. Así, no concebimos, por ejemplo cómo la responsabilidad civil del juez, esté limitada a casos de grave error de derecho, cuando es deber esencial del juez, el de ciencia que le impone el estudio constante y por

¹⁸ Real Academia Española, ob. cit. p. 530.

¹⁹ Guillermo Cabanellas, ob. cit., p. 253.

²⁰ Adolfo Alvarado Velloso, ob. cit., p. 26.

²¹ Carlos Cuadros Villena, *Rev. Vox Juris*, núm. 4, 1994, p. 85.

ello, no debería sólo responder por casos de grave error, sino simplemente por todos los errores, que más o menos graves, causan daños que deben ser reparados.

En los puntos siguientes fundamentaremos con mayor amplitud lo que aquí referimos.

3. Responsabilidades de los Jueces.

Los jueces son pasibles de la responsabilidad administrativa, civil y penal, conforme a las leyes que la regulan.

El presente trabajo cuestiona el sentido de la ley que norma la responsabilidad civil del juez en los casos de culpa.

Pero además, de la responsabilidad jurídica los jueces son moralmente responsables por los actos que ejecutan. Esta responsabilidad moral debe también ser conocida y estudiada, pues es parte de la que deriva de tan delicada como importante labor, la de decir el derecho, la de resolver sobre la vida y el patrimonio.

La responsabilidad civil —al igual que otras responsabilidades, como la administrativa— crea una suerte de impunidad para jueces negligentes en el ejercicio de su labor.

3.1 Responsabilidad civil

3.1.1 Responsabilidad civil por dolo

La responsabilidad civil por dolo es la que determina la obligación de reparar el daño causado cuando este ha tenido su origen en la mala fe en el obrar del agente.

De acuerdo a la normatividad vigente —artículos 509 y 510 del código procesal civil—, la responsabilidad civil de los jueces por dolo se encuentra limitada a los siguientes casos:

- a) Falsedad.
- b) Fraude.
- c) Denegar justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia.
- d) Emitir resolución que contraría su propio criterio sustentado en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio.

No desarrollamos esta clase de responsabilidad civil, porque no es materia del presente estudio, ya que se centra en la responsabilidad civil por culpa.

3.1.2 Responsabilidad civil por culpa

Responsabilidad civil por culpa es la que surge como consecuencia de las faltas incurridas por el juez, en la tramitación

del proceso o en la sentencia, de cualquier género, pero sin voluntad o malicia o mala fe, esto es por descuido, negligencia, impericia profesional, o imprudencia en el obrar.

La culpa tiene grados, puede ser leve cuando la falta es menor, por ejemplo, el error que se cometió cuando se aplica mal el derecho en casos en los que la doctrina o la jurisprudencia reconocen posiciones disímiles en función a un caso concreto, grave cuando el juez yerra a pesar de existir norma clara sobre el punto determinado, y gravísima cuando el error es manifiesto, por ser el sentido de lo resuelto o decidido no sólo inconforme a norma expresa sino además en un sentido hasta contrario de la misma.

De acuerdo a nuestra legislación, los jueces responden únicamente por culpa inexcusable y sólo en los casos siguientes:

- a) Grave error de Derecho,
- b) Interpretación insustentable de la ley,
- c) Indefensión por no analizar los hechos probados por el afectado,

Resolver en discrepancia con lo opinado por el Ministerio Público, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles. En este caso la responsabilidad, se presume.

3.1.2.1 Culpa inexcusable

La culpa inexcusable en el campo de la actividad jurisdiccional es la que se produce cuando el juez yerra en forma notoria o manifiesta, porque el asunto que no amerita duda y por tanto, sólo tiene un sentido de interpretación y de aplicación, el juez interpreta y aplica en forma diversa del mandato de la norma procesal o sustantiva.

Se considera que la culpa inexcusable puede ser entendida como aquella que puede revestir más gravedad que la propia culpa grave, —aunque en la doctrina se las considera como sinónimas— sería por tanto, aquella en la que ni los más torpes pueden incurrir, la que por el modo o la forma de la producción de los eventos, revelan especial torpeza en el actuar, aquella, que de ningún modo tiene justificación, menos aún, puede dejar de ser sancionada.

Es extremadamente grave si quien en ella incurre tiene cierto grado de cultura, o condiciones y cualidades mayores a las comunes. El juez tiene una preparación y cultura de alto nivel.

- a) Grave error de Derecho

Error, en sentido general, es el concepto equivocado o juicio

falso. También es considerado como la acción desacertada o equivocada.²²

Definimos al error de derecho como la ausencia de conocimiento suficiente o el conocimiento equivocado del derecho, por parte de una persona (juez), no debe confundirse la ignorancia con el concepto equivocado.

La diferencia entre el error de derecho y el error de hecho radica en que el primero consiste en el conocimiento equivocado, interpretación errada o inexacta aplicación de la norma de derecho; mientras que el segundo —error de hecho— recae en todo lo que no sea norma jurídica. Las personas al celebrar un acto jurídico, pueden incurrir en error de hecho o de derecho, lo que constituiría un vicio de la voluntad, como lo prevé el código civil. En tanto, si el error —de derecho— lo comete un juez, estamos frente a una impericia, que juntamente con la negligencia y la imprudencia son formas que toma la culpa.²³

Por lo que la naturaleza jurídica es distinta si se trata de error de una persona o del juez.

El error de derecho cometido por el juez puede ser de dos clases, error *in iudicando* o error *in procedendo*.

a.1) Error *in iudicando*

Dice Calamandrei²⁴ que «cuando el juez yerra in iudicando, hace algo más que no ejecutar una voluntad de ley; hace decir a la ley lo que la ley no quiere decir, abusa del poder de mando que el Estado le confía, para dar fuerza de ley a lo que es la negación de la verdadera voluntad de la ley».

«El error *in iudicando* —continúa Calamandrei— o el error de juicio cometido por el juez, adquiere un significado especial, puesto que viene a perturbar la operación lógica, destinada a determinar cuál es en el caso controvertido la concreta voluntad de la ley; en otras palabras no se presenta en este caso una actividad contraria al precepto de la ley, sino una actividad por la cual se llega a atribuir a la ley una voluntad concreta diversa de la que realmente tiene».²⁵

Sobre el tema Couture²⁶ afirma que el error de derecho o error *in iudicando* se refiere a la forma, sino al fondo del

²² Real Academia Española, ob. cit., p. 611.

²³ Vidal Ramírez Fernando, *La Prescripción y la Caducidad*, WG. Editor E.I.R.L., primera edición, Lima, 1995, p. 337.

²⁴ Piero Calamandrei, *Estudio sobre el proceso civil*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 166.

²⁵ Ídem.

²⁶ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, tomo 1, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.

derecho sustancial que está en juego en él. Este error consiste normalmente en aplicar una ley inaplicable, en aplicar mal la ley aplicable o en no aplicar la ley aplicable. Puede consistir asimismo en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo. La consecuencia de este error no afecta la validez formal de la sentencia, la que desde este punto de vista puede ser perfecta, sino a su propia justicia.

a.2) Error *in procedendo*

Se llama error *in procedendo* al que incurre el juez cuando deja de aplicar, o aplica mal o inaplica una norma de carácter procesal.

Toda norma de carácter procesal si bien ajusta el comportamiento de las partes y del juez y de los auxiliares de justicia, tiene un solo destinatario, es el juez. Por tanto, si el juez no cumple o no hace cumplir a cabalidad el concreto mandato de la norma procesal, incurre en error que la doctrina conoce como error *in procedendo*.

Para determinar el error *in procedendo* sólo hace falta revisar las normas procesales y si alguna de ellas no se ha aplicado correctamente, se incurre en este tipo de error.

Consecuentemente, no podemos admitir que sólo los casos de grave error de derecho sean los pasibles de responsabilidad civil del juez, ello implicaría desconocer los deberes a los cuales está sometido, y la naturaleza de su función y el alto grado de su especialización.

b) Interpretación insustentable de la ley

Interpretar es comprender, declarar, explicar, aclarar e incluso completar el significado de lo oscuro o insuficiente.²⁷

La interpretación jurídica es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición. Los métodos de interpretación son: gramatical, histórica, lógica y sistemática. Por la índole del intérprete, se distingue la interpretación auténtica (del legislador), de la usual (de los jueces) y de la doctrinal (la de los tratadistas). Por el desenvolvimiento que al precepto se le atribuye, se habla de interpretación estricta (que es la literal) y de interpretación extensiva.²⁸

En este orden de ideas, nosotros nos referimos a la interpretación usual, o sea la que es llevada a cabo por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional.

²⁷ Guillermo Cabanellas, ob. cit., tomo 4, p. 476.

²⁸ Ibid., tomo 4, p. 472.

Cabanellas²⁹ dice que la interpretación usual es la más efectiva o práctica, la que posee vida en la aplicación del derecho, la que consagra siendo reiterada y uniforme la jurisprudencia de los tribunales, donde se transforma en costumbre forense, con todas sus ventajas de claridad y seguridad al litigar; pero con todos los riesgos de que constituya una actitud errónea convertida en obstinación.

Consideramos que hay interpretación insustentable cuando la interpretación no se ajusta a las pautas que la doctrina reconoce en los diferentes tipos de interpretación.

También puede presentarse cuando la resolución, no se sustenta o no se motiva.

La norma existe, pero requiere por parte del juez una labor interpretativa, no sólo en cuanto al espíritu y alcance de ella, sino también en cuanto a su adecuación al caso concreto.

Por tanto, no podemos admitir que sólo los casos de interpretación insustentable sean los pasibles de responsabilidad, por los fundamentos que ya hemos expuesto.

c) Indefensión por no analizar hechos probados

La Enciclopedia Jurídica OMEBA³⁰ bajo el subtítulo de definición, precisa que existe indefensión, siempre que la persona no haya podido defender sus derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. El concepto indefensión está íntimamente vinculado con el principio de inviolabilidad de la defensa de juicio.

La indefensión como tal, puede presentarse en cualquier etapa del proceso judicial, en la etapa postulatoria, por ejemplo, no notificar al demandado; en la etapa probatoria, al no admitirse los medios probatorios ofrecidos por las partes o en la etapa resolutoria, cuando el juez al sentenciar no analiza los hechos probados.

d) Resolver en discrepancia con lo opinado por el ministerio público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles

El dictamen expedido por los miembros del Ministerio Público, no obliga al juez a asumir tal posición, ello se colige de lo establecido en el artículo 89 parte B de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuyo texto indica que el dictamen será meramente ilustrativo y su omisión no causará nulidad procesal.

²⁹ Ibid., tomo 4, p. 476.

³⁰ Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo 16, p. 451.

Estamos plenamente de acuerdo con el contenido del artículo, sin embargo, no debe limitarse sólo a ello como ya queda explicado.

4. Teorías de la responsabilidad civil de los jueces

La gama de teorías es amplia, desde la que considera que los jueces son absolutamente irresponsables por las decisiones que emitan, otra que considera que los jueces son responsables pero de manera restringida y finalmente la teoría que admite la responsabilidad amplia del juez.

Estas teorías tienen algunas variantes como de considerar responsable al Estado y no al juez frente al litigante, y que éste a su vez, «repita» contra el juez y otras modalidades, sin embargo sólo trataremos la teoría que consideramos debe de aplicarse.

4.1 Teoría de la responsabilidad amplia del juez

Esta teoría, con criterio de equidad defiende la tesis de que los jueces deben responder por los daños que ocasionen en el ejercicio de sus funciones. Sus defensores sostienen que los jueces deben responder como cualquier otra persona, sea éste un profesional o no.

Debe expresarse en forma clara y contundente que esta teoría consagra el principio de responder ampliamente por todo daño causado a litigantes y a terceros, y por todos los casos de dolo o de culpa de cualquier gravedad.

La tratadista Arrarte Arisnabarreta³¹ indica que esta teoría sostiene que el juez debe reparar con sus bienes los daños que cause.

Sirve de base el siguiente postulado: «toda actividad humana que cause un perjuicio a otro por dolo o por culpa, debe ser materia de una reparación».

De Aguilar Días dice³² «como es evidente que, a pesar de todo, la justicia de los hombres es falible, la no reparación se convierte en una clamorosa iniquidad, la que ser tanto más sensible a la conciencia pública, cuanto más imbuida esté del espíritu de legalidad». Por lo tanto, no reparar en todos los casos que hay daño, configura una injusticia que no puede tolerarse.

Colombo³³ es coincidente con el mismo raciocinio, indica

³¹ Ana María Arrarte, *Aspectos procesales de la responsabilidad civil de los jueces*, en *Revista Temas de Derecho*, núm. 3, Universidad San Martín de Porres, Lima, 1996, p. 39.

³² De Aguilar Días José, ob. cit., tomo 2, p. 279.

³³ Colombo, *La Culpa Aquiliana (Cuasidelitos)*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1944, p. 261.

que a veces las fallas y providencias son inapelables, y a veces, pese al recurso interpuesto, el daño se produce. Si ello sucede, la investidura del magistrado no será suficiente para excusarlo de su culpa, porque el ejercicio del cargo no autoriza jamás a excluir la imputabilidad dentro de un régimen social y jurídico regularmente constituido.

El mismo autor señala³⁴ que la responsabilidad de los jueces en su carácter de funcionarios públicos tiene modalidades *sui generis*, dado el modo como deben desempeñar sus funciones, la delicadeza de las mismas y los intereses en juego.

A pesar de existir esta teoría no conocemos donde se aplique. Nuestros tratadistas se han manifestado inclinados por la tesis de la responsabilidad restringida. La prueba palpable de ello es, que el reciente código procesal civil de 1992, modificado por el texto único ordenado del código procesal civil de 1993, hace realidad la responsabilidad restringida de los jueces, con lo que cual no estamos de acuerdo.

En lo concerniente a la solidaridad nuestro código procesal ha adoptado la teoría de la responsabilidad solidaria, es decir, el juez responde y el Estado también.

Ana María Arrarte³⁵ nos dice «esta alternativa creo que está en la línea de lo que es la tendencia moderna en materia de responsabilidad».

Sin embargo, dice la referida, es notorio que casi no hay ningún proceso sobre responsabilidad civil de los jueces. Tal vez, un motivo para sustentar esta falta de iniciativa en iniciar procesos contra jueces se encuentra en lo siguiente: Un juez responde con sus bienes y el Estado tiene bienes para reparar, sin embargo, el mismo ordenamiento jurídico establece que «contra el Estado no caben medidas para futura ejecución forzada».

Es decir, continúa la doctrinaria, no existe forma de constreñir al Estado a que pague. Entonces el día que la sentencia ampare la demanda y ordene el pago de la reparación por los daños causados, el juez podrá aducir que carece de bienes y el Estado no pagará, en consecuencia se litigó insulsamente.

Por lo que, para que este tema sea eficaz será necesario variar el tema de la inalienabilidad de los bienes del Estado³⁶ o en su defecto crear una especie de fondo que tenga como propósito resarcir los daños que se pudieran originar. De este

³⁴ Colombo, *Ibid.*, p. 259.

³⁵ Ana María Arrarte, *ob. cit.*, p. 40.

³⁶ Artículo 73 de la Constitución Política.

modo pasamos a un sistema de responsabilidad donde el riesgo es asumido por el Estado en una socialización del daño.

No estamos de acuerdo con la Dra. Arrarte, en cuanto a la reparación del daño judicial, este no se va a producir necesariamente en dinero o tener siempre una connotación patrimonial, por lo que, en muchos casos, independientemente de la fortuna del juez, el daño puede ser reparado.

En cuanto al fondo es efectivamente una alternativa, pero con mayor razón en la hipótesis de la responsabilidad amplia del juez.³⁷

Dejamos sentada nuestra identidad con la que regula la responsabilidad amplia del juez que en realidad debe ser expresada en el sentido de no haber razón para restringir o limitar la responsabilidad del juez sólo a contados casos de excepcional gravedad.

Lamentablemente no existe mayor doctrina sobre la misma, pero no es necesario más fundamento que los principios del derecho y en especial del derecho civil, la igualdad de las personas ante la ley y el orden natural de las cosas, que obliga a responder por el daño que se cause sea cual fuere el agente causante del mismo.

³⁷ No por ser actividad riesgosa sino por el fin de la responsabilidad civil de reparar el daño.

FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE

POR J. ARMAZA/MARILIANA CORNEJO SÁNCHEZ

Esta eximente, que para un sector de la doctrina innecesariamente se incluyó en el CP¹, ha merecido la atención de nuestros publicistas por la importancia que reviste dentro de la teoría jurídica del delito, ya que cumple, según criterio mayoritariamente aceptado, una función negativa. En efecto, para que un hecho tenga la calidad de acción —jurídico penalmente hablando, entiéndase—, debe en principio ser voluntario y tal únicamente es aquél que desea o quiere realizar el agente, pues los movimientos musculares involuntarios no pueden ser constitutivos de conducta en el sentido a que hace referencia el art. 11 del CP². Así las cosas, siempre que falte el deseo de ser ejecutada una conducta, estaremos ante los supuestos de ausencia de acción de que suelen ocuparse nuestros penalistas al avocarse al análisis del delito y de sus consecuencias tanto positivas como negativas.

El estudio de la fuerza física irresistible, en sí poliédrico, ha conllevado una diversidad de pareceres, al punto de no faltar quienes defiendan la idea de que únicamente procede aplicarla si la fuerza exclusivamente proviene del exterior, en tanto que otros se han inclinado por admitir su procedencia también cuando tal fuerza se origina en el interior de la persona (movimientos reflejos); por otra parte, no falta quien asigne a la eximente naturaleza jurídica de exculpante y quien, de modo distinto, asegure estar frente a un elemento negativo

¹ Según parecer de Luis Bramont Arias, *Derecho penal, Parte general*, vol. 1, 3ª. Edición, Lima, 1978, p. 353.

² Que define el hecho punible como una *acción* u omisión dolosa o imprudente sancionada por la ley.

de la acción. De la diversidad de pareceres expuesta, de los requisitos y de las consecuencias jurídicas que se derivan, se discurrirá a continuación.

Constituye la fuerza física irresistible, según *concepto* que estimamos adecuado, un aspecto negativo de la acción que funda su calidad de eximente en la circunstancia de carecer, quien la padece, de capacidad para conducir sus movimientos corporales de modo diferente a como fue obligado a hacerlo, siempre, por otra parte, que tal vicisitud sea debida a la violencia ejercida por tercero o por la naturaleza, sin importar, luego, si quiso o no el *inuitus* (forzado) producir el resultado luctuosamente alcanzado³. Por lo demás, es recogida la eximente en el art. 20, inc. 6, del Código penal que, a la sazón, indica lo siguiente: «Está exento de responsabilidad penal: [...] Inc. 6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza».

La forma en que fue concebido el instituto en los Proyectos y Códigos nacionales de los siglos XIX y XX, dio ocasión para que se produjera en la doctrina una confusión y oscurecimiento del tema tan raramente peculiares que, aún hoy, necesita ser desenturbiado. Lo afirmado, sin lugar a dudas, puede ser roborado a través del siguiente *recuento histórico*: mientras el Código de Santa Cruz⁴ (art. 13, inc. 5) y el Proyecto de 1855 (art. 21, inc. 9) regularon la fuerza física de modo independiente a la coacción o *vis compulsiva*, el CP de 1862 (art. 8, inc. 8), los Proyectos de 1873 (art. 8, inc. 8) y de 1916 (art. 60, inc. 6) y, por último, el CP de 1924 (art. 85, inc. 3), siguieron un camino opuesto. Por otra parte, el Código santacrucino consideraba expresa y literalmente como fuerza física irresistible la *violencia material*, en tanto que el resto de Códigos y Proyectos mencionados se limitaron a reputar como tal la sola «fuerza irresistible», sin indicación de si ésta debía o no ser exclusivamente material o física⁵. Un precedente de la institución, acaso sea el consignado en *Fuero Real de España* (Libro IV, título XVII, ley V); he aquí el contenido del mismo: «Si algún hombre cayere de pared, o de otro lugar, o si otro le empujare, y cayere otro, e matare aquel sobre quien cayere, no haya pena, ni daño ninguno: mas aquel que le empujó, si lo fizo por saña, o por mala voluntad, peche (pague) el homecillo, e no haya otra pena»⁶.

³ Para Aristóteles, en la fuerza mayor no hay voluntariedad. Cfr. *Moral de Nicómaco*, en *Obras Completas*, puestas en lengua castellana por Patricio de Azcárate, tomo I, Ediciones Anaconda, Buenos Aires, 1947, p. 152.

⁴ Vigente en el Estado Sud-Peruano de 1836 a 1839.

⁵ Con excepción del CP de 1924 y del Proyecto de 1916 citados que expresamente hablaban de la fuerza física irresistible.

⁶ *Los Códigos Penales Españoles Concordados y Anotados*, tomo I, *El Fuero Real de España*, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1847, p. 415.

En lo tocante al *fundamento* de la eximente, bien puede indicarse lo señalado a continuación: al Estado únicamente le importa reprimir las conductas que pudiendo evitarse, al propio tiempo son manifestación de la voluntad del agente que, por lo mismo, las desea emprender. Cuando por el contrario, obra el sujeto constreñido por una fuerza que precisamente le compele hacer lo que no quiere, hay razones más que suficientes para eximirlo de sanción, pues al no ser dicha actitud una conducta, en modo alguno puede la misma incardinarse en el concepto de acción con el que trabaja la Ciencia penal para definir el delito.

En la fuerza física irresistible, en efecto, hay un sujeto materialmente aherrojado a la energía desplegada sobre él que perjudica el bien ajeno sin desearlo o, que es lo mismo decir, sin tener la voluntad de ejecutar los movimientos corporales que ocasionan dicha lesión; al no estar de acuerdo el agente con la realización del movimiento muscular en el que participa como un objeto al que simple y llanamente se manipula⁷, hace bien el Derecho en excluir de responsabilidad a quien, conforme se verá a continuación, ni siquiera puede atribuírsele la realización de una acción.

A lo dicho hasta aquí, resta sin embargo añadir unos párrafos relacionados con la *naturaleza jurídica* de la eximente. Nuestro *Correccionalista* por excelencia, D. José Gálvez Egúsquiza (1822-1866), incluye la violencia junto a las eximentes de legitimidad intrínseca del hecho, ignorancia y error⁸, con lo cual queda claro que con anterioridad a 1862, fecha en que precisamente se promulga el CP, ya se tenía idea cabal de la eximente; preciso es recordar, en efecto, que en el *Programa* elaborado por Gálvez para el dictado de clases en el Convictorio de San Carlos (1855) se incluyó la *vis* en el Capítulo (15) destinado a tratar de las «causas de justificación y de excusa». Francisco García Calderón (1834-1905)⁹, por su parte, asigna a la eximente la naturaleza jurídica de exculpante, junto a la obediencia debida, el sueño, la demencia y la legítima defensa, en tanto que José Silva

⁷ Expresiva, en lo tocante a este punto, es la manifestación de Ricardo Heredia: «No es –quien obra por mérito de la *vis absoluta*– más responsable que el instrumento que sirvió para consumir el crimen». Cfr. *Lecciones de Derecho penal filosófico, Dictadas en la Universidad de San Marcos*, Imprenta Calle del Padre Jerónimo, Lima, 1884, p. 32.

⁸ Cfr. Sobre ello, Julio Armaza Galdos, *Aproximación al estudio de la Ciencia jurídico-penal peruana decimonónica*, en la Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, núm. 4, año, 2003, Lima, pp. 29-30, nota 49 (donde se incluye el Programa del Curso de Derecho Correccional de Gálvez).

⁹ *Diccionario de legislación peruana*, vol. I, Imprenta del Estado, Lima, 1860, p. 654. Es justo incluir aquí a Alberto Rey de Castro, quien tempranamente vio en la fuerza física irresistible una causa de irresponsabilidad penal. Cfr. *El crimen y la neurosis*, Tip. Cáceres, Arequipa, 1895, p. 30.

Santisteban (1825-89)¹⁰, la ve como una *causa justificativa* que estudia al lado de la minoría de edad, la locura, el caso fortuito, estado de necesidad, legítima defensa y ejercicio de un oficio, cargo o profesión. No podemos cerrar este círculo en el que hemos colocado a los juristas más importantes del siglo XIX, sin citar a Ricardo Heredia (¿?-1899)¹¹ y a José Antonio Cárdenas¹²: aquél, reconociendo la naturaleza jurídica de justificante a la fuerza física, la analiza en el mismo apartado destinado a tratar de las eximentes derivadas de la ignorancia, el error, la embriaguez no preordenada y la coacción; éste, asigna a la *vis* la naturaleza de justificante por ausencia de libertad.

El español Eustoquio Laso, que tanta influencia tuvo en algunos de los juristas peruanos decimonónicos, por su parte, denomina coacción tanto a la fuerza irresistible como a las amenazas de sufrir un mal mayor¹³.

Entre los exegetas del Código peruano interesa aludir a aquél que siguiendo en principio a Cuello Calón, estima que la fuerza física es una causa de inculpabilidad, para luego, olvidando lo dicho —si se quiere, negándolo—, defender la idea de que elimina la acción y, además, el dolo¹⁴. No falta, por otra parte, quienes como Manuel G. Abastos (1893-1983) y Abraham Talavera, sostengan que la verdadera naturaleza jurídica de la eximente consista en ser una causa de inimputabilidad¹⁵.

Como elemento negativo de la acción, por último, es reconocida la *vis absoluta* por el sector más significativo de nuestros

¹⁰ *Curso de Derecho penal*, Tipografía del Autor, Lima, 1863, pp. 38-39.

¹¹ *Lecciones de Derecho penal filosófico*, cit., pp. 50-51.

¹² *Lijeros Apuntes de Derecho Penal*, Arreglados por el Presbítero [...], Imprenta de La Verdad, Trujillo, 1985, p. 12.

¹³ *Elementos del Derecho penal de España, formados con arreglo al Programa de tercer año de Jurisprudencia, por el Doctor [...], Catedrático propietario de dicha asignatura en la Universidad de Madrid*, Librería de D. Ángel Calleja, Madrid-Lima, 1849, p. 18.

¹⁴ En tal confusión incurre, en efecto, el antiguo profesor de Derecho penal de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa D. Francisco Chirinos Soto en su *Código Penal*, Editorial Rodhas, Lima, 2004, p. 94; del mismo, *Comentarios al nuevo Código penal del Perú*, vol. I, Lima, 1993, p. 119. Estiman también que la fuerza física elimina la culpabilidad Amado Ezaine Chávez, *Diccionario de Derecho penal*, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, Chiclayo, sexta edición, s/f., p. 165; Julio C. Morriberón Portocarrero (1916-1997), *Derecho penal general*, vol. II, Arequipa, 1982, p. 106 y, Javier Y. Momethiano Santiago, *Genética, Derecho y estructura del tipo penal de clonación humana*, publicado en Estudios de Derecho Penal, Libro Homenaje a Domingo García Rada, Editorial Adrus, Arequipa, 2006, p. 311.

¹⁵ Del primero cfr. *El delincuente en el Código Maúrtua*, Revista de Derecho y Ciencias Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año II, núm. I, Lima, 1937, pp. 8-44; del segundo, *Derecho penal*, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 1972, p. 236. Ricardo Salas Zúñiga (*Teoría de la pena o coerción penal*, Imdeser, Piura, 1992, pp. 47 y ss.), curiosamente, señala que la *vis física* es una causa de justificación.

juristas¹⁶; siendo precisamente esa la naturaleza que se le asigna en la apostilla.

Concluyendo, por último, habremos de volcar nuestra atención en torno a los *requisitos* que deben concurrir para que opere el instituto y, tales, según se deduce de la lectura de la ley, son los siguientes: 1) una fuerza física, 2) incontrolable o irresistible, que, finalmente, 3) provenga de un tercero o de la naturaleza. A diferencia de lo que ocurre con otras eximentes, en las que se exige la concurrencia de elementos subjetivos, aquí no se demanda ninguno.

Aunque en sí la *vis material* es un elemento esencial de la eximente, se discute en doctrina sobre si la «irresistibilidad» debe o no tener idéntica condición.

Por *fuerza física* debemos entender la potencia que sumerge al forzado en un estado de incapacidad para controlar sus movimientos corporales, pudiendo en principio a) realizar inervaciones sin finalidad previamente determinada o, en su caso, b) estar plenamente sometido a la más intensa de las atonías que, por sí, le impide evitar la producción del resultado prohibido. El abatimiento muscular, en este último caso, vincula al agente con un delito omisivo mientras que, en el supuesto anterior, con una infracción comisiva.

No está demás señalar que el hecho lesivo debe ser cometido en tanto dura la presión de la fuerza irresistible, pues una vez liberado de ella no podría beneficiar la eximente; en consonancia con lo dicho, según es de verse, se pronunciaron oportunamente un buen número de publicistas nacionales¹⁷ de la centuria antepasada y hoy, pese al tiempo transcurrido, nadie pone en duda lo afirmado.

¹⁶ Ricardo Cuba Salerno, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Editorial Rodhas, Lima, 1997, p. 137; Percy Chocano Núñez, *Instituciones de Derecho penal, Parte general*, Instituto de Derecho Aplicado, Arequipa, 1992, p. 251; José Hurtado Pozo, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Eddili, segunda edición, Lima, 1987, p. 340; Raúl Peña Cabrera (1927-1997), *Tratado de Derecho penal, Parte general*, vol. I, Editorial Sagitario, Lima, 1986, p. 172; José Ricalde Mansilla, *Código penal y leyes complementarias*, Editorial Lumen, Lima, 1990, p. 37; Alberto Sommaruga, *El estado de necesidad en la doctrina y en el Código penal peruano*, publicado en la Revista de Jurisprudencia Peruana, Año X, núm. 105, Lima, 1952, p. 2780 y, Javier Villa Stein, *Derecho penal, Parte general*, Editorial San Marcos, Lima, 1998, pp. 198-199. En la doctrina comparada, por todos, José Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español, Parte general*, vol. II, sexta edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 66 y Enrique Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 38.

¹⁷ Por todos cfr. Miguel Antonio de la Lama (1839-1912), *Diccionario penal de Jurisprudencia y de Legislación peruana*, tomo único, Imprenta del Universo de Carlos Prince, Lima, 1889, p. 311.

La fuerza moral (*vis compulsiva*), en cambio, no genera ausencia de acción y, precisamente debido a ello, tiene naturaleza jurídica distinta; Ángel Gustavo Cornejo (1875-1943), con todo, denominó coacción tanto a la fuerza física como a la compulsiva, siendo parecida la confusión en que hodiernamente incurre Ricardo Cuba Salerno que llama fuerza física irresistible a la eximente que estudiamos en estas glosas y, al propio tiempo, a la coacción¹⁸, haciendo converger ambos institutos, por añadidura, en un epígrafe genérico que reza así: (casos de) «ausencia de acción». En la *vis compulsiva*, sin embargo, no hay sojuzgamiento de la capacidad física para realizar movimientos somáticos, pues la presión recae, más bien, en la posibilidad de decidir sobre si debe o no, en el caso concreto en que se encuentra el agente, respetar el bien lesionado. El coactado, en suma, tiene conciencia de que su conducta es antijurídica pero no es culpable con base en la denominada inexigibilidad de otro comportamiento¹⁹.

Particularmente problemática es la llamada *vis compulsiva física* en la que el forzado viene siendo acometido a través del uso de las vías de hecho en tanto que, simultáneamente, se profiere en su contra amenazas que implican un incremento ulterior en los daños físicos si es que no ejecuta, como se espera, un movimiento corporal lesivo al interés de terceros. Como aquí parece haber una mixtura entre *vis absoluta* y *compulsiva*, siempre resultará discutible la determinación de su naturaleza jurídica²⁰. Al forzado, como es de suponer, convendría aducir y defender la idea de que se hallaba inmerso en un caso de *vis física*, pues siendo el mismo un aspecto negativo de la acción, impediría el uso de la legítima defensa en su contra (pues su agresión no sería la agresión ilegítima contenida en el art. 20, inc. 3 del CP, que supone la realización de una conducta) y, además, se excusaría de responder civilmente por los daños que produjese.

La confusión entre *vis absoluta* y *compulsiva* en que muchas veces han incurrido nuestros publicistas, en buena medida tiene como fontana la ley que, comúnmente, recoge en la misma disposición o inciso ambas eximentes; la más antigua de estas disposiciones que se ha podido rastrear, con todo, acaso sea el

¹⁸ Del primero cfr. *Comentario al Nuevo Código Penal*, Librería Francesa Científica, Lima, 1926, pp. 309 y ss.; del segundo *Manual de Derecho penal, Parte general*, cit. p. 137.

¹⁹ Willian Quiroz Salazar, por su parte, estima que la *vis absoluta* es una causa de inculpabilidad con base en la no exigibilidad de otra conducta. Cfr. *Lecciones de Derecho penal general*, Fondo Editorial U. A. P., Lima, 2002, p. 187.

²⁰ Sobre la *vis compulsiva física*, con todo, cfr. el importante libro de José Luis Guzmán Dálbora, *El delito de amenazas*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1999, pp. 221- 223.

inveterado tít. II, § 13, del Proyecto de Pascoal de Mello Freire de 1789; extrapolan la *vis absoluta* y el miedo insuperable, a su turno, el art. 3, inc. 3, del Proyecto de Bernardo Pereira de Vasconcellos (1827) y, el art. 10, § 3, del Código Criminal do Imperio do Brasil (1830).

La obligación que tiene el forzado de oponerse a la fuerza física debe en principio ser infructuosa; mas tal estado de cosas, sin lugar a dudas, debe ser atribuida a la *irresistibilidad* de la *vis*. La irresistibilidad, como elemento del instituto, fue tempranamente demandada por el antiguo profesor de Derecho penal del Colegio Guadalupe de Lima D. José Silva Santisteban²¹ y debe aun ser tenida en consideración; en efecto, no se ve claro cómo es que proceda la eximente de comprobarse que el sujeto a violencia física, sin riesgo para su persona, podía vencer o superar la *vis* física.

Para determinar si la fuerza es o no irresistible, acaso convenga tener presente la mayor musculación del sujeto que hace uso de la *vis*, la edad del forzado y su debilidad, sin importar, en este último caso, si dicha endeblez proviene de factores patológicos o del escaso desarrollo muscular. En fin, cuanto sirva para conocer si tuvo o no el *invitus* posibilidad de oponer resistencia a la presión física que se desencadenó sobre él, merece ser tenido en consideración.

El requisito expresamente exigido en el texto de la ley de que la *vis* provenga de un tercero, no da ocasión de ver en los movimientos reflejos formas de *vis absoluta*²²; con todo, y dado que no existen diferencias sustanciales entre la fuerza física irresistible externa y la llamada fuerza irresistible interna (donde se incluyen los movimientos reflejos), preciso es admitir que en ambos casos obra el sujeto sometido a una energía indeseada e incontrolable y que una y otra son verdaderos aspectos negativos de la acción.

Si la fuerza proviene del exterior y es ejercida por un hombre de imponente robustez, surge la interesante posibilidad de asumir una posición que bien puede oscilar entre admitir que éste (el que ejerce la presión física) debe ser castigado como autor mediato²³ o, por el contrario, como autor directo;

²¹ *Curso de Derecho penal*, cit., p. 38.

²² Cfr. Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal brasileiro, Parte geral*, vol. 1, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 311. En otro sentido, en cambio, Eugenio R. Zaffaroni/J. Enrique Pierangeli, *Manual de Direito Penal brasileiro, Parte geral*, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pp. 434-435; E. Zaffaroni/A. Alagia/A. Slokar, *Derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 406-407.

²³ En ese sentido Luis Bramont Arias, *Notas sobre dogmática del delito. La acción y su ausencia* en la Revista de Jurisprudencia Peruana, Año VIII, núm. 84, Lima, 1951, p. 232.

dado que, en puridad, no realiza el forzado acción alguna, difícilmente podríamos atribuirle la condición de autor directo pues tal carácter detentaría, más bien, quien ejerció la violencia física (no importando si hace uso de la *vis absoluta* para obligar al forzado a autolesionarse o, incluso, para producir lesiones en terceros). Por demás plásticos, como ejemplos, son los casos siguientes: un *quídam* presiona la mano de una delicada mujer en circunstancias en que ésta lleva asido un cuchillo que el forzador se cuida de dirigir y enterrar en el espigado cuerpo de la dama, ocasionándole, según lectura del certificado médico legal, las lesiones graves del art. 121 del CP; tal *quídam*, además, realizando ese mismo comportamiento, encausa la femenil mano con dirección al vientre de un tercero a quien lesiona mortalmente. Dicho de otro modo: el *invitus*, que en los dos ejemplos, por cierto, hace de tal la débil mujer, no puede tener la condición de autor directo, pues tal corresponderá a quien dirige la mano y con su considerable robustez, produce las lesiones indicadas.

COMENTARIOS A LA REFORMA DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES EN EL PERÚ

POR MAURICIO MATOS ZEGARRA

1. Introducción

El 19 de julio de 2012 se publicó la Ley núm. 29903, ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones. Se trata sin duda de una de las reformas más profundas que se ha efectuado en este sistema desde su creación e implementación en nuestro país en el año 1993¹.

Esta norma no ha estado exenta de críticas, a tal punto que las reformas que introduce son hasta el día de hoy fuente interminable de debates, polémica y opiniones encontradas respecto a algunos de los aspectos que desarrolla, habiendo sido materia incluso de una demanda de inconstitucionalidad resuelta a favor de la constitucionalidad de la reforma en el expediente 0013-2012-PI/TC de fecha 27 de mayo de 2013.

A éste debate ha contribuido de manera activa la Organización Internacional de Trabajo (OIT) quien a través de una serie de documentos como el estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa,² y el Informe Anual de la Comisión de Expertos en

¹ Recordemos, sin embargo, que los primeros intentos de implementación del SPP se dieron con el D. Leg. 724 del 11 de noviembre de 1991, cuyo artículo 1 dispuso la creación del SPP con el carácter de complementario al SNP a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social.

² Documento adoptado en el seno de la 100 Conferencia Internacional del Trabajo, 2011 y cuyo texto íntegro puede ser consultado en <http://www.ilo.org/global/standards/lang-es/index.htm>.

la aplicación de Convenios y Recomendaciones del año 2012, ha mostrado su preocupación sobre como viene funcionando el esquema privado de pensiones en el mundo y en nuestro país, a la luz del Convenio 102; Norma Mínima sobre Seguridad Social, ratificado por el Perú en el año 1961.

En este sentido, a través del presente trabajo hemos querido recoger y comentar las principales modificaciones introducidas al sistema de seguridad social en pensiones en nuestro país. Con este objeto hemos estructurado el mismo en tres partes principales. En la primera nos abocamos a recordar las diferencias estructurales existentes entre el SPP y el SNP, y sobre todo aquella que tiene que ver con el financiamiento de la seguridad social a través de un esquema de reparto solidario —como sucede en el SNP— o a través de un esquema de capitalización individual como sucede en el SPP.

En la segunda parte, desarrollamos y comentamos las reformas introducidas por la Ley 29903 ya vigentes a la fecha, así como el impacto que estas pueden tener en la economía y futuro previsional de los afiliados al SPP, y aquellos que decidan incorporarse por primera vez al sistema. En esta parte tocamos los asuntos concernientes al ingreso al SPP en base a los procedimientos de asignación y afiliación que ha implementado la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), así como lo referente al nuevo esquema de pago de comisiones a las AFP's en base a dos (2) componentes: uno respecto a la remuneración asegurable del afiliado y el otro en función al saldo existente en su cuenta individual de capitalización (CIC).

La tercera parte del presente trabajo, nos va a permitir desarrollar —de manera muy breve por cierto—, el resto de reformas introducidas por la ley núm. 29903, como son las referidas a la creación de nuevos fondos obligatorios y también voluntarios; la afiliación obligatoria por primera vez de trabajadores independientes que tengan menos de 40 años edad; la modificación de los requisitos de acceso para obtener una pensión de jubilación adelantada; y la creación de un sistema de pensiones sociales para los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas.

2. El financiamiento de la seguridad social en el Perú

2.1 Del seguro social a la seguridad social

Para poder abordar los temas introducidos por la ley de reforma del SPP, resulta fundamental recordar cómo es que se financia y cómo es que funciona un esquema público de pensiones frente a un esquema privado de pensiones.

Alemania, fue en la segunda mitad del siglo XIX el primer país donde se implementó un sistema de seguro social. En efec-

to, para el canciller Bismarck «el Estado no sólo podía tener una misión defensiva destinada a proteger los derechos ya existentes, sino que debía promover activamente mediante instituciones apropiadas y utilizando los medios colectivos a su disposición, el bienestar de todos sus miembros y sobretodo el de los débiles y más necesitados»³. En este sentido, Dupeyroux⁴ nos recuerda que el sistema de seguro social alemán está construido sobre tres (3) pilares fundamentales:

a) La afiliación: Es obligatoria para todos los miembros de las categorías beneficiadas por el seguro, ya sea el de enfermedad, el seguro de accidentes de trabajo y el seguro de invalidez y vejez.

Como podemos advertir, el sistema de seguro social alemán, no tiene la vocación de universalidad, no busca proteger a todos, sino a un grupo de ciudadanos específico: los trabajadores. En este sentido, nuestro país se alinea parcialmente con este sistema, pues la protección que brinda la seguridad social es esencialmente dispensada a los trabajadores, quienes son considerados como los afiliados obligatorios tanto del SNP, como del SPP e incluso del sistema de seguridad social en salud.

b) El monto de la contribución: El pago de una contribución o de un aporte, es un rasgo fundamental en el esquema del seguro social por dos razones: La primera permite diferenciar al seguro social de la asistencia social pues la protección que dispensa el seguro social sólo se da para quienes han contribuido a su financiamiento con el pago de sus aportes, ya sea directamente, a través del empleador o de manera conjunta. La segunda, permite diferenciar al seguro social del seguro privado, pues mientras en el seguro privado el pago de la prima de seguro se realiza en función del valor de lo asegurado, de la alea, y del grado de siniestralidad, las cotizaciones al seguro social se realizan en función a la remuneración percibida por el trabajador.

c) La repartición de la carga social: El pago de las cotizaciones se encuentran compartidas en líneas generales entre el asegurado y el empleador, con la eventual participación del Estado a través de una subvención.

Luego de dos guerras mundiales, y una serie de cambios políticos y sociales que redibujaron el mundo, los ingleses reformularon el planteamiento inicial del sistema alemán de seguros sociales, hacia un sistema de seguridad social con vocación de universalidad, generalidad y uniformidad. En efecto, partiendo de una idea básica: eliminar la indigencia y aceptar

³ Dupeyroux Jean-Jacques, *Droit de la Sécurité Sociale*, 17ème, Ed. Dalloz, Paris, 2011, p. 22, traducción libre.

⁴ *Ibidem*, p. 23 y ss.

que el problema de la pobreza no es un problema sin solución, Beveridge⁵, el artífice del sistema, entiende que toda la población debe formar parte de la seguridad social —no sólo los trabajadores como en el sistema alemán— y por otro lado las prestaciones deben ser uniformes, es decir se fijan en base a un mínimo legal sin tomar en cuenta la situación profesional.⁶

La OIT reconoce la influencia que ambos sistemas ha tenido en su normativa —Convenios y Recomendaciones— a lo largo del siglo XX. Así, señala que las actividades normativas de la OIT pueden dividirse en tres generaciones. Las normas de la primera generación corresponden a la era del *seguro social*, por lo que entre 1919 y 1939 la OIT adoptó 15 convenios y 11 recomendaciones inspirados en este sistema. Las normas de la segunda generación se adoptaron en la era de la *seguridad social* y aunque sólo fueron 3 convenios y 4 recomendaciones, uno de los convenios (102), es la piedra angular sobre la cual se ha construido el sistema de seguridad social en el mundo; y finalmente, las normas de la tercera generación que se centraron en la consolidación de los sistemas de seguridad social y la elevación del nivel de protección en términos de población cubierta, de cuantía y tipo de prestaciones.⁷

2.2 La seguridad social pensionaria en el Perú

Nuestro país no ha sido ajeno a los avatares en la evolución de los sistemas de protección social. La Constitución Política del Estado de 1920 acorde a los lineamientos del Estado Social o «Estado de Bienestar» introdujo las primeras regulaciones sobre seguridad social⁸. Si nos centramos exclusivamente en la protección dispensada a los riesgos sociales de vejez e invalidez, que comprende además el otorgamiento de prestaciones para sobrevivientes (viudez y orfandad) nuestro país se ha ca-

⁵ Beveridge William, *Social Insurance and Allied Service*, Report by Sir William Beveridge Presented to Parliament by Command of His Majesty, November 1942, HMSO, en <http://www.fordham.edu/halsall/mod/1942beveridge.html>.

⁶ Tal como lo refiere la OIT, el nuevo concepto de seguridad social comprendía la cobertura universal de la población, la oferta de prestaciones compatibles con la dignidad humana, y la prestación de asistencia sociales para quienes no estuviesen amparados por el seguro social. En Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa. Ginebra. 2011. <http://www.ilo.org/global/standards/lang-es/index.htm>, p. 11.

⁷ *Ibidem*, p. 11 y 12.

⁸ Cabe resaltar que en el año 1911 ya se había promulgado en nuestro país una primera norma sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la ley 1378; sin embargo dicha norma hace responsable de la indemnización ante un accidente de trabajo o una enfermedad profesional al empleador directamente, por lo que no estaríamos frente a un esquema de seguro social ni de seguridad social propiamente dicho, sólo frente a la implementación de la teoría del riesgo en materia de responsabilidad civil.

racterizado por tener un sistema de seguros sociales, con una importante participación del Estado.

La implementación del seguro social en nuestro país es relativamente reciente y tardía respecto a Europa. La Ley núm. 8433 del 4 de setiembre de 1936 en concordancia con la Ley núm. 13640 del 22 de abril de 1961 consolida la existencia de un seguro social obligatorio y la creación de un fondo de jubilación obrera para los trabajadores que ostentan tal condición. Así, si bien la afiliación es obligatoria, sólo lo es para los obreros, y en cuanto al financiamiento del sistema éste era tripartito e implicaba la participación solidaria del dependiente, el empleador e incluso del Estado.

Para el caso de los trabajadores —empleados, la protección social se implementa a través de la creación de una caja de enfermedad— Maternidad y una de Pensiones con la Ley núm. 13724 de 1961, aunque la caja de pensiones sólo se organizaría el 11 de julio de 1962. La afiliación era obligatoria para los trabajadores empleados y el financiamiento del sistema era bipartito, el trabajador aportaba o cotizaba con 1/3 y el empleador asumía el pago de los 2/3 restantes.⁹

El Decreto Ley 19990 del 1 de mayo de 1973, actualmente vigente y que constituye además la norma marco que organiza lo que hoy conocemos como sistema nacional de pensiones acabó con la dicotomía obrero-empleado, implementando un sistema de pensiones destinado a cubrir las prestaciones de jubilación, invalidez y sobrevivientes para todos los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada y aquellos trabajadores del régimen laboral público no comprendidos en el ámbito de aplicación del decreto ley núm. 20530.¹⁰

2.3 El financiamiento del SNP, financiación colectiva

El SNP puede considerarse como un típico sistema de seguro social, solidario y de reparto.

En efecto, en primer lugar, la afiliación es obligatoria sólo para los trabajadores dependientes, es decir, aquellos que se

⁹ Es importante agregar que con anterioridad a la Ley núm. 13724, existieron algunos intentos fallidos de procurar protección a los empleados, tanto a través de la Ley núm. 10624 (1946) y el Decreto Ley núm. 17262 (1968) que creó el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares — FEJEP.

¹⁰ El régimen de pensiones y compensaciones por servicios civiles prestados al Estado creado en 1974 es un régimen cerrado y en vías de extinción, sobretodo a partir de la reforma constitucional introducida por la Ley núm. 29389 en el año 2004. Por las características del sistema y los pensionistas que alberga no es materia de análisis en el presente trabajo. Para profundizar en el estudio de este régimen recomendamos revisar Neves Mujica Javier, *Pensiones, Reforma y Jurisprudencia. El D.L. 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009.

encuentran dentro del marco de una relación laboral (sea a duración determinada, indeterminada o a tiempo parcial), para el caso de los trabajadores independientes la afiliación es facultativa.

En segundo lugar, la contribución y aporte originalmente fue bipartito, es decir, en el diseño original de la norma, el trabajador contribuía con un aporte de 1/3 y el empleador con los 2/3 restantes. Ésta situación se ha modificado con el tiempo y desde el 1 de enero de 1997, por aplicación de la Segunda Disposición Transitoria de la Ley núm. 26504, las aportaciones al SNP son del 13% de la remuneración asegurable a cargo exclusivamente del trabajador.

Los aportes o contribuciones que realiza el trabajador se dirigen a un fondo común de carácter intangible¹¹. Por su parte la OIT en el primer párrafo del artículo 71 del Convenio 102, ratificado por el Perú, establece que «el costo de las prestaciones en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del [Estado] Miembro y la de las categorías de personas protegidas».

La existencia de un fondo común entraña a su vez las siguientes características:

a) La base del cálculo de la pensión está relacionada a los ingresos anteriores a la jubilación (régimen de prestaciones definidas).

b) Para el caso específico de la jubilación, la pensión sólo puede otorgarse una vez que el asegurado/afiliado haya cumplido con un número mínimo de cotizaciones. En el caso de nuestro país y con la finalidad de asegurar el equilibrio financiero del SNP, desde el 19 de diciembre de 1992, fecha en la que entró en vigencia el D. L. 25967, el requisito mínimo para acceder a dicha pensión es de 20 años de aportación.¹²

c) Para el caso específico de la jubilación, la pensión sólo puede otorgarse una vez que el asegurado/afiliado haya cumplido con una edad mínima: 65 años edad a partir del 18 de julio de

¹¹ El artículo 12 de la Constitución Política del Estado establece que los fondos y las reservas de la seguridad social tienen carácter intangible.

¹² Esta modificación resulta aplicable también a todos los regímenes especiales que contiene el D.L. 19990 (p.e. pensión reducida, pensión especial) e incluso para los regímenes especiales que se derivan de este (pensión de jubilación minera, pensión de jubilación para trabajadores de construcción civil, etc.).

1995, fecha en la que entró en vigencia la Ley núm. 26504.

d) Las pensiones están sujetas a un tope máximo (actualmente S/. 857.36 nuevos soles) y a su vez a un tope mínimo (actualmente S/. 415.00 nuevos soles para un pensionista que tenga por lo menos 20 años de aportación al SNP).

e) El sistema financiero se basa en la provisión de fondos necesarios para pagar las prestaciones de cada año (financiación de reparto), de manera que los aportes o contribuciones se utilizan para pagar las pensiones de quienes ya no se encuentran en posibilidad de trabajar y aportar, lo que acentúa el carácter solidario del sistema.

f) Finalmente, el sistema y el fondo que lo compone se encuentra administrado directamente por el Estado a través de sus instituciones públicas. En el caso de nuestro país, a través de la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

A fines de los años 80 y el inicio de la década del 90, el SNP atravesaba una aguda crisis económica, reflejo de la situación que afrontaba nuestro país. Ésta situación sumada a una pésima administración de la Seguridad Social por parte de las instituciones públicas como el Seguro Social del Perú, luego el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) y finalmente la Oficina de Normalización Previsional (ONP), hicieron repensar el rol del Estado frente a la seguridad social y buscar una alternativa válida a los esquemas de financiación por reparto que requerían siempre una fuerte y activa participación del Estado.

La respuesta a esta crisis la daría Chile, país que desde noviembre de 1981 había redibujado e reinventado el esquema clásico de financiamiento de la seguridad social con amplia participación estatal, reemplazándolo por un sistema privado de pensiones, donde el capital privado tiene un rol estelar en la administración del sistema.

2.4 El financiamiento del SPP, financiación individual

La existencia de esquemas privados de pensiones en el mundo es relativamente nueva. La patente de invención la tiene Chile, primer país que implementó la medida a inicios de la década de los años 80. La OIT advierte que durante los últimos decenios, este sistema proliferó en los países en transición de Europa Central y Oriental y en los países de América Latina. A partir del decenio de 1990, otros diez países de América Latina siguieron la experiencia de Chile: Argentina (1991), Bolivia (1997), Colombia (1994), Costa Rica (2001), República Dominicana (2003), El Salvador (1998), México (1997), Panamá (2008), Perú (1993) y Uruguay (1996). En Europa Central y Oriental tenemos sistemas privados de pensiones en Bulgaria, República Checa, Croacia,

Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Rumania y la Federación de Rusia.¹³

La característica principal del sistema privado de pensiones es que elimina el principio de financiación colectiva y solidaria típica de los sistemas de reparto, reemplazándolo por un sistema de Cuentas Individuales de Capitalización (CIC) que permiten que cada afiliado acumule anticipadamente y de manera individual el monto de su futura pensión; en este sentido, la base de cálculo de la pensión está relacionada directamente con las cotizaciones aportadas por el trabajador. La existencia de CIC's entraña además las siguientes características:

a) El otorgamiento de una pensión de jubilación, por ejemplo, no está condicionada al cumplimiento de un número mínimo de aportes o cotizaciones, simplemente al cumplimiento de una edad determinada. En el caso del Perú, 65 años de edad.

b) El monto de la pensión es una consecuencia directa del monto de dinero que el asegurado tenga acumulado en su CIC más la rentabilidad que esta cuenta tenga producto de las inversiones que realizan las AFP's.

c) La administración del sistema se encuentra a cargo de sociedades anónimas denominadas AFP's y que se encuentran supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS).

En conclusión, tal como advierte Mesa-Lago¹⁴, los sistemas público y privado de pensiones de seguridad social se definen sobre la base de sus cuatro elementos fundamentales: cotización, prestación, régimen financiero y administración. El sistema público se caracteriza por cotización no definida, prestación definida, régimen financiero de reparto y administración pública. Por el contrario el sistema privado se caracteriza por cotización definida, prestación no definida, régimen financiero de capitalización individual y administración privada.

En nuestro país, a diferencia de Chile, el sistema privado de pensiones convive con el sistema nacional de pensiones; es decir que el trabajador puede elegir entre pertenecer a uno u a otro sistema; sin embargo desde su creación, la orientación del legislador ha sido facilitar al trabajador el tránsito del sistema nacional al sistema privado de pensiones, mas no lo contrario. En consecuencia, estamos frente a un sistema paralelo.¹⁵

¹³ Organización Internacional de Trabajo (OIT). Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, op. cit., p. 207 y ss.

¹⁴ Mesa - Lago Carmelo, *Evaluación de un cuarto de siglo de reformas estructurales de pensiones en América Latina*, en Revista de la CEPAL 84, Diciembre de 2004, p. 60 y ss. En <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/20417/G2258eMesaLago.pdf>.

¹⁵ Al lado del sistema paralelo, se reconoce también la existencia de un sistema

Cabe agregar finalmente, que si bien la OIT tolera la existencia de los esquemas privados de pensiones, ha sido muy crítica con estos. Así la comisión de expertos entiende que estos esquemas se estructuran sin tomar en cuenta no sólo los principios de solidaridad, participación en los riesgos y financiación colectiva, que constituyen la esencia de la seguridad social, sino también los principios que propugnan una gestión transparente, responsable y democrática del sistema de pensiones con la participación de los representantes de los asegurados.¹⁶

La OIT considera que en tiempos de crisis económica como la que se presentó en el año 2008 en el mundo, los regímenes que se financian colectivamente y donde el Estado es el único encargado de su administración, resisten de mejor manera el impacto de la crisis. Más adelante y a la luz de las principales reformas introducidas por la Ley 29903 volveremos a tratar con mayor detalle estos aspectos.

3. El ingreso al SPP a partir de la reforma

Ya hemos referido que nuestro país tiene un esquema paralelo en cuanto a la elección por parte del trabajador de afiliarse sea al SNP como al SPP. Al proceso mediante el cual el trabajador se incorpora al SPP se le denomina afiliación. El artículo 1 del Compendio de Normas de la Superintendencia Reglamentarias del SPP establece que debe entenderse por afiliación a «la relación jurídica que se produce entre un trabajador, cualquiera fuere su condición, y la AFP, a través de la cual el trabajador se incorpora al SPP, o ejerce su derecho a traspasarse de una a otra AFP».

A diferencia de lo que sucede en el SNP donde la sola condición de trabajador dependiente aunada a la voluntad de querer pertenecer a este sistema y no al SPP, son suficientes para quedar incorporado al mismo, el SPP exige un requisito adicional: la suscripción por parte del trabajador de un contrato de afiliación que no es otra cosa que el acuerdo de voluntades entre el trabajador y la AFP mediante el cual aquél encarga a éste la administración de su fondo de pensiones, teniendo como consecuencia derecho a las prestaciones que pueda ofrecer el sistema. El contrato de afiliación es un contrato por adhesión que contiene cláusulas generales de contratación.

Ahora bien, tratándose de un contrato, hasta antes de la reforma del SPP introducida por la Ley núm. 29903, el traba-

sustitutivo, como el chileno, donde el esquema público ya no permite nuevas incorporaciones y todos los nuevos afiliados deben optar por el esquema privado; a su vez, se reconoce la existencia de sistemas mixtos que combinan pilares públicos y privados al mismo tiempo.

¹⁶ Organización Internacional de Trabajo (OIT), op. cit., p. 207 y ss.

jador ejercía libremente su manifestación de voluntad en dos momentos: 1) al elegir si quería pertenecer al SNP o al SPP; 2) al elegir a que AFP quería pertenecer.¹⁷ De hecho, el Compendio de Normas Reglamentarias del SPP establecía como formas de ingreso al sistema, la incorporación, la re-afiliación, y el traspaso de una AFP a otra a libre elección del trabajador.

Cabe agregar, que en el marco de la reforma introducida por la Ley núm. 29903, la Resolución SBS 9354-2012 de fecha 18 de diciembre de 2012 ha modificado el artículo 2 del Título V del Compendio de Normas Reglamentarias del SPP estableciendo un nuevo procedimiento de incorporación de un trabajador que por primera vez se incorpora al SPP en los siguientes términos:

a) Cuando un trabajador ingrese a laborar a un centro de trabajo, el empleador deberá obligatoriamente requerirle por escrito que, en un plazo improrrogable de 10 días calendario, le informe por escrito el sistema previsional al que se encuentre incorporado (SNP o SPP) y en su defecto, indicar también a qué AFP se encuentra afiliado.

b) En caso que el trabajador no pertenezca a un ningún sistema previsional, el empleador deberá entregar al trabajador un Boletín Informativo¹⁸, y deberá requerirle por escrito le informe el régimen pensionario al que desea ser incorporado.

c) El trabajador tiene un plazo de 10 días calendario, contados a partir de la recepción del Boletín Informativo, para manifestar por escrito el régimen pensionario de su preferencia (SNP o SPP).

d) El trabajador tiene 10 días calendario más, para ratificar o revocar su decisión.

e) Si vencido el plazo, el trabajador no hubiese manifestado su voluntad, el empleador deberá afiliarlo al SPP.

La reforma del SPP trae como novedad también, la creación de dos formas adicionales de ingreso al SPP para quienes escogieron este sistema provisional:

a) Asignación: Es el procedimiento mediante el cual los trabajadores que se incorporen al SPP por primera vez (ya sea porque han decidido hacerlo o porque han decidido pasar del SNP al SPP) son afiliados —sin posibilidad de elección— a la

¹⁷ En el Perú, operan actualmente 04 AFP's.: Prima, Profuturo, Integra y Horizonte, además existen 02 AFP's en formación: Interactiva y Hábitat.

¹⁸ Se trata del Boletín Informativo creado por la Ley núm. 28991, ley de libre desafiliación informada, pensiones mínima y complementarias, y régimen especial de jubilación anticipada.

AFP que ofrezca la menor comisión por administración y por un plazo de permanencia obligatorio.

En esta modalidad, los afiliados sólo pueden traspasarse a otra AFP, cuando se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- ▶ La rentabilidad neta de comisiones de la AFP asignada sea menor al comparativo del mercado.
- ▶ Se solicite o declare en insolvencia, disolución, quiebre o se encuentre en proceso de liquidación.
- ▶ Otra AFP ofrezca una menor comisión por administración.

Dicho procedimiento sólo se aplicó para los trabajadores que se incorporaron al SPP entre el 24 de setiembre de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, siendo el plazo de permanencia obligatorio de 12 meses, tal como lo estableció la Resolución SBS 6641-2012. Cabe agregar que en este procedimiento resultó ganadora la AFP Prima, al ofrecer una comisión de 1,60%¹⁹.

b) Licitación: Es el procedimiento mediante el cual los trabajadores que se incorporen al SPP por primera vez (ya sea porque han decidido hacerlo o porque han decidido pasar del SNP al SPP), son afiliados —sin posibilidad de elección— a la AFP que ofrezca la menor comisión por administración del fondo de pensiones y por un plazo de permanencia obligatorio, de acuerdo a lo establecido en la Resolución SBS 8517-2012.

De acuerdo a la citada Resolución, este procedimiento es aplicable a los trabajadores que se incorporen al SPP a partir del 1 de febrero de 2013 y el plazo de permanencia obligatorio es de 24 meses contados desde la afiliación del trabajador.

La primera licitación se llevó a cabo el día 20 de diciembre de 2012 y las bases de la misma fueron publicadas por la SBS mediante la Circular AFP-128-2012 de fecha 7 de noviembre de 2012.

Tomando en cuenta la reforma introducida por el art. 7-A de la Ley 29903, en ésta licitación participaron seis (6) AFP's, las cuatro (4) que ya operaban en el mercado: AFP Prima, Horizonte, Profuturo e Integra, además de dos (2) AFP's en formación: AFP Hábitat, y AFP Interactiva.

La AFP ganadora en dicha licitación fue la AFP Hábitat en formación al ofrecer la menor comisión por administración.

¹⁹ AFP Horizonte ofreció una comisión de 1,89%, Integra 1,74% y Profuturo 2,10%.

Veamos:

AFP	Componente de comisión sobre el flujo A	Componente de Comisión sobre el saldo B	Valor de la Comisión Final C*
Hábitat en formación	0,47%	1,25%	0,54800%
Profuturo	0,74%	1,00%	0,76600%
Integra	0,88%	1,00%	0,89200%
Interactiva en formación	0,94%	1,40%	0,98600%
Prima	1,05%	1,50%	1,09500%
Horizonte	1,35%	1,40%	1,35500%

Fuente: SBS

De acuerdo, al numeral 3.9 de la Circular AFP 128-2012, la AFP adjudicataria del proceso de licitación recibe a todos los nuevos afiliados al SPP hasta el 31 de enero de 2015, fecha en la cual deberá organizarse una nueva licitación.

En la medida, que la AFP adjudicataria (Hábitat) es una AFP en formación, en tanto esta se encuentre en proceso de constitución, el servicio de administración de CIC's de los trabajadores, será brindado temporalmente por aquella AFP que tenga asignada la administración por efecto de la Resolución núm. 6641-2012, es decir AFP Prima.²⁰

Por otro lado, en caso que la AFP en formación se constituya antes del 1 de junio de 2013, se encargará el servicio de administración de CIC's desde el referido mes y por 24 meses, lo que conlleva la extensión de la fecha de finalización de la primera licitación. En caso que la AFP en formación no llegue a constituirse antes del 1 de junio de 2013, podrá solicitar ante la SBS una prórroga de hasta 2 meses; finalmente, en caso que la AFP en formación no llegará a obtener su licencia la buena pro será otorgada a la empresa que quedó en segundo lugar.

* De acuerdo al artículo 17 del Compendio de Normas Reglamentarias del SPP introducido por la R SBS 8517-2012 la metodología para determinar el valor de la comisión es el siguiente: « $C = \alpha * A + \beta * B$ »; en donde:

α y β son los porcentajes de participación de cada componente de la comisión. Para el caso de la primera licitación 0,90 y 0,10 respectivamente.

A: valor de la comisión propuesto por la AFP para el componente de comisión sobre el flujo, expresado en porcentaje sobre la remuneración mensual.

B: valor de la comisión propuesto por la AFP para el componente aplicable sobre el saldo, expresado en porcentaje sobre el saldo que se administre en forma anual.

C: valor de la comisión final resultante, calculado por la SBS, expresado en porcentaje y redondeado al quinto decimal.

²⁰ Art. 3.6. de las Bases de Licitación publicadas mediante Circular AFP 128-2012.

De conformidad con lo establecido en el artículo 7-E de la ley de reforma, en esta modalidad, los afiliados sólo pueden traspasarse a otra AFP, cuando se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- ▶ La rentabilidad neta de comisiones de la AFP adjudicataria sea menor al comparativo del mercado.
- ▶ Se solicite o declare en insolvencia, disolución, quiebre o se encuentre en proceso de liquidación.

En nuestra opinión, tanto el sistema de asignación, como el sistema de licitación, colisionan con el principio de libertad de contratación consagrado en el artículo 62 de la Constitución Política del Estado, pues una vez que el trabajador elige pertenecer al SPP, no existe posibilidad alguna de que pueda escoger a que AFP desea pertenecer. Si bien se podría pensar que un consumidor razonable siempre debería escoger la AFP que ofrece el menor costo de administración, en la práctica y pese a que la relación jurídica entre el trabajador y la AFP es en puridad un contrato, se trata de un contrato en el que el trabajador no sólo no puede negociar las condiciones de su afiliación, sino que tampoco puede elegir con quién contratar, pues esa elección le corresponde ahora a la SBS y claro está, durante el periodo de permanencia obligatoria, tampoco puede traspasarse a otra AFP, sea por simpatía o por cualquier razón personal que lleve a un afiliado a escoger una AFP y no a otra.

En el caso de los trabajadores que ya se encontraban afiliados al SPP antes del 24 de setiembre de 2012, estos permanecen en la AFP a la que actualmente se encuentran afiliados, pudiendo escoger libremente traspasarse o no a otra AFP. Estos afiliados son afectados por la reforma sobre todo en lo que respecta al pago de las comisiones de administración de la CIC.

4. El pago de contribuciones y retribuciones al SPP

4.1 Estructura del pago a la AFP por parte del trabajador

El SPP en el Perú está diseñado legislativamente a partir del D.L. 25897, su T.U.O., aprobado mediante D.S. 054-97-EF, su reglamento aprobado mediante D.S. 004-98-EF y el Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

A diferencia del SNP donde el trabajador contribuye a financiar el fondo común con el 13% de su remuneración asegurable, el esquema del SPP importa una participación diferente. En efecto, en el SPP el trabajador aporta con 10% de su remuneración asegurable a su CIC. Cabe agregar, que a diferencia del SNP existe la posibilidad de que el trabajador realice tam-

bién aportes voluntarios, los mismos que pueden ser con fin previsional, en cuyo caso desde su ingreso a la CIC adquieren el carácter de intangibles; y aportes voluntarios sin fin previsional, que permiten al trabajador utilizar su CIC como una alternativa más de inversión.

En forma adicional existen dos pagos adicionales que realiza el trabajador en función a su remuneración asegurable: el primero es el pago de una prima de seguro que sirve para el eventual pago de las prestaciones de invalidez, sobrevivientes y gastos de sepelio. Dependiendo de cada AFP, al mes de febrero de 2013 la prima de seguro oscila entre 1,22% y 1,41% de la remuneración del afiliado aportante. Respecto a estas prestaciones la AFP funciona como un seguro privado y no como un sistema de seguridad social. Valga recordar que en el SNP el aporte de 13% cubre no sólo la prestación de jubilación, sino también la de invalidez, sobrevivientes y gastos de sepelio.

El segundo pago, tiene que ver con la retribución que la AFP recibe de cada uno de sus afiliados por administrar la CIC. Esta retribución recibe el nombre de comisión por administración y hasta antes de la reforma introducida por la Ley núm. 29903, era un porcentaje que se cobraba en función a la remuneración asegurable. Así, las cuatro AFP's existentes en el mercado actualmente tienen comisiones que oscilan entre 1,60% a 2,10% por la administración del fondo.

Nuevo esquema de pago de comisiones a la AFP: Comisión por el saldo:

Precisamente, el segundo cambio estructural que aporta la Ley núm. 29903 tiene que ver con un nuevo esquema para el cobro de la comisión por parte de las AFP's. Así la norma prevé los siguientes supuestos:

Para los nuevos afiliados al SPP a partir del 24 de setiembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012²¹:

Por la administración de aportes obligatorios, la AFP cobrará la comisión por administración calculada sobre la remuneración asegurable. Tomando en cuenta el proceso de asignación referido en el capítulo anterior, fue AFP Prima la que ofreció la menor comisión de acuerdo al siguiente cuadro:

²¹ Se toma en cuenta dicha fecha, pues de acuerdo a la Resolución SBS 6641-2012 de fecha 19 de agosto de 2012, los trabajadores que se incorporen al SPP entre el 24 de setiembre de 2012 y el 31 de diciembre de 2012 se afilian al SPP por asignación a la AFP que ofrezca la menor comisión de administración, de acuerdo al proceso de asignación que se llevó a cabo el día 13 de setiembre de 2012 y donde resultó ganadora AFP Prima al ofrecer una comisión de 1,60%.

AFP	Comisión antes de Asignación	Nueva Comisión a partir de Octubre de 2012
Horizonte	1,95%	1,89%
Integra	1,80%	1,74%
Prima	0,88%	1,60%
Profuturo	0,94%	2,10%
Promedio	1,05%	1,83%

Fuente: SBS

Cabe agregar, que el plazo de permanencia obligatorio en AFP Prima para estos afiliados es de 1 año. En el caso de las AFP's que no resultaron adjudicatarias deben aplicar esta nueva comisión a todos sus afiliados a partir de octubre de 2012.

Para los nuevos afiliados al SPP a partir del 01 de febrero de 2013 hasta el 31 de enero de 2015:

Es aplicable a los afiliados que ingresan a la AFP que ganó el proceso de licitación de acuerdo a lo indicado en el capítulo anterior, y que ofreció la menor comisión mixta.

En este caso, por la administración de aportes obligatorios, la AFP cobrará una comisión integrada por dos componentes: una comisión porcentual calculada sobre la remuneración asegurable (comisión por el flujo) –que es además la comisión que se cobraba hasta antes de la reforma– y una comisión sobre el saldo del Fondo de Pensiones administrado por los nuevos aportes que se generen a partir de la primera licitación de afiliados (comisión por el saldo).

Es importante agregar que si el trabajador no obtiene remuneración asegurable no se le aplica el cobro de la comisión por el flujo, mas si el cobro de la comisión por el saldo.

La norma ha establecido también que el cobro de esta comisión mixta (por el flujo y por el saldo) irá desapareciendo con el tiempo hasta quedar eliminada totalmente en el año 2023, fecha en la cual quedará reemplazada simplemente por la comisión por saldo. En efecto, mediante la Resolución SBS 8514-2012 de fecha 7 de noviembre de 2012, la SBS ha establecido que la comisión por el flujo deberá tener una trayectoria decreciente en el tiempo por un plazo determinado. Dicha trayectoria se expresará a través de un cronograma de reducción denominado «corredor de reducción» de tal manera que a partir del mes de febrero de 2023 la comisión por el flujo habrá desaparecido.

Para los afiliados al SPP con anterioridad al 24 de setiembre de 2012:

Los afiliados al SPP podrán realizar la elección de permanecer en el esquema de cobro de comisión por el flujo entre el 02 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2013 de acuerdo a lo establecido por la Resolución SBS 96172-2012. Si el afiliado no manifiesta su voluntad ante la AFP en dicho período, pasa automáticamente a la comisión mixta que esté cobrando en dicho momento la AFP a la cuál pertenece. Esta decisión es revocable por única vez hasta el 30 de setiembre de 2013.

Cabe resaltar que el cobro de la comisión mixta, se realiza en función a los nuevos aportes que se generen a partir del 1 de abril de 2013. Los aportes generados con anterioridad son intangibles.

Después de haberse realizado la primera licitación, el esquema de aportes al SPP ha quedado estructurado de la siguiente manera:

AFP	Comisión por el flujo	Comisión por el flujo luego de la asignación	Comisión por el flujo luego de la licitación	Comisión Mixta	
				Por el flujo	Por el saldo
Profuturo	2,14%	2,10%	1,84%	1,49%	1,20%
Horizonte	1,95%	1,89%	1,85%	1,65%	1,40%
Integra	1,80%	1,74%	1,74%	1,55%	1,20%
Prima	1,75%	1,60%	1,60%	1,51%	1,90%
Hábital	-	-	-	0,47%	1,25%

Fuente: SBS

Este nuevo esquema de cobro de comisiones no sólo es uno de los temas más debatidos de la reforma sino también más controversiales y nos atreveríamos a decir inconstitucionales.

Veamos, desde el punto de vista estrictamente constitucional, el cobro de la comisión por el saldo colisiona directamente con el artículo 12 de la Constitución Política del Estado que consagra la intangibilidad de los fondos pensionarios; en este sentido, cuando el artículo 13 de la Ley núm. 29903 establece en su segundo párrafo que dichos fondos tienen el carácter de intangibles, salvo para el caso de la comisión por saldo, el legislador infra-constitucional está vaciando de contenido el artículo 12 de la Constitución legislando más allá de lo que la Constitución regula y establece, que es el carácter intangible del fondo pensionario.

Por otro lado, desde el punto de vista técnico, quienes defienden la implementación de este nuevo esquema de cobro señalan como bondades del mismo las siguientes que hemos podido recopilar:

► La comisión por saldo permite que el trabajador reciba su remuneración sin el descuento porcentual producto de la comisión por el flujo.

► Esta comisión permite que las AFP's se esfuercen en generar mayor rentabilidad, pues a mayor rentabilidad mayor comisión por el saldo.

► Cuando una persona aporta 10% de su remuneración asegurable para su CIC, lo que en buena cuenta administra la AFP es ese 10% y no la remuneración en función de la cual se calcula dicho porcentaje (100%); así, si la comisión por dicha administración es de aproximadamente 2%, este 2% lo es del sueldo, pero en buena cuenta se convierte en 20% del aporte.

► El cobro de la comisión por el flujo implica un pago por adelantado a la AFP por administrar un fondo que todavía no ha administrado, en cambio el pago de la comisión por saldo implica pagar por un trabajo ya realizado.

Sin embargo, estas bondades podrían tener algunos reparos, más allá claro está, del poderoso reparo constitucional, que implica afirmar sin temor a equivocarnos que dicha reforma resulta inconstitucional²² al colisionar directamente con el artículo 12 de la Constitución.

► Que el trabajador reciba una remuneración sin el descuento porcentual no resulta una razón de peso, en la medida que dicho costo es trasladado en desmedro de su fondo, más aún si aún cuando este no obtenga remuneración, la AFP continuará cobrando la comisión por el saldo.

► La rentabilidad no sólo depende de la AFP, sino de los vaivenes de la economía nacional, regional o mundial y la comisión por el saldo no se cobra en función de la rentabilidad del fondo exclusivamente, sino en función del fondo, aún cuando la rentabilidad pueda resultar negativa.

Finalmente, cabe agregar que mediante resolución SBS 9617-2012 se ha creado una calculadora para comparar que comisión resulta más conveniente para el afiliado, tomando en cuenta variables como la rentabilidad real anual del fondo del afiliado en los próximos 10 años, el porcentaje de tiempo que aportará el afiliado a su fondo de pensiones y la comisión por saldo promedio a largo plazo. Curiosamente, ensayando

²² A la fecha de elaboración del presente trabajo, existe una demanda de inconstitucionalidad planteada por 33 Congresistas de la República representados por la Sra. Martha Chávez Cossio en contra de diversos artículos de la Ley núm. 29903 (Exp. 0013-2012-PI/TC). La Vista de la Causa de este proceso se llevó a cabo en Arequipa el día 25 de enero de 2013, estando a la espera de la sentencia definitiva.

diversas opciones, la comisión por saldo siempre resulta más ventajosa que la comisión por el flujo.

5. Reformas pendientes de implementación

Ahora corresponde que nos ocupemos de aquellos aspectos de la reforma del SPP que aún no se encuentran vigentes y que necesitan una reglamentación adicional y complementaria para su aplicación. Empecemos hablando sobre la creación de nuevos fondos de aportes.

5.1 Creación de nuevos «fondos de pensiones»

De acuerdo a las características del SPP, la AFP administra las CIC's de sus afiliados a través de un conjunto de Fondos de Pensiones. De acuerdo al artículo 18 del D.S. 054-97-EF que aprobó el T.U.O., de la Ley del SPP, hasta antes de la reforma introducida por la Ley núm. 29903, las AFP's ofrecían hasta tres (3) fondos para los aportes obligatorios: a) Fondo Tipo 1 o de Preservación de Capital; b) Fondo Tipo 2 o Fondo Mixto y c) Fondo Tipo 3 o Fondo de Apreciación de Capital.

La reforma ha creado 4 fondos para los aportes obligatorios

a) Fondo tipo 0 o de protección de capital: Fondo orientado a mantener el valor del patrimonio de los afiliados en la CIC y con baja volatilidad. Este tipo de fondo será obligatorio para todos los afiliados al cumplir 65 años de edad y hasta que opten por una pensión de jubilación en el SPP; salvo que el afiliado exprese por escrito su voluntad de asignar su Fondo al Tipo 1 o Tipo 2.

b) Fondo tipo 1 o de preservación de capital: Fondo orientado a crecimiento estable del patrimonio de los afiliados en la CIC. Este tipo de fondo será de carácter obligatorio para la administración de los recursos de todos los afiliados mayores de 60 años y menores de 65 años, salvo que el afiliado exprese por escrito su voluntad de asignar su Fondo al Tipo 0 o al Tipo 2.

c) Fondo de pensiones tipo 2 o fondo mixto: Fondo orientado a un crecimiento moderado del patrimonio de los afiliados con volatilidad media.

d) Fondo de pensiones tipo 3 o fondo de apreciación de capital: Fondo orientado a un alto nivel de crecimiento del patrimonio de los afiliados con alta volatilidad.

Desde su creación, la elección del fondo obligatorio ha sido un tema de dudas e interrogantes recurrentes por parte de los afiliados al SPP. Intuitivamente el trabajador puede deducir que si está aún lejos de la jubilación el fondo que más podría convenirle es el de apreciación de capital (tipo 3) pues las fluctuaciones en el mercado respecto las inversiones que realiza

la AFP, no lo van a afectar en el corto plazo; en cambio si el trabajador está cerca de la jubilación, lo más lógico sería que opte por fondo de protección (tipo 0) o eventualmente el de preservación de Capital (tipo 1); sin embargo para poder elegir un Fondo de manera idónea el trabajador debería ser informado sobre los instrumentos de inversión de las AFP's.

En efecto, si bien los instrumentos de inversión de las AFP's se encuentran detallados en el artículo 25 del D.S. 054-97-EF, basta dar una lectura rápida a la lista, para darnos cuenta que muchos de los términos utilizados son altamente técnicos y posiblemente de difícil entendimiento para la mayoría de afiliados al SPP. Si nos preguntamos si un consumidor razonable o un trabajador promedio utilizando la diligencia ordinaria podría llegar a entender en qué invierte la AFP sus aportes, podremos afirmar sin temor a equivocarnos que son los menos.

Precisamente ésta es una de las grandes paradojas del SPP en el Perú, pues si bien la seguridad social pensionaria nos atañe a todos, en la medida que en algún momento de nuestra vida todos somos trabajadores y eventualmente empleadores; al mismo tiempo la cantidad impresionante de términos técnicos, normales legales y resoluciones de la SBS que lo regulan hacen que este sistema sea cada vez más incomprensible para un trabajador promedio. Lamentablemente a la fecha la labor de difusión no ha sido buena, y la que existe resulta siempre insuficiente. Ahora bien, la ley de reforma del SPP ha dispuesto la creación de un Fondo Educativo del Sistema Privado de Pensiones (FESIP), como un instrumento orientado al financiamiento de proyectos educativos previsionales, a fin de promover mayores niveles de cultura previsional. La norma de reforma establece también que el FESIP se financiará principalmente mediante recursos que provendrán de las donaciones de las AFP's y Empresas de Seguros; sin embargo, tendremos que esperar a la publicación del reglamento de la norma para constatar el funcionamiento y efectiva organización de este Fondo.

La norma recoge también una modificación introducida en el año 2003 por la Ley núm. 27988 y que prevé la creación de un «Fondo Voluntario» para personas jurídicas destinados exclusivamente a generar recursos para ser aplicados a incrementar las CIC de aportes obligatorios de sus trabajadores. Este tipo de fondo constituye una liberalidad del empleador, convirtiéndose en un patrimonio independiente e inembargable con una finalidad específica. Entendemos que el reglamento de la Ley núm. 29903 aportará algunas precisiones sobre el funcionamiento de este fondo voluntario.

5.2 Jubilación anticipada

Tanto el SNP como el SPP ofrecen la posibilidad de adelantar el pago de la prestación de jubilación. Atendiendo al carácter solidario y sistema de financiamiento del SNP el otorgamiento de una pensión de jubilación adelantada o anticipada exige el cumplimiento de requisitos referidos a la edad y a los años de aportación. Así, el SNP exige que los hombres cuenten con 55 años de edad, las mujeres con 50 años de edad por lo menos, y en el primer caso se cuente por lo menos con 30 años de aportación, en tanto que las mujeres deberán tener por lo menos 25 años de aportación, para acceder a este beneficio. Es importante mencionar que el adelanto de la pensión está sujeto al descuento de 4% sobre el monto de la pensión por cada año que haya sido adelantado.²³

En el caso del SPP, no se exige ni el cumplimiento de un requisito mínimo de edad, ni mucho menos el tener un número mínimo de cotizaciones, el carácter individual del sistema no necesita el cumplimiento de estos requisitos. El afiliado puede acceder a la modalidad de pensión de jubilación adelantada cuando así lo decida o lo disponga; sin embargo, deberá obtener una pensión igual o superior al 50% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas durante los 120 meses anteriores a la presentación de la solicitud de pensión de jubilación; asimismo contar con una densidad de cotización de por lo menos, 60% respecto de los últimos 120 meses.²⁴

La ley de reforma del SPP ha relajado el cumplimiento de este requisito muy difícil de conseguir en la práctica, reduciendo de 50% a 40% el monto de la pensión que deberá obtener en función al promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas durante los últimos 120 meses, debidamente actualizadas.²⁵

5.3 Retiro programado

En el informe anual 2012 de la Comisión de Expertos de la OIT en aplicación de Convenios y Recomendaciones, se ha advertido el comportamiento de nuestro país respecto al cumplimiento del Convenio 102, denominado también norma mínima de Seguridad Social ratificado por el Perú en el año

²³ Artículo 44 del D.L. 19990.

²⁴ Artículo 42 del T.U.O. de la Ley del SPP aprobado mediante D.S. 054-97-EF e inciso b) del artículo 40 del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del SPP.

²⁵ La reforma sólo incide en la jubilación anticipada ordinaria. Los regímenes especiales o temporales de jubilación anticipada se rigen por sus propias normas, como es el caso de la Ley 29426 que crea el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados en el Sistema Privado de Pensiones.

1961. En el acápite referido a la observancia de los principios básicos establecidos por los convenios internacionales de seguridad social la OIT ha reseñado que «(...) las prestaciones de vejez gestionadas en el marco del sistema de gestión privada se calculan sobre la base del capital del que dispone cada asegurado en su cuenta individual de capitalización. Cuando se agota el capital acumulado en una cuenta, el derecho a una pensión puede dejar de existir y el asegurado que superase la esperanza de vida promedio podría quedarse sin su única fuente de ingresos (...)»²⁶.

Sin duda, la OIT se está refiriendo a una de las modalidades de pensión de jubilación que ofrece el SPP: el retiro programado²⁷. Para la OIT la existencia de esta situación (...) no se ajusta al principio establecido por los convenios internacionales según el cual las prestaciones deben pagarse durante toda la contingencia, garantizando una tasa mínima (...).

En efecto, el artículo 45 del T.U.O. de la Ley del SPP establece que el retiro programado es la modalidad de pensión administrada directamente por la AFP mediante la cual el afiliado, manteniendo la propiedad sobre los fondos acumulados en su CIC, efectúa retiros mensuales contra el saldo de dicha cuenta hasta que la misma se extinga.

La ley de reforma del SPP ha modificado el párrafo citado de este artículo eliminado la frase «(...) hasta que la misma se extinga (...)» y reemplazándola por la frase «(...) en función a su expectativa de vida y a la de su grupo familiar (...)». El objetivo de la reforma es loable, pues elimina la posibilidad de que esta modalidad de pensión no sea vitalicia, lo que sin duda es uno de los aspectos más criticados del SPP en tanto sistema de previsión social.

Una vez más, el reglamento tendrá que ofrecernos el mecanismo para poner en funcionamiento la modificación en este tipo de pensión, que como resulta evidente, en la actualidad riñe directamente contra los principios que inspiran a la seguridad social y que se consagran en los principales instrumentos sociales de carácter internacional.

²⁶ Organización Internacional de Trabajo (OIT), informe 2012 de la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones, Ginebra, 2012, p. 963 y ss. En http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-relconf/documents/meetingdocument/wcms_174831.pdf.

²⁷ El SPP ofrece las siguientes modalidades de pensión de jubilación: a) retiro programado; b) renta vitalicia familiar; c) renta vitalicia personal y d) renta temporal con renta vitalicia diferida. De estas cuatro modalidades, el retiro programado es la única que hasta antes de la reforma de la ley 29903 no garantiza una pensión vitalicia como la OIT exige.

5.4 Administración de los riesgos de invalidez, sobrevivientes y gastos de sepelio

Al desarrollar las características del SPP, resaltábamos que en determinados aspectos, como el referido a las prestaciones de invalidez, sobrevivientes y gastos de sepelio, el SPP funciona como un esquema de seguro privado, tanto en el pago de la contribución —en realidad se paga una prima de seguro— como en la administración de las prestaciones.

Sobre la administración de estas prestaciones, el art. 51 de la ley del SPP establecía que estas podían ser administradas, a opción de las AFP, por las propias AFP o por Empresas de Seguros. A partir de la entrada en vigencia de la reforma introducida por la ley núm. 29903, estas prestaciones sólo serán administradas por empresas de seguros bajo una póliza de seguros colectiva.

La reforma establece que la prestación del seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, se denomina seguro previsional. La novedad más interesante está en el proceso de elección de la compañía de seguros, elección que se realizará al igual que para la determinación de la AFP que acogerá nuevos afiliados, a través de un proceso de licitación. Con este propósito la SBS ha creado una Póliza de Seguro Colectiva para la administración de estos riesgos (SISCO); el proceso de licitación se realizó el 13 de setiembre del presente año, y la reforma entrará en vigencia el 1 de octubre de 2013.

En dicho proceso podrán participar no sólo compañías de seguro existentes, sino también compañías de seguro en formación sean nacionales o extranjeras.

En nuestra opinión, esta modificación no es buena. Los sistemas de seguridad social se organizan y funcionan para prestar un servicio previsional. Lamentablemente este tipo de reformas desnaturalizan la esencia de la seguridad social, convirtiéndola en un sistema privado de seguros obligatorio. Consideramos que estas prestaciones deberían ser administradas directamente por las AFP's, pues finalmente al suscribir el contrato de afiliación, la relación contractual se establece entre el afiliado y la AFP y no entre el afiliado y una empresa de seguros con quien no se ha contratado.

5.5 Creación del sistema de pensiones sociales

Asimismo, resulta necesario comentar aquellas reformas introducidas por la ley núm. 29903 que no van a afectar sólo al SPP, sino que afectan al SNP y por ende al sistema previsional en general. Empecemos por la creación del Sistema de Pensiones Sociales.

Se trata de una deuda que el Estado contrajo con los trabajadores de las micro y pequeñas empresas. En efecto, el artículo 58 del D.S. 007-2008-TR (T.U.O. de la Ley de Promoción de la Micro y Pequeña Empresa) regula en el Título VII, «Aseguramiento en Salud y Sistema de Pensiones Sociales», Capítulo II, artículo 58 y siguientes, la creación de un Sistema de Pensiones Sociales. Aún cuando la norma está en vigencia desde el año 2008, dicho sistema nunca se implementó.

En esta línea, la ley de reforma del SPP retoma la creación del Sistema de Pensiones Sociales para este sector laboral con las siguientes características:

a) El sistema es de afiliación obligatoria para los trabajadores y conductores de la microempresa que nos superen los 40 años de edad. Es de carácter facultativo para los trabajadores y conductores que tengan más de 40 años de edad, a la fecha en que la ley entre en vigencia. Cabe agregar, que el sistema sólo beneficia a quienes no estén comprendidos en otro régimen previsional.

b) El aporte mensual será gradual hasta un máximo de 4% tomando en cuenta como base imponible la remuneración mínima vital (RMV). Se trata evidentemente de un aporte subsidiado. Se prevé la posibilidad de realizar aportes voluntarios / la norma prevé además una participación del Estado en la financiación del aporte para los trabajadores que perciban menos de 1.5 RMV.

c) El afiliado puede elegir entre el SNP y el SPP. En caso de elegir por este último, se dispone la creación de la Cuenta Individual del Afiliado al Sistema de Pensiones Sociales para registrar el monto de los aportes y la rentabilidad.

d) Uno de los aspectos más interesantes del sistema, es que por primera vez en nuestro país desde la creación del SPP en el año 1993, se implementa un verdadero mecanismo de libre desafiliación permitiendo que los afiliados del Sistema de Pensiones Sociales, puedan trasladarse al SNP o al SPP, según su elección, y viceversa.

e) Finalmente, se dispone la creación del Fondo de Pensiones Sociales de carácter intangible e inembargable, cuya administración será realizada por una AFP o por la ONP. El reglamento determinará los aspectos complementarios de la implementación y funcionamiento de esta importante reforma.

5.6 Afiliación de trabajadores independientes

A nuestro entender, uno de los aspectos más importantes a resaltar de la reforma del SPP, es que por primera vez en la

historia de la seguridad social en nuestro país se considera a los trabajadores independientes como afiliados obligatorios del sistema de seguridad social en pensiones. Resulta inverosímil que los trabajadores calificados como independientes estuvieran excluidos de la cobertura previsional, más aún en un país como el nuestro, donde tanto se abusa de la contratación civil fraudulenta, que no sólo exonera al empleador de asumir el costo del pago de beneficios sociales, sino además priva al trabajador de acceder a una adecuada cobertura previsional, que además —en el caso específico del sistema pensionario— no significa costo alguno para el empleador.

La implementación de esta reforma, estuvo inicialmente prevista para el 1 de agosto de 2013; sin embargo luego de una serie de críticas respecto a su implementación y funcionamiento, su vigencia ha sido postergada hasta el 1 de agosto de 2014, mediante la Ley 30082 de fecha 22 de setiembre de 2013, recordando que la afiliación sigue siendo obligatoria sólo para los trabajadores independientes que cuenten con menos de 40 años de edad.

Dicha norma, como ya lo había hecho el D.S. 166-2013-EF, entiende por trabajador independiente a aquél que percibe rentas de cuarta categoría, o rentas de cuarta/quinta categoría e incluso a aquel trabajador que desarrollando trabajo dependiente, pueda percibir también ingresos como independiente. La modificación de la Ley 30082 también reduce los porcentajes de aporte, estableciendo una tasa de aporte gradual al SNP de 5% (agosto de 2014 a julio de 2015); 7,5% (agosto de 2015 a julio de 2016); 10% (agosto de 2016 hasta julio de 2017) y 13% (a partir de agosto de 2017); en el caso del SPP el aporte será de 2.5% (agosto de 2014 a julio de 2015), 5% (agosto de 2015 a julio de 2016), 7,5% (agosto de 2016 a julio de 2017) y 10% a partir de agosto de 2017.

De acuerdo a este dispositivo, ya no deberá tomarse en cuenta la situación del trabajador independiente que perciba más de S/. 750.00 nuevos soles de ingreso pero menos de S/. 1125.00 nuevos soles (1.5 RMV), dicho aporte gradual será aplicable para todos los trabajadores independientes que perciban más de la remuneración mínima vital; para quienes perciban menos el aporte será facultativo.

Sin duda uno de los retos de la implementación de esta reforma será evitar la evasión de aportes y contribuciones sociales. La mejor solución, será sin duda, la concientización del trabajador independiente respecto a la importancia de contar con medios de protección social tanto en pensiones como eventualmente, en el sistema de seguridad social en salud.

6. Conclusiones

a) La Ley de reforma del SPP, «Ley 29903», representa la modificación más profunda que haya tenido el sistema previsual pensionario privado desde su creación en el año 1993.

b) Se ha implementado una nueva forma de ingreso al SPP a través de la asignación y la adjudicación por licitación que atenta contra el principio de libertad de contratación consagrado en el artículo 62 de la Constitución Política del Estado.

c) Se ha implementado un nuevo esquema de cobro de la contribución por parte de las AFP's, que implica el cobro de una nueva comisión en función al saldo de la CIC, que atenta contra el carácter intangible de los fondos pensionarios.

d) La ley de reforma contiene reformas estructurales que aún no están en vigencia como la creación de nuevos fondos de pensiones obligatorios; la modificación de la modalidad de pensión de jubilación de retiro programado, de tal manera que no implique un agotamiento del fondo antes del fallecimiento del beneficiario; la implementación del Sistema de Seguros Sociales para los trabajadores comprendidos en la Ley de la Micro y Pequeña Empresa y finalmente, la obligatoriedad de afiliación para los trabajadores independientes.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU DESARROLLO CONSTITUCIONAL

POR JORGE LUIS CÁCERES ARCE

1. Introducción

En nuestro país, contamos con un órgano de control, que en los últimos doce años (noviembre del 2000 a la fecha 2013, gobiernos democráticos de: Valentín Paniagua, Alejandro Toledo, Alan García y del actual mandatario Ollanta Humana) ha marcado sustancialmente diferencias de orden institucional con las diferentes etapas vinculadas a la evolución y posicionamiento del Tribunal peruano.

No podemos dejar de reconocer que el entonces *Tribunal de Garantías Constitucionales*, contó con la participación de calificados juristas y académicos que abrieron el sendero de la justicia constitucional formal como fueron, su primer presidente, el Dr. Alberto Eguren Bresani, los académicos Alfredo Corzo Masías, Manuel Aguirre Roca, Héctor Centurion Vallejo, Mario Peláez Bazán, Nicanor Silva Salgado, el ex canciller Jorge Vásquez Salas, los ex Decanos del Colegio de Abogados de Arequipa Héctor Díaz Valdivia y René Núñez del Prado, los letrados trujillanos Florencio Mixan Mass y Jorge León Seminario, entre otros.

Debemos de reconocer que la etapa de improductividad doctrinaria y jurídica y de un alto nivel de control gubernamental al Tribunal, ocurrió entre el mes de mayo de 1997 y noviembre del 2000, en que este órgano supuestamente autónomo y distante al poder político de turno, estuvo controlado desde el Sistema de Inteligencia Nacional (SIN) por el asesor presidencial, el habitante Vladimiro Montesinos Torres, hoy encarcelado por ser autor y coautor de delitos contra el Estado.

El congreso de la república, destituyó a tres de sus magistrados, los juristas y luego presidentes del Tribunal Manuel Aguirre Roca y Guillermo Rey Terry y a la doctora Delia Revoredo, luego decana del colegio de abogados de Lima.

La representación nacional las aparto del cargo, por no compartir los argumentos nada constitucionales, vinculados a la Ley núm. 26657, norma interpretativa del art. 112 de la carta, referida a la segunda reelección presidencial del Ingeniero Alberto Fujimori (abril del 2000).

La acusación en contra de los anotados magistrados, fue formulada por el entonces congresista arequipeño Enrique Chirinos Soto y el 28 de Mayo de 1997, el Parlamento los destituyó, frente al célebre recurso de aclaración que interpuso el Colegio de Abogados de Lima, mediante su Decano, Dr. Vladimir Paz de la Barra, fundamentando que los magistrados destituidos se pronunciaron en vía de aclaración, sin contar con la autorización del pleno. Este falaz sustento, fue desvirtuado por la defensa de los juristas, a cargo del reconocido constitucionalista Javier Valle-Riestra González Olaechea.

El Tribunal, funcionó desde junio de 1997 a noviembre del 2000, con cuatro magistrados, los abogados Francisco Acosta Sánchez (luego Presidente) Ricargo Nugent López, (el ex Presidente de la Corte Suprema y del Jurado Nacional de Elecciones y luego del Tribunal Constitucional). El arequipeño Luis Guillermo Díaz Valverde (ex Decano del Colegio de Abogados de Arequipa y de la Facultad de Derecho de la UNSA y luego Vicepresidente del Tribunal) y el abogado José García Marcelo, sin pasado trascendente y amigo cercano del asesor Montesinos Torres (luego vice-presidente).

El pleno, estuvo mutilado y desnaturalizado en el ejercicio de sus funciones rectoras, como es el control de la Constitucionalidad de las leyes; producto de la arbitraria, ilegal e irrazonable decisión de acusar por infracción constitucional a los tres centinelas de la no reelección presidencial, quienes votaron por inaplicar la ley reeleccionista e interpretativa del numeral 112 de la ley suprema.

Les aplicaron una desmedida destitución, pretendieron los acusadores parlamentarios, hacer valer el derecho como principio jurídico, la causal de acusación no fue demostrada jurídicamente.

Durante los 40 meses, que funcionó el Tribunal, sin *quórum* para resolver los procesos de inconstitucionalidad, este órgano solo conoció la resolución del llamado recurso extraordinario (en procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data

y a cumplimiento) con la dación del código procesal constitucional, el recurso extraordinario, hoy se denomina de agravio constitucional (R.A.C.). La norma procesal entro en vigencia en diciembre del 2004, cuya comisión de redacción la presidió el jurista Domingo García Belaúnde y lo acompañaron los talentosos letrados Alberto Borea Odría, Francisco, Eguiruren Praeli, Juan Monrroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia.

Retomando las tareas de la labor que ha venido cumpliendo nuestra corte constitucional en los últimos ocho años (2005 a la fecha 2013) podemos resaltar que hemos contado con un órgano interprete pro-activo, creativo, innovador, que ha venido generando precedentes vinculantes. Motivados en la doctrina constitucional, y que se les denomina los precedentes ilustrados, basados en preceptos y principios constitucionales y los ordinarios que se sustentan en norma constitucional y jurídica, precisando que los mismos se complementan entre sí y que están relacionados a la autonomía procesal de las cortes intérpretes, cuya fuente la encontramos en la doctrina alemana.

No podemos dejar de anotar que el desarrollo constitucional que ha materializado el Tribunal Peruano, en los últimos 8 años, ha expresado y reflejado decisiones y resoluciones sensatas, razonables e innovadoras; empero también han dictado resoluciones que se han excedido de los límites que la Constitución le reserva al Tribunal. Como arquetipo podemos resaltar cuando el Tribunal pretendió vía un proceso de amparo, convertirse en regulador de las Tarifas Arancelarias del cemento, atribución constitucional del Presidente de la República (art. 118 de la Constitución Política del Estado), estando al expediente núm. 3116-2009-PA/TC; y a su vez ha generado excesos, con las denominadas sentencias exhortativas, que dicta el pleno del Tribunal, este actúa como legislador positivo, con la dación de ésta clase de sentencias.

Los tribunales constitucionales están facultados, para ejercer el control de la constitucionalidad de leyes legales o puras entre las cuales tenemos a las leyes ordinarias, orgánicas, de desarrollo constitucional, resoluciones legislativas, tratados, las ordenanzas municipales y regionales y las leyes denominadas impuras que son legales, pero su fuente de dación no es un órgano legislativo (Parlamento: Nacional, Regional o Local) provienen del Ejecutivo como son los Decretos Legislativos y los Decretos de Urgencia. A esta figura Enrique Chirinos, la denominó de la dictadura legal.

Estas normas puras o imputas son las que se encuentran sujetas al control concentrado a cargo del pleno del Tribunal.

Una vez que esta corte evalúa el contenido de legalidad, de legitimidad y de razonabilidad de la norma jurídica, y de declararse fundada la demanda de inconstitucionalidad, la norma sometida a control, es declarada inconstitucional por el fondo, de forma, en todo, en parte o en materia orgánica, la ley es expulsada del ordenamiento jurídico y pierde vigencia, carece de validez, es decir ya no cuenta con fuerza normativa, en este escenario los tribunales actúan como legisladores negativos. Es necesario resaltar que la constitucionalidad de una ley se presume, empero la inconstitucional se tiene que declarar, por el órgano controlador (TC).

El genio jurídico Hans Kelsen, mentor del control europeo, consideró que los Tribunales Constitucionales para ejercer sus tareas de Centinelas de la ley suprema, requieren estar dotados de autonomía frente al Poder Judicial, distantes del Poder Político gubernamental de turno y cercanos al Poder constituyente, las decisiones que dictan son trascendentes y deben estar dotadas de motivación y argumentación, de razonabilidad, ajustadas a la Constitución Política y por ende al ordenamiento jurídico y deben ser producto de un análisis objetivo y ponderado, que encuentran soporte en la doctrina, en los principios y preceptos constitucionales, en los valores democráticos y en la interpretación, que nos conlleve a buscar el sentido del espíritu de la ley humana, natural y positiva.

El maestro mexicano Héctor Fix Zamudio, nos indicó que «... Podemos mencionar a la Corte Suprema federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal de Mayor Jerarquía en el clásico sistema difuso por medio de su competencia discrecional denominada certiorari. Pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional, ya que la Mayoría, por no decir la totalidad de los asuntos que conoce tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos».¹

El laureado catedrático español Eduardo García de Enterría, consideró sobre los órganos de control lo siguiente: «El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo XX, por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica y no cualquiera, sino la primera de todas es aquella que sienta valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema».²

¹ Héctor Fix Zamudio, *Manual Constitucional*, Quiroga León Aníbal, Ed. Caballero Bustamante, Lima, 2012 p. 7.

² Eduardo García de Enterría, *Manual Constitucional*, ob. cit., p. 7.

Encontramos las distintas clases de interpretación desde la gramatical, la teleológica, la sistemática, la histórica, la actuante (contexto socio-político) la interpretación según la Constitución y la interpretación por extensión, la interpretación es una herramienta para la adecuada materialización de la justicia constitucional.

Es innegable que las resoluciones que dictan estos Tribunales peritos en justicia constitucional o en jurisdicción constitucional (desde el primer Tribunal instalado en la desaparecida República de Checoslovaquia, febrero de 1920 y el Tribunal Austriaco de Mayo 1920, en pleno funcionamiento) deben estar motivadas, fundamentadas y sólidamente desarrolladas en contenidos no solo de orden jurídico, sino en algunos casos, cuando las circunstancias lo exigen, en razones de índole social y de carácter político, estas últimas relacionadas a los intereses difusos, públicos, es decir a los del Estado como organización política, y de la Nación, como elemento fundante en la identidad de un pueblo, como expresión del alma humana.

El Tribunal peruano ha resuelto, dentro de este contexto y uno de los procesos en qué se ha aplicado las razones comentadas, donde ha primado en la resolución de la litis constitucional, la aplicación de principios y doctrina sesuda, nos referimos al conocido proceso de amparo *Majes Siguas II* entre los gobiernos regionales de Cusco y Arequipa-Presidencia del Consejo de Ministros (Proinversión).

El «Pleno del Tribunal» el 8 de noviembre del año 2011, emitió sentencia en el expediente núm. 1939-2011-PA/TC, donde los magistrados por unanimidad hicieron prevalecer el respeto a los sagrados principios constitucionales del debido proceso, de la separación de poderes, de estabilidad estadual y concurrencia práctica.

Aquí prevaleció la llamada doctrina constitucional vinculante, ejercida desde la interpretación actuante (de Contexto) donde la solución a este conflicto regional de desarrollo técnico y de inversión mixta (pública y privada) predominó la ponderación, la equidad y la razonabilidad, el Tribunal reconoció a cada espacio regional, lo que le corresponde constitucionalmente, a Cusco el derecho al agua de los vecinos de la provincia de Espinar a contar y asegurar el recurso hídrico con calidad y frente a ello dispuso «la realización de un nuevo y definitivo estudio técnico de balance hídrico integral...».³

La presidencia del consejo de ministros, ha cumplido con este mandato del pleno del Tribunal, y ha procedido a convo-

³ Tribunal Constitucional, sentencia exp. núm. 1939-2011-PA/TC del 08-11-2011, p. 81.

car a los expertos en coordinación con la autoridad nacional del agua, para que elaboren los estudios técnicos de carácter hídrico y que deben ser alcanzados a más tardar en el mes de octubre del 2013 (acta de reunión entre PCM, Gobiernos Regionales de Arequipa y Cusco, ANA, UNOPS, PNUMA de fecha 27-11-2012).

A la región de Arequipa; le reconoció el Tribunal que los estudios de impacto ambiental de la represa de Angostura y los de gestión ambiental a nivel definitivo, son los adecuados técnicamente y con la ejecución de la obra no se evidencia amenaza de vulneración de los derechos fundamentales de orden medio ambiental.

El pleno del órgano de control, en estricto cumplimiento del principio del debido proceso declaró «nula la resolución núm. 197, de fecha 25 de febrero de 2011 (a fojas 3,059) emitida en etapa de ejecución de sentencia por la Sala Única de Vacaciones de la Corte Superior del Cusco».⁴

Empero en aplicación del principio de separación de poderes, el Tribunal declaró fundado el recurso de agravio constitucional, estando a la vulneración de las competencias que la Constitución Política le reserva al Poder Ejecutivo (Ministerio de Economía) de encargarse vía el sistema nacional de inversión pública (SNIP) de aprobar los proyectos de inversión y el Poder Judicial no es competente para declarar la factibilidad o no de un proyecto, en este extremo a su vez se declaró nula la sentencia evacuada por la sala única de vacaciones del distrito Judicial del Cusco, por pronunciarse sobre la factibilidad técnica, frente a esta desatinada decisión judicial de los jueces superiores cusqueños, el Tribunal dispuso remitir copia de la sentencia a la oficina de Control de la Magistratura y al Consejo Nacional de la Magistratura a efecto de que adopte las medidas de ley, por excederse en sus funciones jurisdiccionales, los magistrados cusqueños.

El Tribunal a su vez consideró el principio de estabilidad estadual, que se refiere que los jueces de la República al resolver asuntos públicos, deben evaluar la preeminencia de los intereses difusos, sociales y públicos, frente a otra clase de injerencias. Recordemos el *Proyecto Majes Siguas II*, fue declarado de interés nacional, por el Parlamento, y por el Poder Ejecutivo por gestión del entonces Ministro de Agricultura Adolfo de Córdova.

Este fundamento doctrinario aparece en el quinto argumento de la sentencia (8 de noviembre del 2011) que exhorta a la tranquilidad social y ello es expresión de ponderación social,

⁴ Tribunal Constitucional, ob. cit., p. 82.

que toda corte constitucional está delegada a fortalecer por la gobernabilidad de la Nación (principios de concordancia práctica y estabilidad estadual):

Hemos explicado que en este emblemático caso el pleno del Tribunal, resolvió con fundamentos doctrinarios, efectuando una adecuada interpretación desde el visor de la realidad, del contexto social y político (intereses difusos), se han respetado principios y preceptos constitucionales (debido proceso, estabilidad estadual, separación de poderes y concordancia práctica).

Es necesario comentar y precisar que en este proceso constitucional de amparo, fue interpuesto por los procuradores del gobierno regional del Cusco en contra del gobierno regional de Arequipa y la agencia de promoción de la Inversión privada (proinversión) el 9 de junio de 2008, con la finalidad que se disponga el cese de la amenaza de violación de los derechos a la vida, a la salud, al desarrollo económico y al medio ambiente de los habitantes de la provincia de Espinar. Estos derechos constitucionales se vulnerarían con la construcción de la represa de Angostura y la ejecución del *Proyecto Majes Siguan II*.

La demanda fue contestada por los procuradores del Gobierno Regional de Arequipa y de Proinversión y plantean una serie de excepciones de falta de legitimidad para obrar, de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

Como es de público conocimiento, las instancias judiciales del distrito judicial del Cusco, ampararon la demanda y hasta violentaron contra la garantía de la cosa juzgada en la etapa de ejecución de sentencia; aclarando que el Tribunal ha sostenido que el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, nos garantiza el derecho constitucional de todo justiciable, en el sentido que aquellas resoluciones que hayan puesto fin al proceso, no pueden ni deben ser recurridas a través de medios impugnatorios, por razones de vencimientos de plazos para impugnar o por estar agotados y en segundo lugar, aquellas resoluciones que hayan adquirido la condición garantizadora, no pueden ser modificadas por las decisiones que adopten otros poderes estaduales, de terceros (expediente núm. 04587-2004-AA/TC, fundamento núm. 38).

Las partes demandadas (Gobierno Regional de Arequipa y Proinversión) interpusieron el recurso de agravio constitucional y luego el de Queja (legal y formalmente el RAC procede a favor del demandante como dispone el art. 18 del código procesal constitucional y el de queja, que se interpone ante el Tribunal, cuando se deniega el de agravio, estando al art. 19 del C.P.C) ambos recursos fueron planteados y el pleno del Tri-

bunal los acogió, en aplicación de la doctrina constitucional, en respeto de los principios constitucionales y como expresión de la autonomía procesal de los órganos controladores, que les permite ir más allá de su norma procesal, para defender a la Constitución que reposa en sus preceptos y principios, empero sin incurrir en abusos institucionales y degeneradores de normas constitucionales.

2. La Constitución y su defensa

Es indudable que es tarea corporativa la defensa del texto supremo, una de las herramientas inigualables es el derecho político a la insurgencia, que aparece en el numeral 46 de la carta fundamental, que nos reconoce la potestad a la población civil de defender el ordenamiento constitucional.

Los tribunales o cortes constitucionales tienen como deber primordial, encargarse de la defensa, mediante el ejercicio del control concentrado (Proceso de inconstitucionalidad) Empero también se cautela su contenido a través del control difuso, tarea compartida con los jueces ordinarios, constitucionales, electorales y administrativos (a través de tribunales u órganos colegiados de la administración pública) y como lo norma el art. 138 de la Constitución Política y estando al expediente núm. 3741-2004-AA/TC, para el control difuso administrativo. Caso Ramón Salazar Yarlenque.⁵

La justicia constitucional, se encarga de garantizar la regularidad de la legislación como acto de creación de derecho, esta como lo desarrolla el Jurista austriaco Hans Kelsen, impone una relación de correspondencia entre un grado inferior (ley) y un grado superior (Constitución) y aquí aplicamos el principios de jerarquía normativa, vía el control difuso, que inaplica las leyes inferiores, frente a la de superior jerarquía, no la declaran los jueces la inconstitucionalidad.

La regularidad significa, que los grados de los actos de creación normativa, se encuentran subordinados a la estructura jerárquica que impone la carta política.

La ley magna, se constituye en una regla de procedimiento, como de fondo, que no debe ser menoscabada por ningún acto de creación de grado inferior.

Nos encontramos en el escenario, que todo acto de creación de derecho, que no esté arreglado a la Constitución, puede ser declarado por el Tribunal en inconstitucional, por la forma, por el fondo, en todo, en parte o por la materia orgánica.

⁵ León Aníbal Quiroga y Cristina Chiabra Valera, *Compendio Constitucional y Procesal Civil*, Ed. Caballero Bustamante, Lima, 2012, p. 205.

La principal garantía de la Constitución, es buscar la subordinación de correspondencia de las normas generales, de los actos individuales y de los tratados internacionales. Estas garantías son de dos clases como lo explica el profesor y magistrado Gerardo Eto. Los preventivos o represivos y los personales u objetivos.

El jurista Kelsen diseñó, que la nulidad de los actos irregulares es una garantía de la Constitución. La decisión de la autoridad opera con efecto constitutivo y retroactivo, hasta el momento, en que fue realizado el acto. Cuando hablamos de los procesos de constitucionalidad de las leyes, se puede disponer solo de su anulación.

La anulación, en cuanto a su alcance nos permite limitarnos al caso concreto y a una norma general. Ahora la anulación en cuanto a su efecto en el tiempo puede limitarse a futuro y extenderse al pasado.

Que órgano debe declarar la anulación del acto inconstitucional, sin dudas el pleno del Tribunal Constitucional.

El Tribunal está facultado, para declarar la inconstitucionalidad de leyes derogadas, el órgano de control peruano, declaró inconstitucional la Ley núm. 28568 que estaba derogada, considerando sus efectos en el tiempo, en relación a beneficios penitenciarios a favor de ciudadanos sentenciados por actos de corrupción (expediente núm. 19-2005-P1/TC). En este proceso de inconstitucionalidad que fue interpuesto por 31 congresistas, el Tribunal actuó con certeza jurídica y ponderó el reclamo social, de no permitir beneficios penitenciarios a los condenados por actos de corrupción (hermanos Wofelson). El Pleno consideró como vulneración al principio de igualdad, en el sentido que la ley derogada haya dispensado un mismo tratamiento al arresto domiciliario y a la detención judicial preventiva, a pesar de ser dos medidas cautelares distintas, tanto en los presupuestos jurídicos que las justifican, como en los efectos personales que se generan en el proceso. Aquí el Tribunal recogió el sentir ciudadano de no tolerar excesos de la ley (Interpretación actuante y teleológica).

3. Los modelos de jurisdicción constitucional

En términos generales, la doctrina constitucional nos alcanza: los modelos políticos y los judiciales.

El Control político, lo encontramos en Francia, en su Constitución Vigente, la de la quinta república de 1958, con el Consejo Constitucional y se caracteriza por ser un control preventivo, se genera cuando se interviene antes de que la ley sea promul-

gada, a ello se denomina también control *a priori* o previo y el control consultivo, es un mero parecer sobre la constitucionalidad de la ley, que puede vincular o no.

El control político previo, es obligatorio, cuando se trata de proyectos de leyes orgánicas y es facultativo cuando se trata de leyes ordinarias y tratados en materia de derechos humanos.

El modelo judicial o jurisdiccional, se clasifica en triple orden. Por su estructura. Es cuando contamos con un órgano habitado para llevar a cabo la tarea de controlar la ley (Tribunales o Cortes).

Luego tenemos el de procedimientos, que nos permite acceder al control que puede ser por la vía incidental o principal y finalmente cuando nos encontramos en la perspectiva relativa a los efectos de la sentencia.

Este modelo lo tenemos desde 1803, en los Estados Unidos de Norteamérica y está a cargo de la Corte Suprema integrada por nueve Jueces (hoy cuenta con dos magistradas, la primera Jueza Suprema es la Dra. Sonia Sotomayor, de origen latino).

El control americano, se caracteriza por ser difuso, es cuando cualquier juez está facultado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. El incidental, se aplica solo en casos concretos y este control expresa una eficacia declarativa.

El control austriaco, es un control concentrado, que está confiado a un órgano especializado llamado Tribunal Constitucional (Austria, Italia, España, Alemania, Perú, Chile, Bolivia, Colombia, Guatemala entre otros). Aquí es directo, para su aplicación, no se requiere de un caso concreto de conflicto de intereses, sino que el conflicto es abstracto (*Ley vs Constitución*). La eficacia en esta clase control es de carácter constitutivo.

Contamos con factores que nos permite una clasificación de los modelos de jurisdicción y se orientan por las fases en que opera el control y estas son: el previo, ya comentado (Chile), el sucesivo o represivo, que se genera después de que la ley es promulgada y publicada (caso peruano).

Para clasificar encontramos algunos criterios referidos a la difusión o concretación del control de la ley y estas son: El concreto, todos los magistrados están facultados para ejercerlo y el abstracto, es de competencia exclusiva del Tribunal o Corte Constitucional (Perú-Colombia). Aquí no se busca resolver un conflicto de intereses particulares, sino públicos difusos (Principio de estabilidad estadual).

Quienes originan el control, este puede ser, el instado por un órgano jurisdiccional (caso España), lo podemos relacionar

al control de oficio y a la cuestión de inconstitucionalidad, conocido como doble juicio.

La República de Portugal (Constitución de 1976) desarrolla el llamado control por omisión, que se produce por la inactividad del legislador, por no dictar el dispositivo legal dentro de los plazos de ley. La carta portuguesa, así lo prevee en su numeral 283 referido a la inconstitucionalidad por omisión, que procede cuando el legislador ordinario no dicta leyes dentro de los plazos que señala el texto supremo.

El numeral 283 precisa «al requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, por razón de violación de derechos de las regiones autónomas, de los Presidentes de las Asambleas Legislativas Regionales, el Tribunal Constitucional examina y comprueba el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales».⁶

La otra clase, es el iniciado por la persona afectada, lesionada, agraviada (caso peruano: Amparo contra normas auto-aplicativas).

Los controles, cuentan con un momento de verificación, que es sucesivo o represivo.

Esta verificación encuentra límites en el tiempo, es decir plazos para su interposición (caso peruano: 6 años en materia de inconstitucionalidad y 5 años en los procesos de acción popular art. 87 y 100 del CPC.).

El otro momento de verificación, es sin límites temporales, es en el caso del control difuso (caso: Bolivia, Ecuador, Perú, Guatemala entre otros).

Los efectos de las sentencias son de dos clases, cuando nos referimos a las estimatorias. Los efectos son «interpartes», efectos para las partes y *erga omnes*, efecto de carácter general.

Considerando lo desarrollado podremos establecer que el modelo peruano reúne las siguientes características. Es un control dual, es decir difuso y concreto. Es difuso e «interpartes» y declarativo, desde la dación de la Constitución de 1979 y vigente con la carta del 93.

El modelo peruano es concentrado a cargo del Tribunal Constitucional como órgano especializado, es a su vez concentrado y abstracto, es cuando el control de la legitimidad de la ley se propone como cuestión principal y única y por último es concentrado y general, la declaración de inconstitucionalidad

⁶ Constitución Política de Portugal, Editorial Presto, Lisboa, 2011, p. 81.

conduce a la invalidación de la ley *erga omnes*, generando la ineficacia de la Ley general (La norma sometida a control pierde vigencia, fuerza normativa, no es válida). Por ende excluida del ordenamiento jurídico, una vez publicada la sentencia en el diario oficial El Peruano.

4. El derecho procesal constitucional

Esta disciplina jurídica, surge históricamente, desde que se requiere otorgar de garantías y herramientas que permitan en primer lugar asegurar el respeto al texto supremo y no de admitir la vulneración de nuestros derechos y libertades constitucionales.

Formalmente podríamos señalar que nace desde que se dictó y se promulgó la primera Constitución, la Carta Magna en Inglaterra en 1215 (15-06-1215), suscrita por el Rey Juan Sin Tierra. Recordemos que este documento histórico reconoció en el numeral 39, que «ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, sin razón justificada». ⁷ (antecedente del hábeas corpus).

Con la aparición de los Tribunales Constitucionales en Europa (Austria), se creó la jurisdicción especial conocida como jurisdicción constitucional, esta disciplina estructurada para la defensa de la ley magna, como elemento protector de las garantías personales y del orden constitucional.

Como señala el maestro Peter Haberle «el Derecho Procesal Constitucional, tiene un doble sentido relacionado a la concretización de la Constitución. Por un lado, es por sí mismo un Derecho Constitucional concretizado y a su vez le sirve a los Tribunales Constitucionales a concretizar la Constitución Política del Estado». ⁸

El Jurista Mexicano Héctor Fix Zamudio (ex Presidente de la Corte Interamericana, con sede en Costa Rica), señaló «que el Derecho Procesal Constitucional, es la rama más reciente de la Ciencia Procesal». ⁹

El Tribunal Peruano, se ha pronunciado sobre la instrumentalidad del Derecho Procesal, en el expediente núm. 4119-2005-PA/TC. En este extremo el órgano de control ha señalado que las sentencias constitucionales requieren, no solo de una teoría nueva que las fundamente, sino es exigible nuevas he-

⁷ Javier Díaz Revorio, *Textos Constitucionales Históricos*, Ed. Palestra, Lima, 2004, p. 62.

⁸ Haberle Peter, en *El Control del Poder*, Ed. Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega, tomo 1, Lima, 2012, p. 20.

⁹ Héctor Fix Zamudio, *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Idemsa, Lima, 2009, p. 90.

rramientas de actuación, que guarden distancia de la idea clásica de clasificación entre los actos de declaración del derecho y los actos de ejecución, es decir desarrollar doctrina creativa, que permita motivar sus sentencias no solo con el amparo legal, sino con la aplicación de principios, precedentes y razonamiento jurídico, (interpretación constitucional) no apartándose de la carta magna, ni del espíritu del constituyente.

Es sin lugar a dudas una disciplina autónoma, es producto de la sumatoria del derecho adjetivo con el derecho sustantivo. Es autónomo, en tanto debe hablarse de una autonomía del proceso. Es una mixtura de normas, que cuentan con una gran finalidad, la defensa inquebrantable del Estado Constitucional. Lo sustantivo, expresado en la magistratura constitucional y lo adjetivo, en los procesos constitucionales, clasificados en los garantizadores de libertades y derechos, en los de control normativo, los procesos de conflicto constitucional de competencias (niveles de gobierno) y de atribuciones (entre poderes estatales y órganos autónomos constitucionales) y la jurisdicción transnacional o internacional.

El Tribunal, al respecto se pronunció y plasmó su posición en la sentencia vinculada, el expediente núm. 4903-2005-HC/TC y desarrolló que «el Derecho Procesal Constitucional recurre a las instituciones y categorías de la teoría general del proceso, empero el derecho adjetivo en mención, se encarga de configurarlos y los llena de contenido constitucional».

El maestro argentino Néstor Pedro Sagués, nos alcanza bajo su experiencia como Juez, el contenido de la disciplina adjetiva, la mínima compuesta por la magistratura constitucional y sus procesos y la debatible, integrada por la Magistratura más procesos, todo lo indicado nos conlleva al Derecho Procesal Constitucional.

Es autónomo, porque cuenta con instituciones y finalidades propias, inherentes y es mixta al nutrirse del derecho procesal y por supuesto del derecho constitucional.

Esta rama jurídica adjetiva, tiene etapas de evolución histórica, doctrinaria, jurídica e institucional y que encontramos a su fuerte histórica como la comentamos en la Carta Inglesa de 1215 y posterior a ella el hábeas corpus *amendment* de 1679, el caso histórico norteamericano de 1803 (*Marbury vs Madison*) resuelto por el célebre Juez Jhon Marshall y la Constitución austriaca de 1920, con la creación del Tribunal Constitucional, decano de los órganos de control constitucional, luego del Tribunal checoslovaco (febrero 1920) hoy no existente.

Este derecho adjetivo requiere de una serie de fuentes directas e indirectas como son los tratados internacionales en

materia de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Constitución y el bloque de constitucionalidad, la doctrina constitucional, los precedentes vinculantes del Tribunal y su Jurisprudencia ordinaria, el Código Adjetivo Constitucional (que data de diciembre del 2004) y los Códigos de Normatividad Ordinaria. En América latina dos países contamos con Código, Bolivia (2012) y el Perú (2004).

5. La interpretación constitucional y sus principios

La interpretación como tal, surge producto de dos procesos sucesivos. El primer referido a la noción de Constitución y el desarrollo de los derechos fundamentales y constitucionales.

Su contextualización está reservada al proceso de evolución del Estado de Derecho, el Estado Constitucional y el de considerar sin dudas a la Constitución como norma jurídica suprema, vinculante e interpretable.

La noción básica la encontramos, en qué la interpretación nos permite buscar el espíritu de ley y el sentido de la misma, no apartándonos de la mentoría del legislador constituyente. No olvidemos que la interpretación es en sí, la concretización de la norma constitucional (España, Bélgica e Inglaterra).

Por qué interpretamos a la Constitución, para encontrar respuestas a las distintas cuestiones constitucionales, que la propia ley política suprema no permite resolver de forma concluyente, para ello se interpreta, es decir, ir por el sendero del constituyente, y del constitucionalismo que nos permite fortalecer el orden constitucional, que encuentra sustento en la historia, en la doctrina, en los principios y en las instituciones tutelares de la patria soberana.

Toda carta pactada y no otorgada es la expresión del acuerdo, del contrato social entre gobernantes y gobernados.

La mejor expresión de una constitución pactada, que es producto del contrato social, la tenemos en Cádiz, norma liberal y principista que gesta a la figura vigente de la monarquía constitucional.

En cambio las cartas otorgadas, son producto de las decisiones de arriba abajo, y no admiten mayor participación de la ciudadanía. Los ilustrados pensadores franceses de Bayona, son el mejor arquetipo de una carta otorgada como fue la de Bayona de 1808, liderados por el genio militar de Napoleón Bonaparte y con él contribuyeron Manuel de Lardizabal y Uribe, Francisco Antonio Cea y Vicente Alcalá Galiano, con la única finalidad de proclamar monarca de España a José Bonaparte.

El Conde de Toreno, opositor a Napoleón y uno de los más reputados liberales junto a Agustín Arguelles se expresaron sobre el Estatuto de Bayona «los miembros de la asamblea habrían obrado sin libertad, deliberando sobre puntos incidentales, y careciendo en todo caso sus observaciones de valor decisivo».¹⁰

Recuerden que la junta de Bayona comenzó sus sesiones el 15 de junio de 1808 y las cerró el 7 de julio de ese año. El Estatuto aprobado, se publicó en la gaceta de Madrid, medio de prensa controlada por los afrancesados, bajo la dirección de Juan de Marchera, cercano colaborador de Don José Bonaparte.

Los textos constitucionales se clasifican no solo por su origen, en pactados y otorgados, encontramos también las cartas por su contenido principista y las reglamentaristas.

El mejor arquetipo es la única constitución que tienen los Estados Unidos de América, que data de 1787 (principista) y que contiene siete numerales o preceptos y que fue aprobada en la Convención, por el consentimiento unánime de los Estados que participaron un 17 de setiembre de 1787, ha contado con unas diez primeras enmiendas aprobadas el 15 de diciembre de 1791, y luego los siguientes enmiendas que son un total veintisiete (año de 1992) y que dispone «ninguna ley que varme la remuneración de los servicios de los senadores y representantes tendrá efecto hasta después de que se haya realizado una elección de representantes».¹¹

Las Cartas de contenido reglamentarista, son aquellas que se ocupan de exagerados datos y detalles relacionados como los requisitos para ser funcionarios públicos como jueces supremos, Alcaldes, Ministros o Defensor del Pueblo. Estas exigencias deberían quedar al desarrollo del contenido de las leyes orgánicas. Estos textos han sido el indicador común en el sistema constitucional latinoamericano (Perú, Bolivia, Colombia, Ecuador, Chile, Argentina, Guatemala) y en la misma España, en sus siete constituciones desde Cádiz (1812) hasta la vigente de 1978.

Desde la concepción interpretativa, encontramos dos perspectivas judiciales sobre la Constitución Política.

La primera como lo comenta el profesor Carlos Hakansson Nieto, es conocida la «Constitución Testamento», este documento establece las ideas y las órdenes del constituyente histórico y que debe ser tomado en cuenta, de modo que su ejecución

¹⁰ Jorge Luis Cáceres Arce, *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*, Ed. Adrus, Arequipa, 2007, p. 28.

¹¹ Díaz Revorio, ob. cit., p. 122.

cumpla exactamente con las intenciones del legislador. Era el escenario de aquellas constituciones escritas, inflexibles, no cambiables, es decir no interpretables.

La otra concepción, son las constituciones vivientes, opuestas a las cartas testamento (incambiables). Las cartas son y deben ser lo que el gobierno y el pueblo reconocen y respetan. Estas admiten y toleran a la interpretación y el sentido de lealtad a la Constitución, es entendido desde una versión actualizada, que no puede dejar de reconocer, el momento de interpretarla, es decir el contexto.

Las posturas comentadas responden a escuelas distantes respectivamente (Europa Continental y la Anglosajona). Estas escuelas gracias a la existencia de los Tribunales, se aproximan entre sí.

Debemos reconocer, que la escuela que propugna a la Constitución viviente (anglosajona) le asigne al intérprete operador una labor más compleja de construcción jurídica, sin desconocer el espíritu del texto constitucional, recurriendo a otros elementos para alcanzar una respuesta interpretativa acertada. El intérprete no puede dejar de observar algunas condiciones básicas como son: La actualización constitucional, referida a los significados de las nociones establecidas por el Constituyente, luego contamos con la visión de conjunto, que no puede ignorar los requerimientos de orden social, cultural, político y económico existentes. La prudencia interpretativa, que va de la mano con la ponderación de los circunstancias y las consecuencias a qué arriben y finalmente la tradición cultural, que es el reflejo del producto interpretativo constitucional aquí no podemos dejar de mencionar a una serie de principios como la dignidad humana, la separación de poderes y del Estado de Derecho que son producto del aporte de la cultura del hombre político del occidente.

El Tribunal peruano al interpretar, como ente facultado formalmente para aplicar esta tarea fundante, nos precisa que sus sentencias constituyen la interpretación de la Constitución del órgano embestido constitucionalmente de esta atribución rectora, y que las mismas (sentencias) son vinculantes a todos los poderes y órganos estaduales.

La interpretación cuenta con los métodos tradicionales como el literal, el sistemático, el histórico, el teleológica, el social, el de contexto, el tópico, el según la Constitución entre otros.

Estos no son suficientes para comprender con seguridad el significado y contenido del texto supremo. Se requiere de otros métodos vinculados al Estado Constitucional de derecho como

son la interpretación hermenéutica que considera a la Constitución como una jurídica más, luego contamos con la interpretación tópica, que es útil, para encontrar el significado al caso concreto, considerando el contenido normativo y el sistema dogmático constitucional.

Posterior a lo desarrollado, tenemos la interpretación institucional, que descansa en una serie de principios indispensables para una adecuada interpretación como la Unidad de Constitución, el de concordancia práctica, el de corrección funcional, la función integradora y el de fuerza normativa de la Constitución.

Esta interpretación actúa con cuatro criterios orientadores, vinculantes a los principios anotados y que son la presunción de constitucionalidad, la concordancia de la Constitución consigo misma, la razonabilidad, la sensatez y la flexibilidad y por supuesto la preferencia por los derechos humanos, al momento de interpretar.

La interpretación alternativa, nos conlleva a no dejar de considerar la realidad social, es decir el contexto, aquí debe primar la realidad constitucional antes que la normatividad constitucional.

Definitivamente, la tarea interpretativa requiere de dos elementos que se complementan, los métodos y los principios de orden constitucional, estando a los desarrollados y los que aparecen en el Título preliminar del Código Procesal Constitucional y que son como los comenta con acierto el Magistrado y Profesor Universitario Gerardo Eto Cruz. El principio de dirección judicial del proceso, el principio de gratuidad en la actuación del demandante, el principio de economía procesal, el de inmediatez, el principio de socialización del proceso, el de Impulso procesal de oficio, el de adecuación de las formalidades al logro de los fines y de continuidad del proceso constitucional frente a la duda de su conclusión (principio de elasticidad).

6. Los precedentes constitucionales vinculantes y los controles constitucionales

Los precedentes son la expresión corporativa asumida por el pleno del Tribunal que encuentra sustento en la Constitución Política, en la norma adjetiva, en la doctrina constitucional y en sus principios y por ende sin apartarse de la jurisprudencia, bajo la excepción que lo varían previa decisión fundamentada. Los precedentes que emite el Tribunal son vinculantes (a la fecha son 42 precedentes a marzo 2013) y son de estricto cumplimiento de los poderes del estado, órganos constitucionales autónomos y de la ciudadanía.

El Tribunal peruano empezó a desarrollar esta política jurisdiccional a partir del año 2002, a pesar que la instancia autónoma funcionó desde mayo de 1996, ésta no emitió fallos significativos que resaltar, no olvidemos que en la década de los noventa, la mayoría de los poderes públicos, se encontraban secuestrados por el régimen fuji-montesinista.

En la década del dos mil, con el gobierno transitorio liderado por el Dr. Valentín Paniagua (noviembre 2000) se recobró la plenitud de facultades constitucionales y se vivió en un ambiente democrático.

El Tribunal cobró importancia, este órgano se nutrió de doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, a efecto de contar con sentencias de mejor calidad, que fueron generando los precedentes, unos acertados y otros cuestionables.

Dentro de este contexto nos tenemos que referir a lo desarrollado por el ex presidente del Tribunal César Landa (actual Decano de la Facultad de Derecho PUCP.). Contamos a la Constitución como fuente de creación del Derecho.

La Carta Suprema se constituye como norma líder del ordenamiento jurídico por diferentes razones de orden valorativo, histórico, principista, de concepción institucional y por supuesto como garantía del irrestricto respecto a nuestros derechos fundamentales y constitucionales y a las libertades que aseguren el libre desenvolvimiento de la personalidad y la aplicación de la autonomía de la voluntad.

La Constitución como tal debe subordinar a las normas generales, a los actos individuales y a los tratados internacionales; esta garantía le permite generar espacios de protección de índole preventivo o represivo a los de orden personal u objetivos.

El jurista Hans Kelsen, asumió esta postura garantizadora, es decir entendió que era necesario dotarla de herramientas, para protegerla, por las infracciones de forma y de fondo materializadas vía los controles concentrado y difuso, a través del control político entre los poderes del estado (interpelación ministerial), el ejercicio de los derechos y deberes políticos como el derecho a la insurgencia, que se constituye en un deber cívico de la población civil de defender el orden constitucional o vía los recursos de amparo donde prima la cautela de los derechos e intereses colectivos o difusos (protección del medio ambiente o de la seguridad ciudadana).

No olvidemos que el control político se originó en Francia (Constitución de 1958), vía el Consejo Constitucional y se caracteriza por un control preventivo, que permite efectuar la ta-

rea controladora antes que la ley sea promulgada, es decir se controlan los proyectos de ley, empero en materia orgánica.

Luego, este órgano practica el control consultivo, que permite efectuar un examen de constitucionalidad de la ley, que puede o no vincular.

Si el Consejo Constitucional, se pronuncia en el extremo de considerar que el proyecto de ley cuenta con rasgos de violación a la Carta del 58 (De la Quinta República), la ley no será promulgada por el Presidente Francés.

El Control previo o preventivo es obligatorio, cuando el proyecto de ley versa sobre asuntos vinculados a leyes orgánicas y de los reglamentos de las asambleas parlamentarias y se convierte facultativo si el proyecto es de una ley ordinaria o un tratado no referido a materia de derechos humanos.

Por encima de su carácter centralizado abstracto y esencialmente facultativo, el control *a priori* francés, permite asegurar que las normas encargadas de estructurar, organizar e implementar el funcionamiento de los órganos constitucionales dotados de autonomía, no quiebren el ordenamiento constitucional.

Como bien lo desarrolla la profesora Véronique Champeill¹², ésta clase de control lo encontramos en distintas legislaciones como en la Constitución Española (art. 54) y en la carta Federal Alemana, que cuentan con un control preventivo y facultativo de tratados internacionales antes de su ratificación.

La Corte italiana, aplica control *a priori* sobre la procedencia del referéndum abrogatorio, como para cuestionar vía el gobierno central, la penitencia constitucional de las votaciones llevadas a cabo en asambleas regionales.

La Constitución austriaca, permite la procedencia de control previo a solicitud del gobierno federal, a las normas que proceden de los Lander, como también la delimitación de competencias entre el Gobierno Federal y los Lander (gobierno intermedio, con autonomía funcional).

En Portugal, su carta de 1976 señala que «el Presidente de la República, el primer Ministro o una quinta parte de los Diputados, están facultados para cuestionar de manera preventiva, las leyes orgánicas y ordinarias», como también funciona el Control por omisión, tarea que debe resolver el Tribunal Constitucional portugués.

¹² Véronique Champeil Desplats, en *Ideas e Instituciones Constitucionales en el Siglo XX*, Ed. Siglo XXI, México, 2011, p. 352.

Esta figura, en la década de los noventa ha adquirido importancia en los sistemas constitucionales de las repúblicas del ex bloque soviético como: Hungría, Polonia y Rumanía.

Sin lugar a dudas el sistema francés se convierte en el único, en que el control de constitucionalidad *a priori* abstracto, es de formación del proceso contencioso constitucional.

Esta clase de control conlleva al consejo constitucional francés, a involucrarse en el escenario del apasionado debate político. Aquí nos encontramos como lo desarrolla la académica Véronique Champeil entre la falsa y la auténtica justicia constitucional. La primera se genera por el debate político del proyecto de ley y la auténtica, cuyo análisis se efectúa luego que entre en vigor la ley (posterior al debate parlamentario).

Luego contamos con las otras clases de controles clásicos como el americano que es difuso, incidental y de eficacia declarativa. Es difuso porque cualquier juez está facultado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, es incidental, ya que se aplica solo en casos concretos y en cuanto es necesario para su resolución. Este control encuentra su fuente en los Estados Unidos de América.

El control austriaco o europeo, es concentrado, su impartición se la confía a un único órgano *ad hoc*, especialmente creado, llamado Tribunal o Corte Constitucional (Perú, Italia, España) a su vez es directo, para su aplicación, no se requiere de un caso concreto de conflicto de intereses, sino que el conflicto es abstracto (*Ley vs Constitución*).

El modelo judicial o jurisdiccional de control, nos conduce a que el órgano habilitado materializa el control de la ley (poder judicial), este control es por la llamada vía incidental o principal (Argentina, México, Brasil).

Los modelos de jurisdicción se orientan por fases en que opera el control y éstas son: Previo o preventivo (Francia, Alemania, Portugal, Chile) y el sucesivo o represivo, éste funciona una vez que la ley está promulgada (Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador, Bélgica, España, Italia) La ley inconstitucional entra en vigor pero está plagada de contenidos contrarios a la Constitución y debe ser sometida a control, por el órgano competente llamado Tribunal Constitucional a solicitud de parte.

Otro factor de clasificación de los controles constitucionales que aseguran que a la carta no se le vulnera, es el concreto, ya comentado referido a que cualquier juez, en cualquier clase de proceso, puede efectuarlo al momento de aplicar la ley (juicio de relevancia) y el abstracto, ya desarrollado y cuya competen-

cia exclusiva descansa en el Tribunal Constitucional y no busca resolver conflictos de intereses de particulares, sino estaduales.

La clasificación de estos controles están relacionados al momento de la verificación, que son el control sucesivo o represivo que se aplica a la ley vigente, empero, tiene límites en el tiempo (plazos para interponer la demanda de inconstitucionalidad o de acción popular y aquellos sin límite temporal, en el caso del control difuso).

Estos controles, también se clasifican por quién originó el control de constitucionalidad y estos son: El instado por un órgano jurisdiccional (España), cuestión de inconstitucionalidad y el iniciado por la persona lesionada en los derechos (Perú, Amparo contra normas auto-aplicativas).

Finalmente por la eficacia de las sentencias estimatorias, estas son: inter partes, que tengan efectos en el caso concreto, solo para las partes y *erga omnes*, sus efectos son de carácter general. En el primer escenario tenemos a los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y en el segundo escenario a los procesos de inconstitucionalidad, de acción popular y los de conflicto constitucional de competencias y de atribuciones.

El modelo peruano desde la carta de 1979, y ratificado en el vigente de 1993, es un modelo dual o paralelo, como bien lo desarrolló el maestro Domingo García Belaúnde y no mixto.

Tenemos un control, concentrado y abstracto y por supuesto difuso, desde la carta del 79 y presente en la del 93.

El modelo peruano es concentrado y abstracto, recordemos que el control de la legitimidad de la ley, se propone como cuestión principal y única y es a su vez concentrado y general, ya que la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidez de la ley *erga omnes*, haciendo perder para siempre su eficacia normativa.

A su vez es difuso y concreto, se efectúa por todos los jueces, con ocasión de la aplicación de la ley en cualquier clase de proceso, es difuso e inter partes, la declaración de inconstitucionalidad conduce tan solo a negar la aplicación de la ley al caso concreto y por último es difuso y declarativo, recuerden que el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente.

Contamos con los llamados controles de constitucionalidad *a posteriori*, que viene funcionando en las legislaciones de Bélgica, Alemania, Federal, España e Italia.

UNIVERSIDAD VS DERECHO DE IGUALDAD

POR DAVID FERNANDO DONGO ORTEGA

1. Introducción

En el presente artículo, se trata de realizar una reflexión sobre el trabajo del profesor o docente universitario en el tratamiento del principio derecho de igualdad establecido por el Tribunal Constitucional, que hemos relacionado a dos derechos: remuneración y el del descanso anual.

2. Desarrollo

De acuerdo con la legislación actual sobre la universidad en el Perú, tenemos tres grupos, de un lado, las universidades públicas y de otro las privadas que están reguladas por la ley núm. 23733 y las privadas, reguladas por el Decreto Legislativo núm. 882. En los tres casos, la finalidad es la de crear centros de estudios superiores que conforme a la currícula o malla de asignaturas con contenidos culturales, científicos y técnicos completar el ciclo de estudios para acreditar al profesional. La diferencia es que en las creadas por la ley núm. 23733 son sin fines de lucro, mientras que las creadas por el Decreto legislativo núm. 882, pueden ser con o sin fines de lucro, las que de una u otra manera están respaldadas por el principio de la autonomía de la voluntad, libertad; es decir están organizadas jurídicamente bajo las formas previstas en el régimen societario, posibilitando que personas naturales o jurídicas puedan ser propietarias de Instituciones Educativas Privadas. Dentro de este contexto, el insumo natural son los alumnos que deben ser guiados por el docente, los docentes que imparten cátedra, lo que está en armonía con el tercer párrafo del artículo 18 de la Constitución Política del Estado que establece que «...La universidad es la

comunidad de profesores, alumnos y graduados...». El último párrafo del párrafo cuatro del mismo artículo 18, establece, «las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes». El Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente núm. 4232-2004-AA/TC precisó que la «Autonomía Universitaria» consiste en el «conjunto de potestades que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se ha otorgado a la universidad, con el fin de evitar cualquier tipo de intervención de entes extraños a su seno».

Por otro lado, el mismo Tribunal a través de la Jurisprudencia, que genera la doctrina jurisprudencial, ha establecido que el régimen del profesor o docente universitario tiene un régimen propio, siendo así, debería ser observado por las universidades, pertenezcan al régimen público o privado. Ahora bien, si consideramos que el profesor universitario es otro insumo natural en el sistema universitario, coincidiríamos con lo establecido por el Tribunal Constitucional porque su condición de trabajador para el sistema Universitario permite que se le trate en forma igual, respecto de sus derechos laborales, sea que labore en la universidad nacional o en la privada, porque lo único que las diferencia es que una es de derecho público interno y la otra, sujeta a reglas de la actividad privada. Principalmente dos son los derechos que se afectan con esta discriminación, el de la remuneración y el del descanso anual. El primero debe ser uniforme, teniendo como referencia, la nivelación alcanzada por la universidad pública con relación a la remuneración de los señores jueces del Poder Judicial, de esta manera evitaríamos el que el docente de la universidad privada sea explotado: y en el segundo derecho, también debería uniformarse a 60 días de vacaciones con su respectiva remuneración. En ambos casos, de manera total o en forma proporcional al dictado de clases. El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente núm. 25-2006-PI/TC, fundamento 25, establece:

«A lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando la configuración y los alcances del principio-derecho de igualdad, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto a fin de recordar que;

(...) La noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero, se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona. Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental

comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.

Entonces, la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

Por consiguiente, supone la afirmación a priori y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, por la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.

Dicha igualdad implica lo siguiente:

a) La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y

b) La existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas.¹

También se ha expresado que tal derecho,

«(...) Comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias (...)».²

3. Conclusión

La discriminación se da porque se soslaya la naturaleza de la labor que realiza el docente universitario, que es igual en todo centro de educación superior, por tanto a igual trabajo igual remuneración sin distinción de sexo. Respecto del descanso, corre la misma suerte, ya que sólo tendríamos que apli-

¹ Expediente núm. 18-2003-AI/TC.

² Expediente núm. 261-2003-AA/TC, fs. 31.

car lo establecido por el Tribunal Constitucional considerando que las labores realizadas por el docente o profesor universitario tienen características similares en la universidad pública como en la privada. Lo que es distinto es la forma de creación.

APROXIMACIONES AL CARÁCTER ORAL Y CONSUECUDINARIO DEL DERECHO EN EL PERÚ PREHISPÁNICO Y SU VIGENCIA ACTUAL

POR CÉSAR BELAN

I. Introducción

Algunos tratadistas han afirmado que el derecho en el Tahuantinsuyo respondía a un sistema centralizado y unificado, aplicable a todos los «súbditos del imperio», y que fue producto de una voluntad legislativa concentrada y soberana en la persona del Inca y del Consejo real (Basadre 1986 [1937]; Sánchez y otro 2011). Consideramos estas tesis —quizás vertidas en un vano y equívoco intento de empoderar las instituciones indígenas estableciendo símiles con sus pares europeos— como erróneas.

Así pues, y apoyando la enorme relevancia que el derecho basado en la costumbre ha tenido y aún tiene en la actualidad, consideraremos como inútiles todas las tentativas de forzar el sistema normativo del antiguo Perú para endosarle connotaciones legalistas/escriturarias. *Contrario sensu*, el presente artículo pretende confirmar que el sistema normativo que imperó en el Perú prehispánico —aún en tiempos del Tahuantinsuyo— fue de tipo consuetudinario, descentralizado y localista.

Asimismo, y abordando un aspecto más específico, sostendremos que el proceso penal que se implementó en aquel período era de corte oral y acusatorio; caracteres que responden más adecuadamente a las exigencias de una justicia comunitaria. De igual manera, nos orientamos a aseverar que mu-

chos de las peculiaridades que dieron origen a ese particular sistema normativo —el consuetudinario, comunitario y participativo— se mantienen hoy vigentes en la idiosincrasia nacional y constituyen una fuente fundamental para el ejercicio de la oralidad¹ en los procesos penales.

2. Desarrollo

Entendiendo a la *Tradicición* como una fuente de normas que emanan de una idiosincrasia comunitaria específica y desarrollada según un particular conocimiento acumulado que responde a los intereses concretos de una comunidad, podemos señalar —fundamentalmente— dos argumentos que apuntan a que la *Costumbre* y la *Tradicición* fueron las fuentes más importantes en el derecho peruano prehispánico, y que pasamos a explicar a continuación:

2.1 Algunas consideraciones preliminares sobre el sistema normativo consuetudinario

Sostenemos que a las normas de las sociedades incipientes no habría que llamarlas leyes sino costumbres, ya que éstas no diferenciaban en realidad de las leyes (Basadre 1986 [1937]: 55; VALDIVIA, 1986: 108). Así pues, según L. Adam y Malinowski (1913, citado en Basadre, 1986[1937]) la costumbre jurídica tiene contenido de derecho cuando su cumplimiento es exigido por una «necesidad psicológica y social, real o imaginaria por la colectividad» (p. 55). Estos principios configurarán, luego, un sistema normativo que se nutrirá básicamente de concepciones latas de carácter moral. Así pues, según KELSEN (1982 [1960]: 23) «las normas jurídicas serán producidas consuetudinariamente cuando la constitución de la comunidad establece a la costumbre como un hecho productor de derecho» (p. 23).

Asimismo, es necesario agregar que, generalmente el sistema consuetudinario será producto de una organización social de reducido número. Esto en virtud a la relación de inmediatez que deberá existir entre la comunidad que produce la norma (ente rector de conductas) y el contenido de esta. Siendo así que «[la diferencia] más significativa entre el Derecho legislado y el Derecho consuetudinario radicará en que el primero es producido por vía de un procedimiento relativamente centralizado, mientras que el segundo lo es por un procedimiento relativamente descentralizado», es decir, el relativo a grupos humanos menores (Kelsen 1982 [1960]: 239).

¹ Con *Oralidad* nos referimos a la aplicación de los Principios de Inmediación, Acusatorio, de Continuación, y de Publicidad que permiten la participación activa de la población en los Juicios Orales (Belán 2013).

2.2 La agrafiedad en el Perú prehispánico y su implicancia en el sistema normativo

Luego de haber referido algunas consideraciones básicas sobre la consuetudinariedad de los sistemas normativos, podemos desarrollar lo que corresponde al primer argumento a favor del carácter consuetudinario del derecho peruano prehispánico. Este estará relacionado específicamente a la agrafiedad de esa sociedad, tal como lo expresa el cronista Bernabé Cobo (1956, [1653]: 61):

«los indios carecían de letras, no tenían leyes escritas, mas conservaban lo que habían establecido los reyes por tradición y con el uso y la observancia en que estaban».

Afirmamos luego, que en las sociedades prehispánicas—inclusive el Tahuantinsuyu— las normas jurídicas estaban ideadas en un espectro lato, siendo así susceptibles de ser guardadas mediante objetos mnemotécnicos como los *quipus*, o mediante diversas formas de entonación: «para conservar en la memoria las leyes como relatos históricos se acostumbraba a cantar las cosas» (García De Melo, citado en Valcárcel 1978 [1946]: 640). Pero, sobre todo, los principios de convivencia estaban preservados por la memoria comunitaria. Es por este motivo que estudiosos como Peña Cabrera (1988) establecen que «el Derecho penal inca era eminentemente casuístico (p. 71–79) y de carácter consuetudinario, ya que en el Tahuantinsuyo las normas jurídicas se transmitían oralmente y se generaban muchas veces por la costumbre» (Petrovich 1996: 110; Trimborn 1968 [1936]: 19). Esto, de otro lado, suponía necesariamente «tener organizado el mantenimiento de la tradición» (Rostrowski 1986 [1983]: 131; Basadre 1986 [1937]: 110), situación de la que han dado cuenta las nuevas investigaciones realizadas por Karen Spalding (2013) sobre los *quipus*.

En ese sentido, y dada la importancia que alcanzaba la Tradición en las sociedades prehispánicas en el Perú (Garcilaso De La Vega 1985 [1609]: 234) incluso «entre los Incas, la norma jurídica tendió a confundirse con la simple costumbre, [aunque en ellos, es justo reconocerlo] empezó a producirse, al mismo tiempo, la separación entre sociedad y Estado, necesaria para que vaya diferenciándose evidentemente el derecho y la moral» (Valdivia 1986: 109 y ss.). Por lo tanto se podría presumir que esa sociedad ya se estaba encaminando hacia la elaboración de normas centralizadas (leyes), no supeditadas a una *Tradición* local específica.

Asimismo nos apartamos del criterio de algunos investigadores que señalan, entre otras cosas, que el sistema normativo del Tahuantinsuyo procedía únicamente de la voluntad sobe-

rana del gobernante. Así pues, afirmamos con Valcárcel (1978 [1946]) que incluso el Inca no podía hacer su capricho, ya que su acción estaba regulada por las normas consuetudinarias antes citadas (p. 40 y ss.); siendo que «cada uno de los jefes [incas] seguía tan perfectamente a la política de su predecesor, que un mismo hombre que hubiese vivido dos siglos, no habría obrado de otra forma» (Baudin 1978 [1922] :142).

Para concluir, sostenemos que es menester entender al Derecho consuetudinario del Perú prehispánico, como a un sistema normativo basado en la acumulación de valores ancestrales fruto de una sociedad iletrada. Como un código tácito de expectativas axiológicas en sentido lato recogidos en la memoria colectiva de la población (Valdivia 1986 : 110). Así, en palabras de Trimborn (1968 [1936]) la organización normativa en el antiguo Perú «no se desarrolló mediante principios abstractos y generales, sino precisamente con regulaciones casuísticas particulares, que fueron haciendo avanzar la mera concepción del Derecho» (p. 44;117), lo que se constata revisando las fuentes ya que sabemos por los cronistas que «era característico de estos Derechos populares tradicionales el que manifestasen grandes diferencias regionales, según los diversos países y valles, [faltando] en gran medida un Derecho Común» (p. 22):

«E no se mudó [la tradición local] en tiempo del Ynga ny después, ni creo se mudará de ninguna manera, porque estos son tan amigos del uso de su tierra que las casa y el avito e todo lo demás aunque el ynga los pusiese por mitimaes e los mandase quinientas leguas della, nunca lo hicieron de otra manera; hasta los bailes e los cantares e manera de música... los unos no usan de los otros» (Polo De Ondegardo citado en Basadre 1986 [1937]: 119).

3. Ausencia de un estado centralizado

El otro argumento a favor de la consuetudinariedad del Derecho prehispánico, estará relacionado a la inexistencia de un *Estado Duro* —es decir centralizado y organizado verticalmente a la manera europea— en tiempo del Tahuantinsuyo.

Consideramos que el mal llamado «Imperio» de los incas se logró consolidar como una suerte de «cultura superior» que aglutinó una serie de ayllus o conjuntos de ayllus mediante su predominio cultural, tecnológico y comercial (Espinoza Soriano 1997 [1987]). La presencia, pues, del Tahuantinsuyo en las diferentes comarcas donde esparcía su influencia fue más de ente coordinador de federaciones indígena, que de un ente centralista de poder. Llegamos incluso a afirmar con Basadre (1986 [1937]) que: «El imperio mismo, ya se ha dicho que no era sino un conjunto de ayllus ensamblados» (p. 108).

Las actuales confusiones que dieron pie al errado concepto del «Estado Centralizado y Militar Inca» —criterio sostenido incluso actualmente— se hubieron dado, en un primer momento por la equiparación de las instituciones indígenas a las europeas en los primeros años de la conquista (por falta de símiles o por contaminación de criterios de los letrados españoles o criollos); o por el interés de los cronistas indígenas y criollos por defender los derechos de casta obtenidos en el incario, lo que consecuentemente implicaba una suerte de narración y explicación del Tahuantinsuyo muy adecuada al gusto europeo (Basadre 1986 [1937]: 34). Finalmente otro error en el que comúnmente se incurre es el de considerar los relatos aislados de castigos como un muestrario de penas a manera de un código o una colección de leyes. Situación absurda, puesto que la verdadera intención de los cronistas era la de presentar un relato circunstanciado y no uno generalizante. Obsérvese en ese sentido que los castigos que el cronista reproducía (a veces de segunda mano), eran los que correspondían a la aplicación de un escarmiento por un hecho concreto, y no por tomar contacto con una norma determinada (Trimborn 1968 [1936]: 119). Esto se corrobora con el hecho que muchas veces se hallan contradicciones entre un cronista y otro —e incluso entre las afirmaciones de un mismo cronista— cuando otorgan a un mismo hecho diferentes penas (Trimborn 1968 [1936]: 103; Sánchez y otro 2011: 49), algo que resulta lógico cuando se destierra la concepción moderna del contenido actual de la Ley Penal: Conducta prohibida + Pena imputable, y por lo tanto cualquier alusión al Principio de Legalidad que se quiera imputar al relato de los cronistas, que es propia de un derecho legislado.

De otro lado, sin embargo, no negamos que la abrupta interrupción del Tahuantinsuyo por el contacto con Europa hubo de truncar un muy probable desarrollo centralizado de tipo vertical; desarrollo que se aprecia de forma embrionaria en el muestrario de penas al que aluden los cronistas, sobre todo aquellos que estaban dirigidos a preservar la hegemonía de los quechuas (Trimborn 1968 [1936]: 49 y ss.).

3.1 Organización social inca

Para definir que el *Incario* no impuso una suerte de Derecho general en todo el territorio que abarcó —respetándose, por tanto, el derecho consuetudinario de cada región dominada— se hace necesario establecer si el Tahuantinsuyo fue realmente o no un *Estado Centralizado*, tal y como se ha sostenido comúnmente. Asimismo es necesario determinar el grado de intervención que mantenía la élite cusqueña en las regiones. Es por eso que, en las siguientes líneas, se buscará desarrollar

algunas consideraciones preliminares sobre la organización político social en el Tahuantinsuyo.

En primer lugar, señalamos junto con Basadre (1968 [1937]), que el proceso peruano de desarrollo de las sociedades primitivas hacia la consolidación del Estado, se dio de manera muy particular y de forma diferente a lo que ocurrió en otras latitudes. En las sociedades europeas y orientales la esfera de lo estatal engulló el poder de las *gens*, *clanes* y *sib's*. Situación distinta se estableció en el Perú, donde la aparición del Estado incipiente no provocó el decaimiento del ayllu, sino más bien mantuvo su vigencia, condicionándose y utilizándose esta organización local según las necesidades administrativas del incario. Inclusive, el advenimiento del Tahuantinsuyo impulsó la organización en ayllus en las zonas poco desarrolladas culturalmente, empoderándola frente a las agrupaciones de carácter netamente regional (p. 104-108). Es así que «se puede considerar a los Incas, tan sólo, como uno de esos varios ayllus victoriosos sobre los demás» (p. 103). La organización administrativa del Estado inca debe ser entendida, luego, desde el punto de vista de la supervivencia o reemplazo de los antiguos curacas locales por vasallos leales (Basadre 1968 [1937]: 185).

De igual modo, se hace probable que durante el poderío de los Incas, a mediados del siglo XV, los sub-estados bajo el poder cuzqueño mantenían cierta autonomía administrativa—incluso en materia de justicia— (Garcilaso De La Vega 1985 [1609]: 234; Sillar y otro 2002: 255; Trimborn 1968 [1936]: 32 y ss; 239). Esto se constata, entre otras cosas, del respeto a la propiedad comunal—terrenos de cultivo— de manera absoluta del que gozaban los ayllus en el Tahuantinsuyo (Cunow: 99 y ss. citado en Basadre 1968 [1937]: 113 y ss.).

De otra parte, la figura del curaca no será pues —como algunos han querido establecer— la de un simple funcionario incaico (Sánchez y otro 2011). Él representará a su pueblo y será —según la importancia del ayllu— incluso una suerte de monarca (Basadre 1968 [1937]: 104 y ss.; 195); por tanto gozará, de amplios poderes en el seno de la comunidad, equiparándose al Inca en muchos sentidos:

«También [como el caso del Inca] el asesinato de un curaca implicaba la pena de descuartizamiento, mientras que la muerte de un libre común, por un cacique, sólo llevaba aparejada la pena de azotes y sólo en los casos de reincidencia la pena de muerte o tan sólo la privación del cargo. Los curacas se libraban total o parcialmente de serles aplicadas las normas consuetudinarias» (Trimborn 1968 [1936]: 56).

Vemos que el curaca o cacique tenía una prerrogativa de la que no gozaba ningún miembro de la autoridad, ya que éste podía perdonar a los que desobedecían su voluntad; situación muy especial siendo que en el antiguo Perú el perdón de la víctima nunca podía dejar sin efecto la pena (p. 35). Esta autoridad, por tanto, poseía amplias libertades —impensables para un simple funcionario dependiente— propias de un aliado o vasallo. La relación que existiría, finalmente, entre los curacas y la élite cuzqueña sería justamente ésta: la de señorío/vasallaje. El siguiente fragmento de Acosta (1985 [1550]) puede dar buena cuenta de esto:

«Las mamaconas del sol, que eran como monjas del sol, hacían unos bollos pequeños de harina de maíz teñida y amasada en sangre sacada de carneros [llamas] blancos, los cuales aquel día sacrificaban. Luego mandaban entrar los forasteros de todas las provincias, y poníanse en orden, y los sacerdotes, que eran de cierto linaje, descendientes lluquiyupangui [Lloque Yupanqui], daban a cada uno un bocado de aquellos bollos, diciéndoles que aquellos bocados les daban para que estuviesen confederados y unidos con el Inga, y que les avisaban que no dijese ni pensase mal contra el Inga, sino que tuviesen siempre buena intención con él, porque aquel bocado sería testigo de su intención; y si no hiciesen lo que debían, los había de descubrir y ser contra ellos (...) que aquel manjar estaría en sus cuerpos, para testimonio de la fidelidad que guardaban al sol y al Inga, su rey» (p. 256).

La autonomía de estos curacas se manifestó también, en el hecho de que su función no estaba sujeta a penas regulares (Cobo 1956, [1653]: 26) y era procesado de manera especial en el fuero incaico (Guamán Poma 1980 [1615]: 114-115); correspondiendo su pena, además, a castigos propios a un escarmiento de guerra que a una sanción individual; ya que toda la etnia en su conjunto respondía por las faltas ante el Cuzco (Garcilaso De La Vega 1985 [1609]: 236 y ss.; Las Casas 1892 [1544]: 19). Eran, por otro lado, los castigos más frecuentes en estos casos: la expulsión del pueblo entero, su degradación, e incluso su reducción a la servidumbre, mediante la figura del Yanaconaje:

«Y a los que alguna vez se habían rebelado, este Rey Pachacuti no les dejaba tener algún género de armas, y siempre andaban abatidos y de todos corridos y vituperados» (Las Casas 1892 [1544]: 50).

Podemos aseverar entonces, que en el «Imperio de los Incas» no se estableció ningún sistema central de control y administración jurisdiccional directo, tal como se ha pretendido.

Sostenemos, más bien que la influencia del Cuzco sería más de corte cultural y tecnológica, estimulada quizás por el sistema de retribución y las prebendas que los clanes del Cuzco ofrecían a los pueblos que se sometían a su dominio pero que mantenían autonomía política y administrativa (Espinoza 1997 [1987]; Rostworowski 2008 [1988]). Estamos, pues, bajo una organización proto-estatal más parecida al vasallaje medieval, que a un Estado de características ilustradas; criterio que —de otro lado— viene siendo sostenido por parte de la historiografía actual (Sánchez y otro 2011).

3.2. Los dos sistemas normativos en el Tahuantinsuyo

En consonancia con los párrafos precedentes, podemos observar que en el Tahuantinsuyo pudieron coexistir dos sistemas normativos: Uno consuetudinario, al arbitrio del *cacique* de un *ayllu* o conjunto de *ayllus*, de carácter marcadamente comunitario; y otro de carácter *Imperial*, que más tenía que ver con las ordenanzas que imponía el *ayllu* hegemónico —la panaca quechua— con respecto a sus tributarios, que no era propiamente un sistema jurídico cuyos castigos eran muchas veces imputables a un grupo étnico en su totalidad (Basadre 1968 [1937]; Sánchez y otro 2011; Trimborn 1968 [1936]). Constituyendo, por tanto, imposiciones más cercanas al «Derecho de Guerra o de Ocupación», que al Derecho propiamente dicho.

a) El sistema normativo en el ayllu

Como resultado de la inexistencia de un estado centralizado se hará necesaria la aplicación de un Derecho consuetudinario circunscrito a áreas geográficas específicas (Declarevil 1958: 13, citado en Sánchez y otro 2011: 37); máxime si la organización social por *ayllus* pre-existe al Incanato, y estaba difundida en todo el antiguo Perú, (Basadre 1968 [1937]: 103 y ss.); núcleo social que aún en la actualidad permanece vigente.

Las particulares formas de organización en las antiguas sociedades de Latinoamérica —el *Ayllu* andino o el *Calpulli* mesoamericano— constituyeron pues la estructura básica de la sociedad prehispánica, inyectaron vigor social y posibilitaron una estructura orgánica pocas veces vistas en la humanidad (Basadre 1968 [1937]: 81). Es así que, tanto en México como en el Perú, los clanes totémicos locales conformaron las unidades regionales básicas: una intensa comunidad de propiedad, economía, defensa, que dio lugar a una colectividad de amplia homogeneidad social y económica (Trimborn 1968 [1936]: 16; 56).

De otro lado, sabemos que el *ayllu* constituía un núcleo de carácter hermético y endogámico; característica que se tendía a

preservar mediante el aislamiento y la férrea conservación de las tradiciones (Trimborn 1968 [1936]: 82; Basadre 1968 [1937]: 187).

Según Trimborn, las normas «tipo» que regían en el ayllu serían las siguientes:

«Como primer deber, está el de trabajar la porción de tierra repartida periódicamente en proporción al número de miembros de la familia. En segundo lugar, respetar los linderos de las chacaras y de sus compañeros. En tercer lugar, participar en el cultivo de los terrenos asignados a los inválidos e impedidos en general. En cuarto, contribuir a las demás tareas colectivas como la construcción de terrazas, caminos, andenes, etc.» (Trimborn 1923 citado en Basadre 1968 [1937]: 97).

Por lo que podemos observar que el criterio punitivo en el ayllu estaba orientado al bienestar comunitario:

«todo acto contrario al Derecho, dirigido contra la integridad de la vida o la propiedad, o contra la integridad familiar o defensiva del grupo, se expía desde el punto de vista del daño causado a la comunidad» (Trimborn 1968 [1936]: 21; 208).

Nos percatamos luego, que dentro de esta concepción jurídica cualquier noción de Derecho Individual estará fuera de lugar, siendo este una adquisición relativamente moderna. En esta línea, no nos sorprenderá —a diferencia de Trimborn (1968 [1936])— el escaso desarrollo de las normas destinadas a proteger la propiedad privada (p. 89), y el hecho que todas las sanciones se aplicaban en función al provecho que estas podían suministrar a la comunidad:

«Incluso [la pena del destierro] será en realidad idéntica a una pena de trabajos forzados [a favor de la comunidad]; lo que era equivalente a un traslado de por vida y hereditario a la condición de Yanacuna, [tanto al delincuente] y a sus parientes» (Trimborn 1968 [1936]: 107-108).

Igualmente, observaremos que la noción comunitaria estaba también implícita en la sanción penal, imponiéndose el castigo no sólo al autor, sino a todas las personas ligadas a éste:

«Según Cobo, los efectos de la pena impuesta al autor por el delito de muerte por hechicería, alcanzaban a toda la gente de su casa y familia, revelándose aquí la creencia en que fuera heredable la fuerza mágica; lo mismo nos transmite Castro en el caso de desfloración de un *aclla* (moría por ello él y su parentela)» (Trimborn 1968 [1936]: 54).

Un ejemplo paradigmático de la orientación comunitaria de la norma y la sanción también será la inverosímil punición (apedreamiento o encierro de por vida en los templos) a la que era sometida la doncella víctima de estupro. Este particular castigo respondía «a manera de protección contra el daño mágico, [originado por el ataque a un cuerpo consagrado, y que se orientaba] contra el bienestar público» (p. 33). Esto nos da luces de que el *Objeto de Derecho* en un sistema consuetudinario será siempre la comunidad, de allí se desprende su carácter marcadamente participativo e inmediato, ya que sus normas emergerían del inconsciente colectivo e histórico (la *Tradición*), orientándose hacia su protección y estabilidad:

«Los incendios y los casos de un incendio de un puente, que afectaban particularmente al bienestar de la comunidad, [eran] castigados con pena de muerte con rigor» (Cobo 1956, [1653]: 26).

Aludiendo a otro punto, el relativo a la configuración de las *naciones* que estaban sometidas al Inca y que conformaban el Tahuantinsuyo según los cronistas, podemos afirmar que éstas constituían conjuntos de ayllus que solían aglutinarse en federaciones para proteger sus intereses, sin perder la autonomía (Rostworowski 1989: 27 citado en Sánchez y otro 2011: 74), siendo así que «En todo el ámbito andino hallaremos la presencia de grandes grupos étnicos gobernados por sus *hatuncuracas*, señores de varias guarangas (más o menos mil hombres cada una), es decir jefes de alta jerarquía que tenían bajo su mando varios curacas subalternos» (Rostworowski 2008 [1988]: 325).

Observamos que en estos núcleos sociales, la autoridad jurisdiccional recaía sobre el curaca, quién —además de los amplios poderes que ya hemos aludido— debía poseer la capacidad de impartir justicia según la tradición del ayllu, (normas consuetudinarias). Situación que se mantuvo aún en tiempos del incario, ya que los Incas mantuvieron —en lo que no dañó a sus objetivos estatales— el derecho preexistente:

«[El inca Pachacutec] ordenó muchas leyes y fueros particulares, arrojándose a las costumbres antiguas de aquellas provincias donde se avían de guardar, porque todo lo que no era contra su idolatría, ni contra las leyes comunes, tuvieron por bien aquellos Reyes dejarlo usar a cada nación, como lo tenían en su antigüedad» (Garcilaso De La Vega 1985 [1609] b: 31 y ss.).

De otro lado, al describir el sistema normativo en el ayllu, se hace necesario tocar el punto referente al arbitrio judicial es decir la amplia posibilidad que tenían los curacas o jueces comunales para establecer la pena según el caso concreto.

Al respecto podemos mencionar que la capacidad para establecer la sanción de parte de los jueces o curacas, permitió el desarrollo jurídico en las comunidades sin apartarse esencialmente de la tradición jurídica local (Trimborn 1968 [1936]: 33). Así pues, acompañando muchas de las conductas prohibidas consignadas por los cronistas² no se determinó pena alguna que les correspondiese, por lo que cabe entrever que estos castigos estaban bajo el arbitrio judicial³. Según Basadre (1968 [1937]): «Este vacío es consecuencia de la libertad de ponderación del juez, [siendo] que en muchos casos, estaban a disposición del juez la mayoría de los castigos, a fin de proceder individualmente, según la gravedad subjetiva y objetiva de los casos [...] esta es la razón de que se encuentren algunos delitos bajo diferentes clases de castigo» (p. 98; 125). Asimismo esto responderá, probablemente, a las «costumbres jurídicas regionales o graduadas según la gravedad del caso» (p. 103).

No obstante lo señalado anteriormente, algunos como Bernabé Cobo (1956, [1653]) y Santillán (1968 [1563]) mencionan esta atribución de manera explícita:

«La desobediencia de las disposiciones de los curacas se castigaba según la gravedad del caso: en los casos graves con la muerte y en las menos graves —salvo en los casos de reincidencia— procedían los curacas según su arbitrio, imponiendo, por ejemplo, castigos de azotes» (p. 26).

Finalmente podemos afirmar, junto con Trimborn (1968 [1936]), que en el *Derecho Penal del Antiguo Perú* «hay importantes razones a favor de la existencia, en las altas culturas americanas, de un margen no pequeño para la acción del criterio judicial» (pp. 118 y ss.), sosteniéndose así el hecho de que la propia comunidad valoraba en sentido amplio y diverso las transgresiones cometidas contra ella. Lejos queda pues, la idea de la vigencia de una «ley» en las comunidades, inclusive alguna de carácter no escrito tal como sostienen algunos (Sánchez y otro 2011); estando que la legislación exigirá por principio la delimitación concreta de una conducta prohibida y su castigo. Es así que, y según lo expresado por Santillán (1968 [1563]):

«No parece que los Incas tuviesen puestas leyes determinadas para cada cosa, salvo tener mucho cuidado en que todos guardasen aquel gobierno que tenían puesto».

² En específico aquellas que estaban bajo jurisdicción local, es decir bajo la autoridad del curaca: Desobediencia, cambio de domicilio, estupro, etc. (Basadre 1968 [1937]: 103).

³ Esto, al no estar las normas rígidamente plasmadas en una Ley, por ser tan sólo aspiraciones axiológicas.

«Las penas de los que iban contra estas cosas que el Inga tenía ordenadas y puestas para su gobierno, y también la de los que cometían cualquier delito, parece que eran todas arbitrarias» (p.8)⁴.

b) El sistema normativo imperial

Paralelamente al *Derecho Comunitario* de corte consuetudinario que regía en ayllus o naciones específicas, existieron en tiempos del Tahuantinsuyo, preceptos que buscaron asegurar la sujeción de las naciones que estaban bajo la influencia incaica. Teniendo en cuenta la existencia de grandes grupos de tributarios avecindados en territorios distantes, se dio en la organización política y administrativa inca un sistema feudal (Basadre 1968 [1937]: 186; Trimborn 1968 [1936]), instituyéndose, por tanto, un sistema normativo que fijó sanciones colectivas a las etnias rebeldes (Basadre 1968 [1937]; Sánchez y otro 2011; Trimborn 1968 [1936]); castigándose, en todo caso, a los Curacas como representantes de aquellos pueblos (Guamán Poma 1980 [1615]: 114–119).

Al observar que las coerciones antes mencionadas eran las propias del sistema de vasallaje y no, más bien, de un régimen centralizado (Valdivia 1986: 102), podemos establecer que en ningún caso se buscó en el Incario, la imposición de costumbres jurídicas quechuas a las demás naciones, ni mucho menos la aplicación centralizada de un derecho universal (léase: preceptos de carácter general), como algunos han venido sosteniendo (Sánchez y otro 2011). Respaldando esta tesis, en la relación que Martín Enriquez (citado en Spalding 2013), funcionario español comisionado por el Rey Felipe II para informar sobre la organización estatal incaica, encontramos:

«los procedimientos incas supervisados por funcionarios judiciales [especialistas en leer las tradiciones judiciales en los quipus] estaban limitados al Cuzco mismo, mientras que fuera de la ciudad ejercían su jurisdicción los gobernantes designados torricoc (Gobernadores)» (p. 69).

Es así que, reservándose los curacas la autonomía administrativa y el poder jurisdiccional en sus provincias, las autoridades incaicas únicamente conservarían para sí la capacidad de impartir justicia en lo referente a: A) las controversias entre tribus o ayllus, que antes provocaban eventualmente la

⁴ Garcilaso (1985 [1609] a) es, sin embargo, de opinión contraria: «No podía el juez arbitrar sobre la pena». Sin embargo sabemos que la crónica de Garcilaso es una de las más tardías y la más susceptible a descartada como inverosímil, ya sea por tratarse de datos de segunda mano, y por la particular visión —aristotélica— con la que el cronista noble recrea la antigüedad peruana; quizás movido a idealizar y legitimar al Imperio de los Incas comparándolo y adecuándolo a la visión europea, para así ganar beneficios de casta que le correspondían como descendiente de aquel antiguo reino.

guerra; B) los *delitos graves*: es decir las transgresiones contra miembros o intereses de la etnia dominante, según sistema normativo Inca; y C) la responsabilidad de los curacas por las infracciones de sus subordinados; en especial las deficiencias en sus aportes tributarios; y por las transgresiones que los mismos curacas cometían (Basadre 1968 [1937]: 119 y ss.).

Con respecto al régimen de vasallaje (señorío), antes aludido, podemos enumerar algunas de las imposiciones (llamadas genéricamente como tributo) que se exigían a los pueblos sojuzgados a la élite cuzqueña:

«A) en especie o productos, B) en trabajo —o minga—. Este último se subdivide en las siguientes formas: 1) obligaciones impuestas sin que se produzca un cambio de domicilio, 2) obligaciones que implican el cambio temporal de domicilio (minería, obras públicas, etc.), 3) entrega de las mismas personas afectadas para que varíe radicalmente su condición social (*mitimaes, yanacunas, acllas*)» (Basadre 1968 [1937] 108 y ss.).

Por tributo entendemos luego, una serie de obligaciones orientadas a satisfacer las necesidades de la realeza y la casta sacerdotal, y de las que —de otro lado— estaban exceptuados los ayllus cuzqueños.

A los curacas, de otro lado, les correspondía esencialmente el papel de garantes del tributo que su ayllu debía al Inca y de las demás obligaciones del vasallaje. Así el jesuita Anónimo (1968 [1594]: 13) señala que los caciques indígenas que cuidaban mal de sus súbditos mermando la buena voluntad y capacidad de los *tributarios* para pagar los impuestos, eran destituidos de sus cargos. De igual forma Cristóbal De Castro y Diego De Ortega y Orejón (citado en Trimborn 1968 [1937]: 67) refieren:

«Se castigaba con azotes a los caciques indígenas que escondiesen a los indios con motivo de los censos populares para calcular la distribución de las cargas tributarias: 'el castigo de este runaquito daba al que escondía indio ó hijo ó hija era ciertos golpes con una porra en las espaldas a su albedrío» (p. 213).

Siendo un crimen, como alude Cieza (1985 [1553]), el incumplimiento del tributo, acarreando escarmientos contra la etnia rebelde:

«Y tuvieron [los incas] otro aviso para no ser aborrecidos de los naturales, que nunca quitaron el señorío de ser caciques a los que le venían deherencia y eran naturales. Y si por ventura alguno cometía delito o se hallaba culpado en tal manera, que mereciese ser desprivado

del señorío quetenía daban y encomendaban el cacicazgo a sus hijos o hermanos, y mandabanque fuesen obedecidos por todos» (p. 116).

Se castigaba al albedrío de los funcionarios inspectores del Cuzco⁵, la omisión de laborar la tierra tributaria (minca), defraudaciones de objetos tributarios (Trimborn 1968 [1937]: 213 y ss.) y la malversación de tributos durante el transporte (Santillán 1968 [1563]). Estaba, igualmente, prohibido y penado el abandono arbitrario de un cargo —como por ejemplo los tampus—, y se obligaba a los pueblos situados cerca del *capac ñam* o Camino Real, a abastecer a los guerreros de paso (Cieza (1985) [1553]; Santillán (1968 [1563])).

Por su parte, y en reciprocidad a la sumisión que la nación tributaria prestaba a la etnia quechua, ella reconocía la autonomía necesaria para ejercer la autoridad dentro de sus límites —siempre que no se atentara contra los intereses de los cuzqueños y la estabilidad del Imperio— (Cobo 1956, [1653]: 26; Trimborn 1968 [1937]: 94). Autonomía cuyas aplicaciones reales hemos descrito precedentemente y a las que podemos agregar, por ejemplo, el hecho que relata Cieza (2005 [1553]):

«Los soldados y capitanes, ni los hijos de los mismos Incas [que atravesaban esas comarcas por campaña militar], eran osados á hacerles ningún mal tratamiento, ni robo ni insulto, ni forzaban mujer alguna, ni les tomaban una mazorca de maíz, y si salían deste mandamiento y ley de los Incas, luego les daban pena de muerte» (p. 353; También Las Casas 1892 [1544]: p. 19).

Como muestra de la antes aludida responsabilidad comunal frente al Derecho *Imperial Incaico* (léase: imposiciones de la panaca quechua a las demás etnias), sabemos que en el Imperio de los Incas estaba prohibido a los clanes insurrectos, e incluso a tribus enteras el llevar armas (Trimborn 1968 [1937]: 62). De igual forma el jesuita Anónimo (1968 [1594]), referirá:

«Quien matare al rey o reina o príncipe heredero, muera arrastrado o asaeteado y sea hecho cuartos, y su casa derribada y hecha muladar; sus hijos sean perpetuamente bajos, de vil condición y no puedan tener cargo ninguno honroso en el pueblo ni en la guerra, y todo esto hasta la cuarta generación» (p. 25).

Asimismo, era considerada como fuente de peligros para el bienestar público de todo el imperio —desde la concepción religiosa— el trato sexual con una Virgen del Sol o *aclla*. Recuer-

⁵ A estos visitantes o pesquisadores, Guamán Poma los llama: *llulla quillis cachi cimi* porque llevaban embustes al inca, agregando que la gente «no osaba hablar delante de ellos» (Guamán Poma 1980 [1615]: 114 y ss.).

dese asimismo que muchas de estas servidoras del sol pertenecían a diferentes ayllus y eran enviadas a los templos como parte del tributo. Elevándose así a la categoría de crimen de Estado el atentado contra la castidad de esta *aclla*, alcanzando la pena —incluso— al ayllu de donde procedía:

«la impudicia cometida por las *acllacuna*, así también por la *mamacuna*, a la que le incumbían obligaciones de vigilancia e inspección, se castigaba con la muerte (Acosta, Garcilaso, Santillán) por ahorcamiento, según Cobo, o por enterramiento en vida, según Acosta, informándonos Castro, respecto de ésta última manera de ejecución, que el castigo se extendía a toda la parentela del delincuente» (Trimborn 1968 [1937]: 62 y ss.).

Por otra parte, sobre el tratamiento diferenciado al que estaban sometidos los ayllus en el Tahuantinsuyo —los que estaban ligados con las panacas quechuas hegemónicas y los que sólo constituían simples tributarios— podemos dar cuenta que existían prohibiciones y sanciones para ciertos actos como la prohibición del consumo de la coca (Acosta 1985 [1550]), la de la embriaguez o de la caza de vicuñas o animales hembras (Acosta 1985 [1550], Polo Deondegado citado en Basadre 1968 [1937]: 196), exportar oro y plata del Cuzco (Cieza 1985 [1553]); comportamientos proscritos para el íntegro de la población, y que, por otra parte, no se aplicaban para los ayllus quechuas y sus aliados más antiguos.

Finalmente, hacemos nuestra la muy esclarecedora observación de Trimborn (1968 [1937]), quien —comparando el sistema penal de las altas culturas de Latinoamérica— resalta que se han conservado mucho más normas del «derecho tributario penal» en el Perú, en relación a cualquier otro lugar donde, como en la triple unión azteca, el Derecho se encontraba en un grado más avanzado de desarrollo (p. 66 y ss.).

4. Las características del proceso en el antiguo derecho peruano

Ya en el plano estrictamente procesal, debemos señalar que un proceso consuetudinario —y tal como se lleva a cabo hasta ahora en las comunidades campesinas y nativas— estará marcado indisolublemente con los principios de oralidad⁶. Si bien los cronistas no dieron un listado de normas para los procesos o ajusticiamientos, salvo en la competencia y en la calidad de los testigos (Guamán Poma 1980 [1615]: 162), tratadistas como Basadre (1968 [1937]) señalarán que:

⁶ Los que implican: La publicidad, la intermediación entre juzgador, víctima y acusado, el juicio llevado a cabo en un solo acto (Concentración), y la necesidad de un acusador de parte (Principio Acusatorio), (Ferrajoli 2001: 606 y ss.).

«El juzgamiento debió ser público y con pruebas testimoniales y religiosas. Debieron aplicarse el juramento, el tormento de los acusados y la interrogación a las huacas y oráculos. Se invocó al sol, a las huacas, a las *pacarinas* o lugares de origen, a los *malquis* o momias de los antepasados, a los *huaques* o dioses protectores de las tribus» (p. 221).

Nos encontramos, pues, frente a un proceso de corte netamente oral (público y acusatorio), y de fuerte inspiración religiosa.

Afirmamos, por otro lado, que un proceso que tenga por fin cautelar los intereses comunitarios, exigirá necesariamente un procedimiento esencialmente oral. De esta manera se hará fundamental, en primer lugar, la presencia de la población a lo largo del mismo. Luego, será necesaria la intermediación entre todos los actores en conflicto, como también la puesta en escena de un juicio —realizado en un solo acto— en el que se represente la transgresión hacia la norma, como también la satisfacción comunitaria mediante la imposición de la pena (la restitución del orden).

De esta suerte, podemos encontrar estas características tanto en los recuentos de procesos penales en el Perú prehispánico, como en los que aluden a los primeros tiempos de la colonia. Luego, se podrá corroborar, además del carácter oral del proceso penal en el antiguo Perú, que éste estaba orientado hacia la comunidad, tanto formal como materialmente. El proceso responderá, también, a un derecho de corte comunitario y consuetudinario.

4.1 Carácter público del antiguo proceso penal en el Perú

La participación pública en la vida procesal es determinante en las primeras etapas del desarrollo del Derecho en el resto del mundo. Es, por tanto, una consecuencia lógica el que los procesos en el antiguo Perú hayan sido esencialmente públicos (Basadre 1968: [1937]). Asimismo, existen varios testimonios que aluden a la publicidad en los procesos de primeros tiempos de la colonia, como el de Ortiz de Zúñiga (citado en Sánchez y otro 2011) quien refiere que para el juicio:

«Se juntaban todos los caciques y principales del pueblo donde pasaba (...) traían los delincuentes y en presencia suya y de otros caciques en la plaza del pueblo donde estaba [se realizaba el juzgamiento], ahí venían [después] los testigos».

Ya excepcionalmente, Las Casas y Cobo, aluden a ciertos delitos cuyo juzgamiento y pena requería una publicidad especial, por su mayor gravedad y —por consiguiente— una necesidad de mayor ejemplaridad:

«El que mataba con hechizos tenía pena de muerte. Ejecutábase este castigo con gran publicidad, haciendo convocar a los pueblos comarcanos para que se hallasen al suplicio» (citado en Trimborn 1968 [1937]: 75).

También Trimborn (1968 [1937]) refiere que para los delitos cuya pena eran el ahorcamiento o la lapidación —producida por el asesinato de un niño, el aborto, o el incesto— requerían «de la activa participación de la comunidad jurídica», en vista que estos delitos afectaban gravemente a la esfera sagrada/moral de la comunidad, por lo aberrantes de las conductas.

Asimismo, se requería una participación especial de la población en el proceso y la ejecución de la pena, en los llamados «delitos públicos» —realizados a ojos vista de la población— como son: adulterio sorprendido infraganti, robo en mercado, asalto en los caminos, embriaguez de una mujer y robo de comestibles (p.102-112).

4.2 Carácter acusatorio del antiguo proceso penal en el Perú

Sánchez y otro (2011) afirman, con respecto al carácter acusatorio del proceso llevado a cabo ante el Inca, que «se presentaba ante él al acusado y un orejón enunciaba los motivos por los que fue llevado a juicio (acusación), además de los antecedentes» (p. 106).

Teniendo en cuenta que los juicios a cargo de los curacas debieron ser iguales que el citado (p. 106), advertimos que en el proceso siempre se requería de un acusador que confrontaba públicamente al acusado en presencia del juez. Asimismo ante juez y acusado se debían de presentar los testigos para deponer y carearse entre ellos o con el reo:

«Cualquier delito que acontecía, en habiendo noticia del, el gobernador o el teniente, hacían parecer ante sí al delincuente, a todos los indios e indias que podían tener noticia de tal delito, y mandábalos sentar en rueda y ponía en medio al delincuente, y allí en presencia suya, cada uno le decía lo que le había visto hacer, o decir» (Urteaga 1928: 33). «Cuando alguno cometía delito que fuese digno de castigo, lo prendían y lo echaban en la cárcel; y para averiguar su causa, lo sacaban délla y llevaban a la presencia del Inca o del juez y curaca ante quien pasaba; en la cual eran también presentados los testigos y careados con el reo» (Cobo 1956, [1653]: 106 y ss.).

Esto pues da debida cuenta de la aplicación del principio acusatorio en estos procesos. Asimismo, en los datos de las Visitas⁷

⁷ Recorrido oficial que realizaba el Visitador, una autoridad colonial hispánica

efectuadas por los inspectores coloniales, encontramos lo siguiente:

«Ponían al culpado delante de los testigos que sabían lo que había hecho y los testigos se levantaban y contaban delante de la parte cómo había pasado el caso y ahí lo averiguaban y preguntaban al delincuente si era así» (Ortiz De Zúñiga, citado en Sánchez y otro 2011: 133 y ss.).

Valcárcel (1978 [1946]) aludiendo a la declaración dada por Damián de la Bandera en el Informe de la visita sobre Huamanga en 1557, señala:

«El gobernador o subteniente hacía comparecer ante sí al culpable y a todas las personas que podían tener noticia acerca del delito que se iba a juzgar, y una vez presentes, mandábalos sentar en rueda, poniendo en medio al delincuente, y allí en presencia suya se exponía lo que se había visto u oído» (p. 641).

Sobre los demás principios que componen el criterio de oralidad, las crónicas sugieren la puesta en práctica de casi todos ellos. Betanzos (1987 [1551]), como otros numerosos cronistas, menciona en su crónica la aplicación del principio de inmediatez en los procesos llevados a cabo por las comunidades; estableciéndose en ellos la necesidad del contacto directo entre el órgano juzgador y las partes en conflicto. Sobre la continuidad en el juicio hay muchas alusiones que inciden en el carácter expeditivo del proceso (sin omitirse una etapa de investigación cuando no existían pruebas concluyentes o éstas eran contradictorias). Cobo (1956, [1653]) referirá esto de manera explícita:

«lo cual, visto [llevada a cabo la audiencia] por el Inca o por el juez, sin otros autos, términos y dilaciones, pronunciaban la sentencia y mandaban castigar al delincuente conforme la culpa» (p. 116).

5. Consideraciones contemporáneas sobre la justicia comunitaria en el Perú

A continuación se tratarán los dos espacios en los que la justicia consuetudinaria en el Perú se mantiene vigente:

a) Comunidades campesinas y nativas

A pesar de la primacía de la Ley escrita como fuente de Derecho en nuestro país, existen palpables rezagos de justicia plenamente oral y comunitaria aún en la actualidad.

El sistema consuetudinario se ejercita en la actualidad, en cada una de las 5666 comunidades ancestrales de la costa y sierra peruana, agrupadas bajo la denominación de comu-

en América, que tenía el fin de inspeccionar la conducta de las autoridades y revisar la aplicación de las políticas de estado.

nidades campesinas; y en las 1345 comunidades de la Amazonía, conocidas como comunidades nativas (Farfán 2005).

Más allá de la imposición del modelo legislativo-escrituario en los seis siglos precedentes, la Constitución Política del Perú de 1993 ha tenido que reconocer una jurisdicción especial para aquellas comunidades que mantienen sus propios marcos normativos de acuerdo a su costumbre; esto a pesar que la propia constitución prohíbe toda forma de justicia paralela a los fueros oficiales (Villavicencio Terreros 2006: 148)⁸.

Asimismo, es necesario recalcar el estado de vulnerabilidad en el que se han encontrado —y aún se encuentran— dichas comunidades, sometidas a violencia política y estatal (particularmente con la irrupción del terrorismo), como al desamparo económico, que muchas veces ha generado situaciones de aculturación y hasta de franca esclavitud (CVR 2004; Cuevas Zavaleta 2009). A pesar de ello el arraigo de las concepciones normativas consuetudinarias es evidente, ya que éstas se han mantenido en pie a pesar de las grandes amenazas a su sistema de organización social.

Según la Comisión Andina de juristas (2009), el derecho consuetudinario en el Perú actual «no se trata únicamente de algunas normas o mecanismos concretos, sino de un sistema orgánico» (Condor Chuquiruna 2009: 22). El proceso promovido por estos grupos, está basado en principios bien definidos, como el de oralidad, inmediación, acusación, publicidad y concentración. Además está adecuado para la participación de toda la comunidad, presidido por autoridades con gran prestigio ante el grupo, lo que resalta su carácter localista. Asimismo, sus fallos serán dictados con arreglo a las particulares costumbres y tradiciones del lugar (carácter consuetudinario).

Todos sus procedimientos, más que sancionatorios, están orientados a fomentar la armonía y la integración en el seno de la comunidad (Irigoyen 2000 b), denominándose al propio proceso en lengua vernácula como *reflexión, disciplina, meditación, y sanación de errores* entre otros (Florez Boza 2003: 13). La resolución final será —además— producto necesario del acuerdo y de una decisión tomada casi en unanimidad (Con-

⁸ La Constitución de 1993, reconoce en:

Art. 2, inc. 19: «la pluralidad étnica y cultural de la nación».

Art. 89: «la existencia legal y autonomía de las comunidades campesinas y comunidades nativas».

Art. 149: «el derecho a la Justicia Comunal de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas».

El NCPP, en el art. 18, inc. 3, reconoce «el derecho de una Justicia Comunal y señala que no es posible iniciar procesos en aquellos casos en que intervino la Justicia Comunal».

dor Chuquiruna 2009: 23; Luján Túpez 2007: 91-97), aplicándose preferentemente la *lógica restitutoria* para beneficio de la comunidad (Irigoyen 2000 a), y tendiendo a restablecer las relaciones comunales, base y garantía de la organización (Condor Chuquiruna 2009: 23 y ss.).

b) El fenómeno de la «justicia popular»

Podemos señalar que la experiencia oral-comunitaria de justicia que se ejercita en las comunidades nativas y campesinas no está aislada y encapsulada en guetos; sino que se actualiza día a día en los lugares marginales del país, lugares donde la ley importada (Hurtado Pozo 1979: 152 y ss.) no ha sido interiorizada. Así pues, en numerosos ambientes periféricos del Perú se manifiesta usualmente el fenómeno de *justicia por mano propia*, o *justicia popular*, ejerciéndose, luego, en aquellos lugares donde el marco legal ha sido desbordado y las expectativas de la población permanecen insatisfechas. Este fenómeno, más allá de constituirse en un caso más del clásico *linchamiento* sin orden ni concierto, por la notoriedad de sus efectos, sus alcances, su organización y su permanencia en el tiempo, pueden considerarse una grieta en la estructura y razón de la administración de justicia en el país, reclamándose como una justicia paralela (Belan 2013).

Es posible corroborar, además, que amplios sectores en el país desconocen una Justicia de corte ritual, abstracta, no inmediata; en la cual la burocracia y otras trabas de diversa índole impiden que la publicidad y la intermediación produzcan efectos (Zaffaroni 1986). Esto desemboca, evidentemente, en el desprestigio y la deslegitimación del aparato judicial por la inexistencia de vínculos entre la administración de justicia y la población (Belan 2013)⁹. Situación que, luego generará una serie de mecanismos para-estatales de justicia.

Un caso en particular que conmocionó a la opinión pública nacional a inicios de 2004 fue el linchamiento del alcalde de Ilave, Puno:

«El 26 de abril del 2004 una turba asesinó a Cirilo Robles, alcalde de la Provincia de El Collao, elegido con 7,822 votos (21.65%) en noviembre de 2002. Después de una movilización en contra de su gestión, que duró más de tres semanas, la violencia impuso, con este asesinato, sus designios en la política ilaveña [...]. Aunque no contamos con datos de encuestas de opinión, diversos testimonios recogen un creciente descontento de la ges-

⁹ La Constitución Política del Perú establece en su art. 138: «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos».

tión edil que alcanzó su punto máximo de cuestionamiento cuando se reportaron gastos efectuados en la habilitación de la carretera llave-Masacruz, los mismos que, de acuerdo con los opositores, no eran justificados, pues los rubros consignados no se habían ejecutado en la práctica» (Melendez 2004: 9;15).

En dicho incidente podemos encontrar ciertas constantes que aluden a la implantación de un criterio de justicia comunitaria (Pajuelo 2009). Asimismo en él se hizo patente la contradicción entre el criterio político-social de la población y la concepción oficial. Así pues, en palabras de Melendez (2004): «la ausencia de canales formales eficientes de mediación entre el Estado y la sociedad condujo al desborde de la violencia».

Advertiremos, en líneas generales, que el criterio preponderante que subyace en el fenómeno de *justicia popular* es el de comunidad:

«violencia esencialmente ilegítima en tanto ilegal, pero que adquiere aceptación por su pretensión de hacer justicia ante una acción asumida como ofensiva a un colectivo antes que a una persona» (Guerrero 2000: 463-489 citado en Santillán 2008: 60 y ss.).

Hablamos de una suerte de *comunidad ideal*, basada en la identificación difusa con la víctima del delito, de solidaridad ante amenazas externas irresistibles (Santillán 2008), normalmente en un ambiente de precariedad social (Lossio 2008: 4 y ss.).

El ajusticiamiento por mano propia, de otro lado reclamará necesariamente la participación de todos los vecinos y agentes involucrados (Lossio 2008: 16-17; Santillán 2008: 67), enfatizándose su rol proactivo. Este para-proceso debe ser oral y público (Tejada 2009), necesariamente desarrollado en lugares comunitarios (Canchas deportivas, plazas, etc.); (Lossio 2008: 3), y resultará de asambleas masivas y bien estructuradas (Irigoyen 2000 b; Robin Azevedo 2009: 80). Asimismo, y en las antípodas del sistema oficial, este para-proceso se realizará en un solo acto, de manera continua y sin interrupciones (Lossio 2008: 17). Situación que resulta sorprendente en vista que el actual sistema procesal penal considera que el proceso debe llevarse a cabo preferentemente en un solo acto, y la formulación de la sentencia debe ser inmediata al juicio (NCPP 2004).

Hablamos pues, de todo un sistema para-judicial, con fines, criterios y procedimientos propios, y no de la respuesta descontrolada de una muchedumbre. Sobre el particular THEIDON (2004) ha documentado que, que, como parte del aparato de propaganda y legitimación social de Sendero Luminoso en Ayacucho, en la década de los ochenta, proliferaron los ajust-

ticiamientos populares propiciados por este grupo subversivo. Sin embargo —luego de un breve período en el que las poblaciones *liberadas* se mantuvieron conformes por la supresión del procedimiento oficial de justicia— de la investigación realizada se concluye que los comuneros reaccionaron en contra de la intensidad y crueldad de los castigos de Sendero Luminoso. Se cuestionó, sobre todo, la aplicación indiscriminada de la pena capital, sin criterio subyacente de justicia. Asimismo, del estudio, se hizo evidente que en los comuneros existía un verdadero criterio de aplicación de castigos —opuesto al que realizaban los senderistas— que tomaba en cuenta el contexto familiar y económico del acusado, y preferentemente el daño social que acarrearía su muerte. Finalmente, y como es bien sabido, el exceso de la *para-justicia senderista* desencadenará el rechazo abierto de la población, las masacres de represión senderistas, y la consiguiente conformación de rondas de autodefensa.

Así pues, la mecánica de pesos y contrapesos de la sanción, su función y orientación estará bien establecida en este sistema para-legal. Tejada (2009) da cuenta al respecto, que en el asentamiento humano *Amazonas* (Cono Norte/Cerro Colorado) se denunció el hurto de materiales de construcción destinados a uso comunitario. En asamblea se acordó punir al culpable, quién era también miembro de la comunidad, luego de haberse hallado en el interior de su vivienda los materiales desaparecidos (además de haberse acreditado su reincidencia). En una primera asamblea se decidió aplicarle como castigo la demolición de su vivienda. Sin embargo, y a pesar que se ejecutó la demolición, en la siguiente asamblea —a pedido de un vecino— se revisó si la pena era excesiva. Luego de un debate, y acordándose que era realmente excesiva, se decidió reconstruir comunalmente la vivienda del infractor, lo que se llevó efectivamente a cabo.

6. Conclusiones

El sistema normativo en el Perú prehispánico —incluso en la época inca— era de tipo consuetudinario, localista y oral.

El grado de centralismo ejercido por la élite Inca en el Tahuantinsuyo era relativo, dejando amplia autonomía de tipo jurisdiccional a los curacas locales.

La idea de un *derecho imperial* inca no debe entenderse desde la óptica de la creación centralizada de leyes que buscaban unificar conductas y criterios axiológicos en el Tahuantinsuyo; siendo más bien susceptible de concebir como un sistema prescriptivo de ocupación política, y tendiente a la imposición de ciertas ordenanzas para provecho de la élite cuzqueña.

El procedimiento penal peruano en tiempos prehispánicos, manifestaba características propias a las de un proceso oral, inmediato y acusatorio; particularidades que —por otra parte— mantienen íntima relación con un proceso consuetudinario y localista.

La subsistencia y vigencia de los núcleos sociales ancestrales (ayllus) —hoy convertidos en comunidades campesinas y nativas— y de sus usos normativos, evidenciadas en sus normas adjetivas tácitas, corroboran el arraigo del carácter consuetudinario y localista de la justicia en el Perú.

Se observan grietas en el sistema normativo actual peruano que expresan, entre otros comportamientos, en el incremento progresivo de incidentes de *justicia popular* o *justicia de mano propia*. Teniendo en cuenta que las características que inspiran a estas formas de autocomposición (y que a la vez que coalicionan con los esquemas de la administración de justicia oficial) son: la inmediatez, la participación popular, y la adecuación del castigo en relación al interés local; podemos establecer que rezagos de una justicia localista y consuetudinaria perviven en el imaginario social de los sectores periféricos peruanos, y deben ser consideradas para las sucesivas reformas del Poder Judicial.

DERECHO CORPORATIVO ALEMÁN

POR LUDY LARICO LUQUE

1. Modelo corporativo alemán

En un principio en el modelo corporativo alemán parecía existir una estructura de *supervisión* o lo que hoy llamaríamos sistema dual de gobierno corporativo, que tenía como característica principal la dirección por un conjunto de personas, normalmente los propietarios o accionistas, de las empresas quienes supervisaban y controlaban a los agentes encargados de la dirección de la compañía (directivos). Actualmente esta estructura la podemos apreciar en los *Mittelstand*, que tienen un carácter personal o familiar.

1.1. Derecho corporativo alemán

1.1.1 Antecedentes

Es menester señalar que esta estructura ha sufrido variaciones, y es luego de la segunda guerra mundial que, las empresas alemanas modifican significativamente este sistema.

Así, podremos distinguir que, Alemania, incorpora a representantes obreros en los directorios de supervisión, luego de la influencia de las fuerzas de ocupación aliadas, que deseaban mantener a raya a las industrias carbonífera y siderúrgica, que habían suministrado a los nazis materia prima para los armamentos¹, teniendo que admitir los empresarios la participación obrera en los directorios de las empresas para que no los nacionalizaran.

Sin embargo esta participación activa de los obreros en las empresas lejos de desestabilizar la eficiencia y eficacia de las

¹ Glouchevitch Philip, *La Empresa Alemana porque esta transformando Europa... y el Mundo*, Editorial Andrés Bello, 1993, p. 154.

mismas, sostuvo la capacidad de dirigir y mejora los *standares* de la empresa.

Ya en los años 70 el parlamento debatió la idea de extender la *cogestion* a las grandes empresas alemanas².

1.2 Codificación mercantil alemana

La codificación mercantil alemana de 1897 consolida la noción de empresa. Conociéndose previamente como negocio, a razón de que esta institución revestía cualidades similares a la *negotatio*, pero no es completamente igual. Así podemos señalar que las características peculiares del negocio, primordialmente la profesionalización de sus propietarios es que distingue estas dos instituciones. Podremos distinguir tres elementos caracterizadores de la doctrina alemana³ plasmados en la legislación mercantil:

- a) Empresas familiares.
- b) Finalidad lucrativa sin desproteger el interés social.
- c) División de responsabilidades.
- d) Inclusión de profesiones equiparadas y capacitación de aprendices.

A pesar de tener un descenso en los años noventa el aprendizaje en (el sistema dual de escuela y empresa) la inclusión de profesiones equiparadas y capacitación de aprendices, este sistema sigue siendo el camino real al empleo de los jóvenes alemanes, que son entrenados y socializados para trabajar en las micro y pequeñas empresas. Sin ninguna restricción legislativa por el ingreso al manejo de empresas aun contando con una minoría de edad. Esta situación ha sido muy criticada por Inglaterra, al establecer que la legislación Alemana continúa aceptando el trabajo infantil y forzado. Y es que la posición alemana de desarrollo, la cual se plasma en su legislación, fomenta el trabajo y el perfeccionamiento progresivamente. Cómo se puede obtener un buen director de empresa, si no ha aprendido con la práctica.

1.3 Derecho corporativo alemán

Actualmente, y remitiendonos al preámbulo del código alemán de gobierno corporativo, podemos establecer la existencia de dos directorios:

- a) La junta directiva (directorío) que supervisa la gestión, que dirige la empresa bajo responsabilidad propia.

² Ibid., p. 155.

³ Busqueda realizada el 18 de noviembre de 2009 en <http://www.cereq.fr> sobre Aprendices, Alternancia, Sistema Dual ¿Callejones sin salida o autopistas al futuro?

b) El Consejo de Vigilancia o Supervisión: Que representa a los accionistas y supervisa la gestión, el cual está constituido por el gerente general, otros ejecutivos y los representantes de los trabajadores.

La inclusión de esta figura de la cogestión agudiza la debilidad de los directorios de supervisión, pues impone la representación de los empleados en los directorios de supervisión en número similar a los intereses del capital⁴. Hecho no legislado en el derecho europeo en general.

¿El mundo al revés? ¿Empleados supervisando la labor de los jefes del directorio de gestión? La idea parece revolucionaria pero la realidad es apasible⁵. Porque ha demostrado que los trabajadores que actúan en estos directorios no son en sí lo más opuesto al directorio de supervisión.

La mayoría de empresas están sujetas a legislación referida específicamente a cada actividad de un empresario, lo que constituye la rigidez y efectividad de la misma, como iremos demostrando a lo largo del trabajo. Para ejemplificarlo, haremos referencia a la absorción de una de las empresas insignia de Alemania *Mannesmann* quien fue empresa objeto de una OPA hostil dirigida por Vodafone, esta situación reveló cuáles eran las acciones específicas a las que podía recurrir un empresario alemán dentro del marco del derecho societario y desató la crítica de la misma por parte de empresas en primera instancia británicas, y que posteriormente llevó a analizar la posición de Alemania frente a la legislación europea e incluso mundial, puesto que inversionistas americanos volcaron su interés en el caso *Mannesmann*.

Para este efecto iniciaremos analizando la división entre poder y control y es esta separación que trae consigo un problema de agencia, donde si ambas partes de la relación buscan maximizar su beneficio personal, hay buenas razones para pensar que el agente no siempre actuará en el mejor interés del principal⁶. La utilidad de la empresa, depende de la capacidad del administrador o del accionista controlador de adoptar las decisiones adecuadas para el desarrollo de la sociedad. ¿Pero que pasa con las minorías? Para analizar esta situación referiremos que Alemania en un 50% de empresas el 5% de accionariado principal, tiene acciones en otra compañía. Existiendo una gran mayoría de grupos tenedores de bloques significa-

⁴ Glouchevitch Philip, *La Empresa Alemana porque esta transformando Europa... y el Mundo*, Editorial Andrés Bello, 1993, p. 154.

⁵ *Ibid.*, p. 153.

⁶ Payet José Antonio, *Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de Sociedades*, en Revista Themis, época 2, núm. 46, Editorial PUCP, 2003. p. 77.

tivos. Lo que genera una propiedad cruzada, en la cual en un porcentaje mínimo, distinguiéndolo del caso japonés, los empresarios alemanes tienen un nivel minoritario, si bien es cierto, de acciones en otras empresas, generando que los intereses de los directores de cada empresa se relacionen, el equilibrio a esta situación, lo establece el derecho societario al proteger los intereses de los afectados, y en especial de las partes más débiles, como lo son en las grandes sociedades los propios accionistas, además de los trabajadores, acreedores, clientes, y el Estado mismo.

Situación distinta es la del Estado, que lejos de intervenir en las ventas importantes de empresas en sectores sensibles como telecomunicaciones, ha establecido en el derecho societario Alemán herramientas supervisoras de la OPA, obligatoria además en la venta de empresas, con capital significativo y con intereses sociales en juego. En el caso *Mannesmann*, el Estado representado por la supervisora de OPAS Alemana, intervino exigiendo el cumplimiento de los requisitos legales para el aumento de capital y la obtención del control de la empresa.

Pero no tardó en manifestarse la sociedad, al sentir inminente la venta de *Mannesmann*, esta venta causó la revisión de los conceptos esenciales de la economía social de mercado, reflejada en la legislación Alemana, con los matices que se generaron a partir de la segunda guerra mundial, para al fin preguntarse si esta legislación era aun tan consistente como era necesario, para proteger a un país que basa su desarrollo en la eficiencia de micro y pequeñas empresas.

Ante esta presión social el Canciller alemán Gerhard Schröder manifestó severas críticas a la OPA hostil. Y no es acaso entendible que un libre mercado las empresas puedan invertir su dinero en acciones que les parezcan rentables, sin tener que esperar que el Estado se inmiscuya. Esta respuesta es ahora una verdad parcial; luego de la crisis financiera mundial, se ha comprobado que la libre decisión de los inversionistas, no basta para dirigir el mercado, es necesario además una supervisión estatal. Este cuidado es fundamental para salvaguardar la economía estatal, que en muchos países desarrollados está solventada por empresas transnacionales importantes y enraizadas en mercados tan importantes e influyentes que al estar entrelazados, generan una crisis global por no ser bien administrados.

1.4 Derecho societario alemán

El modelo de cogestión alemán plantea una sinergia entre interés social y el poder de la empresa. Así recordaremos que, las opciones adoptadas por el consejo de vigilancia y el presi-

ente de *Mannesmann*, se basaron en la utilización al máximo de la legislación alemana, así plantearon una línea de defensa sustentada en brindar mayor información a los accionistas, establecer demandas ante los tribunales referidas a la competencia de los auditores del *due diligence* y a estructurar posibles inversiones, para incrementar el potencial de crecimiento de *Mannesmann* y con esto, impedir la continuidad de la OPA. No cubrir Vodafone el monto mínimo de capitalización requerido.

La aplicación de medidas defensivas de tal magnitud, planteó una discusión en la Unión Europea, establecida en:

¿La libre circulación de capitales se ve restringida con estas normas y estas van contra el Tratado de Roma?

Alemania planteó ante esta situación que sus políticas de transparencia en la información, la tecnificación de los directorios de supervisión y el tratamiento equitativo en el aspecto económico de los administradores de las sociedades alemanas, había garantizado el desarrollo de sus empresas. Por lo que, para garantizar este desarrollo fomentarian además, y a partir de lo sucedido, el reposicionamiento de los inversores institucionales (*stakeholders*) como fuerzas proactivas en los roles de accionistas; la transparencia más amplia y fiable posible; la implantación de un sistema efectivo de responsabilidad de los administradores definiendo de sus deberes fiduciarios; la reglamentación del actuar de los accionistas controladores imponiéndoles deberes de fidelidad respecto a los demás titulares de acciones, debido a que las decisiones de los últimos afectan a las minorías sociales.

Estas decisiones se vieron reflejadas en el sistema de gobierno corporativo alemán, que tiene como finalidad alinear los incentivos de los insiders (el equipo directivo y en su caso el grupo de control) y los intereses de los outsiders (los accionistas minoritarios)⁷.

Esta posición no está en sintonía, por citar un ejemplo, con la posición anglosajona de *squeeze out*, que faculta al accionista que tiene el control para excluir forzosamente del accionariado al accionista minoritario⁸. Estableciéndose que, como modo de defensa en el pasado el Estado Alemán restringió considerablemente la competencia en algunos mercados con regulaciones o la distorsionó a través de un trato desigual a los actores, interviniendo en la asignación de recursos de una ma-

⁷ Payet Jose Antonio, *Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de Sociedades*, 1 Revista Themis, época 2, núm. 46, Editorial PUCP, 2003, p. 78.

⁸ Paz Ares Candido, *Aproximación al estudio de los squeeze-out en Derecho Español*, en *Actualidad Jurídica Uribe & Mendez*, núm. 3/2002.

nera que no es compatible con los principios de la economía social de mercado. Además, durante mucho tiempo el Estado no admitía competencia privada para su propia oferta de servicios en el ámbito de las telecomunicaciones así como en la entrega de cartas y paquetes.

2. Derecho corporativo en la unión europea

La idea de restablecer el equilibrio entre el mercado y la solidaridad se dio inicio en la «Cumbre Europea de Lisboa de 2000». Así al analizar Alemania su apertura económica y la relación de la misma con el modelo de legislación interna que mantenía, se planteó un dilema entre liberar aun mas su economía o proteger su modelo de gobernanza corporativa.

Esto se debe a que desde principios de 1990, las empresas habían racionalizado, comprimiendo todos los costos a nivel europeo, como son los costos laborales determinados siempre por el modelo de bienestar nacional. Siendo este enfoque el que encarece los costos laborales a Alemania. Por estos hechos Alemania comienza en 2000 a reformar el seguro de salud. Se modifica además, la edad legal de jubilación aumentándola a sesenta y siete años, norma que se cumpliría en veinte años. Alentando además a las mujeres madres de familia a incorporarse al mercado laboral. Otra medida a reformar legislativamente son los costes en salarios, que hacen que las empresas sean menos productivas y competitivas, situación por la cual muchas empresas han decidido producir fuera de Alemania, buscando la mayor rentabilidad de su empresa.

De esta manera la «Comunidad Europea» ha planteado luchar contra la discriminación de las personas desfavorecidas en el mercado laboral y combatir el trabajo no declarado. Abordando elementos de protección como la integración sostenible de los ciudadanos de terceros países en el mercado laboral. Lo que implicaría darles acceso a servicios de formación y de empleo, así como a otras medidas destinadas a incrementar la participación en el mercado laboral. En sus directrices de 2003, la Comisión propone que los Estados miembros se comprometan a reducir las diferencias de desempleo entre los ciudadanos de países no comunitarios y los ciudadanos de la UE de aquí a 2010⁹:

► Combatir el trabajo no declarado y reducir la economía informal con vistas a desarrollar un amplio conjunto político de sanciones y medidas preventivas para transformar el traba-

⁹ Busqueda realizada el 02 de diciembre de 2009, en www.eur-lex.europa.eu referida a la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

o no declarado en trabajo legal;

- ▶ El seguimiento más en profundidad de las necesidades del mercado laboral de la Union Europea y de la contribución de la inmigración para suplir las carencias de mano de obra actuales y futuras, teniendo en cuenta la creciente competencia entre los países de acogida;

- ▶ La contribución a la movilidad laboral de ciudadanos de terceros países en la Union Europea, así como en el marco de la estrategia para facilitar su admisión en la Union Europea con fines laborales;

- ▶ El intercambio de experiencias y buenas prácticas en este ámbito, entre otras cosas a través de las actividades de evaluación por pares realizadas dentro del programa de medidas de incentivar el empleo. Debe prestarse especial atención al reconocimiento de las capacidades y los diplomas; el espíritu empresarial; las iniciativas especiales para los jóvenes inmigrantes de segunda o tercera generación; los obstáculos a la integración en el mercado laboral; la estrategia de empleo local para inmigrantes; la formación lingüística con fines profesionales, en la que se incluyen los sistemas de formación rápida.

3. Modelo de gobierno corporativo americano en relación con el gobierno corporativo alemán

En el caso de los Estados Unidos los principios y códigos de gobierno corporativo que se generalizaron durante la década de los noventa. Para ejemplificarlo analizaremos el caso *Watergate* y las investigaciones que con relación al mismo, y es que al igual que en caso *Mannesmann* se descubrió que algunas empresas habían realizado contribuciones ilegales a la financiación de la campaña electoral del Presidente Nixon, así como pagos de sobornos. Ante estos hechos la *Security and Exchange Commission* anunció una política de no investigación a aquellas sociedades que voluntariamente hicieran pública la comisión de actos ilegales. Es ahí donde muchas empresas evalúan sus políticas referidas a la lealtad y transparencia de sus administradores, que ejercían el control de la empresa.

Desde el punto de vista ético, se encontraron un sin número de casos cuestionables. Estas revelaciones, solidificaron la conciencia en legisladores, instituciones supervisoras, inversionistas y la sociedad misma que las políticas de dirección de las empresas no contemplaban cada paso del empresario de tal manera que eran normas fáciles de flantequear e incompletas para legislar la organización empresarial.

Es así que nace la *Foreign Corrupt Practices Act*, legislando en el ámbito corporativo, en primera instancia, en un ámbito

contable, para limitar las conductas fraudulentas de los administradores. Todas estas medidas y leyes, dieron lugar a una serie de discusiones doctrinales que se agruparon bajo la rúbrica de *corporate governance*, cuyo objetivo era con mejorar en su conjunto, las prácticas de gobierno de las grandes sociedades, con el fin de solventar los problemas originados por la separación entre la propiedad representada por un accionariado disperso y el poder ostentado por el management con amplias competencias, situación que no obstante se asemeja al modelo alemán. Pero no coincide en el aspecto en el que, la propiedad accionarial de las grandes compañías, este en poder de un número reducido de accionistas.

Bajo estos principios reguladores, estas propuestas tendieron a establecer un conjunto de relaciones entre los administradores de una compañía, su directorio, sus accionistas y otros grupos de interés social o corporativo conocidos como *stakeholders* —que son los empleados, acreedores, los proveedores, los clientes e incluso la comunidad— en la búsqueda de manejos éticos, transparentes y equitativos entre todos estos operadores.

4. Incidencia del modelo alemán en Europa

4.1 Directiva europea sobre sociedades anónimas europeas

Aquí la influencia del sistema de cogestión alemana, se ha visto involucrada, en su gestación (Posiciones legislativas en el Parlamento Europeo) y en la legislación, así podemos observar en lo referido a los supuestos de constitución, que se permite normativamente la posibilidad de fusión de sociedades anónimas domiciliadas en distintos Estados miembros de la Unión Europea, a constitución de holding de sociedades anónimas con domicilio en distintos estados miembros, la creación de filiales en otro estado miembro, la posibilidad de efectuar un traslado del domicilio social sin la disolución de la Sociedad Europea, al tiempo que hace compatible la protección de los intereses de los accionistas, de los acreedores y de los titulares de otros derechos, amalgamando la normatividad europea con la el sistema de cogestión.

4.2 Participación de los trabajadores en el sistema de supervisión

En el seno de las nuevas empresas de ámbito europeo, se plantea la participación de los trabajadores en las mismas. De hecho, según la nueva normativa, no se puede inscribir en el registro mercantil una «Sociedad Europea» si no consta el acuerdo de implicación de los trabajadores en la misma.

4.3 Intervención del gobierno

Así mismo se ha planteado que en caso, determinadas empresas desean cambiar el establecimiento fiscal para que no se le aplique determinada normatividad de derecho Interno, si es decisión del Estado y existe desmedro al interés público, este cambio de establecimiento no se podrá efectuar. En segundo lugar, en lo referido a otro la participación de una sociedad en la constitución, mediante fusión, de una «Sociedad Europea» en otro Estado miembro, también se podrá oponer el gobierno, si se existe daño al interés social.

4.4 Directiva europea sobre opas

La presentación de «ofertas públicas», desde la etapa de oferta y publicación, ha sido discutida en el Parlamento Europeo, que emitió como decisión final la aceptación del sistema corporativo alemán y el anglosajón como válidos para la ejecución de las OPAS.

II. SECCIÓN ESTUDIANTIL

MOEA: UN FORO DE DEBATE PARA UNIVERSITARIOS DE LAS AMÉRICAS

POR ANDRÉS ZÚÑIGA NAJARRO

*La democracia es el gobierno del pueblo,
por el pueblo, para el pueblo*

ABRAHAM LINCOLN

Que hermoso salón de las américas. Imponente recinto que cobija a sus huéspedes de distintos rincones de esta gran Organización. Casi pueden oírse en coro las voces de todos los países asistentes. Un hermosos concierto de expresiones, culturas y opiniones que se ponen de manifiesto en este modelo. Sentados todos en nuestros lugares, estudiantes de distintas universidades del hemisferio, vienen a nuestras mentes los recuerdos de las sesiones de preparación en nuestras casas de estudio. Consejos, instrucciones, recomendaciones de nuestros docentes; todo ha quedado impregnado en la memoria para ser utilizados cual herramientas frente a esta titánica labor de representar a un país en un foro internacional en la misma sede de la OEA en Washington DC. Atrás deben quedar los nervios, las dudas y las inseguridades; hoy nos vestimos de temple, para demostrarle a nuestros pares de otras universidades que somos capaces de alzar nuestra voz sobre la agenda que le compete a nuestra América y al Mundo. Inolvidables anécdotas que me permito compartir con ustedes a modo de introducción con el único fin de plasmar en blanco y negro lo que se siente participar del *Modelo de la Organización de los Estados Americanos* (MOEA).

Tal como lo explica la misma OEA a través de su portal *web*, el MOEA es un programa de la Organización de los Estados Americanos creado con el objeto de promover los valores democráticos entre la juventud del Hemisferio, mediante un ejer-

cicio de simulación de la Asamblea General de la OEA. Este ejercicio familiariza a estudiantes, profesores e instituciones académicas con la labor de la OEA y con sus Estados Miembros, así como con el papel de la Organización como el principal foro político del Hemisferio. El MOEA es un ejercicio de simulación en el cual los estudiantes representan a los diplomáticos de los Estados Miembros de la OEA y debaten resoluciones sobre los temas actuales de la Agenda Interamericana. Estos Modelos promueven el desarrollo de liderazgo en los jóvenes, así como habilidades de negociación, trabajo en equipo y resolución de conflictos. El Programa MOEA busca involucrar el mayor número de estudiantes, mediante la organización de Modelos en cualquiera de los Estados Miembros de la OEA. Cada año aproximadamente 1500 estudiantes y más de 100 docentes del Hemisferio participan en estos Modelos. Se trata entonces de un ejercicio democrático de participación de los estudiantes reunidos para trabajar en largas sesiones de debate para manifestarse exactamente como lo haría un diplomático en la Asamblea General de la OEA.

La Universidad Católica de Santa María a través de su Facultad de Derecho viene participando desde el 2010 en este Modelo mismo que, tal como lo resaltaron las autoridades involucradas en la organización, se realiza con el propósito de promover los valores democráticos entre la juventud del Hemisferio. Son cuatro días en los que 350 estudiantes, negocian, debaten, redactan y adoptan resoluciones relacionadas a asuntos de prioridad en el Hemisferio.

Este año las circunstancias permitieron que el MOEA sea desarrollado en la misma sede de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en Washington, DC, del 23 al 26 de julio del 2013, cuya convocatoria que en su momento ha merecido realizar todo un proceso de selección de aquellos estudiantes quienes representarían a nuestra universidad. La delegación integrada por 11 estudiantes de Facultad de Derecho de nuestra casa de estudios fuimos enviados a participar del Modelo de la Organización de los Estados Americanos para Universidades del Hemisferio en su trigésimo primera edición, bajo la dirección del doctor Saulo Peralta, representando a México.

Como era de esperarse, nuestra casa de estudios tuvo una destacada participación en este evento, lo cual se ha reflejado en el hecho de que el Secretario General Adjunto de la OEA, Embajador Albert Ramdin, remita una carta de agradecimiento al Decano de la Facultad de Derecho de nuestra universidad por la acertada participación de nuestros estudiantes de derecho Nathalie Tejada, Juan Carlos Nalvarte, Jorge Manrique, Patricia Vera,

Jesús Rodríguez, Andrea Coaguila, Patricia Coaguila, Javier Apaza, David Barriga y Roxana Escudero, y mi persona, destacando nuestra participación en las comisiones correspondientes. Sumado a ello, debo agregar que gracias al apoyo de mis compañeros, principalmente David Barriga Miranda, y esfuerzos que depositados para desempeñar el mejor de los papeles, hemos podido obtener el cargo de Vicepresidente de la Cuarta Comisión para el siguiente evento a desarrollarse en Paraguay el 2014 recaído en mi persona, lo cual constituye un hecho altamente gratificante, pero sobre todo contribuye a incrementar el prestigio de nuestra casa de estudios, colocando el nombre de nuestra Universidad en los sitios de la Directiva que trabajará directamente con la OEA para la organización del evento el año próximo.

Un aspecto muy importante a destacar es que este ejercicio nos ha permitido valorar en la práctica el significado de la democracia, entender sus alcances y efectos plasmados en documentos de valor internacional como la Carta Democrática Interamericana frecuentemente estudiada y citada para dar sustento a nuestras opiniones en los debates.

En suma, la experiencia nos ha demostrado a mí y a mis compañeros quienes tuvimos la tarea de participar en este evento, lo importante que es desarrollar cualidades en materia de debate, disertación, argumentación, diplomacia, política entre otras, las que se pusieron de manifiesto en este importante foro. Sin lugar a dudas, ha sido una experiencia inigualable que nos ha permitido participar al nivel de importantes universidades del hemisferio y que confío se repita en futuros años por el valor y la trascendencia que tiene.

LA PRIVATIZACIÓN DEL GOBIERNO

POR DIEGO ANGILO OSORIO

I. Introducción

Es una realidad innegable que las decisiones de la administración pública son influenciadas por diversos factores como los económicos, políticos y electorales. Es así, que la teoría de la elección pública intenta establecer cómo la economía influye las decisiones administrativas, tomando en cuenta los diversos intereses privados existentes en la comunidad a fin de escoger cuáles serán priorizados.

Siguiendo con esta idea, el comportamiento de la administración pública, consiste en el conjunto de las actuaciones individuales de los burócratas que la conforman; los cuales no sólo actúan en razón del bien común, sino también de su interés personal. Por ejemplo, se tiene al funcionario que se inhibe en el pronunciamiento sobre el fondo de la petición compleja del administrado, simplemente porque resolver un caso complejo, no significa una mayor remuneración; pero sí un gasto mayor de esfuerzo.

Es así, que decisiones administrativas, como la detallada en el párrafo anterior, genera costos a los administrados, los cuales han sido externalizados por el administrador hacia el administrado y a terceros, con el fin de minimizar sus costos personales.

O por el contrario, cuando la administración pública decide tomar iniciativas en aras del bien común, que causan más perjuicios que beneficios (mecanismos de control de estructuras empresariales o encarecer créditos hipotecarios o peor aún establecer una dieta saludable); los cuales, a la larga, tienen efectos

contrarios a los buscados por la administración pública (*Efecto Peltzman*).

De otro lado, existen también las decisiones gubernamentales que se encuentran motivadas no en el interés privado del burócrata; sino en el interés de un lobby o grupo de votantes, que actúan como grupo de presión, con el fin de lograr que éste tome una decisión que los beneficiará directamente. Un claro ejemplo resultan los sindicatos que apoyaron a la Alcaldesa de Lima frente al proceso de revocatoria llevado en Lima.

La cuestión final no es, si el gobierno se encuentra privatizado sino el cómo se llevará a cabo. Este cómo, se encuentra establecido en los mecanismos electorales vigentes, los cuáles permiten elegir un *Plan de Gobierno*, un Presidente con una agenda de trabajo propia, un Proyecto de País que no coincide con el de toda la comunidad; pero que sí debe ser compatible con nuestra Constitución.

2. Teoría de la elección pública

En resumidas cuentas «(...) es un análisis científico de la conducta del gobierno y, en particular, del comportamiento de los individuos con respecto al gobierno»¹. El cual busca analizar las relaciones entre la economía y las decisiones gubernamentales administrativas, las cuales repercuten en la vida social y económica de un país.

Esta teoría de origen económico, se ha extendido a la Economía Política y al Análisis Económico del Derecho desde la segunda mitad del siglo XX, en razón que la administración del Estado se especializó, adquiriendo la gestión pública notoria relevancia para el Derecho, la Economía y la Política. A esto podemos añadir que el concepto de que «la elección pública debe entenderse como un programa de investigación en lugar de una disciplina o incluso una subdisciplina de la economía»², ha variado y se ha ligado indefectiblemente al derecho y a la política.

Surge entonces una pregunta, ¿por qué utilizar la economía en el análisis del Derecho Administrativo y de la política? La respuesta reside en que «la aplicación de estos conceptos económicos simples para el estudio de cómo las elecciones se realizan colectivamente, su aplicación a cosas tales como el diseño y el funcionamiento de las constituciones, mecanismos electorales, partidos políticos, grupos de interés, grupos de

¹ G. Tullock, A. Seldon & G. Brady (2002) *Government Failure: A Primer in Public Choice*. Washington D.C.: CATO Institute (p. 3), traducido por el autor.

² J. Buchanan (2003) *Public Choice, Politics Without Romance, The Centre for Independent Studies* (p. 1), traducido por el autor.

presión, la burocracia, parlamentos, comités y otras partes del gobierno»³.

3. Electorado y electorado

Es innegable que el derecho a elegir y ser elegido es un derecho político de todo ciudadano reconocido en el Artículo 31 de la Constitución Política de 1993⁴; siendo ejercido de forma racional, no existe el voto dejado al azar. Siempre existen factores determinantes en la elección del votante, desde los referentes a su propio interés hasta los ligados a preferencias basadas en detalles nimios.

Sin embargo, el votante medio no siempre se encuentra plenamente informado de los detalles de los «productos de las diversas tiendas políticas». Un claro ejemplo, se tiene en cuantos votantes revisan las hojas de vida de los candidatos publicadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Siendo un costo de información relativamente bajo en tiempo y esfuerzo el ingresar a la página web del precitado organismo público, para un ciudadano de una zona urbana. Es decir, se tiene un votante urbano racional, pero, en su mayoría, desinformado. El caso del votante rural es diametralmente distinto. Asimismo, se tiene otro fenómeno muy interesante, el del votante racional ignorante, aquel que no tiene ningún interés en el proceso electoral, y que simplemente juzga que es demasiado costoso informarse de las propuestas políticas; en otras palabras, «simplemente no vale la pena el tiempo y esfuerzo necesarios para ser bien informados sobre los candidatos o sus políticas»⁵.

4. Ciclos de las mayorías

La democracia, actualmente, no es una forma de gobierno única, hoy se tiene la democracia occidental y la democracia popular, las cuales tienen grandes diferencias; entre ellas, que la primera se sustenta en la pluralidad de fuerzas políticas y en la estructura estatal funcional. La primera se caracteriza por tener «elecciones libres, oposición sin control, pluralidad de partidos políticos, grupos de presión autónomos y organizados, prensa independiente del control del Estado, alternancia en el poder, constitución normativa, libertad de reunión y de crítica»⁶.

³ E. Butler (2012) *Public Choice: A Primer*. Londres: Institute of Economics Affairs (p. 22), traducido por el autor.

⁴ Artículo 31 (...) Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica (...).

⁵ Butler, op. cit., p. 53.

⁶ Miro Quesada (1986) *Ciencia Política: Manual y Antología*, Lima, Librería Studium, p. 123.

Es así, que simplificando lo anteriormente expuesto, llegamos a la conclusión que en una democracia occidental «los partidos designan un número considerable de candidatos. Los votantes individuales, simplemente marcan el partido al cual favorecerán»⁷.

Sin embargo, la pregunta central es ¿cómo se forma la elección popular cuando votos individuales responden a propuestas comunes? Se ensayó la respuesta que en algunas series de preferencias, la mayoría vota en una secuencia de comparaciones por pares, generando ciclos continuos, sin equilibrio o punto de parada⁸. Las votaciones resultan muy inestables dado que no genera una elección colectiva rígida a lo largo del tiempo, lo que trae como consecuencia que en un sistema democrático nunca existe el equilibrio político. Así se tiene, el péndulo en las elecciones peruanas entre el año 2001 al 2011, donde la mayoría prefirió en 3 ocasiones propuestas muy distintas y a candidatos muy distintos.

Sin embargo, esto produce una dictadura de las mayorías dado que el «gobierno de la mayoría permite a las coaliciones (...) generar resultados en las elecciones públicas que imponen costos injustos a toda la comunidad, mientras que (...) solicita grandes desembolsos en (...)»⁹ actos que a su opinión son de interés público.

5. Cómo se transforma el interés privado en interés público

En cada proceso electoral se privatiza el gobierno, puesto que el partido que haya conseguido el poder, gobernará en razón del bien común, priorizando las necesidades de quienes lo llevaron al poder.

Es así, que al momento de legislar o emitir actos administrativos¹⁰, el gobierno tendrá en cuenta los «grupos particulares (...) [que coadyuvaron en el proceso electoral] para concederles este tipo de monopolios valiosos o privilegios legales»¹¹.

Pasando por alto a la transnacional o a la empresa minera, son casos más comunes los sindicatos; si el gobierno se en-

⁷ Tullock y otros, op. cit., p. 20.

⁸ Buchanan (2003) *Public Choice: The Origins and Development of a Research Program*, op. cit., p. 3.

⁹ Buchanan (2003) *Public Choice: Politics Without Romance*, p. 2.

¹⁰ Artículo III de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley núm. 27444: La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

¹¹ Butler, op. cit., p. 76.

cuentra reñido con ellos, perderá el control de la burocracia. También es válido el ejemplo del clientelismo político con el programa *Vaso de Leche*, que lo único que ha creado son grupos de poder en zonas paupérrimas que canalizan los votos de sus adherentes a cambio de subvenciones estatales.

Esta presión no sólo puede darse en razón de establecer beneficios, tratos preferenciales, monopolios¹² o, incluso, tratamientos legales exclusivos; sino también al momento de establecer aranceles, prohibiciones e incluso en la formación de leyes. Por ejemplo, los productores peruanos de textiles impulsarán la creación de barreras aduaneras a las importaciones de textiles.

Sin embargo, estas actividades no son baratas ni mucho menos seguras, dado que existe el contrapeso de la oposición y del común de la población. Así como, hay otros costos de establecimiento de privilegios especiales. Es, en gran medida, un juego de azar¹³.

Es así, que esta dinámica perniciosa para la sociedad, aparece cuando el gobierno tiene poderes plenamente discrecionales para conceder monopolios o protecciones arancelarias a un grupo, a expensas del público en general o de perdedores concretos. Lo que provocaría que los potenciales beneficiarios compitan por gobierno. Y, dado que solamente se puede beneficiar a uno, se despilfarrarán los recursos invertidos por los demás grupos. Dichos recursos se podrían haber utilizado para producir bienes y servicios valiosos.

6. Conclusiones

Por todos estos motivos, es necesario que la norma constitucional deba permitir un control efectivo de la administración pública por parte del electorado, dado que los bienes y fondos públicos se encuentran en juego.

En este control, la oposición juega un rol fundamental, dado que no sólo fiscaliza sino evita que el gobierno atienda a intereses privados no compatibles con el bienestar común, dado que resulta imposible tener un gobierno enteramente motivado por el interés público en general.

En sí, el ciclo de las mayorías permite que la dirección y rumbo de las políticas públicas, decisiones administrativas y actos de la misma naturaleza, se regulen cíclicamente sin necesidad de establecer mecanismos adicionales a los electorales.

¹² El caso de la propiedad intelectual o la patente.

¹³ Tullock y otros, op. cit., p. 46.

UNA AVENTURA EXTRAORDINARIA

POR ANDREA COAGUILA GÓMEZ

Este es mi último año de carrera en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, siento que he vivido sin duda la mejor etapa de mi vida en ella: he tenido muy gratas experiencias, algunas malas, pero gracias a Dios pocas, he conocido buenas personas, grandes amigos, muchos de ellos son mis docentes ahora, pero dentro de seis meses ya seremos casi colegas. Gracias a mi universidad he tenido grandes oportunidades para poder desarrollarme y ser la persona que siempre he querido ser: pude brindar ayuda legal, mediante Consultorio Jurídico Gratuito, a personas que tenían bajos recursos económicos y tuve la oportunidad de participar en el 31 Modelo de la Organización de los Estados Americanos para Universidades, pero ¿cómo logré participar en él? En las siguientes líneas detallaré lo que fue para mí una aventura extraordinaria.

A mediados del mes de Abril se abrió una nueva convocatoria para participar en el MOEA, esta vez la sede no era una universidad de algún país miembro de la OEA, sino que por primera vez en treinta años sería en la misma OEA, en Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica. La convocatoria fue en éxito para mi mala suerte, nunca se habían presentado tantos alumnos y ahora que por primera vez me animo y es mi último año para participar sucede esto. No tenía muchas esperanzas, en esos días andaba con muy mala suerte, pero a pesar de eso decidí participar. La evaluación consistió en una entrevista hecha por dos de los más respetados maestros de

la facultad y el docente que nos guiaría en esta experiencia, entre preguntas y un discurso de un minuto salí de la sala no muy optimista por el número de postulantes. Casi una semana después salieron los resultados ¡califique! Así iniciaba con una nueva aventura.

Una semana después de los resultados nos asignaron al compañero de trabajo que tendríamos, el país y comisión que representaríamos: yo trabajé en la segunda comisión, trataría los temas de Seguridad Hemisférica, básicamente tráfico ilícito de drogas, mi compañero era Jesús Rodríguez, mi *partner*, y el país que representaríamos era México. Pasaron los meses, entre clases y exámenes tuvimos que aprendernos aproximadamente seis libros sobre drogas, los tipos de drogas, las drogas y la salud pública, drogas y seguridad, y, claro, saber religiosamente el CICAD 2011-2014. Así transcurrieron los días hasta que de pronto en un abrir y cerrar de ojos eran las ocho de la mañana del veintitrés de Julio y me encontraba sentada en el Salón de las Américas, en la sede principal de la OEA en Washington D.C. La inauguración duró aproximadamente dos horas y finalizó con el discurso de la coordinadora del Departamento de Asuntos Internacionales, Nelly Robinson. Luego nos dirigimos a nuestro grupo de trabajo.

Sesenta jóvenes universitarios de diferentes países de las Américas ocupando los mismos lugares que nuestros verdaderos representantes en la Organización de los Estados Americanos. Jóvenes preocupados por hacer un buen trabajo, alarmados realmente porque saben que el problema de las drogas es un problema constante que no solo afecta al estado con el tráfico ilegal, sino destruye familias enteras, destruye personas, destruye futuros.

Nuestro deber como jóvenes en este modelo era plantear seis resoluciones innovadoras en las que podamos plasmar nuestras mejores ideas para poder solucionar el problema de las drogas en las Américas. Luego de ser aprobadas y sometidas a votación, gracias al excelente trabajo que formamos como parte de la segunda delegación, estas pudieron ser revisadas por la Organización de Estados Americanos.

El trabajo que realice en el MOEA de cierta manera tendría que haber sido exhaustivo y complicado, pero ¿saben? no lo fue para mí y no porque no me importara, ni por qué no estuviera preparada, sino porque al trabajar al lado de jóvenes de todas las Américas y darme cuenta que aún existen personas que no solo les importan las cosas banales a las que ahora como jóvenes estamos más que expuestos me reconforta y me

hace extremadamente feliz, saber que aún tenemos la esperanza de que todo en las amélicas mejorará, de que aún existe gente que quiere mejorar las cosas en sus países y se toma las cosas en serio hizo que mi trabajo en el MOEA se convirtiera en una aventura extraordinaria, porque ahora sé que no todo está perdido.

**PERO YO NO INTERVINE ¿QUÉ PUEDO HACER?
SITUACIÓN DEL CÓNYUGE NO INTERVINIENTE EN LA DISPOSICIÓN
Y GRAVAMEN DE LOS BIENES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL POR
SÓLO UNO DE ELLOS**

POR ROCÍO MENDIVAL PELINCO/CLAUDIA SALAS MARÍN

1. Introducción

El régimen patrimonial dentro del matrimonio en nuestro país, ha tenido varios cambios a lo largo de los años, encontrándonos hoy en día ante dos posibilidades: el de separación de patrimonios y el régimen de sociedad de gananciales, este último genera cuantos problemas pueda imaginarse, y por esa misma razón, es la causal de nuevos conflictos, que como es de esperarse deben ser resueltos por el derecho. Uno de los principales conflictos que se derivan de este régimen, surgen como contravención al art. 315 del código civil, que versa sobre la obligatoriedad de la participación de ambos cónyuges en la disposición o gravamen de los bienes sociales; es cuando uno de ellos realiza tales actos sin la participación o asentimiento del otro del otro, cuando se genera una situación de desprotección e incertidumbre respecto del cónyuge no interviniente, y surge la gran interrogante ¿qué se puede hacer?; es precisamente ésta pregunta, la que pretendemos responder a lo largo del presente ensayo, a fin de esclarecer este aspecto y de brindar las alternativas que nuestro ordenamiento nos concede y que la jurisprudencia ha ido aceptando, como modo de salvaguardar al cónyuge no interviniente.

2. ¿Qué puede hacer el cónyuge no interviniente?

Para comenzar con este análisis, debemos remitirnos al art. 315 del código civil, quien en su primer párrafo establece lo siguiente: «Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer». Es decir, nuestro

código sustantivo se pone en el caso de dos supuestos: disposición y gravamen de los bienes sociales; el primero de ellos, disponer; recae en el poder prescindir del bien (mejor aún, del derecho) que tiene el propietario, deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien¹. Y el segundo, el de gravar, hace referencia a la facultad de poner imponer sobre el bien cargas que lo afecten, este derecho en sí se encuentra dentro de la facultad de disponer que tiene el propietario, pero al parecer, la redacción del 315 ha tratado de ser lo suficientemente expresa.

Habiendo ya hecho referencia a los supuestos que establece el art. 315 del C.C., hemos de recordar por otro lado lo las facultades referidas a la disposición del bien, es decir las contenidas en el artículo 923 del referido código, le corresponden exclusiva y excluyentemente al propietario, motivo por el cual la disposición de los bienes de la sociedad conyugal por parte de uno de los cónyuges se vuelve especial, pues debemos recordar la calidad de patrimonio autónomo o propiedad indivisa que ostenta la sociedad conyugal, no teniendo como propietarios a uno o a ambos de los cónyuges sino a la sociedad en sí. En mérito a esto es que resolver los conflictos patrimoniales que aquí se derivan se torna especialmente complicado, es por ello que como respuesta a esto han surgido, no solo una solución por parte del cónyuge no interviniente, entre ellas son dos las más representativas; la nulidad y la ineficacia, de las que hablaremos a lo largo de los siguiente renglones.

3. Nulidad vs Ineficacia

3.1 Nulidad

Ésta es la sanción que legal que priva al acto jurídico de sus efectos normales en razón de causas existentes al momento de su celebración², los efectos de la nulidad son declarar la invalidez del acto jurídico celebrado, en mérito a la presencia de vicios o a la escasez de los elementos esenciales de todo acto jurídico. ¿Cuáles son estos? A modo de recuerdo, debemos precisar que estos son:

- a) Manifestación de la voluntad
- b) Fin lícito
- c) Objeto física y jurídicamente posible; y
- d) Formalidad prescrita por ley, bajo sanción de nulidad.

Es decir, si no existen éstos, o presentan vicios, el acto acarrea el título de nulo; lo cual se aprecia en la redacción del art.

¹ *Código Civil Comentado Derechos Reales*, tomo V, Gaceta Jurídica, p. 173

² Definición de Guillermo Borda, citada por Jesús Antonio Rivera Oré, en *Manual del Acto Jurídico*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2005, p 223.

219 del código civil, y en esta oportunidad como estimamos que determinar si cuando existe la disposición o el gravamen de bienes sociales solamente por uno de los cónyuges, es pasible o no de ser declarado nulo, requiere un análisis más preciso, detallaremos cuáles de estas causales pueden ser invocadas para dejar sin efecto el acto jurídico en caso del cónyuge no interviniente.

a) Falta de manifestación de la voluntad

No solo porque es la primera causal en la redacción del art. 219 del código civil, es que nos referimos a ella primero, sino que es la principal causal demanda en estos casos, pues que se estima que dado que el art. 315 del código sustantivo precisa que se requiere la intervención de ambos cónyuges para la disposición de los bienes, si uno de éstos no participa, es lógico que no existió la manifestación de voluntad, y por lo tanto es nulo.

Si bien, esta causal, es lógica, estimamos que no debería ser entendida de ese modo, pues es cierto que la redacción del 315 del CC, refiere que es necesaria la intervención de ambos cónyuges en los casos de disposición de bienes sociales; pero este artículo no solo establece ello, sino que abre una posibilidad, esta es, la de la disposición de los bienes sociales, por solo uno de los cónyuges, pero condicionada ésta a que el otro le otorgue poder para hacerlo, es decir no cierra la posibilidad de que los bienes sean dispuestos por ambos, situación que de ser así, si acarrearía una nulidad, pues al ser la única posibilidad, de no cumplirse, el lógico que se tenga como una falta de manifestación de voluntad de la sociedad conyugal, pero ello no ocurre, porque el 315 abre una posibilidad, que nos da como consecuencia ya no necesariamente una nulidad; sino una falta de representación del cónyuge interviniente, causal que no acarrea una nulidad, y que será detallada posteriormente.

Por lo que, estimamos que si bien la manifestación de voluntad es un elemento esencial en la formación del acto jurídico, y por tanto ante su inexistencia genera nulidad; en estos casos, no incurre tal cosa, pues es la propia ley quien da a entender que cuando uno solo de los cónyuges interviene solo, es porque debe hacerlo con previo poder del otro cónyuge; en consecuencia, si no es así, se entiende que lo que hay es una falta de representación, causal distinta a la de nulidad.

b) Objeto física y jurídicamente posible

En el presente caso, se trata específicamente de un objeto jurídicamente posible, recordando, se trata de este supuesto cuando el objeto del acto jurídico, contraviene las disposiciones legales vigentes, pero en el presente caso, el objeto de los actos de disposición de los bienes sociales, si son jurídicamente posibles,

pues la ley no ha prohibido que la sociedad conyugal celebre actos jurídicos, solo que el detalle recae en la disposición unilateral de uno de los cónyuges, ésta si es restringida por nuestro ordenamiento, quien establece que los actos de disposición o gravamen deben de ser realizados por los dos cónyuges.

Al respecto, si bien está dentro de las causales que se invoca en las acciones de nulidad en los casos de disposición referidos, no estimamos que sea realmente la causal por la que debe ser declarado nulo el acto jurídico, pues si recordamos a qué nos referimos con el objeto del acto jurídico, ello se desprende del art. 140 del C.C, es decir el objeto es crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica; en consecuencia, en el caso materia de análisis el objeto sí es lícito, porque nada impide que la sociedad conyugal celebre actos jurídicos —a diferencia por ejemplo, de la disposición de derechos irrenunciables (alimentos, derechos laborales)— sino que el límite que fija nuestro código civil, tiene que ver con la participación de ambos cónyuges, y eso a nuestro parecer no recae sobre el supuesto de objeto jurídicamente posible, sino que en el peor de los casos sería una falta de manifestación de voluntad; que como ya referimos, tampoco se presenta en estos casos. Situación es diferente por ejemplo en el caso del embargo de la supuesta alícuota de uno de los cónyuges, en el que sí existe imposibilidad jurídica, puesto que tal alícuota no existe; pero en el caso de la disposición de bienes, si existe la posibilidad de hacerse; y el hecho de que participen o no ambos cónyuges ya no recae sobre la imposibilidad del objeto del acto jurídico. Por lo que estimamos que tampoco es una causal alegable.

c) Caso del artículo V del título preliminar del C. C.

Ésta fue la causal, que más nos llamó la atención en la redacción de este ensayo, en vista que encontramos jurisprudencia que la respaldaba como tal, motivo por el cual nos permitimos ampliarla.

Debemos recordar primero, a que hace referencia el artículo V del código civil, este establece lo siguiente: «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres»; pero ¿qué significa hablar de orden público o buenas costumbres?; al respecto orden público. «Es el conglomerado de normas destinadas a regular relaciones individuales y las de la sociedad en su conjunto y es la suma de principios religiosos, morales, políticos y económicos, que son indispensables coexistencia social»³; y sobre el concepto de buenas costumbres, éste es aún impreciso, pues depende de las nor-

³ Ospina y Ospina, citados por Fernando Vidal Ramírez en *El acto jurídico en el código civil peruano*, Cultural Cuzco Editores, Lima, p. 51.

mas morales existentes en determinado momento.

Al respecto, la casación núm. 316-2011-Lima, se declaró fundada el recurso de casación interpuesto por infracción normativa de carácter material del art. 315 del C.C., en dicha casación, los vocales, determinaron que en el caso que tenían frente a ellos —en el que la recurrente demandó la nulidad del contrato de compraventa que celebró su esposo sobre uno de los bienes de la sociedad, en el que ella no había participado— sí había existido una infracción normativa. Los vocales determinaron que «La parte inicial del art. 315 del código civil, es una norma de orden público, no solo porque prohíbe los actos de disposición de los bienes sociales por uno solo de los cónyuges, de lo cual se puede derivar su carácter imperativo, sino también porque está orientada a la protección del patrimonio familiar y por ende del matrimonio y de la familia»⁴. Es decir en este caso, los vocales determinan que el sustento de la nulidad no recae en la imperfecta manifestación de voluntad al celebrarse el acto, sino que al suceder de ese modo se atenta contra una norma imperativa que pretende respaldar el orden público, específicamente, la relación matrimonial y familiar. Los vocales no desprenden la nulidad no por la contravención del art. 315 del código sustantivo, sino por ir contra el artículo V del título preliminar del referido código; abriendo de ese modo una nueva posibilidad.

Al respecto, debemos manifestar que el invocar esta causal, nos resulta interesante pues consideramos que su argumento es el correcto, es más haciendo una interpretación teleológica del art. 315, es de entender que la protección del patrimonio familiar, es el sustento del mismo, pero estimamos que alegar esta causal, implica definitivamente un vínculo con los conceptos de orden público y buenas costumbres que existen; y estos no son conceptos objetivos que puedan tomarse como pausa, y por lo tanto pueden ser debatibles, causando incertidumbre. Por ejemplo, en el supuesto caso que el bien vendido por uno de los cónyuges sea el único que posee la sociedad conyugal, la protección del patrimonio familiar sí sería el parámetro para considerarla como norma que protege el orden público, pero sin embargo si el bien afectado es solo uno de tantos que poseen la sociedad conyugal, resultaría discutible para la parte demandada, el si realmente se está atentando contra el orden público; porque si bien el sustento de la norma es uno, la aplicación a los diferentes casos no es la misma.

Por lo expuesto, es que estimamos que al igual que la causal referida precedentemente, tampoco es causal de nulidad de acto jurídico, en estos casos.

⁴ Casación núm. 316-2011-Lima, del 10 de Agosto del 2012, publicada el 31 de Enero del 2013, quinto considerando.

Una vez que nos hemos referido a las causales de nulidad, debemos hacer referencia al otro lado de la moneda, que es la ineficacia.

3.2 Ineficacia

Manifestamos, que ésta era la otra cara de la moneda, porque jurisprudencialmente está la otra salida que están dando nuestro magistrados a los casos de disposición de bienes sociales efectuadas por un solo cónyuge. Pero antes de detallar el porqué de esto, estimamos preciso diferenciar los conceptos de nulidad e ineficacia.

Pues bien, debemos recordar que todo acto jurídico, tiene dos aspectos importantes, que son su validez y su eficacia, entendiéndose que en un supuesto normal, deben encontrarse ambas presentes, pero no obstante puede encontrarse una sin la presencia de la otra. Es el caso que, la validez está referida a la estructura del acto jurídico en sí, y la eficacia, está referida a la oponibilidad de los efectos que dé lugar el acto jurídico, en relación a terceros.⁵

Es así, que el caso materia de análisis, se ha llegado a la conclusión que el acto jurídico, no es nulo, sino que deviene en ineficaz respecto del cónyuge no interviniente, esto en razón a lo prescrito en el art. 161 del código civil, que establece lo siguiente «El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye». Es precisamente este último párrafo por el cual, se determina que no es nulidad lo que debe demandarse, sino ineficacia.

Para detallar esto, nos permitimos remitirnos a la Casación núm. 3437-2010-Lima; en la cual, los vocales contrastan el art. 161 con el 315, y refieren que dado que el propio art. 315 establece en su redacción que si bien se necesita de la participación de ambos cónyuges para la disposición y gravamen de los bienes sociales, también da la facultad que uno de los cónyuges sea representado por el otro para hacerlo, y en mérito a ello, indican que sí, sólo uno de los cónyuges dispone de los bienes, nos encontramos ante un supuesto de falta de representación de uno de los cónyuges; los vocales refieren también que el acto no es nulo, porque es susceptible de ser ratificado por el cónyuge que no intervino.

⁵ Espinoza Espinoza Juan, *La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, año 2008, p. 8.

Al respecto, entendemos que el declarar ineficaz el acto jurídico en estos casos, trae como consecuencia que éste no sea oponible a terceros, en este caso al cónyuge no interviniente; esto a modo de realizar una doble protección tanto al cónyuge como al acreedor, lo cual resulta útil y sustentable.

Esta es una alternativa mucho más asertiva, porque no analiza cada artículo por separado, sino que los pone uno frente a otro y determina lo que mencionábamos al inicio de este ensayo, que está referido a una de las disposiciones que plantea el art. 315 del C.C.; que es precisamente la disposición a manos de uno sólo de los cónyuges; claro está, previamente facultado por el otro. A nuestro parecer el art. 315 nos abre una posibilidad, ya no limitándonos a la disposición del bien exclusivamente por ambos cónyuges; porque si fuese de ese modo, sí acarrearía una nulidad por falta de manifestación de voluntad porque la ley prevé que así sea; sin embargo, eso no sucede, porque el artículo es claro en referir que puede hacerlo uno de ellos, pero para esto debe hacerlo una vez que el otro cónyuge le ha dado poder.

Razón por la cual, coincidimos con esta última tesis de la ineficacia del acto jurídico, puesto que no debe olvidarse que los bienes de la sociedad conyugal no son propiedad de los cónyuges, sino de ésta misma en sí, siendo los cónyuges solamente los representantes de ésta, quienes deben realizar una representación conjunta; pero a la vez puede hacerlo solo uno de ellos, una vez que ha recibido poder por otro, lo que da como consecuencia que si uno de los cónyuges realiza algún acto jurídico sin la participación o asentimiento del otro, esto solo debe configurar como un caso de falta de representación. Esto último, no ataca a un elemento estructural del acto jurídico, sino solamente funcional, por lo que permite que éste mantenga su validez, pero que solo sea oponible al cónyuge interviniente.

4. Una nueva posibilidad

Si bien las dos tendencias a las que hemos hecho referencia, son las que se tienen en cuenta hoy en día, existe una tercera posibilidad, que es la de considerar los actos de disposición de bienes sociales por uno sólo de los cónyuges, como un caso de venta de bien ajeno; al respecto, nos remitimos a la opinión de Fort Ninamanco⁶, quien nos plantea esta nueva posibilidad, y refiere que en ello podría darse cuando el cónyuge interviniente, actúa a título propio, como si fuese el único propietario de los bienes sociales, el autor refiere que en estos casos, el cónyuge no pretende actuar a nombre de la sociedad de ga-

⁶ Ninamanco Córdova Fort, *Diálogo con la jurisprudencia*, tomo 175, Gaceta Jurídica, Lima, Abril 2013, p. 71.

nanciales, por lo que no se puede hablar de un problema de falta de representación, sino de un caso de disposición de bien ajeno, pues el cónyuge actúa por sí solo sobre un bien que le pertenece a la sociedad conyugal.

Es este supuesto, es de aplicación el art. 1539 del Código Civil, que establece: «La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiriera el bien, antes de la citación con la demanda»; es decir el contrato debería ser pasible de rescisión; pero ante esto, estimamos que existe dos problemas, por lo que esta teoría debería ser desestimada; el primer problema recae en la imposibilidad de actuar del cónyuge no interviniente, pues como se nota de la redacción del artículo, la ley solo prevé que la acción puede ser promovida por el comprador, y no por el propietario del bien; y el segundo problema, es que también de la redacción del artículo se aprecia que es aplicable en los casos de compraventa, y de ser así, ¿cómo se procedería cuando el bien es afectado por un gravamen por solo uno de los cónyuges?, esta sería una incertidumbre, pues solo haría referencia a los casos de compraventa, dejando fuera los otros casos de disposición que pueden darse, incluyendo en estos los de gravamen.

Razones por las cuales, en opinión nuestra la posibilidad de que se considere como un caso de venta de bien ajeno, no sería aplicable a los casos referidos, debiendo desecharse también esta posibilidad.

5. Conclusiones

En el régimen patrimonial de la sociedad conyugal, se originan muchos conflictos, uno de los más reiterativos es el caso de disposición o gravamen de bienes sociales, realizado por uno de los cónyuges sin la intervención del otro, pese a que nuestra legislación establece la participación de ambos; y ante estos casos, cabe precisar cuál es la acción legal idónea que debería promoverla el cónyuge no interviniente.

Una primera tendencia, es el de considerar como dichos actos como nulos, en atención principalmente a la ausencia de manifestación de la voluntad de uno de los cónyuges; pero hemos referido que no es dicha causal la idónea, pues la redacción del art. 315 del C.C., no impide que pueda darse la disposición de los bienes sociales a manos de solo uno de los cónyuges, pues permite hacerlo cuando uno de ellos le otorga poder al otro; y en mérito a esto es que no puede hablarse de una ausencia de manifestación de voluntad, sino de una falta de representación.

Otro supuesto de nulidad es el que se daría por contravención del orden público y las buenas costumbres, pero en nues-

ra opinión esta sería una causal debatible, puesto que va ligada a los conceptos de buenas costumbres y de orden público, por lo que no estimamos que deba ser la idónea.

La segunda tendencia es la de la ineficacia del acto jurídico, en virtud de la cual es acto sería válido, pero no surtiría efectos respecto del cónyuge no interviniente; y esto en mérito al art. 161 del C.C.; esta teoría manifiesta que lo que sucede en estos casos no es un supuesto de nulidad, sino que configura un caso de falta de representación de uno de los cónyuges respecto del otro, y que en mérito de ello, debe ser ineficaz, y surtir efectos solo sobre el cónyuge interviniente.

Un tercer supuesto, es el caso de considerar estos actos como venta de bien ajeno, y en consecuencia es pasible de rescisión según lo previsto en el 1539 del C.C., pero esta teoría, a nuestra opinión, debe ser descartada porque solo permite actuar al comprador, y porque solo aplica en los casos de compraventa, frustrando las acciones legales que pudiera promover el cónyuge no interviniente.

III. CRÓNICA DE LA FACULTAD



DR. JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE
DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UCSM

La hoja de vida del Sr. Prof. Dr. J. G. Rodríguez Velarde, ha sido publicada en la Revista de nuestra Facultad (Año 6, núm. 5) correspondiente a noviembre del año 2011. Cubre las páginas 193 a 196.

En lo que va del año se desempeñaron como Decanos en nuestra Facultad D. Héctor Delgado Castro y D. Javier Rodríguez Velarde; las actividades señaladas a continuación, por lo tanto, fueron iniciadas por aquél y concluidas por éste.

AÑO LECTIVO 2013

El cronograma que dispone el inicio y la conclusión el año académico 2013, fue aprobado por Directiva núm. 1-VRA-CAD-2012, del 27 de diciembre del 2012; según tal documento, el semestre impar se inició el 4 de marzo y concluyó el 18 de julio; el par, a su vez, principio a trascurrir el 12 de agosto y concluirá, indefectiblemente, el 23 de diciembre.

MATRÍCULA EN LA ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Durante el semestre impar se matricularon en la carrera profesional 1107 alumnos, mientras que en el semestre par lo hicieron 1048.

DOCENTES DEL PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

DOCENTES PRINCIPALES

- LUIS IVÁN VELANDO PUERTAS
- RAMIRO EDUARDO VALDIVIA CANO (CON LICENCIA)
- JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE
- DAVID FERNANDO DONGO ORTEGA
- OSCAR URVIOLA HANI (CON LICENCIA)
- LUIS GUILLERMO VARGAS FERNÁNDEZ
- JULIO SALOMÓN VIRRIETA REVILLA
- JORGE LUIS CÁCERES ARCE
- MAURO PARI TABOADA

DOCENTES ASOCIADOS

- JUAN CARLOS VALDIVIA CANO
- BERLY CANO SUAREZ
- GABRIEL ERNESTO TORREBLANCA LAZO

- JOSÉ LUIS YUCRA QUISPE
- JOSE ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ
- JULIO ARMAZA GALDOS
- ANA MARÍA AMADO MENDOZA

DOCENTES AUXILIARES

- JOSÉ FERNANDO BUSTAMANTE ZEGARRA
- CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
- JAMES CARLOS FERNÁNDEZ SALGUERO
- CLAUDIA PÍA CHIRINOS PACHECO DE RIVERO,
- JULIAN CARLOS AGRAMONTE MOSTAJO

DOCENTES CONTRATADOS

- CARLOS ALBERTO NEYRA AMAT
- SAULO PERALTA FRANCIZ
- MARY LUZ CATA CORA MOLINA
- GERARDO ZEGARRA FLORES
- WILLIAM FARFÁN RODRÍGUEZ
- MAURICIO MATOS ZEGARRA
- CARLOS MONTES DE OCA VALENCIA
- PATRICIO FÁJARDO PASSANO
- GLORIA ACHATA GONZALES

PERSONAL ADMINISTRATIVO

- ELIANA DEL PILAR LAOS TORRES: SECRETARIA
- DUNIA ROSAS LAZO: SECRETARIA DEL DPTO. ACADÉMICO
- SAMIRA BEJAR CALDERÓN: SECRETARIA DE SEGUNDA ESPECIALIDAD

PERSONAL ADMINISTRATIVO DEL CONSULTORIO JURÍDICO

- JOSÉ ARTURO LUQUE FORTÚN
- MARTHA DORIS MESTAS CARPIO

CONFERENCIAS Y OTRAS ACTIVIDADES ACADÉMICAS

❖ El 26 de octubre por la mañana presentó una conferencia sobre *Cervantes y el Quijote* el consagrado escritor español Andrés Trapiello; hizo lo propio el profesor Juan Carlos Valdivia Cano.

❖ Jorge Cáceres Arce intervino como expositor en el IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional y en XII Congreso Internacional de Derecho Administrativo llevados a cabo el 20 de abril y el 1 de noviembre del 2013, respectivamente, en nuestra ciudad.

❖ En el VIII Congreso Nacional de Derecho Penal y Procesal Penal organizado por la Universidad Néstor Cáceres Velásquez de Juliaca, participó como expositor D. Mauro Pari Taboada, a fines de septiembre.

❖ Alfredo Lovón Sánchez destacó en su intervención como expositor en el V Congreso Nacional de Derecho Civil y en la

Jornada Preparatoria al Noveno Congreso Nacional de Derecho Civil, realizados ambos el 25 de mayo y el 7 de junio del año en curso, en la ciudad.

❖ Fue destacadísima la participación como expositor D. Carlos Rodríguez Martínez en el V Congreso Nacional de Derecho Civil llevado a cabo el 25 de mayo del 2013 en la ciudad de Arequipa.

❖ Como no podía ser de otra manera, el profesor Mauricio Matos Zegarra descolló en el IV Congreso de Derecho Constitucional realizado en Arequipa del 18 al 20 de abril del año en curso.

❖ José Suárez Zanabria ha lucido sus dotes de magnífico expositor en el XII Congreso Internacional de Derecho Administrativo que tuvo ocasión en Arequipa, el 1 de noviembre próximo pasado.

❖ La participación como ponente de D. Gerardo Zegarra Flores en el V Congreso Nacional de Derecho Civil llevado a cabo en Arequipa del 23 al 25 de mayo último, según se nos informó, fue esclarecedora y provechosa.

❖ Saulo Peralta Francis tuvo una intervención brillante como expositor en el IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional celebrado en Arequipa entre el 18 y 20 de abril del año en curso.

❖ Siempre resulta provechoso escuchar de D. James Fernández Salguero, quien participó como expositor en el XII Congreso Internacional de Derecho Administrativo, evento este que tuvo lugar en Arequipa el 1 de noviembre del 2013.

DESIGNACIÓN DE ALUMNOS AL CONSEJO DE FACULTAD

Como representantes del Tercio Estudiantil ante el Consejo de Facultad se han incorporado los señores: Andrés Mussoline Cayro Ríos, Erika Alexandra La Torre Aldazabal, Sandra Gabriela Aguirre Del Carpio y Ana Daniela Ponce Cuadros.

ALUMNOS DESTACADOS (TERCIO SUPERIOR)

► Segundo semestre: Valdivia Salazar Alexandra Melissa, Aguirre Gallegos Vanessa Fiorella y Serpa Condori Pamela Ivon.

► Cuarto semestre: Bustamante Meléndez Diego Alberto, Ortega Valdivia Norma Alejandra y Medina Valladares Franco Emanuel.

► Sexto semestre: Palomino Begazo Ángela Mercedes, Huamani Huamán Treicy Stefany y Ramos Zantalla Gabriel Alejandro.

► Octavo semestre: Camargo Riega Alberto Vittorio, Rivera Salazar Calderón Valeria y Medina Chávez Yuleysi Isabel.

► Noveno semestre: Gallegos Robles Carmen Teresa, Monroy Flores Coralia Mexis y Zúñiga Hernández Jesús Vicente.

► Doceavo semestre: Villamarín Zúñiga Carlos Jorge Manuel, Tejada Meza Nathalie Carolina y Villafuerte Mendoza José Felix.

PUBLICACIONES DE NUESTROS PROFESORES

► José Alfredo Lovón Sánchez, *Esquemas del proceso civil*, Editorial Adrus, Arequipa, 2013 (un volumen de 245 pp.)

► Julio Armaza Galdos/Emilio José Armaza, *Digesto de Derecho Penal peruano*, tomo II, *Criminalistas del siglo XIX*, segunda edición, Pangea, Arequipa, 2013 (un volumen de 197 p. + Colofón)

INFORMACIÓN SOBRE PROFESORES VINCULADOS A NUESTRA FACULTAD

❖ Desde los últimos días del mes de octubre desempeña el cargo de Jefe del Departamento Académico D. Mauro Pari Ta-boada. ¡Enhorabuena! y felicitaciones.

❖ El profesor Fernando Bustamante Zegarra asumió la Secretaría General del Sindicato de Trabajadores (ADUCA) de la Universidad y, hasta el momento, desempeñó tan importante cargo con el celo y la entrega que le son propios.

❖ Tras dos años de intensa labor, dejará en breve la representación de Colegio de Abogados D. Jorge Cáceres Arce.

❖ Jorge Luis Salas Arenas, ex alumno de nuestra Facultad y Vocal de la corte suprema de la República; ha invitación de nuestros alumnos, el 15 de noviembre, dictó una conferencia con ocasión de la presentación de su libro *Indemnidad sexual*, la presentación estuvo a cargo del profesor J. Armaza G.

NECROLOGÍA

Con pesar recibimos la noticia que tras el óbito de D. Emilio Suárez Galdos quedó sumida en la tristeza la familia del profesor José Suárez Zanabria; si algo puede servir de consuelo a un hijo, es saber que su padre fue un hombre íntegro, honorable y estudioso.

IV. ALGO MÁS SOBRE NUESTROS PROFESORES



DR. HÉCTOR DELGADO CASTRO

HÉCTOR DELGADO CASTRO*

Aunque no tuvimos el privilegio de recibir las enseñanzas universitarias del profesor Héctor Delgado Castro, las indagaciones que efectuamos ante sus alumnos y ex alumnos, nos lo mostraron como un maestro ejemplar, bienquisto y admirado.

Vio la luz un 25 de julio del año de 1943 en Arequipa; luego, y tras concluir sus estudios secundarios en el colegio La Salle, ingresó como alumno a la Universidad Nacional de San Agustín.

Oportuno es mencionar que nuestro cultísimo profesor desciende de una familia de destacados juristas. Su abuelo¹ desempeñó la cartera de Justicia y Culto bajo el gobierno de Sánchez Cerro y Oscar R. Benavides; su padre² ejerció la cátedra universitaria en San Agustín, estando emparentado, por línea paterna, con don Juan José Calle. Comparte su vida matrimonial con doña Ana María Molina Briceño y, de entre sus hijos, únicamente Jorge se avocó a la carrera de Derecho.

Habiéndose especializado en materias vinculadas con el Derecho Privado, más concretamente con los derivados de los conflictos sobre propiedad y tenencia de las tierras, preparó dos monografías magníficas que durante los años de 1974 y 1998 aparecieron bajo los títulos siguientes: *Apuntes sobre temas de Derecho Agrario* y *Breves apostillas sobre temas de Derecho Civil y Derechos Reales*.

Durante el periodo que va de 1994 a 1995, se desempeñó como Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa y, posteriormente, recibió sendos reconocimientos, tanto por el

¹ Miguel Wenceslao Delgado

² Jorge Delgado Calle

* POR NURIA OBLITAS PARRILLO.

Colegio de Abogados de Lima (Condecoración con la Orden «Vicente Morales y Duárez»), como por el de Arequipa («Al Mérito en el Grado del Patricio Francisco Mostajo»). Poco antes de jubilarse como docente universitario, le fue confiado el cargo de Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.

Su ausencia en el claustro universitario, tras su alejamiento de la cátedra, ha dejado un vacío evidente.

V. INTERVIÚ

Se ha querido reservar un pequeño espacio en nuestra Revista para la sección en la que solemos consignar los coloquios y entrevistas más significativas llevadas a cabo durante el año académico.

En la presente ocasión, Mariliana Cornejo Sánchez (magistrada del distrito judicial de Cusco), nos dio ocasión de conocer más de cerca a los profesores Carlos María Romeo Casabona y Jorge Luis Salas Arenas. En cada una de las preguntas formuladas a los entrevistados, se ve el empeño y la resolución con que obró la entrevistadora.

ENTREVISTA AL SR. PROF. DR.
CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA*

Buenos noches profesor Romeo. No sabe cuánta ilusión nos hacía poder entrevistarlo. Aunque varias veces lo tuvimos en la ciudad de Arequipa y, concretamente, en nuestra Facultad, deseáramos retomar ese viejo contacto que tiene usted con los arequipeños. Permítanos, pues, formularle algunas preguntas.

—Hola doctora Mariliana. Encantado de responder las preguntas que desee formularme.

La Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano cumplió 20 años. ¿Sigue su Director y el personal que lo acompaña conservando el entusiasmo con el que iniciaron sus actividades el año de 1993?

El entusiasmo y la convicción de que con la Cátedra se habría un foro muy novedoso, tanto en su concepción y estructura como en su temática, han sido los ejes en los que nos hemos movido todos durante estos años, yo mismo en solitario durante sus inicios y también el compacto grupo que se ha ido reforzando con el paso de los años, cuya creatividad y actividad se explica desde el entusiasmo por las numerosas y novedosas actividades que se planifican. Bien es cierto que precisamente el carácter innovador de la Cátedra Interuniversitaria (una entidad vinculada a dos universidades al mismo tiempo; un objeto de estudio e investigación nuevo y muy específico; y una metodología, la interdisciplinaria, entonces poco conocida y poco comprendida en un contexto académico rígido y en general anticuado) nos ha generado al mismo tiempo dificultades en alguna ocasión, pero también nos ha situado en la vanguardia y nos ha generado un amplio reconocimiento. He de añadir que después de veinte años de funcionamiento mi principal entusiasmo viene ahora del grupo de investigadores que forma

* POR MARILIANA CORNEJO SÁNCHEZ.

la Cátedra, del que me siento muy orgulloso. Son académicos muy bien formados, con una alta cualificación y reconocido prestigio, y un nutrido rendimiento del más alto nivel.

Además del Derecho penal y Genética y del Derecho Internacional comparado del Genoma Humano. ¿Qué otras líneas de investigación abarca la Cátedra Interuniversitaria?

La aplicación de los hallazgos sobre el genoma humano se han orientado en gran medida hacia la biotecnología. Por ello en la Cátedra nos ocupamos de varios aspectos jurídicos más directamente vinculados con las modernas biotecnologías, especialmente, aunque no sólo, aplicables o relacionadas con el ser humano. Así, las llamadas biopatentes, la biología sintética, el bioterrorismo, el uso de material biológico de origen humano, los biobancos, las técnicas genéticas de mejora de los individuos, etc. Y hemos retomado otros, como el consejo genético, los análisis genéticos (y ahora la secuenciación masiva del genoma). Los miembros de la Cátedra también somos requeridos para otros temas relacionados con el Derecho biomédico (consentimiento informado) y con las tecnologías de la información (protección de datos de carácter personal, cibercrimitos); sobre ellos todos hemos publicado diversos trabajos.

En las diversas Jornadas, Seminarios y Congresos realizados en estos 20 años por iniciativa de la Cátedra Interuniversitaria, participaron según conocemos algo más de 350 profesores y científicos de diversas especialidades. ¿Cuántas de tales conferencias se publicaron?

Los trabajos resultantes de seminarios y congresos se han publicado creo que todos bajo la forma de monografías colectivas, al igual que una buena parte de los estudios resultantes de proyectos de investigación financiados. También hay monografías individuales de los diversos miembros de la Cátedra, en gran medida son el resultado de sus investigaciones para alcanzar el grado de Doctor en Derecho. Varias monografías se han publicado en inglés y en portugués, y en colecciones diferentes de las propias de la Cátedra.

¿Cuál es el órgano de difusión de la Cátedra Interuniversitaria?

De difusión en sentido estricto lo es el Boletín «Perspectivas», que se publica en español, euskera e inglés. Está integrado por varias secciones fijas que dan cuenta breve de las actividades desarrolladas por la Cátedra en cuanto tal durante el semestre (eventos organizados, participación o liderazgo de proyectos de investigación competitivos y reuniones de trabajo correspon-

dientes, publicaciones). Asimismo figura un resumen de las actividades desarrolladas de forma individual por cada miembro del grupo (conferencias impartidas, publicaciones, docencia impartida en programas y cursos de otras universidades, premios y distinciones recibidos). Se incluye también en cada número un breve trabajo de algún miembro del grupo que esté relacionado con una de sus actividades (investigación, publicación en preparación, participación en algún proyecto de investigación). Es una muy buena referencia para conocer las numerosas y variadas actividades que de forma continuada se desarrollan desde la Cátedra. Se distribuye de forma gratuita a quienes desean recibirla de forma habitual.

Podría decirse que uno de los logros de la Cátedra es la Enciclopedia de Bioderecho y Bioética publicada por la Editorial Comares. Ahora bien: ¿Ha pensado usted en incluir dicha información en el mundo virtual?

En efecto, una vez pasado un tiempo prudente hemos decidido dar el paso para poner a disposición en internet diversas publicaciones de la Cátedra (la mayor parte de los números publicados de la Revista; desde sus inicios tenemos en el sitio virtual de la Cátedra el boletín «Perspectivas» en sus tres idiomas). Por supuesto, dadas las características especiales que tiene una Enciclopedia como obra de referencia y de consulta, y que es importante mantenerla actualizada, hemos decidido hace tiempo ponerla a disposición -probablemente, de forma gratuita- en Internet, con previsiones de actualización y ampliación a nuevas voces. Ahora nos encontramos en pleno proceso técnico de confección y organización antes de llevarla a la red.

¿Cómo va su relación con América? ¿Con qué frecuencia visita nuestro continente?

En mi actividad académica, incluso antes de la creación de la Cátedra, he mantenido relaciones muy estrechas con colegas (de Derecho Penal, pero también con otros dedicados al Bioderecho) y centros académicos y de estudios de América (y de Europa), sobre todo, pero no sólo, con la zona latina. Con el tiempo, todos los miembros de la Cátedra han participado y están participando en proyectos conjuntos con colegas y centros latinoamericanos, en actividades docentes de postgrado, conferencias, congresos, publicaciones, etc., lo que nos obliga a todos a numerosos desplazamientos; y también recibimos en Bilbao a profesores invitados de aquella región. En la actualidad mantenemos actividades conjuntas especialmente intensas con grupos de Brasil, Colombia, Argentina y México, aparte de otros. Ello se ha facilitado por la concurrencia de varios factores: compartir el español como lengua común de

trabajo (aquí los brasileños no marcan ninguna distinción, es para ellos un idioma familiar y fluido), participar de una cultura en general y jurídica en particular muy similares; y manejar una visión axiológica cercana en muchos aspectos.

Concretamente en una Facultad de Derecho, ¿considera útil la inclusión de un curso de Derecho y Bioética en la formación universitaria Latinoamericana?

Desde luego, sí; y no sólo en Latinoamérica, sino también en Europa. Es una disciplina muy formativa, pues inicia en la interdisciplinariedad y en la transversalidad (a estudiar un asunto desde varias perspectivas a la vez, sobre todo jurídicas); se tratan situaciones límite para el Derecho, para el cual es un desafío afrontar situaciones nuevas y en ocasiones de una extrema conflictividad y complejidad; requieren un buen uso de diversas categorías jurídicas.

¿Alguna nueva obra suya otea el horizonte? ¿Podríamos acceder, en todo caso, a esa primicia?

Tengo varias monografías en «cartera», pero tengo también tantas interrupciones que es imposible predecir cuáles llegarán a buen puerto y cuándo. En todo caso, estoy de lleno en una obra amplia sobre Bioderecho, con un enfoque sobre todo jurídico-penal, pero también abierto a otras perspectivas disciplinares, en la que vuelvo a reconsiderar reflexiones y estudios previos sobre estas materias y a seleccionar otros más nuevos.

Gracias profesor y hasta luego.

ENTREVISTA AL SR. PROF. JORGE LUIS SALAS ARENAS*

Buenos tardes profesor Salas. Puesto que hace varios años dejó la ciudad de Arequipa para trasladarse a la de Lima, muchas generaciones de estudiantes jóvenes no lo conocen y es nuestro deseo aproximarlos a los mismos a través, claro está, de la presente entrevista. Sin más, permítanos formularle algunas preguntas:

—Buenas tardes señorita Mariliana, quedo a su disposición.

¿Dónde realizó sus estudios secundarios?

En el colegio La Salle de Arequipa. Durante el presente año, la promoción a la que pertenezco, cumplió su aniversario número 40.

¿Qué universidades visitó con fines de formación en pre y post grado?

Mi formación profesional se ha llevado a cabo en las aulas de la Universidad Católica de Santa María; los estudios de maestría los curse en la misma casa de estudios y, los doctorales en las Universidades de Alcalá en Henares (Madrid) y San Agustín de Arequipa.

¿En qué universidad impartió la docencia?

Como docente de pre grado en San Agustín y, actualmente, en La Salle. Como docente en post grado en la Universidad Católica de Santa María y, posteriormente en San Agustín. He tenido el privilegio de participar, también como docente, en diversos diplomados organizados por un sin número de universidades del país; desde hace varios lustros, ejerzo la docencia en la Academia de la Magistratura —lo que, por cierto, me ha permitido mantener un diálogo permanente con muchos jueces y fiscales de diversos distritos judiciales del Perú—.

* POR MARILIANA CORNEJO SÁNCHEZ.

¿Cómo y en qué época dio inicio a su carrera judicial?

Como abogado estuve en los listados de jueces suplentes que la Sala Plena de la Corte Superior de Arequipa nominaba para la apertura del año judicial hace más de 20 años.

Fui llamado como suplente siendo Presidente don Edmundo Fernández Revilla para desempeñarme como juez del Tercer Juzgado de Instrucción; desde entonces no abandone la judicatura.

¿Cómo se proyecta Jorge Luis Salas Arenas académicamente con vista al futuro?

Tengo tareas académicas personales pendientes que espero finalizar el año entrante; he escrito algunos libros y tengo otros en el tintero. Suelo viajar dentro y fuera del país para disertar sobre algunos temas de orden penal, procesal penal y administración de justicia.

Tengo la expectativa de lograr que se asimilen algunas propuestas sobre la manera de repartir la carga jurisdiccional, el establecimiento de protocolos comunes para el ámbito penal y la forma de recabar la información sobre todo penal, para trabajar políticas de prevención y enfrentamiento al delito sobre bases técnicas. Creo que la sociedad merece contar con información mejor trabajada. Se trata de cambiar paradigmas y abrir nuevas perspectivas.

¿Cuántas generaciones de estudiantes formó en la ciudad de Arequipa?

Fui profesor universitario en San Agustín por 10 años y sigo siéndolo en La Salle, de modo que tengo muchos y muy buenos amigos que fueron y son mis alumnos.

La docencia permite compartir con los jóvenes algunas ideas, respetando su libertad de criterios, y algunas vivencias para aconsejarlos a fin de que, en lo posible, no tropiecen con los mismos escollos con los que me enfrenté en su momento.

¿Qué impresión tiene del nuevo Código Procesal Penal?

Es una herramienta infinitamente mejor que el Código de Procedimientos Penales, puesto que separó las funciones de investigar y de juzgar; estableció el juicio oral, contradictorio y en la mayor parte de los casos, público; estableció una etapa de saneamiento (intermedia); priorizó la oralidad para el debate y, entre otros aspectos, determinó la discusión en la audiencia de prisión preventiva que, antes, se dictaba sin debate. Es, en suma, un instrumento moderno que permitiendo al juez actuar en nombre del pueblo, le da ocasión de operar inapli-

cando las disposiciones que fueren inconstitucionales (ya por ser es un deber legal, ya por serlo ético), como lo dispone el propio ordenamiento jurídico.

¿Cuándo se espera entre en vigor en Lima?

Lamentablemente no hay fecha cierta para su pleno vigor en el distrito judicial de Lima.

Las limitaciones económicas son el principal factor material; pero hay también factores ideológicos: hay quienes se resisten al cambio de modelo, por cuanto lo estiman de alto riesgo para la seguridad ciudadana por los estándares de protección de la libertad personal que supone su aplicación; por los resultados insuficientemente satisfactorios respecto de la criminalidad que en algunos lugares se han producido; se han generado algunas distorsiones por prácticas extralimitadas de orden ultra garantista que se han constituido en el justificativo para la reducción de lo normativamente alcanzado y el duro camino hacia un régimen reglamentarista dirigido a restringir atribuciones fiscales y judiciales.

Ojalá podamos detener el distorsionamiento normativo y el pragmático del modelo procesal penal del decreto legislativo 957.

Bueno profesor Salas permítanos agradecerle una vez más la gentileza que tuvo al acceder a nuestra petición de poder entrevistarlo.

—No tiene nada que agradecer Mariliana. Salude a los señores alumnos y profesores marianos. Buenas tardes.

VI. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Los comentarios a las obras de Alfredo Lovón Sánchez, Juan Carlos Nalvarte Lozada y Jorge Luis Salas Arenas, han sido elaborados por Manuel Alejandro Armaza; los correspondientes a los libros de Jaime Coaguila Valdivia y Fort Ninamancco Córdova, por Edgar Condori Quilca y Milagros Sacsi Chaucca, respectivamente. Doly Jurado Cerrón tuvo a su cargo la reseña al libro de Emilio José Armaza Armaza y, el Director de la Revista, se ocupó del *Derecho penal* de Carlos María Romeo Casabona, *et alii*.

▣ José Alfredo Lovón Sánchez, *Esquemas del proceso civil*, Editorial Adrus, Arequipa, 2013 (un volumen de 245 pp.).

Con Prólogo de D. César Santa Cruz acaba de salir a luz la importante obra del profesor de Derecho Procesal Civil D. Alfredo Lovón de la que damos cuenta.

La integran, según se ve, trece Capítulos y un Apéndice que, a su vez, contienen 192 esquemas. Cada uno de tales esquemas, sin embargo, lleva información valiosísima que de seguro servirá para que el autor, más adelante, logre componer un verdadero *Manual o Tratado de Derecho procesal civil*.

Siendo utilísima la obra del profesor Lovón, bien pudo merecer un reconocimiento por parte de nuestras autoridades (aunque únicamente fuere por medio de un diploma y de la resolución que lo respalde).

M. A. Armaza

▣ Juan Carlos Nalvarte Lozada, *Síndrome de nothing hill*, Asociación movimiento estudiantil de renovación intelectual de Arequipa (Mérida), 2013.

Después de *El hombre de acero*, Juan Carlos Nalvarte Lozada ha publicado *Síndrome de nothing hill*. El título de la obra fue extraído de la película *Un lugar llamado Nothing Hill* y, como se menciona en el libro,

«dicho síndrome puede remontarse a la infancia de la persona que ha sido expuesta continuamente a películas de Disney». Es una historia divertida y amena que relata los incidentes de Julia y Gustavo, una joven pareja que se encuentra sumergida y determinada por el mundo de Disney, pretendiendo incluso asumir los roles de la típica princesa y el príncipe azul. Es un libro altamente recomendable y tal vez alguno de los lectores llegue a sentirse identificado con la historia.

M. A. Armaza

▣ Jorge Luis Salas Arenas, *Indemnidad sexual, tratamiento jurídico de las relaciones sexuales con menores de 14 a 18 años de edad*, Idemsa, Lima, 2013 (un volumen de 398 pp.).

Preside el libro el principio de autotelia de Kant que coloca el Profesor Salas como *Epígrafe*, máxima con la que se invita a la lectura de la «Indemnidad sexual» que, al propio tiempo, dice ya mucho del autor (quien como magistrado, profesor universitario y humano, tiene claro que el hombre jamás puede ser considerado como medio, siendo siempre un fin en sí mismo).

Pero es en el *Prólogo* (pp. 9 a 12) donde encontramos escritas frases como estas: «Durante estos años he indicado que los jueces no tenemos función legislativa». Que eso diga y piense un Juez Supremo, ya es algo que debemos considerar suficiente-

mente plausible, pues reafirma algo que lamentablemente tiene que ser permanentemente recordado y que tiene que ver con que «la única fuente de producción del Derecho penal es la ley».

Acto seguido, da inicio a cada uno de los 6 capítulos que integran el libro.

El *Capítulo I* ha sido reservado al «Tratamiento de las relaciones sexuales» con menores de 14 a 18 años de edad y abarca de la página 13 a la 74; siendo el capítulo central y, a nuestro juicio, el más importante de la obra, ya por la riqueza dogmática que encierra, ya por contener la posición personal del autor con relación al delito que desarrolla.

Principia haciendo un recuento de la «evolución legislativa» cuidándose de incluir el texto original del art. 173 y las 6 modificaciones que en lo tocante a él hizo el legislador desde 1991; para luego distinguir entre libertad e indemnidad sexual. Casi a renglón seguido se preocupa por centrar su atención en los medios de que suele valerse el agente en casi todo delito de violación y tras hacer mención de la «violencia» y de la «amenaza», sostiene que en la figura delictiva que nos ocupa «no es necesaria la presencia de la *vis absoluta* o de la *compulsiva*» (p. 42). El convencimiento de que eso es así, en realidad, es lo que va a dar origen a la posición defendida por el Prof. Salas a lo largo de todo el libro.

Como no podía ser de otra manera, en una obra como la presente en la que el autor desea agotar el tema, hace luego un aporte taxonómico en torno a lo que debe reputarse como acceso carnal; actos análogos e introducción de objetos o partes del cuerpo de que trata la ley; para dar cabida y hacer mención de los sujetos que pueden ser reputados «activo» y «pasivo» en este delito (pp. 44 y 45).

Descartando la posibilidad de que pueda cometerse imprudentemente tal figura delictiva (con lo cual queda claro que el autor no sigue la

teoría estricta del dolo), rotundamente afirma que la violación de menores es un delito exclusivamente doloso (pp. 46 y 47) en el que no puede exigirse un ánimo o tendencia subjetiva distinta, como el *animus lubricus*, o la idea de someter a la víctima al acceso carnal con el propósito de burlarse de ella, por curiosidad o por vengar un resquemor.

Otorgando relevancia al consentimiento, a la determinación culturalmente condicionada y al error de tipo, remata este primer capítulo dedicando unos párrafos al análisis de la consumación, la autoría y la participación.

Sin exageración alguna, la obra del profesor Salas puede ser reputada como una de las más felizmente articuladas en el país, que llevando el sello personal del autor, es sobremodera expresiva, erudita y plástica.

Del *Capítulo II* interesa destacar una sentencia histórica suscrita por los señores vocales José Arce Villafuerte y Jorge Luis Salas Arenas con fecha 31 de enero del 2008 en la ciudad de Arequipa, pues dicho fallo es el que dio motivo para que ulteriormente la sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema de la República pronunciase una resolución también memorable que se ve transcrita en las pp. 144 a 151 de la obra que comentamos y que por cierto ha tenido que servir de base para que se produzca un cambio en el entendimiento de los delitos de violaciones sexuales de menores en el país.

El imputado VJA, el 15 de mayo del 2006, en un hotel, sostiene relaciones sexuales con la menor de 16 años MAGB. Ni en la etapa de instrucción ni en la de juzgamiento, empero, probó el Ministerio Fiscal que median violencias o amenazas y al haber sido voluntarias las relaciones entre el acusado y la presunta agraviada, se otorgó relevancia al consentimiento brindado por ésta. Ahora bien, puesto que la Constitución ampara el derecho de toda persona a autodeterminarse, el tribunal arequipeño,

haciendo un control difuso de la ley penal, que por cierto colisionaba con los derechos fundamentales de la víctima, absolvió a VJA.

Al socaire y con razón solucionó el Poder Judicial arequipeño un asunto que venía preocupando a un sector importante de la colectividad al no tener claro si podían o no dos jóvenes sostener relaciones íntimas al ser menor una de ellas.

Basta lo dicho hasta aquí para afirmar que enriquece sobremanera la literatura jurídica nacional la obra que el Profesor Salas, que a través de Idemsa, alcanza a quienes seguimos de cerca el drama de algunos imputados a quienes muchas veces sin más, se encierra en las mazmorras y jaulas del Estado que, eufemísticamente, se denominan establecimientos penales.

En los capítulos III y IV se consignan varios Acuerdos Plenarios y Jurisprudencias del más alto tribunal de la nación que guardan relación con el tema y en el V, diversos proyectos de leyes tendientes a modificar el art. 173 del CP.

Aunque el trabajo comentado tiene las dimensiones de un tratado de Derecho vinculado al tema que aborda, echamos de menos aquella sección o capítulo en el que bien pudieron incluirse estadísticas judiciales, policiales y penitenciarias que, seguramente, incluirá el autor en las próximas ediciones de esta obra magnífica que recomendamos leer, estudiar y discutir.

A lo largo de las 398 páginas que componen la «Indeminidad sexual» utiliza un aparato bibliográfico que incluyendo los filósofos Montesquieu y Hobbes, le permite además citar a un jurista colombiano, cinco argentinos, un alemán, cinco españoles y once penalistas nacionales de los, sin duda, más destacados.

Enhorabuena admirado profesor por esta entrega.

M. A. Armaza

▣ Jaime Coaguila Valdivia, *Los derechos del imputado y la tutela de derechos en el nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, (un volumen de 263 pp.).

Desde hace algún tiempo, el imputado y los derechos que a este le conciernen, asumieron particular importancia en el proceso penal; lo afirmado es, a no dudarlo, uno de los aspectos capitales que se desarrolla en la obra comentada.

En la primera parte de la misma, da inicio el autor su investigación realizando algunas reflexiones en torno al modelo inquisitorial y el acusatorio adversarial, revelando principios como debido proceso, juez de garantías y derechos fundamentales; para luego dar paso a un riguroso análisis de la tutela de derechos (naturaleza, exigencias y consecuencias), realizando luego una clara distinción entre ésta y figuras afines como *a*) nulidad procesal (p. 33); *b*) derecho a probar (p. 34); *c*) reexamen de medidas restrictivas (p. 36); *d*) acumulación de procesos (p. 36) y, *e*) control de plazos (p. 37).

Más adelante, con gran claridad, se ocupa de los medios impugnatorios que eventualmente podrían plantearse; para acto seguido desarrollar cada uno de los derechos cautelados desde una perspectiva constitucional, otorgando así a su obra, una autoridad científica indiscutible.

Tras ocuparse de aspectos relacionados al Derecho patrio, dedica un espacio para hacer lo propio con el estudio del Derecho comparado, consignando importantes diferencias en torno al trato que recibe esta institución, señalando, por un lado, el problema que generaría ampliar el radio su acción y, por otro, su equivalencia con la acción de amparo. Verdad es que se ocupa de aquel espacio, no de manera tradicional y descriptiva, sino más bien, integrando cada institución, abarcando en esta oportunidad, naciones como Chile y Colombia.

Pone de conocimiento, por último, el más selecto acopio de decisio-

nes jurisdiccionales en torno al tema tantas veces aludido, dejando en claro, el criterio asumido por el máximo órgano del poder judicial. Buscando dejar en claro su perspectiva, anota algunas conclusiones que delatan su seriedad y dominio de la institución comentada.

Resta dedicar unas líneas, por último, para acusar el carácter científico y resaltar el aporte ejecutado por Coaguila, realizado en correspondencia con el CPP y que sin oscilación alguna, aporta de sobremanera al debate jurídico.

Así las cosas, es de advertir que el autor, de quien hasta ahora se conoce trabajos como *Borges y el Tiempo* y *¿Cuál es la ley de Robert Walser?* —por mencionar algunas que ha dado a la estampa—, es un hombre de elevado espíritu intelectual y no porque fuere penalista, sino porque tiene pretensiones que guardan íntima relación con la cultura.

Edgar Condori

■ Fort Ninamancco Córdova, Embargo inscrito y tercería de propiedad, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, (un volumen de 207 pp.).

A puertas de cumplirse tres décadas de vigencia del Código civil, Ninamancco —desplegando vivo esfuerzo—, demuestra que doctrina y jurisprudencia, han sido objeto de diversas transformaciones a un ritmo incesante; produciendo, en consecuencia, diversidad de pareceres en torno a diversos preceptos normativos, como lo es, en efecto, el art. 2022.

Ahora bien, la obra desarrolla lo expuesto con anterioridad, delineando el controversial problema, «la tercería de dominio interpuesta por el propietario no inscrito, frente al titular del embargo inscrito», tema debatido en múltiples ocasiones, pero pocas veces estudiado a profundidad; se trata, en suma, de una investigación muy completa, que delata un verdadero espíritu científico.

El estudio del cual se da cuenta, se encuentra organizado en cuatro par-

tes, a las que el autor ha sobrepuesto algunas preliminares, en la que esboza el conflicto antes referido y la innegable complejidad que ha alcanzado en los últimos días.

Da inicio, disertando sobre el problema y sus repercusiones en el ámbito jurisdiccional, en seguida, realiza una detallada exposición, de las principales consideraciones que se vislumbran en nuestros tribunales. Más adelante, con acuciosidad, desarrolla algunas posiciones doctrinales, pensamientos tanto afines como disímiles, en torno al embargo inscrito y la propiedad desprovista de aquella. Luego, deja entrever el vasto debate jurídico, entre dos eminentes estudiosos de la materia, González Barrón y Ronquillo Pascual, el cual tuvo lugar en la revista, *Actualidad Jurídica*.

Tras realizar un meditado análisis de las diferentes tendencias acerca del tema tantas veces citado, opta por la primacía del derecho de crédito, frente al derecho real y, la necesidad de efectuar una reforma legislativa —que con seguridad suprimiría conflictos no sólo de naturaleza jurídica, sino también, económica— o, en su caso, establecer jurisprudencia vinculante sobre tal aspecto.

Por último, concluye su trabajo, presentando el más selecto y detallado número de plenos casatorios y jurisdiccionales, poniendo en evidencia, las decisiones asumidas por la magistratura en los diferentes distritos judiciales.

Interesante resulta añadir, que las referidas sentencias no revelan uniformidad, sino por la falta de claridad del artículo 2022 del código civil, por la discrecionalidad inherente a cada juzgador.

Así las cosas, sólo resta expresar nuestra viva complacencia al reseñar la naciente edición de Embargo inscrito y tercería de propiedad de Ninamancco, obra cuya lectura y estudio recomiendo.

Milagros Sacsi

Emilio José Armaza, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Editorial Comares, Granada, 2013.

La publicación de la obra *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso* se erige como el resultado más importante del estudio de investigación doctoral que emprendió el ex alumno mariano Emilio José Armaza Armaza bajo la dirección del Prof. Dr. iur. Dr. med. Dr. h.c. mult. Carlos María Romeo Casabona. La obra aparece pocos meses después de que el Ministerio de Justicia de España hiciera público el Anteproyecto de Ley Orgánica que, en dicho país, servirá de base para la próxima reforma del Código Penal. En lo referente al tema abordado por el autor, dicho texto, en su versión inicial, proponía la incorporación al sistema penal español de dos consecuencias jurídicas del delito particularmente novedosas (la pena de prisión permanente retributable y la medida de seguridad de internamiento en un centro de custodia, o custodia de seguridad¹), así como la ampliación del ámbito de aplicación de las medidas de libertad vigilada. En la actualidad, para el sistema jurídico penal español no es ajeno el recurso al derecho de medidas como mecanismo estructurado para tratar la peligrosidad criminal de sujetos plenamente imputables. En efecto, desde que entrara en vigor la reforma penal publicada en junio de 2010 dicho sistema penal experimentó un cambio estructural muy importante, al introducir la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a delincuentes plenamente imputables y que además presenten, a juicio del Juez o Tribunal, peligrosidad criminal. En obra reseñada, Armaza se ocupa de analizar de forma pormenorizada este dilema doctrinal y político-criminal, que ha alcanzado una enorme actualidad y ha aumentado su complejidad a lo largo de los últimos años.

¹ Cabe recordar que la propuesta de incorporación de la custodia de seguridad al CP ha sido excluida de la versión revisada de dicho Anteproyecto (3 de abril de 2013).

Comienza el trabajo con la presentación de un panorama general de los discursos penales y criminológicos que en otros tiempos fueron estructurados sobre esta cuestión [Capítulo I], para luego pasar al análisis del impacto que ha tenido el fenómeno de la «alarma social» sobre la política-criminal contemporánea [Capítulo II]. Conviene resaltar que, respecto de esta última cuestión, Armaza ha considerado que dicha realidad ha afectado de forma negativa a la regulación del tema materia de análisis, en la medida que la presión mediática, social y política derivada de dicho «estado de alarma» ha condicionado en otras ocasiones la adopción de ciertas políticas punitivas tendentes a incrementar el rigor penal. Por ello, el autor ha realizado un análisis estadístico respecto de la cantidad aproximada de personas que probablemente sean portadoras de peligrosidad criminal grave, llegando a la conclusión de que su número actual no justifica, en modo alguno, la consideración de que la sociedad española se encuentre sumida en una suerte de «estado de emergencia» ocasionado por este tipo de infractores.

De otro lado, en el Capítulo III, el autor presenta un pormenorizado estudio —antropológico y jurídico— del delincuente imputable peligroso, en el que aborda las cuestiones relacionadas con su concepto, características, distinción con otras categorías de delincuentes, así como el estudio del concepto jurídico-penal de peligrosidad, su utilidad, función, y, finalmente, las modernas técnicas de predicción de la misma.

Asimismo, el autor se interna en el análisis [Capítulo IV] del tratamiento del delincuente imputable peligroso en el actual ordenamiento jurídico penal español, poniendo de manifiesto que la reforma operada en Junio de 2010 —por la que se introduce el sistema dualista de consecuencias jurídicas del delito para el delincuente imputable peligroso— corrige en alguna medida— las carencias de la formulación original del CP de 1995,

conforme al cual se tenía que recurrir, de forma residual, a la agravación de la pena por medio de la apreciación de la agravante de reincidencia o a la negación de la aplicación de ciertos beneficios penales, vulnerando, de este modo, varios de los principios del Derecho penal contemporáneo.

En el Capítulo V, analiza Armaza el marco teórico sobre el cual se han de estructurar consecuencias jurídicas del delito, afinando los criterios en relación con el fundamento y fines de la pena y de las medidas de seguridad y reinserción social, para luego sumergirse en el estudio crítico de las respuestas actuales más controvertidas articuladas como parte del tratamiento del delincuente imputable peligroso [Capítulo VI], tales como el endurecimiento de la duración y cumplimiento de la pena, la prisión permanente revisable, el internamiento en un centro de custodia de seguridad, la libertad vigilada, los registros especiales y la notificación a la comunidad, la castración química y la psicocirugía.

El Capítulo final de la obra está consagrado al desarrollo de una propuesta para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso. En dicho apartado, el autor niega la conveniencia de recurrir a las penas (cuestionando, de manera especial, la propuesta relacionada con la introducción de la prisión permanente revisable) o a la incidencia en ellas con base en la apreciación de la peligrosidad criminal como mecanismo idóneo para enfrentar esta problemática. En su lugar el autor señala que el mecanismo adecuado para este fenómeno está constituido por la aplicación del sistema dualista por medio de la imposición de penas —ajustadas a la medida de la culpabilidad— y, cuando correspondan, medidas de seguridad. En lo referente al análisis de las medidas de seguridad, el autor manifiesta su rechazo al recurso a los registros especiales y la notificación a la comunidad, la castración química y la psicocirugía, basándose en criterios vinculados con la vulneración del principio de proporcionalidad y la

idoneidad de la medida de seguridad para la consecución de sus fines (principio de adecuación a fin). Asimismo, recuerda que las dos últimas medidas entran incluso en conflicto con la prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes y, por lo tanto, vulneran de la dignidad humana, así como con el principio ético de autonomía reconocido desde 1997 por el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, el cual forma parte desde 2000 del ordenamiento jurídico español.

No obstante, el autor valora positivamente la introducción en el CP, efectuada en el año 2010, de la medida de libertad vigilada y propone la introducción de las medidas de internamiento en un centro de terapia social —que estaría indicada para aquellas personas que puedan ser rehabilitadas y, por tanto, tendría que ser aplicada de forma vicarial—, así como la de internamiento en un centro custodia —indicada para aquellas personas a las que no pueda aplicarse la medida de internamiento en un centro de terapia, bien porque hubiesen rechazado el tratamiento, o bien porque se prevea que, sobre ellos, la terapia no surtirá los efectos deseados— con un límite temporal máximo e improrrogable. Por último, analiza las condiciones concretas de ejecución y cese de las medidas de seguridad propuestas.

El jurado ante el que fue sustentada la tesis doctoral de cuya publicación se da cuenta, estuvo integrado por los señores profesores Joaquín Cuello Contreras (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura), José Luis de la Cuesta Arzamendi (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco), Ángel José Sanz Morán (Catedrático de la Universidad de Valladolid), Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro (Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de La Laguna) y Asier Urruela Mora (Profesor Titular

Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza); mereciendo la máxima calificación de Sobresaliente *Cum laude*.

Doly Jurado

■ ■ ■ ■ ■ Carlos María Romeo Casabona, *et alii*, *Derecho Penal, Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Editorial Comares, 2013 (un volumen de 345 pp.).

Con sorpresa recibimos hace unos días la obra sistemática que acaba de publicarse en la prestigiosa y conocida Editorial Comares de Granada (España) bajo la dirección de los profesores Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar.

Se trata de un verdadero Manual de Derecho Penal en el que los más destacados especialistas españoles del momento, a través de un esfuerzo envidiado y conjunto, nos llevan de la mano hacia los temas esenciales de la ciencia de los delitos y de las penas de un modo tan didáctico que, sin duda, nuestros estudiantes podrán beber de tales conocimientos con provecho y sin dificultad.

Aunque cada capítulo se halla redactado por un autor distinto, se ve que la obra está debidamente coordinada, pues obedece a un sistema afín al que prima en las más importantes universidades alemanas, españolas o argentinas.

Ya en las primeras páginas dejan los autores anunciados los elementos del Derecho penal (norma, delito o infracción penal y consecuencias jurídicas), distinguiendo, luego, entre norma primaria y secundaria.

Tomando alguna distancia con la teoría que estima que la norma cumple una función motivadora de conductas (p. 12), destaca la «validez objetiva» de la misma siempre que su «creación y expresión» se hayan «realizado conforme a los procedimientos constitucionalmente previstos» (p. 3), con lo cual queda claro que no podrían ser fuente de creación de Dere-

cho penal los acuerdos plenarios y las sentencias de los tribunales, cualquiera que fuere la instancia o jerarquía de los mismos.

Rotunda e importante es la posición que se asume en aquellos casos en los que se cuestiona la validez objetiva de la norma por parte de quien estima que por su cultura o por sus convicciones personales, debe desacatar lo prescrito en ella (guardando tales aspectos relación con lo prescrito en el artículo 15 del código penal peruano que, por cierto, contiene el llamado error de comprensión culturalmente condicionado).

Los veintitrés capítulos que integran el enjundioso tratado tienen como autores a los señores Carlos María Romeo Casabona (Cap. 1: El concepto y los elementos del Derecho penal), Carlos María Romeo Casabona (Cap. 2: La función del Derecho penal), Miguel Ángel Boldova Pasamar (Cap. 3: Los principios del Derecho penal), Sergio Romeo Malanda (Cap. 4: La vigencia de la ley penal), María Ángeles Rueda Martín (Cap. 5: El concepto del delito), María Ángeles Rueda Martín (Cap. 6: La acción y la omisión), Fátima Flores Mendoza (Cap. 7: La tipicidad), Esteban Sola Reche (Cap. 8: El tipo del delito de acción doloso), Carlos María Romeo Casabona (Cap. 9: El tipo del delito de acción imprudente), Irene Navarro Frías, Esteban Sola Reche y Carlos María Romeo Casabona (Cap. 10: El tipo de omisión doloso e imprudente), Fernando Guarnarreme Sánchez Lázaro (Cap. 11: La autoría y la participación), Carmen Alastuey Dobón (Cap. 12: Los grados de realización del delito), Esteban Sola Reche y Carlos María Romeo Casabona (Cap. 13: Las causas de atipicidad), Fátima Flores Mendoza (Cap. 14: La antijuridicidad. Las causas de justificación), Jorge Vizueta Fernández (Cap. 15: La legítima defensa y el estado de necesidad justificante), José Ulises Hernández Plasencia (Cap. 16: El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento), Asier Urruela Mora (Cap. 17: La culpa-

bilidad), Asier Urruela Mora (Cap. 18: La imputabilidad en el Derecho penal. Causas de inimputabilidad), María Ángeles Rueda Martín y Asier Urruela Mora (Cap. 19: Las causas de irreprochabilidad), Jorge Vizueta Fernández (Cap. 20: La punibilidad), Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro (Cap. 21: Las circunstancias atenuantes y agravantes del delito), Estrella Escuchuri Aisa (Cap. 22: El concurso de leyes y de delitos) y, Miguel Ángel Boldova Pasamar (Cap. 23: La responsabilidad penal de las personas jurídicas).

Ya por tener claro que la ciencia es universal, ya por tener el propósito

de difundir en Europa el pensamiento de un buen número de penalistas latinoamericanos, se ven citados a E. Raúl Zaffaroni, Juan Bustos Ramírez, Erika Mendes de Carvalho, Edgardo Donna, Laura Rodríguez Zúñiga, Emilio Armaza Armaza y, entre otros, E. Bacigalupo.

No podemos sino adoptar como guía, a partir de la fecha, el libro reseñado, recomendándolo, sin más, a nuestros estudiantes.

Julio Armaza

**VII. NOTICIAS SOBRE EL FORO
Y ALGUNOS OTROS DATOS**

EL FORO*

♦ Aguilar Chacón, Juan (*Negro Canebo*). La edición del 18 de enero del 2013 del semanario «Hildebrandt» dedica un espacio importante (pp. 30, 31 y 32) al otrora famoso delincuente juvenil *Canebo* que cumple carcelera en el penal de Lurigancho de Lima.

Como su estatus carcelario es bastante modesto, carece de celda (siendo, según se dice en el argot criminal, un *ruflo*). Si bien a los 9 años principió a sustraer frutas y carteras, a los 17 infundía tanto o más temor que el mismísimo Oswaldo Gonzáles Morales (*Django*). Su máspreciado anhelo de juventud, según lo refiere en la entrevista, fue integrar una banda criminal análoga a Los Destruyores que asoló la capital peruana a través de las más efectivas extorsiones, homicidios y robos. Aunque no se crió con sus progenitores, recuerda claramente el consejo que recibió de su padre: «realiza todas las fechorías que desees, pero hazlo, con vista a granjearte impunidad, antes de cumplir 18 años de edad».

Siendo preguntado sobre lo que significaba para él verse fotografiado en las primeras planas de los diarios en los que se daba cuenta de sus crímenes, responde lo siguiente: «Sentía orgullo, como si fuera alguien importante. Me gustaba verme allí».

Después de admitir debilidad por las mujeres de piel blanca, reconoce haber violado a siete y que no se arrepiente de ninguno de los hechos que cometió.

Aunque nació en 1974, se lo ve bastante envejecido y con el cuerpo lleno de cicatrices y tatuajes.

Bracamonte Fefer, Eva Lorena/Trujillo Ospina, Alejandro. La segunda sala especializada en lo penal de la corte superior de justicia de Lima, con fecha 12 de octubre del 2012, dictó sentencia condenatoria en contra de los señores Bracamonte y Trujillo al hallarlos responsables del homicidio de Silvia Myriam Fefer Salleres. A la primera, según se consigna en la parte resolutive del fallo, se le impuso 30 años de privación de la libertad; al segundo, en cambio, 35.

Eva Bracamonte, según se aprecia de la lectura de la sentencia, contrató los servicios del sicario colombiano Trujillo, quien la madrugada del 15 de agosto del 2006 ingresó al domicilio de Fefer Salleres y procedió a ahorcarla; luego, cogió los 7 mil dólares que Bracamonte le dejó como pago en la misma habitación y, sin más, abandonó el lugar del crimen.

* Por J. Armaza G.

Aunque el mandatario reconoció haber privado de la vida a Myriam Fefer, no admitió que lo hizo por encargo —ya que únicamente deseaba robarle sus bienes—; el colegiado, en cambio, dio por probado que Bracamonte actuó como mandante.

No existiendo testigo alguno del lamentable suceso, la sentencia adujo indicios de oportunidad, de motivo y de participación. He aquí lo que en resumidas cuentas esgrimió: *Indicio de oportunidad*. Siendo poco probable que Trujillo pudiese ingresar al domicilio de Myriam Fefer, pues tenía articuladas diversas medidas de seguridad (alarmas, candados, *offendiculas*, etc.), es claro que debió contar con el auxilio de alguien que, viviendo con la occisa, abriese las puertas y desactivase las alarmas. Eva Bracamonte, en efecto, tenía acceso a las llaves y, además, reconoció haber abandonado su habitación hasta en dos oportunidades —momentos antes de ocasionarse la muerte de su madre—. *Indicio de motivo*. Myriam Fefer, sin justificación conocida, intentó privar a Eva Bracamonte de la herencia que ésta había recibido de su abuelo e, incluso, le impidió relacionarse sentimentalmente con personas de su mismo sexo; a la larga, eso motivó que en la «acusada» germinase un «resentimiento». *Indicio de participación*. Mintió Bracamonte cuando aseveró haber abandonado su habitación —momentos antes del asesinato— para sacar de la cochera unos documentos con los que debía cumplir una labor escolar (tal labor, como se demostró, no le fue encomendada por su profesora de francés); pues lo que en realidad ocurrió es que procedió a hacer dejación de sus aposentos para retirar los seguros de las puertas por donde final-

mente ingresó el sicario Trujillo Consumada la muerte de su madre, recibió dos llamadas desde el celular de está (presumiblemente efectuadas por el sicario para dar cuenta que su trabajo había sido cumplido); donó a su empleada doméstica (Lucía del Carmen Mendoza Illescas), por último, un departamento ubicado en el distrito de Jesús María; tal liberalidad tuvo el propósito de comprar su silencio.

Aunque Trujillo fue condenado por asesinato (art. 108, inc. 1 y Bracamonte por parricidio (art. 107), todo indica que la sentencia no se basó en el principio de culpabilidad por el hecho sino más bien, en aspectos morales y en el modo de vida de los agentes. En el rubro «Determinación judicial de la pena», refiriéndose a Eva Bracamonte se consigna lo siguiente: «[...] no sólo ha violado y destruido el bien jurídico máspreciado, esto es la vida humana, sino que además ha vulnerado *principios y sentimientos* fundamentales, como son el respeto y acatamiento al ser que le dio la vida». Acto seguido, en la misma sección, hace la siguiente referencia de Trujillo Ospina: «delinque desde niño, lo que evidencia que tiene como modo de vida la delincuencia».

Finalizando el mes de septiembre del 2013, la Corte Suprema de la República anuló el fallo condenatorio y dispuso la liberación de Eva Bracamonte; con todo, los 47 meses de encierro carcelario indebido, los gastos que invirtió para defenderse y el dolor moral que se le ocasionó, a nadie interesan. Todo lo que tuvo que soportar la señorita Bracamonte es, sin duda, parte del *sistema*; así, lamentablemente, funcionan las cosas en nuestro país.

El tribunal constitucional y la rata. El hebdomadario «Hildebrandt», correspondiente al 12 de abril del 2013, da cuenta de una resolución expedida por el tribunal constitucional durante el verano del 2004. El caso es que Pedro Ignacio Paz de Noboa, dentro de una jaula, exhibió un roedor (rata) frente al local de la corte superior de justicia de Tumbes; acto seguido, en algún lugar del alcahaz, se las ingenió para colocar un letrero con el siguiente contenido: «Rata Presidente». Camilo Santillán Vergara, a la sazón presidente de la corte superior de justicia, dándose por aludido, mandó incautar el anuncio, la cávea y el animal —todo ello, por cierto, a viva fuerza y con la participación de la policía judicial—. Paz de Noboa, por su parte, respondió suscribiendo una acción de *hábeas corpus*, pues deseaba le sea devuelto el animal.

El fallo del tribunal constitucional, después de señalar que la pretensión de Paz de Noboa contenía un «absoluto despropósito jurídico» y, además, «una falta de respeto a la majestad de quienes administran justicia», declaró «infundada la demanda» y, allí mismo, ordenó sancionar e investigar judicialmente al osado Paz.

El suceso, por fortuna, permitirá reflexionar sobre un sinnúmero de aspectos; he aquí algunos de ellos: ¿Tiene un magistrado autoridad para privar de la libertad a un animal y, luego, —sin que exista resolución judicial— desaparecerlo? ¿Es esa una actitud civilizada? Algo más: ha señalado el colegiado que la conducta de Paz conlleva una falta de respeto a los operadores judiciales, pero falta saber si, en

un estado de derecho y democrático, ese respeto se impone o, más bien, se gana.

Si se consideraba aludido el juez Santillán, pudo muy bien querellar por difamación encubierta a Paz. Mandar eliminar a un animal, ajeno a toda maldad, es algo que no puede aceptarse.

VIII. MISCELÁNEA

MAREA AZUL

VÍCTOR MARÍN CHOQUE

Recostado en su cama, frente al televisor, Alipio Mamani (El Carnicero) mira uno de los partidos de fútbol de la liga italiana; contristado, recuerda la dura infancia que le tocó vivir, el temprano fallecimiento del padre, el compromiso sentimental que inmediatamente adquirió la madre y, por añadidura, los maltratos físicos y psicológicos que cruel y cotidianamente le profería su padrastro. Esa situación, según le venía a mientes, lo obligó a tomar la decisión de abandonar a su querida madre y, sintiéndose libre —amén de hambriento—, principió a ganarse la vida como pájaro frutero y como pirañita. Desde entonces, sin embargo, transcurrieron casi dos lustros.

Rinnnnnnnnnnnnn sonó el celular.

—Hola, ¿con El Carnicero?

—Sí.

—Bien, hablas con Francisco. Hemos llegado de Lima con la barra brava del Alianza ¿Cuál es el punto de encuentro y a qué hora?—. A Francisco, en el ambiente en que desplegab sus actividades, se lo conocía con el remoquete de Vengador; arrastrar tan feo apodo, empero, no le era motivo de incomodidad, sino, más bien, de envanecimiento.

—Bueno, los de Arequipa convenimos efectuar una reunión en la Plaza Romana a las dieciséis horas.

—¿Todo está listo?, —preguntó Francisco—.

—No, todavía falta ajustar algunos detalles.

—¡Diantres! ¿Qué pormenores falta afinar?, ¿dónde estás?

—En el *lobby* del hospedaje «Tía María» de la calle Dos de Mayo.

—Espérame allí; que en cuestión de veinte minutos te alcanzo.

—Aquí estaré.

Vengador, interesa indicarlo, desciende por línea paterna de uno de los integrantes de la banda criminal «Los Destruidores» que, tras las múltiples fechorías en las que participó, cumple condena en el penal de máxima seguridad de Piedras Gordas; como su padre, tuvo una infancia dura, llena de penurias y temores; una parte de la misma la sobrellevó en los Barracones del Callao y, la otra, en Ventanilla, sin energía eléctrica, agua o desagüe y dentro de una habitación de piedra *apircada* y techo de esteras. Aunque de piel atezada, la forma de su rostro delata un ancestro acriollado. Gasta zapatillas de lona, *blue jean*, guantes azules y un polo tachonado con grabados obscenos, luciendo, además, tatuajes, aretes, anillos, un crucifijo y dos dijes al cuello, tres pulseras en la muñeca y, terciada, la cadena más exageradamente vistosa que sea posible imaginar. A la azarosa circunstancia de haber nacido bajo el signo Sagitario, atribuye la admiración que siente por sí mismo, vislumbrando, simultáneamente, que tendrá suerte en el amor y, principalmente, que gozará de salud, larga vida, riquezas y virilidad. Con todo, confirma y reconfirma su hombría lanzando, consciente o inconscientemente, escupitajos al suelo. A pesar de tener diecinueve años de edad, aparentaba algunos más.

Antes que transcurriese el tiempo fijado en la conversación telefónica sostenida entre Francisco y Alipio, ingresó aquél al hospedaje convenido.

—Buenas tardes.

—Hola —contestó Alipio—.

—Puesto que todavía no tienen reunido el material requerido para el partido de fútbol —comentó Francisco—, he de inferir que son unos incompetentes. Con todo, sincérate Alipio y dime, ¿cuántas chairas, canutos, frejoles, clavos y baberos poseen? ¿Qué es precisamente lo que falta? ¿manyas el problema en el que estamos?

—Fíjate, la situación económica en Arequipa no es buena; es más, el grueso de integrantes del comando sur lo componen aplanacalles, barriobajeros, bedeles y jovencitos de bozo en flor que lo único que tienen en común es la mesa de milanos en que meriendan. No obstante, poseo alguna guita y, por supuesto, un chimpún.

—Es menos que nada lo que tienen. ¡Cómo pude haber confiado en ustedes! ¿Cómo enfrentaremos a la fanaticada del Universitario? ¡Qué fracaso! ¡Qué fracaso! Algo debemos y tenemos que hacer.

—¿Qué medidas sugieres tomar?

—Llama a tu gente, pero ya. Insisto, que vengan presto. Exijo verlos aquí. Hombres, mujeres, toda tu yunta.

A repelones, ya a través de mensajes de texto, ya llamándolos desde su celular, Alipio convocó uno a uno de los foros del Alianza que tenía bajo su dirección sabiendo, de antemano, que muchos tardarían en desplazarse y llegar desde las zonas marginales en que vivían. Como fuere, el primero en asomar la cabeza al Tía María fue Cristian (Crissi), un joven de veintidós años de edad, rostro claro, buen talle y mirada angelical a quien ni eso ni nada lo había liberado de los cotilleos o, mejor aún, de los comentarios que a espaldas suyas se hacía respecto a su indefinición sexual.

—Hola chicos— saluda Crissi. En el acto, sin responder dicho saludo, Alipio le encarga poner todo el empeño del que fuese capaz para maquillar, desde tempranas horas del día siguiente, a los jóvenes de la barra que, de seguro, disfrutarán con la aplicación de tales tocamientos. Crissi, que no esperaba escuchar tales palabras, se amapoló.

Poco a poco, según era de esperarse, se abarrotó el vestíbulo del hotel y en el momento más apropiado, demandó Francisco la adquisición de drogas, cacharrazo y gaseosas; para el efecto, alcanzó un atadillo de billetes a James Vallejo—su adlátere—, quien momentos antes, por boca de Alipio, tomó conocimiento que pululaban en las inmediaciones unos traquetos que, a no muy oneroso precio, solían proporcionarles el producto. Calculada a ojos vista la cantidad de asistentes, sin más, ordenó la compra de cincuenta y cuatro porritos cargados de marihuana y, para él, tres de bazuco. Crissi, que estaba atento a cuanto acontecía, abemoladamente reclamó para sí un yogur.

Como fuere, antes de las dieciocho horas James Vallejo y dos confidentes de Alipio, a quienes se encargó la tratativa con el pusher al efecto escogido, retornaron junto a sus amigos y, en un santiamén, se engolfaron en el consumo de las sustancias adquiridas. El líder del grupo guardó el bazuco que recibió de uno de los comisionados y de un sobrecito sacó una pisca de cocaína que, cuidadosamente, esnifó; James, que era yonqui, consumió lo suyo.

Achispados por la ingesta de las sustancias, unos comenzaron a gritar: —¡evoché!, ¡evoché!, que traigan más licor—; otros, —¡ea!, ¡ea!, ¡que viva la marihuana!—. James, atizando el fuego, destrozó frente a todos una camiseta del Universitario de Deportes y, casi inmediatamente se intensificó la turbamulta. Como la cosa iba a pasar a mayores, Alipio hizo ver

lo conveniente que era serenarse, básicamente porque todavía no había llegado el momento de tronar los petardos.

—Chist—, dijo Francisco inyectando airadamente los ojos en Alipo. —Mejor siéntate, ablandabrevas, cagueta—; luego, acaso con elocuencia, arengó del modo siguiente: —El nervio revolucionario e inconforme que posee y ostenta el arequipeño, lo ha hecho objeto de admiración y envidia. De Tacna a Tumbes, según me consta, todos temen al León del Sur. Cuánto lamento no haber nacido en la Ciudad Blanca; cuánto, hermanos míos, no haber podido criarme entre sus nevados, a orillas del Chili o en su campiña. La vena inquieta e insurrecta del mistiano, según los más autorizados sociólogos, mucho debe a que gravitan sobre su personalidad la ubicación geográfica de la ciudad, el Misti, el Chachani y el Pichupichu; hasta los cóndores del Cañón del Colca y la Virgen de Chapi tienen que ver con ello. Somos los arequipeños —y adviértase que hablo en plural e incluyéndome entre ustedes—, de los pocos que tienen el corazón encendido y vibrante, pletórico de inconformismo y, sobre todo, repleto de amor por la patria chica. Si alguien es dado a realizar las cosas más inverosímiles e insospechadas, si alguien tiene buenos aceros, si alguien, en fin, toma su propia ciudad y la destroza con la facilidad de quien cose y canta, es sin duda el arequipeño. La bravura, la reacción desproporcionada y el empuje arequipeños, han hecho del mistiano un hombre especial, inimitable, ejemplar y singular—.

Los jóvenes auditores, una vez aborregados con el embeleso del discurso, fácil e inmediatamente aceptaron la propuesta que a continuación lanzó Francisco: —Bajo la dirección de James, cojan los picos de las botellas del licor consumido y como una marea azul, es decir organizadamente, den inicio a la más descomunal retahíla de atracos; con tal propósito, sacrifiquen a cuanto sujeto sin ideal deportivo, pasión por el fútbol o espíritu competitivo encuentren. Apremia imponer ya mismo una nueva moral deportiva—.

Alipo, que replicó haciendo algunas objeciones concernientes a lo difícil que sería distinguir a las personas con y sin aficiones futbolísticas, fue una vez más desairado. —¡Por todos los ángeles que viven en el cielo! El mundo se mueve sacrificando algunos inocentes. Si incurriésemos en equívocos o excesos, remató Vengador, habrá que pasarlos por alto—. Luego, dando otro giro a sus palabras, advirtió: —Lo que debe quedar anticipadamente acordado es que el dinero obtenido tras los hechos en los que vamos a participar, preeminentemente ha de ser invertido en la compra de matracas, confetis, bocinas, carracas, panderetas, pitos, triquitraques, chairas, pistolas y balas; de

lo contrario, la barra brava del Universitario nos aplastará. Vamos amigos, ¡quiero ver sangre!, ¡quiero ver sangre!—.

—¡Qué barbaridad!, ¡qué horror! Eso es delito —dijo Crissi—.

—Que no, que no y que no, aquí no hay delito —replicó Francisco—; lo sé porque me eché el código penal al colete media docena de veces, al punto de conocer, casi de memoria, entre veinticinco y treinta artículos—. Mientras pronunciaba estas palabras, cogía la funda imputrescible que llevaba adherida al cinto e hizo ademán de sacar el cuchillo de hoja dentada, mango de madera y muelle metálico que reservaba usar cada vez que alguien osaba contradecirlo.

Alipio, intentando retomar el liderazgo, insinuó formar dos grupos e ir a las zonas más desprotegidas de la ciudad, mencionando, con dicho propósito, los nombres de las avenidas y calles en las que, a su juicio, asestarían con mayor éxito sus más efectivos golpes. James, que para entonces guiaba el cutterío, aceptó la propuesta del Carnicero.

Instalados los dos grupos en sus respectivos lugares de operación, comenzaron escamoteando a cuanto transeúnte se les cruzaba en el camino; no haciendo reparo ni miramiento alguno, pues inválidos, niños, señoras y ancianos, uno a uno iban cayendo, cogoteados éstos y con el rostro desfigurado aquéllas, ya arrastrando previamente a las víctimas, ya introduciéndoles los picos de las botellas en las extremidades. Un orate, contagiado por tan enfebrecida behetría, se lanzó sobre los pechos de una adolescente y, desconcertado, corrió luego tras un arbusto en el que, según pensaba, hallaría oportuno y seguro escondite. Tantas y tantas fueron las víctimas esa noche de fin de semana, de cielo sin luna, de desesperanzas, de llantos, de desgracias y de ausencia policial que, sin duda, quedó la ciudad a manos de la delincuencia.

Antes de media noche, según se había convenido, la marea azul retornó al hospedaje y como era de esperarse, cada uno de los integrantes de la cofradía colocó al pie de una consola el variado botín que traía consigo. Celulares de colores y formas diversos, cámaras fotográficas digitales, dinero, tarjetas de crédito, pulseras y anillos de oro, cuatro ordenadores portátiles, collares y aretes de abalorio, lectoras de disquetes, videocámaras, cedés, devedés y otros objetos de chicha y nabo que, al día siguiente, sin dificultad remató en una cachivachería Alipio.

Como fuere, en horas de la tarde se llevó a cabo el encuentro entre los equipos contendores y al no haber abierto la puntuación ni uno ni otro, los fanes, entre griteríos, abandonaron el estadio. Vengador, que reconducía a los suyos por la aveni-

da Venezuela y hacia un inevitable altercado con los hinchas de Universitario, recibió de manos de Alipio un atadillo que, en el acto, se apresuró a esconder en el bolsín de cuero adherido al ceñidor; unos minutos después, se dio inicio al combate. Piedras por aquí, botellas rotas por allá; navajadas a la altura del rostro, zurriagazos bajo los muslos; apaleos contra los del Universitario, punzadas contra los del Alianza. Mientras unos caían, otros intentaban levantarse; éstos huían y aquellos acometían. De pronto, un disparo de bala cortó el hilo de la vida a Juan Carlos, líder del Universitario de Deportes que, otrora, disputó los amoríos que tenía Francisco con una joven limeña. Tras el operativo policial esa noche organizado, se detuvieron a seis sospechosos; Francisco, que figuraba entre ellos, no tenía los guantes ni el bolsín en el que colocó el atadillo que en su momento, cuidadosa y subrepticamente, le alcanzó Alipio.



Epílogo

Floripondio Carrera, fue designado fiscal *ad hoc* para investigar el infortunado fallecimiento de Juan Carlos y, en menos de veinticuatro horas, dispuso la liberación de Francisco; en cambio, requirió con éxito la prisión preventiva de Ricardo Medina, el loco que espontáneamente, la noche anterior a los hechos, se había aproximado a Lupe, la joven cuyos pechos y recato tocó. Una videocámara instalada en el parque Hipólito Duhamel, permitió identificar al orate. Nueve meses después, la causa estaba a punto de ser resuelta; Carrera, solicitó treinta años de prisión contra el lunático.

Después de efectuados los alegatos finales, Joaquín Villanueva, abogado de Medina, cruzó una breve charla con el fiscal en los pasillos del Palacio de Justicia.

—Todo indica, señor fiscal, que el autor de la muerte de Juan Carlos fue Francisco; basta remitirse a las declaraciones de los testigos que concurrieron a la audiencia para comprender que se odiaban y que acaso el motivo del crimen fue el deseo de vengar el resquemor ocasionado por la disputa de los amores de una joven limeña que optó, finalmente, por aceptar los requerimientos efectivos del ahora interfecto; en todo caso, los rumores, que vienen y van, de aquí para allá, son contestes en ese sentido.

—Tal vez, pero es una apreciación enteramente personal y subjetiva la que hace usted. La justicia se basa en objetividades, en pruebas tangibles o visibles y no, como supone, en las meramente auditivas. Nosotros los fiscales, estimado amigo, somos ante todo científicos.

—Como fuere, no alcanzo a comprender cómo es que solicitó treinta años de pena de cárcel para un pobre vesánico que lo único que hacía es pasar por el lugar donde acaecieron los atracos de la noche anterior y ante la turbamulta, decidió, vaya a saberse porqué, tocar el cuerpo de la joven Lupe.

—Eso tiene una explicación. Al haber captado la videocámara esa imagen, es fácil deducir que también pudo haber participado al día siguiente. En todo caso, la acusación tuvo el propósito de obligarlo a que delate al verdadero autor. Por algún lugar teníamos que comenzar.

—Pero se encuentra detenido hace casi diez meses.

—Despreocúpese de ello, son los costes que se tiene que cobrar a alguien. Si excepcionalmente un inocente resulta condenado, qué le vamos hacer. Así funciona el sistema.

EL CHALZO GRANDE

JOVIN VALDÉZ PEÑARANDA

No entiendo y no estoy seguro de creer en el pecado. Quizá haya sido un pecado matar el pez. Supongo que sí, aunque lo hice para vivir y dar de comer a mucha gente.

*Ernest Hemingway
Blanco*

1

Frente al pueblo de Carumas, por el límite donde se oculta el sol, en la cumbre del cerro Saclaque, creció un árbol muy grande y coposo; tenía como fondo el tul del cielo, y su única compañía era el camino que serpentea de Carumas a Moquegua y los abruptos peñascos de su entorno; su grosor era la medida del abrazo de dos hombres, que al rodearlo apenas tocaban las puntas de los dedos, sus ramas se trenzaban como los garabatos de un niño, esbozando manchas oscuras por lo tupido del follaje; en tiempo de aguas lucía más lozano y más verde, y cuando el aguacero azotaba torrentoso servía de paraguas a los peregrinos. Su sombra a la hora del calor se dibujaba en el empedrado del camino, brindando la frescura y el aroma de sus hojas al que descansaba a sus pies. Este árbol se llamaba Chalzo Grande, apelativo de don Fátor, el leñador.

Se acercaba Semana Santa y ese año se sufrió una gran sequía, y aquel compañero de los viajeros no estaba frondoso como en años pasados; sus ramas estaban secas y las hojas marchitas las podaba el vendaval, hasta los nidos fueron abandonados, y sólo quedaban vestigios de las aves que cantaron en su seno. Algunas de sus raíces asomaban en el pasto calcinado, y bajo los tallos rojizos y descascarados, había una piedra que semejava un sofá, donde los caminantes descansaban después

de escalar la cuesta de Yalamonte. Pero ahora, allí nadie se sentaba a limpiarse el sudor y a contemplar la hermosa campiña de Carumas, porque en aquel descansadero ya no había sombra, sólo el sol tostaba la blanquecina piedra y las hojarasca del suelo miraban hacia arriba los tallos donde bramaron meciéndose con el viento.

Por aquel entonces no había luz eléctrica, la leña y el estiércol del ganado vacuno hacían de combustible, de ahí que don Fátor, se dedicaba a trozar queñuos en cerros lejanos, hacer tercios de leña y cargarlos en sus borricos para venderlos en el pueblo.

Don Fátor era ancho y macizo como el tronco de un yunque, tenía regular estatura, lucía un sombrero habano que le cubría las canas, su tez era color de la greda, resaltando en el semblante sus grisáceos ojos de mirar bondadoso, y hablaba con voz grave cual la sexta de una guitarra; todo lo que le daba el aspecto de un hombre sensato, de alma transparente, serena y febril. Tenía la reciedumbre del labriego de buen temple, y no obstante su incipiente instrucción, sus actos demostraban los valores de moral y equidad; y cuando se compenetraba en sus rudas labores frente a la naturaleza, manifestaba su noble voluntad de hierro. Solía pararse al borde de su chacra, a lado de unos árboles, taciturno como otro árbol, en las bandas de Cayunvaya, donde se deleitaba con el revoloteo de las golondrinas que volaban sobre los trigales. Pero esta vez estaba cerca al cementerio, en la ribera del barranco de Livaya, observando el camino que conduce al lugar donde se alzaba el Chalzo Grande. Pensaba: «Si de él hago leña. ¿Protestaría la gente? Pero ahora está seco, de allí pueden salir unas cinco cargas. Aunque creerán que en tiempo de lluvias reverdezca, y me criticarán».

Después de discurrir un instante dijo para sí, «total ese árbol es del Estado y al fin de nadie, porque está al borde del camino, y últimamente pocos transitan por ahí, además me urge tener unos reales para la Semana Santa». Y así decidió hacer leña de aquel árbol. El hombre cuando encuentra justificación para delinquir, oculta su remordimiento y se siente triunfante desde que resuelve perpetrar el acto.

Esa noche se hizo hacer el fiambre con su esposa, Angélica, y a eso de las dos de la madrugada, salió de su aposento, miró el cielo y los techos que se extendían a su vista, y decidió partir a esa hora, puso los aparejos en dos burros que tenía en el establo, y llevando consigo tres más que fletó, lió en uno las reatas y el hacha, montó en otro y se puso en marcha, dejando el tropel de los jumentos en las calles empedradas del pueblo,

tomó el camino de *Sicsige* y se dirigió al sitio donde palidecía deshojado aquel árbol. Al tramontar las cumbres de donde se divisa el volcán Ubinas y los oteros que lo circundan, contempló meditabundo las argentinas nubes que inundaban las quebradas aclarando la noche.

Antes de avizorarse la alborada, estuvo en la meta. De primera intención hizo una fogata para alumbrarse, se sentó en un aparejo a masticar coca y fumar un cigarro, y mientras exhalaba las bocanadas de humo, miraba de abajo hacia arriba la estatura del árbol, pensando en la forma cómo debía talarlo. En ese instante, entre los matorrales asomó un zorro clavando sus ojos como reflectores en el leñador, éste se quedó frío, con sus sesenta años posados en la piedra de donde no podía pararse, sólo después que el intruso desapareció, apenas pudo incorporarse, y cuando quiso seguirlo, fue más grande su asombro al ver que no se movía nada en ninguna parte. El viejo desconcertado, caviló un momento sobre el misterio de aquella aparición, y tomando aliento se quitó el poncho, cogió el hacha y empezó la faena; generalmente cortaba los árboles al amanecer, pero esta vez, comenzó a esa hora para que nadie lo viera; al tajar los tallos, sentía vergüenza y remordimiento, comprendiendo lo ilegal de su actitud. Nerviosamente derribó al enorme mauzo, y cada vez que pulsaba el hacha cuyo filo hería al madero, le parecía sangre la savia que brotaba de sus vértebras; sin embargo, trozó cada palo y formó exactamente las cinco cargas que había calculado.

Cuando el sol irradió las puntas de los cerros, ya todo estuvo listo; ha podido contar con la ayuda de sus hijos, pero prefirió hacerlo solo, le bastaba su fuerza y su destreza; cargó cada tercio en el lomo de los burros y dándole al último una palmada en el anca, les habló con obsequiosidad:

—Vamos compañeros, al llegar les daré un premio. Desató de un mantel el fiambre, y mientras comía, los arreaba con estima, hablándoles en voz alta a manera de sermonearlos, para que bajen con cuidado la pendiente pedregosa del camino.

Y en la altura donde lió la leña, sólo quedó el tronco mutilado, junto a la piedra que sirvió de solaz a los caminantes.

Los jumentos caracoleaban en la bajada apurando el paso, ya que tenían sed, y desde adentro salía el rumor del agua que se agolpaba en el río. En tanto el leñador, sumido en su reproche, miraba al frente los techos de calamina que reflejaban como espejos, y abrumado de rubor observaba el pueblo, sintiéndose responsable del bien que lo despojaba, en la tibieza de esa mañana espléndida de sol.

En el trance de la ruta, un viandante le preguntó: —¿De dónde regresas tan temprano y todavía con cinco cargas?

¡De una veta que tú no conoces! —Contestó en forma bonachona delatando una fingida seguridad.

Pero otro que sabía el origen de donde provenía la leña, le dijo. —¿Qué has hecho Fátor, la gente te va a linchar, o te van a mandar preso!

Él, justificándose, afirmó. —El árbol mejor sirve para cocinar un rico chuño frito; las cosas no son para mirarlas, sino para aprovecharlas.

Al llegar al pueblo, lo abordó una autoridad del Municipio para increparle: —¿Por qué has tumbado el Chalzo Grande, acaso no sabías que ese árbol era como la casa de descanso para los viajeros, y hasta para ti mismo?

A lo que el viejo respondió: —Hoy en día casi nadie viaja a Moquegua por camino de herradura, todos lo hacen en carro. Yo que no tengo muchos recursos, cuando me urge voy en camión. Generalmente don Fátor iba a Moquegua, a pie, y a su retorno, caminaba toda la noche, portando en la espalda un formidable atado con una serie de trebejos, entre ropa, víveres, y alguna sorpresa, como es un radio, que una vez trajo y colmó de alegría a sus retoños. —¡Pero ese árbol era del pueblo! —Enfatizó el municipal—.

Al llegar a la villa, descargó los borricos en la puerta de su morada, luego de almorzar, por la tarde salió a ofrecer la leña, pero nadie quiso comprarle, porque sabían que provenía del Chalzo Grande. Y cuando retornó de la calle, exclamó frente a su esposa:

—¡Qué desgracia ésta tan desgraciada! Angélica, tanto sacrificio y para nada, nadie quiere comprar ni una carga.

Sólo *Acisclo*, un próspero comerciante, al enterarse que Fátor tenía leña, fue a buscarlo, y le propuso:

—Te compro las cinco cargas, pero me das a un precio cómodo, porque sé que has traído de un sitio prohibido, y si no te libras rápido de ellas, esa tierra te va agarrar.

El comerciante le compró la leña, porque a él nada le importaba el significado del árbol, y dada su edad ya no volvería a transitar por allí. Hecha la transacción, el leñador se quedó en parte aliviado porque ya tenía para pasar la Semana Santa.

El acto del Labrador fue muy cuestionado por los vecinos de la localidad, el Alcalde convocó a un cabildo en el Municipio,

y en esa reunión, el Gobernador asediado por el clamor de los asistentes, pidió enfáticamente que se aplique una sanción al infractor. Algunos opinaron que por ser la primera vez que había agraviado al pueblo, se le castigue con un arresto de 24 horas en el calabozo de la Guardia Civil. La mayoría asintió el pedido.

2

Al día siguiente, era Jueves Santo, dos efectivos de la Policía, tocaron la puerta del denunciado, al salir éste, le mostraron la orden respectiva y lo condujeron al puesto de la Guardia Civil. Él no puso resistencia, sabía lo acordado en el cabildo.

Pero, lo peor que le sucedió en ese trance, fue que cumpliendo la detención, el sargento le ordenó que salga a baldear la plaza; le era tan vergonzoso rociar el empedrado de la calle que hasta grama le había crecido por tanto riego que recibía de los presos. La gente lo miraba de las esquinas comentando con cierta mofa y compasión. Al alzar el agua de la acequia en la plaza, recapacitaba: «Creo que he debido traer la leña de cerros más lejanos». Y hablaba para sí, —tanta cojudez por el arbolito, pero ya está hecho carajo—. Lo decía a manera de lamentarse.

Cumplido el tiempo de la sanción, ordenaron su libertad, pero el detenido solicitó.

—Por favor mi sargento, sólo deseo irme cuando caiga la noche.

Para una persona como don Fátor era ignominioso pasar estos avatares. Pensaba que al salir de día, todos lo mirarían. Más aún que por Semana Santa, ese viernes llegaron tres frailes, un español y dos mestizos, de esos que llevan sotana café con capucha en la cabeza, y que en lugar de zapatos usan sandalias, lo que les da ese aspecto de misteriosos cenobitas; hecho que ocasionó la convergencia de una muchedumbre en la plaza, desde que los vieron bajar de Torrine, hasta que arribaron al pueblo, donde se santiguaron haciendo ademán de besar la tierra. Los adultos y los niños los observaban con admiración y hasta con devoción. Frente a la iglesia, el monje que guiaba el peregrinaje, luciendo su barba blanca y mirando a los de su entorno con sus ojos azules y vacíos, habló a la multitud sobre las vicisitudes del viaje, lo hermoso del paisaje, y frases sobre la redención, siempre mostrando su amable sonrisa aún completa para su edad longeva. Conversó con las autoridades de la localidad, y los tres monjes se trasladaron a la Casa Cural que les sirvió de alojamiento por los días de Semana Santa.

De todo lo ocurrido se percató don Fátor, viendo el espectáculo por entre los espinos que crecieron sobre la pared del patio Policial, lugar donde estuvo hasta que las imágenes de la tarde se tornaron borrosas por el advenimiento de la noche; hora en que salió del Puesto y fue a su casa auscultándose entre las sombras por atrás de la Sacristía. Cuando atravesaba la plaza, sintió el repique de las campanas que llamaban a misa por la muerte del Señor. Esa vez, se llenó la iglesia de feligreses como en la fiesta del 8 de diciembre en que vienen de pueblos aledaños y de ciudades lejanas por devoción a la Virgen. Los tres frailes celebraron la misa, el más joven, un moreno gordiflón cantaba en latín. Después de los sacramentos, el de rasgos germánicos, subió al púlpito y dio un extenso sermón que conmovió a los fieles, a quienes por momentos trataba de herejes, increpándoles que se casen por iglesia para no vivir como animales, etc. Terminó ordenando que acabada la misa, todos saldrían en procesión con la urna del Señor, y en señal de penitencia cargando una cruz, hombres y mujeres, ancianos y niños, para redimirnos del pecado. Concluido el acto litúrgico, cada cual fue a su casa a traer el madero.

En mi hogar se hizo lo propio, mis padres y mis hermanos, todos habían alistado una cruz aparente a su contextura. Mi padre que era alto y fuerte como Benvenuto Cellini, ya que también como este orfebre tuvo que ver con la fragua y el yunque, la construyó de los macizos palos que luego serían las vigas de la casa; así mismo, mi vecino Robinzón la hizo de maguey verde para que sea pesada, mis hermanos y yo las hicimos de los tueros pequeños que sólo servían como leña. Frente a la iglesia los pobladores con los maderos en el hombro se reunieron para iniciar el peregrinaje; las damas iban por delante portando cirios y entonando canciones de alabanza, con esa triste melodía que se eleva al cielo y que el niño nunca olvida. Los franciscanos en cada esquina donde había un altar, daban un sermón y repetían:

—Queridos hermanos, en la primera caída, Jesús ha llorado. ¡Arrodillaos, besad la tierra y llorad! La caterva plañía contagiándose los lamentos, sobretodo en el encuentro de la Virgen de los Dolores con Jesucristo, en que se hacen las tres venias, lo que resulta difícil para los que portan las andas, porque tienen que arrodillarse y levantarse tres veces, soportando la gravedad de los iconos que pesan como si fueran hechos de plomo, que hasta lastiman los hombros. Era la ocasión para que las hetairas y abandonadas giman atribuladas suplicando indulgencia. Así recorrimos las calles del poblado, y terminada la mística romería, retornamos a la iglesia. Allí todos lloraban con mayor aflicción y se abrazaban en convulsionado

griterío. Viendo la escena, yo no me explicaba el porqué de tantos clamores y de tanto arrobamiento, como si hubiésemos cometido un acto descomunal y Dios se negara a escuchar nuestra plegaria. Pregunté a un compañero, el porqué lloraban así; pero este me dijo que tampoco comprendía. Otro vino, me abrazó entre sollozos.

—Ahora los enemigos se perdonan —dijo apresurado y sin escuchar palabra, se perdió en la multitud—. De súbito encontré a un compañero de aula. Están azotándolo a mi padre —me alertó casi al oído—.

—¿Por qué?

—¡Después te cuento! gritó conturbado, salió a la puerta y se fue por una calleja, como se van los huanchacos llorando río abajo.

Se mitigaron los gemidos y uno de los clérigos subió al púlpito y expresó: —Vuestro hermano Quintín ha sido perdonado y mañana se casará por Iglesia. Dios perdona a los siervos que purgan sus pecados y entran en arrepentimiento -. Se trataba de un joven apuesto y bonachón, con un prontuario de romances, y que ante la moral de su madre y la ortodoxia religiosa, se postró de rodillas pidiendo perdón por su blasfemia, mientras un fraile lo azotaba, como signo de redención.

Terminado el sermón, se entonaron himnos consagrados a Dios, y finalmente salimos a la oscuridad de la plaza.

Al entrar a la casa sentí el sabor de la diana, ese aroma agradable del clavo de olor y la canela, que sale de los jarros en la víspera de la fiesta; mi padre después de dar el último sorbo, me dijo:

—Vamos a cuidar la alfalfa de la «Quebrada», porque esta noche roban. Se tenía la creencia que esa noche podía robarse sin caer en pecado, porque Dios había muerto y nadie miraba, hasta algunos creían que era suerte para las víctimas del hurto, pensaban que si les robaban, la cosecha se duplicaría. Se puso el poncho «Chileno», y nos dirigimos a ese paraje. La noche parecía el plumaje de un cuervo, apenas se notaba la línea que divide los cerros y el cielo, y a lo lejos en diferentes flancos unas luces reverberaban, eran de las linternas que portan los regantes que les toca la mita a esa hora, o de los candiles furtivos que arden en las alquerías.

Antes de descender a los andenes cubiertos de eucaliptos, bajo unos arbustos que tornaban más obscuro un rincón del camino, encontramos a don Fátor, quien saludó a mi padre al reconocerlo con el resplandor de la naturaleza. Contestó el saludo y le increpó:

—¿Qué haces aquí Fátor? Pareces un condenado bajo esos montes. ¿Porqué no has ido a cargar la cruz? Al oír la interpe-
lación se levantó de inmediato y con impasibilidad exclamó:

—¡Uufff Armandito, así cargue cien cruces, a mi Dios no me perdona, porque si supieras tengo pecadooooos ...! El día que yo muera, de frente me voy a ir al tacho (infierno); he pensado que cargo la cruz, Dios no me perdona, sobre eso me roban el maíz, así que he preferido venir a salvar la chacra, o sino de dónde para pagar los estudios de mis hijos.

—Creo que es lo mejor que has podido hacer. Justificó mi padre.

Antes de despedirnos, como queriendo entablar conversación, inquirió el leñatero.

—A mí me parece que aquí es la gloria y el infierno. ¿Quién ha regresado de la muerte?

—Yo no creo en Dios ni en los curas, para mí, el único que ha existido es Jesucristo. Asintió mi padre.

Sin embargo, cuando fuimos a ver el predio, mi padre observando las siluetas sombrías de los árboles, me decía. —Si realmente Dios existiera, a este hombre sí lo perdonaría, además creo que ni pecados tiene, es una persona correcta.

A don Fátor pocas veces se le veía con el semblante risueño, hablaba alborotado con voz grave y sonora, como si estuviera renegando; solamente cuando los domingos concurría a los torneos de fútbol, pasaba la tarde colmado de alborozo haciendo barra con su compadre Lauriano. En cierta ocasión, un jugador alto y fornido con aspecto de argentino, al lanzar un tiro libre, el arquero en lugar de atrapar la pelota, bajó la sogá que hacía de travesaño, y evitó que penetre en el arco; ante este acto, Abundio, el autor del tiro, arremetió contra el portero, y el árbitro, por tal infracción, cobró penal, que fue ejecutado por el mismo jugador, quien antes de efectuarlo se santiguó frente a la tribuna, tomó distancia casi desde media cancha llegando cansado a chotear el globo, y lo hizo tal mal que éste chocó en el guardameta, un retaco sin traza de futbolista, que gozaba de la barra que hacían los espectadores, entre ellos don Fátor y don Laureano, quienes por la hazaña del arquero, al finalizar el partido, tiraron sus sombreros al aire como platillos voladores, pero como hacía viento, fueron a dar a un corral cercano, y cuando acudieron a recogerlos, unos chanchos se los estaban comiendo por la grasa de los cintillos. Aunque esto, no restó la alegría de los caballeros que en medio de la muchedumbre se fueron comentando sobre el triunfo de su equipo.

3

Transcurrido un tiempo, en una calurosa mañana, mientras laboraban en la herrería, mi padre y sus operarios; uno de sus clientes que hacía forjar barretas, dijo:

—Don Armando, ahora que el Chalzo Grande está enfermo. ¿Quién le trae el carbón para la fragua? Él, mirando una porción que aún había cerca la piedra de agua donde templaba los barrenos, respondió. —No sé a quién voy a contratar, ya se está acabando el carbón que me ha traído Fátor, y sólo él quemaba del bueno. ¡Cuándo se aliviará mi amigo! Terminando la faena iré a verlo.

Mientras yo jalaba la cadena del fuelle, pensaba ir con mi padre a ver al convaleciente.

Al obscurecer acudimos a la casa del leñador. Allí estaba postrado en una tarima, y al vernos, con esfuerzo se incorporó para hablar:

—Fíjate hermano, estoy cuánto tiempo sin hacer nada, se me está paralizando el cuerpo y sobretodo los brazos, no sé qué tengo, dicen que me ha agarrado la tierra del Chalzo Grande, hasta he hecho pagar con los brujos, pero sigo igual, y pensar que antes le decía a la enfermedad, no tengo tiempo para atenderte, y ahora no sé si me aliviaré.

—Lo mejor sería hacer un esfuerzo para que vayas a hacerte curar en el hospital de Tacna — Le aconsejó mi padre.

—Sería bueno, pero lo mejor falta ...!, manifestó con honda tristeza.

Verdaderamente para él era difícil viajar a aquella ciudad, porque el sólo pensar en los gastos del viaje, del hospital, del médico y las recetas, se le hacía un mundo. Luego de este breve diálogo, lo dejamos ahí, con su barba blanca, y enrollándole el cuello su cálida chalina compañera de caminos. Su esposa, al retirarnos, decía confundida: —Dios quiera que se alivie, lo estoy haciendo curar con remedios naturales, dice que doña Antonia tiene buena mano; ahora yo sola me avengo con la chacra, los animales y todo.

Así vivía el leñero, con esa dolencia inexplicable que le destruía la existencia, cada día sentía un dolor extraño y pesado en los huesos, hasta que por fin se le inmovilizaron las extremidades superiores, al extremo que tenían que darle de comer a la boca, y este dolor se le agudizaba más cuando la noche caía.

Pero una vez, al irrumpir el alba, mientras dormía profundamente, soñó con el Chalzo Grande; lo vio tan frondoso e in-

menso cuya copa llegaba al cielo, ascendió por sus ramas hasta una isla que flotaba en el firmamento, allí encontró una ciudad hermosa como imaginamos el paraíso, subió a una carreta tirada por dos caballos, y en una avenida cual arboleda de ensueño, fue encontrando a sus seres queridos, henchido de felicidad abrazó a sus padres, y al amor de su vida que perdió en la juventud. Hubiera sido bueno para él, morir en ese momento, pero no fue así; a medida que aclaraba la madrugada, sus quejidos salían de su garganta más lentos y más graves horadando el silencio tibio de su alcoba. Su esposa le oía con el presagio nefasto de que pronto moriría.

Él había despertado con la agonía del desahuciado, como si fuera arrebatado por el caudal de un río sin poder liberarse de sus fauces letales. Ella se acercó a él con la ternura de la mujer que ama y lucha por la vida de su compañero, lo llamó de su nombre, y encontró sus ojos que la miraban con tristeza como si ésta fuera la última vez, ella puso el rostro sobre su nevada barba, y él atinando a abrazarla, pronunció: —Hasta acá nomás había sido, Angélica; sólo te pido que no lloren, que toquen el charango a la hora del entierro. Sus pupilas perdieron el brillo de la vida y su cuerpo quedó inerte para siempre. Le pusieron el terno que lucía en las fiestas, y varias manos lo colocaron en el inexorable ataúd.

Pero lo más trágico que le sucedió al honrado labrador, fue la horrenda y extraña realidad, que cuando se comprobó su muerte, él seguía vivo, seguía advirtiendo todo lo que ocurría a su alrededor, sólo que sus órganos vitales dejaron de funcionar, y las células de su cuerpo quedaron inmóviles, dándole el aspecto de una mole entelerida.

En el velorio, desde su catafalco escuchaba las historias fantásticas que contaban los ancianos, y percibió el mutismo enigmático de la noche. Al siguiente día, también oyó la melodía de los músicos que acompañaron el cortejo hasta la morada final. Esto consolaba la nostalgia que sentía por los que lo creían muerto y a quienes tampoco podía hablarles; pero lo que escuchaba con un dolor sin fronteras, era el lacerante doblar de las campanas que entonaban su plegaria a la hora del entierro.

En el cementerio, cavaron una fosa tan honda que apenas se veía a los que sacaban la tierra. Amarrado a unos lazos bajaron el ataúd y en un canal de piedra lo colocaron como en una horma, lo cubrieron con lozas y rellenaron la cuenca con la misma tierra. Él, desde el tenebroso sarcófago, sintió las últimas voces y las lampadas de greda que echaron sobre las piedras.

Y ahí, en el fondo lóbrego del sepulcro, por mucho tiempo

venó el ánimo de don Fátor; hasta que por fin, sus hijos que rabajaban en las minas de Toquepala, decidieron ir a Carunas por el día de «Todos Santos», y más que todo por ver la tumba de su padre. Y cuando llegaron, lo primero que hicieron, fue comprar un nicho para que allí descansen los restos del difunto.

El cementerio estaba repleto de gente, unos bebían alrededor de las tumbas, otros rezaban en las huesas, y muchas parejas hacían bautizar guaguas para hacerse compadres. Y a un costado, ante la vista de curiosos, se cavaba el túmulo donde yacía don Fátor.

Cuando descubrieron la fosa para sacar el cajón donde estaba el cadáver, recién pudo liberarse el ánimo de aquel hombre que todo lo percibía. Y fue grande su alegría al ver la luz de la vida en la faz de la tierra, de nuevo miraba a sus hijos queridos; mientras que ellos, presintiendo ser advertidos por el alma de su padre, con actitud sacrosanta rezaron frente al féretro que resaltaba en el osario frente al sol de la mañana. Entonces, el espíritu libre, tomó la forma de una cantárida invisible que en raudo vuelo se dirigió a su casa, y cuando recorría los espacios del hogar, desplegaba un zumbido propio del moscón que horada el vacío de los que ya no viven. Doña Angélica, al escuchar ese ruido, se santiguó frente a la tumba donde hizo «arder» al cumplirse dos años de la muerte de su esposo. Después de rezar, dijo a sus retoños:

—Ha venido a visitarnos el alma de vuestro padre. ¿Escuchan?

Ellos oían asombrados aquel zumbido inefable que linda entre la vida y la muerte, sus miradas de ángeles escudriñaban los contornos buscando la imagen de esa criatura oculta, pero sólo encontraban los sitios afines de la casa, donde seguirán viviendo a lado de su madre. En el panteón, los hermanos que adquirieron el nicho, con sumo cuidado colocaron el ataúd, y finalmente lo lacraron con una lápida donde iba impresa la imagen de Cristo, y a un lado este epitafio:

Has muerto en la sombra de la vida; vives en la luz de nuestros pasos. No has muerto... Tus hijos.

Ese año había llovido tanto que volvió a brotar el tronco del Chalzo Grande. De aquello hacen dos décadas, y si ahora damos un vistazo a la colina donde ha crecido, vemos su figura floreciendo bajo el cielo, al borde del camino, junto a la piedra lisa, donde los viajeros descansan de nuevo.

IX. PROYECTOS Y CÓDIGOS

PROYECTO DE CÓDIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMÉRICA

TÍTULO PRIMERO APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

CAPÍTULO PRIMERO APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

Art. 1 - La ley penal nacional se aplicará a los delitos cometidos en el territorio del Estado y demás lugares sometidos a su jurisdicción.

Art. 2 - Se aplicará también la ley nacional a los delitos cometidos en el extranjero que atentaren contra la seguridad interior o exterior del Estado, la economía o la salud públicas. Se aplicará igualmente a los delitos cometidos en el extranjero contra la administración pública nacional por funcionarios al servicio de ella, sean o no nacionales.

Art. 3 - La ley penal nacional se aplicará asimismo:

1. A los delitos cometidos a bordo de naves o aeronaves nacionales, mercantes o privadas que se encontraren en territorio extranjero cuando no hubieren sido juzgados en el lugar de su comisión.

2. A los delitos cometidos por nacionales en el extranjero cuando, solicitada su extradición por otro Estado para juzgarlos, ella hubiere sido denegada en razón de la nacionalidad.

3. A los delitos cometidos en el extranjero por personal al servicio de la nación, cuando no hubieren sido juzgados en el lugar de comisión en virtud de inmunidad diplomática o funcional.

Art. 4 - Se aplicará también la ley penal nacional a los delitos que de acuerdo con las convenciones internacionales o los principios de Derecho

Internacional, cayeren bajo el imperio de la ley nacional por razón diversa de las señaladas en los artículos anteriores. Se dará preferencia, empero, a la pretensión del Estado en cuyo territorio se hubieren cometido dichos delitos, si éste reclamare el juzgamiento antes de que se inicie el ejercicio de la acción penal en contra del imputado.

En los casos señalados en el artículo 3 se aplicará la ley vigente en el lugar de comisión del hecho, si sus disposiciones son más favorables al imputado que las de la ley nacional. La misma regla se aplicará, si fuere procedente, en el caso del inciso anterior.

Art. 5 - No tendrán el valor de cosa juzgada ante la ley nacional las sentencias penales que se pronuncien en el extranjero sobre los delitos señalados en los artículos 1 y 2. Sin embargo, la pena o parte de ella que el reo hubiere cumplido en virtud de tales sentencias, se computará en la que se impusiere de acuerdo con la ley nacional, si ambas son de similar naturaleza y, si no lo son, se atenuará prudencialmente la pena.

Art. 6 - En cualquier otro caso, la sentencia penal absolutoria pronunciada en el extranjero tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales. La sentencia condenatoria lo tendrá para determinar la calidad de reincidente o delincuente habitual del imputado, y para los efectos civiles de la sentencia, que se regirán por la ley nacional.

CAPÍTULO SEGUNDO APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

Art. 7 - Los delitos se juzgarán de acuerdo con las leyes vigentes en la época de su realización.

Art. 8 - Si se promulgare una nueva

ley con posterioridad a la realización del hecho, éste será regido por la ley cuya aplicación sea más favorable al imputado en el caso particular que se juzgue. Pero no se podrá recurrir a leyes correspondientes a diversas épocas para lograr con su aplicación conjunta una regla más favorable.

Art. 9 - Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resulta más favorable al reo se produjere antes del término de la condena, deberá el tribunal competente modificar la sentencia de acuerdo con sus disposiciones.

Art. 10 - Los hechos realizados durante la vigencia de una ley destinada a regir temporalmente, se juzgarán siempre con sujeción a ésta.

CAPÍTULO TERCERO APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN LAS PERSONAS

Art. 11 - La ley nacional se aplicará sin distinción de personas, excepto los casos siguientes:

1. Lo Jefes de Estado extranjero que se encuentren en el territorio nacional, los agentes diplomáticos de otros Estados y demás personas que gocen de privilegios según los principios de Derecho Internacional.

2. La persona que conforme a la Constitución Política del Estado tienen inviolabilidad o inmunidad en determinadas materias.

TÍTULO SEGUNDO EL DELITO Sección A Capítulo Primero FORMA, TIEMPO Y LUGAR DEL HECHO PUNIBLE

Art. 12 - El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho atendiendo al resultado producido, responderá también quien no lo impidió si pudo hacerlo de acuerdo con las circunstancias, y si tenía el deber jurídico de evitarlo.

Art. 13 - El hecho se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aun cuando sea otro

el tiempo del resultado.

La omisión se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida.

Art. 14 - El hecho se considera realizado:

1. En el lugar donde se desarrolló, total o parcialmente, la actividad delictuosa de autores y partícipes.

2. En el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado.

En los delitos de omisión, el hecho se considera realizado donde debió tener lugar la acción omitida.

SECCIÓN A CAPÍTULO SEGUNDO CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Art. 15 - No comete delito el que obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.

Art. 16 - No comete delito el que obrare en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Agresión ilegítima.
2. Necesidad razonable de la defensa empleada para impedir la o repelerla.

Art. 17 - No comete delito el que en situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesionare otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

1. Que el peligro sea actual o inminente.
2. Que no lo haya provocado intencionalmente.
3. Que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.

Art. 18 - Si en los casos de los artículos anteriores el agente ha incurrido en exceso el hecho no queda justificado, pero el juez podrá atenuar la pena, que no será menor de un tercio del mínimo ni mayor de un tercio del máximo de la establecida por la ley para el correspondiente delito.

No es punible el exceso proveniente de una excitación o turbación que en las circunstancias hicieren excusable.

Sección A
Capítulo Tercero
IMPUTABILIDAD

Art. 19 - No es imputable quien, en el momento de la acción u omisión, y por causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, no tuviere la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

El Tribunal ordenará el sometimiento del agente a una medida de seguridad curativa, salvo el caso de grave perturbación de la conciencia en base patológica, en que no se aplicará ninguna medida.

Art. 20 - Al agente que, por efecto de las causas a que se refiere el artículo 19, no poseía plenamente en el momento de la acción u omisión la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, se le aplicará una pena no menor de un tercio del mínimo ni mayor de un tercio del máximo de la establecida por la ley para el correspondiente delito.

Si la imposición de pena se considerara perjudicial para el debido tratamiento del agente por mediar causas atológicas, se aplicará solamente una medida de seguridad curativa. En los demás casos podrá aplicarse una pena disminuida, una medida curativa o ambas en el orden que señale el Juez.

Art. 21 - Cuando el agente hubiere provocado la grave perturbación de la conciencia a que se refiere el artículo 19 responderá del hecho realizado, por el dolo o culpa en que se hallare respecto de ese hecho, en el momento de colocarse en tal estado.

La pena podrá agravarse hasta un tercio de la escala penal respectiva si la perturbación de la conciencia hubiere sido provocada por el agente para facilitar la realización del hecho o procurarse una excusa.

Art. 22 - La grave perturbación de la conciencia ocasionada por haber ingerido bebidas alcohólicas se rige por lo dispuesto en los artículos 19 y 20 si la ingestión fue accidental o fortuita, y por el artículo 21 si fue intencional o imprudente, o para facilitar la realización del hecho o procurarse una excusa.

No será atenuada la pena en razón de que el agente sólo poseía parcialmente, en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, si la perturbación de conciencia fue ocasionada por haber ingerido bebidas alcohólicas de un modo intencional o imprudente, o para la realización del hecho o procurarse una excusa.

Lo dispuesto en este artículo y en los tres precedentes se aplicará cuando la grave perturbación de la conciencia resulte del uso de sustancias estupefacientes, alucinógenas u otras semejantes.

Art. 23 - No es punible el que no tuviere en el momento del hecho la edad señalada en la ley respectiva.

SECCIÓN A
CAPÍTULO CUARTO
CULPABILIDAD

Art. 24 - Nadie puede ser penado por un hecho legalmente descrito si no lo hubiere realizado con dolo, salvo los casos de culpa expresamente previstos por la ley.

Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que hubiere actuado por lo menos culposamente respecto de ella.

Art. 25 - Obra con dolo el que quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como el que la acepta, previéndola por lo menos como posible.

Art. 26 - Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales

y, en el caso de representárselo como posible, se conduce en la confianza de poder evitarlo.

Art. 27 - No es punible el que obrare en la convicción de que no concurre en el hecho alguna de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción legal.

No obstante, si el error proviniera de culpa, el hecho será penado únicamente cuando la ley hubiere previsto su realización culposa.

Las mismas reglas se aplicarán a quien suponga erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

Art. 28 - No es culpable el que por error invencible obrare en la convicción de que el hecho que realiza no está sujeto a pena.

Si el error no fuere invencible, el hecho será reprimido con una pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la establecida para el correspondiente delito.

Art. 29 - Si por error del agente, el hecho realizado fuere diferente del que se propuso, se le impondrá la pena correspondiente al hecho menos grave.

Art. 30 - No es culpable quien realizare un hecho no justificado para impedir un mal actual o inminente y no evitable de otro modo, a menos que tal hecho se estimare razonablemente excesivo en relación con el mal que se pretenda evitar.

Art. 31 - No es culpable quien obrare bajo coacción o peligro de un mal actual y grave, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa.

Art. 32 - No es culpable el que actuare en virtud de obediencia jerárquica siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la orden emane de autoridad competente para expedirla y reúna las formalidades legales.

2. Que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expida la orden.

3. Que la orden no revista manifiestamente el carácter de hecho punible.

SECCIÓN B
CAPÍTULO ÚNICO
AUTORES Y PARTICIPES

Art. 33 - El que realizare por sí o sirviéndose de otro el hecho legalmente descrito, y los que lo realizaren conjuntamente, serán reprimidos con la pena establecida para el delito.

Art. 34 - El que hubiere determinado a otro a realizar el hecho será reprimido con la pena prevista para el autor.

Art. 35 - El que prestare al autor o autores un auxilio de tal modo necesario que sin él no hubiera podido realizarse el hecho, será reprimido también con la pena establecida para el delito.

Art. 36 - El que de cualquier otro modo prestare auxilio para la realización del hecho, aun mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél, será reprimido con una pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la establecida para el correspondiente delito.

Art. 37 - Los partícipes serán punibles desde el momento en que se hubiere iniciado la ejecución del hecho, según lo establecido en el artículo 39, y cada uno responderá en la medida de su propia culpabilidad.

Si el hecho resultare más grave del que quisieron realizar, sólo responderán por aquél quienes lo hubieren aceptado como una consecuencia posible de la acción emprendida.

Art. 38 - Las calidades o relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo integrantes de la descripción legal del hecho que concurren en alguno de quienes lo han realizado, se comunicarán a los demás autores y partícipes que hubieren tenido conocimiento de ellos.

Si no los hubieren conocido, sufrirán la pena del delito previsto sin esos requisitos.

Las calidades o relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo no integrantes de la descripción legal, sólo influirán en la responsabilidad de aquellos en quienes concurren.

SECCIÓN C
CAPÍTULO ÚNICO
TENTATIVA

Art. 39 - El que iniciare la ejecución de un delito por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no llegare a producirse por causas ajenas a él, será reprimido con una pena no menor de los dos tercios del mínimo ni mayor de los dos tercios del máximo de la establecida para el correspondiente delito.

Art. 40 - El que desistiere voluntariamente de la ejecución del delito o impidiere que el resultado se produzca, sólo responderá por los hechos punibles que ya hubiere realizado.

Art. 41 - No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito.

TÍTULO TERCERO
LAS SANCIONES

SECCIÓN A
CAPÍTULO ÚNICO
LAS PENAS Y SUS CLASES

Art. 42 - Los hechos punibles no podrán ser sancionados con otras penas que las siguientes:

Principales: Prisión y multa.

Accesorias: Inhabilitación absoluta o inhabilitación especial.

No obstante, las penas de inhabilitación podrán ser impuestas como principales en los casos determinados por el Libro Segundo. En tal caso, el límite máximo será de quince años.

Art. 43 - La pena de prisión consiste en la privación temporal de la libertad y se cumplirá en los lugares que la ley determine, procurando ejercer sobre el condenado una acción readaptadora.

El límite máximo es de 25 años.

Art. 44 - El ejercicio por parte del

condenado de derechos que fueren incompatibles con el cumplimiento de la pena de prisión, sin que constituyan la pena de inhabilitación, quedará en suspenso desde que se inicie dicho cumplimiento y subsistirá por todo el tiempo de la condena.

Art. 45 - La multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero que será fijada en días-multa.

El importe del día-multa será equivalente a la entrada diaria del sentenciado y se determinará de acuerdo con la situación económica del condenado, atendido especialmente su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio que el Juez considere apropiados.

Si el condenado viviere exclusivamente del producto de su trabajo, el día-multa no podrá ser inferior a la mitad de su entrada diaria ni exceder el tanto de ella.

El límite máximo de la multa es de 500 días.

Art. 46 - Al imponer la multa o por resolución posterior, el Juez podrá, atendida la situación económica del condenado, acordar un plazo o autorizar el pago de cuotas con cauciones reales o personales. El Juez tendrá facultad para prescindir prudencialmente de éstas.

Estos beneficios pueden ser revocados por incumplimiento en el pago o cuando mejore sensiblemente la condición económica del condenado.

Art. 47 - Podrá autorizarse al condenado la amortización de la multa mediante trabajo libre sin remuneración, a favor de la Administración Pública. Las autoridades competentes determinarán los trabajos computables para estos efectos.

Un día de trabajo equivale a un día-multa.

Art. 48 - Si el condenado no paga la multa, ésta se convertirá a razón de un día de prisión por un día-multa, sin perjuicio de la facultad del Estado para ejecutarla en los bienes de aquél. En el caso de conversión, la prisión no excederá de un año.

El condenado podrá pagar la multa en cualquier tiempo, descontándose de ella la parte proporcional a la prisión cumplida.

Cuando la ley aplique conjuntamente las penas de multa y prisión, y corresponda convertir aquella, se adicionará a la prisión impuesta la multa convertida.

Art. 49 - La inhabilitación absoluta comprende:

1. La pérdida del cargo, comisión o empleo público que ejerciere el condenado, aún si fuere de elección popular.

2. La incapacidad para obtener cargos, comisiones o empleos públicos.

3. La pérdida del derecho a elegir y ser elegido y a formar parte de asociación política.

4. La incapacidad de ejercer la patria potestad, tutela o curaduría.

Art. 50 - La inhabilitación especial consistirá en la privación o restricción de uno o más de los derechos o funciones a que se refiere el artículo anterior, o la privación o suspensión del ejercicio de una profesión o actividad, sea o no reglamentada.

Art. 51 - La inhabilitación como pena accesoria de la de prisión, se ajustará a las siguientes reglas:

a) Si la pena de prisión fuere de diez años o más, el Juez podrá aplicar también la accesoria de inhabilitación por un término de 5 a 15 años.

b) Si la pena de prisión fuere inferior a diez años y superior a dos, el Juez podrá aplicar, además, la accesoria de inhabilitación por un término de dos a diez años.

Art. 52 - Si el delito hubiere sido cometido mediante abuso de poder o violación de algún deber inherente a la función pública, el Juez aplicará como accesorias, si no estuvieren previstas en la ley como principales, las inhabilitaciones señaladas en los números 1, 2 y 3 del artículo 49 por un plazo igual al de la pena principal como mínimo y susceptible de excederlo hasta por cinco años.

Art. 53 - Si el delito se hubiere cometido mediante abuso de la patria potestad, tutela o curaduría, el Juez aplicará como accesoria la inhabilitación prevista en el número 4 de artículo 49 por un plazo igual al de la pena principal, como mínimo, susceptible de excederle hasta por cinco años.

Art. 54 - Si el delito se cometiere con abuso del ejercicio de una profesión o actividad reglamentadas, el Juez aplicará como accesoria la privación o suspensión de dicha profesión o actividad por el plazo establecido en el artículo anterior.

SECCIÓN B

CAPÍTULO ÚNICO

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Art. 55 - Las medidas de seguridad serán aplicadas por el Juez en los casos expresamente establecidos por la ley.

Art. 56 - Las medidas de seguridad se aplicarán de acuerdo con la ley vigente al tiempo de su ejecución.

Art. 57 - Las medidas de seguridad serán: curativas, de internación y de vigilancia.

Las curativas consistirán en la sujeción al tratamiento terapéutico que corresponda y se aplicarán en establecimientos especiales o en secciones adecuadas. Las de internación consistirán en el sometimiento a un régimen de trabajo y educación. Se aplicarán en colonias agrícolas, institutos de trabajo u otros establecimientos especiales.

Las de vigilancia consistirán en: 1) Fijación de domicilio; 2) Prohibición de concurrir a determinados lugares; 3) Obligación de presentarse a los organismos especiales encargados de vigilancia; 4) Obligación de abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, y 5) Abstenerse del empleo de sustancias estupefacientes, alucinógenas o que produzcan adicción.

Art. 58 - Las medidas curativas se aplicarán por tiempo indeterminado. Dejarán de aplicarse por resolución judicial, previo dictamen de peritos

e establezcan que la persona sujeta a medida haya dejado de constituir ligro para sí y para terceros.

Art. 59 - Las medidas de internación tendrán una duración máxima quince años. Mientras se cumplan las medidas, se aplicará al internado lo dispuesto en el artículo 44.

Las medidas de vigilancia tendrán la duración máxima de diez años.

Art. 60 - El quebrantamiento de medida de seguridad de internación facultará al Juez para prolongar medida impuesta durante el tiempo prudencialmente necesario para cumplir sus fines.

El quebrantamiento de las medidas de vigilancia autorizará al Juez para prolongarlas o sustituirlas por la medida de internación, cuyo plazo fijará prudencialmente, sin que pueda exceder del término que faltare para el cumplimiento de la medida quebrantada.

En ambos casos, las medidas prolongadas o sustituidas no podrán brepasar los límites previstos en el título anterior.

Art. 61 - El Juez podrá sustituir una medida de seguridad durante su ejecución por otra más adecuada, si así lo timare conveniente de acuerdo con la rsonalidad del sujeto y la eficacia de medida.

Art. 62 - Las medidas de seguridad no se extinguirán por amnistia ni or indulto.

Las medidas de internación y vilancia prescribirán en los términos formas señalados para la prescripción de las penas.

SECCIÓN C APLICACIÓN DE LAS SANCIONES

CAPÍTULO PRIMERO UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHOS Y DE DELITOS

Art. 63 - Al aplicar la ley a un hecho, éste no podrá ser considerado más de una vez para la imposición de la pena, salvo lo dispuesto por el artículo 65.

Art. 64 - El hecho sólo se regirá

por la ley cuya aplicabilidad no se subordine expresa o tácitamente a otra, o por la que incluya el contenido de ilicitud de uno o más hechos previstos por otra.

La ley especial prevalecerá sobre la general.

Art. 65 - Cuando un solo hecho sea constitutivo de dos o más delitos se aplicará una pena no menor del máximo de la prevista por la ley para el delito más grave, rebajado hasta en un tercio, ni mayor de ese máximo aumentado en un tercio.

Si concurriere la pena de inhabilitación, ésta se cumplirá siempre.

Art. 66 - En caso de pluralidad de delitos reprimidos con penas de igual naturaleza, el mínimo será el correspondiente a la más alta de las penas previstas para los delitos concurrentes, y el máximo de la pena aplicable será el que corresponda a las dos terceras partes de la suma de los máximos previstos para tales delitos.

Si concurriere la pena de prisión con la multa, se impondrá también esta última, salvo que el Juez resuelva, atendiendo a circunstancias excepcionales, que se aplique únicamente la de prisión.

Cuando concurriere la pena de inhabilitación, ésta se aplicará siempre.

Art. 67 - En ningún caso las penas resultantes por aplicación de los artículos anteriores, excederá de los límites establecidos en los artículos 42, 43 y 45.

Art. 68 - La gravedad decreciente de las penas deberá considerarse en el siguiente orden: prisión superior a un año; inhabilitación absoluta por más de cinco años; inhabilitación especial superior a cinco años; prisión no superior a un año; multa que exceda de cien días-multa; inhabilitación absoluta no superior a cinco años; inhabilitación especial no superior a cinco años; multa que no exceda de cien días-multa.

**CAPÍTULO SEGUNDO
REINCIDENCIA, HABITUALIDAD
Y PROFESIONALIDAD**

Art. 69 - Al que volviere a cometer delito después de haber sido condenado por sentencia firme, se le podrá agravar la pena hasta la mitad del máximo de la establecida para el correspondiente delito.

Art. 70 - Para los efectos del artículo anterior se excluyen:

1. Los delitos políticos o exclusivamente militares.

2. La sentencia condenatoria firme dictada en el extranjero en los casos previstos por el artículo 5 y cuando el hecho que motivó dicha sentencia no fuere delito según la ley nacional.

3. Las condenas anteriores cuando hubieren transcurridos los términos respectivos de cada pena y otro tanto más que no será menor de tres años ni mayor de diez años.

4. La condena anterior por delito doloso cuando el nuevo fuere culposo, o viceversa.

Art. 71 - Para la aplicación del artículo 69 se tendrá en cuenta: el género de vida que hubiere observado el delincuente durante el tiempo que medie entre los hechos punibles; su personalidad moral, y las reglas pertinentes del artículo 73.

Art. 72 - Cuando la pluralidad o la reiteración de los hechos realizados demostraren la habitualidad o profesionalidad criminal del imputado, se le agravará la pena aumentando en la mitad el mínimo y el máximo respectivos. En lugar de esta agravación el Tribunal podrá optar por la aplicación de una medida de seguridad de internación o de vigilancia, que será cumplida después de la pena impuesta.

**CAPÍTULO TERCERO
INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL
DE LA PENA**

Art. 73 - El juez fijará la pena, dentro de los límites señalados para cada delito, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, en cuanto la

ley no las considere específicamente como constitutivas del delito o modificadoras de la responsabilidad:

1. Los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible.

2. La importancia de la lesión del peligro.

3. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

4. La calidad de los motivos determinantes.

5. Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito.

6. La conducta del agente posterior al delito.

**CAPÍTULO CUARTO
CONDENA DE EJECUCIÓN
CONDICIONAL**

Art. 74 - En la sentencia condenatoria, el Juez podrá, en resolución fundada, suspender la ejecución de la pena de prisión no mayor de dos años, siempre que:

a) El condenado sea un delincuente primario;

b) Haya evidenciado buena conducta positiva antes y después del hecho punible;

c) Se presuma que no volverá a delinquir, según un pronóstico basado en las circunstancias y modalidad del delito, los motivos determinantes y el estudio integral de su personalidad.

La suspensión condicional no se extenderá a las penas accesorias.

Art. 75 - Concedida la suspensión, el beneficiario quedará sujeto a las siguientes obligaciones:

a) Someterse a las medidas de tutela o patronato que se le fijen;

b) Residir o abstenerse de hacerlo en lugar determinado, y comunicar todo cambio de domicilio;

c) Desempeñar en un plazo determinado profesión, oficio u ocupación lícitos;

d) Abstenerse del empleo de su

tancias estupefacientes, alucinógenas o que produzcan adicción;

e) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes;

f) Dar cumplimiento al compromiso de reparar el daño, dentro de los plazos y formas que se le fijen.

La observancia de estas condiciones será comprobada por entidades técnicas no policiales.

Art. 76 - Las condiciones a que se refiere el artículo anterior se mantendrán por un periodo de prueba, que fijará el Juez entre dos y seis años.

Art. 77 - La suspensión condicional quedará revocada por el sólo ministerio de la ley si el beneficiario cometiere un nuevo delito doloso antes de que finalice el periodo de prueba.

Podrá ser revocada por resolución del Juez que la otorgó en los siguientes casos:

a) Si el beneficiario no cumpliera una o más de las condiciones impuestas;

b) Si cometiere un nuevo delito culposo y la suspensión condicional fue concedida por delito de la misma naturaleza.

En lugar de revocar la suspensión, el Juez tendrá la facultad, en ambos casos, de prolongar el periodo de prueba, siempre que no exceda el máximo fijado por el artículo 76.

Art. 78 - Revocada la suspensión condicional, la condena deberá cumplirse.

Cuando se tratare de la comisión de nuevo delito doloso o culposo antes de que finalice el periodo de prueba, la decisión definitiva se postergará hasta que recaiga sentencia firme respecto del nuevo delito.

Si esta sentencia fuere condenatoria, se revocará la suspensión condicional y deberán cumplirse ambas condenas.

Art. 79 - Si ha transcurrido el periodo de prueba sin que se hubiere revocado la suspensión condicional, se tendrá por cumplida la pena impuesta en la sentencia.

CAPÍTULO QUINTO CONVERSIÓN DE LAS SANCIONES

Art. 80 - El Juez podrá convertir, en favor del delincuente primario, la pena de prisión no mayor de seis meses por una pena de multa o por trabajo obligatorio en beneficio del Estado.

La sentencia deberá expresar los fundamentos de esta decisión, apreciando las condiciones personales del condenado, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho; exigir que se garantice la reparación del daño según las posibilidades del condenado; y fijar el monto de la multa a razón de un día de prisión por un día-multa o la duración de la prestación del trabajo obligatorio hasta por seis meses tomando en consideración las actitudes y condiciones personales del condenado.

Art. 81 - Lo dispuesto en el artículo anterior excluye la aplicación simultánea o sucesiva de la condena de ejecución condicional.

CAPÍTULO SEXTO LIBERTAD CONDICIONAL

Art. 82 - La libertad condicional podrá ser concedida por el Juez al condenado a más de dos años de prisión, siempre que:

a) Hubiere cumplido la mitad de la pena si fuere primario; o los dos tercios de ella, si fuere reincidente;

b) Hubiere observado buena conducta, demostrada por hechos positivos durante la ejecución de la pena, y esté capacitado para desempeñarse en una ocupación u oficio lícitos;

c) Hubiere reparado el daño causado por el delito o se comprometa seriamente a hacerlo, según sus posibilidades, y

d) Del estudio de la personalidad del condenado y otros elementos de juicio, pueda presumirse que está readaptado y que no volverá a delinquir.

Art. 83 - Concedida la libertad condicional, el beneficiario quedará sujeto a lo dispuesto en el artículo 75.

Art. 84 - La libertad condicional quedará revocada por el sólo ministerio de la ley si el beneficiario cometiere un nuevo delito doloso.

Podrá ser revocada por resolución del Juez que la otorgó, en los siguientes casos:

a) Si el beneficiario no cumpliera una o más de las condiciones impuestas;

b) Si cometiere un delito culposo y la libertad condicional fue concedida por delito de la misma naturaleza.

Art. 85 - La revocación de la libertad condicional obliga a cumplir el resto de la pena. El Juez podrá, además, imponer el cumplimiento efectivo de todo o parte del tiempo que el condenado estuvo en libertad.

Art. 86 - La libertad condicional no revocada durante el lapso pendiente de la pena, importará el cumplimiento total de esta última.

CAPÍTULO SÉPTIMO REHABILITACIÓN

Art. 87 - La rehabilitación restituirá al condenado en la plenitud de los derechos que se le privaron o restringieron por la sentencia condenatoria.

El juez podrá, sin embargo, decidir en resolución fundada, que la rehabilitación no comprende todos los derechos de que fue privado el condenado, o subordinarla a una comprobación específica de aptitud.

Art. 88 - La rehabilitación no producirá el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de que se privó al condenado.

Art. 89 - La rehabilitación se concederá si concurrieren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Después de seis años de haberse extinguido la pena principal impuesta; o de doce años, si se tratase de delincuente habitual o profesional.

Si se hubiere impuesto al condenado una medida de seguridad de internación subsiguiente a la pena, el plazo se contará desde el término de dicha medida;

b) Cuando el condenado hubiere

evidenciado, de manera positiva, una conducta satisfactoria durante el tiempo indicado precedentemente;

c) Si hubiere reparado el daño causado por el delito o si estuviere completando la reparación, se comprometa seriamente a seguir haciéndolo, según sus posibilidades.

Art. 90 - Concedida la rehabilitación, los registros o anotaciones de cualquier clase relativos a la condena impuesta no podrán ser comunicados a ninguna entidad o persona, con excepción de las autoridades judiciales, del ministerio público o policiales.

Art. 91 - La rehabilitación quedará revocada por el sólo ministerio de la ley, si el rehabilitado cometiere un nuevo delito doloso.

Podrá ser revocada por resolución del juez que la otorgó, si el rehabilitado cometiere un delito culposo y la rehabilitación fue concedida por delito de la misma naturaleza.

En ningún caso, la revocación se extenderá al cumplimiento de penas accesorias pendientes.

Art. 92 - La rehabilitación judicial ni impide la restitución de derechos concedida, en casos especiales, por las autoridades que indicare la constitución.

TÍTULO CUARTO RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Art. 93 - El delito origina la obligación de reparar todo daño que de él provenga.

Esta obligación es de orden público respecto de los penalmente responsables.

Art. 94 - Todo el que haya sufrido daño que provenga del delito, tiene derecho a su reparación.

Art. 95 - Deben reparar el daño a que se refiere el artículo 93 los penalmente responsables en forma solidaria, sus herederos y quienes, de acuerdo con la ley civil, están obligados a reparar.

Art. 96 - La extinción de la responsabilidad civil proveniente del delito se rige por la ley civil.

La iniciación del proceso penal suspende la prescripción de la acción civil. Tal suspensión durará hasta la terminación del proceso.

Las causas de extinción de la acción penal y de la pena no se extienden a las obligaciones civiles derivadas del delito.

Art. 97 - El delito determina la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellas tengan el ofendido o terceros.

TÍTULO QUINTO EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

Art. 98 - La muerte del procesado extingue a su respecto la acción penal, y la del condenado, toda pena que le haya sido impuesta.

Art. 99 - La amnistía extingue la acción penal y la pena, así como todas las consecuencias penales de esta última.

Art. 100 - El indulto extingue en todo o en parte la pena impuesta por sentencia ejecutoriada, o la conmuta por otra más benigna. El indulto que condona toda la pena no priva de la condición de condenado para los demás efectos legales. Las penas accesorias solamente se extinguen por el indulto cuando son expresamente comprendidas en él.

No puede ser objeto de indulto la inhabilitación para ejercer una profesión o algún derecho civil o político, o para desempeñar algún cargo, comisión o empleo.

No es procedente el indulto sin el previo informe favorable de los órganos jurisdiccionales y técnicos correspondientes.

Art. 101 - El perdón del ofendido o de sus representantes legales, si fuere incapaz, extingue la acción penal por delitos de acción privada, pero no impide la ejecución de la condena firme.

Cada uno de los ofendidos puede ejercitar separadamente la facultad de perdonar el delito y ella tendrá efectos solamente a su respecto.

El perdón otorgado a uno o algunos beneficia a todos los queresulten penalmente responsables; pero no produce efectos respecto de aquél que se niegue a aceptarlo.

Art. 102 - La acción penal prescribe:

1. A los veinte años, si la pena fijada para el delito es de prisión que no exceda de quince años.

2. Transcurrido un tiempo igual al máximo de la pena de prisión fijada para el delito, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a quince.

3. A los tres años, en los delitos penados con multa o inhabilitación.

Art. 103 - La prescripción de la acción penal comenzara a correr desde el día de la consumación del delito; o desde aquél en que cesó de cometerse, si fuere permanente; o cuando tuvo lugar el último acto de ejecución, en caso de tentativa.

Art. 104 - La prescripción de la acción penal se suspende:

1. Cuando el juzgamiento no pueda promoverse o proseguirse sino después de una autorización especial, o cuando dependa de cuestiones previas o prejudiciales que deban ser resueltas en otro juicio.

2. Por toda resolución judicial contra persona determinada que sirva de base a la relación procesal, siempre que existan respecto de aquélla un mínimo de pruebas sobre su responsabilidad.

Producida la autorización, decidida la cuestión previa o prejudicial, o dictada una resolución judicial que detenga la tramitación del proceso o le ponga término, no siendo una sentencia condenatoria, la prescripción seguirá su curso.

Art. 105 - La prescripción de la acción penal se interrumpe por la comisión de un nuevo delito.

La prescripción interrumpida comenzará a correr nuevamente desde el día de la interrupción.

Art. 106 - La prescripción comienza a correr, se suspende o se interrumpe, separadamente, para cada uno de los que han intervenido en el delito.

Art. 107 - Cuando se tratare del juzgamiento de varios delitos, las respectivas acciones penales prescribirán separadamente para cada uno de ellos según el término legal que les corresponda.

Art. 108 - La pena de prisión prescribe en un lapso equivalente al de la pena impuesta en la sentencia, aumentando en un tercio. En ningún caso podrá ser inferior a 5 años ni superior a 25 años.

Las penas de inhabilitación y de multa prescriben en 5 años.

Los plazos para la prescripción de penas de diferente naturaleza o de distinta duración, impuestas en una misma sentencia, se computarán separadamente según el término señalado para cada una.

Art. 109 - El plazo para la prescripción de la pena comenzará a correr desde el día en que quedó firme la sentencia, o desde el día del quebrantamiento de la pena, si ésta hubiere comenzado a ejecutarse. En caso de quebrantamiento, la parte de pena cumplida se computará a favor del reo.

Art. 110 - La prescripción de la pena se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el condenado cometiere un nuevo delito antes de vencido el término para la prescripción o cuando se presentare espontáneamente o fuere capturado.

Art. 111 - La prescripción de la acción penal y de la pena deberá declararse de oficio o a petición de parte por el Tribunal.

Art. 112 - La extinción de la acción penal o de la pena no afecta lo dispuesto en el artículo 97 ni otros efectos no penales del delito.

Apéndice

D. MANUEL DE RIVACOBA Y EL CÓDIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMÉRICA*

Hubo un tiempo en que don Manuel de Rivacoba se empeñó por conocer, estudiar y comentar, básicamente a través de la revista «Doctrina Penal» de Buenos Aires, los códigos penales de Cuba (1979), del Estado de Veracruz (1980), de Panamá (1982) y, por supuesto, el Código Penal tipo para Iberoamérica. Consecuencia de parte de ello es el detallado análisis que realizó sobre el texto panamericano en su importante monografía *Pensamiento penal y criminológico del Código Penal tipo para Iberoamérica* que vio la luz a fines de 1987. Tal estudio se halla integrado, según el sumario antepuesto por el propio autor, por cinco capítulos en los que con profunda reflexión hace pormenorizado tratamiento de los antecedentes, las proyecciones que tuvo en el Continente, el pensamiento penal y criminológico y, finalmente, una recapitulación que acaso no fue gratamente recibida por muchos de los juristas que participaron en las jornadas que, tras ocho años de ardua labor, concluyeron en 1971.

La primera parte, como se dijo, consagra Rivacoba a los «Antecedentes, origen y elaboración» del Código Tipo y tras recordar las gestiones hechas al interior del Instituto Chileno de Ciencias Penales por Eduardo Novoa Monreal, transcribe parte de la carta por éste cursada a los más significativos penalistas sudamericanos convocándolos a ulteriores reuniones plenarios a fin de discutir y elaborar un texto punitivo modelo que bien podría ser adoptado por los gobiernos hispanoparlantes y portugueses de la región. Luego, da cuenta de cómo para componer la llamada Parte general fueron necesarias seis reuniones de trabajo que se iniciaron en Santiago de Chile (1963) y continuaron en México (1965), Lima (1967), Caracas (1969), Bogotá (1970) y São Paulo (1971). Y es precisamente aquí don-

* POR JULIO ARMAZA GALDOS.

de repara, con la agudeza visual y mental que le era propia, que el ambiente aparentemente democrático de los años 60 del siglo XX fue sin duda propicio «para forjarse ilusiones»¹; una de las cuales, con seguridad, fue ver a América regida por un solo código penal.

Rastreado la impronta del Código Tipo, acto seguido, pone al lector al tanto de las proyecciones que tuvo y de las influencias que ejerció sobre los estatutos penales de Costa Rica de 1970, de Guatemala y El Salvador de 1973, de Colombia de 1980 y del Estado de Nuevo León, en México, de 1981.²

Desarrollando el tercer capítulo, en el que por cierto aborda cuanto incumbe al «Pensamiento penal» del ambicioso texto panamericano, toma ocasión para evidenciar cómo es que a los redactores del código modelo se les puede atribuir tres modos de obrar no particularmente correctos o ejemplares: tiene el primero que ver con la decisión de componer un código «sin condicionamientos ni influencias»³ clara y previamente determinados; el segundo, en cambio, con la «ausencia total de análisis y crítica» de las «concepciones» utilizadas al diseñar y redactar el texto y, la última, con los afanes o «propósitos meramente técnicos»⁴ en que se encapsularon los proyectistas.

En efecto, trabajaron los autores en y bajo la creencia de que tenían «inmunidad ideológica»⁵ o, por decirlo en otros términos, convencidos que podían ignorar o preterir cualquier doctrina iusfilosófica o política, delatando con ello, a criterio de Rivacoba, una enorme ingenuidad⁶. Prueba de lo dicho, es lo consignado en el Plan de Trabajo aprobado en la sesión plenaria del 15 de julio de 1963: «El Instituto de Ciencias Penales de Chile, se acota rotunda e inverosímilmente, parte de la base de que un proyecto de Código Penal Tipo no puede afiliarse a una determinada doctrina⁷ o escuela»⁸. No es difícil imaginar

¹ *Pensamiento penal y criminológico del Código Penal Tipo para Iberoamérica*, en la revista «Doctrina Penal» de Buenos Aires, año 10, núm. 40, correspondiente al último trimestre del año de 1987, p. 718. Mucho antes, el peruano Vidaurre, acarició la idea de un código que de hecho imaginaba rigiendo en toda la América hispanohablante y portuguesa.

² A los que hay que añadir el Proyecto peruano de 1986 y el Código de Panamá de 1982.

³ *Pensamiento...*, p. 722.

⁴ *Pensamiento...*, *ibidem*.

⁵ Según tempranamente apuntó el profesor Zaffaroni en su *Política criminal latinoamericana. Perspectivas-disyuntivas*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1982, p. 118.

⁶ *Pensamiento*, *ibidem*.

⁷ La pretendida inmunidad ideológica, acaso en realidad sirvió para enmascarar el «idealismo neo-kantiano de Baden en el delito y el idealismo hegeliano y el neo-idealismo actual en la reacción penal» que asumió. Sobre ello cfr. Zaffaroni, *Política criminal latinoamericana*, *ibidem*.

⁸ *Código Penal Tipo para Latinoamérica, Parte general*, publicado bajo la di-

la reacción que tal actitud hubo de haber producido en Rivacoba que, con razón, reputaba inviable la tarea de componer un código⁹ relativa o enteramente horror de la más elemental determinación o inspiración política¹⁰ e ideológica.

Ahora bien, puesto que en abril de 1971 se concluyó la propuesta panhispánica, siendo que para entonces se cultivaban doctrinas innovadoras y mucho más compatibles con la culpabilidad por el acto, nada progresista resultó la inclusión en el texto de la reincidencia (arts. 69 y ss.) y de la actio libera in causa (art. 21)¹¹; algo similar aconteció con la pena de prisión y con las medidas de seguridad. Aquélla, por ejemplo, no tenía previstos sustitutivos de importancia (como la reserva del fallo o la exención de pena)¹²; éstas, lejos de ser susceptibles de amnistía o indulto (art. 62)¹³, podían incluso ser aplicadas contra semiimputables (art. 20), ya a través del sistema vicariante, ya por medio de la doppio binario.

Otro de los reparos que hizo Rivacoba al Código Tipo, tiene que ver con la peligrosidad. Si bien el texto se cuidó de usar tal vocablo, sin embargo puede colegirse que en lo tocante dicho aspecto los proyectistas se dejaron seducir por el positivismo italiano y, más específicamente, por el «Código de Rocco» de 1930¹⁴ (máximo exponente del «arte de la combinación»¹⁵ entre penas y medidas de seguridad, con base en la peligrosidad).

Entre otras apreciaciones interesantes consignadas en el estudio de Rivacoba, hay una que guarda relación con los afanes simplemente técnicos que inspiraron y espolearon la mente de los redactores del Código Tipo; resultado de ello, sin duda, fue el deseo de apelar a la conceptualización y clasificación de

rección del Prof. Francisco Grisolia, Tomo, I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973, p. 140.

⁹ Es claro que para emprender tamaña tarea, debe en principio el proyectista asumir alguna concepción iusfilosófica, y, acto seguido, servir a una política criminal determinada.

¹⁰ Máxime si la gravitación entre lo penal y lo político, como lo puso de manifiesto el propio D. Manuel, viene impuesta por las cartas fundamentales de cada país en las que, por fortuna, suele adoptarse instituciones que hacen referencia al principio de legalidad, al in dubio pro reo, al derecho a la vida, a la pluralidad de instancias, a la cosa juzgada, al respeto por las normas del debido proceso penal, a la extratemporalidad de las leyes penales, a la prohibición de ciertas penas infamantes e inocuidadoras, etc. Cfr. *Relaciones del derecho penal con el derecho político*, «Doctrina Penal» de Buenos Aires, año 3, núms. 9 a 12, 1980, p. 598.

¹¹ Como puntualmente lo observó Rivacoba en el tanta veces citado *Pensamiento...*, p. 725.

¹² *Pensamiento...*, p. 726.

¹³ *Pensamiento...*, p. 727.

¹⁴ *Pensamiento...*, p. 727.

¹⁵ Como cumplidamente lo indican Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 243.

cada una de las instituciones penales con las que se construyó el Proyecto. No sorprende encontrar definidos, por ejemplo, la imputabilidad (art. 19), el dolo (art. 25) y el delito imprudente (art. 26); tampoco llama la atención que en capítulo rubricado bajo el nombre de «Causas de justificación», se haya colocado el ejercicio legítimo de un derecho (art. 15), la legítima defensa (art. 16) y el estado de necesidad justificante (art. 17), y, a su turno, en el referido a la «Imputabilidad», hayan encontrado cabida la enfermedad mental, las oligofrenias y la grave perturbación de la conciencia (art. 19); todo ello, como si se tratase de una manual o curso universitario¹⁶.

En fin, el ideario personal y científico de Rivacoba probablemente también echó de menos en el texto iberoamericano el principio de legalidad, el que no hubiere repudiado toda forma de responsabilidad por los resultados (como aparece de la lectura del art. 21), las medidas de seguridad por tiempo determinado (siendo más bien indeterminadas las que figuran en el art. 58) y, seguramente, el que se omitiese establecer que los cómplices tendrían que ser sancionados con pena menor que los autores (y no indiferenciadamente, como lo hace el art. 35).¹⁷

¹⁶ *Pensamiento...*, p. 724.

¹⁷ La tarde del 5 de septiembre, en que tuvimos ocasión de participar en las jornadas académicas organizadas por la Coordinación de Postgrado de la Universidad de Valparaíso, desviamos nuestro discurso para hacer memoria de los penalistas españoles que llegaron a nuestro Continente tras la guerra civil y el franquismo. He aquí lo que dijimos entonces: Tras la diáspora española de 1939, un descollante grupo de intelectuales se asentó en suelo americano con el designio de sustraerse de las consecuencias de la más aciaga guerra civil hispánica que, coincidentemente, antecedió a la segunda y última conflagración mundial; ya en nuestra región, como es de recordar, tales participaron en el cultivo de las ciencias y artes con igual denuedo e ilusión con que lo hicieron en su momento en la vieja y convulsionada Europa.

Visto el hecho de que el éxodo no obedeció a cálculo o premeditación, siendo más bien consecuencia del fragor de una contienda de magnitudes inesperadas, el arribo a la América hispanohablante habría de producirse por oleadas y en periodos de tiempo distintos, sin que, como de hecho ocurrió, se tuviese posibilidad de escoger y meditar en lo que tiene que ver con destinos de llegada y conveniencias; así las cosas, no es de extrañar que unos hallasen asilo en Argentina, otros en México, sin faltar, por supuesto, quienes hiciesen lo propio en Venezuela, Chile, Cuba, Puerto Rico, República Dominicana, Guatemala, Bolivia y otros países de la América cobriza y atezada.

Ahora bien, todo indica que el número de emigrantes hispánicos pudo haber llegado a medio millón, de los que, inequívocamente, 5000 tenían la condición de profesionales; está a su vez comprobado que 7 eran rectores universitarios, 208 catedráticos, 434 abogados, 375 médicos y, por último, 109 periodistas y escritores. Dentro de esta pléyade intelectual, importa por lo pronto destacar las figuras de Juan Ramón Jiménez y Rafael Alberti, éste galardonado en su momento con el Premio Cervantes, aquél, con el Nobel; no pueden asimismo pasar desapercibidos Manuel de Falla y Pau Casals, potísimos e inflamados músicos de trayectoria y reconocimiento mundial; Américo Castro, Claudio Sánchez Albornoz y Rafael Altamira, son asimismo de obligada recordación, aunque sin duda lo propio ha de decirse de José Ferrater Mora, Joaquín Xirau, José Gaos, Eugenio Imaz y Juan David García

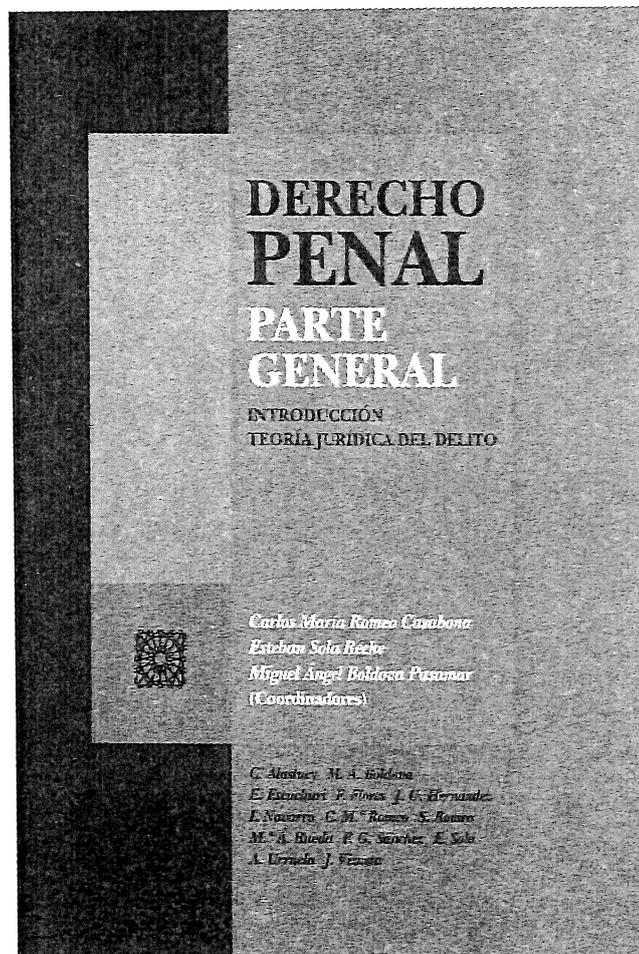
Bacca, filósofos de primer orden a quienes debemos las pulcras y autorizadas traducciones al español —por cierto, en moldes americanos— de las obras de Wilhelm Dilthey, Max Scheler, Edmund Husserl, Martin Heidegger, Ernst Cassirer, Nicolás Abbagnano, Karl Jaspers y Nicolai Hartmann. En fin, junto a la generación de sabios, intelectuales y artistas de los que se da cuenta, cruzaron también el Atlántico Luis Recaséns Siches, Fernando de los Ríos, Luis Araquistain y Manuel García Pelayo, todos notabilísimos juristas que contribuyeron al desarrollo del Derecho a través de una docencia proficua, rigurosa y no menos ejemplar.

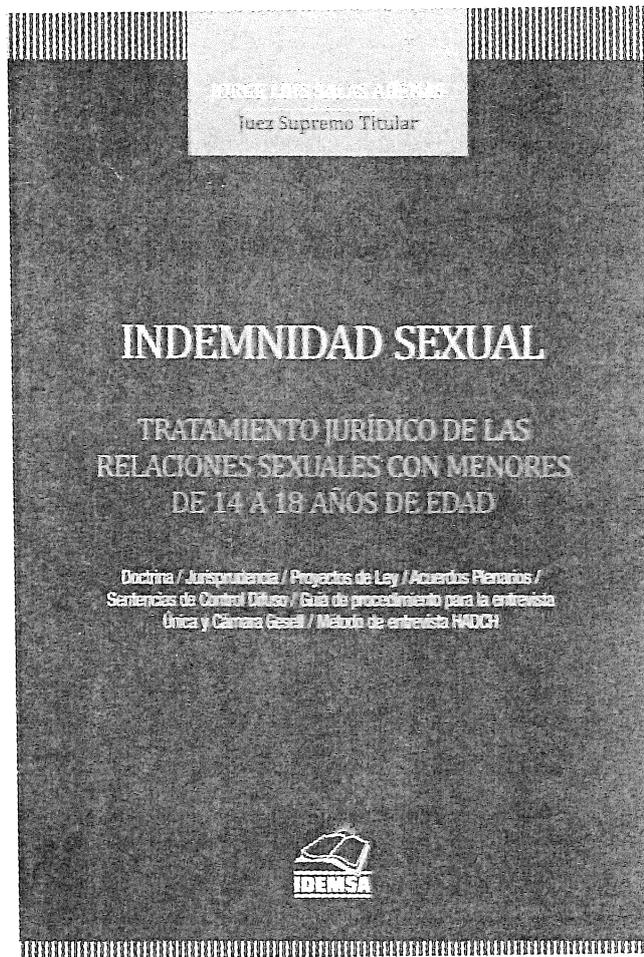
Como fuere, lo que al Derecho criminal interesa, empero, es recordar a los hijos de España que tras la sobredicha guerra civil, sin más, empeñaron sus más opimos esfuerzos al estudio y enseñanza de la ciencia de los delitos y de las penas en este lado del orbe, aunque no siempre, en verdad, en las condiciones más apropiadas y propicias, itinerando, algunas veces, de país en país, cuando no, de universidad en universidad. A este grupo altamente calificado, sin duda, pertenecen Constancio Bernaldo de Quirós (1873-1959), Luis Jiménez de Asúa (1889-1970), Mariano Ruiz-Funez (1889-1953), Manuel López-Rey y Arrojo (1902-1987), Francisco Blasco y Fernández de Moreda (1906-1974), Julian Calvo, Emilio González López (1903-1991), Victoria Kent Siano (1892-1987), Mariano Jiménez Huerta (1905-1987), Santiago Sentís Melendo (1900-1979), Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985) y Manuel de Rivacoba (1925-2000).

La grandeza de estos penalistas, en sí patente, debe también ser apreciada tomando nota del estado en que se hallaba el Derecho penal en nuestra región antes de producido el éxodo hispánico; con tal propósito, ha de recordarse lo siguiente: el delito, si el más mínimo criterio dogmático, era concebido como un acto contrario a la ley; la tipicidad, por su parte, ignorada o mal entendida; tan lejos estuvimos de encontrar una relación entre tipicidad y antijuridicidad, que ni siquiera nos planteamos la posibilidad de asumir la teoría de la *ratio cognoscendi* o, en su caso, la de la *ratio essendi*; se desconocía el concepto normativo de culpabilidad, no admitiéndose, de otro lado, elementos subjetivos en lo injusto; reinaba desconcierto en torno a la naturaleza jurídica de la mayoría de las eximentes; la conmisuración penal poco o nada tenía que ver con la gravedad de lo injusto (mayor antijuridicidad), pues ante todo importaba el aspecto biológico (endógeno) del agente o, en su caso, el sociológico (exógeno) y, en fin, nos era por completo ajena la distinción entre antijuridicidad formal y material. En suma, no resulta exagerado decir que la Ciencia de Beccaria, por lo menos en Perú y en apreciable número de las repúblicas centro y sudamericanas, antes del advenimiento de los penalistas hispánicos arriba citados, se hallaba tan en mantillas como lo estaba en la España decimonónica y de principios del siglo XX.

En lo tocante a don Manuel de Rivacoba y a su relación con el Derecho peruano, concretamente hemos de anotar lo siguiente: éste cultísimo autor, dueño de una vida consecuente y asendereada, ha encaramado a Vidaurre al lugar que muchos juristas americanos del siglo XIX habrían deseado alcanzar. Si atendemos a la circunstancia de ser nuestro compatriota autor de un Proyecto de Código que incluye una extensa y bien fundamentada Exposición de Motivos (cuyo contenido, dimensiones y rigor científico nada tienen que envidiar a lo que hoy asignamos el nombre de Manual o Curso universitario) y, por otra parte, si recordamos que tal Proyecto vio la luz en Puerto Príncipe el año de 1821 (Rivacoba, por cierto cita la edición posterior de 1828 aparecida en Boston), es claro que en Vidaurre ha de hallarse, como lo indicó el autor español en cita, al primer nomoteta americano.

X. PUBLICACIONES RECIENTES





Emilio José Armazo Armazo

**El tratamiento penal
del delincuente
imputable peligroso**

EDITORIAL COMARES

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA
dirigidos por
Carlos María Romo Casabona



ÍNDICE DE SUMARIOS

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTA MARÍA

Homenaje a Luis Velando Puertas

Año 4, núm. 4, Noviembre, 2009

SUMARIO

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

I. DOCTRINA

Kelsen en París: Una ronda en torno al «Modelo Concentrado» DOMINGO GARCIA BELAUNDE.....	27
Aborto: Reflexiones jurídicas y éticas en torno al Anteproyecto de Ley español JUAN RAMÓN LACADENA.....	51
La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos JOSÉ CEREZO MIR.....	73
En el centenario de la concepción normativa de la culpabilidad JOSÉ LUIS GUZMÁN DÁLBORA.....	103

Interdisciplinas

El Principio de Precaución como criterio orientador y regulador de la bioseguridad SALVADOR DARÍO BERGEL.....	119
La múltiple y única filosofía de Deleuze JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....	147
El Derecho a decidir (Acercas de la vida ajena) RAMIRO VALDIVIA CANO.....	173

Opinión de nuestros estudiantes

Una huella de vida ROSA MARÍA VELÁSQUEZ ARENAS.....	183
II. CLÁSICOS PERUANOS	
Investigación de la paternidad ANTONIO MIRÓ QUESADA.....	191
III. PROYECTOS Y CÓDIGOS: TRAS LAS HUELLAS DE HAMMURABI	
Proyecto de Constitución para la República Peruana MANUEL LORENZO DE VIDAURRE.....	215
IV. RECENSIONES	
Alejandro Martínez Dhier, «El juriconsulto granadino Manuel de Seijas (Hernández) Lozano, precursor de la codificación en España» JULIO ARMAZA GALDOS.....	233
Miguel Ángel Osorio, «Juicio por Jurados. Perspectivas actuales e históricas» JORGE LUIS SALAS ARENAS.....	234
David Hidalgo/Diego Fernández Stoll/Daniel Yovera/Cecilia Valen- zuela «La Muerte Se Escribe Sola. Una Historia Basada En El Crimen De Challapampa» JULIO ARMAZA GALDOS / EMILIO JOSÉ ARMAZA.....	237
Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal EMILIO JOSÉ ARMAZA.....	238
Eduardo Alcocer Povich, «La inclusión del Enemigo en el Derecho Penal» JULIO ARMAZA GALDOS.....	240
V. CRÓNICA DE LA FACULTAD	
Iniciación del año lectivo 2009.....	251
Matrícula en la escuela de Derecho.....	251
Docentes del Programa Académico de Derecho.....	251
Personal administrativo.....	252
Conferencias.....	252
Cursos.....	252
Publicaciones de nuestros profesores.....	253
Obras en prensa.....	253
Información sobre profesores vinculados con nuestra Facultad.....	254
Sección necrológica.....	258
VI. MISCELÁNEA	
Amatoria Forense BALTASAR H. MORALES.....	263
Testimonios personales y adhesiones.....	269

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTA MARÍA
En el Cincuentenario de su Creación
Año 6, núm. 5, Noviembre, 2011

SUMARIO

Liminares.....13

I. DOCTRINA

Derecho Constitucional

Estado Social re-visitado
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE.....17
La Constitución de Cádiz y su influencia política y jurídica en el
constitucionalismo peruano
JOSÉ LUIS CÁCERES ARCE31
Derechos Humanos para principiante
JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....65

Derecho Penal

La individualización de la pena: contenido, trayectoria histórica y
crítica del concepto
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA.....91
Control difuso y el Nuevo Código Procesal Penal
JORGE LUIS SALAS ARENAS.....105
La privatización penitenciaria en el Perú
BERLY CANO SUÁREZ.....117
La cuantía en el hurto
CLAUDIA FLORES FUENTES.....133

Derecho Civil

Albaceas: el legado ibérico y la tradición nacional
CARLOS RAMOS NÚÑEZ.....139
Indemnización por la causal de separación de hecho: indemnizando
con criterio jurisprudencial
ANA MARÍA AMADO MENDOZA.....149

Comentario a la Ley de Seguridad y salud en el trabajo DAVID FERNANDO DONGO ORTEGA.....	155
II. PROYECTOS Y CÓDIGOS: TRAS LAS HUELLAS DE HAMMURABI	
Código de Hammurabi.....	163
III. CRÓNICA DE LA FACULTAD	
Iniciación del año lectivo 2011.....	183
Matrícula en la escuela de Derecho.....	183
Docentes del Programa Académico de Derecho	183
Personal Administrativo.....	184
Personal Administrativo del Consultorio jurídico.....	184
Conferencias y otras actividades académicas.....	184
Designación de alumnos al Consejo de Facultad.....	186
Cursos.....	186
Publicaciones de nuestros profesores.....	186
Información sobre profesores vinculados a nuestra Facultad.....	187
Sección necrológica.....	188
IV. ALGO MÁS SOBRE NUESTROS PROFESORES	
Javier Germán Rodríguez Velarde.....	193
V. RECENSIONES	
Juan Carlos Nalvarte Lozada, <i>El hombre de Acero</i>	199
Carlos María Romeo Casabona, <i>Enciclopedia de Bio- derecho y Bioética</i>	199
José Hurtado Pozo, <i>La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú</i>	199
Eugenio Raúl Zaffaroni, <i>La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar</i>	200
Luis Alfaro Valverde, <i>La indemnización en la separa- ción de hecho</i>	200
VI. NOTICIAS SOBRE EL FORO Y ALGUNOS OTROS DATOS	
El Foro arequipeño.....	203
VII. MISCELÁNEA	
Carta cursada por Miguel de Cervantes Saavedra a Felipe II MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA.....	209
De la mano ANDRÉS TRAPIELLO.....	211
La inimputabilidad por enajenación mental en los tiempos del Quijote JULIO ARMAZA GALDOS.....	213

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTA MARÍA

Comenaje a D. Oscar Díaz Valverde

Año 7, núm. 6, Noviembre, 2012

SUMARIO

Palabras preliminares.....13

1. DOCTRINA

Contenido jurídico e institucional de las cortes castellanas de Madrigal: La hermandad general y otras cuestiones LEANDRO MARTÍNEZ PEÑAS.....	17
Aspectos legales de la notificación a los contactos sexuales del paciente con VIH/SIDA en Costa Rica CARLOS J. VALERIO MONGE.....	39
Forensic DNA banks: European «intersections» ILARIA ANNA COLLUSI.....	53
Muestras biológicas humanas y biobancos para investigación EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO.....	75
Francisco Mostajo y su trascendencia histórica en Arequipa JORGE LUIS CÁCERES ARCE.....	91
Derechos humanos para principiantes JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....	103
Aspectos problemáticos del delito de falsedad en la inversión en los mercados de valores EMILIO JOSÉ ARMAZA ARMAZA.....	121
El etiquetamiento de las conductas MARY LUZ CATAORA MOLINA.....	145
La arbitrariedad del arbitraje potestativo en el Perú MAURICIO MATOS ZEGARRA.....	147
Rectificación de partidas JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE.....	161

II. SECCIÓN ESTUDIANTIL

La ruptura de las *Relaciones Diplomáticas* (a propósito de la expulsión de diplomáticos Sirios en el mundo)

DIEGO ANGULO OSORIO.....167

III. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Inicio del año lectivo 2012.....	173
Matrícula en la Escuela de Derecho.....	173
Docentes del programa académico de Derecho	173
Personal administrativo.....	174
Personal administrativo del consultorio jurídico.....	174
Conferencias y otras actividades académicas.....	174
Designación de alumnos al Consejo de Facultad.....	176
Concurso de Estudiantes.....	176
Clasificación jerarquizada de los alumnos.....	176
Publicaciones de nuestros profesores.....	176
Información sobre profesores vinculados a nuestra facultad.....	177
Necrología.....	178

IV. ALGO MÁS SOBRE NUESTROS PROFESORES

Oscar Díaz Valverde por J. Armaza G.....	183
Entrevista a D. Oscar Díaz Valverde a cargo de Catherine Mejía Uribe.....	185
Hector Delgado Castro por J. Armaza G.....	191

V. DISCURSOS

Discurso de Orden del profesor Luis Velando Puertas con ocasión de los Cincuenta años de creación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

LUIS IVÁN VELANDO PUERTAS.....195

Evocación del pensamiento libre de D. Manuel de Rivacoba en su vinculación con la vieja institución.

HUGO E. MARZI RIVERA.....207

VI. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Manuel de Rivacoba y Rivacoba, <i>Violencia y justicia</i>	227
Domingo García Rada, <i>Manual de Derecho Procesal Penal</i>	227
Jaime Coaguila Valdivia, <i>El imaginario judicial en la novela</i>	227
Marildo Menegat, <i>Estudios sobre ruínas</i>	228
Nilo Batista, <i>Et alli, Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal</i>	228
Marco Falconí Picardo, <i>Memoria de la Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso de la República del Perú</i>	228
Juan Carlos Valdivia Cano, <i>Now...Historia, poder y resentimiento</i>	229
Juan Guillermo Carpio Muñoz, <i>Diccionario de arequipeñismos</i>	229

Luiz Regis Prado, <i>Bien Jurídico-Penal y Constitución</i>	229
Giovanni Varletti, <i>Dabai, Chelo, Dabai</i>	230

VII. NOTICIAS SOBRE EL FORO Y ALGUNOS OTROS DATOS

El Foro.....	235
--------------	-----

VIII. MISCELÁNEA

Crainquebille ANATOLE FRANCE.....	239
--------------------------------------	-----

IX. TESTIMONIOS PERSONALES Y ADHESIONES

Testimonios personales.....	261
-----------------------------	-----

El núm. 7, de la *Revista de Derecho* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María se publicó en los talleres Gráficos de la Editorial Adrus D&L Editores en el mes de diciembre del año 2013.